

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O fim da hierarquia supralegal dos tratados internacionais:** análise da ADI n.O 5.543/2020-DF: à luz da teoria argumentativa de Neil Maccormick

**The end of the supralegal hierarchy of international treaties:** analysis of ADI nO 5.543/2020-DF: in the light of Neil Maccormick's argumentative theory

Ana Maria D'Ávila Lopes

Patrícia K. de Deus Ciríaco

VOLUME 18 • N. 2 • 2021

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A  
CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

# Sumário

<b>CRÔNICAS.....</b>	<b>13</b>
<b>REIMAGINING INTERNATIONAL RELATIONS TEACHING DURING (AND AFTER) COVID-19 .....</b>	<b>15</b>
Magdalena Bas	
<b>DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E A CRISE SANITÁRIA DO COVID-19 (INTERNATIONAL ECONOMIC LAW AND THE COVID-19 SANITARY CRISIS).....</b>	<b>19</b>
<b>SOME QUESTIONS ABOUT INTERNATIONAL ECONOMIC LAW RAISED DURING THE PANDEMIC .....</b>	<b>21</b>
Hervé Ascensio	
<b>INTERNATIONAL ECONOMIC LAW AND THE COVID-19 SANITARY CRISIS: AN INTRODUCTION</b>	<b>27</b>
Julien Chaisse	
<b>TRANSPARÊNCIA E COOPERAÇÃO REGULATÓRIA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL DE PRODUTOS MÉDICOS PARA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DA OMC E DAS NOTIFICAÇÕES DO BRASIL EM OBSERVÂNCIA AOS ACORDOS TBT E SPS .....</b>	<b>35</b>
Magali Favaretto Prieto Fernandes e Michelle Rattón Sanchez Badin	
<b>O DEVER HUMANO DE PROMOÇÃO DA SAÚDE: A AVIAÇÃO COMERCIAL INTERNACIONAL EM PERÍODOS DE CALAMIDADE SANITÁRIA E DO RETORNO À NORMALIDADE .....</b>	<b>56</b>
Thiago de Oliveira Frizera, Luisa Cortat Simonetti Gonçalves e Adriano Sant’Ana Pedra	
<b>POLICE POWERS DOCTRINE: A RELIABLE STATE DEFENSE IN TIMES OF COVID-19? .....</b>	<b>73</b>
Thomas Lehmann	
<b>A INEXISTÊNCIA DO CONTROLE PREVENTIVO LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 936/2020 .....</b>	<b>91</b>
Danilo Garnica Simini, Gabriel Carvalho Moreira e Rafaela Souza Machado	

<b>A CRITICAL ANALYSIS OF THE IMPLICATIONS OF COVID-19 ON PIRACY OFF THE NIGERIAN COAST.....</b>	<b>108</b>
Kalu Kingsley Anele	
<b>THE COVID-19 PANDEMIC AS AN IMPELLER FOR THE AGGRAVATION OF MARINE PLASTIC POLLUTION AND ECONOMIC CRISIS: THE REVERSE EFFECT OF HEALTH PROTECTION MEASURES ON HUMAN LIVES .....</b>	<b>135</b>
Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá Leitão e Tarin Cristino Frota Mont'Alverne	
<b>ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS .....</b>	<b>154</b>
<b>O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO NOS PARECERES CONSULTIVOS DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: UMA CONJUGAÇÃO DE PERSPECTIVAS UTÓPICAS E APOLOGÉTICAS .....</b>	<b>156</b>
Talis Prado Pinto Junior e Arthur Roberto Capella Giannattasio	
<b>CONTESTING IMMUNITIES IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: AN ANALYSIS OF THE RULINGS OF THE PRE-TRIAL CHAMBERS AND THE APPEALS CHAMBER IN AL BASHIR CASE AND ITS OUTCOMES.....</b>	<b>171</b>
Luisa Giannini e Roberto Vilchez Yamato	
<b>RUMO À PROFISSIONALIZAÇÃO DA PREVENÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS (ACFIs) DO BRASIL? .....</b>	<b>191</b>
Nitish Monebhurrun e Leonardo Vieira Arruda Achtschin	
<b>THE PREVENTIVE CHARACTER OF DISASTER LAW: TAX INCENTIVES IN ENVIRONMENTAL, SOCIAL, AND GOVERNANCE (ESG) INVESTMENTS AS A RISK MITIGATION MECHANISM.....</b>	<b>212</b>
Daniel Dela Coleta Eisaqui e Deilton Ribeiro Brasil	
<b>A URGÊNCIA DE UM MODELO DE GOVERNANÇA INTERNACIONAL DA ÁGUA: ELEMENTOS PARA A DISCUSSÃO .....</b>	<b>235</b>
José Irivaldo Alves Oliveira Silva	
<b>O FIM DA HIERARQUIA SUPRALEGAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS: ANÁLISE DA ADI N.º 5.543/2020-DF: À LUZ DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE NEIL MACCORMICK.....</b>	<b>263</b>
Ana Maria D'Ávila Lopes e Patrícia K. de Deus Ciríaco	

**OS DIREITOS HUMANOS FRENTE À NORMATIVIDADE “IMPERIAL” E A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA ERA DO “IMPÉRIO” .....280**

Fernando Hoffmam e Jose Luis Bolzan de Morais

**O RECONHECIMENTO FACIAL NAS SMART CITIES E A GARANTIA DOS DIREITOS À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....302**

Diogo Dal Magro e Vinícius Borges Fortes

**O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PROSCRIÇÃO DO DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS E SUA FENOMENOLOGIA NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS ..... 331**

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

**CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO GLOBAL E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: INSTRUMENTOS PARA UMA GOVERNANÇA DE DIREITO TRANSNACIONAL NA INTEGRAÇÃO .....362**

Anderson Vichinkeski Teixeira, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Luciane Klein Vieira

**PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELA APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA: ANÁLISE DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA .....379**

Pablo Leurquin



# O fim da hierarquia supralegal dos tratados internacionais: análise da ADI n.O 5.543/2020-DF: à luz da teoria argumentativa de Neil Maccormick\*

## The end of the supralegal hierarchy of international treaties: analysis of ADI nO 5.543/2020-DF: in the light of Neil Maccormick's argumentative theory

Ana Maria D'Ávila Lopes\*\*

Patrícia K. de Deus Ciríaco\*\*\*

### Resumo

Em 11 de maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 5.543/2020 DF, decidindo pela inconstitucionalidade das normas federais que restringiam a doação de sangue por homossexuais do sexo masculino. Em voto vencedor, o Ministro Relator Edson Fachin retomou a tese da hierarquia materialmente constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, pondo fim à tese da hierarquia supralegal fixada pelo próprio STF no RE 466.343-1 SP de 2008. Nesse contexto, o presente trabalho objetivou demonstrar, com base na Teoria Argumentativa de Neil MacCormick, que essa decisão do STF não atendeu os requisitos de correção propostos pelo jurista escocês. Para tal, foi realizada pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e comparada, bem como pesquisa documental na jurisprudência nacional, sendo esses dados analisados por meio dos métodos dedutivo e indutivo respectivamente. Desse modo, verificou-se que a decisão não atendeu os critérios de consistência, coerência e universalidade, podendo, portanto, ser considerada incorreta, nos termos defendidos pela teoria argumentativa de MacCormick.

**Palavras-chave:** Bloco de Constitucionalidade. Hierarquia supralegal. Hierarquia dos tratados. Direitos LGBT. Argumentação Jurídica.

### Abstract

On May 11, 2020, the Supreme Federal Court (SFC) judged the Direct Action of Unconstitutionality No. 5,543 / 2020 DF declaring the unconstitutionality of federal rules that restricted blood donation by male homosexuals. In a winning vote, Reporting Minister Edson Fachin decided in favor of the thesis of the materially constitutional hierarchy of all international human rights treaties, ending the thesis of the supralegal hierarchy established by the SFC in RE 466.343-1 SP of 2008. In this context, the present study aimed to demonstrate, based on Neil MacCormick's argumentative theory,

\* Recebido em 13/01/2021  
Aprovado em 08/04/2021

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Titular da Universidade de Fortaleza. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPQ.  
E-mail: anadavilalopes@yahoo.com.br

\*\*\* Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica - PROEX/CAPES. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas (Menção em Direito Constitucional) pela Universidade de Coimbra, PT. Professora e advogada.  
E-mail: patricia@ciriacoeoliveira.adv.br

that the SFC decision did not meet the correction requirements proposed by the Scottish jurist. To this end, bibliographic research in national and comparative doctrine was carried out, as well as documentary research in national jurisprudence, and these data were analyzed using deductive and inductive methods respectively. Thus, it was found that the decision did not meet the criteria of consistency, coherence and universality, and can therefore be considered incorrect, in the terms defended by MacCormick's argumentative theory.

**Keywords:** Block of constitutionality. Supralegal hierarchy. Hierarchy of treaties. LGBT rights. Legal Argumentation.

## 1 Introdução

O caso abordado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543/2020 do Distrito Federal (ADI n.º 5.543/2020 DF)<sup>1</sup> levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a analisar a constitucionalidade dos atos normativos federais do Ministério da Saúde (MS) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que estabeleciam restrições temporárias à doação de sangue de homossexuais do sexo masculino.

Nesse julgamento, os Ministros do STF tiveram de decidir se a restrição da doação de sangue por homossexuais do sexo masculino era reflexo do preconceito social contra as pessoas LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros), ou se estava justificada pelo fato de serem considerados um grupo de risco de transmissão do vírus da HIV. Trata-se, sem dúvida, de um caso complexo, considerando-se a colisão de dois bens jurídicos: a proteção da dignidade das pessoas LGBT e a proteção da saúde pública. Discutiu-se, ainda, a solidariedade quanto ao ato de doar sangue e o respeito ao Princípio Constitucional da Proporcionalidade.

Dentre os argumentos levantados a favor da inconstitucionalidade das normas restritivas, o Ministro Relator Luiz Edson Fachin invocou a tese da hierarquia materialmente constitucional de todos os tratados inter-

nacionais sobre direitos humanos, com base na cláusula de abertura constitucional prevista no §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).<sup>2</sup> Com isso, além de ignorar o disposto no §3º do art. 5º do mesmo diploma legal, a tese da hierarquia supralegal dos tratados, fixada no RE n.º 466.343-1 SP pelo próprio STF em 2008<sup>3</sup>, foi superada, deflagrando mais dúvidas do que soluções.

Para enfrentar a problemática apresentada, o trabalho divide-se em três partes. Na primeira, apresenta-se uma breve exposição quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, abordando temas como a cláusula de abertura constitucional prevista no §2º do art. 5º da CF/88, que admite a existência de um bloco de constitucionalidade no Brasil. Em sequência, são expostos os argumentos utilizados pelos Ministros do STF no acórdão da ADI n.º 5.543/2020 DF, dando ênfase àqueles relativos à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Por fim, após uma breve introdução sobre a Teoria da Argumentação jurídica de Neil MacCormick, a decisão do STF é criticamente analisada de modo a determinar se foi uma decisão correta, ou seja, se atendeu os critérios de coerência, consistência e universalidade.

## 2 A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil

Com a promulgação da CF/88, inúmeros direitos e garantias fundamentais foram expressamente incorporados ao texto constitucional, assegurando-se, ainda, no §2º do art. 5º, a existência de outros direitos e garantias fundamentais para além do texto constitucional, sejam derivados do regime e dos princípios adotados pela CF/88, ou dos tratados internacionais que o Brasil venha a aderir.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso "Doação de Sangue por homens homossexuais". Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>2</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 466.343-1*, de São Paulo. Rel. Ministro Cezar Peluso. Caso "Prisão Civil do Depositário Infiel", 3 de dezembro de 2008, p. 1-225. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?pid=15341718509&ext=.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>4</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/)

Essa cláusula de abertura constitucional inaugurou, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade da existência de um bloco de constitucionalidade que, para Lopes, “pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional”.<sup>5</sup> Essas normas, portanto, podem ser utilizadas para fins de controle de constitucionalidade.

Diante desse cenário, ganhou força a tese da hierarquia materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos ingressos na ordem jurídica brasileira. Assim, juristas como Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>6</sup> e Flávia Piovesan<sup>7</sup> defendem que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem hierarquia materialmente constitucional, e que, no caso de eventual conflito com a CF/88, a resolução passaria pela aplicação da norma mais favorável às pessoas protegidas.<sup>8</sup>

constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>5</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadireito/article/view/1367/1004>. Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>6</sup> Afirma Cançado Trindade que: “A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. São José de Costa Rica: IIDH, 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: 19 nov. 2020.).

<sup>7</sup> “A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, a luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável)” (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 16).

<sup>8</sup> No mesmo sentido expressa-se Mazzuoli: “[...] em caso de conflito, deve o intérprete optar preferencialmente pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princí-

Segundo Piovesan<sup>9</sup>, na medida em que a CF/88 constitui o marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, que, de forma inédita, vinculou o Direito interno ao Direito internacional dos direitos humanos, a interpretação do §2º do art. 5º deve ser no sentido de considerar a existência de três grupos de direitos fundamentais: a) os expressos na Constituição; b) os implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF/88; e, c) os expressos em tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Por meio dessa última previsão, a CF/88 teria consagrado a relevância dos direitos humanos, atribuindo aos tratados sobre esses direitos a hierarquia de norma constitucional.

Essa relevância dos direitos humanos firmados em documentos internacionais estaria reforçada pela previsão do princípio da prevalência dos direitos humanos inscrito no inciso II do art. 4º da CF/88.<sup>10</sup>

Contudo, nas duas primeiras décadas da vigência da CF/1988, o STF, em relação à cláusula de abertura contida no §2º do art. 5º, assumiu uma interpretação conservadora e de autocontenção, não incorporando a tese doutrinária da hierarquia materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, mas decidindo pela sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro na hierarquia normativa equivalente à legislação ordinária. Foi assim como o STF se pronunciou na Medida Liminar da ADI n.º 1.480/1997 DF,<sup>11</sup> reproduzindo posição paradigmática adotada no RE n.º 80.004/1977 SE.<sup>12</sup>

pio internacional *pro homine*), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais” (MAZZUOLI, Valério Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 30).

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 14-15.

<sup>10</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480-3 do Distrito Federal (Medida Liminar)*. Caso “Validade da Convenção n.º 158 da OIT”. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 4 de setembro de 1997, p. 213-365. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 80.004 do Sergipe*. Caso “Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre letras de câmbio”. Rel. Ministro Cunha Peixoto, 1 de junho de 1977, p. 915-1024. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 08 nov. 2020.

Em tentativa de solucionar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, o Congresso Nacional, fazendo uso da sua competência de poder constituinte derivado, aprovou, em 2004, a Emenda Constitucional n.º 45 (EC n.º 45/2004), acrescentando o §3º ao art. 5º da CF/88, de modo a dispor que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.<sup>13</sup>

Em outras palavras, prevê-se, nesse novo parágrafo, que, para que um tratado internacional de direitos humanos assumira patamar hierárquico constitucional, integrando assim o bloco de constitucionalidade, é necessária sua aprovação por meio do procedimento legislativo equivalente ao utilizado para a aprovação das emendas constitucionais, incluindo o quórum qualificado de três quintos em dois turnos em cada Casa Legislativa.

Apesar da intenção do legislador constituinte derivado ter sido a de pôr fim às discussões em torno da hierarquia dos tratados de direitos humanos, o certo é que o dispositivo ocasionou ainda mais controvérsias. Assim, para aqueles que defendiam a hierarquia materialmente constitucional de todos tratados internacionais de direitos humanos, com base na cláusula de abertura constitucional do §2º do art. 5º da CF/88, o novo §3º do art. 5º enfraqueceu ainda mais essa posição.

Para Mazzuoli<sup>14</sup>, o poder constituinte reformador demonstrou total desconhecimento dos atuais princípios que vestem o direito internacional público, ignorando também as regras da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969,<sup>15</sup> sobretudo as de *jus cogens*, porque desnaturalizou o processo constitucional de celebração e incorporação de tratados no Brasil, ao criar tratamento diferenciado entre documentos que possuem o mesmo fundamento de validade. Mazzuoli<sup>16</sup>

afirma que, “essa ‘desigualação de iguais’ que permite o § 3º ao estabelecer ditas ‘categorias de tratados’, é totalmente injurídica por violar o princípio (também constitucional) da isonomia”.

Dessa forma, para os defensores da tese da hierarquia materialmente constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, a alternativa que restou foi interpretar o §2º do art. 5º como a norma que atribuía aos tratados a hierarquia materialmente constitucional, enquanto o §3º restringir-se-ia à hierarquia formalmente constitucional. Observe-se que, conforme apontam Ferreira e Anadon,

nunca se questionou a constitucionalidade do §3º introduzido pela EC n.º 45/2004 na Constituição Federal, nem mesmo para se buscar, talvez, uma melhor solução mediante as técnicas interpretativas da interpretação conforme a Constituição ou da nulidade parcial sem redução de texto em controle de constitucionalidade.<sup>17</sup>

Segundo Sarlet, a EC n.º 45/2004 introduziu uma regra de cunho procedimental que, em consonância com o §2º do art. 5º, pode ser compreendida como “a condição de direitos formal e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais”.<sup>18</sup>

Portanto, sob essa lógica, a exigência do quórum qualificado apenas estaria reforçando a natureza constitucional desses tratados, na medida em que o §3º do art. 5º da CF/88 exige um quórum equivalente ao das emendas constitucionais. Nessa mesma linha pronuncia-se Piovesan, para quem, diante da hermenêutica emancipatória que protege o valor da dignidade humana, deve imperar a lógica material e não a formal, porque “a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condi-

p. 40.

<sup>17</sup> FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenêutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 175-192, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3655>. Acesso em: 04 abr. 2021.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de convencionalidade em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio (org.). *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 107-128. p. 110.

<sup>13</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>14</sup> MAZZUOLI, Valério Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 37-40.

<sup>15</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969*, de 23 de maio de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 29 dez. 2020.

<sup>16</sup> MAZZUOLI, Valério Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.



cionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela”.<sup>19</sup>

Piovesan<sup>20</sup> ainda ressalta que a norma constitucional deve ser interpretada no sentido de maior eficácia — Princípio da Máxima Efetividade da Norma — sem reduções que diminuam o seu fim, evocando os ensinamentos de Hesse em “A Força Normativa da Constituição”.<sup>21</sup>

Observe-se que, em 2008, o STF já tinha atualizado sua jurisprudência no tema da hierarquia dos tratados, a partir do famoso *leading case* que versou sobre a prisão civil do depositário infiel (RE n.º 466.343-1/2008), no qual ressaltou o caráter especial dos tratados de direitos humanos em detrimento dos demais, garantindo-lhes espaço privilegiado no ordenamento jurídico.

O voto vencedor, proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE n.º 466.343-1/2008, apresentou argumento interpretativo no sentido de que o legislador, ao acrescentar o §3º ao art. 5º da CF/88, proferiu uma “declaração eloquente” de que os tratados anteriormente ratificados, portanto, não submetidos ao processo de especial aprovação pelo Congresso Nacional, não possuem caráter de norma constitucional. Acrescentou, ainda, que a mudança promovida pelo §3º apresentou solução para o futuro, ou seja, “os tratados de direitos humanos — para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais — terão que ser aprovados em *quórum* especial nas duas Casas do Congresso Nacional”.<sup>22 23</sup>

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 19.

<sup>20</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018. p. 37.

<sup>21</sup> Nesse sentido: “A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o Direito e sobretudo a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça desta tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 22).

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 466.343-1*, de São Paulo. Rel. Ministro Cezar Peluso. Caso “Prisão Civil do Depositário Infiel”, 3 de dezembro de 2008, p. 1-225. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341718509&ext=.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>23</sup> Até a data da conclusão do presente trabalho (abril de 2021), apenas dois tratados de direitos humanos têm ingressado no ordenamento jurídico brasileiro com o quórum qualificado previsto no §3º do art. 5º da CF/88, são eles: Convenção sobre os direitos das

Portanto, dentre outras importantes questões, duas conclusões podem ser extraídas da construção argumentativa do referido voto: a) a superação da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil; e, b) o esvaziamento da discussão acerca do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados antes da promulgação da EC n.º 45/2004.

Com esse raciocínio, fixou-se a tese da hierarquia supralegal que, emprestada do regime constitucional alemão,<sup>24</sup> reserva um lugar especial no ordenamento jurídico para os tratados de direitos humanos, de modo a promover a efetivação desses direitos no plano interno e internacional, ensejando uma postura jurisdicional voltada à proteção da pessoa, e em consonância às realidades supranacionais. Fixou-se, também, “efeito paralisante dos tratados supralegais”.<sup>25</sup> Assim, a eficácia jurídica das normas infraconstitucionais que venham a conflitar com esses tratados fica paralisada.

Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL. *Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 08 nov. 2020.); Tratado de Marraqueche – Decreto n.º 9.522 de 8 de outubro de 2018 (BRASIL. *Decreto n.º 9.522, de 8 de outubro de 2018*. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.522%2C%20DE%208,27%20de%20junho%20de%202013](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.522%2C%20DE%208,27%20de%20junho%20de%202013). Acesso em: 08 nov. 2020.). 2018. outubro de e julho de 2008, dico brasileiro direitos humanos ocupam posiçada

<sup>24</sup> “Na experiência do direito comparado, é válido mencionar que essa mesma qualificação é expressamente consagrada na Constituição da Alemanha que, em seu art. 25, dispõe que ‘as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional’ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 466.343-1*, de São Paulo. Rel. Ministro Cezar Peluso. Caso “Prisão Civil do Depositário Infiel”, 3 de dezembro de 2008, p. 1-225. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341718509&ext=.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.).

<sup>25</sup> No julgamento do HC n.º 92.566/2008 realizado no mesmo dia, o Ministro Celso de Mello observou que a tese a favor da supralegalidade tinha contado com, apenas, cinco votos, sendo que dois Ministros sequer se pronunciaram sobre o tema (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 92.566*, de São Paulo. Caso “Depositário Infiel”. Rel. Ministro Marco Aurélio, 3 dez. 2008, p. 451-471. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384> Acesso em: 08 nov. 2020.).

Conforme ensina Lopes,<sup>26</sup> apesar das controvérsias em torno da competência do STF de criar nova hierarquia normativa, o fato é que o julgamento do RE n.º 466.343/2008 resultou em *overruling* em relação aos precedentes, passando a orientar a jurisprudência posterior e, inclusive, servindo para o controle de convencionalidade proposto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>27</sup>

Embora a tese da hierarquia supralegal resulte na consequência de que esses tratados supralégais não servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e de outros atos normativos, uma vez que não integram o bloco de constitucionalidade, é possível afirmar que as duas teses trabalhadas neste artigo (tese da hierarquia constitucional e da hierarquia supralegal) possuem semelhanças e, ao analisar o *leading case* do caso do depositário infiel, “ambas as hipóteses abrem a possibilidade que a Constituição — e não apenas as leis infraconstitucionais — seja interpretada de maneira compatível com os tratados internacionais de direitos humanos”.<sup>28</sup>

Todavia, ao decidir no RE n.º 466.343/2008 pela aplicabilidade da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em detrimento dos dispositivos do Código Civil e da própria CF/88 que preveem a prisão do depositário infiel, o STF privilegiou a norma internacional

confrontante com a normativa interna, demonstrando a assimilação do Princípio Internacional *Pro Homine*.<sup>29</sup>

### 3 Os argumentos sobre a hierarquia dos tratados internacionais na ADI n.º 5.543/2020 DF

O Partido Socialista Brasileiro (PSB), partido político com representação no Congresso Nacional, ingressou com a ADI n.º 5.543/2020 perante o STF,<sup>30</sup> com pedido de medida cautelar, em face dos seguintes atos normativos federais: o art. 64, inciso IV, da Portaria n.º 158/2016 do MS,<sup>31</sup> e o art. 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n.º 34/2014 da ANVISA.<sup>32</sup>

Os dispositivos citados estabeleciam que as pessoas do sexo masculino que tivessem tido relações sexuais com outros homens, assim como as parceiras sexuais

<sup>26</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHAVES, Luciano Athayde. O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário judicial infiel: uma questão ainda em aberto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 55, n. 217, p. 35-63, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543085/001122826.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>27</sup> Sobre o controle de convencionalidade, Contesse aponta que: “en los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha articulado una doctrina conocida como el ‘control de convencionalidad’ en cuya virtud los jueces y otras autoridades nacionales se encontrarían en la obligación de inaplicar aquellas normas domésticas que no se conforman con las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la interpretación que de estas hace la misma Corte.” CONTESSÉ, Jorge. *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2013. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13\\_Contesse\\_CV\\_Sp\\_20130401.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf). Acesso em: 15. nov. 2020.

<sup>28</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *Eficiência nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 27-50. p. 33.

<sup>29</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHAVES, Luciano Athayde. O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário judicial infiel: uma questão ainda em aberto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 55, n. 217, p. 35-63, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543085/001122826.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>31</sup> “Art. 64º. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: [...] IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;” (BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n.º 158/2016*. Brasília, 05 mar. 2016. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-158-de-4-de-fevereiro-de-2016-22301274>. Acesso em: 08 nov. 2020.).

<sup>32</sup> “Art. 25º. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: [...] XXX – os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes” (BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n.º 34/2014*. Brasília, 11 jun. 2014. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.).

destes estariam, temporariamente, inaptas para doar sangue até doze meses após a última relação sexual.

Nos termos da ação distribuída para a relatoria do Ministro Edson Fachin, em 07 de junho de 2016, o citado partido político arguiu a inconstitucionalidade sob o argumento da violação ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, ao direito fundamental à igualdade, ao direito de não discriminação a minorias e ao Princípio Constitucional da Proporcionalidade.

A petição inicial da ADI n.º 5.543/2020 começou abordando a origem histórica da restrição de doação de sangue por homens homossexuais, conforme sucintamente descrito no voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Em breves palavras, a origem histórica se deu com a epidemia da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS) ocorrida no final da década de 1980, sendo os homossexuais do sexo masculino o grupo mais atingido pela doença, em virtude da alta probabilidade da troca de fluidos (esperma e sangue) durante as relações sexuais. Lembram Barbosa e Medeiros<sup>33</sup> que a AIDS chegou, inclusive, a ser denominada “peste gay”, mesmo após a constatação de que o vírus podia ser transmitido por qualquer pessoa e não apenas por homens homossexuais. Para o Ministro Luís Roberto Barroso, as normas atacadas pelo proponente da ação refletem essa errada compreensão da doença ao fundar-se no “Princípio da Precaução”.

Com efeito, no curso da ação, tanto o MS quanto a ANVISA apresentaram defesa no sentido de que as normas atacadas eram políticas públicas que visavam dar segurança à sociedade, ou seja, objetivavam dar prevalência ao interesse coletivo em detrimento de interesse individual. Isso porque a prática sexual entre homens, ainda, constitui conduta de risco com maior probabilidade de contágio de doenças sexualmente transmissíveis e, mesmo com os avanços tecnológicos que submetem o sangue do doador a diversos exames laboratoriais, subsiste o que se denomina de “janela imunológica”, argumento bem trabalhado no voto do Ministro Alexandre de Moraes, que consiste na lacuna temporal que existe entre a infecção pela doença e a

sua detecção, gerando resultados denominados de “falso negativo”, sendo essa “janela” um risco de contágio não detectável no exame.<sup>34</sup>

No Acórdão, a primeira questão enfrentada pelos Ministros foi determinar se o STF tinha competência para apreciar o mérito da ação. O Ministro Relator pronunciou-se a favor dessa possibilidade, tendo em vista a autonomia dos atos normativos atacados, bem como o seu elevado grau de abstração e generalidade, viabilizando, assim, sua impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade.<sup>35</sup>

O voto do Ministro Relator foi dividido em sete tópicos. Inicialmente, asseverou que a solução da questão teria de abordar, necessariamente, o conteúdo constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), dos direitos de personalidade, e dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade (art. 5º, *caput*, CF/88), assim como a cláusula material de abertura prevista no §2º do art. 5º CF/88. Tudo detalhadamente exposto em quase quarenta páginas.<sup>36</sup>

Quanto ao tema da hierarquia dos tratados internacionais, o Ministro Relator inovou ao subverter a lógica fixada no precedente que trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a tese da hierarquia supralegal desses documentos (RE 466.343-1/2008, citado neste trabalho linhas acima). Para o Ministro, haveria a necessidade de uma “interpretação redentora” ou “leitura redentora” da tese da supralegalidade, de modo a, com base no pensamento de Jack Balkin e Ronald Dworkin, conseguir que as promessas contidas no texto constitucional sejam realizadas, sobretudo aquelas relativas aos direitos humanos.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 266-289, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5727/pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitu-*



A tese da hierarquia suprallegal dos tratados internacionais constitui, segundo o Ministro, uma “tese madura para possível revisão”. Nesse sentido, respaldando-se no pensamento de autores como Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan — citados já no primeiro tópico deste trabalho — afirmou que, por força do §2º do art. 5º da CF/88, os direitos previstos nos tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil ingressam no ordenamento pátrio como direitos materialmente constitucionais, equiparando-se aos direitos fundamentais expressamente estabelecidos na CF/88. O Ministro Relator, portanto, admitiu que esses tratados fazem parte do bloco de constitucionalidade brasileiro.<sup>38</sup>

Prosseguiu o Ministro Relator com seu voto salientando, em primeiro lugar, que um dos papéis do Poder Judiciário é o de aplicar o postulado hermenêutico que reconhece a prevalência dos direitos fundamentais. Nessa linha, a admissão da hierarquia materialmente constitucional dos tratados não somente ressalta a imediata eficácia desses direitos, como reconcilia os compromissos firmados pelo Estado brasileiro no plano internacional. Em segundo lugar, o Ministro Relator esclareceu que a norma contida no §3º do art. 5º da CF/88 tem como destinatário o Poder Legislativo, sendo faculdade do poder majoritário reforçar a proteção normativa aos direitos humanos. Todavia, acrescentou que,

[...] Federal, 2020, p. 34 internacional; No entanto, idade do poder majoritário para reforçar a proteçõalmente inseridos na Constituição exige o Poder Judiciário de, à luz do caráter materialmente constitucional dos direitos humanos, vivificá-los na interpretação das demais cláusulas constitucionais.<sup>39</sup>

Em relação ao ponto principal da ação, o Ministro Relator se pronunciou pela procedência da ADI n.º

*cionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”*. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”*. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”*. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

5.543/2020, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados por violarem normas do Direito interno, a exemplo do direito à igualdade e não discriminação dos homens homossexuais. Acrescentou, ainda, que as restrições da doação de sangue por homens homossexuais violam duas dimensões dos direitos da personalidade: a) o exercício da empatia e solidariedade no ato de doar sangue; e, b) o direito de escolha e exercício da sexualidade.<sup>40</sup> Seguidamente, elencou os documentos internacionais firmados pelo Brasil e atingidos pelas normas restritivas do MS e da ANVISA: Convenção Americana sobre Direitos Humanos,<sup>41</sup> o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>42</sup> e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.<sup>43</sup> Além dos Princípios de Yogyakarta,<sup>44</sup> que consistem em orientações elaboradas por grupos de direitos humanos, sem qualquer efeito vinculante.<sup>46</sup>

Concluída a votação do Relator, os outros Ministros passaram a proferir seus votos, e nenhum deles pronunciou-se a respeito da superação da tese da suprallegalidade levantada pelo Ministro Relator Edson Fachin no seu voto. Nem sequer o Ministro Gilmar Mendes, autor da inserção da tese da hierarquia suprallegal dos tratados no

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”*. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>41</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>42</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos*, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 05 dez. 2020.

<sup>43</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância*, de 6 de maio de 2013. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-69\\_discriminacion\\_intolerancia.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp). Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>44</sup> Ainda não ratificada pelo Congresso Nacional

<sup>45</sup> PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*, 6-9 nov. 2006. Disponível em: [www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 16 nov. 2020.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”*. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.



ordenamento jurídico brasileiro, manifestou-se sobre o assunto.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal julgou pela procedência da ADI n.º 5.543/2020, nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Alexandre de Moraes, e, integralmente, os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, os quais julgaram pela improcedência da ação.

Nos termos da ementa da decisão, restaram fixadas cinco premissas: 1. O compromisso da responsabilidade com o outro, que requer um tratamento igual para as pessoas que, em ato de alteridade, desejam doar sangue; 2. A orientação sexual não é fator determinante que indique o risco de transmissão, sendo essa premissa um ato de discriminação que viola a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade. Dessa forma, a conclusão é que são as condutas de risco e não os grupos de risco que devem ser levadas em consideração; 3. O Princípio da Dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais atinge a autonomia existencial da pessoa, quer em sua autonomia pública ou na privada, uma vez que esta deve ter liberdade para exercer suas escolhas; 4. Mesmo que sem intenção discriminatória, as normas enfrentadas na ADI violam o Princípio da Igualdade, pois são normas que geram impacto desproporcional na vida dos homens homossexuais, sendo esta uma discriminação injustificável e que atinge tanto o direito interno quanto a proteção internacional dos direitos humanos; 5. Os homens homossexuais não podem ser tratados de forma diferente, a eles é preciso garantir a participação em sociedade, e doar sangue é um ato de participar da própria comunidade.<sup>47</sup>

Não há, na ementa, qualquer referência à cláusula de abertura constitucional do §2º, art. 5º da CF/88 ou à interpretação pela materialidade constitucional dos tratados internacionais e consequente superação da tese da supralegalidade nos termos expostos pelo voto vencedor do Ministro Relator Edson Fachin, aspectos que serão abordados no seguinte tópico.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

## 4 Análise da ADI n.º 5.543/2020 DF à luz da teoria de Maccormick

A análise da decisão do STF no julgamento da ADI n.º 5.543/2020 será realizada com base na Teoria da Argumentação Jurídica do jusfilósofo escocês Neil MacCormick, o qual compreende o Direito como uma ordem normativa institucional e prática, sujeita a mudanças (*defeasible*), uma vez que sua certeza é rebatível, tendo em vista sua permanente necessidade de acompanhar os anseios da sociedade em que é aplicado.<sup>48</sup>

Ao admitir o carácter dinâmico do Estado de Direito, MacCormick propõe uma reconciliação com o Princípio da Segurança Jurídica, que é para ele o maior valor do “*Rule of Law*”.<sup>49</sup> O jurista escocês parte da compreensão da insuficiência da subsunção para resolver casos complexos (*hard cases*).<sup>50</sup> Assim, propõe uma teoria argumentativa fundada em uma lógica racional capaz de combater o “interpretativismo”, por meio da formulação de critérios objetivos e hábeis para afastar decisões inadmissíveis, as quais denomina de “respostas erradas”.<sup>51</sup>

Em outros termos, a interpretação deve ser acompanhada de uma *praxis* argumentativa que permita a escolha dos melhores argumentos a partir de critérios objetivos e racionais.<sup>52</sup> Dessa forma, as decisões emitidas pela autoridade dotada de poder judicante serão válidas, imparciais e respeitadas diante de uma controvérsia acerca do significado de uma norma, de seu contexto prático, ou da sua aplicação em um caso concreto.<sup>53</sup>

O método apresentado pelo autor, portanto, não nega a lógica dedutiva, mas, em não sendo o Direito uma ciência exata, o silogismo não é resposta eficaz para todas as questões, e aqui se inserem as questões complexas que não possuem respostas a partir da clássica regra de subsunção.<sup>54</sup> É, contudo, quanto aos ca-

<sup>48</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho*: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 72.

<sup>49</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho*: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 53.

<sup>50</sup> MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2018. p. 90.

<sup>51</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho*: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 448.

<sup>52</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho*: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 39.

<sup>53</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho*: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 35.

<sup>54</sup> MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*.

tos complexos (*hard cases*) que Neil MacCormick,<sup>55</sup> em expressa consonância com a preocupação de Ronald Dworkin<sup>56</sup> frente ao decisionismo do positivismo jurídico, adota uma “reconstrução racional” de enfrentamento do “interpretativismo”, oferecendo um método capaz de analisar a correção das decisões judiciais com base em critérios objetivos e da aplicação de determinados requisitos, que justificam um adequado raciocínio do julgador.<sup>57</sup>

Desse modo, oferece uma tipologia de classificação dos argumentos interpretativos dos juízes em três categorias principais: a) argumentos linguísticos: são aqueles que apelam para o contexto linguístico da norma, seja quanto ao significado ordinário ou técnico dos termos empregados;<sup>58</sup> b) argumentos sistêmicos: consideram a lei como um elemento do sistema jurídico e, para tanto, a interpretação adequada precisa considerar a dialogicidade da lei específica com o contexto sistêmico no qual ela está inserida, subdividindo-se em seis tipos: 1. harmonização contextual; 2. argumento de precedentes; 3. argumento de analogia; 4. argumento conceitual; 5. argumento de princípios gerais; 6. argumentos históricos;<sup>59</sup> c) Argumentos teleológico-avaliativos: relacionam-se com a finalidade do texto legislativo, buscando “a intenção do parlamento” a partir de uma visão racional e teleológica da atividade legislativa.<sup>60</sup>

Todavia, prevendo a eventualidade desses argumentos conflitarem entre si, o autor aborda a clássica fórmula da “regra de ouro”, a qual estabelece uma hierarquia dentre os argumentos, priorizando os linguísticos, seguidos dos sistêmicos e, em último caso, dos teleológicos. No entanto, MacCormick ressalta a importância de adotar a “regra de ouro” como uma “máxima da sabedoria interpretativa prática”, e não como regra, consi-

derando o absurdo que uma conclusão *prima facie* pode causar a partir da adoção binária dessa hierarquização proposta, restando a cargo do juiz a decisão pela melhor forma de conduzir a prevalência desses diferentes tipos de argumentos.<sup>61</sup>

Por fim, não obstante a constatação pelo próprio autor de que sua teoria não se presta a fornecer “uma única resposta correta”, divergindo nesse ponto da posição dworkiana e aproximando-o de Alexy, é possível afirmar que a racionalidade proposta por sua teoria argumentativa é capaz de oferecer critérios objetivos para definir aquilo que venham a ser as “respostas erradas”, e, assim, afastar soluções inadmissíveis.<sup>62</sup> É, portanto, nesse ponto que a solução dos *hard cases* precisa atender às justificações de segunda ordem, satisfazendo aos requisitos de universalidade, consistência e coerência.

Por universalidade, entende-se que uma decisão deve estar fundamentada em proposições universais capazes de determinar a resolução de outros casos semelhantes. Dessa forma, estar-se-á garantindo a equidade e, conseqüentemente, a segurança jurídica.<sup>63</sup>

Por consistência, considera-se uma decisão que não pode confrontar seus próprios argumentos, nem contradizer as regras de Direito estabelecidas e vinculantes.<sup>64</sup>

Por coerência, compreende-se uma decisão que não contraria o sistema jurídico, enquanto corpo coeso de normas compatíveis axiologicamente, e que se justificam com base em uma norma mais geral, sendo essas regras manifestações mais específicas e concretas daquela.<sup>65</sup>

Consoante esses critérios, o acórdão da ADI n.º 5.543/2020 será, nas próximas linhas, criticamente analisado, com o intuito de determinar a correção da decisão, o que não significa adentrar no mérito da decisão, mas na adequação do raciocínio argumentativo utilizado no julgado pelos Ministros, considerando-se que, para MacCormick,<sup>66</sup> a argumentação jurídica constitui uma

Lima: Palestra Editores, 2018. p. 90.

<sup>55</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 107.

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

<sup>57</sup> LOPES, Ana Maria D. Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise de decisão judicial sobre a “briga de galos” (Adin n. 1856/2011) a partir da teoria argumentativa de MacCormick. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 10, n. 20, p. 37-58, 2015. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15296/10474>. Acesso em: 29 dez. 2020.

<sup>58</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 222-225.

<sup>59</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 225-232.

<sup>60</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 232-239.

<sup>61</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 177-182.

<sup>62</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 448.

<sup>63</sup> MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2018. p. 137.

<sup>64</sup> MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2018. p. 247-248.

<sup>65</sup> MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2018.

<sup>66</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. São

espécie de raciocínio prático que auxilia a definir o que é correto fazer em situações nas quais se deve escolher uma opção, sem que isso signifique apreciar o mérito.<sup>67</sup>

#### 4.1 Consistência

Pelo requisito da consistência, a decisão apresenta diversas contradições. Assim, no que se refere, especificamente, ao tema da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a primeira inconsistência constatada pode ser encontrada no voto do Ministro Relator Edson Fachin, ao afirmar que o §3º incorporado ao art. 5º da CF/88, por meio da EC n.º 45/2004, determina, apenas, uma faculdade, ou seja, uma opção destinada ao Poder Legislativo para reforçar, formalmente, a proteção normativa dos direitos humanos previstos em tratados e convenções, acrescentando que o §2º do art. 5º da CF/88<sup>68</sup> obriga a considerar a hierarquia materialmente constitucional desses tratados.

Há, portanto, na interpretação realizada pelo Ministro Relator, uma inconsistência argumentativa quanto aos dois parágrafos, pois, a respeito da leitura do §3º, não se deduz que a norma se direciona tão somente a facultar ao Poder Legislativo que conceda hierarquia constitucionalmente formal aos tratados, especialmente porque o próprio STF já tinha antes decidido que o §2º do art. 5º não concedia hierarquia material a esses documentos internacionais (no já citado RE 466.343/2008).

O poder constituinte derivado, ao incorporar o §3º ao art. 5º da CF/88, por meio da EC n.º 45/2004, estabeleceu a competência do Poder Legislativo de atribuir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos. Estes considerados pelo STF, em repetidas ocasiões, normas de hierarquia apenas legal. Se esses tratados já tivessem hierarquia constitucional por força do §2º (ainda que somente material), o §3º perderia sentido, pois, no Brasil, não há diferença entre os efeitos de norma material ou formalmente constitucional.

Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XIV.

<sup>67</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a “briga de galos” (Adin n. 1856/2011) a partir da teoria argumentativa de MacCormick. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 10, n. 20, p. 37-58, 2015. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15296/10474>. Acesso em: 29 dez. 2020.

<sup>68</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 nov. 2020.

Desse modo, a interpretação do Ministro Relator não apenas esvazia o sentido normativo do §3º do art. 5º, mas contradiz precedente do próprio tribunal do qual faz parte, sem que tenha apresentado argumentação capaz de justificar essa mudança de entendimento. Afirmar que o Brasil está se abrindo à proteção internacional dos direitos humanos não é novidade que justifique mudança de precedente, pois esse argumento já tinha sido levantado há décadas por juristas como Cançado Trindade, mas desconsiderado, expressamente, pelo STF em decisões como o emblemático RE 466.343/2008 (conforme exposto neste artigo linhas acima).

Outra crítica que revela a inconsistência do julgado se refere ao fato de nenhum dos Ministros votantes terem trabalhado (ou sequer mencionado), em seus votos, o tema da materialidade constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a superação da tese da supralegalidade, como afirmado pelo Ministro Relator Edson Fachin. Contudo, a maioria dos Ministro acompanhou o voto do Relator, mesmo que sobre esse tema específico não tenham se manifestado. Todavia, os Ministros que decidiram de forma divergente sequer abordaram acerca de importante temática.

Nesse sentido, aplica-se a crítica de Lopes<sup>69</sup> quando, em análise da tese da supralegalidade, fixada no do RE 466.343/2008, constatou a ausência de unidade decisória em delicado tema que resultou em superação de precedente. A tese da supralegalidade, portanto, nasceu sem unidade decisória, e, além disso, foi sepultada com base em manifestação solitária no voto vencedor do Ministro Relator.

Importante também constar que a ementa da decisão não descreve os termos do voto vencedor do Ministro Relator no que se refere à mudança do entendimento sobre a hierarquia dos tratados.

#### 4.2 Coerência

Pelo requisito da coerência, os Ministros precisam conectar racionalmente todos os argumentos expostos

<sup>69</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHAVES, Luciano Athayde. O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário judicial infiel: uma questão ainda em aberto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 55, n. 217, p. 35-63, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543085/001122826.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2020.



nos seus respectivos votos e, de igual maneira, demonstrar essa mesma conexão com o corpo coeso do ordenamento jurídico, e nisso estão incluídas não somente as normas, mas também a própria jurisprudência do sistema.<sup>70</sup> Como visto no subitem anterior, a interpretação inconsistente do Ministro Fachin confrontou duas normas constitucionais ao utilizar um raciocínio argumentativo diferente para interpretar o §2º do art. 5º da CF/88, daquele usado para o §3º do art. 5º da CF/88, constatando-se, conseqüentemente, uma desconexão argumentativa e, portanto, a incoerência do voto.

Ao adotar a tese da materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos, o Ministro Relator resgatou as discussões interpretativas quanto à clausula de abertura prevista no §2º do art. 5º da CF/88 que há décadas a doutrina especializada em direitos humanos vinha defendendo, mas ignorada pelo próprio STF. Foram justamente esses questionamentos levantados pela doutrina que deflagaram, em 2004, a incorporação do §3º ao art. 5º (via a EC n.º 45/2004), com o objetivo de expressamente estabelecer a competência do Poder Legislativo de atribuir, ou não, a hierarquia constitucional aos tratados e, desse modo, dar fim às controvérsias. Contudo, somente depois percebeu-se o erro de não ter considerado a situação dos tratados aprovados antes da vigência da EC n.º 45/2004, dando lugar à criação jurisprudencial da já mencionada tese da supralegalidade (RE 466.343).

Não se pretende minimizar as críticas levantadas pela doutrina contra a tese da supralegalidade<sup>71</sup>, mas, o certo é que o §3º do art. 5º da CF/88 prevê, expressamente, que apenas os tratados de direitos humanos aprovados seguindo o mesmo procedimento utilizado para aprovar as emendas constitucionais possuem hie-

arquia constitucional, e isso não poderia ter sido ignorado pelo Ministro Fachin.

Finalmente, cabe observar que o Ministro Fachin não precisava ter adentrado nas discussões referentes à tese da materialidade constitucional dos tratados e, principalmente, não precisava ter julgado contra o precedente da supralegalidade, pois a hierarquia supralegal dos tratados de direitos não impossibilita realizar o controle de convencionalidade e tampouco o denominado diálogo de fontes, conforme o próprio STF tinha já feito em 2008 por ocasião do RE 466.343.<sup>72</sup>

### 4.3 Universalidade

Apesar do inquestionável mérito da decisão ter assegurado a proteção dos direitos das pessoas LGBT, especialmente dos homens homossexuais, em respeito ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito Fundamental à Liberdade e não Discriminação, assim como o Direito de Personalidade nas dimensões da livre escolha da sexualidade e do livre exercício da solidariedade (ato de doar), não atendeu o requisito da universalidade.

MacCormick entende que, para que uma decisão seja considerada universalizável, os argumentos expostos na *ratio decidendi* devem ser capazes de serem aplicados em outros casos semelhantes. O argumento da superação da tese da supralegalidade e a consequente defesa da materialidade constitucional de todos os tratados de direitos humanos, levantado pelo Ministro Relator Edson Fachin,<sup>73</sup> além de afrontar diretamente normas constitucionais, especialmente o §3º do art. 5º, contraria precedentes do próprio STF (a exemplo do RE 466.343/2008), sem qualquer fundamentação sólida capaz de justificar a mudança de posição, conforme evidenciado linhas acima.

<sup>70</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila; TEIXEIRA, Diego Monte. Análise da decisão cautelar sobre a utilização de áreas de preservação permanente (ADI n.º 3.540/2005) à luz da teoria argumentativa de MacCormick. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 135-155, 2016. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/823>. Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>71</sup> SARLET, Ingo. A Constituição Federal de 1988, os Tratados Internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisados à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA, Mercè Barcelò (org). *Direitos fundamentais em Estados Compostos*. Chapecó: UNOESC, 2013. p. 379-412. Disponível em: [http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Brasil\\_x\\_Espanha\\_05\\_11\\_2014.pdf](http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Brasil_x_Espanha_05_11_2014.pdf). Acesso em: 01 nov. 2020.

<sup>72</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004>. Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso "Doação de Sangue por homens homossexuais". Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.



Para Mello,<sup>74</sup> o respeito aos precedentes vinculantes funda-se nos valores de segurança jurídica, isonomia e eficácia, com base nos quais se busca promover uma maior previsibilidade, estabilidade e continuidade do Direito, de modo a nortear a solução de casos análogos, reduzindo a discricionariedade dos juízes e garantindo o tratamento isonômico, bem como tornando mais racional o trabalho do Judiciário.

Observe-se, também, que, apesar da nova interpretação dos §§2º e 3º do art. 5º dada pelo Ministro Fachin constituírem parte da *ratio decidendi*, não foi sequer mencionada nos votos dos outros Ministros, nem acolhida na Ementa do Acórdão, o que pode ser considerado um forte indicativo da sua descaracterização como regra a ser usada no futuro.

MacCormick afirma que, em um Estado de Direito, para que uma decisão particular possa ser considerada universalizável requer que esteja fundamentada no Direito preestabelecido de forma apropriada.<sup>75</sup>

Não há, portanto, como afirmar o caráter universalizável de uma decisão fundada em argumento cuja defesa traga como consequência manifesta discordância com a constituição vigente.<sup>76</sup>

## 5 Conclusão

O art. 64, inciso IV, da Portaria n.º 158/2016 do MS, e o art. 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA, que restringiam a doação de sangue por homens homossexuais, foram declarados inconstitucionais pelo STF no julgamento da ADI n.º 5.543/2020 DF por serem considerados violadores do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do Direito Fundamental à Igualdade e não Discriminação, da violação à liberdade existencial de escolha na manifestação e exercício da sexualidade e da solidariedade quanto ao ato de doar, bem como do Princípio da Proporcionalidade.

Além disso, o voto vencedor, proferido pelo Ministro Relator Edson Fachin, adentrou na temática da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos,

resgatando a tese doutrinária que defende a hierarquia materialmente constitucional desses documentos, com base na cláusula de abertura constitucional prevista no §2º do art. 5º da CF/88, superando. Desse modo, a tese da hierarquia supralegal fixada em precedente do próprio STF em 2008 (RE 466.343).

Embora o voto da relatoria tenha sido acompanhado pela maioria, nenhum dos demais Ministros pronunciou-se sobre a hierarquia dos tratados internacionais. Todavia, esse ponto não foi sequer exposto nos termos da ementa da decisão.

Em suma, a tese da supralegalidade teve seu fim declarado em manifestação isolada no voto do Relator que, sem argumentação jurídica necessária e apta a justificar o *overruling* judicial, promoveu uma mudança significativa que repercutirá em todos os casos seguintes que envolvam tratados internacionais de direitos humanos não ingressos no ordenamento jurídico nacional conforme a exigência prevista no §3º, do art. 5º da CF/88.

Afinal, a partir da ADI n.º 5.543/2020 DF, o §3º, do art. 5º da CF/88 perde a sua razão de ser, já que a interpretação dada ao §2º do mesmo artigo se torna suficiente para aferir a materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos e a integração de todos esses documentos no denominado bloco de constitucionalidade brasileiro.

O caso é de crucial interesse socioacadêmico, pois não apenas se refere à relevante discussão quanto à violação dos direitos das pessoas LGBT, mas também porque retoma a antiga, porém sempre debatida, tese da materialidade constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

A análise crítica a correção dessa decisão, à luz da Teoria Argumentativa de MacCormick, não teve a finalidade de questionar o mérito da decisão tampouco de relegar os tratados internacionais a um papel secundário, mas objetivou promover uma reflexão acadêmica sobre o trabalho argumentativo desenvolvido no âmbito do STF. Por esse motivo, analisou-se se a decisão atendia os requisitos propostos por MacCormick para ser considerada correta. Concluiu-se que o Pretório Excelso julgou, de forma incoerente, inconsistente e não universalizável.

Mesmo que tenha apresentado uma acomodação interpretativa do §3º, do art. 5º da CF/88, no sentido de

<sup>74</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 13, p. 263-285, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4236/pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>75</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho*: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 181.

<sup>76</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho*: una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 203.

indicar que passa a servir de orientação opcional destinada ao Poder Legislativo, a inconsistência do voto é verificada porque a interpretação colocou em contradição duas regras constitucionais vigentes e vinculantes (o §2º e o §3º do art. 5º da CF/88), atingindo a própria força normativa da Constituição. No mesmo sentido, a incoerência está presente na falta de racionalidade entre os argumentos da decisão que sepultaram a tese da supralegalidade e o corpo coeso de duas normas (o §2º e o §3º do art. 5º da CF/88), bem como no infundado *overruling* do precedente judicial do próprio STF (fixado no RE 466.343/2008) que precisam estar conectadas, indo de encontro aos valores do sistema jurídico brasileiro.

Por fim, apesar das críticas apontadas, deve-se destacar a sua relevância no que tange à proteção dos direitos dos homens homossexuais, haja vista contribuir a mostrar a urgente necessidade de reverter quaisquer manifestações discriminatórias contrárias à dignidade humana das pessoas LGBT.

Fato é, entretanto, que o Ministro Relator Edson Fachin poderia ter se restringido pela declaração de inconstitucionalidade com base na violação dos dispositivos constitucionais citados e suficientemente trabalhados em seu voto, assim como também discutidos nos votos dos demais Ministros. Poderia, ainda, ter se valido da tese da supralegalidade e, inclusive, do controle de convencionalidade, já que julgou importante ponderar as diversas normas internacionais ratificadas pelo Brasil sobre o tema. Contudo, ao decidir contra precedente do STF, sem a suficiente argumentação, colocou em xeque o Princípio da Estabilidade das decisões judiciais e, inclusive, da segurança jurídica, pilar do Estado Democrático de Direito.

## Referências

BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 266-289, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5727/pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto n.º 9.522, de 8 de outubro de 2018*. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.522%2C%20DE%208,27%20de%20junho%20de%202013](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.522%2C%20DE%208,27%20de%20junho%20de%202013). Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n.º 34/2014*. Brasília, 11 jun. 2014. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n.º 158/2016*. Brasília, 05 mar. 2016. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-158-de-4-de-fevereiro-de-2016-22301274>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543 do Distrito Federal*. Caso “Doação de Sangue por homens homossexuais”. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020, p. 1-166. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480-3 do Distrito Federal (Medida Liminar)*. Caso “Validade da Convenção n.º 158 da OIT”. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 4 de setembro de 1997, p. 213-365. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 92.566, de São Paulo*. Caso “Depositário Infiel”. Rel. Ministro

- Marco Aurélio, 3 dez. 2008, p. 451-471. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384> Acesso em: 08 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 80.004 do Sergipe*. Caso “Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre letras de câmbio”. Rel. Ministro Cunha Peixoto, 1 de junho de 1977, p. 915-1024. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 466.343-1*, de São Paulo. Rel. Ministro Cezar Peluso. Caso “Prisão Civil do Depositário Infiel”, 3 de dezembro de 2008, p. 1-225. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341718509&ext=.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- CONTESSÉ, Jorge. *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humano*, 2013. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13\\_Contesse\\_CV\\_Sp\\_20130401.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf). Acesso em: 15. nov. 2020.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenêutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 175-192, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesa-academicas.uniceub.br/rdi/article/view/3655>. Acesso em: 04 abr. 2021.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a “briga de galos” (Adin n. 1856/2011) a partir da teoria argumentativa de MacCormick. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 10, n. 20, p. 37-58, 2015. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15296/10474>. Acesso em: 29 dez. 2020.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila; CHAVES, Luciano Athayde. O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário judicial infiel: uma questão ainda em aberto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 55, n. 217, p. 35-63, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543085/001122826.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila; TEIXEIRA, Diego Monte. Análise da decisão cautelar sobre a utilização de áreas de preservação permanente (ADI n.º 3.540/2005) à luz da teoria argumentativa de MacCormick. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 135-155, 2016. Disponível em: <http://revista.domholder.edu.br/index.php/veredas/article/view/823>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACCORMICK, Neil. *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2018.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016.
- MAUÉS, Antonio Moreira. Suprlegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *Eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 27-50.
- MAZZUOLI, Valério Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 13, p. 263-285, 2016. Disponível

em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4236/pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969*, de 23 de maio de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 29 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos*, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 05 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 22 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância*, de 6 de maio de 2013. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-69\\_discriminacion\\_intolerancia.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp). Acesso em: 22 nov. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*, 6-9 nov. 2006. Disponível em: [www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 16 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de convencionalidade em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PAREDES, Felipe Paredes; LAZARTE, Renata Bregaglio (org.). *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 107-128.

SARLET, Ingo. A Constituição Federal de 1988, os Tratados Internacionais de direitos humanos e o assim cha-

mado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisados à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA, Mercè Barcelò (org.). *Direitos fundamentais em Estados Compostos*. Chapecó: UNOESC, 2013. p. 379-412. Disponível em: [http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Brasil\\_x\\_Espanha\\_05\\_11\\_2014.pdf](http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Brasil_x_Espanha_05_11_2014.pdf). Acesso em: 01 nov. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. São José de Costa Rica: IIDH, 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: 19 nov. 2020.



Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico  
[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br) ou [www.brazilianjournal.org](http://www.brazilianjournal.org).  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.