



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DAS
EXIGÊNCIAS
NA DOAÇÃO DE SANGUE DOS HOMENS HOMOSSEXUAIS**

Thaís Teles Cavalcante Barros
Prof. Carlos Costa

ARACAJU - SE
2020

THAISA TELES CAVALCANTE BARROS

**ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DAS
EXIGÊNCIAS
NA DOAÇÃO DE SANGUE DOS HOMENS HOMOSSEXUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
– apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharela em Direito.

Aprovado em __/__/____

Banca Examinadora

Prof. Msc. CARLOS COSTA

Universidade Tiradentes

Profa. Msc. FERNANDA OLIVEIRA SANTOS

Universidade Tiradentes

Prof. Msc. RAFAEL SOARES DE CERQUEIRA

Universidade Tiradentes

**ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DAS
EXIGÊNCIAS NA DOAÇÃO DE SANGUE DOS HOMENS HOMOSSEXUAIS**

**ANALYSIS OF THE DECISION ON THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE
REQUIREMENTS IN THE BLOOD DONATION OF HOMOSEXUAL MEN**

Thaís Teles Cavalcante Barros¹

RESUMO:

Este trabalho tem como objetivo de analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a inconstitucionalidade das exigências na doação de sangue dos homens homossexuais, previstas em portarias normativas federais do Ministério da Saúde (portaria nº 158/2016) e da Diretoria Colegiada da Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA, (resolução nº 34/2014). Para tal se propõe a descrever sobre os principais aspectos introdutórios da doação de sangue no Brasil, o processo de a doação de sangue do grupo LGBT no Brasil, os princípios constitucionais que asseguram a doação de sangue pelo grupo LGBT e a análise da decisão Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 5.543, a qual discute a inconstitucionalidade das medidas restritivas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em sua tipologia foi estruturada como sendo uma pesquisa básica de abordagem qualitativa, dedutiva, utilizando como procedimento a pesquisa bibliográfica e documental. A discussão que permeava a inconstitucionalidade dos artigos contidos na portaria ministerial, por afrontarem princípios constitucionais foi direcionada a outros patamares, garantindo o direito ao reconhecimento dos homossexuais masculinos e tornando a sociedade mais justa e igualitária, corroborando assim com o que rege a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Doação de Sangue. Homossexualidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ABSTRACT:

This paper aims to analyze the decision of the Supreme Federal Court (STF) on the unconstitutionality of the requirements for blood donation of homosexual men, foreseen in federal normative ordinances of the Ministry of Health (ordinance nº 158/2016) and of the Collegiate Directorate of Health Surveillance Agency - ANVISA, (resolution 34/2014). To this end, it proposes to describe the main introductory aspects

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: Thaisa.teles@hotmail.com

of blood donation in Brazil, the process of blood donation by the LGBT group in Brazil, the constitutional principles that ensure blood donation by the LGBT group and the analysis of the Direct Action decision of Unconstitutionality (ADI) No. 5,543, which discusses the unconstitutionality of the restrictive measures adopted by the Brazilian legal system. In its typology, it was structured as a basic research with a qualitative, deductive approach, using bibliographic and documentary research as a procedure. The discussion that permeated the unconstitutionality of the articles contained in the ministerial ordinance, for facing constitutional principles, was directed to other levels, guaranteeing the right to the recognition of male homosexuals and making society more just and egalitarian, thus corroborating with what governs the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Blood donation. Homosexuality. Direct Action of Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso tem por objetivo analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a inconstitucionalidade das exigências na doação de sangue dos homens homossexuais, previstas em portarias normativas federais do Ministério da Saúde (portaria nº 158/2016) e da Diretoria Colegiada da Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA, (resolução nº 34/2014).

Diante dos diversos pontos de vista acerca da inconstitucionalidade dos dispostos acima citados, e considerando a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.543/DF, torna-se importante verificar em que medida o posicionamento do STF contribui para a garantia dos direitos e igualdades aos homens homossexuais em poder praticar ato solidário de doar sangue e ao mesmo tempo poder vivenciar livremente a sua sexualidade.

O interesse em abordar o tema deu-se em decorrência da necessidade de ampliar a percepção sobre os principais entraves acerca visão social sobre os homossexuais, a garantia dos seus direitos constitucionais e a escassez enfrentada pelos bancos de sangue, desencadeando mais esforços para manter um número de possíveis doadores.

O trabalho encontra-se estruturado em capítulos. Sendo assim, no primeiro capítulo, aborda-se os aspectos introdutórios da doação de sangue no Brasil, visando contextualizar o panorama no qual a regulamentação até então vigente estava caracterizado, descrevendo os critérios e medidas impostas para o preparo dos indivíduos que se propunham a realizar o procedimento de doação de sangue.

No segundo capítulo, trata-se especificamente do procedimento de doação de sangue do grupo LGBT no Brasil, trazendo os aspectos relacionados a discriminação e visão distorcida acerca das pessoas que desejam viver livremente a sua sexualidade, porém são expostas as normas regulamentadoras de doação de sangue, as quais violam direitos e princípios garantidos constitucionalmente aos indivíduos.

O capítulo terceiro apresenta os princípios constitucionais que asseguram a doação de sangue pelo grupo LGBT, descrevendo os princípios que garantem respeito aos preceitos constitucionais e direitos humanos.

No quarto capítulo, faz-se uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 5.543, destacando os aspectos da anulação dos impedimentos inconstitucionais e a garantia dos direitos básicos que qualquer indivíduo pode exercer sem empecilhos de ordem discriminatória ou preconceituosa.

Para realização desse trabalho, foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa e dedutiva em busca de informações, conceitos e fatos que pudessem sustentar o objetivo de analisar os aspectos relacionados a decisão do STF e a garantia de igualdade aos homens homossexuais.

Por fim, são apresentadas as considerações finais sobre o tema, destacando os aspectos que podem corroborar com o objetivo deste trabalho.

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA DOAÇÃO DE SANGUE NO BRASIL

A história global da hemoterapia ganhou roupagem científica a partir do ano de 1900, de forma que no passado teve um embasamento exclusivamente empírico por testes de transfusões de sangue entre animais, onde segundo Hamerschlak; Junqueira; rosenblit (2005, p. 202)².

² HAMERSCHLAK, Nelson; JUNQUEIRA, Pedro C.; ROSENBLIT, Jacob. História da hemoterapia no Brasil. In Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia, São Paulo, v. 27, n. 3, p. 201-207, jul/set 2005 Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbhh/v27n3/v27n3a13.pdf> >

Até a década de 40, já existiam no Brasil vários serviços de transfusão, mas um merece destaque: o Serviço de Transfusão de Sangue (STS), fundado no Rio de Janeiro, em 1933, por Nestor Rosa Martins, Heraldo Maciel e Affonso Cruvinel Ratto. Estes colegas aliaram à assistência médica um enfoque científico voltado ao exercício da especialidade e às transfusões de sangue de forma geral. O sucesso deste modelo e a eficiência do atendimento resultaram na criação, em 1937, de várias filiais, entre elas a de Juiz de Fora, sob a direção de Côrtes Villela e a de Salvador, de Menandro Novais e Estácio Gonzaga. Outras foram de curta duração, como a de Arnaldo Marques, em Recife.

Sendo fundamental frisar que essa linha fora constituída por estudos específicos, os quais foram iniciados no Brasil a partir do incentivo da fundação do Banco de Sangue de Brasília, segundo a publicação da Lei nº 1.075, de 27 de março de 1950, a qual dispõe sobre a doação voluntária de sangue. Nesse viés torna-se relevante destacar que anteriormente a referida legislação o sistema utilizado para doação de sangue era por comercializações com bancos privados.

Diante da ausência de fiscalização do Poder Público, a hemoterapia brasileira apresentou taxas elevadas de transmissão de doenças, fator que ocasionou a criação da Comissão Nacional de Hemoterapia, através do Decreto Lei nº 54.494/64, a essência desse procedimento tivera visibilidade para ser regulamentado pelo dispositivo legal de nº 4.701/65.

Entretanto com a promulgação da Constituição Federal em 1988, proporcionara a tutela estatal para o combate ao contrabando sanguíneo em razão da responsabilização fiscal ao controle de atividades na rede de Hemoderivados. Nesse sentido tem-se o embasamento constitucional do Princípio da Voluntariedade, o qual visa à proteção dos direitos inerentes aos indivíduos que realização o procedimento de transfusão, posto que o ato seja emanado pela liberdade sendo vedada a comercialização para doação de sangue.

De forma que com a instituição do parâmetro legal a hemoterapia no Brasil fora através da Lei nº 10.205/01, com a nomenclatura popular de Lei do Sangue ou Lei Betinho, pilar primordial para promover a segurança humana. Assim, hodiernamente a hemoterapia pátria tem regulamentação nos atos normativos do Ministério da Saúde e pela ANVISA, ainda que sejam regras infraconstitucionais tem conformidade com os

princípios e valores instituídos da Carta Magna, de acordo com a explanação do Ministério da Saúde, *ipsis litteris*³:

A doação de sangue é um gesto solidário de doar uma pequena quantidade do próprio sangue para salvar a vida de pessoas que se submetem a tratamentos e intervenções médicas de grande porte e complexidade, como transfusões, transplantes, procedimentos oncológicos e cirurgias.

Consoante aos preceitos legais acima é notório o embasamento principal inerente ao procedimento de transfusão que visa o bem maior do Ordenamento Jurídico Brasileiro, que é o direito à vida, sendo o sistema de doação sanguínea um pilar para o indivíduo que vivencia a iminência da ausência vital.

Diante do exposto observa-se que as medidas impostas pelo órgão ministerial são critérios necessários para o preparo dos indivíduos que se propõem a realizar a doação de sangue, como dispõe o contexto do art.36 ao 56, da Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, sendo essencial a visualização dos principais aspectos abordados, *in verbis*⁴:

A frequência anual máxima de doações e um intervalo mínimo entre as doações, a idade mínima e máxima para a doação (idade mínima de 16 (dezesseis) anos completos e 69 (sessenta e nove) anos, 11 (onze) meses e 29 (vinte e nove) dias), para aqueles cuja a idade entre 16 (dezesseis) e 17 (dezesete) anos devem possuir consentimento formal, por escrito, do seu responsável legal para cada doação que realizar; massa corpórea mínima; peso mínimo de 50kg (cinquenta quilogramas), os candidatos que possuem peso abaixo de 50 kg (cinquenta quilogramas) poderão ser aceitos para fins de doação, após avaliação médica, desde que o volume do anticoagulante na bolsa de coleta seja proporcional ao volume a ser coletado; o candidato deverá estar alimentado, será observado a história médica e os antecedentes patológicos do doador segundo as doenças e antecedentes que contraindicam definitiva ou temporariamente a doação de sangue, não ter ingerido bebida alcoólica nas últimas 12 horas, não estar em jejum prolongado, além de estar em boas condições de saúde.

³ Disponível em <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-sangue>, acessado em 20 de maio de 2020.

⁴ Excertos da Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde.

Em conformidade ao parâmetro legal acima é necessário apartar as causas de inaptidão temporária prevista na Portaria nº 158/2016, a qual se destaca a imprescindibilidade sobre o tema abordado, segundo trechos a seguir:

A gripe, resfriado e febre tendo que aguardar por sete dias após o desaparecimento dos sintomas; 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; ter estado exposto a situações de risco acrescido para doenças sexualmente transmissíveis (aguardar 12 meses após a exposição).

De modo que, o referido dispositivo legal apresentado, em seu art. 64, expõe sobre a possibilidade em encontrar mais de uma causa de inaptidão temporária. Portanto instituindo uma violação ao Princípio da Igualdade, visto que promove o desrespeito aos indivíduos por razões como a homossexualidade, e conseqüentemente os integrantes do grupo LGBT.

3 A DOAÇÃO DE SANGUE DO GRUPO LGBT NO BRASIL

A expressão de LGBT tivera alterações ao decorrer do lapso temporal, em razão da evolução humana, o ser humano diversifica os conceitos e a visibilidade comportamental.

Nesse sentido, a primeira abreviatura GLBT, abrangia os seguintes grupos ideológicos e aderentes às modalidades sexuais, quais sejam: gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros. Todavia, o contexto abrangente ao grupo mencionado tornou-se limitado para inovações biológicas, psicológicas e sociais, fatores que impulsionaram a inclusão de novos integrantes ao grupo e conseqüentemente a sua nomenclatura para LGBT: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transgêneros.

Visto que, esse marco histórico somente ocorrera devido a I Conferência Nacional de GLBT, em Brasília, no período de: 05 a 08 de junho de 2008, motivação que incluiu a letra L no início da sigla a fim de favorecer as integrantes lésbicas, ora grupo que

crescera de forma relevante nos últimos anos, com base nas definições atribuídas a cada gênero, a seguir⁵:

- Lésbicas: mulheres que sentem atração (afetiva ou sexual) por outras mulheres;
- Gays: homens que sentem atração (afetiva ou sexual) por outros homens. O termo também pode ser utilizado para mulheres homossexuais, embora “lésbica” tenha sido mais utilizado;
- Bissexuais: pessoas que sentem atração (afetiva ou sexual) por ambos os sexos;
- Transexuais: pessoas que não se identificam com seu sexo biológico e estão em trânsito entre gêneros;
- Transgêneros: pessoas que se identificam com um sexo diferente do seu nascimento. Por exemplo: uma pessoa que nasceu homem, mas se identifica como mulher, é uma mulher transgênero.

Em suma, as descrições sobre a conceituação de gênero acima apresentada trata-se da contextualização de forma sucinta sobre a intensidade do ser humano, já que o reconhecimento jurídico desse instituto é recente, ainda que as revoluções em prol do respeito e igualdade sejam oriundas aos séculos XIX e XX, segundo excerto doutrinário, *in verbis*⁶:

O movimento LGBT brasileiro mudou consideravelmente com o passar das décadas de sua atuação; todo movimento social se modifica conforme a sociedade no qual ele atua também passa por mudanças, principalmente em resposta às suas pautas, mas a compreensão das mudanças do movimento LGBT requer a percepção de que ele não apenas lutou contra a Homofobia, mas se construiu e se moldou frente a ela. O início de uma atuação organizada do que aqui se intitula 'movimento LGBT', no Brasil, se localiza na década de 70, no período em que o Estado brasileiro vivia os anos de abertura política na ditadura militar.

Sobretudo os movimentos sociais instaurados por situação ditatorial contribuíram para formação ideológica e social dos seus participantes, visto que com a conscientização da vedação à essência humana os jovens em sua maioria iniciaram uma batalha a favor da efetivação da liberdade. Uma vez que, a opressão e o preconceito baseado

⁵ Descrições retiradas do site Google.

⁶ **SANTOS**, Andresa Regina Bissolotti dos; **SILVA**, Henrique Kramer da Cruz; **Identidade LGBT e capitalismo: a construção histórica da homofobia e as estratégias jurídicas para o seu combate**; Artigo classificado em 5º lugar na XV Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR; 2013; pg.120.

no modelo inspirador da família composta com casais heterossexuais eram barreiras absolutas, com base na explicação doutrinária a seguir:

Ao longo dos anos os homossexuais sofreram repressões, discriminações e privações por que as práticas homossexuais eram vistas pela sociedade como um fator patológico. Em 1974 a Associação Americana de Psiquiatria aboliu a terminologia homossexualismo, removendo-a da Classificação Internacional de Doenças, e em 1993, a Organização Mundial da Saúde (OMS) adotou a terminologia homossexualidade referente a um comportamento inerente à sexualidade humana (ROTHENBURG, 2009).

No decorrer do período histórico os conflitos sociais tinham uma resistência ao padrão familiar conforme os estereótipos, e como a mutação de gênero, para época era algo inaceitável e até mesmo condizente com a tortura, por impermeabilidade de paradigmas anteriores a instituição social. Assim com o regime da Ditadura Militar e a propagação da liberdade sexual surgira a Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, conhecida como AIDS, o grupo populacional mais afetado com o preconceito foram os homossexuais.

Posto que, os reflexos da exclusão social advindas do preconceito faziam com que os gays ficassem reclusos e conseqüentemente relacionassem com pessoas do mesmo gênero, além do fator de ascensão ao uso de drogas no Brasil. Vertente que tem relação direta com as vedações a doação de sangue aos grupos integrantes do LGBT, os quais são submetidos à triagem e questionários com limitações para transfusão de sangue.

Sendo uma das proibições para impossibilidade de realização do procedimento a ausência de relações sexuais com pessoa do mesmo sexo em tempo inferior a 12 meses, ora considerado inapto à transfusão, não passando sequer para uma segunda etapa onde o sangue é colhido e testado com a justificativa de proteção do receptor, segundo pesquisas do IBGE, *in verbis*:

Os dados oficiais no Brasil em média 18 mil litros de sangue são desperdiçados em decorrência de preconceito e argumentos ultrapassados. De acordo com dados do IBGE, de 101 mil homens que vivem no Brasil, 10,5 é homo ou bissexual. Se for levado em consideração que um homem pode doar até quatro vezes no ano, temos então, 18,9 milhões de litros de sangue desperdiçados ao ano.

Através de um estudo empírico foi normatizada como causa proibitiva temporária a doação de sangue por homens que tenha praticado sexo com outros homens nos últimos 12 (doze) meses, conforme se depreende do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, no art. XXX, alínea 'd', da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, a supradita proibição oriunda de normas infraconstitucionais acarretou uma violação dos direitos e garantias fundamentais dos integrantes do grupo LGBT, abrangendo não só os homossexuais masculinos.

Nesse viés observa-se que tais dispositivos se valem de um critério de generalização e sem cunho científico ao estabelecer que não seja a relação homossexual entre homens que incrementa o risco de transmissão de HIV, mas o sexo anal. Em virtude do simples fato de um homem se declarar homossexual ou bissexual não pode ser utilizado para uma presunção absoluta que pratique o sexo anal ativa ou passivamente, bem como que o faça de forma desprotegida.

Em síntese a presunção é fruto de uma sociedade culturalmente e religiosamente preconceituosa que valendo de uma visão distorcida obsta que os integrantes desse liame socialmente reprimido continuem às margens da sociedade.

4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM A DOAÇÃO DE SANGUE PELO GRUPO LGBT

A Constituição Federal é omissa quanto à orientação sexual, fator que não justifica o tratamento discriminatório estendido aos homossexuais na doação de sangue, visto que fazem parte do pilar instituído ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, a expressa proibição ao considerar seres humanos inaptos à doação de sangue com base em realização de atos sexuais divergentes do tipo convencional aos heterossexuais é uma afronta aos direitos e garantias constitucionais. Diante da difusão do preconceito e afronta ao Princípio da Não Discriminação, como preceitua o art.3º, inciso IV, da Carta Magna, *in verbis*:

promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Indubitavelmente trata-se de uma situação em que uma norma infraconstitucional traz em seu conteúdo a inaptidão de homens gays para doação de sangue, assim presume-se que tais sujeitos integram um grupo de risco com vulnerabilidade para a transmissão e contágio de doenças venéreas, institucionalizando, assim, a discriminação e o preconceito em razão da orientação sexual, atentando de forma direta contra os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e não discriminação e da proporcionalidade.

Similarmente, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é uma premissa constitucional utilizada como referencial para o exercício dos direitos fundamentais, como: liberdade e igualdade, por consagrar a essência do texto da Carta Magna de 1988, a qual se revela também como componente essencial da liberdade humana.

Nesse sentido, o autor Cruz ⁷defende que a dignidade da pessoa humana, consagrada como princípio fundamental da Constituição Federal de 1988, revela-se também na capacidade de autodeterminação da vontade, ou seja, componente essencial da liberdade humana, segundo parâmetro legal abaixo:

Nesse toar o autor Barroso (2019, p. 246) defende que: “Qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, seja nula. Uma lei é inconstitucional em abstrato quando é contrária à Constituição em tese, isto é, em qualquer circunstância, e por isso é nula. Uma lei é inconstitucional em concreto quando em tese é compatível com a Constituição, mas produz uma consequência inaceitável em uma circunstância particular.

Visito isso, o Princípio da Igualdade encontra-se expresso na Constituição Federal do Brasil em seu art. 5º, sendo resguardado a todos o direito de igualdade perante a lei, já que assevera que todos são iguais sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade. Posto isso, os cidadãos o direito de gozarem de tratamento isonômico pela lei.

⁷ Cruz, 2018.

Trata-se de um acostamento nas diferenças arbitrárias e absurdas, não justificáveis por vedação jurídica como também importante no concerne ao legislador, ao intérprete ou autoridade pública e do particular a possibilidade de limitar a sua atuação, segundo inspiração jurista, *in verbis*:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de exo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social. (MORAES, 2002, p. 65).

Ainda que, o Princípio da Proporcionalidade não esteja expresso na Carta Magna, o seu embasamento é pautado nas ideias de Devido Processo Legal, substantivo e na justiça que o torna um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Vale ressaltar que, o funcionamento do controle da discricionariedade dos atos do Poder Público é utilizado de maneira ponderada entre dois ou mais parâmetros constitucionais que estejam em conflito, determinando, em cada caso, qual deve prevalecer sobre o outro, como tutela o autor Luis Roberto Barroso, *ipsis litteris*:

Defende que o princípio da proporcionalidade pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto. [...] O Direito existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à segurança, a justiça, a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social.” (BARROSO, LUIS ROBERTO, 2019, P.292 e 284).

No momento em que a proposição legislativa considera o homem gay como integrante do grupo de risco para fins de doação de sangue ela evidencia a institucionalização da homofobia, já que os bancos de doação de sangue têm por finalidade previa alcançar a qualidade do sangue de determinado doador, inclusive através de exames específicos.

Desse modo resta claro que não se trata da opção sexual do indivíduo, mas sim do seu comportamento e da sua educação sexual, devendo ser levando em consideração

o seu comportamento se esse representa risco, em sintonia com o parecer legal de Carpinelli (2016, p.46) a respeito do enquadramento de um grave regime de discriminação em relação a um grupo de indivíduos que estão dentro de uma categoria suspeita.

Portanto a situação enseja o dever estatal em preservar a saúde dos receptores de sangue, através da redução do risco de doenças infectadas contra o direito que tem os doadores de serem tratados de maneira igualitária em conformidade com a defesa constitucional.

5 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) nº 5.543

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) tem como finalidade a declaração da inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional na sua totalidade ou em parte, ou seja, se contraria a Constituição Federal.

A vedação de doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens deu ensejo ao ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.543, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, tendo como *amicus curie* a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS – ABRAFH e o Conselho Federal da OAB, em face do art. 64, inciso IV, da Portaria 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde, e contra o art. 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).

Os referidos dispositivos da portaria ministerial e da resolução do órgão regulador consideram temporariamente inaptos para doar sangue, pelo período de 12 meses, homens que tiverem relações sexuais com outros homens e as parceiras sexuais destes.

(CITACAO) PORTARIA 158/2016, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 ([...]) 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; [...].

(CITACAO) RESOLUÇÃO 34/2014, DA ANVISA Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: [...] XXX – os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 ([...]) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: [...] d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes; [...].

O Partido Socialista Brasileiro ao impugnar a constitucionalidade dos dispositivos referidos fundamentou sua petição inicial no histórico do temor e o desconhecimento científico sobre Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) na década de 1980, quando ocorreu uma epidemia dessa doença e ocasionou a morte de muitas pessoas. Naquela época, acreditava-se que a AIDS era uma disfunção característica dos homossexuais e ao ser desvendado que uma das formas de transmissão do vírus HIV era a transfusão de sangue, passou-se a proibir a doação sanguínea por esse grupo social.

Outrossim, a inicial tem como fundamentos a discriminação em virtude da orientação sexual, agressão à igualdade e à dignidade humana, à promoção do bem de todos sem preconceitos e à proporcionalidade, bem como o prejuízo a saúde pública que o impedimento de doação de sangue.

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).

De outra banda, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária se inclinou pela vedação da doação justificando-se em evidências epidemiológicas e técnico-científicas e visando ao interesse coletivo na garantia máxima da qualidade e segurança transfusional para o receptor de sangue. Seguindo a mesma linha, o Ministério da Saúde, bem como a Advocacia Geral da União, manifestou-se pela improcedência do pedido.

O Ministro Relator Edson Fachin pautou o seu voto no princípio da Dignidade da Pessoa Humana buscando assim proteger, de forma integral, o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. 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.

Relata o Ministro supracitado que a precaução e segurança com a doação de sangue podem e devem ser asseguradas de outra forma, de tal maneira que não comprometa a 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. Pense-se, por exemplo, em relações estáveis, duradouras e protegidas contra doenças sexualmente transmissíveis.

Em sua relatoria, o Ministro Edson Fachin concluiu que o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA sob os seguintes argumentos:

(i) ofendem a dignidade da pessoa humana (autonomia e reconhecimento) e impedem as pessoas por ela abrangidas de serem como são (art. 1º, III, CRFB); (ii) vituperam os direitos da personalidade à luz da Constituição da República; (iii) aviltam, ainda que de forma desintencional, o direito fundamental à igualdade ao impedir as pessoas destinatárias da norma de serem tratadas como iguais em relação aos demais cidadãos (art. 5º, caput, CRFB); (iv) fazem a República Federativa do Brasil derribar o que ela deveria construir – uma sociedade livre e solidária – art. 3º, I, CRFB; (v) induzem o Estado a empatar o que deveria promover – o bem de todos sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, IV, CRFB; (vi) afrontam a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação e Intolerância, os quais, em razão do § 2º do art. 5º, da CRFB, por serem tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, possuem natureza materialmente constitucional. Vale dizer, em que pese não estarem sediados no texto da Constituição da República de 1988 os direitos previstos nesses tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a ela se incorporam quando o Brasil torna-se parte destes.

Dito isso, a presente ADI foi julgada procedente para declarar os dispositivos referidos inconstitucionais.

6 CONSIDERAÇÃO FINAIS

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5.443, pautada sob o fundamento de violação aos princípios de igualdade/não-discriminação e da proporcionalidade, impugnou a portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016 do Ministério da Saúde.

A discussão que permeava a inconstitucionalidade dos artigos contidos na referida portaria, por afrontarem princípios constitucionais foi direcionada a outros patamares, garantindo o direito ao reconhecimento dos homossexuais masculinos e tornando a sociedade mais justa e igualitária, corroborando assim com o que rege a Constituição Federal de 1988, onde Todos são iguais perante a lei.

Considerando ainda a realidade dos bancos de sangue no Brasil, marcada pela escassez e pela dificuldade em atender a demanda por tratamentos e procedimentos médicos que se utilizam do material sanguíneo, não se mostra razoável deixar de reconhecer a importância de um doador em potencial sobrepondo a sua sexualidade, ferindo assim o direito e as garantias fundamentais.

A doação voluntária de sangue trazia consigo normas bem rigorosas, presentes na Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e na Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34/2014^o. Ocorre que o estado tem a obrigação de promover tratamento igualitário às pessoas, uma vez em que fica evidente a evolução da ciência sendo assim, em outras palavras, a omissão do legislador já não mais se sustenta.

Exercer a solidariedade através da doação de sangue é um direito que durante muito tempo havia sido suprimido dos homens homossexuais, bissexuais e de suas parceiras sexuais. Manter tal situação seria ir pela contramão de tantas conquistas já alcançadas. O princípio da igualdade veda qualquer tipo de discriminação para possíveis doadores em potencial fundamentado no argumento de se são ou não homens que fazem sexo com outros homens.

Sendo assim, o julgamento concludente da Ação Direta de Inconstitucionalidade supracitada corrobora com a garantia dos direitos e igualdades aos homens homossexuais em poder praticar ato solidário de doar sangue e ao mesmo tempo poder vivenciar livremente a sua sexualidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo/ Luís Roberto Barroso – 8.ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2019

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 3 mai. 2020.

_____. Lei Nº 1.075, de 27 de março de 1950. Dispõe sobre doação voluntária de sangue. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1075.htm >. Acesso em: 3 mai. 2020.

_____. Lei Nº 4.701, de 28 de junho de 1965. Dispõe sobre o exercício da atividade hemoterápica no Brasil e dá outras providências. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, ... 1º A atividade hemoterápica no Brasil será exercida de acordo com preceitos gerais que definem as bases da Política Nacional do Sangue. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4701-28-junho-1965-377853-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

_____. Lei Nº. 10.205/01 de 21 de março de 2001. Regulamenta o § 4o do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145349-lei-federal-10-205-2001.pdf> Acesso em: 28.ago.2020

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvc/saudelegis/>. Acesso em 20.abr.2020

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543. Relator: Edson Fachin. Disponível em: www.jota.info/wp-content/uploads/2017/10/ADI5543-1.pdf. Acesso em: 19.mai.2020.

_____. Resolução RDC nº 34, de 11 de junho de 2014. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue. Disponível em: <
http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/%281%29RDC_34_2014_CO MP.pdf/ddd1d629-50a5-4c5b-a3e0-db9ab782f44a>. Acesso em: 3 mai. 2020.

CARPINELLI, André de Paula Turella. Doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens à luz do princípio da igualdade no direito brasileiro. *Iuris in mente: revista de direito fundamentais e políticas públicas*. Ano I, n. 1. Itumbiara, jul.-dez., 2016.

CRUZ, Antônio Átila Silva da. A (in)constitucionalidade da restrição à doação de sangue por homens homossexuais: ADI 5543. *Jus Brasil*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/67337/a-in-constitucionalidade-da-restricao-a-doacao-de-sanguepor-homens-homossexuais-adi-5543>

HAMERSCHLAK, Nelson; JUNQUEIRA, Pedro C.; ROSENBLIT, Jacob. História da hemoterapia no Brasil. In *Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia*, São Paulo, v. 27, n. 3, p. 201-207, jul/set 2005 Disponível em: <
<http://www.scielo.br/pdf/rbhh/v27n3/v27n3a13.pdf> >

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, Andresa Regina Bissolotti dos; SILVA, Henrique Kramer da Cruz; *Identidade LGBT e capitalismo: a construção histórica da homofobia e as estratégias jurídicas para o seu combate*; Artigo classificado em 5º lugar na XV Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR; 2013; pg.120.

SITE SAUDE.GOV.BR. ADMINISTRADORES.COM. Doação de sangue: como doar, quem pode doar, impedimentos, 2020 Disponível em <
<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-sangue/> >. Acessado em 16 jun 2020.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009, p. 359-368.