



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INAPTIDÃO TEMPORÁRIA DE HOMENS
HOMOSSEXUAIS À DOAÇÃO DE SANGUE

Isabella de Castro Silva

Rio de Janeiro
2019

ISABELLA DE CASTRO SILVA

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INAPTIDÃO TEMPORÁRIA DE HOMENS
HOMOSSEXUAIS À DOAÇÃO DE SANGUE

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INAPTIDÃO TEMPORÁRIA DE HOMENS HOMOSSEXUAIS À DOAÇÃO DE SANGUE

Isabella de Castro Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá de Nova Friburgo. Advogada.

Resumo – O presente artigo analisa as vedações encampadas pela Anvisa e pelo Ministério Saúde que consideram inaptos, temporariamente, à doação de sangue, homens homossexuais com base no critério da orientação de gênero. Para tanto, confrontaram-se as proibições em questão com os preceitos constitucionais vigentes, conferindo-se especial atenção aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. O artigo também suscita os impactos sociais e jurídicos dos preceitos normativos proibitivos, que além de contribuir com a disseminação de preconceitos, corroboram com a escassez de sangue nos bancos de hemocentros do país. Foram levados em consideração, ainda, os recentes entendimentos dos Tribunais Superiores acerca de questões de orientação de gênero, assim, denotando a inconstitucionalidade da vedação em vigor.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Inaptidão. Doação de Sangue. Homossexuais.

Sumário – Introdução. 1. Da proibição encampada pela Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e RDC nº 34/2014 da ANVISA. 2. Dos impactos jurídicos e sociais da proibição fundada na orientação sexual. 3. Da inconstitucionalidade da restrição à doação face aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a proibição de doação de sangue por homens homossexuais exarada no artigo 64, IV da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde assim como na Resolução nº 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que dispõem que indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo estão temporariamente, pelo período de 12 meses após a prática sexual, inaptos para a doação de sangue.

Essa restrição parece temporária, todavia quando se tratar de indivíduo do sexo masculino homossexual, com vida sexual ativa, a temporariedade da vedação à doação de sangue passará, obviamente, a ser definitiva, consubstanciando vedação permanente.

Desta feita é preciso analisar até que ponto se pode dizer que as vedações impostas são razoáveis, ou seja, são dotadas de amparo fático e legal. E por que não aplicar as mesmas regras previstas para o indivíduo heterossexual?

A questão é juridicamente controvertida, e possui ampla repercussão social a medida que a doação de sangue é um procedimento simples, mas essencial para o tratamento

ambulatorial. E notícias de que bancos de sangue apresentam baixos níveis nos estoques já são lugar comum na mídia. Deste nodo, no viés normativo, uma das possíveis causas da falta de doadores de sangue esbarra nesta vedação,

Por tal razão, é preciso repensar à constitucionalidade e eficácia desta restrição sob a vertente dos princípios da Dignidade Humana e da Igualdade, constitucionalmente assegurados a todo e qualquer indivíduo, independente da orientação sexual, buscando-se abandonar a análise fundada mera orientação sexual do doador.

Desta forma, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a proibição encampada pela Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e RDC nº 34/2014 da ANVISA e seus fundamentos fáticos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, os impactos jurídicos e sociais da proibição fundada na orientação sexual do indivíduo. Busca-se demonstrar que a norma corrobora para segregação de minorias e a disseminação de preconceitos, contribuindo para escassez de sangue nos bancos dos hemocentros brasileiros, ao restringir de sobremaneira a doação de sangue por homens homossexuais.

O terceiro capítulo demonstra a inconstitucionalidade da restrição à doação face aos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade. Aborda ainda, o caráter inconstitucional da norma, enquanto violadora de direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DA PROIBIÇÃO ENCAMPADA PELA PORTARIA Nº 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E RDC Nº 34/2014 DA ANVISA

A doação de sangue é um procedimento simples, por meio do qual um doador voluntário tem seu sangue coletado para armazenamento em um banco de sangue ou hemocentro para um uso subsequente ou imediato em um procedimento médico que dele dependa. Pode ser considerado um procedimento simples uma vez que não causa prejuízos ao

organismo do doador, é realizado em poucas horas e o organismo consegue recompor o estoque perdido naturalmente com mero decorrer do tempo.

O Ministério da Saúde assim destaca a importância desse procedimento:

A doação de sangue é um ato altruísta e totalmente voluntário, que pode salvar vidas. Dependem desse ato solidário pessoas que se submetem a tratamentos planejados e intervenções médicas urgentes de grande porte e complexidade, como transfusões, transplantes e procedimentos oncológicos. O sangue é imprescindível também para que pacientes com doenças crônicas graves - como Doença Falciforme e Talassemia - possam viver por mais tempo e com mais qualidade, além de ser de vital importância para tratar feridos em situações de emergência ou calamidades.¹

É possível verificar que se trata de ato essencial para o tratamento ambulatorial, de modo que a baixa no estoque de sangue em um hospital gera impactos negativos na saúde pública o que repercute, então, diretamente no direito à vida (artigo 5º da CRFB/88)² e na promoção da saúde (artigo 6º da CRFB/88).³

Vale ressaltar no entanto que, embora o ato de doar sangue consista em procedimento de pouca complexidade médica, ele demanda cuidados pormenorizados haja vista a possibilidade de contaminação através da transfusão sanguínea, visto que ocorrerá a inserção de material sanguíneo de um indivíduo em outro(s).

É possível, por tal procedimento, que sejam transmitidas doenças como a Malária, Hepatite B e C, Aids, Sífilis, câncer no sangue (Linfoma, Doença de Hodgkin's ou Leucemia), Doença de Chagas, entre outras.

Por esse motivo, é necessário estabelecer um controle rígido acerca do procedimento de doação, a fim de impedir a propagação de doenças e contaminação do receptor.

No Brasil, essa regulamentação ficou a cargo do Ministério da Saúde, órgão do governo federal responsável pela promoção, proteção e recuperação da saúde da população, que busca reduzir as enfermidades, controlar as doenças endêmicas e parasitárias e melhorar a vigilância à saúde.

Além disso, também são expedidas normas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, uma vez que se trata de agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, que também tem por finalidade promover a proteção da saúde da população.

¹MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Doação de sangue: requisitos, quem pode doar e vantagens*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-sangue>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_220_.asp>. Acesso em: 08 abr. 2019.

³ Ibidem.

Neste sentido, a Portaria nº 158 de 2016 do Ministério da Saúde ⁴ e a Resolução nº 34 de 2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária⁵, vieram tratando de requisitos e parâmetros para o desenvolvimento da hemoterapia no Brasil.

Dentre as previsões constantes nos diplomas em comento, frisam-se os critérios que estão previstos para que o indivíduo seja considerado apto para realizar a doação de sangue.

É possível observar limites mínimos e máximos de idade, restrições quanto ao peso mínimo do doador, a frequência que deve ser observada entre doações por uma mesma pessoa, se o indivíduo possui alguma doença transmissível por via sanguínea, a colocação e piercings e tatuagens recentes, se o indivíduo possui multiplicidade de parceiros sexuais, entre outros.

Destaca-se que a maior parte das restrições impostas pelas normativas aplicam-se indiscriminadamente a qualquer indivíduo, independente da orientação sexual do doador, com exceção de dois dispositivos.

O artigo 25, inciso XXX, d, da portaria em análise⁶, e o artigo 64, IV, da resolução da Anvisa⁷, preconizam que indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo estão temporariamente, pelo período de 12 meses após a prática sexual, inaptos para a doação de sangue.

Embora aparente ter caráter temporário, a restrição em questão pode vedar o exercício da doação de forma permanente. Isso, porque para os indivíduos quem mantêm relacionamentos à longo prazo, ou ao menos vida sexual ativa, a vedação acabaria se perpetuando no tempo, tornando-a definitiva.

Por outro lado, o indivíduo do sexo masculino que mantém relação sexual com pessoa do outro sexo, ou seja, aqueles que possuam orientação heterossexual, poderão normalmente doar sangue ainda que tenham tido relações nos últimos doze meses, trazendo a norma, portanto, tratamento diferenciado.

Segundo nota expedida pelo Ministério da Saúde em 2006 a inclusão de critérios que impedem a doação de sangue por homens homossexuais teve seu início em 1983, nos EUA,

⁴BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 158/2016*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁵BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução nº 34/2014*. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/%281%29RDC_34_2014_COMP.pdf/ddd1d629-50a5-4c5b-a3e0-db9ab782f44a> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁶BRASIL, op. cit., nota 4.

⁷BRASIL, op. cit., nota 5.

por se considerar, na época, que sexo entre homens era um importante modo de transmissão do HIV⁸, premissa essa que acabou se refletindo na legislação até a presente data.

Quando surgiu no Brasil, em 1993, essa vedação era permanente, consoante se extrai da Portaria 1.366 do Ministério da Saúde.⁹ Observa-se que refletia um momento social pós ditatorial, em que os direitos inerentes a igualdade e liberdade encontravam-se manifestamente sensibilizados.

Por óbvio, a liberdade sexual e de gênero também não eram bem acolhidas pelo ordenamento jurídico e pela sociedade. E o fato de a AIDS, objeto da preocupação mundial à época, acometer principalmente homens homossexuais adultos contribuiu para essa estigmatização.

Mas o que mais chama atenção é que as resoluções hoje vigentes reproduzam esse conteúdo fundado na orientação de gênero do indivíduo, em um momento jurídico em que a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana são balizadores fundamentais do direito.

Os órgãos responsáveis pelas normativas repetem o argumento de que a proibição teria por base o perfil epidemiológico dos grupos, ou seja, ainda hoje argumentam que há aumento do risco de infecção em circunstâncias envolvendo homens homossexuais independente do seu comportamento.

Desse modo, o que em verdade se observa, é que se trata de vedação que não se funda em um perfil de risco, ou seja, em um comportamento de risco por parte do pretenso doador. Configura verdadeira escolha de um grupo de risco, uma vez que estamos diante de vedação absoluta e irrestrita, que se impõe a todos os homossexuais sexualmente ativos, independente da adoção de comportamentos preventivos e capazes de afastar o risco de contaminação com doenças transmissíveis pela via sanguínea.

Nesta toada, a vedação discrimina de forma generalizada um grupo de pessoas que não estariam aptas para doação sanguínea com fundamento exclusivamente em sua orientação sexual, e não em seu comportamento. Por tal razão, é imperioso confrontar essa vedação face a Constituição Federal hoje vigente, às informações médicas existentes e diante da realidade social que nos cerca.

⁸BRASIL. Ministério da Saúde. *Nota Técnica nº 163/2006*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/legislacao/2006/outras_notas/nota_tecnica_163_sobre_doacao_sangue_gays_hsh_pdf_28365.pdf> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁹BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 1.366/1993*. Disponível em: <sna.saude.gov.br/legisla/legisla/hemo/G_M_P1376_93hemo.doc> Acesso em: 08 abr. 2019.

2. DOS IMPACTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA PROIBIÇÃO FUNDADA NA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Como visto no capítulo anterior, fato é que o cenário hoje vigente encampa uma proibição envolvendo critérios fundados na escolha de um grupo de risco, independente das posturas preventivas que se adote, fundado, exclusivamente na orientação sexual do pretenso doador.

Nesse sentido, embora se reconheça que devam ser estabelecidos parâmetros e regramentos para o procedimento de doação de sangue, diante dos riscos de contaminação do receptor por inúmeras doenças, o que se questiona é a validade do critério genérico estabelecido com base na orientação homossexual para indivíduos do sexo masculino.

Isso porque o que se observa hoje é que tal restrição contribui, em verdade, para segregação e estigmatização de homens homossexuais, uma vez que o cenário social e jurídico vigente é diverso do que originou a proibição.

Quando estabelecido, o objetivo de tal proibição era que fossem minimizados os riscos de transmissão de doenças, especialmente, em relação a infecção do Vírus da Imunodeficiência Humana - HIV, causador da AIDS, que durante anos foi associado basicamente a orientação homossexual.

Porém, houve uma grande evolução tecnológica e científica na área da saúde que permitiu um conhecimento mais aprofundado acerca dessa enfermidade, sabendo-se hoje, que estas atingem não somente pessoas com orientação homossexual, podendo ter diferentes origens.

O Ministério da Saúde esclarece que a transmissão do HIV pode ocorrer por meio do uso de seringas compartilhadas, uso de instrumentos que furam ou cortam não esterilizados, da mãe infectada para seu filho durante a gravidez, parto e amamentação, além da relação íntima por meio vaginal, oral e anal.¹⁰

Observa-se que nenhuma das formas de contágio decorre de prática exclusiva de homens homossexuais, razão pela qual a utilização de critério distintivo em relação somente a estes se mostra incompatível com as informações que hoje se tem acerca desse vírus.

Inclusive, de acordo com o Boletim Epidemiológico da AIDS no Brasil,¹¹ verifica-se que no ano de 2015, observou-se uma inversão nos casos de transmissão, sendo a maior

¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *HIV: o que é, causas, sintomas, diagnóstico, tratamento e prevenção*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/aids-hiv>> Acesso em 28 ago 2019.

¹¹ Idem. *Boletim Epidemiológico, HIV/AIDS 2015*. Brasília, 2015, p.34.

porcentagem de casos noticiado em indivíduos heterossexuais.

Segundo o referido boletim, os casos de indivíduos heterossexuais contaminados correspondiam a cerca de 49,9 % (quarenta e nove vírgula nove por cento) dos casos notificados, enquanto cerca de 45,7 % (quarenta e cinco por cento) dos casos noticiados correspondiam aos indivíduos com orientação sexual diversa, sendo 8,9% (oito vírgula nove por cento) quanto aos indivíduos que se declaram bissexuais e 36,8 (trinta e seis vírgula oito por cento) quanto aos indivíduos que declararam ter orientação homossexual.¹²

Fica evidente, portanto, que o contágio pelo vírus HIV, independe da orientação sexual, demonstrando que a permanência da vedação denota claro aspecto preconceituoso e discriminatório da norma, uma vez que se deve levar em consideração o efetivo comportamento sexual de cada indivíduo, não sua orientação sexual.

Neste sentido, verifica-se que a proibição não encontra amparo científico servindo, de fato, como verdadeira normativa que contribuiu para segregação das minorias, bem como com a disseminação de preconceitos, uma vez que continua a partir do precipitado pressuposto de que homens de orientação homossexual não possuem uma vida sexual saudável, taxando-os como potenciais portadores de doenças transmissíveis por via sanguínea.

Tal fato, tem o condão de estigmatizar o indivíduo com orientação homossexual, a medida que parte da ideia de que estes indivíduos, se sexualmente ativos, não disporiam das mesmas condições de saúde que o restante da sociedade, o que não pode ser faticamente e cientificamente justificável atualmente, visto que se sabe que o contágio pelo HIV não se restringe aos homens homossexuais.

Neste caso, a orientação sexual passa a servir como fundamento genérico para criar impedimentos ao exercício de atos, para os quais o rigor é diferenciado sem qualquer justificativa plausível.

No aspecto social, além de contribuir com a disseminação do preconceito, ao voltar um olhar diferenciado homens homossexuais, a proibição também colabora para escassez de sangue nos bancos dos hemocentros brasileiros, ao restringir, de sobremaneira a doação de sangue.

No Brasil, apenas 1,6% da população doa sangue, o que representa 16 pessoas a cada mil habitantes, segundo dados do Ministério da Saúde¹³, denotando um número baixo de

¹² Ibidem.

¹³ BERALDO, Nicole. *Ministério da Saúde reforça campanha para incentivar doação de sangue*. Disponível em: < <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/44728-saude-reforca-campanha-para-incentivar-doacao-de-sangue> > Acesso em: 28 ago. 2019.

doadores, levando em consideração a extensão demográfica do país e o potencial número de doadores existentes, mormente se afastarmos a proibição de doação por homossexuais.

Países vizinhos, como a Argentina, já abandonaram esse critério. A partir de 2015 a Argentina suspendeu a norma que proibia homens homossexuais e bissexuais de doarem sangue¹⁴. Além disso, na Itália, México, Espanha, Chile a orientação sexual do candidato não é levada em conta na triagem do sangue, apenas seus hábitos sexuais.¹⁵

Além dos impactos sociais já abordados, quais sejam, a discriminação, disseminação de ideias preconceituosas, e contribuição para escassez dos bancos de sangue, fato é que a referida proibição também gera impactos jurídicos, especialmente por esbarrar nos principais postulados constitucionais.

Os impactos jurídicos são latentes, especialmente por vivermos em um cenário em que cada vez mais se busca a redução da desigualdade e discriminação. Podemos citar como exemplo, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277¹⁶ e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132¹⁷ em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a união estável homoafetiva, bem como a vasta jurisprudência que reconhece a aptidão de casais homoafetivos para se inscreverem no Cadastro Nacional de Adoção.

Além disso, pode-se citar também, o recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26¹⁸ e do Mandado de Injunção nº 4733¹⁹, em que o Supremo Tribunal Federal enquadrou a homofobia e transfobia no conceito de crimes de racismo, entendendo que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

Diante de tais precedentes, já se percebe a atenção jurídica voltada a proteção dos indivíduos com orientação sexual diversa da homossexual e a busca pela construção de uma sociedade igualitária e livre.

¹⁴ARGENTINA. *Real Decreto n° 1088/2005*. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-15514-consolidado.pdf> > Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁵Barifouse, Rafael. Proibir homens que fazem sexo com homens de doarem sangue é inconstitucional? O STF vai decidir. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41639545> > Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n° 4277*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> . Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n°132*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> . Acesso em: 28 ago. 2019

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO n° 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> . Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>> .Acesso em: 28 ago. 2019

Delineado tal contexto fático, cumpre dizer que a vedação encampada pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA, que proíbe a doação de sangue por indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo pelo período de 12 meses após a prática sexual, também vem sendo questionadas no âmbito jurídico.

Com o objetivo de pôr fim a proibição em análise, foi proposta, perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543²⁰, tendo como principais vetores os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana insculpidos na Constituição Federal²¹.

Além disso, os princípios da liberdade, igualdade e proporcionalidade também são inerentes a essa discussão. Razão pela qual, se faz necessário aferir a constitucionalidade das vedações em comento diante do contexto jurídico vigente e dos princípios citados.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO À DOAÇÃO FACE AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, LIBERDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso IV²², prevê como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Tal postulado restou consubstanciado no plano dos direitos fundamentais, pois segundo o *caput* do artigo 5º, também da Constituição Federal²³, todos são iguais perante a lei, garantindo-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros direitos.

A igualdade e a liberdade são, portanto, mandamentos constitucionais e, ainda, direitos fundamentais que asseguram o tratamento não discriminatório por parte do Estado (eficácia vertical dos fundamentais) e entre a própria sociedade (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Deste modo, de plano, já se extrai a contrariedade da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde²⁴ e da RDC nº 34/2014 da Anvisa²⁵ com o ordenamento constitucional, ao vedar a doação de sangues por indivíduos homossexuais, por encampar tratamento discriminatório baseado na orientação sexual do indivíduo, ferindo a igualdade perseguida

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 5543*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

²¹BRASIL, op. cit., nota 2.

²²Ibidem.

²³Ibidem.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 5.

pela Constituição Federal. Isso, porque trata-se de vedação que não se funda em um perfil de risco, ou seja, em um comportamento de risco por parte do pretense doador, mas na escolha de um grupo de risco fundada em de critérios que não mais subsistem modernamente, conforme já explicitado.

A norma em análise impõe tratamento diferenciado para homens com orientação homossexual, ainda que o comportamento heterossexual possa apresentar os mesmos riscos a que se supostamente pretende evitar com vedação normativa, sendo flagrante o tratamento desigual e discriminatório desta, que passa a servir como mero instrumento de disseminação de preconceitos, segregação da minoria, e estigmatização de indivíduos.

Além disso, serve como obstáculo a efetivação do Direito à Saúde, do artigo 196 da Constituição Federal²⁶, pois impede de sobremaneira e de forma injustificada que parcela da população de contribua para manutenção dos bancos de sangues brasileiros.

Soma-se ainda, a violação a dignidade do indivíduo, em todos os seus aspectos. O conceito de dignidade que deve ser extraído da norma constitucional melhor se coaduna com a seguinte definição:

Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc.²⁷

No entanto, além do que nos impõe o conceito tradicional supracitado, que por si só já seria o bastante para demonstrar que as vedações violam tal direito, a dignidade encontra diversos desdobramentos e efeitos. Um dos efeitos que se destaca seria a eficácia positiva do princípio da dignidade da humana, enquanto viabilizar do reconhecimento de outros direitos, dentre eles, o da busca da felicidade.²⁸

Foi com base na busca da felicidade, enquanto vertente da dignidade da pessoa humana, que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 477554²⁹, entendeu que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autorizaria, o rompimento dos obstáculos que impediam a qualificação da união civil homossexual como

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, [e-book].

²⁸ Ibidem.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 47754*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=2&base=INFO>>. Acesso em: 18 set. 2019.

entidade familiar.

Do referido julgamento, extraem-se também postulados que corroboram com a hipótese aqui ventilada, ou seja, com a impossibilidade de se restringir a doação de sangue por homossexuais com base no critério da orientação sexual, conferindo tratamento diferenciado pela legislação do que é conferido aos indivíduos com orientação heterossexual.

A Suprema Corte, como intérprete e guardião máximo da Constituição Federal (artigo 102 da CRFB/88³⁰) assim pontuou:

[...] o Pleno desta Suprema Corte proclamou que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional. Esta Suprema Corte, ao proferir referido julgamento, viabilizou a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática, tornando efetivo, assim, o princípio da igualdade, assegurando respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, conferindo primazia à dignidade da pessoa humana, rompendo paradigmas históricos, culturais e sociais e removendo obstáculos que, até então, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório.³¹

Neste mesmo contexto, o Ministro pontuou que essa mudança de entendimento consiste em passo essencial para combater a discriminação contra o tratamento excludente de minorias de modo a se viabilizar a existência de uma ordem jurídica inclusiva.

Nesta linha de raciocínio, considerando os princípios e mandamentos constitucionais já citados, a interpretação que os Tribunais Superiores vêm conferindo a tais direitos, bem como as mudanças de paradigmas da sociedade, não se faz possível admitir juridicamente o tratamento discriminatório conferido pela vedação a doação de sangue por homens de orientação homossexual, eis que colidentes com o que determina a ordem jurídica vigente.

Ademais, ainda que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543³², que trata sobre o tema, não tenha sido julgada pelo Supremo Tribunal Federal, já se denota uma tendência da Corte em manter o pensamento coerente com os mandamentos constitucionais e a ideia de ordem jurídica inclusiva.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

³¹BRASIL, op. cit., nota 26.

³²BRASIL, op. cit., nota 17.

O relator da ação, Ministro Edson Fachin³³, já votou pela procedência da ação a fim de reconhecer a inconstitucionalidade da norma, entendendo que o estabelecimento de um grupo de risco com base em sua orientação sexual não é justificável, de modo que a seleção de doadores de sangue deve favorecer a apuração, em verdade, de condutas de risco independentes da orientação homo ou heterossexual. Isso, porque o tratamento hoje empreendido com a vigência é baseado no preconceito e não verdadeiro conhecimento sobre os fatores de risco a que o doador foi exposto.

E ainda acrescenta³⁴:

Tal restrição, consistente praticamente em quase vedação, viola a forma de ser e existir desse grupo de pessoas; viola subjetivamente a todas e cada uma dessas pessoas; viola também o fundamento próprio de nossa comunidade – a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB)... O plexo normativo da Portaria do Ministério da Saúde e da Resolução da ANVISA ora questionado afronta a autonomia daqueles que querem doar sangue e, por ele estão impedidos, porque restringe a forma dessas pessoas serem e existirem. Exigir que somente possam doar sangue após lapso temporal de 12 (doze) meses é impor que praticamente se abstenham de exercer sua liberdade sexual. A precaução e segurança com a doação de sangue podem e devem ser asseguradas de outra forma, de tal maneira que não comprometa a autonomia para ser e existir dessas pessoas. O fato de um homem praticar sexo com outro homem não o coloca necessária e obrigatoriamente em risco... há também, em certa medida, um refreamento de sua autonomia pública, pois esse grupo de pessoas tem sua possibilidade de participação extremamente diminuída na execução de uma política pública de saúde relevante de sua comunidade – o auxílio àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue.

Além disso, o fim da proibição não consubstanciará aumento do risco aos receptores do sangue, bastando, para tanto, que se apliquem aos homens homossexuais as mesmas exigências e condicionantes aplicáveis aos demais candidatos a doadores de sangue, independentemente do gênero ou orientação sexual, ou seja, restrições fundadas no comportamento de risco do pretendo doador.

Diante do exposto, não há como se negar a inconstitucionalidade da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde³⁵ e da RDC nº 34/2014 da Anvisa³⁶ e da proibição por elas encampada, por esbarrarem em princípios e direitos constitucionais, bem como por estarem em contrariedade com a interpretação jurídica que se confere ao ordenamento jurídico brasileiro, que busca ser instrumento de inclusão, contrário a práticas discriminatórias.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 5.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como principal problemática, a incompatibilidade entre as proibições encampadas pela Portaria nº 158 de 2016 do Ministério da Saúde e pela Resolução nº 34 de 2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária; e o sistema jurídico vigente.

As normas proibitivas em comento, vedam a doação de sangue por homens que tenham se relacionado sexualmente com outros homens nos últimos doze meses. Assim, temos a regulamentação do procedimento de doação de sangue por normas infraconstitucionais que, sob o prisma material, acabam esbarrando em preceitos constitucionalmente previstos. Isso, porque observou-se no decorrer do trabalho que a limitação trazida pelos atos normativos representa verdadeira restrição permanente à doação de sangue por homossexuais caso o indivíduo tenha uma vida sexual minimamente ativa, sendo esta fundada exclusivamente em critério genérico de orientação sexual.

Neste contexto, ainda que a política de restrições à doação de sangue tenha surgido, inicialmente, como uma resposta à crise da AIDS, que era observada com maior incidência em homens de orientação homossexual, conforme elucidado no segundo capítulo, hoje, tal critério não mais se sustenta. Analisou-se, diante do desenvolvimento científico e jurídico que envolve a questão, que a AIDS não se trata de enfermidade que atinge somente os alcançados pela vedação, podendo ser transmitida independente da orientação sexual do indivíduo.

Destacou-se, então, que o perigo de contágio decorre da adoção de um comportamento de risco pelo pretense doador, comportamento este, que pode ser observado no relacionamento hetero ou homossexual. Assim, não se justificando, sob o prisma fático e jurídico a diferenciação de tratamento conferida aos homossexuais pelas normas em análise, servindo apenas como instrumento de disseminação de preconceito e discriminação.

Desta forma, fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que as normas que vedam a doação de sangue com base no critério da orientação sexual resultam em um tratamento jurídico desigual, incompatível com os postulados constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, razão pela qual se denota a inconstitucionalidade dos dispositivos.

Quanto à questão que se descortinou no terceiro capítulo, destacou-se que o ordenamento jurídico prevê a igualdade como um dos maiores postulados norteadores do direito, sendo ainda inerente a qualquer indivíduo a garantia observância ao princípio da dignidade humana e liberdade, de modo a não se admitir tratamento discriminatório injustificado. Ressaltou-se ainda a necessidade de se estabelecer uma ordem jurídica

inclusiva, destacando-se recentes julgados dos Tribunais Superiores que denotam essa tendência.

Outrossim, evidenciou-se que o fim da proibição não geraria o aumento do risco de contaminação pelos receptores, bastando, para tanto, que as mesmas exigências aplicadas aos heterossexuais se apliquem aos homossexuais, independente de orientação de gênero. Em outras palavras, basta que se utilize como baliza, o comportamento de risco de cada indivíduo ao invés da escolha um grupo de risco fundado na mera orientação sexual, resultando, na aplicação pura e simples do princípio da igualdade.

Ficou evidente, por essas razões, que não há como se negar a inconstitucionalidade da proibição, por esbarrar em princípios constitucionais expressos, bem como por representar verdadeira contrariedade com a ordem jurídica inclusiva que deve permear o ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Real Decreto nº 1088/2005*. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-15514-consolidado.pdf> > Acesso em: 28 ago. 2019.

BARIFOUSE, Rafael. *Proibir homens que fazem sexo com homens de doarem sangue é inconstitucional? O STF vai decidir*. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41639545> > Acesso em: 28 ago. 2019.

BERALDO, Nicole. *Ministério da Saúde reforça campanha para incentivar doação de sangue*. Disponível em: < <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/44728-saude-reforca-campanha-para-incentivar-doacao-de-sangue> > Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_220_.asp>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 4277*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 5543*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> . Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº132*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 47754*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=2&base=INFO>>. Acesso em: 18 set. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução n° 34/2014*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/%281%29RDC_34_2014_COMP.pdf/ddd1d629-50a5-4c5b-a3e0-db9ab782f44a> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Boletim Epidemiológico, HIV/AIDS 2015*. Brasília, 2015, p.34.

_____. *Doação de sangue: requisitos, quem pode doar e vantagens*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-sangue>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *HIV: o que é, causas, sintomas, diagnóstico, tratamento e prevenção*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/aids-hiv>> Acesso em: 28 ago 2019.

_____. *Nota Técnica n° 163/2006*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/legislacao/2006/outras_notas/nota_tecnica_163_sobre_doacao_sangue_gays_hsh_pdf_28365.pdf> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Portaria n° 158/2016*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Portaria n° 1.366/1993*. Disponível em: <sna.saude.gov.br/legisla/legisla/hemo/GM_P1376_93hemo.doc> Acesso em: 08 abr. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, [e-book].