

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ORIENTAÇÃO SEXUAL:** o discurso jurídico entre igualdade e diferença na política nacional de sangue e hemoderivados.

São Luís  
2016

**LAÍS CRISTINA SANTOS DE ALMEIDA**

**ORIENTAÇÃO SEXUAL:** o discurso jurídico entre igualdade e diferença na política nacional de sangue e hemoderivados.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai

São Luís

2016

Almeida, Laís Cristina Santos de.

Orientação sexual: o discurso jurídico entre igualdade e diferença na política nacional de sangue e hemoderivados. Mariana Matos Costa. – 2016.

88 f.

Orientador(a): Cássius Guimarães Chai

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Universidade Federal do Maranhão, 2017.

1. Inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. 2. Orientação Sexual. 3. Discriminação indireta 4. Princípios constitucionais I. Chai, Cássius Guimarães. II. Título

**LAÍS CRISTINA SANTOS DE ALMEIDA**

**ORIENTAÇÃO SEXUAL:** o discurso jurídico entre igualdade e diferença na política nacional de sangue e hemoderivados.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em:        /        /

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai** (Orientador)

---

**1º membro da banca examinadora.**

---

**2º membro da banca examinadora**

Aos meus pais e irmão!

## AGRADECIMENTOS

A Deus, Senhor de toda honra e glória, por me conceder mais esta realização e por tudo que permitiu acontecer ao longo de minha vida para que eu chegasse até aqui sendo o perfeito espelho de força, amor e graça.

A minha família, pelo apoio e compreensão incondicionais quando tudo parecia ser mais difícil. À minha mãe, Teresa Almeida, por me mostrar através de sua história de vida que o melhor caminho sempre será a perseverança, a garra e a honestidade e por ser meu norte quando preciso de direção. Ao meu pai, Adilson Almeida, por se orgulhar de mim independente de qualquer coisa quando na verdade um de meus maiores orgulhos é apenas o fato de ser sua filha. Ao meu irmão, Lucas, pela alegria, leveza e parceria que cativam sempre um pedaço maior em meu coração. Ao Marcus Figueredo por sempre acreditar na minha capacidade de ir além e por ser sinônimo de calma, zelo e segurança em forma de abraços. Ao meu avô paterno Arlindo Almeida (*in memorian*) por sua presença eterna no traçado de nossa família. Ao meu avô materno, Otávio Santos, por me mostrar sempre que boas conversas e sorrisos nunca podem se ausentar. À minha avó paterna, Socorro Almeida, por me ensinar diariamente o mais puro significado do amor ao próximo e por me conceder a alegria de conviver com uma das mulheres mais incríveis que já conheci na vida. E à minha avó materna, Creusa Santos (*in memorian*), que, ao me fazer a tampa de sua panela, me mostrou que quem caminha sozinho pode até chegar mais rápido, mas quem caminha o lado de quem se ama chega mais longe.

Aos amigos pela torcida, ainda que muitas vezes na distância, e em especial ao Gabriell Portilho por sempre ampliar o meu conceito de amizade.

Aos professores do curso de Direito da UFMA, pelo conhecimento compartilhado durante a graduação e em especial ao professor Cássius Guimarães Chai por sempre nos incentivar a ser o melhor que podemos ser e por sua generosidade em compartilhar conosco, sempre e sem exceção, o mais valioso bem que poderíamos ter: o conhecimento.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“Uma vez, quando menino, fui chamado a segurar uma lâmpada, enquanto um médico operava um pobre-diabo que tinha sido carneado por soldados da polícia municipal. Ele estava horrivelmente ferido, apareciam-lhe os intestinos e tinha o rosto todo retalhado. Eu sentia medo e náusea, mas não larguei a lâmpada. Acho que a nossa tarefa é esta: com medo ou não, segurar a luz acesa pra deixar que apareçam as injustiças do mundo.”

Erico Veríssimo

## RESUMO

Trata-se de estudo sobre a inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens que, no ordenamento legal pátrio, está disposta no artigo 64, IV da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde. O estudo tem justificativa na evidente importância de examinar-se o cerceamento de um direito em função do critério da orientação sexual, sobretudo pelo contexto heterossexista que sempre estigmatizou as orientações sexuais periféricas. Assim, uma análise doutrinária da orientação sexual como direito fundamental foi realizada através de seu panorama conceitual, histórico e principiológico. Em prosseguimento, foi realizada uma análise legal, doutrinária, jurisprudencial e de direito comparado da fundamentação científica e jurídica da inaptidão. Foram então apresentados novos argumentos no sentido de construir uma nova perspectiva sobre o tema e mostrar a fragilidade teórica da inaptidão ora analisada. Por fim, foi concluído que, ao possuir uma fundamentação questionável, a inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens é indiretamente discriminatória e que o atual processo de seleção de doadores de sangue precisa ser revisto.

Palavras-chave: Orientação sexual. Doação de Sangue. Inaptidão. Fundamentação científica e jurídica questionável. Discriminação Indireta.



## **ABSTRACT**

This is a study about the temporary inability of blood donation by men who have sex with men, which is regulated in the article 64, IV of Ministerial Order 158/2016 of the Health's Ministry. This study is justified by the evident importance of examining the a right restriction based on the sexual orientation as a criterion, especially by the heterosexual context that always stigmatized the peripheral sexual orientations. Thus, a doctrinal analysis of sexual orientation as a fundamental right was done by its conceptual, historical and principiological scenery. Subsequently, it was made a legal, doctrinal, jurisprudential and of comparative law analysis of the scientific and legal basis of the inability. Then, new arguments were presented in order to construct a new perspective on the subject and to show the theoretical fragility of the blood donation inability. Finally, it was considered that the temporary inability of blood donation by men who have sex with men is indirectly discriminatory and that the current blood donor selection process needs to be reviewed.

Key-words: Sexual Orientation. Blood Donation. Inepitude. Questionable scientific and juridical basis. Indirect discrimination.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>p. 12</b>
<b>2</b>	<b>DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL: panorama conceitual, histórico e principiológico .....</b>	<b>p. 14</b>
<b>2.1</b>	<b>Orientação sexual e seu panorama conceitual.....</b>	<b>p. 15</b>
<b>2.2</b>	<b>Panorama histórico das variadas orientações sexuais .....</b>	<b>p. 17</b>
<b>2.3</b>	<b>Direito fundamental à livre orientação sexual: análise principiológica .....</b>	<b>p. 19</b>
<b>2.3.1</b>	<b>Isonomia .....</b>	<b>p. 21</b>
<b>2.3.2</b>	<b>Liberdade .....</b>	<b>p. 23</b>
<b>2.3.3</b>	<b>Dignidade da pessoa humana .....</b>	<b>p. 24</b>
<b>2.3.4</b>	<b>Princípios de Yogyakarta .....</b>	<b>p. 26</b>
<b>3</b>	<b>A INAPTIDÃO TEMPORAL DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE TIVERAM RELAÇÕES SEXUAIS COM OUTROS HOMENS E/OU AS PARCEIRAS SEXUAIS DESTES. INAPTIDÃO TEMPORAL DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE TIVERAM RELAÇÕES SEXUAIS COM OUTROS HOMENS E/OU AS PARCEIRAS SEXUAIS DESTES .....</b>	<b>p. 29</b>
<b>3.1</b>	<b>Base legal da inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes no ordenamento jurídico brasileiro .....</b>	<b>p. 30</b>
<b>3.2</b>	<b>Fundamentação científico-biológica da inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes no ordenamento jurídico brasileiro .....</b>	<b>p. 33</b>
<b>3.3</b>	<b>Fundamentação jurídica da inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes no ordenamento jurídico brasileiro .....</b>	<b>p. 43</b>
<b>3.4</b>	<b>A inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes no direito comparado .....</b>	<b>p. 50</b>
<b>4</b>	<b>O EVIDENTE VIÉS DISCRIMINATÓRIO E PRECONCEITUOSO DA INAPTIDÃO TEMPORAL DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM COM HOMENS .....</b>	<b>p. 56</b>
<b>4.1</b>	<b>Contrapontos à fundamentação científica da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens oficialmente defendidas no Brasil .....</b>	<b>p. 57</b>

<b>4.2</b>	<b>Contrapontos à fundamentação jurídica da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens oficialmente defendida no Brasil .....</b>	<b>p. 63</b>
<b>4.3</b>	<b>Outras questões relevantes na análise do viés discriminatório da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens ...</b>	<b>p. 70</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>p. 74</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>p. 77</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho resulta de várias pesquisas realizadas ao longo da graduação em Direito e possui como objetivo institucional imediato a produção de um trabalho científico para obtenção do título de bacharel em Direito na Universidade Federal do Maranhão. Este trabalho tem ainda por objeto a análise da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, insculpida no art. 64, IV da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, a partir da consideração de suas vantagens e desvantagens e de sua possível discriminação indireta.

Não há como negar a mudança de paradigma, tendente cada vez mais, que vem fortalecendo a proteção jurídica de homossexuais, bissexuais e transgêneros. Entretanto, ainda muito há a se percorrer até que o ordenamento jurídico pátrio consiga de fato proteger àqueles que até hoje se encontram eivados de tratamento ainda arcaico tão somente por conta de sua orientação sexual ou de gênero.

Outrossim, destaca-se que o problema pesquisado goza de evidente importância no ordenamento jurídico nacional, dando ensejo assim ao desenvolvimento de variadas discussões, pesquisas e questionamentos acerca do mesmo, sobretudo por muitas vezes esbarrar em temas tão relevantes visceralmente relacionados aos preceitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

E é exatamente aqui que se encontra a necessidade do relevo antropológico e institucional da problemática e da hipótese investigativa deste trabalho: na importância da análise de cerceamento de um direito em função do critério da orientação sexual à luz dos princípios e preceitos constitucionais vigentes. Importa destacar, assim, que não há como se garantir um desenvolvimento jurídico proveitoso de um ordenamento que ainda põe à sua margem grupos sociais tão somente em razão de sua orientação sexual.

Por ser a dignidade da pessoa humana o arcabouço principiológico primário do Estado Democrático de Direito, é de caráter lógico que a utilização da orientação sexual como um fator de *discrímen* injustificado não merece guarida, inclusive por se reconhecer a livre orientação sexual como um direito fundamental de segunda geração. E é nesse marco teórico que a presente pesquisa encontra sua base na efetivação do direito individual, atualmente limitado de forma discriminatória, de homens homossexuais poderem doar sangue.

O tema supramencionado, portanto, volta-se a problematizar sobre a forma como o Direito brasileiro tem abordado questões concernentes ao uso da orientação sexual, ainda que a norma não afirme isso diretamente, como um fator de limitação de direitos. A necessidade

dessa abordagem nasce primordialmente dos rotineiros contextos sociais em que a sexualidade ainda é considerada um tabu, sobretudo quando se têm em conta às chamadas sexualidades periféricas. Isso se dá principalmente em razão do histórico de construção das sociedades – em que a sociedade brasileira figura como um grande exemplo – extremamente ligada à tradição e ditames religiosos que, de certa forma, tratam com estranheza as relações homoafetivas ou qualquer outra forma de manifestação sexual que se aparte do padrão heterocentrado por eles defendidos.

São por estas razões que o presente trabalho tem por objetivo geral analisar a não plausibilidade da inaptidão temporal de doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes à luz dos preceitos constitucionais dos direitos humanos, do princípio da isonomia, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Ademais, adotam-se ao longo deste trabalho os seguintes objetivos específicos: o primeiro deles, é traçar um panorama histórico, conceitual e principiológico da orientação sexual à luz da garantia de direitos. Em prosseguimento, objetiva-se apresentar a fundamentação científica e jurídica da inaptidão temporal de doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes e sua existência no direito comparado. Por fim, este trabalho tem por objetivo analisar, baseado na dignidade da pessoa humana, na isonomia, na liberdade e na teoria do impacto desproporcional, se a supracitada limitação consiste em discriminação em virtude de orientação sexual dos doadores.

O alcance destes objetivos parte da análise doutrinária e jurisprudencial acerca da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens no ordenamento jurídico brasileiro e no contexto internacional.

De início, traçar-se-á um panorama histórico, conceitual e deontológico acerca da sexualidade e da orientação sexual, abordando-se aspectos da história da homossexualidade, suas construções sociais, seus conceitos-chave e sua vertente deontológica, com a análise dos princípios da isonomia, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da livre orientação sexual como direito fundamental de segunda geração (DIAS, 2011, p. 85).

Em prosseguimento, será analisada de forma mais detida a inaptidão temporal de homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes para doação de sangue no ordenamento jurídico brasileiro e nos ordenamentos internacionais. Assim, apresentar-se-á a base legal do *discrímen* no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado, a fundamentação científica e jurídica da limitação oficialmente defendidas

pelos órgãos responsáveis, item este em que se destaca a relevância das peças apresentadas no bojo da ADIn 5543/2016 que tem por objeto a impugnação do art. 64, IV da Portaria n. 158/2016 o Ministério da Saúde que dispõe sobre a limitação temporal de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens. Para tanto, o presente trabalho fará uma conexão entre a citada portaria, artigos científicos, pareceres jurídicos e decisões estrangeiras que se posicionam pela manutenção da limitação.

Por fim, o presente trabalho se voltará a defender os motivos segundo os quais a inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens é uma norma discriminatória. Desta feita, apresentar-se-á os contra-argumentos tendentes a fragilizar a fundamentação científica e jurídica defendidas pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA, o impacto dessa limitação temporal no sistema de saúde brasileiro, a inexistência de uma norma brasileira que inabilite homens que fazem sexo com homens de doar seus órgãos e a necessidade de se evitar o uso da orientação sexual como fator de *discrímen* a luz do direito à diferença.

Nessa etapa do trabalho far-se-á um enlace geral das obras citadas, das legislações nacionais e estrangeiras que dispõem sobre a limitação, a jurisprudência nacional e estrangeira acerca do tema, os pareceres jurídicos, artigos científicos e outras formas de pesquisa no sentido de revelar o evidente aspecto discriminatório indireto da limitação temporal e, como nota conclusiva, defende-se a necessidade de mudá-la a fim de evitar a marginalização de um grupo populacional que em muito já foi vítima de estigmatização.

## **2 DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL: panorama conceitual, histórico e principiológico.**

É evidente que a sexualidade humana – por ser um complexo ramo abrangente de variadas perspectivas que tecem a personalidade do indivíduo – desperta curiosidade e até mesmo questionamentos propulsores de seu estudo. Dentre as perspectivas decorrentes da sexualidade, existe a orientação sexual, caractere este de impacto significativo na formação da personalidade humana por compreender a atração que sentem os indivíduos no sentido de formar suas relações amoroso-afetivas (RIOS, 2011, p. 06).

Em face da essencialidade desta perspectiva da sexualidade, é inegável que os ordenamentos jurídicos necessitam, não só deixar de se omitir a seu respeito, mas como assegurar de forma efetiva que as diferentes orientações sexuais não sejam, de qualquer forma, juridicamente preteridas. É forçoso reconhecer que a aparente inclinação social ao desrespeito daquilo que é diferente não pode jamais servir de fundamento para a privação de direitos de quem quer seja, até mesmo porque, como se verá adiante, a discriminação em razão da orientação sexual lesiona esta dimensão da sexualidade enquanto direito fundamental (DIAS, 2011, p. 31).

Portanto, para que se possa compreender a livre orientação sexual como direito fundamental e a proibição de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens – nos moldes do artigo 64, IV da Portaria 2.712/13 do Ministério da Saúde – como violação direta desse direito, é interessante traçar sua análise pormenorizada desdobrada no panorama conceitual, histórico e principiológico da orientação sexual como será feito adiante.

### **2.1 Orientação sexual e seu panorama conceitual.**

Para que se compreenda de forma efetiva o cerne principal do trabalho ora proposto, é imprescindível fazer uma análise sobre os variados conceitos ligados à sexualidade humana enquanto um complexo e misterioso campo integrante da formação da personalidade humana. (GIRARDI, 2014, p. 37).

Assim, cabe destacar de início que a sexualidade é um campo geral que se ramifica em quatro aspectos distintos: gênero, papel, identidade e orientação sexual (OLIVEIRA, 2010, p.19). É inegável que cada um destes aspectos é essencial para a análise da sexualidade, porém, para o entendimento da proibição da doação de sangue por homens que fizeram sexo

com outros homens, impende-se analisar de forma pormenorizada o aspecto da orientação sexual e seus desdobramentos.

A orientação sexual compreende-se como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualidade), sexo oposto (heterossexualidade), ambos sexos (bissexualidade) ou para ninguém (assexualidade) (RIOS, 2011, p. 06).

Desta forma, a orientação sexual tem como condição primeira a identificação do sexo da pessoa escolhida em relação à pessoa que escolhe, uma vez que o gênero da pessoa desejada, sendo ele masculino ou feminino, é o dado condicionante da orientação sexual daquele que escolhe. (DIAS, 2011, p. 43),

Nessa esteira, necessário se faz esclarecer que os aspectos da orientação sexual e do gênero relacionam-se, mas não se confundem jamais. O gênero reflete-senas formas da própria pessoa identificar-se e ser identificada como homem ou como mulher. A orientação sexual, por sua vez, reflete-se na atração afetivossexual de alguém de um determinado gênero por alguém de algum(ns) gênero(s). Referidas dimensões são ligadas, mas independentes uma da outra já que inexistente uma norma imperativa de orientação sexual em razão do gênero dos indivíduos (JESUS, 2012, 14).

De outro lado, cumpre salientar que a “orientação sexual” é elemento distinto ainda do chamado comportamento sexual, uma vez que apesar de ser imperioso que todos os indivíduos tenham sua orientação sexual, isso não quer dizer que a expressem através de atos (OLIVEIRA, 2010, p.19).

Feitas as devidas distinções, cumpre salientar que, em razão da vastidão e complexidade da perspectiva da orientação sexual, ela desdobra-se em variadas vertentes, dentre as quais a heterossexual que é tida, socialmente, como padrão de “normalidade”. Desta forma, as perspectivas da orientação que se apartam desse ideal heterossexual são as chamadas orientações sexuais periféricas concernentes nas orientações homossexual, bissexual e assexual (FOUCAULT, 2009, p. 46).

A heterossexualidade diz respeito à atração afetivossexual em pessoas de sexo diferente de quem se sente atraído. Ou seja, reflete a orientação sexual considerada pela sabedoria comum e popular como a mais natural em que um homem tem atração por mulheres, ao passo que uma mulher sente atração por homens (RIOS, 1998, p. 06).

A bissexualidade, a seu turno, consiste na atração afetivossexual que um indivíduo de qualquer gênero sente por pessoas de sexo masculino e feminino. Assim, fala-se de uma mulher que tem atração por homens e mulheres e do homem que sente atração por homens e



mulheres. Em seu extremo oposto, existe outra dimensão da orientação sexual que vem ganhando destaque na atualidade que é a chamada assexualidade, caracterizada por indivíduos indiferentes à atração afetivossexual por qualquer dos gêneros, seja masculino ou feminino (DIAS, 2011, p. 43).

Embora sejam dimensões da sexualidade ainda envoltas em certo desconhecimento em razão da forte tendência humana ao binarismo “heterossexual/homossexual”, “preto/branco”, dentre as dimensões acima citadas (OLIVEIRA, 2010, p.19), é a bissexualidade que exige maior atenção para a compreensão do presente trabalho quando abre a possibilidade de que um homem se relacione sexualmente, e afetivamente, com outro homem e, conseqüentemente, esteja abrangido pela proibição do artigo 64, IV da Portaria 2.712/13 do Ministério da Saúde.

Em prosseguimento, a dimensão da homossexualidade refere-se à atração afetivossexual por pessoas do mesmo sexo. Desta forma, reflete o caso em que uma mulher tem atração por mulheres ou que um homem tem atração por outros homens. Trata-se de uma orientação sexual que sempre existiu, mas que ainda é um estigma social e que muitas vezes é posta à marginalidade por não se adequar aos padrões do comportamento sexual considerado tradicional (RIOS, 1998, p. 06), sendo a proibição do artigo 64, IV da Portaria 2.712/13 do Ministério da Saúde mais uma dessas marginalizações quando impede que homens homossexuais possam ser doadores de sangue.

Em atenção ao regramento esposado na Portaria 158/2016, que limita a doação de sangue por “homens que fazem sexo com homens e/ou as parceiras sexuais destes” (art. 64, IV), cumpre destacar que essa nomenclatura é amplamente utilizada para designar homossexuais, bissexuais e outros homens que realizam a referida prática sexual, mas que podem não se sentir a vontade para se definirem como homossexuais ou bissexuais. Desta forma, para serem encaixados nesta designação basta tão somente que exista a prática do ato sexual entre homens, independentemente da orientação sexual que assumem seus praticantes (LIMA et al, 2014, p. 02)

Por fim, cumpre destacar que a transsexualidade não é caracterizada como orientação sexual em si, uma vez que não diz respeito à atração afetivossexual que um indivíduo sente, mas com a identidade destes indivíduos como sendo de um gênero diverso do sexo biológico a que pertencem, ou seja, implica em um desejo de viver ou ter uma experiência de vida de acordo com que é convencionalmente atribuído a outro gênero, sendo sua orientação sexual definida como homo, hétero, bi ou assexual de acordo com os indivíduos por quem o transexual sente atração (OLIVEIRA, 2010, p. 20).

## 2.2 Panorama histórico das variadas orientações sexuais.

É fato incontestável que a homossexualidade não é uma nova dimensão da orientação sexual, ela sempre existiu ao lado da heterossexualidade e é um fato da vida (BARROSO, 2007, p. 5). Embora sua aceitação desde os primórdios tenha sido disforme temporal e geograficamente, nenhuma sociedade foi capaz de negar de forma absoluta a sua existência já que – seja através de contos, relatos, mitos ou encenações – o amor entre gêneros iguais sempre foi revelado de diversas formas nas várias culturas espalhadas pelo globo ao longo dos séculos, principalmente a homossexualidade entre homens (DIAS, 2011, p. 31).

Em contrapartida à sabedoria e aceitação popular moderna, a homossexualidade é, e sempre foi, um comportamento humano e não-humano<sup>1</sup> natural. Inclusive, na Grécia antiga e no Império Romano – as duas maiores civilizações antigas definidoras da cultura ocidental – a homossexualidade era vista com a já citada naturalidade e até mesmo aceita sem discriminação. Neste recorte temporal, a homossexualidade era chamada de pederastia e assentava-se na estrutura social como um ritual sagrado, ainda que se valorizasse somente o pólo ativo da relação, reflexo este do machismo já existente à época (RODRIGUES, 2004, p. 36).

A mitologia grega exaltava o exercício da sexualidade como parte do cotidiano dos deuses e heróis, sendo Zeus e Ganimede o mais célebre casal masculino. A homossexualidade então não era tida como degradação moral, mas como uma necessidade natural e legítima principalmente entre homens mais velhos e rapazes mais jovens, sendo o enfoque concentrado somente na atividade ou passividade da relação entre iguais. A heterossexualidade guardava sua posição, de certa forma, reservada à reprodução, ao passo que a bissexualidade estava perfeitamente inserida ao contexto social grego (DIAS, 2011, p. 34).

Até mesmo a cultura espartana – conhecidamente voltada ao desenvolvimento das atividades militares pelos homens – encorajava o amor entre homens no exército como uma estratégia de combate, visto que o soldado lutaria não somente por seu Estado, mas por aquele com quem se relacionava (DIAS, 2011, p. 33).

Na Roma antiga, igualmente, a homossexualidade não era uma prática oculta, mas natural e legítima sendo passível de julgamento somente quem assumisse a passividade da

---

<sup>1</sup> O biólogo Bruce Bagemihl publica em 2000 seu livro “Biological Exuberance – Animal Homosexuality and Natural Diversity” em que prova a existência da homossexualidade entre animais.

relação, já que a referida passividade era relegada aos indivíduos considerados submissos como mulheres, jovens rapazes e escravos. É aí que surge a distinção entre a aceitabilidade da homossexualidade na Grécia e na Roma antiga, visto que nesta última o relacionamento entre o mesmo gênero era somente permitido entre homens e jovens escravos. (VECCHIATTI, 2008, p. 44).

A era Cristã, entretanto, insurge-se como o nascedouro da intolerância sexual contra homossexuais e bissexuais, sendo Justiniano um dos primeiros precursores legislativos contra os referidos comportamentos. A partir disso, grande parte dos Estados passou a expressamente repudiar a homossexualidade através de suas legislações baseadas no cristianismo e no incentivo de repovoamento da Europa, amplamente devastada pelas epidemias (VENOSA, 2001, p. 03).

A Igreja Católica, através do mito de Sodoma e Gomorra<sup>2</sup> e de concepções bíblicas<sup>3</sup>, passou a enxergar as relações homossexuais como perversão e abominação uma vez que a visão heterocentrista era bem mais condizente à ideia da família, enquanto homem e mulher, como essência da vida, sendo o sexo um pecado com utilidade puramente reprodutiva e admitido tão somente no âmbito do casamento. (DIAS, 2011, p. 37).

Nesta toada, a Idade Média consumou-se como o ápice da ojeriza à homossexualidade, quando ocorreu até mesmo a criminalização da referida prática, a exemplo do III Concílio de Latrão de 1179 que prescrevia a pena de morte ao crime de sodomia<sup>4</sup>. O entendimento do sexo como algo relacionado ao divino e ao casamento enquanto sacramento ganhava cada vez mais força, sobretudo sob os ensinamentos de São Tomás de Aquino, que advertia ser pecado mortal a utilização do sexo com qualquer outra finalidade que não a reprodução. (SPENCER, 1999, p. 96).

A influência católica foi também um fator determinante para alicerçar certa repulsa, ainda que muitas vezes velada, às práticas homossexuais em território brasileiro uma vez que o cristianismo foi a religião oficial no Brasil até a proclamação da República. Neste recorte temporal, eram consideradas legítimas tão somente as relações heterossexuais e no âmbito

---

<sup>2</sup> Segundo Gênesis 18:20, Sodoma e Gomorra são cidades que foram destruídas por Deus com fogo e enxofre devido ao seu pecado ter-se agravado extraordinariamente.

<sup>3</sup> Levítico, 18:22: “Com o homem não te deitará como se fosse mulher, é abominação”.

<sup>4</sup> Sodomia é o coito anal entre um homem e uma mulher ou entre indivíduos do sexo masculino (Dicionário Houaiss, 2010)

matrimonial, sendo todas as condutas sexuais fora destes limites consideradas moralmente recrimináveis, com destaque para as práticas homossexuais. (RODRIGUES, 2004, p. 22).

Portanto, é de caráter cristalino que essas raízes históricas da ojeriza ao sexualmente diferente, lamentavelmente, permanecem férteis na atualidade brasileira visto que é patente a resistência em reconhecer-se essa realidade existente desde a antiguidade. Basta observar-se, exemplificativamente, a imensidão do vácuo legislativo que marginalizava, até pouquíssimo tempo, o afeto homossexual como se este nem famílias formasse (RIOS, 2011, p. 06). É indiscutível a dificuldade em mudar padrões existentes por mais de vários séculos como já demonstrado, mas é igualmente incontroverso que o silêncio e a repulsa ao diferente não são mais opções, e é a isso que este trabalho se propõe a combater.

### **2.3 Direito fundamental à livre orientação sexual: análise principiológica.**

De início, cumpre ressaltar que os direitos fundamentais consistem na conjuntura princípios, normas e valores imanescentes da soberania popular no intuito de assegurar-se o convívio social pacífico, igualitário e digno sem considerar raça, origem, cor, religião e sexualidade (BULOS, 2015, p. 293). Nesse sentido, assim é destacável:

A revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito. Como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. E o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém - nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação - pode afirmar-se superior aos demais (COMPARATO, 2003, p. 08)

A salvaguarda destes direitos é corolário da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado Democrático e valor constitucional supremo do ordenamento jurídico brasileiro. Como será visto na análise principiológica adiante exposta, o referido princípio é fundado no direito de cada indivíduo ter sua existência digna, livre e igualitária aliada à preservação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal no intuito de garantir-se a todos o direito de traçar projetos de vida da forma que se desejar, afinal a essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos (ARENDDT, 2007, p. 70).

Desta forma, cumpre aqui destacar de maneira geral que o processo de evolução principiológica e social acabou por desdobrar os direitos fundamentais em diferentes gerações demarcantes do progresso das garantias humanas. Nessa toada, os direitos fundamentais de primeira geração foram firmados nos séculos XVII a XIX e são corolários das garantias individuais clássicas que se fundavam na limitação do poder estatal tão somente refletida nas prestações negativas por parte do Estado (BULOS, 2015, p. 294).

A segunda geração de direitos fundamentais, por sua vez, tem sua origem no pós-primeira guerra mundial e envolve os direitos sociais, econômicos e culturais no intuito de garantir-se o bem-estar e igualdade. Impõe-se ao Estado, portanto, uma atividade prestacional positiva e esta geração deu fundamento à criação dos direitos ao trabalho, à seguridade social e à subsistência digna do homem. E, por fim, a terceira geração dos direitos fundamentais engloba os direitos de solidariedade e fraternidade refletidos nos direitos ao meio ambiente saudável, a vida saudável e o progresso e vem sendo cada vez mais normatizados a nível constitucional. (BULOS, 2015, p. 294).

Feitas as devidas explicações, é forçoso reconhecer a sexualidade como parte essencial da condição humana uma vez que a realização de cada indivíduo depende evidentemente da liberdade de exercício de sua sexualidade. Logo, é decorrência lógica desta premissa que a liberdade sexual e a liberdade de orientação sexual estão abrangidas nas diversas expressões da personalidade, da individualidade e da dignidade humana e gozam de proteção enquanto direitos fundamentais (GIRARDI, 2014, p. 37).

A sexualidade, a luz das considerações anteriormente postas, é reconhecida então como um direito fundamental de primeira geração no sentido de estar compreendida no direito de liberdade em conjunto ao direito de tratamento igualitário independentemente de sua postura sexual. A livre orientação sexual, a seu turno, figura como um direito fundamental de segunda geração consagrado pelo direito à igualdade material, já que a discriminação que sofrem os homossexuais em razão de sua orientação sexual garantem a estes sujeitos uma posição social digna de proteção (DIAS, 2011, p. 85).

Ademais, cumpre destacar que cada vez mais é firmada a tendência em se considerar o direito à sexualidade como um direito fundamental de terceira geração no que se refere à sua decorrência direta da natureza humana, revelando assim a compreensão de que deve ser analisado de forma solidária. A realização da humanidade enquanto coletivo de individualidades precisa abranger o direito de seus indivíduos serem respeitados por sua preferência afetiva caso em que é de asseverar-se a sexualidade também como um direito de solidariedade. (DIAS, 2011, p. 85).

Portanto, é inegável que barrar de qualquer forma um ser humano de exercer seu direito fundamental à livre orientação sexual equivale a violar de forma evidente seu direito à intimidade e à livre busca da felicidade (VENOSA, 2001, p. 07). Assim, é muito pertinente a análise da proibição de que homens que fizeram sexo com outros homens possam doar seu sangue, estampada artigo 64, IV da Portaria 2.712/13 do Ministério da Saúde, enquanto possível norma atentatória do referido direito fundamental.

Tal será feito adiante a partir do estudo pormenorizado dos princípios constitucionais que alicerçam esse direito fundamental, notadamente os princípios da isonomia, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e os princípios de Yogyakarta, uma vez que a análise principiológica é essencial na compreensão do direito fundamental à livre orientação sexual e suas possíveis violações.

### 2.3.1 Isonomia.

A isonomia, com fundamento principal no artigo 5º, “caput” e inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é reconhecida doutrinariamente como um direito fundamental de segunda geração, um princípio e uma regra de ouro de diretriz interpretativa para todas as normas constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro (BULOS, 2015, p. 306).

O princípio *sub oculi* teve nascedouro legislativo expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, notadamente em seu artigo 1º que dispõe que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

A luz da referida previsão normativa, é necessário esclarecer que o aspecto formal do analisado princípio, com nascedouro na Revolução Burguesa em luta contra o regime feudal de privilégios do clero e da nobreza, assenta o entendimento de que todos são iguais perante a lei, refletindo a aplicação do direito a todos os indivíduos sem qualquer distinção. (RIOS, 2002, p. 41).

Este viés puramente formal da isonomia acabou por deixar ao alvedrio do legislador a tarefa de determinar, sem qualquer restrição, quem seriam os iguais e quem seriam os desiguais. Não é surpreendente que essa concepção meramente legalista do princípio, entretanto, fosse de encontro à aplicação dos direitos fundamentais dos cidadãos uma vez que essa ampla liberdade legislativa fez com que, muitas vezes, a lei se tornasse discriminatória a ponto de lesionar gravemente preceitos tão essenciais como a dignidade da pessoa humana. (VECHIATTI, 2014, p. 137).

Assim, a insuficiência do caráter meramente legalista da igualdade fez surgir a necessidade de uma percepção também material do princípio da isonomia que assegurasse a supremacia dos direitos fundamentais sobre a mera legislação. Assim, começou a vislumbrar-se a célebre visão aristotélica de igualdade como a mais acertada ao afirmar-se o dever de tratamento jurídico igualitário dos indivíduos que estão em situação igual e o tratamento

jurídico desigual dos indivíduos em situação desigual na medida da sua desigualdade (RIOS, 2002, p. 41).

Para melhor compreender o conteúdo jurídico do princípio da isonomia, é imperioso delimitar a identidade dos iguais e desiguais e os critérios utilizados para fazer as referidas distinções. Nesse sentido, é essencial delimitar que:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. (MELLO, 2001, p. 18)

Sob o prisma desses critérios, é claro que a lei não pode eleger como em parâmetro distintivo um traço extremamente específico que singularize, de forma cabal e absoluta, um indivíduo a ser abrangido pelo regime diferenciado e que o traço distintivo elegido resida necessariamente na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada (MELLO, 2001, p. 22).

Sob esse prisma, fica claro igualmente que o princípio da igualdade não é um embaraço para qualquer distinção que a lei possa estabelecer. O que é vedado ao bojo do conteúdo do referido princípio é a arbitrariedade dessas distinções que podem levar a um tratamento diferenciado sem qualquer parâmetro lógico ou razoável segundo valores objetivos. (CANOTILHO, 2007, p. 326). A igualdade apenas é pautada na justiça se não derivar de critérios iníquos que sirvam para igualar ou desigualar. Nesse sentido:

A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes – doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inegalitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma *corretiva*, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição (BARROSO, 2007, p. 14).

Isto posto, nada mais natural é questionar-se a possível arbitrariedade da proibição de que homens que fizeram sexo com outros homens possam doar seu sangue, conforme dispõe artigo 64, IV da Portaria 2.712/13 do Ministério da Saúde, a luz do conteúdo jurídico do princípio da isonomia e, principalmente, do direito à diferença.

### 2.3.2 Liberdade

O princípio da liberdade jurídica, sob as lições de John Stuart Mill, assegura em linhas gerais o direito de autonomia dos indivíduos procederem com sua vida da maneira que lhes

convier sob a condição de não prejudicarem terceiros (LOPES, 2007, p.53). Os indivíduos, portanto, devem possuir o direito de regular por si sós as suas ações como verdadeiro direito de personalidade.

É inegável que o referido princípio exerce uma influência substancial no que toca as questões sobre orientação sexual, sobretudo por garantir o direito dos sujeitos de viverem sua vida conforme seu próprio entendimento, sem que possa o Estado atribuir de forma arbitrária qualquer diferença moral entre as diferentes formas de viver. O Estado Democrático de Direito tem por um de seus fundamentos, assim, a vedação de imposição estatal de concepções filosóficas aos cidadãos e a proteção constitucional de todas as consciências (CANOTILHO E MOREIRA, 2009, P. 612).

Desta forma, é necessário garantir a proteção das consciências homo, hetero, bi e assexuais no conteúdo jurídico da liberdade de consciência como pressuposto assegurador da tolerância. Nesse sentido:

A liberdade geral de ação implica em um direito e em uma permissão *prima facie*. Cada um tem o direito a que o Estado não impeça suas ações ou omissões, bem como permita fazer ou não fazer o que quiser. Qualquer restrição a esta liberdade deve estar assentada em lei que, para isto, deve apresentar razões relevantes e constitucionalmente válidas, assentadas, em geral, no direito de terceiros ou no interesse coletivo. (DIAS, 2011, p. 89).

Aos indivíduos deve ser garantido o direito de fazer suas escolhas e seu traçado de vida conforme sua consciência pessoal e com o direito de escolha de seu par afetivo, independentemente do seu gênero. A abordagem jurídica diferenciada, por atração de um indivíduo por um ou outro gênero, revela a discriminação à própria pessoa enquanto sujeito livre para ter sua consciência. Afinal, esta discriminação acabaria por diferenciar o sujeito pelo sexo que possui, se igual ou diferente da pessoa por quem se sente atraída. (RIOS, 1998, p. 25)

Nesse sentido, “a liberdade de cada um é condição da liberdade de todos” (DIAS, 2011, p. 90). O Estado não só deve abster-se de influenciar a vida afetiva dos sujeitos de direito, mas igualmente garantir que essa liberdade de escolha não seja utilizada como parâmetro de distinção de direitos. Desta forma, cabe questionar se a proibição de que homens que fizeram sexo com outros homens possam doar seu sangue, conforme dispõe artigo 64, IV da Portaria 2.712/13 do Ministério da Saúde, fere indiretamente o direito de liberdade ao se cercear direitos de pessoas em função da sua orientação sexual uma vez que “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, 2007, p. 19).



A liberdade refletida na autonomia privada pode seguramente sofrer restrições, mas de forma legítima e razoável. A necessidade de limitações deve ser pautada na guarda outros bens jurídicos igualmente relevantes juridicamente, sendo tal ponderação derivada dos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade (DIAS, 2011, p. 87). No caso da citada proibição de doação de sangue, entretanto, discutível se apresenta a especial relevância na proibição uma vez que, o que se limita na liberdade de orientação sexual não beneficia qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

### 2.3.3 Dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, sob a ótica kantiana (2005, p. 61), denota o tratamento igualmente digno a todos os indivíduos simplesmente por serem pessoas humanas e é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil na esteira do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. É evidente o caráter de valor supremo assumido pelo analisado princípio que acaba por atrair o conteúdo de todos os direitos fundamentais, tal como dispõe os seguintes ensinamentos:

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica, Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. (SILVA, 1998, p. 92):

Desta forma, o princípio da dignidade humana é consagrado como a fórmula central dos direitos fundamentais ao abarcar os múltiplos conteúdos desde as condições materiais mínimas de existência até a integridade física e valores morais e espirituais (BULOS, 2015, p. 564). Por conseguinte, o ser humano é revelado como um fim em si mesmo e não um meio para consecução de outros fins. Nessa linha de pensamento, imperioso se faz destacar as seguintes premissas:

Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: (i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo<sup>70</sup>; e (ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”. (BARROSO, 2007, p. 20).

Ademais, é necessário reconhecer a luz destes ensinamentos que a dignidade da pessoa humana atua como um limite da atuação estatal e como um dever prestacional já que a atividade estatal deve providenciar todas as medidas necessárias na garantia de que todos indivíduos tenham sua dignidade garantida pela coletividade (SARLET, 2006, p. 47).

O princípio *sub oculi*, portanto, é caráter essencial na garantia do direito de felicidade a todos os indivíduos como reflexo da sua existência humana, uma vez que essa existência é pautada em evitar o sofrimento e buscar projetos de vida que lhes causem felicidade. A Constituição Federal quando assegura aos indivíduos uma variada gama de direitos, garantias e prerrogativas fundamentais visa assegurar de forma efetiva a dignidade destes e, conseqüentemente, a sua felicidade (DIAS, 2011, p. 118).

Outra vertente nuclear da dignidade da pessoa humana refere-se ao direito fundamental implícito ao respeito. A referida vertente possui profunda relação aos já analisados princípios da liberdade e da isonomia no que toca a exigência de respeito à autonomia individual de cada um para viver sua vida da forma que lhe for mais conveniente e de que todos, sem distinção, possuem tal prerrogativa oponível contra a coletividade (VECHIATTI, 2014, p. 118).

A dignidade da pessoa humana, portanto, assume a posição de qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o torna credor de respeito igualitário pelo Estado e pela coletividade, revelando como resultado uma gama de direitos e deveres fundamentais que garantam as condições existenciais mínimas para uma vida plena (SARLET, 2007, p. 382).

Diante de todo o exposto, nada mais natural que se compreenda o direito à livre orientação sexual como decorrência deontológica da dignidade humana. A discriminação alicerçada puramente na orientação sexual enquanto fator de *discrímén* jurídico lesa de forma evidente o conteúdo da dignidade humana como valor supremo e princípio constitucional nuclear e ratifica os prejudiciais estigmas sociais fundados em preconceito. Nessa esteira, cabe destacar que:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender de a orientação sexual, estar ou não prevista, de modo expresso na Constituição. A orientação que alguém imprime na esfera de sua vida privada não admite quaisquer restrições. [...] O valor da pessoa humana assegura o poder de cada um exercer livremente a sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade. Representa fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a contidianeidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana. (DIAS, 2011, p. 119).

A discriminação em razão da orientação sexual acaba por assentar, no mais das vezes, as relações afetivas ao parâmetro heterocentrado que, embora seja socialmente dominante,

não é juridicamente compulsório. Sentenciar as relações afetivas como artifício de realização de um padrão idealizado segundo concepções morais ou religiosas majoritárias equivale a sentenciar igualmente o indivíduo como meio de realização de um projeto de sociedade padronizada e como indigno de ser tratado da mesma forma que outros indivíduos em virtude de sua identidade individual. As identidades consideradas minoritárias, pautadas na dignidade humana, merecem assim o mesmo reconhecimento das identidades majoritárias sob pena de que os indivíduos sintam-se compelidos a negarem sua própria identidade para se sentirem juridicamente protegidos (BARROSO, 2007, p. 20).

A luz destas concepções, o trabalho então se voltará a investigar a possível lesão ao princípio da dignidade humana perpetrada pela proibição de que homens que fizeram sexo com outros homens possam doar seu sangue, conforme dispõe artigo 64, IV da Portaria 2.712/13 do Ministério da Saúde, ao, aparentemente, restringir direitos de indivíduos em razão de orientação sexual e ferir o núcleo axiológico da ordem constitucional representado pela dignidade da pessoa humana.

#### 2.3.4 Princípios de Yogyakarta

No intuito de melhor compreender o conteúdo e os fundamentos dos chamados princípios de Yogyakarta, indispensável e indispensável fazer-se a dissecação do panorama político-social em que se encontrava o movimento nacional e internacional de luta pelos direitos humanos de gays, bissexuais, travestis e transexuais no fim do século XX, recorte temporal de grande relevância no firmamento destes princípios. (GUIMARÃES, 2014, p. 709).

Neste intervalo temporal, o contexto geral internacional e brasileiro denotava uma posição pouco garantista e, por vezes, até violenta contra grupos que estavam apartados da identidade heterocentrada majoritária. Este quadro em muito era afervorado pela invisibilidade institucional a que estavam sujeitos os já citados grupos minoritários e pela vulnerabilidade que lhes atingia. Lamentavelmente, tal marginalização muitas vezes era concretizada até mesmo com a morte física destes indivíduos e, se assim não ocorresse, com sua morte social em face da precariedade jurídica que lhes segregavam socialmente (DIAS, 2011, p. 66).

Desta forma, a insustentabilidade deste cenário no fim dos anos 1990 fazia urgir crescentemente o avanço na proteção destas sexualidades periféricas e, então, relevantes progressos começaram ser vistos na Europa. Tal se exemplifica pela regulamentação da

parceria civil na França em 1999, que permitiu a organização dos direitos e deveres da união estável entre pessoas de gêneros diferentes ou iguais, e pela regulamentação do casamento entre pessoas do mesmo sexo nos Países Baixos em 2001. Em continuidade a este progresso, na ocorrência da 59ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em abril de 2003, a delegação brasileira cogitou a propositura de uma resolução voltada à proibição da discriminação por orientação sexual – conhecida como “Resolução Brasileira” – cuja proposta acabou por ser embargada pelas delegações dos Estados Unidos, Vaticano e alguns países árabes e nunca proposta. (GUIMARÃES, 2014, p. 709).

Entretanto, em 2007 um agrupamento internacional de experts articulou o lançamento dos chamados Princípios de Yogyakarta para convalidar o andamento da maturação da defesa dos direitos humanos das orientações sexuais periféricas. Os referidos princípios são consubstanciados em uma coletânea dos direitos humanos fundamentais regulados em tratados, convenções e outros textos internacionais e suas reinterpretações aplicáveis em contextos discriminatórios de pessoas ou grupos em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Portam-se, em verdade, como lembrete aos Estados dos encargos por eles já ratificados quanto à proteção dos direitos humanos de grupos sexualmente marginalizados (DIAS, 2011, p. 66).

Cabe destacar que os Princípios de Yogyakarta não são dotados de força coercitiva mas, por isso mesmo, são amplamente discutidos, reinterpretados e analisados, representando um impacto significativo na garantia do direito fundamental à livre orientação sexual. Nesse sentido, seguem, em sua literalidade, os princípios de maior pertinência na compreensão da arbitrariedade da inaptidão de que homens que fizeram sexo com outros homens possam doar seu sangue:

PRINCIPLE 1. The Right to the Universal Enjoyment of Human Rights: All human beings are born free and equal in dignity and rights. Human beings of all sexual orientations and gender identities are entitled to the full enjoyment of all human rights.

PRINCIPLE 2. The Rights to Equality and Non-discrimination: Everyone is entitled to enjoy all human rights without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity. Everyone is entitled to equality before the law and the equal protection of the law without any such discrimination whether or not the enjoyment of another human right is also affected. The law shall prohibit any such discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against any such discrimination.

PRINCIPLE 3. THE RIGHT TO RECOGNITION BEFORE THE LAW: Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law. Persons of diverse sexual orientations and gender identities shall enjoy legal capacity in all aspects of life. Each person’s self-defined sexual orientation and gender identity is integral to their personality and is one of the most basic aspects of self-determination, dignity and freedom. No one shall be forced to undergo medical procedures, including sex reassignment surgery, sterilisation or hormonal therapy, as a requirement for legal recognition of their gender identity. No status, such as marriage or parenthood, may

be invoked as such to prevent the legal recognition of a person's gender identity. No one shall be subjected to pressure to conceal, suppress or deny their sexual orientation or gender identity.

PRINCIPLE 21. THE RIGHT TO FREEDOM OF THOUGHT, CONSCIENCE AND RELIGION: Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion, regardless of sexual orientation or gender identity. These rights may not be invoked by the State to justify laws, policies or practices which deny equal protection of the law, or discriminate, on the basis of sexual orientation or gender identity.

É inegável, portanto, que os Princípios de Yogyakarta são um alicerce sólido no assentamento da livre orientação sexual como direito fundamental uma vez que a todos devem ser assegurado o direito à livre consciência e isso inclui certamente a prerrogativa de firmar relações afetivas com quem lhe for mais atrativo(DIAS, 2011, p. 66). Nesse sentido, cabe a indagação sobre a aparente lesão a estes princípios feita pela proibição de que homens que fizeram sexo com outros homens possam doar seu sangue, conforme dispõe artigo 64, IV da Portaria 2.712/13 do Ministério da Saúde e é a isso a que este trabalho fará a seguir.

### **3 A INAPTIDÃO TEMPORAL DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE TIVERAM RELAÇÕES SEXUAIS COM OUTROS HOMENS E/OU AS PARCEIRAS SEXUAIS DESTES.**

Desde a confirmação do primeiro caso de contaminação pelo vírus HIV no Brasil e identificação da possibilidade de sua transmissão por transfusão sanguínea em 1982, a epidemia de AIDS ganhou destaque como uma preocupação nacional. Instalava-se então uma aura de mistério e temor em torno desta doença que passo a passo virou um marco na humanidade (BRITO et al, 2001, p. 01).

Neste período, a relação entre a homossexualidade e a saúde já era demasiadamente arisca já que, durante certo tempo, a homossexualidade foi considerada uma doença e os possuidores desta orientação sexual eram tratados como portadores de um distúrbio. Não demandou muito tempo para que a epidemia do vírus HIV fragilizasse ainda mais essa relação, pois a própria homossexualidade masculina acabou por consagrar-se como um sinônimo de AIDS, sendo esta doença no início intitulada de GRID (*Gay Related Immunodeficiency*) nos meios científicos e de câncer gay, peste gay ou peste rosa pela opinião pública (TERTO JR, 2002, p. 03).

A magnitude assumida pela epidemia de AIDS acabou por alavancar a implementação cada vez mais forte de políticas públicas que objetivassem frear sua já significativa expansão, sobretudo após a descoberta de que transfusões sanguíneas seriam capazes de transmitir o vírus HIV. É nesta perspectiva que a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens ganhou força nesse período não só no Brasil, mas mundo afora. Ante o evidente véu de desconfiança e desconhecimento que envolvia a doença, o extremismo pareceu ser a vertente de segurança mais apropriada e os países passaram adotar majoritariamente um banimento perpétuo de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, tal como ocorreu no Brasil em 1993 quando o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 1366 que proibiu perpetuamente, pela primeira vez, a doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. (TERTO JR, 2002, p. 07)

Contudo, o progresso científico na análise da doença acabou por demonstrar que esse critério extremo talvez fosse um limitador de direitos demasiadamente gravoso, motivo pelo qual a realidade mundial passou a tender para o afrouxamento desse critério perpétuo. Assim, com a publicação da RDC 343/02 da ANVISA em 2002 o ordenamento jurídico brasileiro abandonou o banimento perpétuo de doação de sangue por homens que fazem sexo com

homens e passou a adotar uma inaptidão de doação de sangue de 12 meses a partir desta prática sexual. (ANVISA, 2016, p. 5).

Entretanto, mesmo que já tenham transcorrido 30 anos desde o início da epidemia e já se tenham auferidos significativos avanços em seu estudo, o vírus HIV ainda estigmatiza os homossexuais, seja como vilões, seja como vítimas dessa doença (BRITO et al, 2001, p. 03). Desta forma, é cada vez mais necessária a investigação da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens como um critério ainda necessário para garantir a segurança do sistema sanguíneo nacional ou como apenas mais um reflexo da associação estigmatizadora entre homossexualismo e o vírus HIV.

É a luz desta investigação que o presente capítulo voltar-se-á a analisar mais especificamente esta inaptidão no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, esmiuçadas serão as variadas perspectivas do regramento que limita a doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, tais como sua base legal no ordenamento jurídico brasileiro, sua fundamentação científica e jurídica atualmente defendida e a análise desta inaptidão no direito comparado para que assim seja compreendida a real natureza desta limitação de direitos, se necessária ou discriminatória.

### **3.1 Base legal da inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes no ordenamento jurídico brasileiro.**

No intuito de melhor compreender a base legal da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes, é imperioso destacar, antes de tudo, que o direito à saúde está inserto no rol dos chamados direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. Em virtude dessa natureza, aos indivíduos é garantido o poder de demanda da concretização do direito à saúde perante o Estado ao mesmo tempo em que cabe a este último o dever de atuar, ou abster-se, no sentido de sua concretização. (BULOS, 2015, p. 671).

É nesta perspectiva que há a consagração da dupla dimensão do direito à saúde em seu aspecto prestacional – cuja concretização acontece por meio de medidas ativas do Estado – e em seu aspecto defensivo – cuja concretização acontece por meio da abstenção estatal. Esta dimensão defensiva do direito à saúde reflete uma obrigação de não fazer estatal no sentido de evitar a violação da saúde humana. A dimensão prestacional, a seu turno, consiste na obrigação de fazer estatal por meio dos serviços públicos de saúde e da oferta de bens

sanitários, o que acaba por fomentar a instalação da rede de proteção social para a prestação destes serviços denominada Serviço Único de Saúde (SUS) regulado no art. 198 da Constituição da República Federativa do Brasil (BULOS, 2015, p. 672)

É sob as premissas desta disposição constitucional que surge a Lei Orgânica de Saúde (Lei 8.080/90) que estabelece, nos termos de seu art. 9º, o Ministério da Saúde como responsável pela direção nacional do SUS e elenca as competências deste órgão. Fundamenta-se, assim, a competência do Ministério da Saúde de concretizar o direito à saúde através de medidas de vigilância epidemiológica e sanitária refletidas no poder normativo dos órgãos competentes. É neste sentido que atua o Ministério da Saúde ao estabelecer normativamente direitos e deveres de usuários, órgãos, entes governamentais e empresas no interesse da saúde e em observância aos princípios constitucionais e direitos fundamentais. (ANVISA, 2016, p. 02).

O art. 16, XVI da referida lei estabelece que é competência do Ministério da Saúde, enquanto diretor nacional do SUS, “normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados”. E, sob a égide do exercício deste poder regulamentar, atualmente vige a Portaria nº 158/16 editada pelo Ministério da Saúde que “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” tal como dispõe o seu art. 2º. Essa portaria, portanto, fornece as diretrizes gerais referentes à captação de sangue humano venoso e arterial, à sua estocagem, à proteção ao doador e ao receptor e à distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados.

Imbricada às diretrizes normativas trazidas pela Portaria nº 158/16 do Ministério da Saúde está visivelmente a preocupação com a garantia da segurança transfusional de sangue e com a proteção de seu receptor, irrompida principalmente pela epidemia de AIDS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, P. 03). Nesse contexto, o Ministério da Saúde achou por bem regular, através desta mesma portaria, as inaptidões, definitivas ou temporárias, para doação de sangue baseadas em situações ou circunstâncias cuja exposição do doador aumentaria, potencialmente, o risco de transmissão de patologias. Nesse sentido, assim é regulada a inaptidão temporária para doação de sangue por homens que fazem sexo com homens no art. 64 da Portaria 158/16:

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;

Assim, a Portaria 158/16 do Ministério da Saúde no inciso IV do artigo acima transcrito elege a prática sexual entre homens e/ou as parceiras sexuais destes, ao lado de tantas outras como o sexo casual, como uma situação potencialmente arriscada para a transmissão de patologias e, por isso, ensejadora de inaptidão temporária de doação de sangue por seus praticantes.

Em campo semelhante atua a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) a quem compete, sob as premissas da política de sangue e dos critérios técnicos impostos pelo Ministério da Saúde, definir o regulamento sanitário de funcionamento dos estabelecimentos executores do ciclo do sangue ao Coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS) (ANVISA, 2016, p. 02).

No exercício dessa competência nasce a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 34/2014 editada pela ANVISA que dispõe sobre os requisitos sanitários de funcionamento dos serviços de hemoterapia através das chamadas Boas Práticas no Ciclo do Sangue, em que uma de suas recomendações reforça a inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes, tal como é disposto a seguir em seu art. 25, XXX:

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;

Portanto, atualmente o ordenamento jurídico brasileiro volta a sua normatividade no sentido de inabilitar homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes para a doação de seu sangue como uma espécie de proteção dos receptores transfusionais contra as doações feitas por estes doadores que supostamente foram expostos a uma situação de risco quando tiveram contato sexual com indivíduos do mesmo gênero biológico (ANVISA, 2016, p. 02). Por ser uma normatividade que evidentemente limita direitos de indivíduos, é imperiosa, mesmo que a referida limitação seja justificável, a investigação da fundamentação científica que a alicerça e é isto que este trabalho tentará perquirir adiante.

### **3.2 Fundamentação científica da inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes no ordenamento jurídico brasileiro.**

Das explicações feitas anteriormente, torna-se claro que os órgãos responsáveis pela organização da Política Nacional de Sangue e Derivados normatizam a prática sexual entre homens e/ou as parceiras sexuais destes como uma atividade patologicamente arriscada e merecedora de ensejar a inaptidão temporária de doação de sangue por seus praticantes (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, P. 04). Ante a natureza controversa da norma, nada mais natural que cada vez mais surjam inquietações a seu respeito e que sejam questionadas as razões de sua existência no ordenamento jurídico brasileiro.

E é nesse sentido que é ressaltada a existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 5543, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), cujo objeto é o questionamento dos já citados art. 64, IV da Portaria nº 158/16 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d” da RDC nº 34/14 da ANVISA que regulam a inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes. Essa ADIn nº 5543 é essencial para a compreensão dos motivos científicos que fundamentam a referida normatividade já que é nela que estão as mais recentes motivações defendidas pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA para que a inaptidão exista e continue a existir futuramente.

No bojo da ADIn 5543, o Ministério da Saúde manifesta sua defesa pela inaptidão temporária para doação de sangue de homens que fazem sexo com homens através do Despacho nº 129/2016/CGSH/DAET/SAS/MS ao elencar a fundamentação científica e biológica para tal. A referida peça processual argumenta, sob a guarida de literaturas e dados epidemiológicos nacionais e internacionais, que a inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes nada mais é do que um critério necessário para o reconhecimento do perfil epidemiológico desse grupo cientificamente mais vulnerável ao risco de infecção por doenças sexualmente transmissíveis.

É nesse sentido que o Ministério da Saúde ventila, neste Despacho nº 129/16, o levantamento de dados dos boletins epidemiológicos feitos pelo departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais da sua Secretaria de Vigilância em Saúde que afirmam a existência atual de 781.000 indivíduos infectados com o vírus HIV, sendo tal quantitativo correspondente à

0,39% da população brasileira total. Nesse sentido assim afirma o boletim epidemiológico de 2015:

No Brasil, o progresso em relação às metas 90-90-90 vem sendo monitorado periodicamente, o que é indispensável para se conhecerem os esforços necessários a fim de maximizar os efeitos das intervenções e nortear as ações para conter o avanço da epidemia de HIV/aids (NOSYK et al., 2013). Estima-se que, ao fim de 2014, aproximadamente 781 mil indivíduos viviam com HIV/aids no Brasil, representando uma taxa de prevalência de HIV de 0,39%. Dessas PVHA, 83% (649 mil) haviam sido diagnosticadas. Aproximadamente 80% destas foram vinculadas ao serviço de saúde em algum momento depois do diagnóstico; no entanto, apenas 66% continuavam retidas nesses serviços. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, p. 52).

Apesar desse quantitativo representar a generalidade da população brasileira portadora do vírus HIV, o boletim afirma que a epidemia brasileira deste vírus é concentrada em grupos populacionais responsáveis pela prevalência de novas ocorrências de infecção pela AIDS em todo país. Esses grupos populacionais específicos são apontados como os gays e homens que fazem sexo com homens, travestis e transexuais, pessoas que usam drogas e profissionais do sexo (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, p. 03). O boletim epidemiológico analisado, entretanto, não fornece qualquer dado estatístico que verse sobre a incidência do vírus HIV em gays, travestis, transexuais e profissionais do sexo apesar de afirmar que esses grupos assumem grande parcela na epidemia brasileira de AIDS.

O boletim epidemiológico de 2014 revela que a prevalência do contágio pelo vírus HIV nos núcleos populacionais mais sujeitos à sua contaminação equivalem a 10,5% para homens que fizeram sexo com outros homens, a 4,9% para profissionais do sexo e 5,9% para usuários de drogas injetáveis (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 06).

O despacho 129/2016 do Ministério da Saúde ainda aduz que revisões sistemáticas realizadas no Brasil revelam os percentuais de prevalência de vírus HIV em 13,6% para homens que fazem sexo com outros homens, 6,2% para profissionais do sexo e 23,1% para usuários de drogas injetáveis, mas não fornece qualquer dado ou referência que identifique que revisões sistemáticas foram utilizadas para a aferição desses percentuais mesmo em outras peças processuais de autoria do Ministério da Saúde que se valem desses mesmos dados<sup>5</sup>.

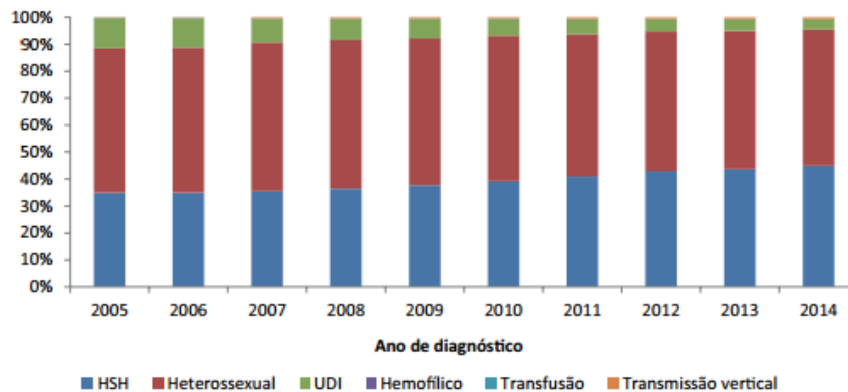
Ainda sob a análise dos boletins epidemiológicos brasileiros, o Ministério da Saúde argumenta que a concentração mais elevada nesses grupos específicos reflete

---

<sup>5</sup> Tome-se como exemplo o Despacho nº 022/2016/CGSH/DAET/SAS/MS de autoria do Ministério Público em resposta à Recomendação conjunta da Defensoria Pública da União GT LGBTI/DPE nº 01/2016 que faz uso desses mesmos dados extraídos de revisão sistemática no Brasil, mas que não referencia essa revisão sistemática ou fornece qualquer dado que possa identificá-la.

majoritariamente os casos de novos contágios por HIV se for comparada com a generalidade da população (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, P. 07). É nesse sentido que o argumento faz uso do aumento, na última década, da notificação de casos de contágio por HIV em homens que fizeram sexo com outros homens, que, segundo o seguinte gráfico informativo presente no boletim epidemiológico de 2015, foi de 34,7% em 2005 para 44,9% em 2014 (p. 15):

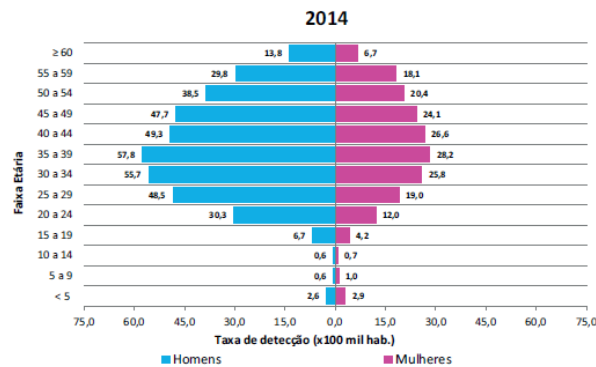
Gráfico 11. Distribuição percentual dos casos de aids em homens de 13 anos ou mais segundo categoria de exposição por ano de diagnóstico. Brasil, 2005 a 2014.



Fonte: MS/SVS/Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais

Em análise a esse infográfico, o Ministério da Saúde resguarda que, apesar do percentual da exposição de contágio de homens heterossexuais ainda ser maior, cumpre destacar que também maior é o universo total de homens heterossexuais em comparação ao universo total de homens que fazem sexo com outros homens, sendo em razão dessa desproporção o risco de contágio por HIV entre homens que fazem sexo com homens é considerado maior por ser este um grupo mais concentrado (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 05).

Outra questão trazida como fonte de argumentação para a manutenção da inaptidão temporária de homens que fazem sexo com outros homens e/ou parceiras sexuais destes é que, na população brasileira, o índice de infecção por HIV em mulheres diminui a passo que esse índice em homens é crescente, segundo o mesmo boletim epidemiológico de 2015. Nesse sentido, assim denota seus “Gráficos Informativos da Taxa de Infecção por HIV por 100 habitantes por sexo e faixa etária” presentes no boletim epidemiológico de 2015 que destaca o aumento de contágio de HIV em homens entre 2005 e 2014 (p.13):



Fonte: MS/SVS/Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais

Nota: (1) Casos notificados no Sinan e Siscel/Sidom até 30/06/2015 e no SIM de 2000 até 2014.

O Ministério da Saúde, ainda no Despacho nº 129/16, também usa como um argumento científico para a manutenção da inaptidão de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes a “Pesquisa de conhecimentos, atitudes e práticas na população brasileira” realizada por sua Secretaria de Vigilância em Saúde. Essa pesquisa foi feita através de um inquérito nacional em 2008 realizado pelo IBOPE com amostragem estabelecida em 8.000 indivíduos entre 15 e 64 anos de idade e tinha como intuito construir os indicadores para monitoramento da epidemia de DST/AIDS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011, p. 12).

A referida pesquisa não titubeia em atestar que a epidemia do vírus HIV no Brasil é distribuída de forma heterogênea entre os diversos grupos populacionais componentes da população em geral, mas é concentrada em grupos específicos tais como homens que fazem sexo com outros homens. Nesse sentido, assim dispõe:

A epidemia de aids, no Brasil, teve início nos primeiros anos da década de 80. Nesses mais de 20 anos, mostrou-se como uma epidemia concentrada, mantendo-se uma taxa de prevalência da infecção pelo HIV na população geral em níveis baixos; porém, afetou e infectou em níveis altos, desde o início, alguns subgrupos mais vulneráveis a infecção, tais como os homens que fazem sexo com outros homens (HSH) e os usuários de drogas injetáveis (UDI). (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011, P. 61).

Sob essa premissa, a pesquisa elenca que enquanto o percentual de prevalência do HIV na generalidade da população equivale a 0,6%, o percentual de prevalência nos grupos de homens que fazem sexo com homens, profissionais do sexo e usuários de drogas ultrapassam 5%, o que acaba por caracterizar a contração do vírus HIV em âmbito nacional como uma epidemia concentrada (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011, p. 08).

Outro argumento levantado no despacho 129/2016 do Ministério da Saúde é o estudo multicêntrico realizado no Brasil intitulado de “*Risk factors for human immunodeficiency*

*virus infection among brazilian blood donors: a multicentre case-control study using audio computer-assisted structured interviews*” que inclui quatro dos seus maiores hemocentros – Fundação Hemominas de Belo Horizonte, Fundação Hemope de Recife, Fundação Hemorio do Rio de Janeiro e Fundação Pró-sangue de São Paulo – e cujo escopo é examinar os fatores de risco de infecção por HIV entre os doadores de sangue brasileiros (ALMEIDA NETO, 2013, p. 01). O referido estudo foi realizado através de entrevistas audiocomputadorizadas de autopreenchimento que acabaram por revelar que a prática sexual entre homens foi considerada o fator sexual mais associado aos portadores do vírus HIV e nesse sentido assim afirma o estudo:

MSM activity was the sexual behavior most strongly associated with being an HIV-positive blood donor followed by reporting having HIV-positive sexual partners. [...] Male-male sex and being a partner of a MSM were strongly associated with prevalent and recent HIV infection. These findings are consistent with previous research. In a previous study HIV-positive donors were 26 times more likely to report MSM [13]. The current study was designed to collect more information on sexual behaviors and sexual identity and is able to define sexual behavior risks in more specific risk categories. The controversial topic of accepting MSM as blood donors is an area where opinions diverge. The United States and Canada have an indefinite deferral for MSM since 1977. Some other countries, as New Zealand, have a 5-year deferral for MSM. The current Brazilian policy, as well as the policies in Japan, Argentina, Australia, Sweden, Hungary and United Kingdom (except in Northern Ireland) establish that MSM are eligible to donate blood if they have not had a male sexual partner in the past 12 months [18]. However, individual blood centers in Brazil are allowed to define more restrictive medical policies. In Rio de Janeiro MSM activity is an indefinite deferral. For the other three blood centers the deferral is currently one year duration from last MSM contact. We did not see a substantive difference in odds ratios for HIV in MSM between Rio de Janeiro and the other centers, suggesting that indefinite deferral of MSM is not more effective than a one year deferral in reducing the likelihood that HIV-positive MSM will attempt to donate. (ALMEIDA NETO, 2013, p. 6)

Ademais, o despacho nº 129/2016 traz em cotejo duas pesquisas feitas em São Paulo que revelaram ser a realização de doação de sangue algumas vezes utilizada finalisticamente pelos doadores como instrumento de testagem para HIV e doenças sexualmente transmissíveis (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, P. 08).

A primeira destas pesquisas tem por título “*Human immunodeficiency virus test-seeking motivation in blood donors, São Paulo*” e foi realizada em 2006 com 1720 participantes, potenciais doadores de sangue aleatoriamente selecionados, e deste universo total 141 participantes, que equivalem a uma percentagem de 8,8%, foram classificados como pessoas que realizariam a doação de sangue no intuito principal de realizar exames de HIV e doenças sexualmente transmissíveis (GONÇALEZ, 2013, p. 06).

A segunda pesquisa, a seu turno, é intitulada de “*Human immunodeficiency virus test-seeking blood donors in a large blood bank in São Paulo*” e foi realizada em 2010 com 3061

participantes doadores de sangue. Deste universo total 208 participantes, que totalizam 7% do total, foram classificados como doadores que utilizam a doação de sangue no intuito principal de ser examinado quanto ao vírus HIV e doenças sexualmente transmissíveis (GONÇALEZ, 2006, p. 02). Em ambas as pesquisas, entretanto, não há qualquer dado que possa classificar estes doadores como participantes dos já mencionados grupos populacionais considerados mais vulneráveis à contração do HIV.

Ao lado de todas as literaturas nacionais anteriormente expostas, o Ministério da Saúde elenca no despacho 129/2016 variada literatura internacional sobre o assunto no intuito de embasar a fundamentação científica da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens. A primeira delas é um estudo feito na Inglaterra intitulado de *“Evaluation of the de-selection of men who have had sex with men from blood donation in England”* cujo escopo primordial é examinar o impacto da inaptidão de sangue por homens que fazem sexo com homens na segurança sanguínea do país (SOLDAN; SIKAN, 2003, p. 01). O referido estudo teve por base a análise de dados que concluíram que a supressão total da referida inaptidão agravaria em 500% o risco de doação de sangue infectado pelo vírus HIV ao afirmar que:

Many assumptions were required to generate estimates of the risk of HIV infection entering the blood supply. The accuracy of the estimates is therefore uncertain and the probable ranges around the estimates were wide. However, by using the most probable assumptions, our models suggested that de-selection of MSM for 12 months since the last sexual contact, or complete removal of this selection criterion, would be expected to increase the risk of HIV-infectious donations entering the blood supply in England by approximately 60% (from the current risk of 0.45 per year to 0.75 per year) and 500% (to 2.5 per year), respectively. The increase in numbers of non-infected donations would be relatively small—less than 2% of donations. The probability of a relatively high frequency of other sexually transmissible blood-borne infections also currently favours maintaining permanent de-selection of MSM, irrespective of the risk of HIV-infectious donations. Current compliance with this selection criteria was estimated to be 95%. (SOLDAN; SIKAN, 2003, p. 1).

Seguindo a mesma linha de pensamento de que a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens é cientificamente necessária na garantia da segurança sanguínea, existe igualmente outro estudo realizado nos Estados Unidos da América chamado de *“The impact of male-to-male sexual experience on risk profiles of blood donors”* cujo objetivo principal é a análise o perfil dos doadores de sangue norte-americanos e os riscos inerentes às suas doações sob o enfoque da inaptidão perpétua e temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens (SANCHEZ ET AL, 2005, p 01). Esse estudo acabou por revelar um risco maior de transmissão do vírus HIV em doações de sangue feitas por homens que fizeram sexo com outros homens dentro de cinco anos ao

afirmar que “compared to donors who did not report male-to-male sex, the prevalence of reactive screening test results was higher among donors who reported the practice within the past 5 years” (SANCHEZ ET AL, 2005, p. 5).

Por fim, o despacho 129/2016 de autoria do Ministério da Saúde ainda destaca o posicionamento da Organização Mundial da Saúde (OMS) presente no documento “*Blood donor selection: guidelines on assessing donor suitability for blood donation*” que recomenda a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens baseada em suas considerações de que a probabilidade de homens que fizeram sexo com outros homens serem infectados por HIV são 19,3 maiores que o resto dos homens que não praticam sexo entre si. Nesse sentido, assim afirma:

A meta-analysis of surveillance data in low- and middle-income countries found that MSM are 19.3 times more likely to be HIV-infected than the general population.<sup>5</sup> Reported HIV prevalence among MSM ranges from 0% to 32.9%,<sup>4, 5, 6</sup> with rates surpassing 20% in countries as diverse as Bolivia, Jamaica, Mexico, Myanmar, Thailand, Trinidad and Zambia.<sup>4, 5, 6</sup> HIV incidence among MSM ranges from 1.2 to 14.4 per 100 person-years.<sup>4, 7, 8</sup> Recent studies from sub-Saharan Africa reported that HIV prevalence among MSM ranges from 6% to 31%, and an HIV incidence of 21.7 per 100 person years among MSM in a small cohort from Coastal Kenya, n=156.<sup>9, 10, 11, 12, 13</sup> In Asia, the odds of MSM being infected with HIV are 18.7 times higher than in the general population; and the HIV prevalence ranges from 0% to 40%.<sup>5,10</sup> In Latin America, it is estimated that half of all HIV infections in the region have resulted from unprotected anal intercourse between men. (OMS, 2011, p. 16)

Esta recomendação da OMS está igualmente presente como argumento na Nota Técnica nº 012/2016/GSTCO/GGMED/DIARE/ANVISA de autoria da ANVISA, no bojo da ADIn 5543/2016, que elenca a fundamentação científica e biológica para a manutenção da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens como um critério necessário para o reconhecimento do perfil epidemiológico desse grupo cientificamente mais vulnerável ao risco de infecção por doenças sexualmente transmissíveis.

Assim, no intuito de colacionar as variadas literaturas e dados epidemiológicos nacionais e internacionais sobre o tema, a referida nota técnica também destaca outro documento de autoria da OMS intitulado de “*HIV and young men who have sex with men: a technical brief*” que lista cinco categorias comportamentais que agravam o risco de infecção pelo vírus HIV, estando entre estas categorias a prática sexual entre homens. Nesse sentido, o referido manual assim ensina:

**Key populations:** are defined groups who due to specific higher-risk behaviours are at increased risk of HIV, irrespective of the epidemic type or local context. They often have legal and social issues related to their behaviours that increase their vulnerability to HIV. The five key populations are men who have sex with men, people who inject drugs, people in prisons and other closed settings, sex workers, and transgender people.<sup>(5)</sup> (OMS, 2015, p. 05)

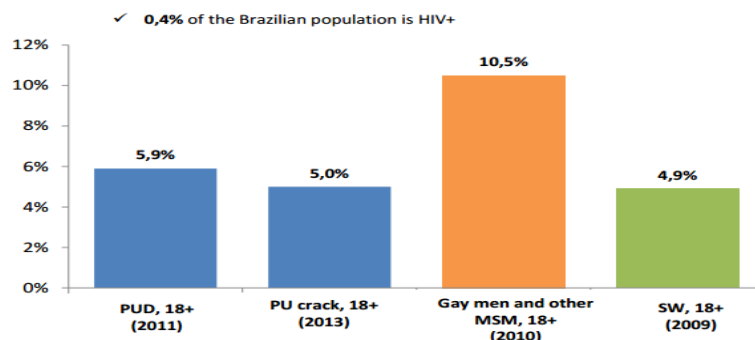


Em sentido semelhante, um estudo de título “Perfil epidemiológico de doadores de sangue com diagnóstico sorológico de sífilis e HIV” realizado na Fundação Pró-Sangue de São Paulo teve por objetivo analisar os doadores de sangue enquanto potenciais portadores dessas patologias. Em suas conclusões, o trabalho acabou por afirmar que os maiores preditores do sexo masculino do vírus HIV continuam a ser homens que fazem sexo com outros homens (ALMEIDA NETO, 2008, p. 13)

A nota técnica ainda apresenta o estudo chamado “*The brazilian response to HIV and AIDS*” que, em consonância com os já citados dados estatísticos do boletim epidemiológico brasileiro de 2014, afirma que na atualidade são portadores do vírus HIV entre 0,4% e 0,7% da população geral brasileira. Entretanto, essa percentualidade se transforma se a análise focar nas populações consideradas mais vulneráveis à contração do vírus HIV (UNAIDS, 2015, p. 19).

Nesse sentido, o estudo assim fornece o seguinte infográfico que destrincha a porcentagem total de 0,4% de portadores de HIV na população geral brasileira nas categorias dos usuários de drogas injetáveis em 2011 (PUD, +18), usuários de crack (PU crack, +18), homens que fazem sexo com outros homens e gays (gay men and others MSM +18) e profissionais do sexo (SW +18) (UNAIDS, 2015, P. 19) cujos percentuais de infecção pelo vírus HIV são claramente mais elevados que os 0,4% de infectados na população geral:

**Graph 3 – AIDS prevalence rates in key populations.**  
Brazil, 2009-2013



Sources: Specific studies conducted between 2009 and 2013

Em termos de pesquisas internacionais, a nota técnica n. 012/2016 da ANVISA traz em cotejo o estudo norte-americano chamado “*Estimated HIV incidence in the United States, 2007-2010*” que preconiza ser a população de homens que fazem sexo com outros homens a mais afetada pela epidemia do vírus HIV ao contabilizar a porcentagem de 78% dos novos casos de contágio por HIV na população masculina e 63% da população geral em 2010 (2012, p. 08).

A nota técnica n. 012/2016 da ANVISA ainda afirma que outro estudo norte-americano chamado “*Noncompliance with the men who have sex with men (MSM) deferral among U.S. male blood donor*” publicado em 2014 examinou o perfil epidemiológico das patologias HBV, HCV, HTLV e HIV em aproximadamente 50% das doações de sangue feitas entre 2011 e 2013. A partir da análise deste material, a pesquisa acabou por concluir, segundo o parecer da ANVISA, que a prática sexual entre homens é um dos maiores fatores de risco para a contração de vírus HIV ao apresentar essa prática sexual chances 62 maiores de transmitir o vírus da AIDS (ANVISA, 2016, P. 11).

Ademais, nos termos da nota técnica n. 12/2016 da ANVISA, a Organização Pan-Americana de Saúde reconhece em seu documento intitulado de “Elegibilidade para doação de sangue: recomendações para educação e seleção de doadores de sangue potenciais” que – embora seja vedada a utilização da orientação sexual do doador como fundamento da inaptidão de doação de sangue por não ser ela um risco em si – homens que fazem sexo com outros homens formam um grupo cujo comportamento sexual agrava seus riscos de contágio pelo vírus HIV. Nesse sentido, assim afirma:

O vírus da imunodeficiência humana, e os vírus da hepatite B e C podem ser transmitidos durante a relação sexual entre homem e mulher assim como entre dois homens. Esses vírus podem ser transmitidos durante a fase assintomática da infecção e durante a janela imunológica. Pagar ou receber dinheiro ou drogas por sexo, ter diversos parceiros sexuais, ter relações sexuais sem proteção, participar em relação de sexo anal e homens que tem relações sexuais com outros homens são considerados comportamentos de alto risco. O programa conjunto das Nações Unidas para a declara que a expressão “homens que fazem sexo com outros homens” descreve um fenômeno comportamental e social em vez de um grupo específico de pessoas. Inclui não apenas gays e bissexuais autoidentificados, mas também aqueles que fazem sexo com outros homens e que se autoidentificam como heterossexuais ou que não se autoidentificam de modo algum, assim como os homens transsexuais. (OPAS, 2009, p. 34).

Em prosseguimento à sua defesa da manutenção da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens em 12 meses, a ANVISA destaca que a transfusão de sangue, ainda que feita em plena conformidade com suas normas técnicas balizadoras, sempre deixa margem à transmissão infecciosa, dentre elas o vírus HIV. Isso porque desde a introdução dos testes de triagem laboratorial em 1988, esse risco transfusional foi evidentemente reduzido, mas não completamente eliminado (ANVISA, 2016, p. 02).

A eliminação completa do risco infectológico das transfusões de sangue ainda não foi concretizada como plenamente possível em razão da chamada janela imunológica ou diagnóstica referente ao recorte temporal entre a infecção pelo vírus examinado e produção de seus marcadores passíveis de detecção por testes em laboratório. O avanço tecnológico nos referidos testes sorológicos utilizados influenciam, evidentemente, a duração desta janela

imunológica que atualmente equivale a 14 a 22 dias no caso do vírus HIV pelo padrão adotado pela ANVISA. (ANVISA, 2016, p. 06).

No intuito de cada vez mais aprimorar a realização dos testes laboratoriais sanguíneos, o Brasil adota desde 2013, sob as exigências do Ministério da Saúde a execução de testes de biologia molecular de ácido nucléico para a detecção do vírus HIV nas doações de sangue, o que acaba por aumentar a percepção laboratorial do agente infeccioso e reduzir ainda mais janela imunológica para aproximadamente dez dias para a detecção do vírus HIV. Entretanto, mesmo com todos estes avanços tecnológicos nos testes laboratoriais, a ANVISA prefere optar pela precaução transfusional uma vez que o risco infectológico residual permanece sempre presente em qualquer caso de transfusão sanguínea. Mesmo que a contaminação viral ainda esteja na sua fase assintomática, a transmissão do vírus HIV é plenamente possível durante a janela imunológica razão pela qual a realização de testes laboratoriais não deveria ser a técnica de prevenção exclusiva na seleção de doadores de sangue. (ANVISA, 2016, p. 07).

Nesse sentido, cumpre destacar a existência de um estudo australiano explicado no artigo *“Estimating the risk of blood donation associated with HIV risk behaviors”* que objetivou fazer uma estimativa do risco da existência de doadores de sangue infectados pelo vírus HIV durante o período da janela imunológica. (SEED ET AL, 2008, p. 13). O referido estudo concluiu que das tradicionais cinco populações mais vulneráveis ao risco de infecção pelo vírus HIV, homens que fizeram sexo com outros homens são os mais propensos a doarem sangue durante o período da janela imunológica. Nesse sentido, assim dispõe:

A model was developed to estimate the probability of blood donation during the window period for HIV infection. Five scenarios for blood donors were considered: (1) men who have sex with men (MSM), (2) men who have sex with women in Australia, (3) women who have sex with partners from countries with a high HIV prevalence, (4) men who have sex with commercial sex workers in Australia and (5) people injecting drugs used once in a year. Those estimated to be at highest risk of becoming infected and donating in the window period were MSM. Women who have sex with men from countries of high HIV prevalence are at greater risk than men who have sex with female sex workers from Australia. (SEED ET AL, 2008, p. 49).

Por fim, a nota técnica n. 012/2016 da ANVISA encerra sua argumentação pró-inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens ao concluir que, majoritariamente, os dados e teorias científicas refletidos nos recentes trabalhos sobre o assunto desaguam na mesma reflexão de que a prática sexual entre homens que fazem sexo com homens está associada a um risco agravado de infecção por agentes sexualmente

transmissíveis, dentre eles o vírus HIV. Assim, a inaptidão temporária deste grupo é um instrumento que objetiva a proteção dos receptores de sangue (ANVISA, 2016, p. 07).

Nessa toada, esta peça processual afirma que por serem inexistentes estudos e métodos tecnológicos de apreciação que possibilitem mensurar os riscos patológicos de homens que fazem sexo com homens de sangue analisando pormenorizadamente suas condutas e riscos individuais na doação de seu sangue, é necessário regular a inaptidão de doação de sangue conforme este conjunto de subgrupos potencialmente mais vulneráveis ao risco de contração de doenças sexualmente transmissíveis baseados na epidemiologia do comportamento coletivo (ANVISA, 2016, p. 08).

Finalmente, esta concepção igualmente é baseada na inexistência de estudos científicos sobre as práticas sexuais entre homens que possam ser consideradas seguras, dentre elas as relações monogâmicas e o uso de preservativos. Por esta razão, a supressão da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens poderia ser considerada precipitada ou carente de fundamento científico que lhe embase, sobretudo pelas características da epidemia sorológica brasileira como concentrada em certos grupos, demandando assim um critério de inaptidão baseado nos dados epidemiológicos coletivos (ANVISA, 2016, p. 08).

### **3.3 Fundamentação jurídica da inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes no ordenamento jurídico brasileiro.**

De posse das explicações feitas sobre a fundamentação científica da inaptidão temporária de doação de sangue regulada no art. 64, IV da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e no art. 25, XXX, “d” da RDC nº 34/14 da ANVISA, é imperioso prosseguir para a análise da sua fundamentação jurídica. E é nesse sentido que novamente é memorável a existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 5543 que tem por objeto o questionamento desses dispositivos legais uma vez que é nela que estão presentes as mais recentes motivações defendidas pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA para a manutenção da inaptidão.

Assim, o já citado despacho n. 129/2016 do Ministério da Saúde fornece, ao lado da fundamentação científica, elenca variada gama de argumentos no sentido de embasar juridicamente a manutenção da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes.

Esta peça processual inicia sua defesa ao afirmar que os critérios de limitação de doação de sangue têm como principal escopo nada mais do que garantir a maior segurança possível do receptor e é nesta direção que a mesma desenvolve toda a sua argumentação. Desta forma, cumpre destacar a aplicação perene do princípio fundamental bioético da beneficência/não maleficência correspondente à atenção exigida dos profissionais de saúde de buscar sempre o benefício, e não o malefício, do paciente (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 01).

É sob a premissa deste princípio que é exigível, segundo o despacho n. 129/2016 do Ministério da Saúde, a realização das triagens clínicas de segurança transfusional e a primeira delas é a triagem laboratorial. Esta técnica preventiva consiste na realização de testes laboratoriais para detecção das infecções do HIV, HTLV I e II, hepatite B (HBV), hepatite C (HCV), sífilis e doenças de chagas, além do teste de ácido nucléico (NAT) para a detecção do HIV, HCV e HBV (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 01).

Aliada à triagem laboratorial, há realização da triagem clínica correspondente à feitura de uma entrevista com os candidatos a doadores de sangue em que estes respondem variadas perguntas a fim de determinar a segurança infectológica da doação de sangue. Esta entrevista, sigilosa a ponto de só o candidato ter acesso à mesma, investiga através de seus questionamentos os possíveis riscos patológicos a que esteve sujeito o doador que possam prejudicar não só a sua saúde, mas a igualmente a saúde do receptor da doação (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 02).

Esta técnica de prevenção infectológica é necessária por existirem questões reveladoras de risco sanitário ao doador e ao receptor somente identificadas pelas entrevistas, já que atualmente os testes laboratoriais ainda apresentam limitações decorrentes da já explicada janela imunológica. Durante este período temporal decorrido entre a infecção e a percepção do patógeno infeccioso no sangue doado, os exames laboratoriais são insuficientes na detecção patológica razão pela qual a entrevista é tida como um critério limitativo complementar aos resultados laboratoriais (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 02).

Ademais, o despacho n. 129/2016 do Ministério da Saúde prossegue ao afirmar que, na medicina transfusional, a aplicação do princípio da precaução é indispensável. Este princípio ensina que sempre devem ser realizadas ações e adotados critérios tendentes a aumentar a segurança transfusional ainda que inexista qualquer evidência de agravamento do risco infeccioso na transfusão sanguínea (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 02).

São por estas razões que o Ministério da Saúde assevera a necessidade de diversos critérios limitativos da doação de sangue por ela já ser considerada um risco de transmissão

patológica em si mesma. Estes critérios podem ser baseados em deslocamentos geográficos, uso de medicamentos, realização de procedimentos cirúrgicos recentes ou exposição ao risco de doenças através de práticas sexuais. E é sob o pálio deste último critério que a prática sexual entre homens é considerada potencialmente arriscada para a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, razão pela qual a limitação de doação de sangue por seus praticantes seria juridicamente fundamentada (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 03).

O Ministério da Saúde ainda conclui que nenhuma limitação à doação de sangue deve ter como base a orientação sexual do doador, mas somente nas práticas sexuais consideradas mais arriscadas para a transmissão patológica dispostas no artigo 64 da sua resolução n. 158/2016 e a prática sexual entre homens é uma delas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, P 04).

Outra peça processual no bojo da ADIn n. 5543/2016 extremamente pertinente para a compreensão devida fundamentação jurídica da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens é o Parecer n. 0713/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU da Consultoria Jurídica da Advocacia Geral da União Junto ao Ministério da Saúde. Trata-se de manifestação deste órgão no sentido de embasar juridicamente as considerações argumentativas feitas no despacho n. 129/2016 do Ministério da Saúde que majoritariamente enfocou sua defesa pela manutenção da inaptidão disposta no art. 64, IV da sua Resolução n.158/2016 através do aspecto científico da mesma.

Este parecer n. 073/2016 debuta sua argumentação jurídica pró-inaptidão ao estabelecer que a normativa impugnada não atinge de forma exclusiva homens que fizeram sexo com outros homens, mas um extenso rol de situações que não tem qualquer liame com a orientação sexual do doador. É sob esta premissa que então a Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde regula em seus artigos 52 a 65 variadas situações ensejadoras da inaptidão temporária ou permanente de doação de sangue com o objetivo de proteger os receptores através destes critérios normativos. (CONJUR-AGU, 2016, p. 05)

A inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens, segundo o parecer n. 073/2016, nada mais é do que um critério exigido que não relacionado à orientação sexual do doador, mas à garantia de segurança sanguínea do receptor. Assim, a compreensão de que esta inaptidão temporária seria uma norma discriminatória que de forma deliberada determina a restrição de direitos de grupos sociais específicos pode ser considerada artificiosa. Nesse sentido assim expressa este parecer:

Não obstante, afere-se, ainda, na literalidade dos dispositivos grifados, que tal restrição não possui o condão de alcançar diversos membros da comunidade LGBT. Assim, constata-se que não se enquadra na situação de inaptidão temporária em

questão as mulheres lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros, etc. A inaptidão se dá, tão somente, a homens que fazem sexo com homens (HSM), e, ainda assim, apenas por período de 12 meses. (CONJUR-AGU, 2016, p. 05).

Desta forma, esta peça sustenta que carece à portaria n. 158/2016 do Ministério Público, ao limitar a doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, qualquer intuito discriminatório direto contra a orientação sexual do doador. Sob este argumento, o parecer n. 073/2016 usa dispositivos da própria Portaria n. 158/2016 que supostamente deixam claro a inexistência da finalidade discriminatória da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens ao priorizar a diversidade sexual (AGU, 2016, P. 06). Nesse sentido, foi trazido à baila o seu artigo 2º, § 3º que assim dispõe:

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.

[...]

§3º Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança, 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.

Portanto, qualquer critério limitativo da doação de sangue adotado pela norma impugnada objetivaria puramente a proteção sanitária do receptor de sangue. Variadas medidas de cautela são necessárias para que a transfusão sanguínea atinja níveis razoáveis de segurança contra a transmissão de diversos patógenos e dentre elas foi defendida a manutenção da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens (CONJUR-AGU, 2016, p. 06).

Prosseguindo em sua argumentação, o parecer n. 073/2016 destaca que ao Ministério da Saúde é exigida sempre uma atuação em conformidade com a Constituição da República Federativa de 1988 e com a ordem jurídica infraconstitucional (AGU, 2016, p. 06). Por esta razão, a referida peça processual achou por bem traçar uma análise sobre o atendimento dos princípios constitucionais pela norma impugnada já que estes princípios declaratórios dos direitos fundamentais assumem uma evidente importância enquanto condição imprescindível para a própria existência formal de uma Constituição. Neste sentido, assim aduz o parecer n. 073/2016:

Não obstante, observa-se que houve uma evolução na visão constitucionalista no sentido de que, atualmente, os direitos fundamentais não se resumem à sua perspectiva subjetiva ou de mera garantia negativa dos interesses individuais. Em verdade, os direitos fundamentais consubstanciam verdadeiro conjunto de valores

objetivos básicos e finalidades da ação do Poder Público, conforme facilmente se afere do parag. 1º do art. 5º da Constituição, que confere aplicação imediata às normas definidoras de direitos fundamentais. Assim, o Poder Público não pode atuar em desconformidade com a disciplina dos princípios declaratórios de direitos fundamentais, sendo descabido, por exemplo, a edição de ato normativo infralegal com conteúdo deliberadamente discriminatório em razão da orientação sexual dos indivíduos (CONJUR-AGU, 2016, p. 09).

Foi destacada então a posição do Supremo Tribunal Federal esposada na ADPF n° 132 que preconiza ser vedada a adoção do sexo das pessoas como fator de desigualação, salvo disposição constitucional que assim permita. Assim é que o art. 3º, IV da Constituição é cristalino ao determinar a proibição de tratamento desigualitário de indivíduos em razão de seu sexo, dispositivo este corolário da liberdade pertencente a qualquer indivíduo de dispor da própria sexualidade conforme sua autonomia privada e seu direito à intimidade (CONJUR-AGU, 2016, P. 08).

Em prosseguimento, ressaltou-se a relatividade enquanto uma característica dos direitos fundamentais em razão da possibilidade de limitar o alcance desses direitos em face do sopesamento destes com outros direitos fundamentais. Desta forma, a admissibilidade de restrição de um direito fundamental apenas seria autorizada se este estiver em choque com outro direito fundamental de igual importância, tal como preconiza os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (CONJUR-AGU, 2016, p. 09).

Portanto, é imperioso analisar se a inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens respeita esta diretriz de limitação através da análise de três perspectivas. A primeira delas é investigar se esta inaptidão limita qualquer direito fundamental dos candidatos abrangidos por ela. Em caso afirmativo, cabe então investigar se a inaptidão temporária encontra amparo em outro direito fundamental. Por fim, é necessário analisar se o sopesamento entre o direito fundamental limitado pela inaptidão temporária de doação de sangue e o direito fundamental limitador da mesma ocorre em observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (CONJUR-AGU, 2016, p. 09).

De posse das considerações já esposadas sobre o parecer n. 073/2016 é compreensível que a referida peça processual não considera a inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens como uma limitação discriminatória de qualquer direito fundamental desta parcela populacional específica. Este critério consiste tão somente em uma forma de proteção do receptor de sangue em razão da qualidade do sangue doado, não sendo certo que esta limitação acontece em razão puramente da orientação sexual dos doadores. Portanto, é inequívoco, segundo o parecer n. 073/2016, que não há qualquer limitação do direito fundamental à liberdade de dispor da própria sexualidade através da inaptidão



temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens (CONJUR-AGU, 2016, p. 09).

Embora dito que essa limitação não ofende o direito fundamental de liberdade sexual, a referida peça processual prossegue sua análise ao considerar a doação de sangue como manifestação do exercício da cidadania, já que este ato visivelmente alavanca o "conhecimento e exercício, pelo indivíduo, de seus direitos e deveres enquanto ser social" (AGU, 2016, p. 10). Desta forma, a inaptidão temporária pode ser certamente encarada como uma relativização do direito à cidadania, razão pela qual é indispensável analisar se o seu direito fundamental limitador assume igual relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

É neste intuito que o parecer n. 073/2016 finaliza sua análise expressando que a inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens tem seu amparo no direito fundamental à saúde. Portanto, o direito de doar sangue enquanto reflexo do direito fundamental à cidadania pode ser plenamente relativizado pelo direito fundamental à saúde enquanto reflexo da proteção sanitária dos receptores de transfusões sanguíneas. Essa relativização encontraria como arcabouço nos múltiplos dados epidemiológicos e literaturas sobre o tema, razão pela qual o parecer n. 073/2016 afirma ser a mesma mais que razoável e proporcional na proteção do direito fundamental à saúde (CONJUR-AGU, 2016, p. 11).

Nesta mesma linha de pensamento a ANVISA constrói sua posição na já citada nota técnica n. 012/2016 ao afirmar que as normas brasileiras não restringem a doação de sangue somente para homens que fazem sexo com homens, mas para variadas práticas de risco acrescido tais como diabéticos e vítimas de estupro. Assim, não é a orientação sexual dos doadores que é utilizada como critério de sua seleção, já que ela não é um risco em si mesma, mas a prática sexual que é tida como potencialmente arriscada pelas fundamentações científicas, razão pela qual a inaptidão temporária de doação de sangue é cautelosa e não discriminatória (ANVISA, 2016, p. 04).

Ademais, esta nota técnica n 012/2016 da ANVISA ainda afirma que a supressão da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens seria uma atitude precipitada e sem qualquer respaldo científico para tanto já que inexistente qualquer discussão e análise científica que assim permita. Esta inaptidão então seria a precaução mais eficaz para a redução de risco de transmissão patológica, razão pela qual ela é juridicamente aceitável (ANVISA, 2016, p. 08).

Outra peça processual de extrema relevância para a compreensão devida da fundamentação jurídica da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens no nosso ordenamento jurídico é o parecer do Advogado Geral da União no

bojo da ADIn n. 5543/2016. Este parecer endossa a defesa desta inaptidão ao considerar que os critérios impostos aos doadores de sangue, aferidos na realização da triagem clínica na entrevista prévia, têm por objetivo garantir mais segurança patológica das transfusões sanguíneas (AGU, 2016, P. 04).

Assim, o sistema hemoterápico tem como princípio fundante a segurança do receptor sanguíneo e também do doador e como objetivo primeiro a supressão de qualquer maneira de transmissão patológica quando da doação de sangue. É neste sentido que novamente a existência da janela imunológica foi lembrada enquanto um óbice na consecução desse objetivo, razão pela qual a inaptidão temporária impugnada deve existir para reduzir as chances de transmissão patológica por meio da transfusão de sangue (AGU, 2016, p. 08).

Novamente, foi destacada a questão de que as disposições transcritas atingem diversos grupos populacionais que, por praticarem determinadas atividades, são abarcadas pelas inaptidões de doação de sangue, não só os homens que fazem sexo com homens. Em todos estes grupos, é seu o comportamento que é tido como um fator de risco infectológico da doação de sangue. Desta forma, a inaptidão arguida na ADIn 5546/2016 não discrimina homens que tiveram relações sexuais com outros homens, mas apenas reconhece que sua prática sexual é um comportamento de risco. (AGU, 2016, p. 11).

Portanto, a violação dos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana não foi concretizada, já que assim só ocorreria se o tratamento diferenciado fosse baseado puramente na orientação sexual do doador. Mas assim não acontece, pois supostamente as manifestações da ANVISA e do Ministério da Saúde comprovam que as motivações da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens tem base em dados empíricos que associam a prática sexual entre homens como um comportamento de risco para a contração do vírus HIV. Nesse sentido, assim afirma:

No presente caso, todas as restrições impostas aos doadores de sangue possuem um fundamento comum, qual seja, a identificação de um comportamento que amplia o risco de infecções por doenças transmissíveis, em especial, pelo vírus HIV. Assim, diante dos elementos empíricos observados, as regras para a doação de sangue são estabelecidas de forma a afastar os comportamentos de risco, priorizando, desse modo, a segurança e eficácia do sistema de hemoterapia, em especial dos receptores de sangue. De fato, como bem ressaltado pelo Ministro Celso de Mello, "*necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio*", e no presente caso, restou demonstrado que a restrição impugnada pelo requerente encontra fundamento no princípio basilar do sistema de hemoterapia. Ademais, considerando que todas as restrições enumeradas nas normas possuem fundamento idêntico, qual seja, resguardar a segurança de pessoas doadoras ou receptoras de sangue, não se observa a ofensa aos princípios da isonomia, da proporcionalidade ou mesmo da dignidade da pessoa humana. (AGU, 2016, p. 14).

Torna-se claro, portanto, que a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens encontra apoio jurídico em vários órgãos oficiais por não diferenciar diretamente este grupo enquanto doador de sangue por sua orientação sexual. Resta analisar, entretanto, se esta inaptidão não é indiretamente discriminatória ao limitar direitos fundamentais de um grupo específico em razão de seu estilo de vida, ainda que não utilize expressamente sua orientação sexual como fator de *discrímen*.

### **3.4 A inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes no direito comparado.**

É notável que, se um dia a epidemia do vírus da AIDS impactou todo o mundo em face de sua novidade e desconhecimento, atualmente ela já é mundialmente conhecida e estudada. O citado desconhecimento inicial foi fundamental no firmamento de políticas públicas e critérios de prevenção contra o seu agravamento e assim foram implementadas as chamadas inaptidões de doação de sangue fundadas no comportamento sexual de risco, estando dentre estas a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens (TERTO JR, 2016, P. 04). Assim, para que sejam compreendidos de forma mais efetiva a amplitude e o enraizamento da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens é imprescindível analisar como ela é apresentada atualmente nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

Em análise às legislações e discussões atualmente vigentes, é observável que a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens assume três diferentes moldes ao redor do mundo. O primeiro deles é o ordenamento legislativo de países que vetam definitivamente a doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, sendo bastante a realização desta prática sexual uma única vez para que haja seu impedimento de doar sangue por toda sua vida. O segundo molde legal estabelece uma inaptidão temporária de doação de sangue, na maioria das vezes de 12 meses após a prática sexual entre homens, tal como é determinado pela legislação brasileira. O terceiro molde legal, por fim, determina que a inaptidão de doação de sangue possa ocorrer em períodos diversificados e em análise ao comportamento sexual de cada doador e não de sua análise enquanto participante de um grupo específico (ANVISA, 2016, P. 07).

Em razão da forte tendência mundial em incluir a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens na pauta de discussão, a inaptidão perpétua de doação de sangue por este grupo vem decaindo dia após dia. Entretanto, ainda existem países que

desde 1977 consideram o tratamento perpétuo deste critério como algo necessário para que seja assegurada a segurança sanguínea das transfusões. São exemplos deste tipo de tratamento normativo a Áustria<sup>6</sup>, Bélgica<sup>7</sup>, China<sup>8</sup>, Noruega<sup>9</sup> e Dinamarca<sup>10</sup> (ANVISA, 2016, P. 08).

Em defesa da possibilidade de uso deste molde normativo perpétuo, emitiu o Tribunal de Justiça União Européia uma sentença judicial em 24 de abril de 2015 a favor da possibilidade de que cada país pertencente a este bloco determine seus critérios normativos de inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. A referida decisão foi provocada pelo caso de um homem francês que foi impedido de doar sangue por ter mantido um relacionamento sexual com outro homem e demandou judicialmente a supressão dessa norma proibitória. O judiciário francês então propôs a questão ao Tribunal de Justiça da União Européia que firmou sua posição de que os países deste bloco têm plena liberdade para impor seus critérios de segurança para doação de sangue de acordo com sua realidade epidemiológica, sendo possível inclusive o impedimento perpétuo de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens se inexisterem outras formas para prevenir a transmissão de doenças infecciosas como o vírus da AIDS. Nesse sentido assim afirma:

Em segundo lugar, em relação aos inconvenientes causados, à luz dos interesses em presença, devem ser considerados relativamente suportáveis, o sentimento de exclusão por razões da sua vida privada deve ser comparado com o interesse superior da proteção da saúde dos recetores. Além disso, posso conceber que a recusa de um gesto de generosidade e desolidariedade desinteressadas, como é a dádiva de sangue, pode provocar uma reação de incompreensão nas pessoas a quem essa recusa seja imposta, mas é forçoso reconhecer que a dádiva de sangue não é, em si mesma, um direito, que a sua universalidade nunca foi reconhecida, uma vez que os dadores são alvo de uma seleção e devem, a este propósito, satisfazer um determinado número de condições, e que, em todo o caso, a última palavra pertence estritamente às autoridades médicas que, sozinhas, assumem a plena responsabilidade imediata das suas decisões (56). Em terceiro lugar, no âmbito da saúde pública, a fiscalização do respeito do princípio da proporcionalidade exige que «se tome em consideração o facto de o Estado-Membro

---

<sup>6</sup> Informações colhidas no site da Cruz Vermelha da Áustria: <http://www.rotekreuz.at/i18n/en>. Acesso em: 16 nov 2016

<sup>7</sup> Informações colhidas no site do Ministério da Saúde da Bélgica: [http://health.belgium.be/internet2prd/groups/public/@public/documents/ie2divers/19101684\\_fr.pdf](http://health.belgium.be/internet2prd/groups/public/@public/documents/ie2divers/19101684_fr.pdf). Acesso em: 16 nov 2016

<sup>8</sup> Informações colhidas no site do Ministério da Saúde da China: <http://www.nhfpc.gov.cn/>. Acesso em: 16 nov 2016

<sup>9</sup> Informações colhidas no site da Cruz Vermelha da Noruega: <https://www.rodekors.no/>. Acesso em: 16 nov 2016.

<sup>10</sup> Informações colhidas no site da Cruz Vermelha da Dinamarca: <https://www.rodekors.dk/>. Acesso em: 16 nov 2016.

poder decidir qual o nível de proteção da saúde pública que pretende assegurar e o modo como esse nível deve ser alcançado. Dado que este nível pode variar de um Estado-Membro para outro, há que reconhecer aos Estados-Membros uma margem de apreciação» (57). Em consequência, o facto de um Estado-Membro impor regras menos rigorosas do que as aplicáveis noutro Estado-Membro não significa que estas últimas sejam desproporcionadas (58). Concretamente, isto significa que o facto de a Espanha, a Itália, a Eslováquia, a Finlândia e o Reino Unido não excluírem, nem sistemática nem definitivamente, a população HSH da dádiva de sangue (59), não deve ser tido em conta no momento de decidir se o Governo francês poderia adotar uma medida menos atentatória do princípio da igualdade de tratamento, mas capaz de alcançar o mesmo resultado. Isto é tanto mais verdade quanto o nível de risco não é uniforme entre os Estados-Membros, uma vez que a sua situação epidemiológica, nomeadamente em relação à infeção por VIH, é muito diferenciada e que é pacífico que a França apresenta uma taxa de prevalência do VIH particularmente elevada na população HSH (60). Todavia, para determinar se a exclusão definitiva contida no despacho normativo ministerial não excede o necessário, o órgão jurisdicional de reenvio deve proceder a uma série de verificações que o estado dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça não permite a este último fazer. (CORTE EUROPEIA, 2015, p. 07).

Os Estados Unidos da América é outro país que adotava desde 1983 a inaptidão perpétua de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens. Entretanto, recentemente a agência americana reguladora de alimentos e medicamentos chamada *Food and Drugs Administration (FDA)*, a fim de alinhar sua normativa às evidências e estudos científicos mais atuais, reduziu em dezembro de 2015 o lapso temporal da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens de perpétua para 12 meses a partir da prática sexual. O posicionamento tomou por base, exemplificativamente, o caso da Austrália, cuja epidemia do vírus HIV em muito é semelhante percentualmente à epidemia norte-americana, que recentemente reduziu a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. Nesse sentido, assim afirma o posicionamento da Agência:

Although not making a change would maintain the current level of safety of the blood supply, as noted above, there is evidence that the indefinite deferral policy is becoming less effective over time. In addition, the indefinite policy is perceived by some as discriminatory. The data that a five-year deferral would be safer than a one-year deferral are not compelling. [...] Change to a one-year deferral is also supported by other evidence, including the experience in countries that have already changed their policies to a one-year deferral (Argentina, Australia, Brazil, Hungary, Japan, Sweden and United Kingdom). In addition, this change would potentially better harmonize the deferral for MSM with the one-year deferral in place for both men and women who engage in certain other sexual behaviors associated with an increased risk of HIV exposure (e.g., sex with an HIVpositive partner, sex with a commercial sex worker). Thus, following careful review, the BOTS Working Group was supportive of a policy change to a one-year deferral for MSM. (FDA, 2015, p. 07).

Nesse mesmo sentido, a Agência Reguladora do Canada, *Health Canada*, já havia reduzido o lapso temporal da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens para 12 meses a partir da prática sexual desde junho de 2016. Esse critério já havia

sido discutido no país em junho de 2013 quando a inaptidão perpétua de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens vigente desde 1977 foi reduzida para uma inaptidão de cinco anos a partir desta prática sexual. Entretanto, o avanço nos estudos científicos acabaram por culminar na percepção de que a redução da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens de cinco anos para doze meses não agravaria os riscos da transmissão do vírus HIV, motivo pelo qual a mudança do critério seria a alternativa mais acertada (GOLDMAN et al, 2014, p. 1887).

Em face das discussões provocadas pelo tema, Portugal igualmente alterou sua normativa reguladora da doação de sangue, especificamente no que toca à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. A Direção Geral de Saúde de Portugal emitiu em setembro de 2016 a Norma 009/2016 que suprimiu a inaptidão perpétua expressa de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens e a substituiu tão somente por uma inaptidão de 12 meses para “indivíduos do sexo masculino ou feminino que tiveram contacto sexual com indivíduo(s) pertencente(s) a subpopulações com risco infeccioso acrescido para agentes transmissíveis pelo sangue” (art. 8, b). Trata-se de uma modificação de nomenclatura que tentou superar as classificações dos doadores e os aproximarem enquanto pertencentes a um mesmo grupo, independentemente da orientação sexual de cada um.

Cumpram ainda destacar o caso da França que recentemente seguiu essa tendência de reduzir a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. Em novembro de 2015 a Ministra de Assuntos Sociais Marisol Touraine anunciou o fim do banimento perpétuo de doação de sangue pelo citado grupo populacional vigente desde 1983 para dar lugar, a partir de julho de 2016, a uma inaptidão temporária de doação de sangue de 12 meses a partir da prática sexual entre homens. Essa mudança foi fundamentada na doação de sangue como um exercício da cidadania que não pode ser limitado em razão da orientação sexual de qualquer um, razão pela qual o anexo B da Portaria AFSP1608360A foi modificado e atualmente determina a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens durante 12 meses.

Outro país cuja discussão sobre o tema levou à redução temporal da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens é a Austrália. Esse país adotava até 2012 uma inaptidão de cinco anos para que homens que fazem sexo com homens pudessem doar seu sangue, mas, após a realização de estudos, foi comprovado que a redução desse critério temporal para doze meses não agravaria o risco de transmissão infectológica. Um desses estudos analisou empiricamente o período dos cinco anos antes da implementação da inaptidão temporária de doação de sangue de 12 meses por homens que fazem sexo com

homens e o período de cinco anos após a implementação deste critério, no que ficou constatado que o risco infectológico transfusional permaneceu sem agravamento. Nesse sentido, assim afirma o estudo:

Twenty-four HIV-positive donations were identified among 4,025,571 donations in Period 1 compared with 24 among 4,964,628 donations in Period 2 ( $p = 0.468$ ). The proportion of HIV-positive donors with male-to-male sex as a risk factor in Period 1 was 2 in 15 (13.3%), which was not significantly different from the proportion in Period 2, 5 in 16 (31.25%;  $p = 0.22$ ). All five men who have sex with men risk HIV infections during Period 2 were from donors whose risk was within the 12-month criterion for acceptability, who would have been deferred had they provided a complete history. (SEED et al, 2010, p. 01).

Seguindo essa mesma tendência de analisar o agravamento do risco transfusional em caso de flexibilização da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, um estudo italiano chamado “*Changing blood donor screening criteria from permanent deferral for men who have sex with men to individual sexual risk assessment: no evidence of a significant impact on the human immunodeficiency virus epidemic in Italy*” acabou por dar bases para que esse critério fosse significativamente reduzido na Itália.

Esse estudo comparou dados percentuais referentes ao ano de 1999, quando vigia a inaptidão permanente de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, aos anos de 2009 e 2010, quando iniciou o atual critério de aferimento individual de risco de cada indivíduo sem que haja qualquer período de inaptidão pré-determinado em razão da prática sexual entre homens. Concluiu-se que o afastamento do tradicional critério de uma inaptidão de doação de sangue por um tempo pré-determinado não agravou o risco infectológico transfusional, sendo o afastamento deste risco plenamente garantido pelo critério de aferição individual do comportamento de risco de cada doador, não sendo determinanda *a priori* a prática sexual entre homens como o comportamento de risco (SULIGOI ET AL, 2013, P. 01). Nesse sentido assim afirma:

In all 3 years, the majority of HIV antibody-positive donors reported sexual exposure as a risk factor for HIV infection; this proportion increased over time, although not statistically significantly. Heterosexuals always accounted for at least 40% of all HIV antibody-positive cases. The rate of HIV antibody-positive donors increased similarly in men who have sex with men and heterosexuals; specifically, the rate of HIV antibody-positive cases per 100,000 donors was more than 2-fold higher among men who have sex with men in 2009-2010 than in 1999 (2009-2010 vs 1999, RR =2.8;  $P =0.06$ ), and that among heterosexuals was 1.5 fold higher ( $P =0.18$ ). When comparing the period before (1999) and after (2009-2010), the implementation of the individual risk assessment policy in 2001, no significant increase in the proportion of men who have sex with men compared to heterosexuals was observed among HIV antibody-positive blood donors, suggesting that the change in donor deferral policy did not lead to a disproportionate increase of HIV-seropositive men who have sex with men. (SULIGOI et al, 2013, p. 01).

Neste mesmo sentido de não utilizar a prática sexual entre homens como um comportamento de risco pré-determinado e limitador imediato de doação de sangue por seus praticantes foi ressaltado o caso da Espanha. Esse país sempre adotou o critério individual de aferição de risco infectológico para analisar, caso a caso, quais doadores foram expostos a qualquer situação de agravamento de risco, não existindo no Real Decreto nº 1088/2005, regulador os critérios de doação de sangue no país, qualquer menção à prática sexual entre homens como um comportamento de risco.

O afastamento da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens legalmente pré-determinada é igualmente uma forte tendência nos países latino-americanos. Além do Chile<sup>11</sup> e do México<sup>12</sup>, é tido como exemplo disso o caso da Argentina que recentemente modificou sua Resolução nº 865/2006 reguladora dos critérios de doação de sangue para suprimir a inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, sendo utilizado como critério de segurança transfusional a aferição de risco individual para cada doador na garantia de um sistema nacional de sangue seguro, solidário e inclusivo. A Colômbia segue nessa mesma linha de questionamento da inaptidão quando sua Corte Constitucional prolatou a sentença T-248/12 que determinou ao Ministério da Saúde colombiano a revisão da inaptidão perpétua de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens sob os seguintes argumentos:

Se reitera, el hecho de que una persona tenga o elija una orientación sexual diversa, no implica *per se* que sea un sujeto de riesgo a contraer el VIH. El riesgo de contaminación depende de la conducta de riesgo, no de la población donante[59]. Así, una persona heterosexual que tiene relaciones sexuales con desconocidos y sin protección de forma permanente, es mucho más propensa de adquirir el VIH, que un hombre homosexual con pareja estable y que utiliza protección; la medida no permite evidenciar este hecho, lo que la torna inútil e inadecuada. Incluso, la política debería enfocarse en tamizar a todos los donantes por los comportamientos altamente riesgosos, en vez de excluir a los donantes basándose en con quién eligen tener relaciones sexuales.(CORTE CONSTITUCIONAL, 2012, p. 21)

Portanto, é observável que a discussão e a investigação sobre a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens são uma forte tendência presente na dinâmica mundial. E isso não poderia ser mais proveitoso já que é evidente pelos casos

---

<sup>11</sup> Informação colhida na Resolução 389/2013 que determina que sejam inaptos para doação de sangue quem pratica uma conduta sexualmente arriscada, independente da orientação sexual.

<sup>12</sup> Informação colhida na Norma Oficial Mexicana NOM-253-SSA-2012 que determina que sejam inaptos para doação de sangue quem pratica uma conduta sexualmente arriscada, independente da orientação sexual.



trazidos à baila que quanto mais o tema é discutido e analisado, mais visível é o afrouxamento da utilização da prática sexual entre homens como um limitador imediato de doação de sangue por seus praticantes. É necessário, desta forma, o estímulo contínuo da pesquisa sobre os impactos desse afrouxamento no risco infectológico transfusional, e assim sejam reafirmados os resultados já observados de que o uso de uma aferição individual de risco de cada doador não agrava os riscos existentes na doação de sangue e que esses resultados possam ser adaptados à realidade brasileira.

#### **4. O EVIDENTE VIÉS DISCRIMINATÓRIO E PRECONCEITUOSO DA INAPTIDÃO TEMPORAL DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM COM HOMENS.**

Feitas as devidas apresentações sobre a defesa da manutenção da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, é interessante apresentar os argumentos que são contrários às mesmas. Na análise de qualquer tema, é sempre perigoso considerar unicamente um dos lados da argumentação. Assim, o objetivo principal deste capítulo será a ampliação de horizontes acerca da norma impugnada no sentido de evidenciar que esta é indiretamente discriminatória e preconceituosa. Para tanto, cumpre considerar de início que o preconceito corresponde às percepções mentais negativas com relações a indivíduos e grupos socialmente considerados inferiores e as representações sociais ligadas a estas percepções. A discriminação, a seu turno, corresponde à materialização concreta nas relações sociais das atitudes arbitrárias relacionadas ao preconceito refletoras da violação de direitos dos indivíduos e dos grupos. (RIOS, 2007, p. 27.)

De posse destes conceitos, esse trabalho tentará mostrar o viés discriminatório e preconceituoso da norma através da apresentação de ideias que possam fragilizar a fundamentação científica defendida pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA para manter a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. Neste ponto abordar-se-ão um a um os argumentos científicos apresentados a fim de demonstrar que possivelmente a fundamentação científica da norma está atualmente defasada e ainda muito imbuída em ranços preconceituosos da AIDS como uma doença majoritariamente ligada à homossexualidade masculina (BRITO et al, 2001, p. 04).

Em prosseguimento, abordar-se-ão ideias que possam fragilizar a fundamentação jurídica apresentada pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens como juridicamente defensável. Neste ponto igualmente abordar-se-ão um a um os argumentos apresentados no sentido de trazer à análise outros argumentos jurídicos que os fragilizassem ao revelar a discriminação indireta desta norma ao limitar direitos com base em uma fundamentação questionável (PROCURADORIA DA REPÚBLICA, 2016, P. 05).

Por fim, far-se-á a discussão sobre outras questões relevantes que, embora não analisadas pela fundamentação oficialmente defendida no Brasil, são de grande pertinência no exame do viés discriminatório da norma. Nesse sentido, serão feitas considerações sobre o impacto dessa inaptidão no sistema de saúde brasileiro, da inexistência de qualquer norma

específica sobre a inaptidão de homens que fazem sexo com homens para doar seus órgãos e da violação do direito à diferença perpetrada pela norma a fim de arrematar da forma mais fundamentada possível o viés discriminatório e preconceituoso da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens.

#### **4.1 Contrapontos à fundamentação científica da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens oficialmente defendidas no Brasil.**

Conforme explicado no capítulo anterior, diversos são os fatores e argumentos levantados pelos órgãos oficiais brasileiros como fundamentação científica para manter a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. Entretanto, cabe aqui levar em consideração outros fatores que podem mitigar a fundamentação científica defendida e ampliar horizontes no sentido de também mitigar a vigente inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens.

Muito dessa argumentação científica defendida pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA parece desembocar em uma premissa comum: a concentração da epidemia de AIDS em grupos populacionais específicos e homens que fazem sexo entre si são um destes grupos. Esse postulado acaba por determinar, de imediato, a inferência de que estes grupos populacionais são classificados como os conhecidos “grupos de risco” para a transmissão do vírus HIV (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, P. 06).

Entretanto, cumpre destacar que essa classificação em grupos de risco, por remeter ao início da epidemia em que a mesma atingia principalmente homossexuais, usuários de drogas e hemofílicos, está defasada. Atualmente, o conceito utilizado para analisar o potencial de transmissão do vírus HIV é o “comportamento de risco” em que deixa de focar em grupos populacionais, mas nas práticas de riscos a que cada indivíduo é exposto já que é evidente o espalhamento geral do vírus, independentemente de classificação em grupos.<sup>13</sup>

Como exemplo da atual generalidade da epidemia de AIDS no Brasil, muitos estudos apontam para a multidimensionalidade da epidemia que cada vez mais pode ser identificada em grupos que no início da epidemia havia uma incidência mínima. Assim, é denotável

---

<sup>13</sup> Informações colhidas no Portal de Saúde do SUS: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/286-aids/9048-atualmente-ainda-ha-a-distincao-entre-grupo-de-risco-e-grupo-de-nao-risco>. Acesso em: 22 nov 2016.

através destes dados um fenômeno de feminização, heterossexualização e pauperização da doença conforme dispõe a seguir:

De epidemia inicialmente restrita a alguns círculos cosmopolitas das denominadas metrópoles nacionais — São Paulo e Rio de Janeiro — e marcadamente masculina, que atingia prioritariamente homens com prática sexual homossexual e indivíduos hemofílicos, depara-se, hoje, com quadro marcado pelos processos da *heterossexualização*, da *feminização*, da *interiorização* e da *pauperização*. O aumento da transmissão por contato heterossexual resulta em crescimento substancial de casos em mulheres, o que vem sendo apontado como o mais importante fenômeno para o atual momento da epidemia. (BRITO et al, 200, p. 03).

É indiscutível, portanto, que a contaminação pelo vírus HIV assume um caráter universal que, a luz do novo critério de comportamento de risco, cabalmente derruba a compreensão de homens que fazem sexo com homens como um grupo de risco (BRITO et al, 200, p. 05). Em consonância a essa premissa, entretanto, é possível identificar na defesa científica de manutenção da inaptidão feita pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA a caracterização da atividade sexual entre homens como um comportamento ou prática de risco (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, P. 04), razão pela qual é interessante esmiuçar os pormenores dessa alegação.

Conforme já insistentemente explicado, o art. 64, IV da Resolução n. 158/2016 define que serão inaptos para a doação de sangue por doze meses homens que praticam “sexo com outro homem e o/ou as parceiras legais destes”. Não há, entretanto, qualquer documento oficial deste órgão que explique de forma inequívoca o que é esse sexo entre homens e, embora essa conceituação soe como algo desnecessário ou até mesmo óbvio, é inegável que sua interpretação certa e sem lacunas é mais que necessária se esta prática é tida como um comportamento de risco limitador direto do direito fundamental à cidadania (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, P. 08).

O vocábulo sexo, na conotação utilizada pelo dispositivo legal, corresponde à conjunção carnal entre duas pessoas<sup>14</sup>. Esse conceito geral é desdobrado em variadas práticas sexuais, sendo as mesmas divididas em práticas sexuais penetrativas e não-penetrativas. As primeiras são subdivididas na penetração vaginal (prática sexual em que há a penetração do pênis, dedos ou objetos na vagina), a penetração anal (prática sexual em que há a penetração do pênis, dedos ou objetos no ânus) e penetração oral (prática sexual em que há a penetração do pênis na boca). As práticas sexuais não penetrativas, a seu turno, correspondem às variadas formas de masturbação entre dois indivíduos (KAR, 2005, p. 47).

---

<sup>14</sup> Definição dada pelo Dicionário Aurélio, 2010.

Assim, fica claro que o sexo entre homens pode ser conceituado como qualquer das formas acima citadas com exceção da penetração vaginal, por esta última demandar a utilização do órgão sexual feminino, ao passo que todas as práticas sexuais citadas podem ser praticadas entre um homem e uma mulher sem exceção. Constrói-se então a inferência lógica de que, qualquer que seja a prática sexual entre homens tida pela Portaria n. 158/2016 como um comportamento de risco, ela pode ser igualmente praticada entre um homem e uma mulher já que inexistente um comportamento sexual exclusivamente praticado apenas entre homens. Outrossim, se um comportamento sexual é tido como um fator de risco para a transmissão do vírus HIV e ele pode ser praticado seja entre homens, seja entre homens e mulheres não faz sentido que apenas o grupo de homens que fazem sexo com outros homens sejam inaptos para doar seu sangue em razão da sua prática (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2016, P. 02).

Outro argumento científico levantado pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA corresponde à possibilidade sempre existente de transmissão patológica na doação de sangue em razão da janela imunológica. Em razão deste período de latência do vírus em que ele, embora transmissível, não pode ser detectado em testes laboratoriais, a inaptidão de 12 meses seria necessária para garantir que homens que fazem sexo com homens não doassem seu sangue durante este período. Entretanto, novamente esta fundamentação enseja reflexões que mitigariam a referida inaptidão já que, embora os testes laboratoriais tenham evoluído fortemente ao longo do tempo, o período de inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens permanece perene ao longo de sua existência (ANVISA, 2016, P. 06).

Com a descoberta do vírus HIV e o início da epidemia da AIDS nos anos 80, surgiu a necessidade de serem desenvolvidos testes laboratoriais que detectassem essa doença e assim foram sendo elaborados os chamados imunoenaios para o diagnóstico da infecção. Desde 1985 quando foi desenvolvido o primeiro imunoensaio para detecção do vírus HIV, quatro gerações destes testes foram criadas de acordo com a evolução das metodologias empregadas para a detecção da doença, conforme ensina “Manual técnico para o diagnóstico da infecção pelo HIV” do Ministério da Saúde (2014, p. 27).

O imunoensaio de primeira geração usa um formato indireto em que a presença de anticorpos específicos é detectada por um conjugado constituído por um anticorpo anti-IgG humana e isso faz com que este teste laboratorial desenvolvido em 1985, por detectar somente um anticorpo, seja muito inespecífico e pouco sensível. Por esta razão, a janela imunológica

quando da utilização deste imunoensaio é de 6 a 8 semanas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 29).

O imunoensaio de segunda geração foi desenvolvido em 1987 e igualmente utiliza o formato indireto, mas utilizando antígenos recombinantes ou peptídeos sintéticos derivados de proteínas do HIV. Assim, por estes ensaios terem uma maior concentração de proteínas, eles são mais sensíveis e específicos do que os de primeira geração e a janela imunológica em seu uso foi reduzida para 28 a 30 dias. O ensaio de terceira geração, por sua vez, foi desenvolvido em 1994 e temo formato “sanduíche” que possibilita a detecção simultânea de anticorpos anti-HIV IgM e IgG e a detecção dos anticorpos IgM faz com que esse ensaio seja ainda mais sensível do que os de gerações anteriores. A janela imunológica com o uso deste ensaio, portanto, foi reduzida para 22 a 25 dias. A evolução tecnológica, entretanto, alavancou o desenvolvimento ensaio de quarta geração que, por ser mais moderno, detecta os antígenos percebidos nos ensaios de terceira geração juntamente com o antígeno p24 e reduziu a janela imunológica para aproximadamente 15 dias (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 31).

Assim, é observável que desde o início do desenvolvimento dos testes laboratoriais para o diagnóstico da AIDS em 1985, muitos avanços científicos já foram conseguidos sem que esses avanços, entretanto, influenciassem o tempo de inaptidão de doação de sangue que permaneceu temporalmente inerte. É plenamente compreensível que, no impacto do surgimento epidêmico e na utilização dos ensaios de primeira geração com janela imunológica de 6 a 8 semanas, os períodos de inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens fossem um pouco mais extensos. Porém, é flagrantemente desproporcional que atualmente homens que fazem sexo com homens sejam inaptos para a doação de sangue por 12 meses quando a janela imunológica, com uso dos ensaios de quarta geração, é de aproximadamente 15 dias (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, P. 30).

Ademais, é necessário ainda destacar que se o risco infectológico ainda não conseguiu ser completamente eliminado das transfusões de sangue em razão deste período da janela imunológica, esse risco não atinge somente as doações de sangue feitas por homens que fazem sexo com homens. Este período em que o vírus, embora transmissível, não pode ser detectado em testes laboratoriais, sujeita toda e qualquer doação de sangue ao risco de transmissão do vírus HIV, independente da prática sexual feita por seu doador. Não é razoável, portanto, que homens que fazem sexo com homens – que não podem ser incluídos no obsoleto critério de “grupo de risco” ou que não praticam um comportamento sexual arriscado que seja exclusivamente por eles praticável – sejam inaptos para doação de sangue

por um extenso período de 12 meses em razão de uma janela imunológica de aproximadamente 15 dias que afeta todas as doações de sangue ao risco de transmissão da AIDS (ANVISA, 2016, P. 12).

Outro argumento utilizado para fundamentar cientificamente a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens é o uso principal da doação de sangue por alguns doadores como instrumento de testagem para HIV e doenças sexualmente transmissíveis. Conforme dito anteriormente, essas conclusões foram aferidas pelas pesquisas “*Human immunodeficiency virus test-seeking motivation in blood donors, São Paulo*” e “*Human immunodeficiency virus test-seeking blood donors in a large blood bank in São Paulo*” que comprovam essa prática na realidade brasileira (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, P. 07).

Contudo, esse argumento é fragilizado ao ser constatado que essas pesquisas, apesar de identificarem a existência de doadores de sangue com finalidade desvirtuada, não conseguem classificar socialmente esses doadores, reconhecendo somente que eles tendem a ser homens com baixo nível educacional. Inexiste qualquer dado que possa classificar estes doadores como sendo homens que fazem sexo com homens, razão esta mais que óbvia para compreender como logicamente sem sentido a fundamentação da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens na mera possibilidade de que algum destes doadores seja participante deste grupo populacional (GONÇALEZ, 2013, p. 08).

Trata-se verdadeiramente de um fenômeno reflexo do oportunismo dos indivíduos em face de um sistema de saúde deficitário – em que é mais fácil e rápido a realização de testes laboratoriais em razão de uma doação de sangue do que pelas vias rotineiras – que não pode fundamentar cientificamente a inaptidão de doação de sangue de um grupo populacional sem que haja a comprovação de sua participação nesse fenômeno. Ademais, é fato certo que os testes laboratoriais para detecção do vírus HIV serão realizados em toda e qualquer doação de sangue e que aquelas em que o patógeno for identificado serão inutilizadas, motivo pelo qual não é possível aferir até que ponto a finalidade desta doação, seja a realização dos testes ou não, aumenta o risco de transmissão da AIDS (ANVISA, 2016, P. 04).

Por fim, é utilizada como argumento científico para a manutenção da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens a inexistência de pesquisas e dados científicos que comprovem a segurança da doação de sangue por este grupo populacional. Contudo, é cada vez mais perceptível a tendência mundial em discutir e pesquisar sobre o assunto principalmente sob a premissa de que talvez essa inaptidão atualmente possa ser considerada obsoleta e exagerada em face dos notórios avanços

tecnológicos tidos no estudo da epidemia da AIDS e seus desdobramentos (ANVISA, 2016, P. 15).

É nesse sentido que é ressaltado o estudo italiano publicado em 2012 de título *“Changing blood donor screening criteria from permanent deferral for men who have sex with men to individual sexual risk assessment: no evidence of a significant impact on the human immunodeficiency virus epidemic in Italy”*. Esse estudo explicou que, em 2001, a inaptidão perpétua de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens foi substituída por um critério de aferição de risco individual em que, caso a caso, é verificada a exposição de cada indivíduo à contaminação por patologias, dentre as quais a AIDS e buscou pesquisar o impacto dessa mudança nos dados estatísticos da epidemia do vírus HIV na Itália (SULIGOI ET AL, 2013, P. 01).

Para que esse impacto seja estatisticamente qualificado, o estudo tomou como parâmetro inicial os dados epidemiológicos do ano de 1999 em que vigia a inaptidão perpétua de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. De outro lado, os dados epidemiológicos dos anos de 2009 e 2010 em que vigia o critério individual de aferição de riscos de contaminação pelo HIV foram tomados como parâmetro de comparação. A partir da comparação entre essas estatísticas foi possível concluir que não houve um aumento na proporção de doadores de sangue contaminados com o vírus HIV após a supressão da inaptidão definitiva de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, sugerindo assim que esta mudança não agravou a potencialidade do risco de contaminação pelo vírus HIV (SULIGOI ET AL, 2013, P. 06).

Não é demais ainda destacar, conforme vasta legislação trazida em cotejo no capítulo anterior, a realidade mundial está tendente a cada vez mais flexibilizar esse critério em razão de sua frequente discussão. Da predominância da inaptidão perpétua de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, o mundo caminha legalmente no sentido de considerar dados e estudos epidemiológicos que assegurem o afrouxamento desse critério para uma inaptidão temporária ou até mesmo sua substituição por critérios de aferição individual do risco de transmissão do vírus HIV (ANVISA, 2016, P. 08).

Portanto, é possível encontrar estudos que avaliem cientificamente o prejuízo discriminatório da doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, apesar sua escassez na literatura internacional e sua inexistência na literatura nacional. Esse ímpeto cada vez mais presente de investigar o assunto mostra que a comunidade científica mundial está ciente de que esse critério limitador da doação de sangue pode estar a algum tempo – seja por



desconhecimento, seja por descaso – sujeito a um comodismo intelectual de que a AIDS é caractere intrínseco ao homossexualismo masculino (SULIGOI ET AL, 2013, P. 06).

Por fim, é necessário considerar que todos os argumentos científicos oficialmente utilizados como fundamentação científica da manutenção da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens são dotados da sua devida pertinência teórica. Entretanto, em todo e qualquer assunto, não é possível jamais considerar apenas uma de suas perspectivas de pesquisa ou fechar-se irremediavelmente a uma convicção que pode até ter tido sentido algum dia, mas que atualmente as circunstâncias podem ter sido transformadas e é a isso que o presente trabalho tentará combater.

#### **4.2 Contrapontos à fundamentação jurídica da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens oficialmente defendida no Brasil.**

Em prosseguimento à análise crítica das fundamentações defendidas pelos órgãos oficiais para a manutenção da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, cabe aqui levar em consideração outros fatores que podem mitigar a fundamentação jurídica por eles esposada. Neste caso, é necessário destacar a importância dos argumentos jurídicos presentes nas manifestações do Ministério da Saúde, da ANVISA e do Advogado Geral da União no bojo da ADIn. n. 5543/2016 que serão devidamente utilizados como o parâmetro crítico da contra argumentação em favor da mitigação da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens.

Conforme as explicações anteriormente feitas, as manifestações oficiais são unânimes em alegar que as inaptidões de doação de sangue são limitações necessárias para assegurar a segurança sanguínea das transfusões e que abrangem variadas situações em que o risco infectológico é agravado em razão de algum fator e, dentre elas, está prática sexual entre homens no art. 64, IV da Portaria n. 158 do Ministério da Saúde. Assim, foi lançado o argumento de que inexistente qualquer intuito discriminatório ou perseguidor nesta norma já que ela não limita a doação de sangue unicamente de homens que fazem sexo com homens, mas de outros grupos populacionais que são afetados pelas inaptidões permanentes ou temporárias elencadas nos artigos 52 a 65 da Portaria n. 158 com base em algum fator de risco (CONJUR-AGU, 2016, P. 05).

Entretanto, a fragilidade deste argumento é evidente quando da análise crítica dos citados dispositivos legais que determinam as diferentes causas de inaptidão de doação de

sangue em que cada um dos artigos carrega em si um fator de risco, dentre eles doenças, uso de variadas drogas, histórico de cirurgias e tatuagens/piercings. Para uma maior precisão crítica, contudo, é interessante trazer à discussão a literalidade do artigo 64 da Resolução n. 158 por ele conter todas as outras situações que normativamente são as mais próximas à inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens por estarem contidas no mesmo rol desta inaptidão ao assim elencar:

- Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:
- I – que tenha feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;
  - II – que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;
  - III – que tenha sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;
  - IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;
  - V – que tenha tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea;
  - VI – que tenha vivido situação de encarceramento ou de confinamento obrigatório não domiciliar superior a 72 (setenta e duas) horas, durante os últimos 12 (doze) meses, ou os parceiros sexuais dessas pessoas;
  - VII – que tenha feito “piercing”, tatuagem ou maquiagem definitiva, sem condições de avaliação quanto à segurança do procedimento realizado;
  - VIII – que seja parceiro sexual de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de componentes sanguíneos ou derivados; e
  - IX – que teve acidente com material biológico e em consequência apresentou contato de mucosa e/ou pele não íntegra com o referido material biológico

Este artigo traz um total de nove situações que ensejam a inaptidão de doação de sangue por doze meses sendo assim verdade que a normativa regula um numeroso rol de situações de risco acrescido. Entretanto, apenas o fato de que o sexo entre homens não é a única situação a ensejar a inaptidão de doação de sangue não afasta de imediato a discriminação a que esta norma sujeita os seus praticantes. Cada um destes incisos tem a sua fundamentação própria que individualiza, em termos de risco acrescido, os grupos populacionais que eles abrangem e esta individualidade impede a dedução absoluta de que a simples existência de uma generalidade de situações afaste o preconceito das mesmas. A discriminação perpetrada pela norma, portanto, deriva de seu conteúdo e não de sua exclusividade enquanto limitadora do direito de doação de sangue (PROCURDORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2016, P. 07).

Ademais, esta fundamentação individualizada ainda é essencial para a compreensão de que mesmo que este artigo seja considerado um grupamento normativo majoritariamente não preconceituoso e juridicamente defensável, essa compreensão não determina de forma absoluta que todos os seus incisos não serão discriminatórios. Isso porque cada grupo

populacional abrangido pela inaptidão de doação de sangue por doze meses possui um fator de risco exclusivamente seu que determina essa inaptidão e o diferencia da população geral e dos outros grupos populacionais inaptos, sendo assim a consideração de cada inciso como discriminatório ou não independente da análise geral do artigo 64 da Portaria n. 158/2016 (PROCURDORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2016, P. 07).

Prosseguindo na sua defesa da manutenção da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, as manifestações dos órgãos oficiais ainda levantaram o argumento de que essa limitação não é discriminatória em razão de não afetar a doação de sangue dos outros participantes do grupo LGBTI, além de homens homossexuais e bissexuais. Segundo essa linha de pensamento, a pasta ministerial não tem o objetivo deliberado de perseguir um grupo populacional específico em razão da sua orientação sexual se todo o grupo não for afetado em sua limitação (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, P. 06).

De fato é possível o reconhecimento de que a norma limitadora afeta apenas uma parcela do grupo LGBTI e não usa literalmente a orientação sexual dos doadores como um fator de desigualdade, tal como será explicado de forma mais pormenorizadamente adiante. Mas novamente aqui é ressaltado o fato de que a discriminação da norma deriva do conteúdo da mesma e não de quais grupos são ou não abrangidos por ela já que esta discriminação visivelmente remanesce em razão da ausência de uma fundamentação científica que possa lhe embasar, tal como explicado anteriormente (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2016, P. 04).

Ao considerarmos as premissas de que homens que fazem sexo com outros homens não podem ser enquadrados no obsoleto critério de grupo de risco, não possuem uma prática sexual que seja exclusivamente por eles praticada e estão sujeitos à janela imunológica da mesma forma que está qualquer doador de sangue, é inevitável não levar em consideração a discriminação da norma ainda que ela não utilize expressamente a orientação sexual como fator de desigualdade. O fato de que em todo o grupo LGBTI, somente homens homossexuais e bissexuais podem ser afetados pela inaptidão pode até artificialmente levar a crer que não há discriminação destas orientações sexuais periféricas, mas apenas a discriminação de uma parte delas já é mais que suficiente para consolidar seu prejuízo ao Estado Democrático de Direito (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2016, P. 09).

Outro argumento de grande importância levantado pelo Ministério da Saúde, pela ANVISA e pela Advocacia Geral da União no bojo da ADIn. n. 5543/2016 é o fato de que a Resolução n. 158/2016 não determina expressamente a inaptidão de doação de sangue de homens que fazem sexo com homens em razão de sua orientação sexual mas de suas práticas

sexuais consideradas patologicamente mais arriscadas. Desta forma, segundo esses órgãos seria demasiadamente artificioso considerar que há qualquer discriminação desse grupo populacional em razão desta regra se o fator de risco dessa inaptidão é um comportamento sexual e não a orientação sexual dos seus praticantes (CONJUR-AGU, 2016, P. 04).

Entretanto, novamente aqui é necessário destacar que este argumento é enfraquecido pela ausência de fundamentação científica da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. É possível sim reconhecer, como já feito, que a norma de fato não utiliza expressamente a orientação sexual como o fator de risco, mas é inegável a existência da discriminação de homens que fazem sexo com homens se estes não podem ser considerados um grupo de risco para a transmissão do vírus HIV, não possuem uma prática sexual exclusivamente por eles praticada e estão sujeitos à janela imunológica da mesma forma que qualquer doador. É notável, portanto, que a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens pode até não ser diretamente discriminatória da orientação sexual dos doadores, mas a discriminação indireta é patente (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2016, P. 03).

Em consonância a essa linha de pensamento, é imprescindível destacar a aplicação da teoria do impacto desproporcional neste caso de inaptidão de doação de sangue. Essa teoria tem surgimento em situações em que o legislador, com boas intenções ou não, faz uma proposição legislativa cuja redação está em perfeita conformidade com os ditames jurídicos e a letra legal não apresenta qualquer problema jurídico expresso. O prejuízo é revelado, entretanto, nas consequências práticas dessa lei e no seu impacto na sociedade (SARMENTO, 2007, p. 204).

É plenamente possível que no plano ao hipotético a norma esteja fundamentada em propósitos nobres e juridicamente defensáveis, mas que existam certos efeitos colaterais da aplicação dessa norma que são contrários ao ordenamento jurídico e ao conceito de justiça. Há vezes que a aplicação da norma nos casos concretos em geral acaba recair em discriminações e imprevistos isonômicos não visíveis no texto legal e isso é revertido na chamada discriminação indireta (SARMENTO, 2007, p. 201).

A Teoria do Impacto Desproporcional, cuja origem data de 1971 no ordenamento jurídico norte-americano com o caso *Griggs vs. Duke Power Co*, surge então como um balizador hermenêutico segundo o qual a constitucionalidade de uma lei enquanto norma isonômica não deve ser limitada somente ao seu conteúdo textual, sendo necessário sempre levar em consideração se o seu contexto prático não insurge qualquer discriminação ou injustiça. Nesse sentido, a análise do caráter isonômico de uma norma pode ocorrer de

maneira abstrata, em que é cingida ao exame do seu texto legal enquanto discriminador direto, ou de maneira concreta em que o exame isonômico na norma é cingido às suas consequências práticas enquanto discriminadoras indiretas. Nesse sentido, assim afirma Joaquim Barbosa ao conceituar ao explicar a teoria como:

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas“. (GOMES, 2001, p. 24).

Essa teoria não é desconhecida no ordenamento nacional. O Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADPF 291/15, analisou a recepção crime militar de pederastia (art. 235, CPM) pela Constituição de 1988 e a utilizou como guia. O exame foi concentrado no fato de que este delito, ao proibir a prática de atos libidinosos, homossexuais ou não, por militares na Administração Militar, deveria sofrer a recepção parcial já que as expressões alusivas à homossexualidade não foram recepcionadas em razão da teoria do impacto desproporcional. Nesse sentido assim votou o ministro Luís Roberto Barroso:

Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, é, na prática, empregado de forma discriminatória, produzindo maior impacto sobre militares gays. Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (disparate impact), originária da jurisprudência norte-americana. Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade” (BARROSO, 2015, p. 13).

É evidente, portanto, que o teor da teoria do impacto desproporcional é imensamente pertinente na análise do caráter isonômico da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. Isso porque ainda que a locução “homens que fazem sexo com homens” utilizada na norma impugnada não utilize expressamente a orientação sexual dos doadores como fator limitante, é lógico que a aplicação prática dessa limitação de direitos, ainda que em razão de uma prática sexual que pode ser praticada por qualquer casal, recai unicamente sobre homens homossexuais e bissexuais. Desta forma, são cristalinas a lesão do princípio da isonomia e a discriminação indireta perpetrada pela norma já que em seu contexto prático ela afeta somente uma determinada parcela da população que, historicamente, ainda é vítima de estigmatização(SARMENTO, 2007, p. 201).

Ademais, essa limitação ainda lesiona claramente os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana ao limitar o exercício da orientação sexual de homens que fazem sexo com outros homens em razão de uma norma indiretamente discriminatória. Essa norma

impede o direito desses sujeitos de viverem sua vida conforme seu próprio entendimento e o direito de serem eles tratados de forma igualmente respeitosa simplesmente por serem pessoas. O Estado não pode atribuir arbitrariamente qualquer diferença moral entre as diferentes formas de viver e é isso que faz a inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens que, embora não utilize expressamente sua orientação sexual como critério limitante, acaba por limitar seu exercício por doze meses caso esse grupo queira doar sangue(RIOS, 2007, p. 27).

Na mesma linha de argumentação de que a normativa sobre a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens não visa limitar o direito de doação de sangue de qualquer pessoa em razão de sua orientação é o fato de que o próprio ordenamento jurídico pátrio possui dispositivos que vedam a utilização da orientação sexual do doador de sangue como fator impeditivo (ANVISA, 2016, P. 09). Nesse sentido assim é destacado o art. 1º, §5º da Portaria 1.353/11 do Ministério da Saúde que afirma que “a orientação sexual (heterossexualidade, bissexualidade, homossexualidade) não deve ser usada como critério para seleção de doadores de sangue, por não constituir risco em si própria e o artigo 2º, § 3º da própria Portaria 158/16 que assim dispõe:

§3º Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança, 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.

É observável, portanto, que o ordenamento jurídico nacional volta seus esforços para certificar que a legislação sobre doação de sangue não discrimine diretamente grupos populacionais específicos na garantia da segurança das doações sanguíneas realizadas. Entretanto, por todo o exposto sobre a teoria do impacto desproporcional, no caso da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, a discriminação indireta deste grupo remanesce ainda que o ordenamento jurídico pátrio não o discrimine de forma direta e lute para que isso não aconteça, tal como demonstrado nos dispositivos legais que vedam a utilização expressa da orientação sexual como fator impeditivo da doação de sangue. Estes dispositivos legais são mera retórica em face da discriminação indireta a que estão sujeitos os homens que fazem sexo com homens ao ter seu direito de doação de sangue limitado por uma norma que, embora não seja diretamente discriminatória, no contexto prático afeta unicamente homens homossexuais e bissexuais por uma prática sexual que, em tese, pode ser praticada por qualquer pessoa(DIAS, 2011, p. 66).

Em prosseguimento, é ressaltada a defesa oficial da manutenção da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens ainda lembra a relatividade enquanto uma característica dos direitos fundamentais e neste caso o direito à cidadania seria relativizado pelo direito à saúde. Essa restrição de um direito fundamental apenas seria autorizada se este estiver em choque com outro direito fundamental de igual importância, tal como preconiza os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (CONJUR-AGU, 2016, P. 09).

Entretanto, a fragilidade deste argumento é evidente pelo próprio uso das perspectivas de relativização propostas pela defesa esposada nos pareceres do Ministério da Saúde e da ANVISA. A primeira destas perspectivas é investigar se a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens limita qualquer direito fundamental dos candidatos abrangidos por ela e isso de fato ocorre com a limitação do direito fundamental à cidadania. Passa-se então a investigação do amparo desta limitação em outro direito fundamental que, em tese, ocorreria pela garantia do direito fundamental à saúde. Entretanto, é na terceira perspectiva da relativização, que analisa a limitação do direito à cidadania pelo direito à saúde à luz da razoabilidade e proporcionalidade, que o argumento é fragmentado (CONJUR-AGU, 2016, P. 10).

Nessa linha de pensamento está o parecer do Procurador Geral da República no bojo da ADIn 5543/2016 ao concluir que a inaptidão de doação de sangue de doze meses por homens que fazem sexo com homens é irrazoável e desproporcional por não levar em conta que toda restrição a direitos fundamentais deve ter como limite o exatamente necessário para que não sejam aniquilados completamente os outros direitos constitucionalmente previstos que com eles são contrapostos. No caso analisado não há o devido sopesamento entre a vantagem almejada (a segurança sanguínea), as desvantagens para homens que fazem sexo com homens e os meios empregados (a limitação temporal de doação de sangue por doze meses), não ocorrendo assim à observância da adequação e necessidade desta medida. De fato, é evidente que o ato restritivo do direito à doação de sangue não é o apropriado para atingir a segurança sanguínea como fim almejado, já que não há qualquer fundamentação científica que embase essa premissa (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2016, p. 12).

A defesa da manutenção da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens ainda afirma que os critérios de limitação de doação de sangue têm como principal escopo nada mais do que garantir a maior segurança possível do receptor através do princípio da precaução e que a supressão dessa limitação seria demasiadamente precipitada.

Em verdade, estes são os argumentos gerais nucleares dos quais são ramificados todos os outros argumentos de caráter mais específico da análise proposta, sendo a segurança do receptor de sangue seu principal norte (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, P. 02).

Entretanto, pelas análises dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e da teoria do impacto desproporcional, é notório que a discriminação indireta de homens que fazem sexo com homens através da sua inaptidão de doar sangue não é o caminho mais acertado a seguir. É inegável que no âmbito do sistema sanguíneo nacional, a segurança das transfusões deve sim ser algo da mais extrema proteção. Essa proteção, contudo, não pode ser arrazoada, desproporcional e não fundamentada como atualmente ocorre. Se a inaptidão de doação de sangue é indiretamente discriminatória e tem sua fundamentação jurídica questionável como já demonstrado, não há como negar que a segurança sanguínea não pode ser alçada como uma motivação suprema capaz de elidir este fato, sobretudo se existem formas mais flexíveis de garantir essa segurança sem limitar cabalmente no contexto fático a doação de sangue por um grupo populacional que tanto já foi vítima de variados preconceitos (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2016, P. 07).

Por fim, novamente é considerado que toda a fundamentação jurídica oficialmente defendida para a manutenção da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens é dotada da sua devida pertinência teórica. O que este trabalho propõe, entretanto, é uma nova perspectiva de análise sobre um assunto que, embora de grande importância no cenário nacional e internacional, ainda não é suficientemente discutido e, muitas vezes, nem conhecido pela população em geral.

#### **4.3 Outras questões relevantes na análise do viés discriminatório da inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens.**

Em face de todo o exposto, é inegável a questionabilidade científica e jurídica da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens e isso ocorre não só em razão da necessidade de serem analisados os argumentos científicos e jurídicos oficialmente defendidos pelos órgãos responsáveis por esta norma. Além destes argumentos pró-inaptidão temporal e seus contrapontos acima apresentados, existem outras premissas de grande pertinência que igualmente merecem ser consideradas quando é analisado o contexto dessa limitação de direitos de homens que fazem sexo com homens e é a isso que esse trabalho tentará realizar adiante.



São de conhecimento geral os grandes avanços da ciência principalmente na área da saúde, mas até o momento não há qualquer pesquisa que tenha descoberto qualquer elemento aproximado a um substituto do sangue humano. Desta forma, quando ocorre qualquer das múltiplas situações que demandam uma transfusão sanguínea, como a realização de procedimentos cirúrgicos, traumas, doenças como a hemofilia ou qualquer situação de emergência, os indivíduos contam puramente com a solidariedade dos outros indivíduos. Isso mostra a doação de sangue como um ato de solidariedade cidadã que no mais das vezes não resume simplesmente a doação de um fluido corporal, mas reflete a doação de vida (OPAS, 2009, p. 03).

Em que pese a notável importância do sangue para a manutenção das funções corporais vitais, atualmente no Brasil são coletadas aproximadamente 3,6 milhões de bolsas de sangue por ano, o que corresponde a apenas 1,9% da população brasileira enquanto doadores de sangue. Este percentual está dentro dos parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde, para quem a média ideal de doadores de sangue em uma sociedade deve ser entre 1% e 3% de sua população, entretanto o Ministério da Saúde entende que este índice precisa ser aumentado. Tanto é assim que este órgão recentemente modificou sua regulamentação para reduzir a idade mínima de doação de 18 para 16 anos com autorização do responsável e aumentar a idade máxima de doação de 67 para 69 anos<sup>15</sup>.

A preocupação em aumentar sempre que possível o número de doadores de sangue é mais que prudente em um país como o nosso que rotineiramente noticia a baixa nos seus estoques de sangue, sobretudo em determinados meses tais como a temporada de férias em que o número de doações de sangue é reduzido em razão de fatores como a chuva, o frio e as viagens característicos desse período. O impacto é tamanho que dados auferidos pela Coordenação Geral de Sangue e Hemoderivados do Ministério da Saúde estimam que, durante essas baixas no estoque sanguíneo dos hemocentros nacionais, o número de doações de sangue chega a reduzir de 20% a 25%<sup>16</sup>.

São por estas razões que é necessário considerar a supressão da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens como uma importante forma de aumentar o número de doadores de sangue no Brasil. Esse incremento foi inclusive analisado pelo

---

<sup>15</sup> Informação colhida no site governamental: <http://www.blog.saude.gov.br/35615-a-importancia-da-doacao-regular-de-sangue.html>. Acesso em: 15 dez 2016

<sup>16</sup> Informação colhida no site governamental: <http://www.brasil.gov.br/saude/2012/05/ministerio-alerta-para-reducao-no-estoque-de-sangue>. Acesso em: 15 dez 2016.

Ministério da Saúde em seu parecer 129/2016 na ADIn 5543/2016 em que tomou por base o total de doações de sangue feitas no ano de 2014 correspondente a 3.748.969 bolsas de sangue aliado à uma pesquisa realizada pelo Departamento de HIV, AIDS e Hepatites Virais segundo a qual, atualmente, o Brasil conta com 1.582.900 homens que fazem sexo com homens, número este correspondente à 3,1% da sua população. Considerando esses dados, o incremento anual de coleta de sangue se a inaptidão temporária de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens fosse extinta, iria corresponder a um aumento do estoque de sangue em uma taxa de 0,8%, equivalendo a 30.075 bolsas de sangue. O percentual de doadores de sangue atual de 1,9% então equivaleria a 2,7%, com um aumento total de aproximadamente 13.500 litros de sangue anuais (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 08).

Dessa forma, é inegável que a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens tem um grande impacto no Sistema de Saúde Brasileiro, sobretudo quando é considerado que, ao final do ciclo da doação, quatro pessoas podem ser beneficiadas com a doação de apenas uma bolsa de sangue. Isso porque, ao término da doação, o sangue passa por um equipamento especial que realiza a sua centrifugação e este processo separa os quatro hemocomponentes correspondentes ao concentrado de hemácias (CHM), concentrado de plaquetas (CP), plasma fresco congelado (PFC) e crioprecipitado (CRIO) que serão utilizados nas transfusões de acordo com a necessidade de cada paciente<sup>17</sup>.

É de se observar, portanto, que se a inaptidão ora a analisada fosse extinta e se ocorresse o incremento anual estimado 30.075 bolsas de sangue de doações feitas por homens que fazem sexo com homens, conforme previu o Ministério da Saúde, este sangue doado poderia salvar aproximadamente 120.300 vidas por ano. Trata-se de uma estimativa de vidas que poderiam ser salvas evidentemente elevada e que não deveria ser impedida por uma norma que possui, como já visto, uma fundamentação científica e jurídica questionável, sendo assim premente a reestruturação dos processos de seleção dos doadores. Neste sentido assim afirma a Organização Panamericana de Saúde:

A estagnação na proporção dos doadores voluntários de sangue em âmbito regional, as altas taxas gerais de recusa de doadores, e a prevalência de marcadores de doenças infecciosas em âmbito nacional, indicam claramente que os processos envolvidos no recrutamento e seleção para doação de sangue necessitam aprimoramento. Essa é também uma das principais conclusões dos estudos sócio-antropológicos realizados em 17 países da Região das Américas (6-23). (OPAS, 2009, p. 03).

---

<sup>17</sup> Informação retirada do site do Hemominas:  
<http://www.hemominas.mg.gov.br/doacao/aprenda/fracionamento>. Acesso em: 16 dez 2016

Outra questão de extrema relevância quando uma possível arbitrariedade da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens é analisada é caso do sistema de doação e transplante de órgãos. No Brasil não há qualquer restrição absoluta para que os indivíduos possam ser doadores de órgãos, existindo somente uma avaliação prévia da saúde do doador em potencial. Nesta avaliação são analisadas algumas contra-indicações clínicas e laboratoriais à doação tais como potenciais doadores portadores de insuficiência orgânica, doenças infecto-contagiosas, sepse e neoplasias malignas<sup>18</sup>. Diferente de outros países<sup>19</sup>, no ordenamento legal brasileiro inexistem, conforme acima demonstrado, qualquer norma expressa que inabilite a doação de órgãos por homens que fazem sexo com outros homens fato este que possivelmente demonstra a fragilidade da restrição da doação de sangue por este grupo populacional.

Por fim, é necessário repisar que a premissa fundante dos direitos humanos é revertida diretamente no princípio fundamental de que todo e qualquer indivíduo é possuidor da dignidade intrínseca à sua condição humana. Por isso mesmo, a habilitação para usufruir destes direitos deve ser garantida independentemente de sua raça, idade, religião, gênero ou orientação sexual ainda que alguma destas suas características cause estranhamento à sociedade em geral (OLIVEIRA, 2010).

Entretanto, é inegável que no contexto brasileiro rotineiramente são registrados vários casos do preconceito proveniente daquilo que difere, seja em razão de raça, classe social ou mesmo de orientação sexual. Ainda que exista uma ordem constitucional que tem como seu objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária remanescem estas violações de direitos mesmo que sutis. Dentre essas violações discriminatórias enraizadas no cotidiano brasileiro, presentes estão as discriminações em razão da orientação sexual resultantes do entendimento construído ao longo dos anos de que as manifestações sexuais consideradas naturais são apenas as heterossexuais e qualquer orientação sexual que seja apartada desta ainda é considerada como anormal ou desviante. Por esta razão, a existência e garantia do princípio específico de não-discriminação por orientação sexual enquanto

---

<sup>18</sup> Informação retirada no site do Ministério da Saúde: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sas/transplantes>. Acesso em: 16 dez 2016

<sup>19</sup> Nos Estados Unidos da América homens que fazem sexo com homens são normativamente impedidos de doar tecidos corporais conforme informações da agência *Food and Drugs Administration*: <http://www.fda.gov/downloads/BiologicsBloodVaccines/GuidanceComplianceRegulatoryInformation/Guidance/Blood/UCM446580.pdf>. Acesso em: 16 dez 2016.

estandarte do princípio fundamental da igualdade é plenamente sustentável (RODRIGUES, 2007, p. 63).

Outro importante estandarte do princípio da igualdade é o direito à diferença que surge como verdadeiro protetor da grande diversidade humana. As diferenças entre os sujeitos são patentes e devem ser juridicamente protegidas como tais. Assim deve logicamente vedado o firmamento de tratamentos jurídicos diferenciados em virtude da orientação sexual do sujeito destinatário da norma, uma vez que o reconhecimento da diversidade sexual está protegido no âmbito não só do direito à isonomia, mas também do direito à diferença. É na proteção dessa diversidade que o direito à diferença constrói a ideia de que todos os sujeitos devem ser considerados iguais em suas diferenças em razão de serem essas singularidades imanentes à própria natureza humana. Desse entendimento, constrói-se a ideia de que todos os indivíduos, independentemente das características sociais que lhes diferem dos demais, são merecedores do mesmo reconhecimento enquanto pertencentes de uma mesma comunidade (BEZERRA E CANTINI, 2012, p. 07).

Destarte, o direito à diferença surge como uma forma de ampliar juridicamente a afirmação da luta de muitos setores sociais por reconhecimento enquanto tais e de resistência à tendência das sociedades modernas de homogeneizar e padronizar seus cidadãos. É assim que a luta de reconhecimento pela diferença é a face da mesma moeda da luta de reconhecimento pela igualdade. O direito à diferença complementa o direito à igualdade na medida em que a simples disposição de que todos são iguais perante à lei é insuficiente para reconhecer que todos merecem igual reconhecimento na medida da concretude de suas desigualações (BITTAR, 2009, p. 04).

Assim, é imperioso que o igual reconhecimento dos cidadãos em suas diferenças esteja entre as principais garantias do ordenamento legal de uma sociedade. A inaptidão de doação de sangue de homens que fazem sexo com outros homens, entretanto, vai de encontro a esta compreensão já que não reconhece todas as orientações sexuais como merecedoras do mesmo tratamento ainda que diferentes. Mesmo que a norma não desigale expressamente em razão da orientação sexual dos homens que fazem sexo com homens, é inegável que a sua orientação sexual é imanente à prática sexual considerada de risco fato este que alicerça a discriminação indireta em razão da orientação sexual (BEZERRA E CANTINI, 2012, p. 09).

É clara, portanto, a existência de contrapontos à norma de inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens que precisam ser considerados quando é analisada a necessidade de mudança desse regramento igualmente em razão do direito do direito de reconhecimento que possuem os cidadãos. Nesse sentido assim leciona

Axel Honneth, para quem a violação, privação de direitos e a degradação da identidade pessoal dos sujeitos revelam um desrespeito de grande impacto na forma como o sujeito enxerga a si mesmo perante a comunidade, tal como afirma:

A "honra", a "dignidade" ou, falando em termos modernos, o "status" de uma pessoa, refere-se, como havíamos visto, a medida de estima social que é concedida a sua maneira de auto-realização no horizonte da tradição cultural; se agora essa hierarquia social de valores se constitui de modo que ela degrada algumas formas de vida ou modos de crença, considerando-as de menor valor ou deficientes, ela tira dos sujeitos atingidos toda a possibilidade de atribuir um valor social às suas próprias capacidades. A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo a que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja, uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características. Portanto, o que aqui é subtraído da pessoa pelo desrespeito em termos de reconhecimento é o assentimento social a uma forma de auto-realização que ela encontrou arduamente com o encorajamento baseado em solidariedades de grupos. Contudo, um sujeito só pode referir essas espécies de degradação cultural a si mesmo, como pessoa individual, na medida em que os padrões institucionalmente ancorados de estima social se individualizam historicamente, isto é, na medida em que se referem de forma valorativa às capacidades individuais, em vez de propriedades coletivas, daí essa experiência de desrespeito estar inserida também, como a da privação de direitos, num processo de modificações históricas

Por todo o exposto, é necessário considerar que o contexto atual em muito já foi transformado desde a implementação dessa restrição motivo este que faz urgir a necessidade de que seja repensada esta limitação de direitos, sobretudo se a mesma possui uma fundamentação jurídica e científica questionável. É possível reconhecer que muitos avanços ocorreram na proteção jurídica das orientações sexuais periféricas. Esses progressos, entretanto, precisam avançar ainda mais para que haja a plena concretização destes direitos e repensar a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens como uma pertinente forma de se fazer isso.

## 5 CONCLUSÃO

É inegável que, embora tenha o ordenamento jurídico brasileiro apresentado verdadeiros avanços no reconhecimento e garantia de direitos homossexuais, bissexuais e transexuais, ainda há ranços da discriminação e marginalização a que estes grupos estiveram submetidos por bastante tempo. Entretanto, é possível perceber que as conquistas jurídicas mais relevantes da comunidade LGBTI dentro do ordenamento jurídico pátrio consistem em direitos de afeição ou de relacionamento, tais como a adoção por casais homoafetivos, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e sua possível conversão em casamento. A vista grossa, seria possível inclusive afirmar que, predominantemente, essa comunidade apenas existe juridicamente quando relaciona (DIAS, 2011, p. 69).

A homossexualidade é uma realidade social existente desde muito e tão antiga quanto à heterossexualidade na história da humanidade. Entretanto, apesar da longa existência desta orientação sexual, a institucionalização de um modelo heterossexista acabou por relegá-la à anormalidade e à marginalização. Esta realidade chegou a tal ponto que a homossexualidade em um dado momento foi até mesmo considerada uma doença digna de cura e um desvio de conduta. Desta forma, é imperiosa uma atenção *pro presente e pro futuro* mais detida à efetivação dos direitos humanos e individuais deste grupo, tais como os direitos de personalidade, identidade gênero e tantos outros direitos individuais que não devem ser limitados pura e simplesmente em razão da sua orientação sexual (RODRIGUES, 2004, p. 22).

Assim, é perceptível que esta realidade segregadora cria diversos obstáculos para a efetivação dos direitos fundamentais e humanos das orientações sexuais periféricas. Acabou-se por concluir então que a inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens é um exemplo disso muito em razão da natureza discriminatória em que, no início da epidemia, a homossexualidade masculina foi considerada um sinônimo de AIDS, sendo esta doença no início intitulada de GRID (*Gay Related Immunodeficiency*) nos meios científicos e de câncer gay, peste gay ou peste rosa pela opinião pública (TERTO JR, 2002, p. 03).

É nesse sentido que a presente pesquisa intentou firmar a efetivação do direito individual de homens homossexuais poderem doar sangue por considerar que ele atualmente está discriminatoriamente limitado. Isso porque, embora haja no ordenamento regulatório acerca da doação de sangue o preceito normativo de que a orientação sexual não deve ser usada como critério para seleção de doadores de sangue, por não constituir risco em si própria (art. 1º, §5º da Resolução 158/2016), a inaptidão temporal de doação sanguínea de homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes reflete um

*discrimen* juridicamente injustificável pois, embora não discrimine expressamente em razão de orientação sexual, é inegável que os efeitos da limitação recaem tão somente em grupo de orientação sexual específica (BARROSO, 2007, p. 19).

É por essa razão que este trabalho, ao realizar um panorama conceitual, histórico e principiológico da orientação sexual ao delimitar uma detida análise sobre as diferentes orientações sexuais e seus conceitos, sobre a sua existência ao longo dos tempos e sobre os princípios da isonomia, liberdade, dignidade da pessoa humana e de Yogyakarta, acabou por considerar a orientação sexual um direito fundamental de segunda geração e que merece extrema proteção jurídica como tal (DIAS, 2011, p. 85).

Em prosseguimento, este trabalho focou na inaptidão temporal de doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes. Para tanto, considerou a base legal desta inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes no ordenamento jurídico brasileiro, sua fundamentação científica e jurídica oficialmente defendidas e a sua existência no direito comparado. Estas considerações possuem extrema importância teórica para a melhor compreensão do assunto, ainda que carecedoras de sentido jurídico em virtude do caráter discriminatório da norma.

Por fim, este trabalho abordou o evidente viés discriminatório e preconceituoso da inaptidão temporal de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens através da análise dos principais contrapontos à fundamentação científica e jurídica da inaptidão de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens oficialmente defendidas no Brasil e de outras questões relevantes nesta análise.

A partir dessas considerações ficou claro que a inaptidão ora analisada possui uma fundamentação questionável e que a mesma é indiretamente discriminatória em razão da teoria do impacto desproporcional. Este trabalho então acabou por concluir que carece de razão os argumentos de que a referida limitação é plenamente justificável por ser a comunidade LGBTI conhecida um “grupo de risco” para a transmissão do HIV ou que a modalidade sexual praticada por homens homossexuais possui um maior risco de transmissão da AIDS (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2016, P. 09).

É inegável que a ideia de homossexuais como “grupo de risco” é teoria deveras arcaica e ultrapassada uma vez que atualmente apenas é reconhecido o chamado “comportamento de risco” fundado no caráter geral que possui o espalhamento da doença independente de classificação de risco por grupos sociais específicos. Ademais, ainda que a modalidade sexual praticada por homens homossexuais seja considerada um comportamento de risco para a

transmissão do vírus, é necessário admitir que a referida prática não é exclusiva de casais homossexuais (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2016, P. 07).

Logo, é necessário observar que atualmente não há fundamentação plausível, seja biológica ou jurídica, a embasar essa limitação de direito que reflexamente acaba por limitar direitos de homens homossexuais tão somente por sua orientação sexual. E por isso, este trabalho propôs o fomento uma nova perspectiva de análise sobre este assunto que, embora de grande importância no cenário nacional e internacional, ainda não é suficientemente discutido e, muitas vezes, nem conhecido pela população em geral.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Miguel Vale de; COSTA, Carlos Gonçalves; NOGUEIRA, Conceição (Org.); OLIVEIRA, João Manuel de (Org.); PEREIRA, Miguel; RODRIGUES, Liliana. **Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de género**. Lisboa: Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género, 2010.

ALMEIDA NETO, el al. *Risk factors for human immunodeficiency virus infection among Brazilian blood donors: a multicentre case-control study using audio computer-assisted structured interviews*. **Vox Sanguinis**, v. 105, n. 02, mar. 2013. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/vox.12028/abstract>. Acesso em: 17 nov 2016.

ALMEIDA NETO, Cesar de. *Perfil epidemiológico de doadores de sangue com diagnóstico sorológico de sífilis e HIV*. 2007. Tese (Doutorado em Medicina) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo. 2008. Disponível em: [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5136/tde-04042008-152524/publico/Cesar\\_de\\_Almeida\\_Neto\\_tese\\_doutorado2007.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5136/tde-04042008-152524/publico/Cesar_de_Almeida_Neto_tese_doutorado2007.pdf). Acesso em: 17 nov 2016.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARGENTINA. Ministerio de Sanidad y Ambiente. **Resolución 865** de 13 de junho de 2006. Apruébanse las Normas Técnicas y Administrativas de Hemoterapia. Derógase la Resolución Nº 58/2005. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/117449/norma.htm>. Acesso em: 17 nov 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, n. 16, p. 20, maio/ ago. 2007. Disponível em: Acesso em: 29 junho 2016.

BEZERRA, Ricardo dos Santos; CANTINI, Adriana Hartemink. **Consituição, Igualdade e Orientação Sexual**. In: Revista Data Vênia. Campina (PB). Universidade Federal da Paraíba. Vol. 5, n. 7, 2012. Disponível em: <http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/2002>. Acesso em 07 de outubro de 2016

BIELINSKI, Diego; BORGES, Caíque; CACERES, Lays; MACÊDO, César. **Direitos Humanos, orientação sexual e idetidade de género: o combate à discriminação e a luta por direitos**. In: Simulação das Nações Unidas para Secundaristas-2012. Disponível em: <<http://www.sinus.org.br/2012/wp-content/uploads/07-SoCHum.pdf>> Acesso em: 26 de junho de 2016.

BITTAR, Eduardo C. B. *Reconhecimento e direito à diferença: teoria crítica, diversidade e a cultura dos direitos humanos*, **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 104, jan/dez 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67869/70477>. Acesso em: 17 dez 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRITO, Ana Maria de; CASTILHO, Euclides Ayres de; SZWARCOWALD, Célia Landmann. *AIDS e infecção pelo HIV no Brasil: uma epidemia multifacetada*. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical**, Uberaba, v. 34, n. 02, mar/ abr. 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0037-86822001000200010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0037-86822001000200010). Acesso em: 17 nov 2016.

BRASIL. *Constituição Federal*. In: **Vade Mecum**. 16 .ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Consultoria Jurídica Junto ao Ministério da Saúde. **Parecer n. 0713/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU** de 30 de junho de 2016. Manifesta-se sobre o objeto da ADIn. 5543/2016.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4996495>. Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Nota técnica n° 012/2016/GSTCO/GGMED/DIARE/ANVISA** de 14 de junho de 2016. Presta informações sobre o objeto da ADIn. 5543/2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4996495>. Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Portaria n° 158** de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em:

<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>. Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n° 34** de 14 de junho de 2016. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue..

Disponível em:

[http://www.saude.rs.gov.br/upload/1418735690\\_Resolucao%20\\_%20RDC%20ANVISA%2034\\_%20de%2011%20de%20junho%20de%202014.pdf](http://www.saude.rs.gov.br/upload/1418735690_Resolucao%20_%20RDC%20ANVISA%2034_%20de%2011%20de%20junho%20de%202014.pdf). Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Despacho n° 129/2016/CGSH/DAET/SAS/MS** de 20 de junho de 2016. Presta informações sobre o objeto da ADIn. 5543/2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4996495>. Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico HIV-AIDS**. Ano IV, n. 01, 27<sup>a</sup> à 53<sup>a</sup> semana epidemiológica: jul a dez de 2014 e 01<sup>a</sup> à 26<sup>a</sup> semana epidemiológica: jan a jun de

2015. Disponível em:

[http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2015/58534/boletim\\_aids\\_11\\_2015\\_web\\_pdf\\_19105.pdf](http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2015/58534/boletim_aids_11_2015_web_pdf_19105.pdf). Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico HIV-AIDS**. Ano III, n. 01, 27<sup>a</sup> à 53<sup>a</sup> semana epidemiológica: jul a dez de 2013 e 01<sup>a</sup> à 26<sup>a</sup> semana epidemiológica: jan a jun de 2014. Disponível em:

[http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2014/56677/boletim\\_2014\\_final\\_pdf\\_15565.pdf](http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2014/56677/boletim_2014_final_pdf_15565.pdf). Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Pesquisa de conhecimentos, atitudes e práticas na população brasileira**. Ano 2008. Brasília: MS, 2011. Disponível em:

[http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2009/40352/pcap\\_2008\\_f\\_pdf\\_13227.pdf](http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2009/40352/pcap_2008_f_pdf_13227.pdf). Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Manual técnico para o diagnóstico da infecção pelo HIV**.

Brasília: MS, 2014. Disponível em:

[http://www.pncq.org.br/uploads/2014/manual\\_tecnico\\_hiv\\_2014\\_final\\_pdf\\_p\\_\\_31450.pdf](http://www.pncq.org.br/uploads/2014/manual_tecnico_hiv_2014_final_pdf_p__31450.pdf). Acesso em: 17 dez 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Ordem Social*. In: \_\_\_\_\_. **Direito Consitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direitos e garantias fundamentais*. In: \_\_\_\_\_. **Direito Consitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição Portuguesa Anotada**. 1. ed. v. 1. brasileira. São Paulo: RT, 2007.

CHILE. Secretaría de Salud. **Resolução Exenta 389** de 05 de fevereiro de 2013. Regula el procedimiento de atención de donantes de sangre. Disponível em:

<https://pt.scribd.com/doc/137745616/Res-Exenta-389-Aprueba-NGT-146-y-Guia-criterios-seleccion>. Acesso em: 17 nov 2016.

COLÔMBIA. **Sentença T-248/12 na Ação de Tutela contra particulares que prestam serviço**, 2012. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm>. Acesso em: 17 nov 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Rumo a um novo direito*. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora dos tribunais, 2014. 245-273.

\_\_\_\_\_. *Matrizes Históricas*. In: \_\_\_\_\_. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 33-39. p.

\_\_\_\_\_. *Buscando a gênese*. In: \_\_\_\_\_. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 40-56. p.

\_\_\_\_\_. *Uma Visão Global*. In: \_\_\_\_\_. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 33-39. p.

ESPAÑA. Ministerio de Sanidad y Consumo. **Real Decreto nº 1088/2005** de 16 de setembro de 2005. Tiene por objeto el establecimiento de las normas de calidad y de seguridad de la sangre humana y de los componentes sanguíneos, para garantizar un alto nivel de protección de la salud humana, así como la determinación al efecto de los requisitos y condiciones mínimas de la obtención, preparación, conservación, distribución, suministro y utilización terapéutica de la sangre y sus componentes, y, asimismo, respecto a los locales, material, instrumental y personal de los centros y servicios de transfusión sanguínea. Disponível em: <http://sid.usal.es/idocs/F3/LYN8179/3-8179.pdf>. Acesso em: 17 nov 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Advisory Committee on Blood and Tissue Safety and Availability. **Noncompliance with the men who have sex with men (MSM) deferral among U.S. male blood donors**. NHLBI Recipient Epidemiology and Donor Study-III (REDS-III). nov 2014. Disponível em: <http://webcast.nccsite.com/nih/0016/>. Acesso em: 17 nov 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Centers for Disease Control and Prevention. **Estimated HIV incidence in the United States, 2007–2010**. V. 17, n. 04. HIV Surveillance Supplemental Report: 2012. Disponível em: [http://www.cdc.gov/hiv/pdf/statistics\\_hssr\\_vol\\_17\\_no\\_4.pdf](http://www.cdc.gov/hiv/pdf/statistics_hssr_vol_17_no_4.pdf). Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. Organização Pan-Americana De Saúde. **Elegibilidade para doação de sangue: Recomendações para educação e seleção de doadores de sangue potenciais**. Washington, D.C., EUA, 2009. Disponível em: <http://www1.paho.org/hq/dmdocuments/2009/EligiBlood09POR.pdf>. Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. Food and Drug Administration. **Revised recommendations for reducing the risk of human immunodeficiency virus transmission by blood and blood donors**. Guidance for Industry: 2015. Disponível em: <http://www.fda.gov/downloads/BiologicsBloodVaccines/GuidanceComplianceRegulatoryInformation/Guidance/Blood/UCM446580.pdf>. Acesso em: 17 nov 2016.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. 19. ed. v. 1. São Paulo: Graal, 2009.

FRANÇA. Ministère des Affaires Sociales et de la Santé. **Norma AFSP1608360A** de 05 de abril de 2016. Dispõe sobre os critérios de seleção dos doadores de sangue. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032378088&dateTexte=20160711>. Acesso em: 17 nov 2016.

GIRARDI, Viviane. *Direito Fundamental à própria sexualidade*. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora dos tribunais, 2014. p. 35-41.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e principio da igualdade: O direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONCALEZ, et al. *HIV test-seeking blood donors in a large blood bank in São Paulo, Brazil*. **Transfusion**, v. 50, n. 08, ago. 2013. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2981410/>. Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. *Human immunodeficiency virus test-seeking motivation in blood donors, São Paulo*. **Vox sanguinis**, v. 90, n. 03, a. 2006. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1423-0410.2006.00743.x/abstract> . Acesso em: 17 nov 2016.

GUIMARÃES, Aníbal. *Os princípios de Yogyakarta*. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora dos tribunais, 2014. 709-713.p.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

JESUS, Jaqueline Gomes. *Transgeneralidades*. In: \_\_\_\_\_. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KAR, Nilamadhab; KAR, Gopal Chandra. **Comprehensive textbook of sexual medicine**. 2. ed. Nova Délhi: Jaypee Brothers, 2005.

LIMA et al. *Comportamentos e práticas sexuais de homens que fazem sexo com homens*. **Revista Brasileira de Enfermagem – REBEn**, Brasília, p. 866/890, nov/dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v67n6/0034-7167-reben-67-06-0886.pdf>. Acesso em: 29 junho 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Liberdade e Direitos Sexuais*. In: RIOS, Roger Raupp (org). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MÉXICO. Secretaría de Salud. **Norma Oficial Mexicana NOM-253-SSA-2012**. Disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos. Disponível em: <http://www.dof.gob.mx/normasOficiales/4917/salud3a/salud3a.html>. Acesso em: 17 nov 2016.

MUSTO JA; SEED, CR; LAW M; KELLER, AJ; KALDOR JM. *Estimating the risk of blood donation associated with HIV risk behaviours*. **Transfusion Medicine**, v. 18, n. 01, 2008. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1365-3148.2007.00804.x/abstract;jsessionid=130B19181898BAB4178E895320A9CAAB.f04t04>. Acesso em: 17 nov 2016.

O'BRIEN et al. *Impact of a 5-year deferral from blood donation for men who have sex with men*. **Transfusion**, v. 56, n. 6, 2015. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/trf.13445/abstract;jsessionid=68C3817E12C388F7E9984E6E856B3FBD.f03t02>. Acesso em: 17 nov 2016.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *HIV/AIDS, estigma e discriminação: apontamentos para uma argumentação feminista*. In: POCANY, Fernando (Coord.). **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Nuances, 2007.

OLIVEIRA, João Manuel. *Orientação Sexual e Identidade de Género na psicologia: notas para uma psicologia lésbica, gay, bissexual, trans e queer*. In: NOGUEIRA, Conceição; Nogueira, João Manuel (Coord.). **Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de género**. Lisboa: Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género, 2010. 19-44.p.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Blood donor selection: guidelines on assessing donor suitability for blood donation**. WHO, 2011. Disponível em: [http://www.who.int/bloodsafety/publications/guide\\_selection\\_assessing\\_suitability.pdf](http://www.who.int/bloodsafety/publications/guide_selection_assessing_suitability.pdf). Acesso em: 17 nov 2016.

\_\_\_\_\_. **HIV and Young men who have sex with men: A technical brief**. WHO, 2015. Disponível em: [http://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/2015\\_young\\_men\\_sex\\_with\\_men\\_en.pdf](http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/2015_young_men_sex_with_men_en.pdf). Acesso em: 17 nov 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTUGAL. Norma 009 de 19 de setembro de 2016. Comportamentos de Risco com Impacte na Segurança do Sangue e na Gestão de Dadores: Critérios de Inclusão e Exclusão de Dadores por Comportamento Sexual. Disponível em: <http://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0092016-de-19092016-pdf.aspx>. Acesso em: 17 nov 2016.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta: **principios sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con La orientación sexual y la identidad de género**. [S.I.: s.n.], 2007. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/pdf/Yogyakarta.pdf>>. Acesso: 29 de Agosto de 2015.

RIOS, Roger Raupp. **Direito fundamental à diferença**. In: Revista do Conselho da Justiça Federal. Brasília - DF. Conselho da Justiça Federal. Vol. 2, n. 6, set./dez 1998. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/160/248>. Acesso em 06 de outubro de 2016

\_\_\_\_\_. **A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília - DF. Senado Federal. a. 38, n. 149, jan./mar 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/673/r149-23.pdf?sequence=4>. Acesso em 06 de outubro de 2016

\_\_\_\_\_. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual.** São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação.* In: POCANY, Fernando (Coord.). **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea.** Porto Alegre: Nuances, 2007.

RODRIGUES, Humberto. **O amor entre iguais.** São Paulo: Mythos, 2004.

RODRIGUES, Maria Alice. *O direito à diversidade sexual: a contribuição do ensino jurídico na concretização dos direitos humanos.* In: POCANY, Fernando (Coord.). **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea.** Porto Alegre: Nuances, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev. atual e ampl.; 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.* In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC.** Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC. Fundação Getúlio Vargas. v. 9, 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137>. Acesso em: 07 de outubro de 2016

SARMENTO, Daniel “A igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa”, in CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais.** 2º Edição. Bahia: Editora Juspodivm. 2007.

SANCHEZ et al. “*The impact of male-to-male sexual experience on risk profiles of blood donors.* **Transfusion,** v. 45, n. 03, mar 2005. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1537-2995.2005.03421.x/abstract>. Acesso em: 17 nov 2016.

SEED et al. *No evidence of a significantly increased risk of transfusion-transmitted human immunodeficiency virus infection in Australia subsequent to implementing a 12-month deferral for men who have had sex with men,* **Blood Transfusion,** v. 50, n. 12, 2010. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1537-2995.2010.02793.x/abstract>. Acesso em 17 nov de 2016.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** In: Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas. v. 212, 1998.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 07 de outubro de 2016.

SOLDAN, K; SINKA, K..Evaluation of the de-selection of men who have had sex with men from blood donation in England. **Vox sanguinis**, v. 84, n. 04, maio 2006. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1046/j.1423-0410.2003.00295.x/abstract>. Acesso em: 17 nov 2016.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade**. Uma história. Rio de Janeiro: Record, 1998.

SULIGOI et al.*Changing blood donor screening criteria from permanent deferral for men who have sex with men to individual sexual risk assessment: no evidence of a significant impact on the human immunodeficiency virus epidemic in Italy*.**Transfusion**, v. 11, 2013. Disponível em: <http://www.bloodtransfusion.it/articolo.aspx?idart=002512&idriv=86>. Acesso em 17 nov de 2016.

TERTO JUNIOR, Veriano. *Homossexualidade e Saúde: desafios para a terceira década da epidemia de HIV/AIDS*.**Revista Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 8, n. 17, jun. 2002. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-71832002000100008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832002000100008). Acesso em: 17 nov 2016.

TORRES, Marcelo Monteiro. **Direito fundamental à diferença**. In: Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 2, fev./maio 2012. Disponível em: [http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao\\_02/vol1no2art2.pdf](http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_02/vol1no2art2.pdf). Acesso em 02 de Julho de 2016

UNAIDS. **The Brazilian Response to HIV and AIDS**. Brasília, 2011. Disponível em: [http://www.unaids.org/sites/default/files/country/documents/BRA\\_narrative\\_report\\_2015.pdf](http://www.unaids.org/sites/default/files/country/documents/BRA_narrative_report_2015.pdf). Acesso em: 17 nov 2016.

UNIÃO EUROPÉIA.**Conclusões Do Advogado-Geral Paolo Mengozzi no Processo C-528/13**.Geoffrey Léger contra Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes e Établissement français du sang.17 de julho de 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=doa%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bde%2Bsangue&docid=155166&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=363451#ctx1>. Acesso em: 17 nov 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Os princípios fundantes*. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora dos tribunais, 2014. 113-170.p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. VI.