

# A RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE PARA HOMENS HOMOSSEXUAIS E A ADIN N. 5543

André Luiz Souza Hipólito<sup>1</sup>

Marília Rulli Stefanini<sup>2</sup>

Resumo: O presente trabalho visa examinar as normas dos órgãos de saúde que impediam, temporariamente, homens que mantivessem relação sexual com outros homens e as parceiras sexuais destes de realizarem doação de sangue por um período de 12 meses, bem como discutir a Constitucionalidade destes institutos. Partindo da ideia de um Estado Constitucional, ou Estado de Direitos Fundamentais, realizamos uma análise dos princípios da Igualdade, Dignidade Humana, Direito à Liberdade e Proporcionalidade, presentes na Constituição Federal de 1988 e que norteiam o sistema jurídico brasileiro, para apresentarmos os pontos contraditórios que se percebem a partir da interpretação dos dispositivos que restringiam temporariamente o citado grupo. Apresentamos, também, os fenômenos chamados judicialização da política e o ativismo Constitucional, para posteriormente debatermos a ADIN n. 5543, proposta perante o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, com o intuito de declarar a inconstitucionalidade de tais dispositivos. Ao final, analisamos a decisão proferida pelo Supremo, que em sua maioria decidiu, em maio de 2020, acatar os pedidos e julgar procedente a ADIN n. 5543. Assim, para realizar tal estudo, a metodologia pauta-se na pesquisa bibliográfica e documental, a partir do emprego do método dedutivo.

---

<sup>1</sup> Graduando do 9º semestre do curso de Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba- FIPAR.

<sup>2</sup> Docente nas Faculdades Integradas de Paranaíba-FIPAR. Mestre em Direito pelo UNIVEM. Doutorando em Direito pela PUC-SP.

Palavras-Chave: doação de sangue; restrição; homossexualidade; princípios; inconstitucionalidade; discriminação.

## 1 INTRODUÇÃO



presente artigo tem como objetivo examinar a (in)Constitucionalidade das restrições normativas expressas em algumas normas de órgãos da saúde em âmbito nacional, sendo elas: Artigo 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária; Artigo 64, inciso IV, da Portaria 158/2016, do Ministério da Saúde; e Portaria de Consolidação GM/MS nº 5 de 2017, cuja finalidade, em comum, era impedir, por um período de 12 meses, que homens que mantivessem relações sexuais com outros homens e as parceiras sexuais destes doassem seu sangue.

Tais normas traziam essas disposições sob a justificativa de assegurar o receptor do sangue doado em relação a doenças sexualmente transmissíveis, porém, referida limitação pode ser observada sob o crivo do preconceito e exclusão contra a comunidade LGBTQI+, donde esses sujeitos seriam capazes, segundo as justificativas da ANVISA e Ministério da Saúde, de transmitir doenças em virtude de suas características, não levando em consideração critérios técnicos e objetivos ao se desenvolverem tais ‘medidas de segurança’.

Considerando o *status* de uma sociedade alicerçada em uma Constituição garantista, que visa assegurar a todos condições de igualdade, reprimindo qualquer forma de discriminação e proporcionando uma vida justa e digna, são confrontadas, no corpo deste artigo, as restrições normativas com os princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico, apontando as discrepâncias que estavam presentes e as injustiças que causavam.

Discutimos, ainda, o importante papel exercido pelo

Superior Tribunal Federal ao analisar a ADIN n. 5543, proposta a fim de julgar se tais dispositivos estavam em consonância ou não com a Constituição Federal, por meio de uma análise dos votos proferidos e apresentando o entendimento majoritário do Supremo quanto à matéria de inconstitucionalidade ventilada na ação.

Para realizar este estudo e apresentar as informações aqui retratadas, diversas pesquisas bibliográficas e documentais foram realizadas, a partir de leis, julgados, doutrinas, artigos científicos, trabalhos de conclusão de curso, Portarias e Regulamentações editadas pelo Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, bem como demais materiais que apresentaram informações relevantes.

## 2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

### 2.1 O ESTADO CONSTITUCIONAL OU ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o fim da 2<sup>o</sup> guerra mundial foi necessária uma renovação na forma em que o Estado constituísse seu sistema de leis em virtude dos enormes detrimentos causados consequentes deste marco histórico. Naquele momento, era imprescindível trazer as normas um aspecto constitucional, visando principalmente destacar a importância ao respeito à dignidade humana nos ordenamentos jurídicos (GUERRA FILHO, 2012 *apud* ARNONI, 2018, p. 10).

Com a mesma percepção, Christiane Peter (2013, p. 46) assevera:

De acordo com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, tais direitos constituem um conjunto de valores objetivos fundamentais, verdadeiros fins diretos da ação positiva dos poderes públicos e, não, apenas como garantias negativas de interesses individuais. Trata-se de uma virada ontológica da própria função exercida por esses direitos no seio das comunidades nacionais, pois de um valor intrinsecamente ligado à

ideia de sujeito, passa a ser o parâmetro de ação de todos os cidadãos e instituições públicas e privadas. (SILVA, 2013, p. 46)

Tal concepção traz ao Estado um caráter de tutela aos direitos fundamentais intrínsecos ao ser humano, construindo uma sociedade de ordem jurídica justa com objetivos que remetem pela busca do não desrespeito à dignidade e aos demais direitos humanos. Essa tutela aos direitos humanos fundamentais coloca uma responsabilização perante toda a comunidade, incluindo o Estado, as instituições públicas e também a sociedade, na garantia de que tais direitos jus fundamentais sejam efetivamente cumpridos.

Este Estado Constitucional introduziu a ideia de supremacia constitucional, segundo a qual todo o restante do ordenamento jurídico deve observar as disposições contidas nesse instrumento de vontade máxima do Estado. Tal instrumento traz aos atores sociais determinadas tarefas destinadas a essa garantia de que os direitos fundamentais sejam efetivamente cumpridos, sejam elas negativas (abster-se) respeitando a liberdade de cada indivíduo e em segundo plano, positivas (agir), a fim de promover e concretizar tais direitos (DIAS JUNIOR, 2017, p. 21).

Deste modo, qualquer intervenção deve ter como fundamento recompor os exercícios de liberdade que é garantida pelo Estado, fazendo com que as entidades públicas ajam sempre visando a defendê-la, preservando os direitos e liberdades apresentadas (*idem*).

Com esse novo aspecto introduzido, de buscar sempre a defesa dos direitos e interesses fundamentais do ser humano, a Constituição brasileira apresenta diversos princípios que regem todo o ordenamento jurídico atual, os quais servem de base para que os objetivos traçados pelo Estado sejam efetivamente cumpridos a fim de se garantir a toda à sociedade uma vida justa e digna, princípios estes frutos de uma evolução histórica em face dos direitos humanos. Aqui será feita uma análise de alguns princípios pertinentes ao tema.

### 2.1.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, disposto no art. 5º, caput, da Constituição Federal, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 5º, 2020).

Ao analisar o princípio da igualdade, podemos observar que ele se apresenta com dois sentidos: a igualdade em sentido formal e a igualdade em sentido material. A igualdade formal é a que se pode extrair através da leitura do referido artigo, onde todos devem ser tratados de maneira equivalente alicerçados na lei, não havendo nenhuma forma de dessemelhança entre os indivíduos. Já a igualdade material, traz um sentido mais amplo, complementando sua formalidade, ao passo em que mostra como será o processo de colocar os indivíduos que de alguma forma estão em uma situação de desigualdade em um nível equiparado.

Uma possível diferenciação dos indivíduos apenas se torna válida se justificada de uma maneira legítima, pois de maneira contrária, fere rigorosamente o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, que evidencia a proibição de qualquer tipo de tratamento distinto aos indivíduos partícipes de um determinado Estado: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 3º, 2020).

Apresentadas essas duas perspectivas do princípio da igualdade, extrai-se que tratar os indivíduos de maneira equânime é ampará-los legalmente sem os discriminá-los de qualquer forma e também criar mecanismos que possam proporcionar

certas diferenciações nos tratamentos, sempre observada a medida da desigualdade apresentada por eles.

Assim, qualquer legislação que discrimine algum indivíduo com base em suas características subjetivas não deve surtir efeitos na sociedade. Excluir um grupo de pessoas levando em consideração a sua orientação sexual, fere desde os objetivos fundamentais da República de constituir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” bem como o princípio da igualdade.

## 2.1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Na Constituição brasileira de 1988, a Dignidade Humana é expressa em seu artigo 1º, inciso III, trazendo-a como um fundamento da República Federativa do Brasil, de modo que o Estado Democrático de Direito somente alcança seus objetivos à medida que garanta a plena efetivação da dignidade dos indivíduos inseridos em sua sociedade.

Para Alexandre de Moraes (2013, p. 48):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos* (destaques do autor) (MORAES, 2013, p. 48).

A dignidade humana é algo intrínseco do ser, que não depende do reconhecimento de algum ordenamento jurídico, visto que ela é algo preexistente ao direito, o qual cumpre com o seu papel meramente protetor e promotor deste princípio. Através da dignidade, o ser humano é capaz de se autodeterminar e exercer suas liberdades, o que leva a conclusão que tais capacidades são pressupostos da dignidade que lhe é inerente (LEITE,

2014, p. 44).

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948, p. 4), traz a dignidade ligada ao espírito de fraternidade: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Deste modo, a fraternidade, ligada ao espírito de afeto e de amor ao próximo, pode ser exercida por meio de atos diversos dentro da sociedade, e um deles é a doação de sangue. Logo, se a fraternidade está ligada ao princípio da dignidade, que é garantido a todos os seres humanos, sem nenhuma distinção, este grupo específico, por exemplo, de homens que mantém relação sexual com outros homens, é digno de ter a faculdade de doar seu sangue a aqueles que necessitam deste. Fazer uma ressalva a este ato fraterno, com base puramente em aspectos subjetivos, como a orientação sexual, não permite que seja exercida a dignidade intrínseca ao ser humano, ferindo expressamente os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

### 2.1.3 PRINCÍPIO DO DIREITO À LIBERDADE

O direito à liberdade está previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e constitui um dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2011, p. 124):

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência (BARROSO, 2011, p. 124).

Neste giro, o direito à liberdade é congruente com o direito a dignidade de maneira ampla, pois se o indivíduo tem naturalmente sua dignidade humana promovida e protegida pelo Estado constitucional de direito, logo ele é digno de exercer sua

liberdade pessoal de desenvolver suas autodeterminações incluindo as de cunho sexual. Assim o ser humano é livre para escolher seus parceiros sexuais e livre para reconhecer (ou não) sua orientação sexual.

Luís Roberto Barroso (2011, p. 125), corrobora ainda que:

A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. A imposição de restrições deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. Essa é uma exigência do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade[...] (BARROSO, 2011, p. 125).

Dessa forma, ao limitar um determinado grupo de pessoas ligado intimamente por características subjetivas relacionadas aos seus parceiros sexuais de realizar a doação de sangue ocasiona um atrito com o direito destes indivíduos exercerem sua liberdade sexual, visto que tal limitação não beneficia qualquer outro princípio constitucionalmente protegido (ALMEIDA, 2016, p. 25).

#### 2.1.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (SOBRE AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS)

O princípio da proporcionalidade é adotado no Direito Constitucional brasileiro para resolver a colisão de princípios ou direitos fundamentais. Tal princípio não está expressamente descrito na Constituição de 1988, porém se apresenta de forma implícita em diversos dispositivos.

De acordo com Humberto Ávila (2011, p. 174-175):

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar *uma finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da



proporcionalidade em sentido estrito) (destaques do autor) (ÁVILA, 2011, p. 174-175).

É comum que o legislador se faça presente quando necessário assolar um determinado direito a fim de que se garanta outro. Para isso, ele deve utilizar o princípio da proporcionalidade buscando consolidar uma paridade entre o meio empregado e o fim desejado para alcançar um objetivo, sobretudo a possíveis conflitos que atinjam direitos fundamentais dos indivíduos integrantes da sociedade.

Através da proporcionalidade, busca-se remediar possíveis excessos oriundos do Poder Público, que interfiram nos direitos fundamentais impedindo o livre gozo da intrínseca dignidade humana.

Trazendo este princípio para o contexto da restrição de doação de sangue de homens que mantém relação sexual com outros homens, no período de 12 meses, justifica-se o questionamento a respeito da proporcionalidade desse tempo estipulado pelas normativas que versam sobre o assunto, ao passo que tal período excessivo acaba por recriminar ainda mais esse grupo minoritário perante a sociedade, que por si só, já é alvo de inúmeras outras estigmas, tornando sua rotina diária ainda mais complexa de ser levada a frente.

Com estas colocações, alguns pontos devem ser levados em consideração, como: se a discriminação adotada como medida, realmente é adequada para atender o fim buscado; se a discriminação é necessária como sendo a medida menos restritiva de direitos daquelas que poderiam ser adotadas, e se e realmente é proporcional restringir o livre exercício da liberdade sexual de um indivíduo para se garantir a segurança necessária no procedimento de doação de sangue, ao passo que demais critérios objetivos e técnicos poderiam ser adotados, como a realização de exames laboratoriais a fim de se detectar possíveis impedimentos à prática da doação de sangue, não estigmatizando apenas um grupo específico. Assim, diante da morosidade estatal em regulamentar de forma Constitucional o assunto, emerge a

questão da Judicialização da política e o ativismo Constitucional.

### 3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO CONSTITUCIONAL

O Estado Democrático de Direito compreende a sua Constituição de maneira suprema, de forma que seus princípios devem servir como parâmetros para todas as ações estatais e demais atividades exercidas dentro da sociedade a qual ela rege. Assim, todos os agentes devem trabalhar de maneira coerente com os princípios e valores estabelecidos na Carta Magna, de forma democrática na efetivação dos direitos dos indivíduos.

Desta forma, todo o ordenamento jurídico deve se apoiar com base na Constituição vigente, irradiando seus efeitos de maneira harmônica com os princípios que garantem uma vida humana digna livre de distinções infundadas e excludentes arbitrários.

Com a evolução da sociedade, faz-se necessária uma evolução conjunta com as normas para que estas possam surtir efeitos que condizem com as necessidades presentes nos indivíduos nela inseridos. Assim, não é difícil que em alguns momentos, o legislador se depare com situações em que ocorra um choque de leis e princípios, sendo necessário que se faça uma análise precisa, levando em consideração a razoabilidade e a proporcionalidade na melhor aplicabilidade destes.

Para Arnoni (2018, p. 18), a Judicialização da Política:

(...) 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 à inércia legislativa e executiva. Tal fato é conhecido como Judicialização da Política (destaques do autor) (ARNONI, 2018, p.18).

Assim, por meio da Judicialização da Política, é comum que o Poder Judiciário dê novas interpretações às normas

Constitucionais, concretizando os valores e objetivos do Estado. Esta constante e necessária busca pela interpretação Constitucional, a fim de se garantir os direitos inerentes aos indivíduos presentes na sociedade, pode ser definida como ativismo Constitucional.

Foi o surgimento do Estado Constitucional de Direito que possibilitou este movimento ativista Constitucional, em um momento em que as Constituições deixaram o *status* de mera carta política, obtendo seu *status* atual de centro de todo ordenamento jurídico, obrigando às demais normas infraconstitucionais seguirem seu modelo imposto (ARNONI, 2018, p. 19).

Desta forma, tais fenômenos da judicialização da política e o ativismo Constitucional se mostram extremamente fundamentais na sociedade baseada em uma Constituição que busca garantir a Dignidade da Pessoa Humana de uma forma justa e democrática, tomando decisões que analisam não tão somente fundamentos jurídicos, mas também contextos sociais que estão presentes em situações práticas dentro da sociedade, a fim de se impedir diversas normas, por exemplo, discriminatórias ou estigmatizadoras para determinados grupos sociais.

Para Canotilho (1999, p. 42):

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 *desativar* as leis injustas violadoras de direitos e princípios jurídicos fundamentais. (destaques do autor) (CANOTILHO, 1999, p. 42).

Desta maneira, conforme os fenômenos aqui apresentados, o presente trabalho visa à discussão sobre a suspensão por um período de 12 meses, direcionada ao grupo de homens que mantêm relação sexual com outros homens e as parceiras sexuais destes para a prática de doação de sangue, de maneira estigmatizada e sem critérios objetivos fundada em dados científicos. Para tanto, é imperioso destacar as noções basilares da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543.

## 4 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5543

### 4.1 RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC Nº 34/2014 DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), no uso de suas atribuições, editou a Resolução da Diretoria Colegiada nº 34 de 11 de Junho de 2014, que traz como objetivo:

Art. 2º Esta Resolução possui o objetivo de estabelecer os requisitos de boas práticas a serem cumpridas pelos serviços de hemoterapia que desenvolvam atividades relacionadas ao ciclo produtivo do sangue e componentes e serviços de saúde que realizem procedimentos transfusionais, a fim de que seja garantida a qualidade dos processos e produtos, a redução dos riscos sanitários e a segurança transfusional (BRASIL, ANVISA, RDC nº 34 de 11 de JUNHO de 2014, Art. 2º, 2020).

Em seu artigo 25, a Resolução aduz sobre os cuidados necessários para a seleção dos doadores de sangue, observando os critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde, donde seu inciso XXX expressa que candidatos que tiveram algum contato sexual considerado de risco devam ser considerados temporariamente, por 12 meses após a prática, inaptos para realizar a doação de sangue, e em sua alínea “d” inclui a minoria aqui discutida:

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; [...] (BRASIL, ANVISA, RDC nº 34 de 11 de JUNHO de 2014, Art. 25, XXX, d, 2014).

Desta feita, referido artigo, além de restringir a prática da doação de sangue para homens que mantêm relações sexuais com outros homens e as parceiras sexuais destes, classifica o ato como de sendo de risco, estigmatizando, por conseguinte, duramente esse grupo de pessoas, fomentando ainda mais o preconceito, bem como contribui incisivamente para a exclusão e para a não garantia da dignidade dessas pessoas.

#### 4.2 PORTARIA 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E PORTARIA DE CONSOLIDAÇÃO GM/MS Nº 5 DE 2017

A partir da Resolução acima, o Ministério da Saúde no uso de suas atribuições editou e regulamentou as atividades hemoterápicas no Brasil, através do Regulamento Técnico de Procedimentos Hemoterápicos. Desta maneira, por meio da Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016, tal regulamento foi redefinido, e tem como objetivo fixar as normas referentes a atividade hemoterápica no País:

Art. 2º O regulamento técnico de que trata esta Portaria tem o objetivo de regulamentar a atividade hemoterápica no País, de acordo com os princípios e diretrizes da Política Nacional de Sangue, Componentes e Derivados, no que se refere à captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados, originados do sangue humano venoso e arterial, para diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças. (BRASIL, Ministério da Saúde, Portaria nº 158 de 2016, Art. 2º, 2020).

Em seu artigo 64, a Portaria trata da inaptidão temporária imposta a determinados candidatos e de forma taxativa apresenta situações que levam a essa inaptidão. Destaca-se o disposto no artigo IV, que inclui os homens que mantêm relações sexuais com outros homens e também as parceiras destes:

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. (BRASIL, Ministério da Saúde, Portaria nº 158 de 2016, Art. 64, IV, 2020).

Substituindo a Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016, o Ministério da Saúde editou a Portaria de Consolidação nº 5 de 28 de setembro de 2017, com o intuito de solidificar as normas sobre as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde. (BRASIL, Ministério da Saúde, Portaria de Consolidação nº 5 de 28 de setembro de 2017, 2020).

Nesse sentido, em seu anexo IV, referida Portaria aborda sobre sangue, os componentes e seus derivados, tendo como origem a portaria substituída, repetindo o artigo 64, inciso IV, da Portaria substituída supramencionada.

Conforme dispostos nos artigos apresentados, evidente se torna a restrição à prática de doação de sangue para aqueles homens que, na entrevista, durante a triagem antecessora à coleta de sangue, declararem ter praticado relações sexuais com outros homens no período dos últimos 12 (doze) meses, incluindo as parceiras sexuais destes, atingindo assim os que se consideram homossexuais e também bissexuais.

Em razão de tal tratamento discriminatório e incongruente, no ano de 2017 houve a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), perante o Supremo Tribunal Federal (STF) visando à apreciação deste mérito.

#### 4.3 A ADIN N. 5543 DE 2016

Por todo o exposto até aqui, no ano de 2016, o Partido Socialista Brasileiro (PSB), ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 no Superior Tribunal Federal, cujo objetivo era a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos aqui debatidos, quais sejam, o artigo 25, inciso XXX, alínea

“d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 e o artigo 64, inciso IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde.

Nesse ínterim, o requerente argumentou que ambos dispositivos apresentam medidas restritivas impostas para homens homossexuais, detentores de uma mínima atividade sexual, ou seja, eram considerados permanentemente inaptos para a prática da doação sanguínea, levando-se em conta que a restrição era imposta nos 12 meses subsequentes à última relação sexual com outro homem. Isso fazia com que hospitais e bancos de coleta de sangue públicos ou privados fossem proibidos de receber sangue de homens homossexuais ou bissexuais, bem como de parceiras sexuais destes que assim se declarassem na etapa de triagem anterior ao processo de doação (BRASIL, STF, ADI Nº 5543 de 2017).

O Partido expôs que o Poder Público, ao adotar tais medidas, desencadeava um tratamento discriminatório com base na orientação sexual, ofendendo a dignidade dos indivíduos atingidos, assim como impossibilitava que estes sujeitos exercessem um ato de solidariedade humana, que é a doação sanguínea (BRASIL, STF, ADI Nº 5543 DE 2017).

O requerente seguiu justificando que, em virtude das restrições, havia um desperdício de 19 (dezenove) milhões de litros de sangue por ano, que poderiam salvar inúmeras vidas, mas acabavam sendo desassistidas em razão das recomendações dos órgãos da saúde já mencionadas. Conforme dados apresentados na ADIN, com uma única doação, cerca de 450 ml de sangue, poder-se-ia contribuir para salvar as vidas de 04 (quatro) pessoas (BRASIL, STF, ADI Nº 5543 de 2017).

Por fim, o Partido aduziu ainda que, por meio destes dispositivos, ao efetuar um tratamento preconceituoso e discriminatório, acabava-se não efetivando o papel da promoção da saúde pública, ou seja, violavam-se, de forma crucial, diversos preceitos Constitucionais, tais como a Dignidade Humana (art. 1º,

III), a igualdade (art. 5º, *caput*), a vedação de discriminações (art. 3º, IV) e o princípio da proporcionalidade. (STF, ADI Nº 5543).

#### 4.3.1 O JULGAMENTO DA ADIN N. 5543 DE 2016 PELO STF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543 teve seu julgamento iniciado em outubro de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal - STF, ocasião em que o Relator do caso, Ministro Edson Fachin, manifestou-se favorável à existência de inconstitucionalidades das normas da Anvisa e do Ministério da Saúde. Assim, Edson Fachin ressaltou que não se pode ofender a Dignidade da Pessoa Humana ao tratar as pessoas de formas diferentes no momento em que desejarem doar seu sangue. Além disso, complementou afirmando que para se garantir a segurança do procedimento e dos destinatários finais devam ser observados, ao selecionar doadores, requisitos ligados a condutas de risco e não na orientação sexual, pois isso configura uma “discriminação injustificável e inconstitucional” (BRASIL, STF, ADIN n. 5543 de 2016, Ministro Edson Fachin, 2020).

Na mesma esteira, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou que os argumentos utilizados na Ação são plausíveis quanto à discriminação, e que este grupo minoritário já sofre uma estigmatização em longo prazo. Reconheceu, também, a importância de se enfatizar a saúde pública como um interesse público no que diz respeito a sua proteção, mas que “esta normativa peca claramente pelo excesso” (BRASIL, STF, ADIN n. 5543 de 2016, Ministro Luís Roberto Barroso, 2020).

Seguindo o voto do Relator, a Ministra Rosa Weber asseverou que as medidas restritivas impostas pelos dispositivos contestados “não atendem ao princípio Constitucional da proporcionalidade”, bem como não se consideram alguns pontos objetivos para esta restrição, tal como o uso de preservativos e



parceiros sexuais fixos dos doadores, circunstâncias de suma importância ao se avaliar as condutas de risco (BRASIL, STF, ADIN n. 5543 de 2016, Ministra Rosa Weber, 2020).

No mesmo sentido, e em harmonia com o Relator do caso, o Ministro Luiz Fux se manifestou pela inconstitucionalidade das normas, afirmando que estas elegeram um grupo de risco exatamente por sua orientação sexual, e não uma conduta de risco, como deveria ser desde o princípio. Entendeu, também, que as normas surtem seus efeitos de forma desproporcional ao impor um prazo não razoável de 12 meses após as relações sexuais dos indivíduos (BRASIL, STF, ADIN n. 5543 de 2016, Ministro Luiz Fux, 2020).

Noutro giro, o Ministro Alexandre de Moraes deu início aos posicionamentos divergentes, votando parcialmente pela procedência da ação ao afirmar que homens que fizeram sexo com outros homens podem sim realizar a doação de sangue, entretanto, o material doado somente poderá ser destinado a um receptor após o período definido nas normas editadas pelos órgãos de saúde (BRASIL, STF, ADIN n. 5543 de 2016, Ministro Alexandre de Moraes, 2020).

Após o posicionamento e voto dos cinco Ministros citados acima, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista, requerendo maior prazo para que pudesse estudar o caso e definir seu voto, o que suspendeu o julgamento ainda no ano de 2017. Em decorrência disso, somente em maio de 2020, por meio de sessão virtual, devido à pandemia do COVID-19 que assola o mundo todo, a ação teve seu julgamento retomado, seguindo com os votos dos demais Ministros do Superior Tribunal Federal, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Carmem Lúcia, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Posto isso, o Ministro Gilmar Mendes então, ao prosseguir com seu voto, decidiu por considerar tais normas inconstitucionais, salientando que elas violam, mesmo não intencionalmente, o objetivo fundamental da República Federativa do

Brasil de promover o bem de todos, independentemente de qualquer forma de discriminação. Considerou, ainda, que as normas poderiam ser declaradas Constitucionais se as medidas restritivas fossem destinadas a todas as pessoas que praticassem um comportamento de risco, independentemente de sua orientação sexual (BRASIL, STF, ADIN n. 5543 de 2016, Ministro Gilmar Mendes, 2020).

Outro Ministro que não seguiu o Relator foi Marco Aurélio, que julgou improcedente a ADIN n. 5543. Em seu voto ele fez uma comparação com o restante da população, afirmando que o grupo minoritário alvo das medidas restritivas (homens homo ou bissexuais) comporta uma alta incidência de contaminação, o que, para ele, fundamenta e justifica as medidas adotadas pelos órgãos de saúde com o intuito de proteger a saúde pública, não decorrendo de uma orientação sexual (BRASIL, STF, ADIN n. 5543 de 2016, Ministro Marco Aurélio, 2020).

Já o Ministro Ricardo Lewandowski também divergiu do Relator ao julgar improcedentes os fundamentos utilizados na ação. Argumentou que o Supremo Tribunal Federal deve conter suas condutas quando se deparar com determinações de autoridades sanitárias que se baseiem em dados técnicos e cientificamente comprovados, não interferindo assim nas normas editadas pelo Ministério da Saúde e ANVISA (BRASIL, STF, ADIN n. 5543 de 2016, Ministro Ricardo Lewandowski, 2020).

Por fim, o Ministro Dias Toffoli e a Ministra Carmen Lúcia seguiram a corrente majoritária da votação e declararam a total inconstitucionalidade dos dispositivos debatidos, enquanto o Ministro Celso de Mello divergiu e seguiu a corrente minoritária, julgando improcedente a ADIN, ou seja, reconheceu a constitucionalidade das medidas restritivas contidas nas normas publicadas pelos órgãos de saúde (BRASIL, STF, ADIN n. 5543 de 2016).

Desta maneira, findando o julgamento com o total de 07 (sete) votos a favor e 04 (quatro) votos contrários, o Superior

Tribunal Federal, no dia 08 de maio de 2020, julgou inconstitucionais as normas que restringem homens homossexuais, bissexuais, e as parceiras sexuais destes, de realizarem doação de sangue, por um período de 12 (doze) meses subsequentes às relações sexuais.

Em razão disso, referido julgamento foi de extrema importância na luta pelo reconhecimento de direitos e contra o preconceito e a discriminação destinadas a comunidade LGBTQI+ no Brasil, visto que, nas próprias regulamentações dos órgãos de saúde estavam presentes dispositivos que fomentavam a discriminação de forma institucionalizada. Segundo o Ministério da Saúde (2018), essa conduta está relacionada ao surto do vírus HIV a partir da década de 70, sendo que a denominação utilizada era “5H”, fazendo uma alusão aos grupos que, na época, eram considerados com o maior índice de contaminação: os homossexuais, hemofílicos, haitianos, heroinômanos (usuários de heroína injetável) e *hookers* (denominação em inglês para as profissionais do sexo).

Por todo o exposto, afirmamos que é nítido o descaso estatal e social retratado em causas que remetem à população LGBTQI+ no país. Isso pode ser comprovado ao verificarmos o longo lapso temporal que perpetuou o julgamento da ADIN em análise (três anos). Não se pode desconsiderar, ainda, que antes da propositura da ADIN e seu consequente julgamento, vigorou no Brasil, conforme demonstrado alhures, uma Resolução da ANVISA e Portarias do Ministério da Saúde, desde 2014, no sentido de institucionalizar a exclusão desse segmento social no que tange à doação de sangue, ou seja, seis anos de normas inconstitucionais violadoras da existência minimamente digna.

Se não bastasse, o momento do julgamento da ADIN se fez oportuno para o Estado e sociedade civil, ocasião em que, maio de 2020, os bancos de sangue careciam (e carecem!) de doações em virtude do colapso do sistema hospitalar brasileiro ocasionado pela pandemia da COVID-19. Isto demonstra que

não foi suficiente, para reconhecimento de inconstitucionalidade, apenas a clara situação de discriminação contida nas regulamentações, mas a necessidade de se adquirirem doadores de sangue, a fim de minimizar a falta de recursos que seriam destinados a salvar vidas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentadas as restrições temporárias do artigo 25, inciso XXX, alínea “d” da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, bem como o artigo 64, inciso IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e Portaria de Consolidação GM/MS nº 5 de 2017, que eram direcionadas aos homens homossexuais e bissexuais e as parceiras sexuais destes, uma análise sob a luz da Constituição Federal e sua base principiológica se mostrou extremamente necessária e pertinente.

Tomando como base toda a história de luta que a minoria LGBTQI+ vivencia no mundo, é notória a situação de estigmatização e preconceito que esse grupo enfrenta, não somente em suas relações interpessoais, mas também a partir do Estado, que deveria, em regra, tutelar e elaborar políticas públicas destinadas a resguardar, também, essa parcela da população, fundamentadas nos princípios da Igualdade, Dignidade Humana, Direito à Liberdade e da Proporcionalidade.

A partir da propositura da ADIN n. 5543 perante o Supremo Tribunal Federal, para questionar essa proibição temporária, nos deparamos com a situação em que o poder Judiciário tem a liberdade de apreciar demandas em virtude da inércia dos poderes Legislativo e Executivo.

Assim sendo, o julgamento da ADIN n. 5543, em 2020, e a sua total procedência demonstrou a relevância da decisão no meio jurídico nacional, ao passo que visou garantir, principalmente, que todos os sujeitos de direito tenham uma vida digna e

livre de quaisquer distinções com base em suas características subjetivas, efetivando os princípios citados ao longo do trabalho e assegurando o papel da Carta Magna de proteger os direitos fundamentais do ser humano.

Ademais, cumpre dizer que embora o julgamento tenha ocorrido em um momento totalmente oportuno para o feito, baseado em uma necessidade de bancos sanguíneos e maior número de doadores disponíveis em virtude da pandemia do COVID-19, trouxe uma esperança maior no sentido de que o Estado atua, mesmo que lentamente, na garantia e tutela dos direitos dos indivíduos, principalmente, que de alguma forma se apresentam vulneráveis, cumprindo assim, seu poder-dever de assegurar uma sociedade mais justa e equânime para todos.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Laís Cristina Santos de. *ORIENTAÇÃO SEXUAL: o discurso jurídico entre igualdade e diferença na política nacional de sangue e hemoderivados*. 2017. 88 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016. Disponível em: <https://monografias.ufma.br/jspui/handle/123456789/1812>. Acesso em: 9 abr. 2020.
- ARNONI, Giovanni Dozzi Tezza. *Restrição da doação de sangue por homossexuais e o julgamento da ADI 5543 pelo Supremo Tribunal Federal*. 2018. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/23391>. Acesso em 01 mai. 2020.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à*

- aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetiva no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/242>. Acesso em: 9 abr. 2020.
- BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução RDC nº 34, de 11 de junho de 20014*. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/%281%29RDC\\_34\\_2014\\_COM P.pdf/ddd1d629-50a5-4c5b-a3e0-db9ab782f44a](http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/%281%29RDC_34_2014_COM P.pdf/ddd1d629-50a5-4c5b-a3e0-db9ab782f44a). Acesso em: 08 mai. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 7 abr. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. *História da AIDS - 1982*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/historia-da-aids-1982>. Acesso em: 13 de mai. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria da Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017*. Consolidação das normas sobre as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde. Brasília, 2017. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/marco/29/PRC-5-Portaria-de-Consolida---o-n---5--de-28-de-setembro-de-2017.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016*. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Brasília, 2016. Disponível em:

- <http://portalarquivos.saude.gov.br/imagens/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016*. Petição Inicial. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4996495>. Acesso em 08 mai. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proibição de doação de sangue por homens homossexuais é inconstitucional, decide STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443015&ori=1>. Acesso em: 8 de mai. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão julgamento que discute restrições a doação de sangue por homossexuais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=360115>. Acesso em: 8 de mai. 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Cadernos Democráticos: Estado de Direito*. 1. ed. Lisboa: Gradiva, 1999. v. 7. Disponível em: [http://hdl.handle.net/11002/fms\\_dc\\_160333](http://hdl.handle.net/11002/fms_dc_160333). Acesso em: 1 mai. 2020.
- DIAS JÚNIOR, Marcondes Alves. *A (in)constitucionalidade da restrição de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens*. 2017. 89 f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11249>. Acesso em: 7 abr. 2020.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Manual de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MIGALHAS. *STF conclui julgamento e libera doação de sangue por homossexuais*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/326471/stf-conclui-julgamento->

e-libera-doacao-de-sangue-por-homossexuais. Acesso em: 8 de mai. 2020

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948, p. 4. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 09 abr. 2020.

SILVA, Christiane Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/13876>. Acesso em: 7 abr. 2020.