

# A VEDAÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS HOMOSSEXUAIS E BISSEXUAIS: uma análise sobre sua possível inconstitucionalidade

MÉDICE, Matheus Fernandes <sup>1</sup>

FELÍCIO, Clarissa Machado <sup>2</sup>



## RESUMO

O presente trabalho analisa, sob o prisma principiológico constitucional, a possível inconstitucionalidade do artigo 64, IV da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o artigo 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014 da ANVISA, que tornam inaptos temporários pelo período de 12 meses os homens que mantêm relações sexuais com outros homens, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e proporcionalidade. É realizada uma breve análise da doação de sangue no Brasil e dos princípios supracitados. Encerra-se o trabalho discutindo sobre a inconstitucionalidade das referidas normas. O presente trabalho está fundamentado em pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade. Portaria 158/2016. RDC nº 34/2014. Doação de sangue.

## INTRODUÇÃO

Os homossexuais vêm conquistando ao longo do tempo diversos direitos, como o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, o direito a adoção conjunta, entre outros.

Todavia, quando se fala sobre doação

de sangue, o panorama é diferente, já os que homossexuais e os bissexuais, ambos do sexo masculinos que praticam relações sexuais são considerados inaptos para doar sangue conforme do artigo 64, IV da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o artigo 25, XXX, “d”, da RDC nº 34/2014 da ANVISA

A doação voluntária de sangue é muito importante, por mais que muitos não tenham esse real conhecimento. Por ser revestida de tamanha importância, possui normas rigorosas que regulam esse procedimento; tudo para tentar oferecer a segurança necessária ao doador e também ao receptor. A Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34/2014 são as normas que regulam a doação de sangue no Brasil.

Entre todos os artigos constantes nessas normas, os que vêm gerando discussão no cenário jurídico atual são os artigos 64, IV da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o 25, XXX, “d”, da RDC nº 34/2014 da ANVISA, que tornam inaptos temporários, pelo período de 12 meses, os homens que mantêm relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes.

A discussão gira em torno da possível inconstitucionalidade dos aludidos artigos das referidas normas, por afrontarem princípios constitucionais. Há até no Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade nº 5543, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), que visa questionar os dispositivos das normas supracitados.

1 FAGOC - matheusmedice@yahoo.com.br

2 (2) FAGOC - clarissa.machado@fagoc.br

A justificativa desta pesquisa está na possível inconstitucionalidade dos aludidos dispositivos, que vedam e tornam inaptos temporariamente, pelo período de 12 meses, homens que se relacionam sexualmente com outros homens.

Fazendo uma análise dos referidos artigos, considerando a possível afronta aos princípios constitucionais, mais precisamente aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, surge a seguinte problemática: a restrição à doação de sangue contida nos dispositivos citados afronta esses princípios constitucionais, ou seja, as normas são inconstitucionais?

Essa restrição se baseia no fato de que relações sexuais entre homens trazem mais probabilidade de contaminação pelo vírus do HIV do que as outras formas de conjunção carnal; mas se o indivíduo tem uma relação sexual segura e protegida, essa probabilidade de contaminação fica quase inexistente, ou seja, o risco aqui está no comportamento e não no grupo em si, podendo a contaminação ocorrer tanto por homossexuais, bissexuais e heterossexuais.

O objetivo geral da presente pesquisa é analisar, sob o prisma principiológico constitucional, a inaptidão temporária para doação de sangue pelo período de 12 meses dos homens que mantêm relações sexuais com outros homens.

O estudo tem por objetivos específicos analisar a doação de sangue no Brasil, demonstrando seus requisitos e procedimentos; analisar os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade que as referidas normas afrontam; além de questionar a inconstitucionalidade desses dispositivos supracitados frente a esses princípios.

Observando os objetivos pretendidos, o presente trabalho está fundamentado em pesquisa bibliográfica, sendo utilizados artigos científicos, doutrinas, legislações e julgados de tribunal estadual.

## DA DOAÇÃO DE SANGUE NO BRASIL

“A doação voluntária de sangue é um ato importante, apenas uma doação pode salvar até quatro vidas e beneficiar qualquer paciente” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018).

Conforme traz o portal do Ministério da Saúde (2018):

No Brasil, são feitas cerca de 3,4 milhões de doações de sangue por ano. Dados de 2016 indicam que 1,6% da população brasileira – 16 a cada mil habitantes – doa sangue. Embora o percentual fique dentro dos parâmetros da Organização Mundial de Saúde (OMS) – de pelo menos 1% da população.

Cabe destacar que o artigo 30 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde traz que a doação de sangue deve ser voluntária, anônima e altruísta, vedando-se que o doador receba qualquer remuneração ou benefício em virtude da sua realização, seja ela de forma direta ou indireta (artigo 30 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde).

Atualmente, basicamente, dois institutos regulamentam os procedimentos homoterápicos no Brasil, que são a Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e a resolução da diretoria colegiada (RDC) 34/2014, as quais serão abordados com mais ênfase ao longo do trabalho.

A Constituição Federal/88 traz expresso o assunto em seu artigo 199, §4º, o qual descreve:

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

## Dos Requisitos e Impedimentos para Doação de Sangue

Antes de se tratar dos procedimentos, tem-se que destacar os requisitos mínimos que um doador deve cumprir e aqueles que não podem doar sangue, seja de forma temporária ou de forma definitiva.

As medidas a serem adotadas para se aferir os requisitos encontram-se todas expressas no artigo 36 ao 51 da Portaria 158/2016, entre as quais é possível destacar a frequência anual máxima de doações (quatro doações anuais para o homem e três doações anuais para a mulher) e o intervalo mínimo entre as doações (dois meses para os homens e três meses para as mulheres). A idade mínima é 16 anos e a máxima é 69, desde que a primeira doação tenha sido feita até 60 anos; e os menores de 18 anos, até 16 anos, deverão ter o consentimento do responsável legal (Portaria 158/2016).

Sobre o peso do candidato, ele deve pesar no mínimo 50 quilos, além de evidentemente estar em boas condições de saúde e informar se faz uso de medicamentos, não ter ingerido bebida alcoólica nas últimas 12 horas, não estar em jejum prolongado, entre outros.

O Ministério da Saúde lista tanto em seu portal quanto no Portaria 158/2016 aqueles que estão impedidos, seja temporariamente ou de forma definitiva, de doar sangue.

Entre as causas de inaptidão temporária, é possível citar como as mais importantes:

A gripe, resfriado e febre tendo que aguardar por sete dias após o desaparecimento dos sintomas;

Período gestacional;

O Período pós-gravidez sendo 90 dias para parto normal e 180 dias para cesariana;

Amamentação (até 12 meses após o parto);

Ingestão de bebida alcoólica nas 12 horas que antecedem a doação;

Tatuagem e/ou piercing nos últimos seis meses (piercing em cavidade oral ou região

genital impedem a doação);

Exames/procedimentos com utilização de endoscópio nos últimos seis meses;

Ter estado exposto a situações de risco acrescido para doenças sexualmente transmissíveis (aguardar 12 meses após a exposição). (Portaria 158/2016).

Entre as causas de inaptidão definitiva, tem-se:

Ter passado por um quadro de hepatite após os 11 anos de idade; a Evidência clínica ou laboratorial das seguintes doenças transmissíveis pelo sangue: Hepatites B e C, AIDS (vírus HIV), doenças associadas aos vírus HTLV I e II e Doença de Chagas; Uso de drogas ilícitas injetáveis; Malária. (Portaria 158/2016).

## Dos Procedimentos

A doação de sangue passa por um procedimento muito rigoroso, para proteger tanto o receptor quanto o doador, e, a qualquer sinal de que o sangue doado possa estar contaminado ou que o doador não possa doar, o sangue é descartado ou o doador fica impedido de doar.

Segundo o Manual de Orientações para Promoção da Doação Voluntária de Sangue (2015), vários são os procedimentos: a captação de doadores, a identificação do candidato, informações preliminares e orientação a doação de sangue, triagem clínica, coleta de bolsas de sangue, processamento do sangue total, armazenamento temporário, exames de qualificação do sangue do doador, liberação dos hemocomponentes, conservação dos hemocomponentes, dispensação dos hemocomponentes, ato transfusional: coleta de amostras e testes pré-transfusoriais; instalação e monitoramento das transfusões.

De todos esses procedimentos, o mais importante para o aprofundamento deste trabalho é a triagem clínica, pois é nesse momento que se identificam os impedidos temporários e os

impedidos definitivos, por meio de um questionário ao qual o candidato deve responder com sinceridade, sem ocultar nenhuma informação. O artigo 35, caput e o parágrafo único da Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, trazem:

Art. 35. Como critério para a seleção dos doadores, no dia da doação o profissional de saúde de nível superior, qualificado, capacitado, conhecedor das regras previstas nesta Portaria e sob supervisão médica, avaliará os antecedentes e o estado atual do candidato a doador para determinar se a coleta pode ser realizada sem causar prejuízo ao doador e se a transfusão dos componentes sanguíneos preparados a partir dessa doação pode vir a causar risco para os receptores.

Parágrafo único. A avaliação de que trata o “caput” será realizada por meio de entrevista individual, em ambiente que garanta a privacidade e o sigilo das informações prestadas, sendo mantido o registro em meio eletrônico ou físico da entrevista.

Já o artigo 24 da Resolução - RDC nº 34, de 11 de junho de 2014, descreve:

Art. 24. A cada doação, o candidato deve ser avaliado quanto aos seus antecedentes e ao seu estado de saúde atual, por meio de entrevista individual, realizada por profissional de saúde de nível superior devidamente capacitado, sob supervisão médica, em sala que garanta a privacidade e o sigilo das informações, para determinar se a coleta pode ser realizada sem causar-lhe prejuízo e para que a transfusão dos hemocomponentes obtidos a partir desta doação não venha a causar problemas aos receptores.

A triagem clínica, segundo traz o Manual de Orientações para Promoção da Doação Voluntária de Sangue (2015, p. 27):

Consiste em uma avaliação clínica e epidemiológica, um exame físico sumário e a análise das respostas do candidato a um questionário padronizado, cuja finalidade

é avaliar sua história médica atual e prévia, seus hábitos e fatores de risco para doenças transmissíveis pelo sangue. Esse questionário tem caráter confidencial, deve ser realizado no dia da doação, em ambiente privativo, por profissional de saúde de nível superior qualificado e capacitado e sob supervisão médica, mantendo-se seu registro em meio eletrônico ou impresso.

Ressalta-se aqui que sempre é aplicado esse questionário para avaliar o estado do candidato, em vez de se fazer diretamente um exame, e sobre isso o Manual de Orientações para Promoção da Doação Voluntária de Sangue (1ª edição, 2015, págs. 27 e 28) traz:

Em todas as doações de sangue são realizados exames laboratoriais para detecção de doenças passíveis de transmissão sanguínea. Entretanto, existe um período, compreendido entre o momento em que a pessoa se contamina e o momento em que um teste detectará a infecção, denominado “janela do teste”. Durante esse tempo, mesmo o resultado do teste estando negativo, a transfusão daquele sangue/hemocomponente poderá levar à contaminação do receptor da transfusão. Por essa razão, além de testes laboratoriais de alta sensibilidade, é obrigatória a aplicação de um questionário para excluir da doação naquele momento, ou de maneira definitiva, pessoas que possam estar doando sangue no período de janela de algum dos testes realizados para triagem de agentes infecciosos.

## Princípios Constitucionais

Os princípios constitucionais são a base de todo nosso ordenamento jurídico, são guias, vetores que norteiam nosso sistema jurídico (PRETEL 2009, p.71).

Existem inúmeros princípios na Carta Magna, não teria como citar e falar de todos, serão abordados nesse capítulo aqueles pertinentes e de fundamental importância para o desenvolvimento do devido trabalho.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é de fácil compreensão, mas dentre todos os princípios talvez seja um dos mais complexos de se conceituar. É um princípio universal, que serve de fundamento e traz limitações ao ordenamento jurídico de um estado (BAHIA, 2017 p. 119).

Diz respeito ao atributo inerente a qualquer pessoa, que lhe confere o exercício da sua liberdade e, acima de tudo, a perfeita realização de seu direito a existência plena e saudável, impedindo a degradação do ser humano e conferindo a ele a proteção ao gozo das condições fundamentais para uma vida digna (BAHIA, 2017, p. 119).

Esse princípio é fundamento da nossa República, sendo nosso estado pautado e centrado no ser humano, reconhecendo a todos os indivíduos uma proteção tanto em relação ao estado, quanto aos demais indivíduos (ALEXANDRINO, 2017).

A Constituição Federal de 88, logo em sua abertura, mais precisamente no artigo 1º, inciso 3º, traz expresso: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

Sobre a inserção da dignidade da pessoa humana, logo no artigo 1º da nossa Carta Magna, destaca-se o que cita o Curso de Direito Constitucional (SCARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017):

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas constitui norma jurídica positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente dotado de eficácia e aplicabilidade, alcançando, portanto, também a condição de valor jurídico fundamental da

## Princípio da Igualdade

O Princípio da Igualdade encontra-se em diversos dispositivos da Constituição Federal de 88 e constitui-se em um dos princípios basilares do ordenamento jurídico. No artigo 3º, inciso IV da Carta Magna, já é possível encontrá-lo: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Também no artigo 5º caput e inciso I é possível identificar taxativamente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

Conceitualmente falando, o Princípio da igualdade tem a função e o objetivo de trazer aos cidadãos o direito a um tratamento idêntico pela lei, vedando com isso qualquer tipo de diferenciações arbitrárias, como discriminações, seja em razão de sexo, raça, classes sociais ou convicções filosóficas (MORAES, 2014).

O legislador ou o executivo, quando na elaboração, seja de leis, medidas provisórias ou até atos normativos, deve observar sempre o Princípio da Igualdade, evitando a criação de tratamentos diferentes, que possam ser considerados abusivos para as pessoas que se encontrem na mesma situação (MORAES, 2014). Ele obriga tanto o legislador quanto o aplicador da lei a tratar todos de maneira igual, só podendo haver tratamento desigual, apenas aos desiguais na medida de suas desigualdades. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Essa exceção à vedação ao tratamento



desigual é chamada de ações afirmativas, que a doutrinadora Nathalia Masson (2016, p. 230) traz da seguinte maneira:

As ações afirmativas se caracterizam como práticas ou políticas estatais de tratamento diferenciado a certos grupos historicamente vulneráveis, periféricos ou hipossuficientes, buscando redimensionar e redistribuir bens e oportunidades a fim de corrigir distorções. Tais políticas públicas visam oportunizar aos que foram menos favorecidos (por critérios sociais, econômicos, culturais, biológicos) o acesso aos meios que reduzam ou compensem as dificuldades enfrentadas, de forma que possam ser sanadas as distorções que os colocaram em posição desigual diante dos demais integrantes da sociedade.

Essa foi uma maneira encontrada pelo estado para tentar combater a desigualdade.

### **Princípio da Proporcionalidade**

O aludido princípio não é encontrado de forma expressa em nossa Constituição, como ocorre com o princípio da igualdade, por exemplo, podendo encontrá-lo de forma implícita (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Nas esferas constitucional, a proporcionalidade tem um condão de direcionamento ao legislador, qual seja, que a norma criada deva ser adequada, guardando relação com o caso concreto sem obstruir direitos e garantias fundamentais do cidadão, proibindo excessos por parte dele, tendo a norma que ser justa, moderada (PIREZ, 2016).

Pedro Lenza (2016, p. 159) traz que, para haver a proporcionalidade, é necessário que se preencham 3 importantes elementos:

- necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;
- adequação: também chamado de pertinência

ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;

- proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. É possível falar em máxima efetividade e mínima restrição.

### **Da restrição à doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais**

Assunto que vem opondo medicina e igualdade nos últimos tempos é a proibição a homens que mantêm relação sexual com outros homens de doarem sangue (OLIVEIRA, 2018).

Esse grupo está dentro dos impedidos temporários, mais precisamente no rol daqueles que foram expostos a alguma situação de risco ou tiveram comportamento de risco, que é um termo utilizado para situações em que a pessoa é exposta, e acaba tendo maior probabilidade de se contaminar com o HIV. Isso é identificado na fase de triagem clínica, quando o candidato é submetido a um questionário para aferir se está dentro desse grupo de impedidos temporários ou não.

A Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde em seu artigo 64, IV e o RDC nº 34/2014 da ANVISA em seu artigo 25, XXX, “d”, trazem expressamente essa proibição temporária e são o ponto central da discussão.

O artigo 64, IV da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde descreve assim:

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

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

O artigo 25, XXX do RDC nº 34/2014 da ANVISA descreve assim:

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

[...]

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

[...]

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

É possível observar que o impedimento temporário é de 12 meses, mas apenas se o homossexual ou o bissexual não praticar durante todo esse tempo nenhuma relação sexual com outro homem; caso contrário, o tempo se estenderá, ou seja, esse indivíduo que mantém uma vida sexual ativa acaba se tornando um impedido permanente de doar sangue (Partido Socialista Brasileiro-ADI 5443).

A ANVISA (2016) emitiu um documento em seu portal para disponibilizar esclarecimentos sobre essa proibição. Dentre os vários pontos nele apresentados, é possível se destacar que, para fundamentar os argumentos apresentados, ela se utilizou de pesquisas realizadas pelo Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS), segundo as quais os homens que fazem sexo com homens estão dentro de um percentual elevado no tocante a aquisição e infecção pelo vírus HIV, em razão do acréscimo que ocorreu de 2005 para 2013 no patamar de 11%, presumindo-se que esse grupo específico tem chance elevada e crescente de adquirir o vírus, razão pela qual torna-se inapto a fazer a doação de sangue.

Além dessa pesquisa, também trouxe dados da Organização Mundial da Saúde, segundo

os quais, para homens que fazem sexo com outros homens (HSH), as probabilidades de infecção pelo HIV são 19,3 vezes superiores às dos homens na população em geral.

Basicamente, em seu documento, a ANVISA, ao justificar a proibição, baseia-se em dados estatísticos em que mostra que a probabilidade de infecção pelo HIV são muito maiores em HSH, o que faz ser necessária essa restrição, destacando que não é a orientação sexual do candidato que é usada como critério e sim bases e dados científicos, além de destacarem que as referidas normas não excluem homens que fazem sexo com homens, sejam eles homossexuais, bissexuais ou qualquer outra identidade de gênero, ou seja, basta atenderem às exigências e aos requisitos da triagem clínica.

### **A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5443 (Adi 5543)**

Atualmente, está em trâmite no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5443, oriunda do Distrito Federal, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), seu requerente, que tem como interessados o Ministro de Estado da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e como relator o Ministro Edson Fachin (STF-processos eletrônicos, 2018).

Essa ação tem como objetivo declarar inconstitucional o artigo 64, inciso IV, da Portaria 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde, e o artigo 25, inc. XXX, alínea d, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34, de 11 de junho de 2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (STF-processos eletrônicos, 2018).

Tem como fundamento as violações por esses artigos da dignidade da pessoa humana, (art. 1º, III); direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput); objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminações (art. 3º, IV); e princípio da proporcionalidade, constantes na Constituição Federal de 1988 (STF-processos

eletrônicos, 2018).

O julgamento da referida ADI nº 5443 teve início no dia 19 de outubro de 2017, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia. A votação foi aberta pelo ministro relator Edson Fachin, votando pela procedência da ação, acolhendo o pedido e declarando inconstitucionais as normas (Portal STF Notícias, 2018).

A votação foi suspensa e retornou no dia 25 de outubro de 2017 com o voto do Ministro Alexandre de Moraes divergindo do relator e julgando parcialmente procedente a ação, para dar interpretação conforme a Constituição, e com os ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luis Fux acompanhado o voto do ministro relator Edson Fachin; em seguida, o julgamento foi suspenso (STF-processo eletrônico, 2018).

O Ministro Gilmar Mendes, chamado o feito a julgamento, pediu vista antecipada dos autos (STF-processo eletrônico, 2018).

Até o momento, ainda não há data na pauta do STF para a continuação do presente julgamento.

### **Da Afronta Aos Princípios Constitucionais e a Inconstitucionalidade da Proibição**

Fazendo uma análise das referidas normas, a Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde em seu artigo 64, IV e o RDC nº 34/2014 da ANVISA em seu artigo 25, XXX, “d”, e também da justificativa utilizada para a criação de tais institutos, podemos observar algumas afrontas a princípios constitucionais.

Primeiramente, afronta ao princípio da igualdade: ao estabelecer esses critérios a um certo grupo o legislador tratou de maneira desigual e de maneira discriminatórias pessoas iguais.

Ao criarem as referidas normas, a ANVISA e o Ministério da Saúde se basearam em dados estatísticos segundo os quais a probabilidade de se contrair HIV em relações sexuais envolvendo dois homens é muito maior em comparação a outras relações sexuais, mas isso não quer dizer que não

há também um grande risco nas outras formas. O Partido Socialista Brasileiro, na ADI 5443, em seus argumentos, assim cita: “O vírus HIV é transmissível às pessoas independentemente da sua orientação sexual. Relações sexuais desprotegidas tanto entre heterossexuais, quanto entre homossexuais, são passíveis de transmitir o agente causador da Aids”.

Um exemplo desse tratamento desigual, por parte dessas normas, está no fato de que homem homossexual ou bissexual que pratica conjunção carnal, mesmo que com apenas um parceiro e fazendo uso de preservativo, método com maior eficácia para evitar contágio de AIDS e demais DSTs, já fica impedido de doar (DODGE, 2017).

Por outro lado, um homem heterossexual que pratica conjunção carnal apenas com uma parceira, mesmo sem o uso de preservativos, não fica impedido de doar, embora no aludido exemplo a chance de uma possível contaminação seja maior no casal heterossexual (DODGE 2017).

Outro ponto que elucida bem a desigualdade de tratamento na norma é que, conforme o Boletim Epidemiológico (2015), o número de infecções pelo vírus do HIV registradas entre os anos de 1980-2015 foi maior entre os heterossexuais do que entre os homossexuais e bissexuais juntos (50% X 45,7% dos casos notificados) (Partido Socialista Brasileiro-ADI 5443).

O Ministro Edson Fachin, em seu voto no julgamento da ADI 5443, entendeu que as referidas normas instituem um tratamento desigual em relação aos homossexuais. Para ele, o que deveria definir a inaptidão do candidato é a conduta e não sua orientação sexual (Portal de Notícias do STF, 2018).

Há uma afronta também ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao determinar que, para poder doar sangue, o indivíduo tenha que se abster de praticar relações sexuais pelo prazo de 12 meses. Assim, ao restringir sua capacidade de autodeterminação, retira dele a possibilidade de



conduzir-se segundo seu próprio entendimento, assim como a liberdade para agir conforme seu próprio entendimento (BARROS, 2016).

O ministro Edson Fachin, também em seu voto no julgamento da ADI 5443, assim se manifestou: “Compreendo que essas normativas, ainda que não intencionalmente, resultam por ofender a dignidade da pessoa humana na sua dimensão de autonomia e reconhecimento, porque impede que as pessoas por ela abrangidas sejam como são”.

O Partido Socialista Brasileiro, em sua demanda na ADI 5443, trouxe:

É de se ressaltar que a presunção absoluta de que todo homem homossexual deve ser incluído como “grupo de risco” fere de morte sentimentos mais intrínsecos do ser humano, colocando em xeque a igual consideração e respeito com que todos merecem ser tratados pelo Estado.

Observando o princípio da proporcionalidade, percebe-se que as aludidas normas são desproporcionais e que não foram tomadas medidas menos gravosas pelo legislador diferentes da proibição de qualquer pessoa que teve relação sexual com outro homem, pelo período de 12 meses (Partido Socialista Brasileiro-ADI 5443).

O período imposto para a inaptidão, que é de 12 meses, também se mostra desproporcional.

Esse tempo era justificado como uma forma de combater a janela imunológica, que é o período de tempo após a infecção, em que os exames não conseguiam detectar a presença do HIV, pois a detecção do vírus acontecia após 6 a 8 semanas. Entretanto, atualmente foram implantados testes de ácido nucleico nos bancos de sangue nacionais, o que reduziu essa janela imunológica para apenas 10 dias (BARROS, 2016).

Em relação à desproporcionalidade das normas, a atual Procuradora Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, no memorial do PGR

para a ação de inconstitucionalidade 5.543/DF, relatou o seguinte:

A inadequação da medida restritiva afirma-se diante da omissão estatal em adotar mecanismos menos gravosos a candidatos gays ou bissexuais do sexo masculino, tanto para preservar que o material doado esteja livre de contaminação por vírus quaisquer, quanto para respeitar a dignidade humana e a liberdade de orientação sexual dos indivíduos. Esse conjunto de circunstâncias torna a medida prevista nas normas desproporcionalmente mais opressiva do que o necessário para obter o resultado prático pretendido.

Ao afrontar os aludidos princípios, as normas acabam se mostrando absolutamente desarrazoadas e desproporcionais frente ao regime constitucional vigente no estado democrático de direito brasileiro (Partido Socialista Brasileiro-ADI 5443).

Para finalizar este tópico, é necessário demonstrar o que a Procuradora Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, no memorial da ADI 5443, relatou sobre a inconstitucionalidade da referida proibição:

A aplicação do art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, d, da RDC 34/2014 da ANVISA, assim, choca-se com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da igualdade (art. 5º, caput e LIV) e com os objetivos da República de construir sociedade justa e solidária, reduzir desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo e outras formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV). Interferem no exercício da liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero e na liberdade de expressão, comprometendo a dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil (CR, art. 1º, III).

## **Primeira Decisão considerando a Proibição Inconstitucional**

No dia 29 de agosto de 2018, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte julgou procedente a Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível nº 2014.002437-1/0001.00, declarando a inconstitucionalidade do Item B. 5.2.7.2, Letra “D”, do Anexo I da Resolução RDC nº 153/2004 da ANVISA, que é uma norma da ANVISA anterior à Portaria 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde, e da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34, de 11 de junho de 2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), inabilitando ou proibindo de doar sangue por 12 meses homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes (TJRN processos, 2018).

Inicialmente, foi uma ação proposta por José de Arimateia Negreiros na 1ª Vara Cível da Comarca de Pau dos Ferros em face do estado do Rio Grande do Norte, requerendo a condenação deste pela obrigação de recolher o seu material sanguíneo sem a observação das regras pertinentes e sem entrevista prévia, considerando a em 10 de outubro de 2018).

O juiz de 1º grau julgou improcedente a ação, mas o autor apelou da decisão. No dia 1º de fevereiro de 2018, a 1ª Câmara Cível acolheu por unanimidade de votos a arguição de inconstitucionalidade e remeteu os autos ao Tribunal Pleno, que também acolheu por unanimidade a arguição de inconstitucionalidade (TJRN processos, 2018).

O relator Desembargador Cornélio Alves, em seu voto, traz:

Percebe-se que a norma questionada, efetivamente, não se coaduna com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e igualdade, tampouco com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de

discriminação, numa sociedade livre, justa e solidária.

A orientação sexual de alguém, de fato, não aumenta as chances de contaminação de seu sangue; são as condutas de risco (prática sexual desprotegida, com vários parceiros concomitantemente, uso de drogas injetáveis, etc.) que o fazem. Portanto, as únicas discriminações admitidas em nosso ordenamento, no que concerne a possibilidade de doação, coleta e recepção do sangue humano, devem dizer respeito a tais condutas arriscadas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este estudo demonstrou que a doação voluntária de sangue possui normas bem rigorosas, que estão presentes principalmente na Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e na Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34/2014, a fim de dar maior segurança ao doador e principalmente ao receptor.

Dentre todos os artigos das aludidas normas, aqueles que mais geram discussão são o artigo 64, IV da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o artigo 25, XXX, “d”, da RDC nº 34/2014 da ANVISA, que tornam inaptos temporários pelo período de 12 meses os homens que mantêm relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes.

Essa restrição, segundo o Ministério da Saúde e a ANVISA, é uma maneira de se proteger o receptor do sangue doado, baseando-se em dados estatísticos segundo os quais a probabilidade de se contrair o vírus do HIV é muito maior nas relações sexuais entre homens do que nas relações que envolvam apenas homem e mulher ou apenas mulheres.

Ante toda a pesquisa, percebe-se, que essas normas, apesar de terem evidências epidemiológicas e técnico-científicas, são inconstitucionais, indo contra os princípios

da igualdade ao tratar de maneira desigual e discriminatória os homossexuais e os bissexuais do sexo masculino, em comparação aos heterossexuais, restringindo o direito desse grupo de doar sangue, baseando-se principalmente no fato de esse grupo estar mais propenso a contrair o vírus do HIV, sem nem ao menos levar em consideração detalhes importantes, entre eles se o indivíduo toma todas as precauções necessárias para ter uma relação segura.

Além disso, essas normas vão contra ao princípio da dignidade da pessoa humana ao tirar do indivíduo sua capacidade de autodeterminação e sua liberdade de orientação sexual, sujeitando-o, acaso queira ser doador, às normas impostas, dentre as quais abster-se de manter qualquer tipo de relação sexual com outro homem pelo período de 12 meses. Ferem, também, o princípio da proporcionalidade, por serem totalmente desproporcionais, seja pelo fato de restringirem direitos de um grupo sem antes adotar medidas menos prejudiciais, seja pelo prazo de inaptidão, que se mostra totalmente descabido e excessivo.

Além do mais, os aludidos artigos vão contra os objetivos da República constantes expressamente em nossa carta Magna, no artigo 3º, I, III, IV, de construir uma sociedade justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceito de sexo e outras formas de discriminação.

O risco de se contrair o vírus do HIV não está no fato de a pessoa ter relações sexuais com outro homem, não está adstrita a esse grupo e sim ao comportamento de se ter uma relação sexual desprotegida; e, nesse caso, qualquer indivíduo, seja ele heterossexual, homossexual ou bissexual, corre esse risco.

Sob essa perspectiva, o mais sensato seria a exclusão de qualquer candidato que porventura praticasse relações sexuais desprotegidas ou daqueles que praticaram conjunção carnal sem nenhuma proteção pelo tempo, suficiente para cobrir as janelas imunológicas, haja vista que atualmente, devido aos avanços da medicina com

os testes de ácido nucleico, a janela imunológica foi diminuída para apenas dez dias.

Essa restrição também se mostra ineficiente, haja vista que, se a inaptidão do candidato é verificada na fase de triagem clínica (questionário ao qual o candidato é submetido), o homossexual que se candidata a doar poderia muito bem mentir nas respostas a esse questionário e doar seu sangue, sendo constatada uma possível contaminação do material doado apenas nos exames a que o sangue é submetido.

Ter uma proibição baseada no comportamento de apenas um grupo vai na contramão dos direitos que os homossexuais vêm conquistando; isso só ajuda a aumentar o estigma sobre esse grupo que tanto luta ao longo dos anos em busca de igualdade, contra os preconceitos e discriminações.

## REFERÊNCIAS

ADI 5443 Ação direta de Inconstitucionalidade, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495](http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495). Acesso em: 02 out. 2018.

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Doação de sangue de homem que faz sexo com homem, s. l. 2016. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br>. Acesso em: 28 set. 2018.

BAHIA, Flavia. Direito constitucional. Coleção Descomplicando. 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BARIFOUSE, Rafael. Proibir homens que fazem sexo com homens de doarem sangue é inconstitucional? O STF vai decidir. 24 abr. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41639545>. Acesso em: out. 2018.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Memorial da Procuradoria-Geral da República, Brasília (DF), 6 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5543-doacao-de-sangue.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016.

BRASIL. DIRETORIA COLEGIADA DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução - RDC nº 34, de 11 de junho de 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 99.

BRASILEIRO, Partido Socialista. Petição inicial ADI5443, Brasília, 07 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4996495>. Acesso em: 02 out. 2018.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. Memorial da Procuradoria-Geral da República, Brasília (DF), 17 de outubro de 2017. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI005543DF\\_doaosanguememorialAlexandredeMoraes.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI005543DF_doaosanguememorialAlexandredeMoraes.pdf). Acesso em: 03 out. 2018.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Nathalia. Manual de direito constitucional. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Manual de orientações para promoção da doação voluntária de sangue. 1. ed. Brasília: s. ed., 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Ministério da Saúde convoca população para doar sangue, s. l. 05 de março de 2018. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42673-ministerio-da-saude-convoca-populacao-para-doar-sangue>. Acesso em: 20 set. 2018.

MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOTÍCIAS STF, s. l., 19 de outubro de 2017. Disponível em: [stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359525](http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359525). Acesso em: 02 out. 2018.

OLIVEIRA, Junia. Doação de sangue por homossexuais opõe ciência e igualdade, s. l., 02 de abril de 2018. Disponível em: [http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/04/02/interna\\_gerais,948265/doacao-de-sangue-por-homossexuais-opoe-ciencia-e-igualdade.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/04/02/interna_gerais,948265/doacao-de-sangue-por-homossexuais-opoe-ciencia-e-igualdade.shtml). Acesso em: 02 out. 2018.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. Direito constitucional descomplicado. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PRETEL, Mariana. Princípios constitucionais: conceito, distinções e aplicabilidade, s.l. 26 de março de 2009. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/artigo,principios-constitucionais-conceito-distincoes-e-aplicabilidade,23507.html](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principios-constitucionais-conceito-distincoes-e-aplicabilidade,23507.html).

PORTAL DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. Ações e programas.

Disponível em: [portalms.saude.gov.br/acoes-e-programas/doacao-de-sangue](http://portalms.saude.gov.br/acoes-e-programas/doacao-de-sangue). Acesso em: 20 set. 2018.

PORTAL DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. Notícias – agência saúde. Disponível em: [portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42673-ministerio-da-saude-convoca-populacao-para-doar-sangue](http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42673-ministerio-da-saude-convoca-populacao-para-doar-sangue). Acesso em: 20 set. 2018.

SCARLET, I. V.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. Arguição de inconstitucionalidade em apelação cível nº 2014.002437-1/0001.00, Processo nº 0000014-36.2011.8.20.0108. Acesso em: out. 2018.