

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS

GIOVANNI DOZZI TEZZA ARNONI

**RESTRIÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS E O  
JULGAMENTO DA ADI 5543 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

UBERLÂNDIA  
2018

GIOVANNI DOZZI TEZZA ARNONI

**RESTRIÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS E O  
JULGAMENTO DA ADI 5543 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentando ao Núcleo de Produção Científica da Faculdade de Direito da UFU como requisito parcial avaliativo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Karina Lima Junqueira de Freitas

UBERLÂNDIA  
2018

# RESTRIÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS E O JULGAMENTO DA ADI 5543 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientadora: Karina Lima Junqueira de Freitas

Uberlândia, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

Banca Examinadora:

---

Professora Karina Lima Junqueira de Freitas

---

Examinador

---

Examinador

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a proibição da doação de sangue por homens homossexuais, bissexuais, além de suas parceiras sexuais, contida tanto na Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, quanto na Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014, da ANVISA. Esta análise será feita a luz dos princípios presentes na Constituição Federal, os quais norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o princípio da dignidade humana, da igualdade e proporcionalidade. Será brevemente apresentada a história da homossexualidade, bem como a evolução da hemoterapia, criando uma conexão entre ambas, visando situar a política brasileira de doação de sangue perante a adotada por outros países, além de demonstrar os impactos provenientes dessa restrição normativa. Será abordada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543, a qual discute a inconstitucionalidade dessas medidas restritivas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Os votos dos Ministros serão relatados, assim como os argumentos da defesa e dos Requeridos e o parecer da Procuradoria-Geral da República, como forma de pontuar as visões e opiniões acerca do tema discutido.

**Palavras-chaves:** doação de sangue; restrição normativa; homossexualidade; hemoterapia; princípios; inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the prohibition of blood donation by homosexual and bisexual men, in addition to their sexual partners, contained in both Ordinance No. 158/2016 of the Ministry of Health and in Resolution 34/2014 of the Collegiate Board of Directors, of ANVISA. This analysis will be made considering the principles of the Federal Constitution, which guide the entire Brazilian legal system, with emphasis on the principle of human dignity, equality and proportionality. The history of homosexuality, as well as the evolution of hemotherapy, will be presented, creating a connection between both, aiming to situate the Brazilian policy of blood donation in relation to that adopted by other countries, in addition to demonstrating the impacts arising from this normative restriction. Direct Action on Unconstitutionality 5543 will be addressed, which discusses the unconstitutionality of this restrictive measure adopted by the Brazilian legal system. The votes of the Ministers will be reported, as well as the arguments of the defense and the Requested and the opinion of the Attorney General's Office, as a way of punctuating the views and opinions on the topic discussed.

**Keywords:** blood donation; normative restriction; homosexuality; hemotherapy; principles; unconstitutionality.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	7
2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	10
2.1 A Principiologia Constitucional .....	10
2.2 O Princípio da Igualdade .....	13
2.3 O Princípio da Dignidade Humana .....	14
2.4 O Princípio do Direito à liberdade .....	15
2.5 O Princípio da Proporcionalidade .....	16
2.6 O Princípio do Direito à Vida .....	17
2.7 A Judicialização da Política e o Ativismo Constitucional .....	18
3. ASPECTOS HISTÓRICOS .....	22
3.1 A homossexualidade na História Antiga .....	22
3.2 A homossexualidade na Idade Média .....	23
3.3 A homossexualidade nas Idade Moderna e Contemporânea .....	24
3.4 Breve história da hemoterapia .....	25
3.4.1 A adoção de restrições de doadores de sangue .....	25
3.4.2 Análise histórica da restrição na legislação brasileira .....	27
3.4.3 Tendência mundial relativa a hemoterapia .....	30
3.5 Processo e normatização atual da doação de sangue no Brasil .....	31
4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5543 .....	34
4.1 Breve Resumo .....	34
4.2 Do Procedimento .....	35
4.3 Do Mérito .....	35
4.3.1 Argumentação do Requerente .....	35
4.3.2 Argumentação dos Requeridos .....	38
4.3.3 Posicionamento da Procuradoria Geral da República .....	39
4.4 Dos votos .....	40
4.4.1 Ministro Relator Edson Fachin .....	41
4.4.2 Ministra Rosa Weber, Ministro Luiz Fux e Ministro Luís Roberto Barroso .....	42
4.4.3 Ministro Alexandre de Moraes .....	43
4.5 Andamento processual .....	44
5. CONCLUSÃO .....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	48

## 1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo analisar a proibição de doação de sangue por homens homossexuais, bissexuais, além de suas parceiras sexuais, a partir da análise da Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016, editada pelo Ministério da Saúde, tendo como base Constituição Federal do Brasil, os princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico pátrio, além de apresentar a história da hemoterapia e sua evolução.

O intuito é problematizar acerca da restrição de doação de sangue por esse grupo, tendo sempre como norte os princípios constitucionais, como forma de promover o debate sobre o critério adotado pela Portaria nº 158, se a “orientação sexual” é assertiva ou meramente discriminatória. Para tanto, a monografia utiliza da metodologia dogmático-instrumental, utilizando técnicas bibliográficas e documentais.

Considerando que vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, sob a luz dos princípios da Dignidade Humana e da Igualdade, é preciso refletir até que ponto um regulamento como o em questão é garantidor, no sentido de ter como escopo a promoção da vida, sendo que há claro embate com os valores e fundamentos mais valiosos do Estado, sobretudo em um momento em que o mundo passa por choques envolvendo diversos tipos de discriminação.

A breve análise de como outros Estados tratam esta questão é importante para que o Brasil tenha referências e exemplos de como lidar com a doação de sangue. Também dados estatísticos ajudam a posicionar melhor o status do país perante o que os órgãos internacionais consideram adequados.

Tal questão é contemporânea e merece ser discutida, sendo complexa na seara jurídica, pois provoca exames de constitucionalidades, além de suscitar questões morais e éticas. Além disso, é tema discutido pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, de junho de 2016, a questiona a validade das normas instituidoras dessa proibição.

O primeiro capítulo trata da questão constitucional, apresentando um pouco sobre o modelo adotado no Brasil, bem como os princípios mais pertinentes para a discussão do tema: Princípio da Igualdade, da Dignidade Humana, Direito à Liberdade e Direito à vida.

O intuito de explanar sobre tais princípios é poder criar uma visão crítica da Portaria nº 158 em relação ao arcabouço normativo constitucional, o qual não admite

normas incompatíveis com os Direitos Humanos e Fundamentais, que preguem qualquer tipo de discriminação.

Ainda será discutido a Judicialização da Política e o Ativismo Constitucional. O primeiro termo refere-se a prática cada vez mais comum que os Tribunais Constitucionais adotaram, de resolverem questões políticas durante os seus julgamentos, como reposta a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. Já o segundo termo, diz respeito aos atores que lutam por direitos mais amplos, que alcancem as minorias, a partir de movimentos sociais. São eles que impulsionam e dão visibilidade às mudanças barradas muitas vezes pelo conservadorismo. Ambos os conceitos estarão presentes no momento em que será discutida a ADI 5543, tema do terceiro capítulo.

O segundo capítulo traz os aspectos da homossexualidade através da História, passando pela Antiguidade grega e romana; as mudanças ocorridas com o nascimento do Cristianismo e seu crescimento, especialmente durante a Idade Média; a reação humanista na Idade Moderna e a reação do Capitalismo; também o surgimento do termo “homossexualismo”, já no século passado, quando médicos e cientistas tratavam a homossexualidade como doença; até chegarmos ao presente, em que as minorias vêm lutando e conquistando seus espaços, a despeito de todo o preconceito existente após séculos de perseguição e marginalização.

Também é abordado o nascimento da hemoterapia, sua evolução, relacionado com o surgimento da AIDS e a normatização de proibições envolvendo homossexuais, tidos como grande público dessa doença. Aqui, há a conexão entre tal proibição e o aumento da estigmatização dessa minoria, algo que perdura até os dias atuais.

Por fim, o terceiro capítulo, cujo escopo é analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, trará um resumo sobre o caso, esmiuçando o posicionamento da requerente, no caso o Partido Socialista Brasileiro, e a defesa dos requeridos, Ministério da Saúde e ANVISA. Será analisada a argumentação da Procuradoria-Geral da República, que se posicionou a favor da inconstitucionalidade das normas e também da Advocacia-Geral da União, responsável pela defesa dos réus.

Será feita uma análise dos principais argumentos que embasaram os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em especial o do Ministro Relator Edson Fachin, que votou pela procedência da ação, sendo acompanhado pelos Ministros

Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber; e do Ministro Alexandre de Moraes, que possui uma visão diferente da de seus pares, visto que julgou parcialmente procedente a ação.

O método utilizado é o dedutivo partindo-se da análise geral das disposições principiológicas constitucionais, passando pela história da homossexualidade e a evolução da hemoterapia, até a apresentação do caso concreto específico que é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543, na qual o Supremo Tribunal Federal está analisando a inconstitucionalidade da restrição normativa da doação de sangue por homossexuais.

A técnica de pesquisa do presente trabalho consiste na pesquisa bibliográfica, através da utilização de leis, julgados, doutrinas, artigos científicos, notas técnicas do Ministério da Saúde, entre outros materiais pertinentes.

## 2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

### 2.1 A Princiologia Constitucional

O Estado Constitucional de Direito surgiu com o fim da 2ª Guerra Mundial, já na segunda metade do século XX, momento em que era necessária uma renovação do Estado de Direito, a adoção de uma nova forma jurídica. Tal mudança foi uma reação mundial aos danos causados e sofridos em virtude da Grande Guerra. Era preciso valorizar o respeito à dignidade humana, elevando-a a um grau máximo dentro dos ordenamentos jurídicos de todo o mundo.<sup>1</sup>

Assim, as Constituições passaram a adotar como característica fundamental o compromisso político com a proteção da dignidade humana.<sup>2</sup> É o alicerce de todo um ordenamento jurídico, que gravitará ao redor da Carta Magna. Com isso, as Constituições deixam de estabelecerem apenas as competências do Estado, ou de normatizarem somente o funcionamento dos poderes públicos. Criaram-se normas substantivas, como é o caso dos direitos fundamentais, que fazem com o que Estado siga certos fins e objetivos visando a dignidade humana e outros princípios dela decorrentes.<sup>3</sup>

Tem-se, portanto, um novo papel para as Constituições nacionais, graças ao caráter vinculativo e obrigatória de suas disposições, possuindo mecanismos para forçar o cumprimento de seu texto legal e dos princípios que dele emanam, já que essas novas Cartas deixam de ser meros diplomas políticos para terem status de norma jurídica.<sup>4</sup>

Luís Roberto Barroso acredita que o fenômeno de constitucionalização do direito foi o cerne da ideia de um Estado Constitucional, ao afirmar que:

A ideia de constitucionalização do Direito (...) está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o

---

<sup>1</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões**. Ano 2012. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf> Acesso em: 07 nov. 2018.

<sup>2</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado constitucional brasileiro**. Brasília: Universidade de Brasília, 2008, p.4.

<sup>3</sup> CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. In: Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio. 20 anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198 – 201.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Ano 2005. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf) Acesso em: 07 nov. 2018, p.7.

sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.<sup>5</sup>

Diante da expansão das normas constitucionais, a premissa da lei é superada pela premissa da Constituição, fato que propiciou uma virada na forma como o Estado atua. Deixa-se de ter uma certa facilidade em editar normas proibitivas, já que estas devem seguir a Carta Magna, possibilitando uma maior atuação de outros atores políticos e sociais, como os Tratados de Direito Internacional e até mesmo os movimentos sociais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, segue a tendência mundial, possuindo um amplo rol de direitos individuais, sociais e coletivos. É apelidada de Constituição Cidadã devido ao seu conteúdo fortemente principiológico, pautado nos direitos humanos, amplamente democráticos, como forma de reação ao período autoritário que o Brasil viveu de 1º de abril de 1964 e 15 de março de 1985.

Diante desse contexto, a Assembleia Constituinte resolveu criar cláusulas constitucionais que tivessem conteúdo aberto, principiológico e que dependessem da realidade subjacente, como forma de haver interpretação e adequação ao momento da aplicação normativa<sup>6</sup>. Segundo Luís Roberto Barroso:

À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.<sup>7</sup>

Tal afirmativa revela que haverá adequação dos princípios constitucionais ao caso concreto. Entretanto, é comum que ocorram colisões entre princípios, ou seja, uma necessidade de sobreposição de um princípio pelo outro. Para tais situações, deve-se utilizar o método da ponderação, ou seja, a partir de escolhas fundamentadas, algum princípio acabará por ser utilizado em detrimento de outro, sem que isso implique na invalidade dos demais.

---

<sup>5</sup> IBID., p. 16-17.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. Rio de Janeiro, 2003, p.144.

<sup>7</sup> Ibid., p. 144.

Portanto, na sistemática constitucional brasileira, ocorrerão situações em que mais que um princípio poderá ser aplicado ao caso concreto, resultando em um conflito de interpretações, o que não impedirá que seja escolhido o que melhor se adequa, sem que haja a inconstitucionalidade do outro.

Isso se deve ao fato de os princípios conterem uma maior carga valorativa, uma decisão política relevante, indicando uma determinada direção a seguir. Segundo Barroso<sup>8</sup>, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, às vezes, contrapostos. A colisão de princípios é algo não apenas possível, mas intrínseca ao sistema dialético adotado. Segundo o autor alemão Robert Alexy:

Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis(...). A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante mediação.<sup>9</sup>

Ao discutir-se a constitucionalidade da Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016, que institui o Regulamento Técnico de Procedimentos Hemoterápicos, em especial em seu art. 64, IV<sup>10</sup>, há a necessidade de realizar uma valoração constitucional do dispositivo em questão, com o intuito de analisar se o mesmo fere algum princípio constitucional ao impedir que homens que tenham relação com outros homens possam doar sangue pelo prazo de 12 meses.

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.

Vários princípios constitucionais podem ser alçados para discutir-se tal questão, entre eles, princípios clássicos do nosso ordenamento jurídico: Princípio da Igualdade, da Dignidade Humana, do Direito à Liberdade e do Direito à Vida. Será à luz de tais princípios que será realizado um controle de constitucionalidade, como o

---

<sup>8</sup> IBID., P.151.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, 1997. p.81 apud BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, 2003.

<sup>10</sup> BRASIL. Portaria n. 158, de 04 de fev. de 2016. PORTARIA Nº 158, DE 4 DE FEVEREIRO DE 2016. **Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos**.. Brasília, fev. 2016. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)>. Acesso em: 08 nov. 2018.

que está sendo julgado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543.

Assim, faz-se necessário estudar os principais princípios pertinentes ao tema da presente monografia, analisando suas características, aplicações e o uso pelos Tribunais nacionais, como forma de analisar como é feita a ponderação e mediação desses diante da questão da doação de sangue por homossexuais.

## 2.2 O Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, disposto no art. 5º, caput, da Constituição Federal, possui duas acepções. A igualdade formal representa o “direito de todo cidadão de não ser desigualado pela lei, senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional”<sup>11</sup>, ou seja, trata de uma igualdade perante a lei, dando tratamento equânime aos indivíduos.

Todavia, é necessário que a acepção material da igualdade seja levada em consideração, como forma de evitar uma compreensão muito estrita, que acabe gerando desigualdades justamente por não as considerar. Desta forma, a igualdade material pode ser entendida como aquela que irá proporcionar meios para que os desiguais possam ser igualados. Nas palavras de Vecchiatti:

Assim, a realidade prática demonstrou que a aplicação do princípio da igualdade, em seu aspecto meramente formal, abre margem para uma série de arbitrariedades, uma vez que possibilita a inversão total da célebre definição de Aristóteles, que serve de base ao preceito isonômico segundo a qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Isso porque a aplicação isolada do aspecto formal da isonomia permite tratar igualmente os desiguais, o que per si já fere dito princípio.<sup>12</sup>

Promover a igualdade significa evitar discriminações injustificáveis, no tocante a proibição de um tratamento desigual entre aqueles que se encontram em uma mesma situação. Também é oferecer um tratamento desigual para aqueles que estão em uma situação injusta, promovendo distinções justificáveis.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> ROCHA, CARMEN LÚCIA ANTUNES. **Ação afirmativa**: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. id/496863, 1996, p. 26 APUD BASTOS, 2010. p.286-287.

<sup>12</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivo. São Paulo: Método, 2008, p. 115.

<sup>13</sup> ROTHENBURG, WALTER CLAUDIUS. **Igualdade material e discriminação positiva**: o princípio da isonomia. Novos estudos jurídicos, 2009, p.82.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.<sup>14</sup>

Como meio de preservar algum direito, a Lei pode atingir uma categoria de pessoas ou voltar-se para um só indivíduo. No tocante a doação de sangue pela minoria homossexual, a lei optou por voltar-se a esta “categoria”, abarcando todos aqueles que tiveram relações sexuais com alguém do mesmo sexo.

Entretanto, seria possível que houvesse um direcionamento voltado ao indivíduo, restringindo não toda uma “categoria” de pessoas, mas sim aqueles que possuam uma enfermidade incompatível com a transfusão de sangue, independentemente de sua preferência ou orientação sexual.

Dessa maneira, é possível afirmar que a lei deve vedar qualquer forma de discriminação arbitrária. Todavia, na questão da doação de sangue por homossexuais, discute-se se a vedação de tal doação é discriminatória ou apenas uma questão de saúde pública, relacionada a prevenção, ou seja, se é uma discriminação injustificável ou uma distinção justificável.

### 2.3 O Princípio da Dignidade Humana

A dignidade humana, segundo José Afonso da Silva:

não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo sua existência e eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica.<sup>15</sup>

O valor da dignidade da pessoa humana serve:

de parâmetro de valoração para orientar a interpretação do sistema constitucional. Por este motivo é que há o reconhecimento de proteção da ordem jurídica, devendo essa proteger para que todos recebam tratamento do Estado e comunidade, uma vez que todos são iguais em dignidade.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> DE MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** Malheiros, 1999. p. 10.

<sup>15</sup> DA SILVA, JOSÉ AFONSO. **A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia.** *Revista de direito administrativo*, 1998, 212: 89-94.

<sup>16</sup> DIETER, CRISTINA TERNES. **As raízes históricas da homossexualidade, os avanços no campo jurídico e o prisma constitucional.** *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v1. 2012, p.9

Assim, é possível sustentar que a orientação sexual de cada indivíduo perpassa pela dignidade humana, uma vez que o Estado Democrático de Direito assegura diversas liberdades aos cidadãos, as quais não são restritas ou dependentes da orientação sexual.

O Princípio da Dignidade Humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do ser humano, por isso é imprescindível em qualquer democracia. Ao relacionarmos-lhe com a questão da doação de sangue por homossexuais, é possível perceber que a faculdade de doar é algo que dignifica o ser humano, pois é um ato de solidariedade para com o outro. Além disso, não haver diferenciação entre os doadores por motivos de orientação sexual é uma forma de atender a tal princípio, pois todos seriam dignos de poderem realizar a doação, bastando um critério objetivo, como a presença de alguma doença, para impedi-los.

Por isso, quando há limitação de doação de sangue por essa minoria, surge o questionamento se a dignidade humana daqueles possíveis doadores é ferida ou não ao serem barrados, apenas por se relacionarem com pessoas do mesmo sexo, fato que estigmatiza tal grupo, visto que a redação do art. 64 da Portaria nº 158 coloca como inaptos “homens que tiveram relações sexuais com outros homens(...)”, sem oferecer critérios mais objetivos para tal distinção.

## **2.4 O Princípio do Direito à liberdade**

Atualmente, o Direito à liberdade possui um viés diferente do clássico conceito que possuía no século XIX e início do século XX, pois deixou de ser uma garantia suprema, na qual os interesses individuais eram soberanos aos interesses públicos, - quando não havia a preocupação com o terceiro - para tornar-se a autonomia de cada indivíduo perante condições, ou seja, cada um é livre para manifestar sua vontade, mas deve respeitar o próximo (não prejudicar terceiros), além de ser relativizada em questões de interesse público-social. A pessoa humana está inserida no centro do ordenamento jurídico, mas não se desrespeitar ou agir de forma a causar consequências negativas para a sociedade.

Relacionando tal princípio com a limitação da doação de sangue pelos homossexuais, presente no art. 64 da Portaria nº 158, tem-se um choque entre a proibição de doação por homens que tiveram relações sexuais com outros homens e a liberdade sexual de cada indivíduo. O impacto é causado por restringir apenas um

grupo, uma minoria específica, ao invés de descrever com termos técnicos aqueles que não poderiam doar, a partir de uma justificativa que não seja discriminatória.

## 2.5 O Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade tem suas raízes na antiguidade clássica da Filosofia. Já era mencionada por Aristóteles, como um elemento a ser observado dentro da definição de Justiça. Modernamente, coube ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha criar uma fórmula jurídica a ser sempre observada, com a finalidade de que o Estado tivesse limites sempre que quisesse alcançar um objetivo no ordenamento jurídico, atendendo assim, aos critérios da proporcionalidade, necessidade e moderação. Tal medida inspirou diversas Constituições, inclusive a Constituição Federal de 1988, a qual consagrou esse princípio de maneira implícita.<sup>17</sup>

Proporcionalidade pode ser considerada um estado de equilíbrio entre os meios disponíveis para a concretização de determinado fim. É conhecida como proibição de excesso, sobrepondo uma razoabilidade, evitando excessos arbitrários do Poder público e garantindo a livre exercício dos direitos fundamentais com dignidade humana.<sup>18</sup>

Segundo Gustavo Ferreira, o princípio da proporcionalidade é utilizado na resolução de casos que envolvem colisão entre normas de direitos fundamentais. Tem como principal objetivo consagrar um dos direitos ou compatibiliza-los, de modo a concluir uma justa decisão sob à luz da Constituição.<sup>19</sup>

Relacionando o princípio da proporcionalidade com o tema da presente monografia, ou seja, com a restrição de 12 meses para que um indivíduo que se relacionou sexualmente com outro do mesmo sexo possa doar sangue, surge o questionamento se tal período de tempo é proporcional. Isso se deve ao fato de que a limitação normativa visa preservar a saúde do receptor, mas acaba estigmatizando um grupo social.

Assim, faz-se necessário analisar não apenas se o período de 12 meses é condizente com a atual evolução tecnológica e científica da Medicina, que possui

---

<sup>17</sup> FELICIO, Guilherme Lopes; GOMES, Luís Roberto. **Princípio da proporcionalidade**. *ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498*, 2008, p. 2-3.

<sup>18</sup> IBID., p. 5.

<sup>19</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF - limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, p. 107-108.

técnicas cada vez mais rápidas e eficientes de descoberta de doenças, mas também se essa restrição é razoável e proporcional diante dos demais direitos fundamentais que são desconsiderados ao estigmatizar uma minoria.

## 2.6 O Princípio do Direito à Vida

Diferentemente dos demais princípios apresentados até aqui, que se relacionavam a figura do doador de sangue, é preciso abordar o direito à vida daqueles que necessitam dessas doações. Inicialmente, cumpre destacar algumas notícias relacionadas ao Brasil no mapa das doações de sangue.

Segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU), o Brasil é o país latino americano que coleta o maior volume de sangue em termos absolutos, mas doa proporcionalmente que outros países da região<sup>20</sup>. Dados apontam 1,8% da população brasileira doa sangue, porcentagem inferior a meta da Organização da Saúde (OMS), que é de 3% da população<sup>21</sup>

Ainda segundo pesquisas da ONU, dentre os doadores de sangue no Brasil, apenas seis em cada dez doadores são voluntários, aqueles que doam com frequência sem se importar com quem vai receber o sangue. O restante é composto por aqueles que doam por razões pessoais, como para ajudar algum amigo ou familiar.<sup>22</sup>

O Direito a Vida está disposto no art. 5º, caput, da Constituição Federal, sendo assegurado a todos os brasileiros e estrangeiros que residem no Brasil. Segundo Alexandre de Moraes, “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.<sup>23</sup>

Relacionando a importância do princípio do direito à vida com os dados e estatísticas apresentados, percebe-se que o Brasil possui uma carência de doadores

---

<sup>20</sup> O QUE FALTA PARA O BRASIL DOAR MAIS SANGUE? 2015. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812\\_sangue\\_doacoes\\_brasil\\_lgb](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812_sangue_doacoes_brasil_lgb)>. Acesso em: 06 nov. 2018.

<sup>21</sup> DOAÇÃO de sangue: 1,8% da população brasileira doa sangue; meta da OMS é 3%: Campanha do Ministério da Saúde quer sensibilizar novos voluntários. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-06/doacao-de-sangue-18-da-populacao-brasileira-doa-sangue-meta-da-oms-e-3>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

<sup>22</sup> O QUE FALTA PARA O BRASIL DOAR MAIS SANGUE? 2015. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812\\_sangue\\_doacoes\\_brasil\\_lgb](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812_sangue_doacoes_brasil_lgb)>. Acesso em: 06 nov. 2018.

<sup>23</sup> DE MORAES, ALEXANDRE. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.63

de sangue segundo a meta estabelecida pela OMS. Parte dessa carência poderia ser suprida a partir de uma mudança de critérios para a doação de sangue por homossexuais, estipulada na Portaria nº 158, se esta adotasse outros critérios, mais objetivos, ao invés de excluir todo um grupo de doar sangue. Ainda mais considerando que existe, atualmente, tanto falta de doadores como número menor que o desejável daqueles que doam regularmente e independentemente do receptor.

## **2.7 A Judicialização da Política e o Ativismo Constitucional**

Devido a supremacia da Constituição em um Estado Democrático de Direito, que propicia uma operação e conduta política e jurídica coerentes com os princípios e valores por ela emanados, criam-se vários focos de “lutas” por direitos, visto que as sociedades atuais são pluralistas e as minorias cada vez mais exigem a efetivação de seus direitos.

As constantes reinterpretação de normas à luz da Constituição origina conflitos em diversos âmbitos, especialmente entre os Três Poderes. No Brasil, tem-se um Poder Judiciário muito mais “liberal” que os demais Poderes. Isso faz com que muitas demandas sejam apreciadas pelo Judiciário devido a inércia legislativa e executiva. Tal fato é conhecido como Judicialização da Política.

Entre os temas que mostram uma postura ativa do Judiciário, está a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a adoção por casais homoafetivos e a prática do aborto de fetos anencefálicos. Todas essas decisões demonstram uma ampliação de direitos, especialmente as que envolvem minorias.

Essa movimentação do Judiciário, encadeado especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se a eficácia dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, os quais são irradiados para todo o sistema político e jurídico brasileiro, fornecendo diretrizes para que o direito infraconstitucional seja criado, aplicado e interpretado.<sup>24</sup>

Portanto, é possível dizer que a Judicialização da Política é um meio essencial de concretização dos valores e objetivos do Estado, especialmente por ser o principal mecanismo atual de implementação da Constituição Federal. É possível afirmar que a busca pela interpretação constitucional torna todos os indivíduos que lutam por

---

<sup>24</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Brasília: Universidade de Brasília, 2013, p.50-53.

direitos mais igualitários em ativistas constitucionais, pois são eles os agentes que perseguem os objetivos da Carta Magna, fortalecendo o Estado Democrático de Direito.<sup>25</sup>

Para Christiane Peter, o conceito de ativismo constitucional é:

(...) toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais jusfundamentais em todas as práticas de poder, seja pelo administrador público, seja pelo legislador, seja pelo juiz.<sup>26</sup>

Esse movimento ativista constitucional só é possível graças ao surgimento do modelo de Estado Constitucional, que fez com que a Constituição dos Estados Nacionais deixasse de ser uma mera carta política, mas se tornar o centro de todo o ordenamento jurídico, irradiando seus valores e vinculando todas as demais normas infraconstitucionais aos princípios constitucionais.

A interpretação constitucional é uma atividade bastante complexa, justamente por necessitar de ponderação de valores e princípios, já que para concretizar os direitos fundamentais, ocorrem colisões entre os princípios fundamentais. Assim, a atitude ativista, no âmbito destacado:<sup>27</sup>

(...) implica um ônus argumentativo para justificar as ações e decisões a serem tomadas, pois sempre que se está diante da necessidade de reconhecimento da prevalência de um direito fundamental em detrimento de outro, é preciso construir um discurso fundamentado e convincente sobre a decisão tomada, não sendo possível assumir a premissa falaciosa de que somente argumentos jurídicos (e irrefutáveis) estarão em jogo.<sup>28</sup>

Portanto, fica clara a necessidade e a importância da Judicialização da Política nesse ínterim, como forma de tomar uma decisão apoiada não apenas nos valores e argumentos jurídicos, mas nos sociais, que dão o tom sobre a realidade do país. A Judicialização acaba por atuar na defesa dos direitos fundamentais, combatendo

---

<sup>25</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Ativismos são necessários no Estado de Direitos Fundamentais**. CONJUR: 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatorio-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitos-fundamentais>. Acesso em 08 nov. 2018

<sup>26</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Ativismos são necessários no Estado de Direitos Fundamentais**. CONJUR: 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatorio-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitos-fundamentais>. Acesso em 08 nov. 2018

<sup>27</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF - limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, p. 107-108.

<sup>28</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Ativismos são necessários no Estado de Direitos Fundamentais**. CONJUR: 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatorio-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitos-fundamentais>. Acesso em 08 nov. 2018

normas que discriminem ou atentem contra os princípios e valores da Constituição, independentemente de ser direcionada à uma pessoa ou a um grupo social. Segundo Canotilho:

As duras leis não podem aniquilar a dignidade da pessoa humana, não podem eliminar o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, não podem disfarçar medidas discriminatórias contra cidadãos ou grupos de cidadãos. Fazer justiça aqui é desaplicar as leis injustas violadoras de princípios jurídicos fundamentais.<sup>29</sup>

Relacionando a Judicialização da Política e o ativismo constitucional com o tema da presente monografia, ou seja, com a questão da doação de sangue por homens que se relacionam com outros homens, temos um amplo campo de debate. Os movimentos sociais LGBT, bem como algumas organizações não governamentais fazem o papel do ativista constitucional, justamente por perseguirem os objetivos que a Constituição Federal indica, defendendo os direitos das minorias que usualmente são mitigados. Nas palavras de Canotilho:

Atingir-se-á o ponto do não direito quando a contradição entre as leis e medidas jurídicas do Estado e os princípios de justiça (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana) se revele de tal modo insuportável (critério de insuportabilidade) que outro remédio não há senão o de considerar tais leis e medidas como injustas, celeradas e arbitrárias e, por isso, legitimadoras da última razão ou do último recurso ao dispor das mulheres e homens empenhados na luta pelos direitos humanos, a justiça e o direito – o direito de resistência, individual e colectivo.<sup>30</sup>

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal já iniciou o julgamento da ADI 5543, que tem por objetivo revisar 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 ANVISA. Tanto a Portaria quanto a Resolução dispõem sobre a suspensão temporária de doação de sangue por indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo no período de 12 meses. À luz da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal realizará o controle concentrado de constitucionalidade

Assim, se entendido pelos Ministros que farão o controle de constitucionalidade que a referida restrição a doação de sangue é uma afronta aos princípios e valores do Estado Democrático de Direito, a norma deixará de produzir efeitos, pois a declaração

---

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito. Cadernos democráticos**, vol. 7. Ed. 1. Lisboa: Gradiva publicações. 1999, p. 42.

<sup>30</sup> IBID., p. 14.

de inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes, ex tunc*, tendo efeito vinculante em relação a todo o Poder Judiciários e à Administração Pública federal, estadual e municipal, as quais não podem contraria a decisão. Cabe ressaltar que a ADI será explicada e debatida no terceiro capítulo desta monografia.

### 3. ASPECTOS HISTÓRICOS

É pertinente a qualquer estudo trazer elementos históricos, como forma de enriquecer, detalhar e aprofundar o tema. Ao tratar sobre a doação de sangue por homossexuais, é preciso trazer a história dessa minoria, mostrando sua trajetória, pautada por dificuldades e conquistas. Também cabe relatar a evolução da hemoterapia, sobretudo sua evolução no Brasil.

#### 3.1 A homossexualidade na História Antiga

A homossexualidade, na Antiguidade, era vista com normalidade, estando presente em povos como a Grécia Antiga, onde recebia o nome de pederastia, visto que tal termo designava o relacionamento erótico entre um homem e um menino. Todavia, tal termo, atualmente, designa qualquer relação homossexual masculina.<sup>31</sup>A pederastia, paga os gregos, era algo comum na educação dos jovens rapazes, visto como algo necessário para o desenvolvimento da masculinidade.

Na Grécia Antiga, apenas os filhos de famílias nobres eram direcionados a esse método educacional, no qual homens mais velhos, considerados sábios e guerreiros pela sociedade, ensinariam os mais diversos conhecimentos a esses jovens. Assim, havia um privilégio e um sentido de honra em ser escolhido por um desses mestres para ser seu pupilo. A heterossexualidade era associada à mera procriação, não possuindo um status elevado como a homossexualidade (pederastia).

A homossexualidade no Império Romano também era vista com naturalidade e recebia o nome de sodomia, termo bíblico, usado para designar perversões sexuais, mas que para o contexto romano, apenas designava o ato sexual entre dois homens. Entretanto, havia preconceito para com o polo passivo da relação, pois o indivíduo que estava em tal posição representava a fraqueza ou a impotência.

A grande diferença entre a cultura grega e a cultura romana, no tocante à homossexualidade, é que na primeira havia liberdade para os gregos se envolverem com meninos livres e descendentes de famílias abastadas, sendo considerado um privilégio, enquanto que para os romanos, a sexualidade estava relacionada ao poder dominante, sendo proibido praticar atos libidinosos com meninos livres, sendo permitido apenas com escravos.

---

<sup>31</sup> DIETER, CRISTINA. **As raízes históricas da homossexualidade, os avanços no campo jurídico e o prisma constitucional**, Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v1. 2012, p. 112.

### 3.2 A homossexualidade na Idade Média

Na Idade Média, coube as religiões dominantes condenarem tudo que envolvia a homossexualidade, pois consideravam-na uma transgressão à ordem natural das coisas, já que a relação entre duas pessoas do mesmo sexo não tinha fim reprodutivo, sendo meramente uma libertinagem, algo visto como pecado para as igrejas cristãs.

Segundo Paulo Vecchiatti:

Ou seja, qualquer ato sexual praticado fora do casamento e, ainda que nele, sem o intuito da procriação, passou a ser condenado por essas religiões, fosse esse ato homo ou heteroafetivo – condenava-se a libertinagem, mas não determinado tipo de amor, sendo que se considerava como libertina qualquer atividade sexual que não visasse unicamente à procriação. Assim, no que tange à classificação judaica, o ato sexual realizado fora do casamento, fosse ou não libertino, passou a ser visto como uma “impureza”, que por isso deveria ser combatida.<sup>32</sup>

Desta forma, não era apenas a homossexualidade condenada pelas religiões. Entretanto, a Igreja Católica Apostólica Romana, a maior e mais dominante na Europa durante toda a Idade Média, especialmente durante o período da Inquisição, perseguiu diversos homossexuais, tendo como objetivo impedir a prática de um “crime”, que era a perda do sêmen. Assim, a homossexualidade masculina era mais discriminada que a feminina, mas ambas eram consideradas um crime mais grave que o incesto, por exemplo.<sup>33</sup>

Coube as religiões, portanto, alterarem a ideia que se tinha sobre a homossexualidade, uma vez que na História pré-cristã, a homoafetividade era visto como comum, algo sem ou com poucos preconceitos, enquanto que após a instituição das religiões cristãs, sobretudo a Católica, a mentalidade social foi se alterando com o passar dos séculos, transformando a normalidade em homofobia, algo que perdura até os dias de hoje.

---

<sup>32</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivo. São Paulo: Método, 2008, p. 64.

<sup>33</sup> VARELLA, Luís Salem. **Homoerostismo no Direito Brasileiro & Universal: Parceria Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo**. 1ª Edição, Campinas: Editora Agá Juris, 2000, p. 229.

### 3.3 A homossexualidade nas Idade Moderna e Contemporânea

A partir do século XV, com o fim da Idade Média e o surgimento da Idade Moderna, surge uma visão mais humanista, menos calcada na religião, que acabou por tentar resgatar os valores gregos referentes à sexualidade, dentre os quais o da homossexualidade. Porém, esse movimento humanista não teve resultados quanto a diminuição da homofobia, a qual já estava fortemente inserida nos valores e na conduta da sociedade.

No século XVII houve a expansão do Capitalismo, que construiu uma sociedade mais competitiva, com grande necessidade de mão de obra e, conseqüentemente, de famílias com muitos filhos. Assim, o próprio sistema capitalista acabou por condenar o relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo, já que além de mais mão de obra, também era necessário mais consumidores.<sup>34</sup>

Entretanto, foi no século XIX em que a homoafetividade deixou de ser um pecado para ganhar o status de doença, ou seja, uma patologia que necessita de tratamento. Tudo isso pois acreditava-se que os homossexuais possuíam uma maior tendência a depressão. Também foi nessa época que os Estados passaram a não mais se submeterem às regras da Igreja, tornando-se laicos. O reflexo disso para a homossexualidade foi que o prazer deixou de ser visto como um pecado e a Igreja deixou de ter tanta influência no tocante ao ato de legislar e no dia a dia dos indivíduos.

Já a partir da segunda metade do século XX, no período pós-guerra, houve a valorização da família e a condenação do machismo, possibilitando a valorização da mulher. Começa-se a pregar o respeito às diferenças, a identificação e aceitação de novas formas de famílias e de relacionamentos. Os homossexuais passaram a lutar de forma mais aberta por seus direitos em todo o mundo, querendo o fim do preconceito e da violência.

Também é nessa época que os movimentos libertários conseguiram conquistar a aceitação de parte da sociedade, buscando a despatologização da homossexualidade. É a partir de 1974 que o termo homossexualismo deixa de ser listado como uma doença pela Associação Americana de Psiquiatria, passando a ser chamado de homossexualidade, visto que o sufixo “-ismo” denota uma doença, enquanto que o sufixo “-dade” está relacionado ao modo de ser.

---

<sup>34</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivo. São Paulo: Método, 2008, p. 52

Entretanto, foi apenas em 1993 que a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a considerar a homossexualidade algo inerente à sexualidade humana, com a exclusão do homossexualismo da Classificação Internacional de Doenças n.10.<sup>35</sup>

Atualmente, os homossexuais continuam lutando por seus direitos, obtendo várias conquistas, como a possibilidade de realizarem uma união estável, de adotarem filhos, bem como um amparo maior dos Direitos Humanos. Todavia, ainda há muitos problemas, especialmente a discriminação e a violência que sofrem no dia a dia, algo que só mudará com uma melhor educação e maior conscientização da sociedade.

### **3.4 Breve história da hemoterapia**

A história da transfusão de sangue pode ser dividida em dois períodos: até meados de 1900 era meramente empírica e após o ano de 1900, tornou-se científica<sup>36</sup>. Na era empírica, as primeiras transfusões de sangue foram realizadas entre animais, sendo que a primeira transfusão entre humanos é atribuída a James Blundell, em 1818. Também houve tentativas envolvendo a mistura de sangue animal com sangue humano. Discutia-se nessa época qual seria o melhor método de hemoterapia a partir das reações ocorridas após as transfusões, visto que os testes eram feitos a partir da tentativa e erro.

Foi apenas no ano de 1900 que o austríaco Karl Landsteiner descobriu os grupos sanguíneos, ao misturar o soro do sangue de uma pessoa com outra. Surgia assim, o sistema de grupo sanguíneo ABO. Já o fator Rh foi descoberto em 1940, por Landsteiner e o estadunidense Alexander Wiener.

No Brasil, durante a década de 1940, a hemoterapia começou a se caracterizar como uma especialidade médica, sendo que o primeiro banco de sangue brasileiro foi inaugurado no ano de 1942, no Instituto Fernandes Figueira, no Rio de Janeiro, visando a obtenção de sangue para atender ao esforço de guerra, visto que os batalhões precisavam de plasma para atendimentos de campanha.<sup>37</sup>

#### **3.4.1 A adoção de restrições de doadores de sangue**

---

<sup>35</sup> IBID., p. 92,

<sup>36</sup> JUNQUEIRA, Pero C.; ROSENBLIT, Jacob; HAMERSCHLAK, Nelson. História da Hemoterapia no Brasil, **Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia**, São Paulo, 2005, p. 202

<sup>37</sup> IBID., p. 203.

Os primeiros casos da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, conhecida popularmente como AIDS, ocorreram no final da década de 1970 nos Estados Unidos, Haiti e África, sendo até então desconhecida pela comunidade médica e científica. Apenas na década seguinte é que os países começaram a se preocupar com tal doença, visto que ela se tornou uma epidemia mundial. Ela caracteriza-se como um grave distúrbio do sistema imunológico dos infectados pela doença.<sup>38</sup>

O primeiro caso de transmissão da doença por meio de transfusão sanguínea se deu em 1982, o que alertou os estudiosos e médicos sobre a transmissão do vírus HIV, causador da AIDS, que se dá pelo contato sanguíneo, podendo ser ocasionado também pelo contato sexual e o uso de drogas injetáveis.

Dentre os grupos populacionais mais afetados pela AIDS, está o homossexual, visto que foram dados muitos diagnósticos positivos a essa minoria durante a década de 1980. Todavia, havia ainda grande desconhecimento sobre essa nova doença, o que fez com que os homossexuais fossem considerados um grupo de altíssimo risco para a infecção, algo que foi amplamente explorado pela mídia, difundindo a ideia de que era necessário isolar os “pertencentes” aos grupos de risco, gerando ainda mais preconceito para com essa minoria.<sup>39</sup>

Todavia, tanto a forçada abstinência imposta a eles, quanto o isolamento não trouxeram resultados efetivos no combate a epidemia da AIDS, o que gerou novas estratégias de controle, “baseadas na difusão de informação, controle de bancos de sangue, estímulo e adestramento para o uso de *condom* e outras práticas de ‘sexo mais seguro’, testagem e amostragem”<sup>40</sup>

Como a descoberta da transmissão do vírus HIV por meio da transfusão de sangue não tardou a acontecer, foi realizado grande esforço para aperfeiçoar os procedimentos para triagem laboratorial da doença e de outras infecções, especialmente a partir de novos métodos de inativação viral. A maior preocupação,

---

<sup>38</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais. **História da AIDS**. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/2010/257>. Acesso em: 06 nov. 2018.

<sup>39</sup> AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA, Ivan Júnior; CALAZANS, Gabriela Junqueira; FILHO, Haroldo César Saletti. **O conceito de Vulnerabilidade e as Práticas de Saúde: novas perspectivas e desafios**. In. Promoção da Saúde: conceitos, reflexões, tendências. Rio de Janeiro. Editora FIOCRUZ. 2ª Edição: 2009. Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas. p. 124.

<sup>40</sup> IBID., p. 125

no entanto, estava ligada a janela imunológica da AIDS, relativa ao período inicial da doença. Segundo o Ministério da Saúde:

O período de identificação do contágio pelo vírus depende do tipo de exame (quanto à sensibilidade e especificidade) e da reação do organismo do indivíduo. Na maioria dos casos, a sorologia positiva é constatada de 30 a 60 dias após a exposição ao HIV. Porém, existem casos em que esse tempo é maior: o teste realizado 120 dias após a relação de risco serve apenas para detectar os casos raros de soroconversão<sup>41</sup>

Entretanto, devido à dificuldade apresentada pela janela imunológica da AIDS, foi necessário criar políticas públicas e normas reguladoras com o intuito de evitar riscos de infecção. É nesse contexto que não apenas o Brasil, mas todo o mundo, aderiu ao impedimento da doação, definitiva ou temporariamente, de determinados grupos, como é o caso dos homossexuais.

Apesar de ter sido um regulamento importante para a época, diversas consequências surgiram por conta das proibições. Nos EUA, por exemplo, a agência federal de saúde, conhecida como *Food and Drugs Administration* (FDA), recomendou que se tornasse definitivo a exclusão dos homens que tivessem tido relações sexuais com outros homens do rol de doadores de sangue.<sup>42</sup>

Assim, tal estigma ajudou a impulsionar a ideia de que a homossexualidade seria uma doença, ainda mais com a imprensa e grande parte da população chamando a AIDS como câncer gay, ou em inglês, *gay related immunodeficiency*.

Todavia, nas últimas décadas, houve grande desenvolvimento das áreas científica e tecnológica, o que possibilitou um melhor diagnóstico da AIDS, especialmente em relação a sua janela imunológica.

### **3.4.2 Análise histórica da restrição na legislação brasileira**

Os reflexos da epidemia de AIDS e de outras doenças que se propagam pelo sangue também afetou o Brasil, que na esteira dos demais países que também enfrentavam o mesmo problema, adotou várias medidas visando garantir a segurança do processo de transfusão de sangue.

A própria Constituição Federal, no art. 199, §4º, determinou que:

---

<sup>41</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais. **História da AIDS**. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-janela-imunologica>. Acesso em: 06 nov. 2018.

<sup>42</sup> CASEY, Shawn Carroll. **Illicit Regulation: A Framework for Challenging the Procedural Validity of the Gay Blood Ban**. In: *Food and Drug Law Journal*, vol. 66, n. 4, pp. 551-568, 2011, p. 551.

§ 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.<sup>43</sup>

Não é mero acaso a Constituição definir que será por meio de lei que a transfusão de sangue será regulamentada. Tal disposição facilita mudanças normativas de acordo com a evolução das técnicas científicas e médicas relacionados a transfusão, como também possibilita um maior controle em caso de problemas de saúde, como epidemias.

Ainda é 1988, surge a Lei nº 7.649, que estabeleceu que o cadastramento de doadores de sangue deveria ser obrigatório, bem como a realização de exames em todo e qualquer sangue coletado, com o intuito de evitar a propagação de doenças, como a AIDS, Hepatite B, Sífilis, Malária e Doença de Chagas.<sup>44</sup>

Essa lei estabeleceu, ainda, que caberia ao Ministério da Saúde editar portarias que determinem quais reagentes e técnicas deveriam ser utilizadas para os testes sanguíneos, bem como, sempre que necessário, incluir novos testes laboratoriais, afim de proteger a saúde dos doadores e receptores.<sup>45</sup>

O Decreto nº 95.721 também foi editado em 1988, visando determinar os requisitos mínimos para licenciamento de órgão, entidades e médicos aos órgãos de vigilância sanitária estaduais ou distritais, como meio de garantir um maior controle pelas autoridades competentes, visando maior segurança nos procedimentos adotados.

A primeira portaria editada pelo Ministério da Saúde (Portaria nº 721), após o surto epidêmico da AIDS, aconteceu em 1989, tratando das normas técnicas, como o estabelecimento da triagem sorológica em todas as unidades de sangue coletado, através de exames técnicos laboratoriais de alta sensibilidade, bem como a exclusão,

---

<sup>43</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 15 nov. 2018.

<sup>44</sup> BRASIL. Lei n. 7.649, de 25 de jan. de 1988. **LEI Nº 7.649, DE 25 DE JANEIRO DE 1988**. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando a prevenir a propagação de doenças, e dá outras providências. Brasília. Jan. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7649.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7649.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2018.

<sup>45</sup> IBID.

por 10 anos, dos parceiros sexuais de indivíduos expostos a fatores de risco para AIDS.<sup>46</sup>

Coube a Portaria nº 1.376, de 1993, excluir definitivamente três grupos: os que apresentassem sorologia positiva para HIV; os que já tivessem pertencido ou pertencessem aos grupos considerados de risco quanto a AIDS; os que foram parceiros sexuais de indivíduos que pertenciam a qualquer grupo de risco.<sup>47</sup>

A Política Nacional do Sangue, Componentes e Derivados foi promulgada em 2011, através da Lei nº 10.205, com o intuito de regulamentar o §4º do art. 199 da Constituição Federal. A partir dessa norma, reafirmou-se a competência do Ministério da Saúde em promover o contínuo melhoramento do Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados, além de regulamentar a rede nacional de Serviços de Hemoterapia, no que pese a organização e forma hierárquica.<sup>48</sup>A referida lei, em seu artigo 5º, dispõe que o Ministério da Saúde elaborará as normas técnicas e demais atos regulamentares, que deverão disciplinar as atividades hemoterápicas, conforme disposições, princípios e diretrizes da Política Nacional.

Finalmente, em dezembro de 2002, a Anvisa editou a Resolução nº 343, que relativizou a exclusão definitiva da Portaria nº 1.376/96, determinando apenas a inabilitação, por 12 meses, das pessoas que tenham sido expostas à situação de risco acrescido, ou seja, de homens que tenham feito sexo com outros homens e as parceiras sexuais destes.

Todavia, essa Resolução foi revogada em 2004, pela Resolução nº 153, a qual manteve a determinação de que indivíduos que tivessem vivenciado alguma situação de risco acrescido, estaria impossibilidade de doar sangue por 12 meses.<sup>49</sup>Também

---

<sup>46</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 721, de 9 de agosto de 1989. Aprova normas técnicas para a coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. Brasília: Anvisa; Disponível em: [http://www.hemoce.ce.gov.br/images/Artigos/721\\_89%20hemovigilancia.pdf](http://www.hemoce.ce.gov.br/images/Artigos/721_89%20hemovigilancia.pdf). Acesso em: 09 nov. 2018

<sup>47</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.376, de 19 de novembro de 1993. Aprova alterações na Portaria nº 721/GM, de 9 de agosto de 1989, que aprova normas técnicas para coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências, Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAkKYAJ/portaria-n-1-376-19-novembro-1993>. Acesso em: 09 nov. 2018

<sup>48</sup> BRASIL. Lei nº 10.205/2001. 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. Vide artigos 8º, § 2º e 11.

<sup>49</sup> BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 153, de 14 de junho de 2004. Determina o Regulamento técnico para os procedimentos hemoterápicos, incluindo a coleta, o processamento, a testagem, o armazenamento, o transporte, o controle de qualidade e o uso humano

regulou outras inabilitações, fundamentadas em idade, uso de certos medicamentos e outras doenças infecciosas.

Antes de entender realizar um exame detalhado das atuais normas reguladoras do tema da presente monografia, é importante analisar a tendência mundial em relação à transfusão de sangue, para então melhor compreender a legislação brasileira.

### **3.4.3 Tendência mundial relativa a hemoterapia**

Por mais questionável que seja a proibição de certos grupos de doarem sangue, como é o caso dos homossexuais, não é possível negar a importância dessa regulação, a partir de políticas públicas e legislações, para que fossem minimizados os casos de transmissão do vírus HIV, especialmente durante o surto ocorrido no século passado.

Porém, houve uma grande evolução na luta contra a AIDS nas últimas décadas, marcada pelos avanços científicos, que possibilita uma alteração na forma com que ocorre a proibição de doação pelos grupos considerados de risco. As comunidades médica e científica, pressionadas pelos movimentos sociais que lutam pela igualdade sexual e de gênero, estão cada vez mais empenhadas em realizar uma revisão das normativas que restringem os doadores desses grupos.

Na Argentina, a partir de setembro de 2015, o Ministério da Saúde suspendeu a norma que proibia homens homossexuais e bissexuais de doarem sangue. O critério adotado atualmente é que deve haver uma abordagem médica que priorize as condições de saúde dos candidatos, baseada em informações técnicas e científicas.<sup>50</sup>

A Espanha, por sua vez, deixou de adotar o critério da orientação sexual desde 2005, com o Real Decreto 1088. Apenas pessoas cuja conduta tenha elevado risco de possuir enfermidades contagiosas graves por meio da transmissão de material sanguíneo são excluídas da lista. Em geral, tal exclusão é aplicada a pessoas que não

---

de sangue, e seus componentes, obtidos do sangue venoso, do cordão umbilical, da placenta e da medula óssea. Item B.5.2.7.2. Disponível em: [http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexo\\_7\\_0.pdf](http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexo_7_0.pdf). Acesso em: 06 nov. 2018.

<sup>50</sup> GLOBOVISION. **Argentina levanta restricciones para que donen sangres homosexuales.** Disponível em: <http://archivo.globovision.com/argentina-levanta-restricciones-para-que-donen-sangre-homosexuales/> Acesso em: 06 nov. 2018.

usam preservativos em suas relações sexuais, tendo mais de um parceiro ou com estranhos.<sup>51</sup>

Quanto aos EUA, apenas a partir de dezembro de 2015 é que a recomendação da *Food and Drugs Administration* foi revisada, ou seja, a recomendação de que se tornassem excluídos definitivamente do rol de possíveis doadores de sangue todos os homens que tivessem mantido relações sexuais com outros homens foi alterada para uma restrição temporária de 12 meses.<sup>52</sup>

Em junho de 2016 houve um atentado terrorista na boate Pulse, uma famosa casa noturna voltada ao público LGBT. Tal episódio, que vitimou 50 pessoas e deixou em torno de 53 feridos, reacendeu o embate entre aqueles que são contra normas regulatórias restritivas baseadas na orientação sexual e aqueles que são a favor. Isto porque muitos dos feridos precisavam de transfusões de sangue e o estoque dos bancos de sangue de Orlando não era suficiente para atender a demanda.

A insuficiência gerou um contrassenso, visto que os membros da comunidade LGBT foram proibidos de doar sangue para os que necessitavam, justamente pela regulação se dar pela orientação sexual e não por um aspecto mais objetivo. Assim, debates sobre tal tema se tornaram ainda mais acalorados. Entretanto, nenhuma medida foi feita para que tal restrição fosse alterada.

A partir do exposto, observa-se que houve progresso na normatização e regulação das doações de sangue pelo mundo, graças aos avanços da ciência médica e da tecnologia. Porém, ainda há restrições baseadas na orientação sexual dos possíveis doadores, que por mais que sejam temporadas, geram discussão acerca dos critérios utilizados e das diferenças entre cada legislação.

### **3.5 Processo e normatização atual da doação de sangue no Brasil**

Atualmente, a doação sanguínea no Brasil é gratuita e altruísta, sendo uma ação fundamental em diversas situações. Conforme retratado, o Brasil ainda possui

---

<sup>51</sup> ESPANHA. MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Real Decreto 1088 de 16 de septiembre de 2005. Establece los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centro y servicios de transfusión. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-15514-consolidado.pdf> Acesso em: 06 nov. 2018.

<sup>52</sup> FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. U.S. Department of Health and Human Services. Center for Biologics Evaluation and Research. Revised Recommendations for Reducing the Risk of Human Immunodeficiency Virus Transmission by Blood and Blood Products. Maio de 2015. p. 12. Disponível em: <https://www.fda.gov/downloads/BiologicsBloodVaccines/GuidanceComplianceRegulatoryInformation/Guidances/Blood/UCM446580.pdf> Acesso em: 06 nov. 2018.

um déficit de estoque de bolsas de sangue, estando abaixo do nível recomendando pela Organização Mundial da Saúde, pois há poucos doadores regulares. Assim, receptores em estado de emergência, como vítimas de acidentes de trânsito, enfermos com grandes queimaduras, hemofílicos e anêmicos acabam por depender da “sorte” em um possível estado de desabastecimento.

Diante disso, é necessário entender como é o processo de seleção dos doadores de sangue. O Regulamento Técnico de Procedimentos Hemoterápicos é normatizado pela Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016, expedida pelo Ministério da Saúde, que regula os procedimentos hemoterapêuticos no Brasil. Dentro de suas competências, está a fixação das normas referentes à captação do sangue, à proteção tanto do doador quanto ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados. O Regulamento em questão é revisto regularmente, afim de acompanhar as evoluções tecnológicas e as mudanças no cenário epidemiológico, além de sempre garantir a segurança procedimental da hemoterapia.

O processo de doação se inicia quando um cidadão procura um banco de sangue. A princípio, poderá se candidatar à doação os indivíduos que possuam de 16 a 70 anos de idade incompletos. Também devem ter peso mínimo de 50Kg, além de terem que respeitar o intervalo mínimo entre doações de 2 meses para homens e 3 meses para mulheres. Ao dirigir-se a um ponto de coleta de sangue, deverá apresentar o documento de identificação com foto, além de preencher um formulário de cadastro. Será produzido, então, um número de registro, contendo dados que poderão ser atualizados a cada nova ida ao hemocentro.

No hemocentro, há cartilhas informacionais e profissionais prontos para esclarecerem qualquer questionamento dos candidatos à doação de sangue. Não havendo dúvidas ou estas sendo supridas, o candidato deverá se dirigir a uma triagem, que consiste em uma avaliação clínica e epidemiológica e um exame físico. Há ainda um estudo das respostas (sigilosas) do futuro doador, que se submete a um questionário padrão. Esta entrevista tem como meta avaliar os antecedentes pessoais e clínicos do candidato, assim como recolher informações sobre o atual estado de saúde dele. Tudo é realizado por profissionais da área da saúde, devidamente qualificado.

A partir da análise dos dados coletados é que classificará o candidato em apto, inapto temporariamente, inapto definitivo ou inapto por tempo determinado, devendo ele ser informado do motivo do motivo de sua classificação. O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) para a doação deverá ser assinado pelo candidato apto, que confirmará estar ciente de todas as informações, além de não possuir dúvidas e consentir com a doação de seu sangue.

Os candidatos são aconselhados a se alimentarem antes e depois da doação, que durará em média quinze minutos. A coleta da bolsa de sangue sempre é realizada por um profissional preparado, que utilizará apenas instrumentos descartáveis e assépticos, próprios para seu fim. Há um detalhado monitoramento das bolsas de sangue, como forma de evitar a contaminação, além de possíveis problemas para os receptores. Realizada a coleta, os doadores serão liberados após um curto período de observação, sendo aconselhados a se alimentarem, ingerirem bastante líquido e evitarem exercícios físicos.

## 4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5543

### 4.1 Breve Resumo

O Partido Socialista Brasileiro (PSB), propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, em junho de 2016, com pedido de medida cautelar, tendo como objeto 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).

Ambas as normas dispõem sobre a impossibilidade de doação de sangue, por um período de 12 meses, para os indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo. A Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, em seu art. 64, IV, dispõe:

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”.

Por sua vez, o art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014, da ANVISA, enuncia:

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;

Diante do entendimento, pelo Requerente da Ação, de que ambas as normas acima ofendem à Constituição Federal, elas também promoveriam a discriminação de homossexuais, agredindo à igualdade e à dignidade humana, bem como o princípio da proporcionalidade, além de impedirem a doação de aproximadamente 19 milhões de litros de sangue atualmente. Assim, estaria justificado o pedido de medida cautelar, com o intuito de diminuir a discriminação presente e também de ajudar a melhorar os estoques dos bancos de sangue no Brasil.

## 4.2 Do Procedimento

Foi reconhecida pelo Ministro Relator Edson Fachin a importância da causa arguida pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo adotado, portanto, o rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99, a qual possibilita a análise definitiva da questão pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>53</sup>

Diversas associações, grupos, institutos e outros órgãos requereram ingresso na Ação como *amicus curiae*, sendo que entre eles, os que tiveram seus pedidos de admissão aceitos foram: Defensoria Pública da União - DPU, Defensoria Pública do Estado da Bahia - DPE/BA, Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas – ABRAFH, Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero – GADvS, Instituto Brasileiro de Direito de família – IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL, Grupo Dignidade – pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros, Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília – Cadir UNB, Universidade Federal do Paraná e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

## 4.3 Do Mérito

### 4.3.1 Argumentação do Requerente

O requerente traz, em sua petição, um levantamento histórico sobre o surgimento da proibição de doação de sangue por homens sexuais, conectando este fato com o surgimento da epidemia da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS), retratando o desconhecimento da doença e sua ligação com o fenômeno da homossexualidade, no período da década de 1980, fator primordial para a proibição. Junta-se a essa motivação, a falta de tecnologia para detecção do vírus nos exames de sangue, especialmente durante a janela imunológica da doença, bem como a adoção da noção de grupos de risco à AIDS, algo que foi adotado por diversos países.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Despacho proferido em 08 jun 2016.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fls. 6 a 8. Título IV. Do contexto histórico no qual surgiu a proibição de doação de sangue por homossexuais.

Após tratar do aspecto histórico do tema, o autor afirma que o contexto de desconhecimento e de insuficiência de exames foi devidamente superado, graças aos avanços tecnológicos e a evolução científica da comunidade médica internacional, que propiciaram não apenas o controle sobre a epidemia de AIDS, como também formas de tratamento e prevenção dessa doença.<sup>55</sup>

O autor sustenta que houve grandes avanços nos direitos e garantias da população LGBT, com assuntos que estão sendo discutidos globalmente, como o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas, fato que motivou a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, por se tratar de um meio de garantir ainda mais o reconhecimento dessa minoria.

Também há a sustentação de que a transmissibilidade do vírus HIV independe da orientação sexual das pessoas. Isso se verifica com os dados obtidos em 2015 pelo Boletim Epidemiológico da AIDS no Brasil, os quais indicam que os heterossexuais correspondem a 50% dos casos notificados de AIDS, número mais do que os 45,9% que corresponde aos homossexuais e bissexuais infectados juntos.

Assim, alega que fica evidente que as relações sexuais desprotegidas são o grande problema do contágio do vírus HIV, independentemente da orientação sexual da pessoa, o que demonstra que colocar os homossexuais como grupo de risco configura claro preconceito e discriminação, uma vez que se deve levar em consideração o efetivo comportamento sexual de cada indivíduo.

Há também a argumentação de que o próprio Ministério da Saúde já teria reconhecido que a orientação sexual não deve ser critério para seleção de doadores de sangue, por meio da Portaria nº 1.353/2011, norma anterior a impugnada não ação em andamento. Também é alegado que o Ministério da Saúde, paradoxalmente, prevê no art. 2º, § 3º, da Portaria nº 158/2016, que os serviços Hemoterápicos deverão ser isentos de qualquer discriminação por orientação sexual, ao mesmo tempo que dispõe sobre a exclusão daqueles que se relacionam sexualmente com pessoas do mesmo sexo.

O requerente argumenta que a proibição temporária previstas tanto na Portaria quando na Resolução configura, na prática, uma proibição permanente, pois necessita

---

<sup>55</sup> 158 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fl. 10.

que os homossexuais que queiram doar sangue deixem de ter atividade sexual durante 12 meses, algo que atenta contra a liberdade desse grupo.

Alega, ainda, que o Estado é obrigado a garantir a qualidade e a segurança das transfusões, de modo que há diversas medidas preventivas, seja na coleta, processamento ou distribuição dos hemoderivados, de forma que acabar com a restrição imposta não prejudicaria a segurança dos procedimentos Hemoterápicos.

São ressaltados os dados de escassez nos bancos de sangue brasileiros, que devido a restrição de doação de sangue de indivíduos que se relacionaram sexualmente com outros do mesmo sexo, no período de 12 meses, impossibilita a arrecadação de aproximadamente 19 milhões de litros de sangue anualmente.<sup>56</sup>

Quanto as normas e princípios constitucionais, o requerente demonstra o que está sendo violado: (I) Princípio fundamental da dignidade humana, presente no art. 1º, III, da Constituição Federal; (II) o objetivo fundamental da República, que consiste em promover o bem de todos sem preconceitos ou formas de discriminação, conforme art. 3º, IV, da CF; (IV) o princípio da igualdade, previsto no art. 5º da Carta Magna e; os requisitos necessários ao atendimento do princípio constitucional da proporcionalidade.<sup>57</sup>

Por fim, o autor argumenta que as normas do Ministério da Saúde e da ANVISA causam a exclusão da comunidade homossexual da prática de um ato solidário e altruísta, que está intimamente relacionado ao exercício da cidadania, sendo um procedimento estigmatizador.<sup>58</sup>

Portanto, segundo a requerente, o objetivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade é promover o direito de todo e qualquer indivíduo, de forma igualitária e sem discriminações, a ter a faculdade de doar seu próprio sangue, mediante a inspeção por exames de detecção de doenças, para que quem dele necessitar, possa ser atendido.

---

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fls. 21 e 22. Título VIII. Da carência dos bancos de sangue e das suas consequências nefastas à população.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fls. 22 a 27. Título IX. Das violações à Constituição Federal: Dignidade da pessoa humana, direito à igualdade, discriminação de minorias e proporcionalidade.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fl. 25.

### **4.3.2 Argumentação dos Requeridos**

Primeiramente, atendendo ao pedido de informações solicitadas pelo relator da ação, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), alegou que a restrição é baseada em evidências epidemiológicas e técnico-científicas, visando o interesse coletivo na garantia máxima de qualidade e segurança transfusional para o receptor do sangue.<sup>59</sup>

A ANVISA ressalta ainda que há evidências científicas sobre o tema que apontam que a prática sexual entre homens que fazem sexo com outros homens está associada a um risco acrescido de infecção por agentes sexualmente transmissíveis, e que a orientação sexual, portanto, não é usada como critério para seleção de doadores de sangue, por não constituir um risco em si própria.

O Ministério da Saúde, por sua vez, requereu a improcedência do pedido, seguindo a argumentação da ANVISA. Argumenta se tratar de um dos mecanismos protetivos do direito fundamental à saúde dos possíveis receptores de sangue, e não de uma discriminação baseada na orientação sexual dos doadores.

A Advocacia-Geral da União se manifestou no mesmo sentido dos pareceres dados pelas requeridas, afirmando que a orientação sexual dos doadores não é utilizada como critério de restrição à doação de sangue, mas sim as práticas que podem apresentar risco aumentado à transmissão de doenças sexualmente transmissíveis por meio de transfusões de sangue.

Alega, ainda, a necessidade de haver normas como a impugnada na Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois elas visam a segurança e eficácia de todo o sistema hemoterápico, especialmente do receptor do sangue doado. Tais normas somente reconhecem que é possível contrair uma infecção por doenças sexualmente transmissíveis, através da doação de sangue, a partir de comportamentos de risco, não sendo capazes de estigmatizar um grupo de indivíduos específico.

A Advocacia-Geral da União também reitera que as normas impugnadas não possuem conteúdo discriminatório, pois são uma medida cautelar adotada pelo

---

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Prestação de informações solicitadas pelo relator. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Localização eletrônica fl. 4.

Ministério da Saúde e pela ANVISA com o escopo de proteger o receptor do sangue doado, não tendo o condão de restringir direitos de seguimentos da sociedade.<sup>60</sup>

Por fim, afirma que é necessário que haja tal medida normativa que imponha uma suspensão temporária ao indivíduo que se relaciona sexualmente com outro do mesmo sexo, pois os dados epidemiológicos e as experiências nacionais e internacionais sobre o tema demonstram tal necessidade, afim de regular comportamentos de risco que possam agravar o contágio de doenças sexualmente transmissíveis, como a AIDS.

#### **4.3.3 Posicionamento da Procuradoria-Geral da República**

O Procurador-Geral da República à época, Rodrigo Janot, ao tratar sobre o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ressalta a importância do princípio da dignidade humana, afirmando que esta estará materializada na medida em que se garanta ao indivíduo conduzir-se segundo o próprio entendimento. Tal princípio serve de vetor de interpretação para todos os demais preceitos da Constituição.<sup>61</sup>

Afirma que o constituinte originário conferiu à lei a função de punir toda e qualquer discriminação que atente contra os direitos e liberdades fundamentais, sendo que a homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outras formas discriminatórias, violando a liberdade de orientação sexual decorrente da dignidade humana.

A Procuradoria-Geral da República sustenta que o Estado de Direito não pode impor restrições desarrazoadas à autodeterminação da pessoa, sob pena de afastar-se de seu centro de identidade. Assim, no tocante ao impedimento de doação de sangue para homens que tiveram relações sexuais com outros homens, configura-se medida discriminatória, uma vez que se pauta exclusivamente na orientação sexual do indivíduo.

Ainda alega que o impedimento normativo do caso em questão, assim como toda restrição de direitos individuais, deve limitar-se ao estritamente necessário, afim de preservar outros direitos constitucionalmente protegidos. Isso não é o que acontece

---

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Prestação de informações solicitadas pelo relator. Advocacia-Geral da União. Localização eletrônica fl. 7.

<sup>61</sup> JANOT, Rodrigo. **Posicionamento da Procuradoria-Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310258225&tipoApp=.pdf> Acesso em: 08 nov. 2018.

com a Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e nem com a Resolução 64/2014 da ANVISA, as quais promovem tratamento discriminatório entre homens com base em sua orientação sexual. Tais normas utilizam o conceito de grupo de risco, o qual remonta ao início da epidemia da AIDS, estando atualmente ultrapassado, devendo ser substituído pela noção de comportamento de risco, pautado no uso de preservativo e de outros comportamentos protetivos.

Também defende que houve, com o passar dos anos, uma redução da janela imunológica da detecção do vírus HIV no sangue, sendo que o período de 12 meses de impedimento é uma ofensa ao princípio da proporcionalidade, já que um prazo de 1 ou 2 meses ultrapassaria a janela imunológica para identificação de doenças sexualmente transmissíveis.

Diante de tais argumentos, tem-se que:

Considerados os substanciais impactos que as normas produzem na dignidade de pessoas historicamente vítimas de preconceitos e tendo em conta o agravamento da situação dos estoques dos bancos de sangue no país,<sup>25</sup> que se encontram com níveis extremamente baixos, parece imprescindível que a Corte aprecie com brevidade o pedido desta ação direta.<sup>62</sup>

Portanto, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se a favor do Requerente, inclusive no pedido de deferimento de medida cautelar, afirmando que há discriminação normativa, a qual fere a dignidade do grupo referido pela norma, além de considerar a necessidade de aumento dos estoques dos bancos de sangue brasileiros, a qual pode ser suprida com a liberação da doação dos homens que se relacionam sexualmente com outros do mesmo sexo.

#### **4.4 Dos votos**

Até o presente momento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que proferiram seus votos foram: O Ministro Relator Edson Fachin, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Luiz Fux, o Ministro Luís Roberto Barroso e o Ministro Alexandre de Moraes. Enquanto os quatro primeiros votaram a favor da inconstitucionalidade da norma, o último julgou parcialmente procedente o pedido. Assim, cabe analisar os votos de cada ministro, afim de expor seus argumentos sobre a questão da

---

<sup>62</sup> IBID., p.27

inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução RCD 34/2014 da Anvisa.

#### **4.4.1 Ministro Relator Edson Fachin**

O Ministro Relator, ao iniciar seu voto, afirma que a população LGBT se encontra submetida a uma grande e diária violência física e simbólica, a qual é impossível de se ignorar. Esse é o argumento principal para a adoção do rito do art.12 da Leiº 9.868/99, de que “muito sangue tem sido derramado em nome de preconceitos que não se sustentam”.<sup>63</sup>

Afirma a exclusão de qualquer grupo de pessoas da possibilidade de doar sangue deve ser vista com atenção redobrada, pois uma normativa nesse sentido deve ser dotada de ampla, racional e aprofundada justificativa, como forma de não violar o princípio da dignidade humana, tido como o fundamento maior da República e do Estado Constitucional do Brasil.

O Ministro tece críticas ao estabelecimento de grupos de risco, ao invés de condutas de risco, pois tal critério é discriminatório, visto que demonstra que os homens homossexuais e bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual, possíveis transmissores de doenças sexualmente transmissíveis. Assim, é a conduta que deve definir a inaptidão para a doação de sangue, e não, a orientação sexual da pessoa.

Argumenta que há violação flagrante ao princípio da Igualdade, disposto no art. 5º, caput, da Constituição Federal, pois as normas impugnadas estão criando clara distinção entre os indivíduos, tendo como base apenas a orientação sexual e o gênero do possível doador.

Ressalta, ainda, que a política restritiva presente na Portaria do Ministério da Saúde e na Resolução da ANVISA, causam uma limitação desproporcional, mesmo se seja desintencional. Tal fato é conhecido doutrinariamente como impacto desproporcional, sendo que para o caso em tela, a discriminação é indireta, já que produz impactos desproporcionais, desprovidos de intencionalidade, a determinadas pessoas e grupo sociais.

Segundo o próprio Ministro Relator:

---

<sup>63</sup> FACHIN, Edson. **Voto do Ministro Relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543**. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/10/ADI-5543-1.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

Compartilhando da fundamentação doutrinária e da aplicação jurisprudencial por esta Corte da Teoria do Impacto Desproporcional, concluo que a política restritiva prevista no art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e no art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois acaba tal limitação, a despeito de intentar proteção, impondo impacto desproporcional sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou as parceiras destes ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue.<sup>64</sup>

Portanto, o Ministro Relator afirma que o art. 64, IV, da Portaria nº158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, “d”, Da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº34/2010, da ANVISA, ofendem a dignidade da pessoa humana, impedindo as pessoas de serem como são; vituperam os direitos da personalidade; aviltam, mesmo que de forma não intencional, o direito fundamental à igualdade; impedem que o Estado construa uma sociedade mais livre e solidária, conforme aduz o art. 3º, I, da Constituição Federal; faz com que o Estado deixe de promover o bem de todos sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da Constituição Federal); afrontam os tratados e convenções internacionais de direitos humanos da qual o Brasil é signatário, visto que possuem natureza materialmente constitucional.

#### **4.4.2 Ministra Rosa Weber, Ministro Luiz Fux e Ministro Luís Roberto Barroso**

Os três Ministros do Supremo Tribunal Federal seguiram o voto do Ministro Relator Edson Fachin, julgando inconstitucionais os dispositivos questionados. A Ministra Rosa Weber disse entender que as normas em questão promovem um tratamento discriminatório, pois possuem como critério de inaptidão para doação de sangue a orientação sexual do doador, quando na verdade, deveria levar em conta uma conduta de risco. Ao não considerarem tais condutas, como o não uso do preservativo e a presença de um parceiro fixo ou não, as normas demonstram um grande retrocesso, não atendendo ao princípio da proporcionalidade.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> IBID, p. 29.

<sup>65</sup> NOTÍCIAS STF: Suspenso julgamento que discute restrições a doação de sangue por homossexuais. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=360115>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

O Ministro Luís Roberto Barroso considerou os atos normativos desproporcionais, por entender que eles restringem direitos fundamentais dos homossexuais masculinos. O período de 12 meses estipulado legalmente para a inaptidão de um possível doador é visto como claramente excessivo. Salienta que a janela imunológica é não é compatível com a suspensão imposta, sendo absolutamente desnecessária, caracterizando uma violação do mandamento de proporcionalidade.

Também o Ministro Luiz Fux defendeu que a não eleição de condutas de risco como critério de inaptidão para doação faz com que os dispositivos normativos sejam inconstitucionais, pois elegeram um grupo de risco, o que estigmatizou os homossexuais e bissexuais do sexo masculinos, visto que estão sendo considerados portadores do vírus HIV. Tal premissa é contrária as pesquisas atuais, visto que atualmente os homossexuais são bem mais cuidadosos, sendo que o aumento de infectados está ocorrendo entre homens heterossexuais. Finalmente, o Ministro diz que janela imunológica abrange um tempo bem menor, na casa de 10 a 15 dias, o que não é compatível com o prazo de 12 meses estipulado pelas normas questionadas na presente ação.

#### **4.4.3 Ministro Alexandre de Moraes**

O Ministro Alexandre de Moraes julgou parcialmente procedente a ação. Alega que não foi questionada a legislação que trata da política nacional de sangue, componentes e derivados no país (Lei 10.205/01 e Decreto 3.990/2001), a qual aponta a necessidade de proteção específica ao doador, ao receptor e aos profissionais envolvidos. A falta de questionamento dessas normas, na visão do Ministro, leva a uma leitura descontextualizada dos atos questionados, fazendo parecer que se tratam de atos discriminatórios contra homossexuais masculinos. Defende ainda que desde 2001 as normas sobre essa questão vêm progredindo, limitando restrições a partir de estudos técnicos.<sup>66</sup>

Alega, ainda, que há outros textos legais que impedem a doação de sangue para grupos específicos, como a vedação para os portadores de piercings e

---

<sup>66</sup> NOTÍCIAS STF: Suspenso julgamento que discute restrições a doação de sangue por homossexuais. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=360115>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

tatuagens, desde que não haja possibilidade de verificar a segurança de como foram feitas, de portadores de hepatite dos tipos B e C.

Citou ainda o direito comparado, demonstrando que em certos países, a doação de sangue de homens que mantiveram relações sexuais é vedada, por diferentes períodos. O Ministro revelou informações do Hemocentro de Ribeirão Preto-SP, no qual 15,4% das doações feitas por homens que fizeram sexo com outros homens apresentaram o vírus HIV, índice bem superior aos 0,03% das demais doações.

Assim, alega entender que os dispositivos questionados não têm como objetivo discriminar homens que praticam sexo com outros homens, mas sim garantir a proteção à saúde e dignidade humana dos receptores de sangue, evitando maiores riscos de contaminação. Ao votar, defende que é possível garantir o direito de homossexual doar sangue, mesmo com a restrição.

O ministro, ao julgar parcialmente procedente a ação, diz que deve dar as normas questionadas interpretação conforme a Constituição, para dizer que é possível a doação por homens que fizeram sexo com outros homens, desde que o sangue somente seja utilizado após o teste imunológico, a ser realizado depois da janela sorológica definida pelas autoridades de saúde.

#### **4.5 Andamento processual**

Atualmente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 encontra-se suspensa desde o dia 25 de outubro de 2017. Isso se deve ao pedido de vista dos autos da Ação, realizado pelo Ministro Gilmar Mendes. Assim, não há previsão de quando tal processo voltará a pauta do Supremo Tribunal Federal.

Essa situação demonstra a falta de celeridade processual que acomete todo o Sistema Judiciário brasileiro, pois trata-se de um processo com tutela de urgência, que deveria ter seu processamento realizado o mais rápido possível.

Portanto, para presente monografia, não será possível analisar o desfecho do caso e quais serão suas aplicações práticas no cotidiano da hemoterapia e no tratamento para com os indivíduos que são afetados pelas normas questionadas.

## 5. CONCLUSÃO

As restrições do art. 64, IV da Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), relacionadas a doação de sangue por homossexuais, devem ser analisadas não apenas sob a luz da Constituição Federal, mas também conforme a história discriminatória que essa minoria vive e, ainda, comparando a política adotada pelo Brasil com as adotadas por outras nações.

O contexto atual em que vive a minoria LGBT demonstra claramente a influência histórica de séculos marcados pelo preconceito, marginalização e perseguição sofrida. Os índices e pesquisas que demonstram a intolerância e a violência contra esse grupo social no Brasil são alarmantes. Por mais que a Constituição Federal proteja e garanta diversos direitos, especialmente através de sua alta carga principiológica, na prática, os cidadãos não respeitam os princípios constitucionais.

Assim, uma das demonstrações de preconceito é a restrição normativa apresentada nesta monografia, a qual possui origem justamente no Estado. Por mais que o prazo de 12 meses de impedimento para doação de sangue por homossexuais possa ser visto como um avanço e considerado razoável se comparado a antiga Portaria 1.376/93, do Ministério da Saúde, a qual impedia os homossexuais definitivamente de doarem sangue, ao analisar-se o avanço tecnológico e a forma como é feita a entrevista com um possível doador que não tenha relações sexuais com alguém do mesmo sexo, é possível perceber o quão importante é discutir tal questão.

Primeiramente, é preciso analisar o prazo de 12 meses seguindo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Tendo como base o enorme avanço tecnológico e científico atual, que propiciou a diminuição do prazo da janela imunológica da AIDS para apenas 15 dias, não é aceitável a necessidade imposta de 12 meses sem relações sexuais para poder doar sangue. Somando tal realidade com o fato de o Brasil ter carência no estoque de bolsas de sangue, fica nítida a importância de alterá-lo.

Deve-se levar em conta que não apenas a AIDS, mas também outras doenças sexualmente transmissíveis, propagam-se de forma e velocidade semelhantes tanto em heterossexuais quanto em homossexuais, como demonstrado em diversas

pesquisas. Então, impor um prazo apenas para quem tem determinada orientação sexual é desrespeitar os princípios da dignidade humana e da igualdade. Deveriam ser alterados os questionários realizados para os candidatos que desejam doar sangue, perguntando se praticaram atos sexuais com ou sem proteção ao invés de inquirirem sobre a orientação sexual.

Ainda, é preciso adequar a política nacional de doação de sangue as tendências internacionais. Como exemplo, é possível destacar a Espanha, que desde 2005 excluiu qualquer critério relacionado a orientação sexual para determinar a possibilidade de doar sangue ou não; e a Argentina, que deixou de proibir a doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais para adotar uma abordagem médica que prioriza o estado de saúde dos possíveis doadores.

Nesse ínterim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5433 surge justamente para questionar a proibição de doação de sangue para os homens que tiveram relações sexuais com pessoas do mesmo sexo nos 12 meses subsequentes a tal prática. Será o resultado do julgamento desta ação que definirá se há violação aos princípios constitucionais que asseguram a igualdade, liberdade e dignidade humana ao grupo LGBT, além da possível ofensa ao princípio da proporcionalidade.

No momento, a Ação encontra-se suspensa desde 2015, pois o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos do processo. Todavia, é possível, após analisar o posicionamento dos Ministros que já votaram, ter uma ideia de como será o desfecho da ADI. O voto proferido pelo Ministro Relator Edson Fachin leva em consideração a árdua realidade que a população LGBT vive para conseguir ter seus direitos efetivados. Ao criticar o estabelecimento de grupos de risco como critério de exclusão, deixa clara a forma discriminatória adotada pelo Brasil para lidar com tal questão, sugerindo que o critério de condutas de risco deveria ser o adotado.

Os Ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber seguiram o voto do Ministro Relator, reafirmando o tratamento discriminatório dado a essa minoria no contexto da doação de sangue e demonstrando como as normas questionadas são uma ofensa à Constituição Federal, além de considerarem claramente excessivo o prazo de 12 meses estipulado legalmente.

Já o Ministro Alexandre de Moraes julgou parcialmente procedente a ação, concluindo que os dispositivos questionados não têm como intuito discriminar homens que praticam sexo com outros homens, mas sim promoverem a proteção à saúde dos

receptores de sangue. Alega que deve ser dada uma interpretação constitucional para tais normas, no tocante que o sangue somente pode ser utilizado após testes, a serem realizados depois da janela imunológica.

Assim, percebe-se que a tendência é que o Supremo Tribunal Federal julgue procedente a ação, declarando a inconstitucionalidades dos dispositivos impugnados. É de extrema importância que isso ocorra, como uma forma de o Estado declarar aos seus cidadãos de que não deve haver discriminação ao grupo LGBT. Também é uma forma de ajudar no aumento dos estoques de bolsas de sangue, propiciando uma melhoria na área de saúde em geral.

Entretanto, a demora no julgamento dessa ação é excessiva, principalmente se considerarmos que faz mais de um ano que a ação foi suspensa. Tal falta de celeridade por parte do Supremo Tribunal Federal compromete a luta do movimento LGBT e a efetivação dos princípios constitucionais.

O julgamento da ADI 5543 pelo Supremo Tribunal Federal pode ser considerado mais um caso em que há a Judicialização da Política, visto que caberá ao Judiciário declarar inconstitucionais as normas que afrontam a Constituição e que estão desatualizadas no tocante ao avanço científico e tecnológico. A inércia dos poderes Legislativo e Executivo em reavaliarem tais dispositivos está ligada a postura conservadora que eles adotam. Não é de interesse político editar normas voltadas às minorias.

Portanto, a Judicialização da Política é válida quando há o intuito de defender aqueles que estão a margem da sociedade, a partir da concretização dos valores e objetivos do Estado. Combater normas que discriminam ou atentam contra os princípios Constitucionais é de extrema importância, especialmente como meio de adequar a realidade jurídica e legislativa a realidade social, como é o caso da ADI 5543, cujo principal intuito é proporcionar igualdade de tratamento e combater as discriminações arrazoáveis, levando proporcionalidade ao contexto das doações de sangue por homossexuais e garantindo o princípio da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA, Ivan Júnior; CALAZANS, Gabriela Junqueira; FILHO, Haroldo César Saletti. **O conceito de Vulnerabilidade e as Práticas de Saúde: novas perspectivas e desafios**. In. Promoção da Saúde: conceitos, reflexões, tendências. Rio de Janeiro. Editora FIOCRUZ. 2ª Edição, 2009. Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, 1997, P.81 apud BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Ano 2005. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf) Acesso em: 07 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro**. Rio de Janeiro, 2003, P.144.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos democráticos, vol. 7. Ed. 1. Lisboa: Gradiva publicações.1999.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. In: Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio. 20 anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASEY, Shawn Carroll. **Illicit Regulation: A Framework for Challenging the Procedural Validity of the Gay Blood Ban**. In: Food and Drug Law Journal, vol. 66, n. 4, pp. 551-568, 2011.

DE MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

DE MORAES, ALEXANDRE. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

DIETER, CRISTINA TERNES. **As raízes históricas da homossexualidade, os avanços no campo jurídico e o prisma constitucional**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v1. 2012.

ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. **Real Decreto 1088 de 16 de septiembre de 2005**. Establece los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centro y servicios de transfusión. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-15514-consolidado.pdf> Acesso em: 06 nov. 2018.

FACHIN, Edson. **Voto do Ministro Relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543.** Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/10/ADI-5543-1.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018

FELICIO, Guilherme Lopes; GOMES, Luís Roberto. **Princípio da proporcionalidade.** Etic-encontro de iniciação científica-ISSN 21-76-8498, 2008.

FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. U.S. Department of Health and Human Services. Center for Biologics Evaluation and Research. **Revised Recommendations for Reducing the Risk of Human Immunodeficiency Virus Transmission by Blood and Blood Products.** Maio de 2015. Disponível em: <https://www.fda.gov/downloads/BiologicsBloodVaccines/GuidanceComplianceRegulatoryInformation/Guidances/Blood/UCM446580.pdf> Acesso em: 06 nov. 2018.

GLOBOVISION. **Argentina levanta restricciones para que donen sangres homosexuales.** Disponível em: <http://archivo.globovision.com/argentina-levanta-restricciones-para-que-donen-sangre-homosexuales/> Acesso em: 06 nov. 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões.** Ano 2012. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf> Acesso em: 07 de novembro de 2018.

JANOT, Rodrigo. **Posicionamento da Procuradoria-Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310258225&tipoApp=.pdf> Acesso em: 08 nov. 2018.

JUNQUEIRA, Pero C.; ROSENBLIT, Jacob; HAMERSCHLAK, Nelson. História da Hemoterapia no Brasil, **Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia**, São Paulo, 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais. **História da AIDS.** Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/2010/257>. Acesso em: 06 nov. 2018.

ROCHA, CARMEN LÚCIA ANTUNES. **Ação afirmativa:** o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. id/496863, 1996, p. 26 APUD BASTOS, 2010.

ROTHENBURG, WALTER CLAUDIUS. **Igualdade material e discriminação positiva:** o princípio da isonomia. Santa Catarina: *Novos estudos jurídicos*, 2009.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF - limites e possibilidades.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado constitucional brasileiro.** Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade:** diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

VARELLA, Luís Salem. **Homoerostismo no Direito Brasileiro & Universal: Parceria Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo**. 1ª Edição, Campinas: Editora Agá Juris, 2000.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivo. São Paulo: Método, 2008.