

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ

BRUNO JOSÉ RODRIGUES DA SILVA

A RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS: uma análise à luz das disposições constitucionais do direito brasileiro

RECIFE
2017

BRUNO JOSÉ RODRIGUES DA SILVA

A RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS: uma análise à luz das disposições constitucionais do direito brasileiro

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade.

RECIFE
2017

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

BRUNO JOSÉ RODRIGUES DA SILVA

A RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS: uma análise à luz das disposições constitucionais do direito brasileiro

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Orientador (a):

Dedico esta Monografia a minha mãe e aos meus irmãos que de forma direta ou indireta tornaram minha graduação possível. Todo esforço e dedicação vieram de vocês.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado paciência e perseverança de concluir este trabalho. Louvo ao nome dele por todo o empenho e dedicação que coloquei a cada segundo digitando esta monografia. Ele foi, com toda certeza, o meu refúgio. Em segundo momento, quero agradecer a minha mãe (Maria), as minhas amadas e doces irmãs e sobrinha (Cristiane, Sandra e Bárbara) e ao meu cunhado Gilvan que, para mim, é um pai que a vida me deu; por estarem sempre ao meu lado ao longo de todos esses anos, me dando todo apoio e sustentação para continuar confiando em minha capacidade.

Quero agradecer a meus amigos, em especial a Thomas Santana, companheiro de tantos trabalhos, provas e desafios dos mais diversos encarados ao longo desses mais de cinco anos de graduação. A Mayara Ranney do curso de Relações Internacionais, companheira que fiz na graduação e levarei pra toda a vida, por todo carinho, confiança e afeto mútuo dividido. O Leandro Soares que sempre esteve ao meu lado escutando minhas dúvidas, meus receios e problemas, dividindo comigo o peso diário do curso e da vida. E aos meus queridos Lucas Santos, Augusto Paes, Thiago Mendes e André Santos por tudo que representam em minha vida.

E por último agradecer os professores que sempre me ajudaram e apoiaram o meu trabalho, em especial a minha orientadora Renata Andrade e Ricardo Silva que sempre estiveram dispostos a me ajudar para que este trabalho se tornasse possível; e a todos os professores do Curso de Direito da Faculdade Damas, a própria instituição e sua equipe, pois sem eles, nada disso seria possível.

Agradeço de coração a todos. Tenho imenso respeito e admiração por todos vocês.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a discussão da restrição à doação de sangue aos homens que tenham feito sexo com outros homens (HSH), pelo período de 12 (doze) meses após a relação sexual, conforme consta na portaria 158 de 04 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde da República Federativa do Brasil, em seu artigo 64, e no RDC 34 de 11 de junho de 2014 da ANVISA, em seu artigo 25. Essa análise é feita à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, não discriminação e da proporcionalidade, realizando uma breve análise história da epidemia do HIV/AIDS e dos procedimentos hemoterápicos. Encerra-se o trabalho com uma breve comparação de como alguns países ao redor do mundo tratam deste tema.

Palavras-Chave: Doação de Sangue; HSH; Restrição; HIV/AIDS.

ABSTRACT

The present work has the scope to restrict the discussion to blood donation to men who have sex with men (MSM) for a period of twelve (12) months after sexual intercourse, as indicated at the gate 158 of February 04, 2016, the Ministry of Health of the Republic of Brazil, in article 64, and the RDC 34 of June 11, 2014 ANVISA, in Article 25. This analysis is done in the light of the constitutional principles of human dignity, equality, non-discrimination and proportionality, conducting a brief history analysis of the HIV/SIDA epidemic and hemotherapy procedures. Ends up working with a brief comparison of how some countries around the world deal with this subject.

Keywords: Blood donation; MSM; Restriction; HIV/SIDA.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	8
2.	A RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS	10
2.1.	O HIV/AIDS e sua influência nas normas em estudo	10
2.2.	A legislação brasileira e as restrições à doação de sangue por HSH ao longo do tempo	12
2.3.	Dos procedimentos hemoterápicos	14
3.	OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS EM ESTUDO	17
3.1.	Dos princípios constitucionais.....	17
3.2.	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	18
3.3.	O Princípio da Igualdade	19
3.4.	Princípio da Não Discriminação.....	21
3.5.	Princípio da Proporcionalidade	22
4.	SANGUE SEGURO E CONSTITUCIONAL	25
4.1.	Das Justificativas da Administração e a Análise de sua Razoabilidade	25
4.2.	Direito comparado: alternativas nas Américas e no Mundo.	27
5.	CONCLUSÃO	31
6.	REFERÊNCIAS	33
7.	ANEXO	36

1. INTRODUÇÃO

Em cinco de fevereiro de dois mil e dezesseis, o ministro da saúde, fazendo uso de suas atribuições constitucionais, publicou no Diário Oficial da União a portaria de número 158/2016 que visa redefinir o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos.

Tal portaria, em seu artigo 64, IV, proíbe expressamente a doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes, no período de 12 meses, que antecedem a doação, exclusivamente com base nos hábitos sexuais destes¹.

A mesma vedação, já constava expressamente no RDC n. 34/2014, da ANVISA, em seu artigo 25, XXX, publicada em meados de 2014².

Visando questionar os dispositivos das normas supracitadas, o Partido Socialista Brasileiro, PSB, acionou o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 que, até a conclusão deste trabalho, não foi julgada.

Ante o exposto, o motivo desta pesquisa esta na possível afronta a constituição promovida pelos referidos dispositivos da portaria do ministério da saúde e da resolução da ANVISA, no que concerne a proibição de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens.

Ao analisar tal proibição e fazendo um paralelo com os princípios consagrados na Carta Magna brasileira, com ênfase nos princípios da igualdade, não discriminação e dignidade da pessoa humana; deparamo-nos com o seguinte problema: a restrição de doação de sangue com base em hábitos sexuais do doador afronta princípios constitucionais?

¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). **Portaria 158/2016**, 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;

² ANVISA. **RDC N. 34/2014**. 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;

Com os avanços da medicina nas últimas décadas, com o controle da epidemia de HIV/AIDS e, sobretudo, com a mudança do conceito de “grupo de risco” para “vulnerabilidades”, evidencia-se o caráter nitidamente preconceituoso e de afronta a preceitos constitucionais das normas objeto desta pesquisa.

Este trabalho visa analisar a restrição de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens sob o prisma constitucional, no que diz respeito a sua possível inconstitucionalidade, sendo este seu objetivo geral. Tendo por objetivos específicos analisar o desenvolvimento histórico de tal restrição; questionar sua legalidade frente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, não discriminação e proporcionalidade.

Tendo em vista os objetivos pretendidos pelo presente trabalho, utiliza-se o método hipotético dedutivo, com a formulação de hipóteses, deduzindo as consequências, descobrindo suas causas e provando as suas implicações.

No primeiro capítulo é apresentado o panorama histórico da epidemia do HIV/AIDS, no Brasil e no mundo, e sua relação com a legislação objeto desta pesquisa. São analisados também, os procedimentos hemoterápicos da captação do doador, até a transfusão do sangue doado.

No segundo capítulo são analisadas as normas objeto da pesquisa frente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, proporcionalidade e não discriminação.

Em seu terceiro capítulo são analisadas as justificativas da administração para tal restrição e apresentada uma comparação de como alguns países tratam o tema.

2. A RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS

Para entender as origens da restrição tema desta pesquisa, faremos uma análise histórica dos eventos que servem de esteio a sua efetivação, cuja origem remonta aos primeiros casos da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA). Veremos também os caminhos do sangue, desde a doação, até a transfusão em si.

Entretanto, antes de iniciar a análise histórica, é relevante explicar que o termo homem que faz sexo com homens, ou simplesmente HSH, refere-se, em sua grande maioria aos homossexuais e bissexuais do sexo masculino³.

2.1. O HIV/AIDS e sua influência nas normas em estudo

Em meados dos anos 80, o mundo se depara com uma das mais devastadoras epidemias da história da humanidade. O vírus do HIV (*human immunodeficiency virus*), causador da AIDS (*acquired immunodeficiency syndrome*), manifestava-se em um número elevado de pacientes adultos do sexo masculino e homossexuais, nos Estados Unidos, com casos também na África Central e Haiti.

Esses pacientes apresentavam Sarcoma de Kaposi, pneumonia por *Pneumocystis carinii* e comprometimento do sistema imune, o que levou à conclusão de que se tratava de uma nova doença, ainda não classificada, de etiologia provavelmente infecciosa e transmissível.

Ante o desconhecimento a cerca desta epidemia, a imprensa norte-americana, passa a chamar a doença de *GRID – Gays-Related Imunodeficiencia*, (Imunodeficiência Relacionada aos Gays), por acreditar que a moléstia seria uma disfunção que afetava principalmente homens homossexuais. Como exemplo disto, vejamos trecho de uma matéria publicada pelo *The New York Times*, em 11 de maio de 1982, cujo título era *New Homosexual Disorder Worries Health Officials* (Novo Distúrbio Homossexual Preocupa Oficiais de Saúde):

Um sério distúrbio do sistema imunológico conhecido pelos médicos a menos de um ano – **um distúrbio que parece afetar os homossexuais, principalmente do sexo masculino** – já atingiu ao menos 335 pessoas,

³ Usaremos de agora em diante a sigla HSH para definir este grupo.

dentre as quais 136 já morreram, segundo oficiais do *Centers for Disease Control*, em Atlanta. Autoridades federais da saúde estão preocupadas com a possibilidade de dezenas de milhares de outros homens homossexuais poderem portar o distúrbio silenciosamente e estarem, portanto, vulneráveis a potenciais doenças graves. [...]

A causa do distúrbio é desconhecida. Pesquisadores chamam-no de **D.I.A - Doença da Imunodeficiência Adquirida, ou I.G – Imunodeficiência Gay**⁴

Posteriormente, o *Centers for Disease Control and Prevention* – CDC, instituição norte-americana responsável pela prevenção e controle de doenças contagiosas, deu, para a AIDS, à época, o nome de *4-H Disease* (Doença dos 4 H's), ante sua incidência observada em homossexuais, usuários de heroína, hemofílicos e haitianos.⁵

Em 20 de maio de 1983 o cientista Luc Montagnier, do Instituto Pasteur, na França, identificou e conseguiu isolar, pela primeira vez, o vírus causador da doença⁶. Com a descoberta do vírus HIV, que recebeu esta nomenclatura em de 1986, como causador desta “nova” doença, pode-se estabelecer uma ligação entre a transmissão do vírus aos hemofílicos por meio de transfusões de sangue.

Ainda em decorrência da identificação do vírus HIV, foi possível, em meados de 1985, a realização de exames laboratoriais capazes de identificar se o sangue analisado possui o vírus causador da AIDS, o que foi um passo importante para o controle da epidemia. Entretanto, tais testes tinham uma restrição importante denominada de “janela imunológica” que, a época, era de seis meses, mas que, com os avanços da medicina nas últimas décadas, nos dias atuais pode chegar a menos de 10 dias⁷.

Ante este preocupante cenário que permeou a década de 1980, as nações reagiram com medidas visando brevar o avanço da epidemia e, ao constatarem que uma das formas de contágio era por meio de transfusões de

⁴ ALTMAN, Lawrence. K. **New homosexual disorder worries health officials**. NY. The New York Times. Maio de 1982. (tradução e grifo nossos)

⁵ COHEN, Jon. **Making Headway Under Hellacious Circumstances**. Science 313. Science Magazine: Julho de 2006, pp. 470-473.

⁶ Vale registrar a parceria entre Montagnier e o americano Robert Gallo, então ligado ao Instituto Nacional do Câncer dos EUA, com quem veio a dividir o mérito pela descoberta do HIV após anos de disputa, que teve ponto final apenas em 2008, com a entrega do prêmio Nobel de Fisiologia e Medicina à Montagnier.

⁷ Nobelprize.org. **The 2008 Nobel Prize in Physiology or Medicine - Press Release**. Nobel Media. Abril de 2014. Disponível em .

<http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/2008/press.html>. Acesso em 22 de outubro de 2016

⁷ SETOR SAÚDE. **Teste NAT garante transfusão de sangue mais segura**. Disponível em:

<<https://setorsaude.com.br/teste-nat-garante-transfusao-de-sangue-mais-segura/>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017

sangue, o controle dos procedimentos hemoterápicos tornou-se uma das principais preocupações no combate a AIDS.

2.2. A legislação brasileira e as restrições à doação de sangue por HSH ao longo do tempo

Em dois de maio 1985, o Ministro da Saúde do Brasil publicou a portaria Nº 236, criando o primeiro programa federal de controle da AIDS. Como não podia deixar de ser, a referida portaria trazia poucos esclarecimentos a cerca da epidemia, e, fazendo uso das informações que dispunha no momento, trazia conceitos como “grupos de risco” para a doença, incluindo em tal grupo os HSH, usuários de drogas injetáveis e hemofílicos ou politransfundidos⁸.

A aludida portaria incluía restrição à doação de sangue por homossexuais masculinos, ainda que não de forma expressa, mas de forma indireta:

- 1.4 **A educação sanitária** constará de informação, aos pacientes, dos meios simples de diminuir a transmissibilidade da doença, tendentes a **evitar a promiscuidade sexual e à doação de sangue.**
- 2) Os comunicantes⁹ devem ser submetidos à investigação epidemiológica, clínica e educação sanitária conforme o descrito no parágrafo anterior.
- 3) **Para os indivíduos pertencentes aos grupos em risco realizar-se-ão apenas programas de educação sanitária.**¹⁰

Em outro ponto da portaria foi estabelecido, como medida de educação sanitária, a orientação aos homossexuais, por fazerem parte do chamado grupo de risco, a evitar a doação de sangue¹¹.

A exclusão permanente dos indivíduos HSH e seus parceiros foi incluída de forma expressa pela portaria de número 1.376 do Ministério da Saúde que, complementando texto publicado anteriormente na portaria 721, de 9 de agosto de 1989¹², introduz o caráter permanente da exclusão destes indivíduos pertencentes ao chamado “grupo de risco”:

- 3.4.2. SIDA/AIDS todos os candidatos à doação devem receber amplo material informativo sobre os grupos expostos a risco, a fim de que, se

⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). **Portaria 236/85**, I, b.

⁹ Foram denominados comunicantes, os parceiros sexuais de pacientes com AIDS, nos termos da Portaria 236/1985, I, e.

¹⁰ Idem. II, p. 5. (grifos nosso).

¹¹ Idem. III, 3.2, c.

¹² MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR), **Portaria 721/89**, II, 2.4.2.

incluídos em um deles, não venham a doar sangue. Devem ser incluídos no grupo de risco os indivíduos que pertenceram a estabelecimentos penais, colônias de recuperação de drogados ou de doentes mentais e de outros tipos de confinamento obrigatório. Devem ser obrigatoriamente incluídas na triagem questões relativas aos sintomas e sinais da SIDA/AIDS e ao Sarcoma de Kaposi. **Devem ser excluídos definitivamente indivíduos com sorologia positiva para anti-HIV e/ou com história de pertencer ou ter pertencido a grupos de risco para SIDA/AIDS, e/ou que seja ou tenha sido parceiro sexual de indivíduos que se incluam naquele grupo.** (MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). Portaria 1.376/93, II, 1993, p. 4, grifos nosso)

A proibição, em caráter permanente, manteve-se incólume nos anos seguintes, em todas as portarias, resoluções e demais documentos oficiais que tratavam da matéria.

Em meados dos anos 2000, com os avanços no controle do HIV/AIDS, da medicina no tratamento da doença, que deixou de ser uma sentença de morte e passou a ser considerada uma doença crônica, e com os testes anti-HIV cada vez mais sensíveis, reduzindo a janela imunológica de 6 meses para menos de um mês, iniciou-se ao redor do mundo um forte debate a cerca da proibição da doação de sangue por homens homossexuais.

Neste contexto, em 2002, através da Resolução RDC n. 343, de 13 de dezembro daquele ano, a Anvisa alterou a proibição permanente de doação de sangue por estes indivíduos para uma “proibição temporária” de 12 meses entre a última relação sexual e a doação de sangue, vejamos:

B.5.2.7.3 - Situações de Risco Acrescido

d) **Serão inabilitados por um ano**, como doadores de sangue ou hemocomponentes, os candidatos que **nos 12 meses precedentes** tenham sido expostos a uma das situações abaixo:

- Homens e ou mulheres que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas, e os parceiros sexuais destas pessoas.
- Homens e ou mulheres que tenham tido mais de três parceiros sexuais.
- Pessoas que tenham feito sexo com parceiro ocasional ou desconhecido incluindo casos de estupro.
- **Homens que tiveram relações sexuais com outros homens e ou as parceiras sexuais destes**¹³.

Este texto passou a ser replicado em todos os RDC e portarias que tratam da matéria desde então.

¹³ ANVISA. RDC nº 343, B.5.2.7.3, 2002, p. 10, (grifos nosso)

2.3. Dos procedimentos hemoterápicos

Para aprofundar a discussão central desta pesquisa, se faz necessário discorrer a cerca dos procedimentos que envolvem a doação de sangue no Brasil, a começar pelos tipos de doação que são basicamente três: a doação de reposição, que visa repor o estoque do banco de sangue em virtude do uso, por algum paciente, internado em hospital atendido pelo hemocentro; a doação voluntária ou espontânea, em que o doador comparece espontaneamente e não vincula sua doação a nenhum paciente; e a autóloga, em que o paciente doa para seu próprio uso, em uma cirurgia previamente programada.

De acordo com a portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, ao procurar o estabelecimento habilitado para coleta do sangue, o candidato à doação deve ser identificado, por meio de documento oficial com foto; preenche uma ficha cadastral, informando dados pessoais, como endereço, telefones, etc.; preencher um termo de consentimento onde, dentre outras autorizações, consente com a realização de testes em seu sangue, dentre os quais, os de HIV.

Este candidato, também responde a um questionário de auto-exclusão, onde, de maneira confidencial, se exclui da doação por se achar engajado em atividades consideradas por ele de risco acrescido de aquisição do HIV. Passada esta etapa, ele é submetido a uma entrevista pessoal com um profissional de saúde de nível superior, sob supervisão médica, cujo objetivo, dentre outros, é identificar atividades de risco de aquisição de doenças transmissíveis pelo sangue do doador¹⁴.

Visando proteger os receptores do material sanguíneo doado, efetua-se uma avaliação, seja no momento da seleção de candidatos ou no momento da doação, dos seguintes critérios:

Art. 52. (...)

I – aspectos gerais do candidato, que deve ter aspecto saudável à ectoscopia e declarar bem estar geral;

II – temperatura corpórea do candidato, que não deve ser superior a 37°C (trinta e sete graus Celsius);

III – condição de imunizações e vacinações do candidato, nos termos do Anexo IV;

IV – local da punção venosa em relação à presença de lesões de pele e características que permitam a punção adequada;

V – histórico de transfusões recebidas pelo doador, uma vez que os candidatos que tenham recebido transfusões de sangue, componentes

¹⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). **Portaria 158/2016**, Art. 35.

sanguíneos ou hemoderivados nos últimos 12 (doze) meses devem ser excluídos da doação;
VI – histórico de doenças infecciosas;
VII – histórico de enfermidades virais;
VIII – histórico de doenças parasitárias;
IX – histórico de enfermidades bacterianas;
X – estilo de vida do candidato a doação;
XI – situações de risco vivenciadas pelo candidato;
XII – histórico de cirurgias e procedimentos invasivos.¹⁵

E é justamente no item XI, que se encontra a inclusão da restrição da doação de sangue objeto desta pesquisa. Em que pese seja o candidato à doação de sangue considerado apto em todos os outros itens da pesquisa, tenha apenas um parceiro fixo, tenha testes sorológicos recentes negativos para DST's (Doenças Sexualmente Transmissíveis), e seu parceiro também, sendo adepto de sexo protegido em todas as suas relações sexuais, seguirá considerado inapto à doação de sangue.

Para os doadores considerados aptos nesta rigorosa e necessária triagem, após a coleta, uma amostra do sangue recolhida do doador é enviada ao laboratório para a análise do sangue, com a realização de testes imunohematológicos¹⁶ e os testes sorológicos, sendo estes para a detecção dos vírus da Hepatite B e C, HIV, HTLV (*Human T lymphotropic virus*), Sífilis e Doença de Chagas.

Especificamente no que tange aos exames laboratoriais para detecção do HIV, o MS (Ministério da Saúde), por meio da portaria 112, de 29 de janeiro de 2004, cria um programa de implementação do teste NAT (do inglês *nucleic acid amplification test* - "NAAT"), no âmbito da Hemorrede Nacional, seguindo uma tendência mundial, visando melhorar a sensibilidade da detecção dos vírus da Hepatite C (HCV) e do HIV, reduzindo a janela imunológica, no caso do HIV para até **oito dias**. O teste NAT passou a ser obrigatório tanto na rede privada como pública em 2014¹⁷.

O sangue doado aguarda refrigerado os resultados dos testes sorológicos e imunohematológicos, em seguida, passa por um processo de separação de

¹⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). **Portaria 158/2016**. Art. 54.

¹⁶ Testes imunohematológicos são testes pré-transfusionais cuja finalidade é evitar reações transfusionais hemolíticas, tendo por obrigatórios os testes de Tipagem ABO / Rh; Pesquisa de Anticorpos Irregulares (PAI); Prova de compatibilidade; Reclassificação AB ρ O/Rh do doador e receptor.

¹⁷ Portal Brasil. **Teste de qualidade no sangue é obrigatório no Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2014/11/teste-de-qualidade-no-sangue-e-obrigatorio-no-brasil>>. Acesso em 27 de janeiro de 2017.

componentes (plasma, hemácias e plaquetas), ficando armazenado por um determinado período de tempo, que varia a depender do componente sanguíneo, até ser transfundido no receptor.

3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS EM ESTUDO

Antes de iniciar propriamente a análise constitucional principiológica destas normas, de bom alvitre esclarecer, sua natureza jurídica. Portanto, em apertada síntese, podemos caracterizar tanto a Portaria 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde, quanto a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34, de 11 de junho de 2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), como sendo atos normativos; dotados de autonomia jurídica, generalidade, impessoalidade e abstração, não sendo atos meramente regulamentadores.

Sendo um dos tipos de norma infraconstitucional, devem estar em conformidade com os princípios constitucionais que norteiam a sua elaboração, estando, inclusive, sujeitos a controle de constitucionalidade.

3.1. Dos princípios constitucionais

Os princípios constitucionais são as normas basilares de um ordenamento jurídico. Como bem leciona Nunes “Os princípios constitucionais são o ponto mais importante de todo o sistema normativo, já que estes são os alicerces sobre os quais se constrói o Ordenamento Jurídico. São os princípios constitucionais que dão estrutura e coesão ao edifício jurídico”¹⁸.

Todas as normas infraconstitucionais devem estar em conformidade com a Constituição Federal, e conseqüentemente com seus princípios, sob pena de serem declaradas inconstitucionais, o que anularia seus efeitos.

Buscando analisar a constitucionalidade da restrição da doação de sangue por HSH, passaremos a verificar sua legalidade nos moldes dos princípios da igualdade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e da não discriminação.

¹⁸ NUNES, Luiz A. R. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

3.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Um dos mais importantes princípios consagrados em nossa carta magna de 1988 é, sem dúvidas, o princípio da dignidade da pessoa humana. Previsto expressamente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil. Seu objetivo, como princípio fundamental, é garantir ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pelo poder público e pela sociedade, de modo a preservar a valorização do ser humano.

Encontramos a efetivação deste princípio em várias passagens da nossa constituição, podemos citar como exemplo no artigo 5º, os incisos III (da não submissão a tortura), VI (da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (da não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (da inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (da inviolabilidade de domicílio), XII (da inviolabilidade do sigilo de correspondência), XLVII (da proibição de penas indignas), entre outros.

Como bem conceitua Ingo Wolfgang Sarlet, (2001), temos por dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.¹⁹

Ao utilizar o ultrapassado conceito de grupo de risco²⁰, que será visto com maiores detalhes mais adiante, o Estado assume uma postura que reforça o estigma que acompanhou os HSH, desde os primeiros casos de AIDS divulgados no mundo, de que estas pessoas são mais propensas a portar a doença, seja por uma predisposição genética, seja por seus comportamentos sexuais.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

²⁰ SCHAURICH, Diego. Dos Grupos de Risco à Vulnerabilidade: Reflexões em Tempos De HIV/Aids. **Revista Contexto & Saúde**, Porto Alegre, p.115-127, jun. 2004. Mensal. Ano 03 nº 06.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se profundamente ligado ao princípio da igualdade, uma vez que a igualdade entre os indivíduos nada mais é do que uma dignidade igual entre indivíduos²¹.

Assim, passaremos a análise do princípio constitucional da igualdade, com o qual, aprofundaremos sua relação com o tema desta pesquisa.

3.3. O Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade abre o capítulo dos direitos individuais no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Tal princípio é reforçado em vários pontos da constituição, por exemplo, ao declarar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I); e ao vedar as distinções salariais, critério de admissão e de exercícios de função, com base no sexo, idade, cor, estado civil ou por ser o indivíduo portador de necessidades especiais (art. 7º XXX e XXXI). A nossa Carta Magna também repudia veementemente qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV).

Segundo Carlos Fonseca Brandão, a igualdade pode ser definida da seguinte maneira:

Juridicamente, a igualdade é uma norma que impõe tratar todos da mesma maneira. Mas a partir desse conceito inicial, temos muitos desdobramentos e incertezas. A regra básica é que os iguais devem ser tratados da mesma forma (por exemplo o peso do voto de todos os eleitores deve ser igual). Mas como devemos tratar os desiguais, por exemplo, os ricos e os pobres. Se fala em igualdade formal quando todos são tratados da mesma maneira e em igualdade material quando os mais fracos recebem um tratamento especial no intuito de se aproximar aos mais fortes.²²

A tese que envolve a igualdade formal estabelecida no artigo 5º da Constituição Federal defende o ponto de vista que todas as pessoas devem ser tratadas igualmente perante a lei, independentemente de qualquer distinção.

Mas, como bem ensinou Aristóteles ainda na Grécia antiga, a igualdade seria satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Neste ponto, temos a igualdade

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 89.

²² FONSECA, Carlos Brandão. **As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?**. São Paulo: Ed. Autores Associados, 2005, p. 86.

material assegurada em nossa constituição, visando reprimir discriminações e equiparação entre todos os indivíduos, com atenção necessária aqueles que dela precisam, como nos exemplos citados do art. 7º, XXX e XXXI. Pois, como diz Cármen Lúcia Antunes Rocha: “Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental²³”.

O princípio da igualdade representa uma limitação ao legislador que, em sendo violado, pode acarretar em uma inconstitucionalidade da lei elaborada.

Trazendo este princípio a análise da questão objeto desta pesquisa, qual seja a restrição da doação de sangue por HSH, faremos uso da teoria da proibição do arbítrio. Tal teoria consiste em tratar os iguais de maneira igual e os diferentes de forma diferente, sem que a distinção feita seja de forma arbitrária²⁴.

A arbitrariedade que aqui se pretende analisar busca definir se a discriminação é ou não legítima do ponto de vista constitucional, respeitando-se o direito que tem o cidadão de não ser tratado de forma desigual, quando assim não o for.

É importante esclarecer que, embora em momento algum a portaria 158 restrinja de forma direta a doação de sangue com base na orientação sexual do doador, ela acaba o fazendo de forma reflexa uma vez que, ao restringir a doação de sangue por HSH, automaticamente restringe a doação a todos os homens homossexuais e bissexuais que estão, por óbvio, incluídos neste grupo.

Portanto, o legislador não deve a fim de atender ao princípio da igualdade, utilizar-se de subterfúgios no texto da lei para que esta aparentemente não incorra em uma diferenciação suspeita para na realidade realiza-la da mesma forma²⁵.

Mesmo que em momento algum, tanto a portaria quando o RDC analisado incluam em seu texto as palavras “orientação sexual”, “homossexual” e

²³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25º ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 214.

²⁴ GOMES CANOTILHO, J.J.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 426.

²⁵ SCHAURICH, Diego. Dos Grupos de Risco à Vulnerabilidade: Reflexões em Tempos De HIV/Aids. **Revista Contexto & Saúde**, Porto Alegre, p.115-127, jun. 2004. Mensal. Ano 03 nº 06. P. 40.

“bissexual”, acabam por identificar estes grupos ao colocar um fator comum a todos eles, qual seja o sexo entre homens.

Isto evidencia que embora o critério técnico empregado seja outro, HSH, recai praticamente em sua totalidade nestes grupos de indivíduos, e tal diferenciação estaria sendo aplicada ferindo o princípio da igualdade, quando da discriminação por orientação sexual.

3.4. Princípio da Não Discriminação

Dando seguimento ao raciocínio iniciado quando ao enquadramento do princípio da igualdade, vejamos o princípio da não discriminação, que é basicamente um desdobramento daquele.

O combate à discriminação é uma decorrência do princípio constitucional da isonomia. A não discriminação é uma manifestação direta do princípio da igualdade, que inspira o ordenamento jurídico brasileiro em seu conjunto. Assim, o princípio em questão funciona como uma espécie de base geral que proíbe tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fatos injustamente desqualificantes.

Tal princípio vai muito além da ideia de igualdade perante a lei, uma vez que traz a ideia de usufruto dos direitos fundamentais por todos os indivíduos. De igual maneira, os tratamentos normativos diferenciados apenas serão compatíveis com a Constituição quando verificada a existência de uma finalidade proporcional ao fim pretendido, como visto na análise do princípio da igualdade.

Ciente da importância de tal princípio, a portaria 158, traz referência expressa a ele, em seu artigo segundo:

Art. 2º. § 3º. Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com **isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual**, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor.²⁶

Entretanto, ao separar os doadores entre heterossexuais e HSH's com mínima atividade sexual (ao menos uma nos últimos 12 meses), onde aqueles podem ser doadores e estes não, estamos diante de uma norma nitidamente

²⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). Portaria 158/2016. Art. 2º. § 3º (grifo nosso)

discriminatória de fato, posto que é direcionada a um grupo específico de pessoas, não a uma prática sexual em si.

3.5. Princípio da Proporcionalidade

Diferente dos outros princípios aqui tratados, o princípio da proporcionalidade não tem previsão expressa na Constituição de 1988, embora lá esteja de forma implícita. Neste sentido, bem lecionada Barros, ao afirmar que:

Existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende, assim, de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais²⁷.

Em muitas situações no dia a dia do Direito, o legislador precisa suprimir algum direito para garantir outro. Isto deve ser realizado por meio de um sistema de valoração que nem sempre é simples, para isso, o princípio de proporcionalidade busca estabelecer um equilíbrio entre o fim desejado e o meio empregado; entre os direitos individuais e os anseios da sociedade.

Podemos encontra-lo espalhado em diversos artigos na CF/88, para citar alguns temos, em relação aos direitos e garantias individuais, o art. 5º, V, que garante o direito de resposta **na proporção do agravo**; na individualização das penas (art. 5º XLVI, *caput*) onde, implicitamente, está garantido que estas sejam **na proporção do delito cometido**; em sede de direito tributário, quando da proibição da tributação com efeito de confisco (art. 150, IV); entre outros.

Fica evidente a existência de um limite imposto, especialmente ao legislador, que tem o dever de obedecer a certos critérios na criação das normas, para que estas possam estar em conformidade com a Constituição Federal. E, como já explanado, um desses critérios é o princípio da proporcionalidade, sobretudo quando se estiver diante de uma eventual restrição de direitos.

Depreende-se que tal princípio serve como uma espécie de escudo, buscando evitar que as prioridades eleitas pela Constituição Federal sejam

²⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 91.

desrespeitadas ou até suprimidas, por ato administrativo, legislativo e/ou judicial que exceda os limites impostos por ela atingindo direitos fundamentais.

Ainda a despeito da proporcionalidade, assevera Humberto B. Ávila:

Essas sutilezas apontadas quanto à natureza da espécie normativa que está sendo utilizada e quanto ao controle que é exercido contribuem decisivamente para a maior efetividade dos princípios constitucionais, pois o aplicador tem melhores condições de saber o que deve ser fundamentado, o que deve ser comprovado e quais as normas cuja restrição ou efetividade estão sendo analisadas.²⁸

No caso em estudo, aparenta estar em discussão a ponderação de alguns princípios constitucionais de importância inquestionável. De um lado temos o direito à saúde dos indivíduos que recebem a transfusão de sangue, reforçado pela responsabilidade do Estado em casos de falhas de testagem do sangue que acarretem novas infecções por HIV, e do outro, o direito a um tratamento igualitário, digno e proporcional dos candidatos a doadores, incluídos no rotulado grupo dos HSH.

O Direito à Saúde é um direito fundamenta estando previsto expressamente no art. 6º da CF/88, sendo também incluído no art. 196 do mesmo diploma legal, em seção especialmente dedicada à saúde. Este direito regulamenta um dever do Estado de promover a saúde de todos incluindo até a implantação de políticas públicas que tenham por objetivo reduzir o risco de doenças.

Neste caso, temos um legítimo bem constitucional que serve como base para a argumentação da administração pública no tocante a restrição aplicada aos HSH, ante o direito à saúde dos receptores de sangue, argumento este reforçado pela responsabilização do estado pelas eventuais falhas neste processo de transfusão sanguínea.

Desta feita, cria-se uma situação em que, invocando o interesse constitucional de saúde legítimo, a administração considera proporcional a grave discriminação aplicada aos HSH.

Entretanto, cabe questionar se é adequado tal critério para se atingir o objetivo pretendido, qual seja a eliminação de todos os indivíduos pertencentes ao grupo de maior risco de infecção pelo HIV, sem qualquer outro critério de distinção entre eles, para proteger os receptores do sangue de contaminação.

²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. Malheiros. São Paulo, 2011, p.191.

No próximo capítulo, faremos uma reflexão maior sobre a proporcionalidade ou não de tala restrição quando das justificativas da Administração para sua implantação.

4. SANGUE SEGURO E CONSTITUCIONAL

Após compreendermos o contexto histórico por trás das normas em apressado, o processo complexo e rígido que envolve a doação e a transfusão de sangue, e os princípios constitucionais que norteiam a constitucionalidade de uma norma, passemos ao último capítulo desta pesquisa.

As justificativas da Administração, apresentação de alternativas e uma breve análise das adequações normativas sobre o tema implantadas em alguns países ao redor do mundo.

4.1. Das Justificativas da Administração e a Análise de sua Razoabilidade

Que existe um tratamento discriminatório no caso em questão, não resta dúvida, uma vez que todo tratamento legislativo que discrimine pessoas, seja de modo individual ou em grupos, é considerado discriminatório.²⁹ O que cumpre analisar é se tal tratamento desigual destinado a este grupo de pessoas, HSH, respeita os ditames constitucionais, ou seja, se é neutra, necessária e esperada.

Objetivamente falando, conforme descrito na portaria 158, tal discriminação se dá no momento em que o candidato responde ao questionário aplicado pelo profissional de saúde, positivamente a pergunta quanto a relação sexual com outro homem. Por óbvio, as pessoas que esta pergunta atinge tem uma orientação sexual específica, seja ela homossexual ou bissexual.

Para restringir a doação de indivíduos neste perfil, tanto a Anvisa quanto o Ministério da Saúde, fundamentam-se em “evidências epistemológicas e técnico-científicas”, buscando garantir máxima qualidade e segurança transfusional ao receptor do sangue. Como fundamento para esta decisão, toma por base estudo da OMS (Organização Mundial da Saúde)³⁰, que aponta, em documento publicado em julho de 2015, cinco categorias de pessoas com risco acrescido de infecção pelo HIV, dentre elas a relação sexual entre homens. Utiliza também outra série de pesquisas com resultados similares em suas manifestações na ADIN 5543.

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2ª ed. 7ª Ed. da tradução portuguesa. Coimbra: Almedina, 2008.p.190; GOMES CANOTILHO, J.J.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 425.

³⁰ WHO (World Health Organization). **HIV and Young men who have sex with men: A technical brief**. WHO Document Production Services, WHO/HIV/2015.8, Geneva, Swotzerland. 2015.

Afirmando seguir, inclusive, a posição adotada pelo *FDA*³¹, quanto da restrição por 12 meses.

Ocorre que, ao contrário do que possa sugerir a análise superficial das pesquisas que norteiam a decisão da ANVISA e do Ministério da Saúde, não são as relações entre homens que aumentam o risco de infecção pelo HIV, como sugerido no início da epidemia, mas sim **a relação sexual anal desprotegida**³² (ver tabela em anexo), que é uma prática bastante comum a toda população e não uma exclusividade dos HSH, como se faz crer.

Neste sentido, outro ponto relevante a ser aqui tratado é o denominado conceito de grupo de risco, utilizado para justificar tal restrição. É importante esclarecer que tal conceito já foi há muito superado devido aos avanços obtidos ao logo destes mais de 30 anos em que o mundo vive com o HIV/AIDS.

O conceito de grupo de risco, cuja origem remonta ao início da pandemia da AIDS, carregou um forte viés discriminatório, preconceituoso e excludente, contribuindo para marginalizar ainda mais aqueles que já estavam prejudicados pela doença. Remonta aos idos dos anos 80, conforme visto no primeiro capítulo desta pesquisa.

Entretanto, com o passar dos anos (mais precisamente no início dos anos 90), passou-se a constatar a incidência do vírus nos mais diversificados grupos sociais como homo, bi e heterossexuais e seus parceiros, hemofílicos e seus parceiros, usuários de drogas injetáveis e seus parceiros, além de mulheres e crianças. Este novo cenário deu origem à mudança de conceito para o de comportamento de risco³³.

Todavia, com os avanços dos estudos a cerca da proliferação da doença, este novo conceito, que dizia respeito a um conjunto de hábitos que tornariam o indivíduo mais suscetível ao risco de infecção por doenças venéreas³⁴, mostrou-se incompleto. Sendo superado, aproximadamente em 1998, pelo conceito de vulnerabilidade.

³¹ A Food and Drug Administration é uma agência federal do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos Estados Unidos, equivalente a ANVISA, no Brasil.

³² Patel P, Borkowf CB, Brooks JT. Et al. **Estimating per-act HIV transmission risk: a systematic review.** AIDS. 2014. doi: 10.1097/QAD.0000000000000298.

Pretty LA, Anderson GS, Sweet DJ. **Human bites and the risk of human immunodeficiency virus transmission.** Am J Forensic Med Pathol 1999;20(3):232-239

³³ SCHAURICH, Diego. Dos Grupos de Risco à Vulnerabilidade: Reflexões em Tempos De HIV/Aids. **Revista Contexto & Saúde**, Porto Alegre, p.115-127, jun. 2004. Mensal. Ano 03 nº 06.

³⁴ AYRES, J. R. C. M. et al. Risco, vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção da saúde. In: CAMPOS, G. W. S. et al. (orgs.). **Tratado de saúde coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006, p. 378.

Utilizado ainda nos dias atuais, a vulnerabilidade como conceito no contexto do HIV/AIDS, não trata de nenhum grupo específico. Diz respeito a um conjunto de fatores contextuais e coletivos que podem levar um indivíduo a ter uma maior ou menor exposição ao risco de infecção³⁵.

Por todos esses argumentos aqui trazidos, parece-nos extremamente ultrapassada a aplicação do conceito de grupo de risco, especificamente ao grupo aqui tratado e neste contexto. Embora esta classificação seja empregada com finalidade estatística no direcionamento das políticas públicas de prevenção e controle da doença, não deve servir como fator de diferenciação o processo de triagem da doação de sangue.

Além disto, é importante observar que nesse grupo a única característica comum que podemos observar é o fato de serem homens e que fazem sexo com outros homens. Todo mais, além disso, é presumido. Não há, pois, base sólida de sustentação para a discriminação que com eles ocorre.

Em outras palavras, o que queremos dizer é que não é por serem HSH que já se possa presumir a prática do sexo anal, a promiscuidade, o não uso de preservativo e o contágio por doenças venéreas.

4.2. Direito comparado: alternativas nas Américas e no Mundo.

Dada à importância do tema em questão é interessante vislumbrar como o mundo tem lidado com esta questão nas últimas décadas.

Por óbvio, existem países que seguem o mesmo caminho da legislação brasileira aqui estudada, como os Estados Unidos³⁶ e Portugal³⁷, que em 2015 adotaram a mesma restrição por 12 meses que o Brasil. Há também aqueles que

³⁵ AYRES, J. R. C. M. et al. Risco, vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção da saúde. In: CAMPOS, G. W. S. et al. (orgs.). **Tratado de saúde coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006, p. 378.

³⁶ USA. FDA. **Revised Recommendations for Reducing the Risk of Human Immunodeficiency Virus Transmission by Blood and Blood Products: Questions and Answers**. 2015. Disponível em: <<https://www.fda.gov/biologicsbloodvaccines/bloodbloodproducts/questionsaboutblood/ucm108186.htm>>. Acesso em: 23 de maio 2017.

³⁷ DN. **Acabou a proibição total. Homossexuais já podem dar sangue**. Disponível em: <<http://www.dn.pt/sociedade/interior/homossexuais-ja-podem-dar-sangue-mas-com-condicionantes-5397574.html>>. Acesso em: 31 de maio 2017.

são ainda mais rígidos e aplicam uma restrição permanente quanto a estes doadores, como na Austrália³⁸.

Ao redor do mundo, cerca de 50 países mantem algum tipo de restrição quando o assunto é a doação de sangue por HSH. Entretanto, este cenário começou a mudar, sobretudo na última década. Alguns países começaram a rever seus protocolos e eliminar as restrições com base na sexualidade do doador como passaremos a analisar.

Na América do Sul o Chile saiu na vanguarda e Em meados de abril de 2013 o Governo Chileno, por meio do seu Ministério da Saúde, emitiu uma “Norma Técnica Geral que regula o procedimento de atenção aos doadores de sangue”, que acabou com qualquer restrição a doação de sangue como base na orientação sexual do doador.

O texto trouxe explicitamente que “a seleção de doadores deve basear-se em critérios estritamente técnicos e de segurança para doadores e potenciais receptores, sem que possam impor condições de discriminação arbitrárias como, orientação sexual, política, religião ou qualquer outra”³⁹.

Já em setembro de 2015, a Argentina retirou as restrições para doação de sangue por HSH, com a justificativa de “pôr fim a discriminação por orientação sexual no processo de doação de sangue”, como sugere o título da matéria oficial publicada no próprio site do Ministério da Saúde da Argentina:

A fim de avançar para um Sistema Nacional de Sangue seguro, solidário e inclusivo, o Ministério da Saúde da Nação, por Daniel Gollan , vai apresentar amanhã (16 de setembro de 2015) os novos requisitos para doar sangue como parte das políticas de saúde promovidos por esta carteira e em particular pelo Plano Nacional de sangue, com o objetivo de acabar com uma longa história de discriminação institucional contra a comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros).⁴⁰

Em julho do mesmo ano, na cidade de Buenos Aires, o processo para doar sangue já havia sido alterado, após a eliminação da exigência de dados a

³⁸ Site do Ministério da Saúde da Austrália. Disponível em <<http://www.rotekreuz.at/blutspende/informationen-zur-blutspende/wer-darf-blutspenden/>> Acesso em 23 de maio de 2017.

³⁹ EMOL.COM. **Estado chileno termina con prohibición de que homosexuales puedan donar sangre.** Disponível em: <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/04/24/595239/movilh-valora-reglamento-que-termina-con-prohibicion-de-donar-sangre-a-gays-y-lesbianas.html>>. Acesso em: 30 de maio 2017. (tradução nossa).

⁴⁰ ARGENTINA. MSAL. **Ministerio de Salud pone fin a la discriminación por la orientación sexual para donar sangre.** 2015. Disponível em: <http://www.msal.gob.ar/prensa/index.php?option=com_content&view=article&id=2846:ministerio-de-salud-pone-fin-a-la-discriminacion-por-la-orientacion-sexual-para-donar-sangre&catid=6:destacados-slide2846>. Acesso em: 23 de maio 2017. (tradução nossa)

respeito da identidade de género, vida pessoal e sexual ou qualquer informação que possa discriminar o doador, de acordo com uma mudança na lei 3328/09 aprovada por unanimidade pelo Poder Legislativo da Argentina⁴¹.

Na Europa temos o curioso caso da Rússia que, conhecida por seu histórico de perseguição a comunidade LGBT, retirou qualquer restrição a doação de sangue por esses grupos ainda em 2008. Houve uma tentativa de restauração desta restrição em 2013 por meio de um projeto de lei que foi rejeitado.

A Espanha, por meio de um Decreto Real publicado em setembro de 2005 pelo Ministério da Saúde, priorizou a boa condição de saúde do doador, em detrimento a suas práticas sexuais⁴².

Lá, o procedimento para doação é bem parecido com o adotado no Brasil: requisitos objetivos (idade, peso, etc.), questionário, entrevista pessoal com profissional de saúde, exames e testes sorológicos, etc. Entretanto, não se leva em consideração em momento algum se o doador do sexo masculino faz sexo com outro homem como critério de exclusão imediata⁴³.

Já a África do Sul, que é o país com uma das maiores populações de soropositivos do mundo, utilizava um critério diferenciado para doação de HSH, mas fez uma alteração em suas normas para incluir a todos os candidatos a doadores, as mesmas restrições impostas anteriormente aos HSH. Assim, eliminando qualquer distinção entre os doadores com base em sua orientação sexual.

Neste sentido, observamos uma mudança no paradigma mundial com importantes países ao redor do mundo em processo de transição, seja extirpando tais restrições para os HSH, no tocante a doação de sangue, ou reduzindo tais limitações.

Esse cenário tornou-se possível devido aos avanços da medicina nestes mais de trinta anos em que o mundo vem convivendo com o HIV/AIDS. Tais avanços possibilitaram um maior controle da doença e uma redução significativa na janela imunológica do vírus, por exemplo. Também temos como importante ingrediente

⁴¹ BUENOS AIRES. LA LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. **Ley de sangre, sus componentes y hemoderivados Marco regulatorio**. 2009. Disponível em: <<http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley3328.html>>. Acesso em: 23 de maio 2017.

⁴² LAVANGUARDIA,. **¿Pueden los homosexuales donar sangre en España?** Disponível em: <<http://www.lavanguardia.com/vida/20150430/54430310575/homosexuales-sangre-espana.html>>. Acesso em: 30 de maio 2017.

⁴³ Servicio Madrileño de Salu. **¿Puedo ser donante?** Disponível em: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?cid=1259569862328&language=es&pagename=PortalSalud/Page/PTSA_pintarContenidoFinal&vest=1259499533482>. Acesso em: 31 de maio 2017.

para tal a luta por direitos iguais e pelo fim das discriminações com base na orientação sexual do indivíduo, sempre em prol da dignidade das pessoas.

5. CONCLUSÃO

É importante ressaltar que todo o debate trazido neste trabalho não se trata da análise de um “direito a doar sangue”, mas de um direito geral de liberdade. Liberdade para, caso apresentando-se como candidato a doar sangue, tenha um tratamento igual a qualquer outro, independente de sua orientação sexual.

Aliás, a doação voluntária de sangue é, inclusive, bastante incentivada pelo próprio Estado, por meio de campanhas nos meios de comunicação as quais incitam e exaltam o altruísmo do doador. Entretanto, quando os cidadãos pertencentes ao rotulado grupo dos HSH tentam praticar este ato de solidariedade, são rejeitados no momento da doação pelos profissionais de saúde, graças a uma norma estatal, que finca sua justificativa em uma premissa discriminatória que remonta aos primórdios dos anos 80, quando do início da epidemia da AIDS, de que teriam “maior predisposição de transmitir o vírus”.

Nunca é demais reforçar que todos os seres humanos merecem respeito, sem qualquer distinção neste sentido, e este respeito deve vir de todos, sobretudo do Estado, como bem reforça nossa constituição.

Tratar todos os homens que fazem sexo com homens como inaptos a doação de sangue, sem nenhum tipo de distinção entre eles, ignorando as particularidades de cada indivíduo e carregando todos eles de uma visão ultrapassada e carregada de preconceito e discriminação por parte do Estado, no momento em que estes se dispõem a praticar o generoso gesto da doação de sangue, fere de morte princípios constitucionais basilares da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação.

Parece razoável restringir a doação de sangue indistintamente a todos os HSH, sem qualquer outro critério, considerando todos eles, independente até de estarem estes em situação idênticas a de outros doadores heterossexuais considerados aptos a doar?

Fundadas em conceitos há muito superados e carregadas de prejulgamento, uma vez que considera todos os HSH com risco acrescido para o HIV/AIDS, as normas estudadas realizam um tratamento discriminatório.

Assim, concluímos que os princípios constitucionais da igualdade, não discriminação, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, vedam à

discriminação de candidatos a doação de sangue com base no critério de serem homens que fazem sexo com homens.

Tal discriminação, embora camuflada por dados estatísticos, apresenta-se falível em uma ótica de racionalidade e razoabilidade e exigidas para que seja implantado tal tratamento desigual.

Direta ou indiretamente, é fato que esta restrição recai sobre a orientação sexual do doador, especialmente quando esta é homo ou bissexual. Reforçando o estigma de estes indivíduos são considerados parte de um grupo de risco para o HIV, embora tal conceito já tenha sido superado há décadas no contexto do HIV/AIDS. Para tal restrição torna-se indispensável uma sólida gama de argumentos que devem ir muito além de simples estatística genérica de maior incidência do vírus neste grupo, para que se tenha respaldo frente ao princípio da igualdade, sem ferir os demais princípios.

6. REFERÊNCIAS

ALTMAN, Lawrence K. **NEW HOMOSEXUAL DISORDER WORRIES HEALTH OFFICIALS**. The New York Times: May, 1982. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1982/05/11/science/new-homosexual-disorder-worries-health-officials.html?pagewanted=all>>. Acesso em 22 de outubro de 2016

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

ARGENTINA. MSAL. **Ministerio de Salud pone fin a la discriminación por la orientación sexual para donar sangre**. 2015. Disponível em: <http://www.msal.gob.ar/prensa/index.php?option=com_content&view=article&id=2846:ministerio-de-salud-pone-fin-a-la-discriminacion-por-la-orientacion-sexual-para-donar-sangre&catid=6:destacados-slide2846>. Acesso em: 23 maio 2017.

AYRES, J. R. C. M. et al. Risco, vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção da saúde. In: CAMPOS, G. W. S. et al. (orgs.). **Tratado de saúde coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

BUENOS AIRES. LA LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. **Ley de sangre, sus componentes y hemoderivados Marco regulatorio**. 2009. Disponível em: <<http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley3328.html>>. Acesso em: 23 maio 2017.

Carta Molecular. **NAT – Triagem molecular nos bancos de sangue**. Disponível em: <http://www.centrodegenomas.com.br/Arquivos/1/Carta_Molecular_N11.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2017.

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

DN. **Acabou a proibição total. Homossexuais já podem dar sangue**. Disponível em: <<http://www.dn.pt/sociedade/interior/homossexuais-ja-podem-dar-sangue-mas-com-condicionantes-5397574.html>>. Acesso em: 31 de maio 2017.

EMOL.COM (Chile). **Estado chileno termina con prohibición de que homosexuales puedan donar sangre**. Disponível em: <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/04/24/595239/movilh-valora->

reglamento-que-termina-con-prohibicion-de-donar-sangre-a-gays-y-lesbianas.html>. Acesso em: 30 de maio 2017. (tradução nossa).

FONSECA, Carlos Brandão. **As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?** São Paulo: Ed. Autores Associados, 2005.

GOMES CANOTILHO, J.J.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

HEMOCE. Manual de Uso Racional do Sangue. 2014

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2ª ed. 7ª Ed. da tradução portuguesa. Coimbra: Almedina, 2008.

LAVANGUARDIA,. **¿Pueden los homosexuales donar sangre en España?** Disponível em: <<http://www.lavanguardia.com/vida/20150430/54430310575/homosexuales-sangre-espana.html>>. Acesso em: 30 de maio 2017.

Nobelprize.org. **The 2008 Nobel Prize in Physiology or Medicine - Press Release**. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/2008/press.html>. Acesso em 22 de outubro 2016.

NUNES, Luiz A. R. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

Portal Brasil. **Teste de qualidade no sangue é obrigatório no Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2014/11/teste-de-qualidade-no-sangue-e-obrigatorio-no-brasil>>. Acesso em 27 de janeiro de 2017.

Patel P, Borkowf CB, Brooks JT. Et al. **Estimating per-act HIV transmission risk: a systematic review**. AIDS. 2014. doi: 10.1097/QAD.0000000000000298.

Pretty LA, Anderson GS, Sweet DJ. **Human bites and the risk of human immunodeficiency virus transmission**. Am J Forensic Med Pathol 1999;20(3):232-239

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SETOR SAÚDE. **Teste NAT garante transfusão de sangue mais segura**. Disponível em: <<https://setorsaude.com.br/teste-nat-garante-transfusao-de-sangue-mais-segura/>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017

SCHAURICH, Diego. Dos Grupos de Risco à Vulnerabilidade: Reflexões em Tempos De HIV/Aids. **Revista Contexto & Saúde**, Porto Alegre, p.115-127, jun. 2004. Mensal. Ano 03, nº 06.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25^o ed. Malheiros: São Paulo, 2005

Site do **Ministério da Saúde da Austrália**. Disponível em <<http://www.rotekreuz.at/blutspende/informationen-zur-blutspende/wer-darf-blutspenden/>> Acesso em 23/05/2017.

Servicio Madrileño de Salu. **¿Puedo ser donante?** Disponível em: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?cid=1259569862328&language=es&pagename=PortalSalud/Page/PTSA_pintarContenidoFinal&vest=1259499533482>. Acesso em: 31 de maio 2017

SOROPOSITIVO, Jovem (Org.). **Risco de Transmissão do HIV**. Disponível em: <<https://jovemsoropositivo.com/2014/05/27/risco-de-transmissao-do-hiv/>>. Acesso em: 05 de maio 2017.

USA.FDA. **Revised Recommendations for Reducing the Risk of Human Immunodeficiency Virus Transmission by Blood and Blood Products: Questions and Answers**. 2015. Disponível em: <<https://www.fda.gov/biologicsbloodvaccines/bloodbloodproducts/questionsaboutblood/ucm108186.htm>>. Acesso em: 23 de maio 2017.

VIANA GNT, FES Sousa, Barbosa DOL et al. Triagem clínica do processo de doação de sangue: análise da recusa dos doadores. **Revista de Enfermagem UFPE online.**, Recife, 9 (supl. 1). 2015.

WHO (World Health Organization). **HIV and Young men who have sex with men: A technical brief**. WHO Document Production Services, WHO/HIV/2015.8, Geneva, Swotzerland. 2015.

7. ANEXO

Tabela – Probabilidade Estimada de Contrair HIV de uma Fonte Contaminada por Ato e Tipo de Exposição

Tipo de Exposição	Risco por 10.000 Exposições
Parentérica	
Transfusão de sangue	9.250
Compartilhamento de seringas para uso de drogas	63
Percutâneo (com agulha)	23
Sexual	
Sexo anal receptivo	138
Sexo anal insertivo	11
Sexo pênis-vaginal receptivo	8
Sexo pênis-vaginal insertivo	4
Sexo oral receptivo	Baixo
Sexo oral insertivo	Baixo
Outros	
Mordendo	Negligenciável
Cuspindo	Negligenciável
Arremessando fluidos corporais (incluindo sêmen ou saliva)	Negligenciável
Compartilhando brinquedos sexuais	Negligenciável

Fonte: Patel P, Borkowf CB, Brooks JT. Et al. Estimating per-act HIV transmission risk: a systematic review. AIDS. 2014. (Tradução Jovem Soropositivo)

Documentos Consultados

ANVISA. RDC N° 34, de 11 de junho de 2014. **Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue.**

ANVISA. RDC N° 343, de 13 de dezembro de 2002. **Dispõe sobre o Regulamento Técnico para a obtenção, testagem, processamento e Controle de Qualidade de Sangue e Hemocomponentes para uso humano, e dá outras providências**

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 112, de 29 de janeiro de 2004. **Dispõe sobre a implantação, no âmbito da Hemorrede Nacional, da realização dos testes de amplificação e detecção de ácidos nucleicos (NAT), para HIV e HCV.** Brasília. 2004.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria nº 721, de 9 de agosto de 1989 **Aprova as normas técnicas destinadas a disciplinar a coleta, o processamento e a transfusão de sangue total, componentes e derivados em todo o território nacional.**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 158 de 04 de fevereiro de 2016. **Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos.**

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 236, de 2 de maio de 1985. **Cria o Programa de Controle da SIDA ou AIDS**

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria Interministerial N° 7, de 30 de abril de 1980. **Dispõe sobre a implementação do Programa Nacional de Sangue e Hemoderivados - PRÓ-SANGUE.** Brasília : MS/MPAS; 1980.

Glossário da Área de Saúde

B

BACTÉRIAS - "*Organismos vegetais microscópicos, geralmente sem clorofila, essencialmente unicelulares e universalmente distribuídos*". Bactérias de origem fecal. Ver também "Coliforme Fecal". (ABNT, 1973). (18)

D

DOENÇA DE CHAGAS - é uma antroponose causada pelo protozoário flagelado *Trypanosoma cruzi*. Na ocorrência da doença, observam-se duas fases clínicas: uma aguda, que pode ou não ser identificada, podendo evoluir para uma fase crônica caso não seja tratada com medicação específica. (PORTAL SAÚDE)

DST – Doenças sexualmente transmissíveis ou Infecção sexualmente transmissível, conhecidas antigamente como doenças venéreas, são doenças infecciosas que se transmitem essencialmente pelo contato sexual, de origem viral ou bacteriana. (Wikipedia)

H

HTLV (*Human T lymphotropic virus*) - é um retrovírus da mesma família do HIV, que infecta a célula T humana, um tipo de linfócito importante para o sistema de defesa do organismo. (Drauzio Varella)

J

JANELA IMUNOLÓGICA - é a expressão usada para designar o período que um organismo leva, a partir de uma infecção, para produzir anticorpos que possam ser detectados por exames de sangue. A janela imunológica varia de acordo com o tipo de infecção e sensibilidade do teste utilizado para detectá-la. O problema associado a isso é o fato de que um exame realizado durante a janela imunológica pode apresentar um falso negativo, levando o paciente a crer que não está infectado. A

forma correta de lidar com isso é refazendo o exame após o período determinado pela janela imunológica. (Wikipédia).

P

PNEUMONIA POR PNEUMOCYSTIS CARINII - também chamada de pneumocistose, é uma das infecções oportunistas mais frequentes em indivíduos infectadas pelo HIV. O *Pneumocystis carinii* é um fungo que pode residir inofensivamente nos pulmões normais, mas que adoece adultos e crianças com um sistema imunológico debilitado. (Manual MSD). (seção 4, capítulo 41)

POLITRANSFUNDIDOS - Indivíduo que recebeu diversas transfusões de sangue.

S

SARCOMA DE KAPOSI - é um cancro que se origina nos vasos sanguíneos, geralmente da pele. Nos indivíduos com AIDS, costuma aparecer primeiro como uma sarda rosada, vermelha ou púrpura de forma arredondada ou ovalada. Estas formações podem aparecer em qualquer parte do corpo, mas em geral fazem-no na cara. Ao fim de vários meses, as manchas podem aparecer em várias zonas do corpo, incluindo a boca; também se podem desenvolver em órgãos internos e gânglios linfáticos, onde podem causar uma hemorragia interna. (Manual MSD). (seção 18, capítulo 208).

SÍFILIS - é uma doença de sexualmente transmissível causada pela bactéria *Treponema pallidum*. Esta bactéria penetra no organismo através de membranas mucosas, como as da vagina ou da boca, ou então através da pele. Horas depois, chega aos gânglios linfáticos e em seguida propaga-se por todo o organismo através do sangue. (Manual MSD). (seção 17, capítulo 189)

SISTEMA IMUNE - é um sistema de estruturas e processos biológicos que protege o organismo contra doenças.

T

TESTE NAT - Um teste de ácido nucleico, também chamado de teste "NAT" (do inglês nucleic acid amplification test - "NAAT"), é uma técnica bioquímica usada para detectar um vírus ou uma bactéria. Estes testes foram desenvolvidos para diminuir o período de janela, um período que ocorre entre a infecção do paciente e o momento em que há a positivação dos testes ELISA. O termo inclui qualquer teste que diretamente detecta o material genético do organismo ou vírus infectante. Vários métodos estão incluídos neste grupo, entre eles estão os métodos baseados na reação em cadeia da polimerase (PCR). (Wikipédia).

TESTES SOROLÓGICOS: são técnicas para detecção e a quantificação de antígenos (substância química ou orgânica capaz de produzir anticorpos) e anticorpos (substância do sangue capaz de destruir bactérias). (Wikipédia).

TESTES HIMUNOHEMATOLÓGICOS: são testes pré-transfusionais cuja finalidade é evitar reações transfusionais hemolíticas, tendo por obrigatórios os testes de Tipagem ABO / Rh; Pesquisa de Anticorpos Irregulares (PAI); Prova de compatibilidade; Reclassificação ABO/Rh do doador e receptor. (Wikipédia).