



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 206.660/2016-AsJConst/SAJ/PGR

Ação direta de inconstitucionalidade 5.543/DF

Relator: Ministro **Edson Fachin**

Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB)

Interessados: Ministro de Estado da Saúde

Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)

CONSTITUCIONAL E SANITÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PORTARIA 158/2016, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, E RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA 34/2014, DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. IMPEDIMENTO TEMPORÁRIO A DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE TENHAM RELAÇÕES SEXUAIS COM OUTROS HOMENS. CABIMENTO DA AÇÃO. AFRONTA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. DESNECESSIDADE DE EXAME DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL INTERPOSTA. MÉRITO. RESTRIÇÃO DE DIREITO BASEADA EM ORIENTAÇÃO SEXUAL. MEDIDA IRRAZOÁVEL E DESPROPORCIONAL. AFRONTA À DIGNIDADE HUMANA, À CONSTRUÇÃO DE SOCIEDADE JUSTA E SOLIDÁRIA, LIVRE DE PRECONCEITOS E DISCRIMINAÇÕES, E AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. Dispositivos de portaria ministerial e resolução de órgão regulador que vedam doação de sangue por homens em decorrência de orientação sexual podem ser cotejados diretamente com a Constituição da República, por possuírem atributos de autonomia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade.

2. Impedimento, por 12 meses, a que homens que tiverem relações sexuais com outros homens doem sangue choca-se com a dignidade humana (Constituição da República, art. 1º, III), com os princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e igualdade (art. 5º, *caput* e LIV) e com os objetivos da República de construir sociedade justa e solidária, reduzir desigualda-

des sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo e outras formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV).

3. As normas criam obstáculo inútil à proteção do sistema de hemoterapia, uma vez que a este interessam os comportamentos de risco dos potenciais doadores, não sua orientação sexual.

4. Perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre dos substanciais impactos que as normas produzem na dignidade de pessoas historicamente vítimas de preconceitos e no agravamento da situação de déficit dos estoques dos bancos de sangue do país.

5. Parecer pelo deferimento da medida cautelar.

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra o art. 64, inciso IV, da Portaria 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde, e contra o art. 25, inc. XXX, alínea *d*, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34, de 11 de junho de 2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). As normas consideram temporariamente inaptos para doar sangue, pelo período de 12 meses, homens que tiverem relações sexuais com outros homens e as parceiras sexuais destes.

Este é o teor dos dispositivos:

PORTARIA 158/2016, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 ([...]) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: [...]

IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes; [...].

RESOLUÇÃO 34/2014, DA ANVISA

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: [...]

XXX – os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 ([...]) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: [...]

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes; [...].

Afirma o requerente possuir legitimidade para propor a ação, por ser partido político com representação no Congresso Nacional. Defende seu cabimento, em razão de haver ofensa à Constituição da República de modo direto, sem necessidade de analisar norma infraconstitucional interposta, dada a autonomia e primariedade das normas. Alega que estas inovaram indevidamente no ordenamento jurídico, ao veicular discriminação em virtude de orientação sexual, em agressão à igualdade e à dignidade humana, à promoção do bem de todos sem preconceitos e à proporcionalidade, valores assegurados pelos arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, *caput* e LIV, da Constituição da República. Sustenta acarretarem severos prejuízos à saúde pública, ao impedir doação de aproximadamente 19 milhões de litros de sangue anualmente.

O relator adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça 37 do processo eletrônico).

Requereram ingresso na ação, na qualidade de *amici curiæ*, o Partido Popular Socialista (PPS – peça 43), a Defensoria Pública da União (DPU – peça 49), a Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE/BA – peça 56), a Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas (ABRAFH – peça 62) e o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS – peça 71).

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária sustentou fundar-se a vedação em evidências epidemiológicas e técnico-científicas e visar ao interesse coletivo na garantia máxima da qualidade e segurança transfusional para o receptor de sangue. Asseverou que tanto a Organização Mundial de Saúde (OMS) quanto a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) recomendam inaptidão de 12 meses para doação de sangue por homens que tiverem relações sexuais com outros homens, em razão de envolverem riscos maiores de infecção por doenças sexualmente transmissíveis. Informou que diversos países possuem regramentos similares ou mais restritivos do que o do Brasil (peças 77, 78 e 80 a 129).

O relator deferiu os pedidos de admissão formulados por DPU, DPE/BA, ABRAFH e GADvS. Quanto ao PPS, requisitou demonstração de representatividade adequada (despacho na peça 130).

O Ministério da Saúde manifestou-se por improcedência do pedido, na linha dos argumentos defendidos pela ANVISA. Informou que as normas não promovem discriminação em virtude de

orientação sexual, mas fazem parte de conjunto de regras voltadas à proteção do direito fundamental à saúde dos receptores de sangue (peça 131).

No mesmo sentido manifestou-se a Advocacia-Geral da União, para a qual as normas não estigmatizam grupo específico de pessoas, apenas reconhecem e normatizam comportamentos de risco associados a possibilidade de infecção por doenças transmissíveis por doação de sangue. Priorizam segurança e eficácia do sistema de hemoterapia (peça 132).

Postularam, ainda, admissão como *amici curiae* o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM – peça 134), o Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL – peça 140), o Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros (peça 142) e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT – peça 154).

O relator deferiu os pedidos de ingresso formulados por IBDFAM, IBDCIVIL e Grupo Dignidade (peças 139 e 148).

É o relatório.

2. CABIMENTO

O art. 102, I, da Constituição da República estabelece como objeto de ação direta de inconstitucionalidade lei ou ato normativo federal ou estadual. Deve qualificar-se como ato normativo primário aquele que contenha os requisitos essenciais de autono-

mia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade e discipline diretamente a Constituição.¹

As disposições questionadas da Portaria 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde, e da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34, de 11 de junho de 2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) caracterizam-se como atos normativos com esses traços, porquanto possuem alta densidade normativa e podem ser cotejadas diretamente com os preceitos dos arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição da República, sem necessidade de apreciar normas infraconstitucionais interpostas.

Dessa maneira, não há óbice ao cabimento desta ação.

3. MÉRITO

3.1. DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO

Consagrada pelo art. 1º, inciso III, da Constituição da República,² a dignidade do ser humano revela-se, entre outras perspectivas, na capacidade de autodeterminação da vontade, a qual é componente da liberdade humana. Materializada estará a dignidade humana na medida em que se garanta ao indivíduo condizer-se segundo o próprio entendimento livre.

1 Supremo Tribunal Federal. Plenário. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.321/DF. Relator: Ministro CELSO DE MELLO, 25/10/2000, maioria. *Diário da Justiça*, 10 jun. 2005.

2 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III – a dignidade da pessoa humana; [...]”.

Para muitos autores, dignidade do ser humano é princípio que contém fim em si mesmo, considerado até metanorma:

A dignidade humana é o próprio fundamento ético do direito. A pessoa humana é, em si mesma, um valor do qual decorrem outros atributos atinentes à pessoa, individual ou coletivamente, como os primados da liberdade e da isonomia, aos quais se agregam outras conquistas históricas definidas como o direito à vida, à intimidade e à honra. **A dignidade humana, como valor máximo do sistema jurídico, permite a realização plena da pessoa, nos diversos espaços existenciais (como na família, na empresa, no sindicato, na universidade ou em quaisquer microcosmos contratuais),** de forma isonômica, respeitando-se a ótica da solidariedade constitucional, tanto nas relações de Direito Público quanto nas de Direito Privado. Afinal, a finalidade do Estado é tornar os homens felizes, isto é, virtuosos e, para a consecução desse objetivo, o principal instrumento são as normas jurídicas.³

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, III), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. Da mesma forma, não foi por acidente que a dignidade não constou do rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo sido consagrada em primeira linha como princípio (e valor) fundamental, que, como tal, deve servir de norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa.

[...]

Importa considerar, neste contexto, que a dignidade da pessoa humana desempenha papel de valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica a caracteri-

3 CAMBI, Eduardo. Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Privado*. Vol. 61/2015, p. 13-35, jan.-mar. 2015.

zação da dignidade como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica.⁴

Com relação à universalidade dos direitos humanos, atenta-se que a Constituição de 1988, ao eleger o valor da dignidade humana como princípio fundamental da ordem constitucional, compartilha da visão de que a dignidade é inerente à condição de pessoa, ficando proibida qualquer discriminação. O texto enfatiza que todos são essencialmente iguais e assegura a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais.⁵

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana é o pilar de interpretação de todo o ordenamento jurídico e toda a Constituição Federativa do Brasil. **O princípio da dignidade humana é o fundamento filosófico e jurídico dos direitos humanos e se expressa nestes direitos, funciona também como metanorma, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas as outras normas e princípios, em especial as normas definidoras de direitos fundamentais, ampliando o seu sentido, reduzindo-os ou auxiliando em conflitos entre direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é a chave de interpretação material das demais normas jurídicas.**⁶

A dignidade humana fundamenta o sistema positivo de normas e, portanto, serve de vetor de interpretação para os demais preceitos contidos na Constituição da República. Uma das dimensões fundamentais da dignidade é o direito à liberdade, que se manifesta pela autodeterminação.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 1º, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; _____, Lenio L. (coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 124 e 125. Sem destaque no original.

5 PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 45. p. 216, out. 2003. Sem destaque no original.

6 MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107. Sem destaque no original.

INGO SARLET, ao analisar o conteúdo e o alcance jurídico-normativo do princípio da dignidade humana, no aspecto pertinente à autodeterminação, ou seja, à possibilidade de a pessoa determinar-se conforme sua vontade livre, na compreensão do Supremo Tribunal Federal, observa:

Para além das dimensões já apresentadas e em diálogo com as mesmas, [é] indispensável compreender – até mesmo pela relevância de tal aspecto para os direitos e deveres humanos e fundamentais – que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta por estar em causa simultaneamente a expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.⁷

A dignidade da pessoa vincula-se à potencialidade de ela autodeterminar-se livremente. Ao estado incumbe instituir mecanismos jurídicos capazes de resguardar manifestações de vontade decorrentes da autodeterminação, dentro de certos limites, pois, em qualquer agrupamento humano, ninguém possui liberdade absoluta.

J. J. GOMES CANOTILHO, com precisão, repisa que estado de direito é aquele que preserva a autodeterminação da pessoa como alicerce:

7 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; _____ (Coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p. 46.

A expressão Estado de direito é considerada uma fórmula alemã (*Rechtsstaat*). Ela aponta para algumas das ideias fundamentais já agitadas na Inglaterra, Estados Unidos e França. Acrescenta-lhes, porém, outras dimensões. **O Estado domesticado pelo direito é um Estado juridicamente vinculado em nome da autonomia individual ou, se se preferir, em nome da autodeterminação da pessoa. É a autonomia individual que explica alguns dos postulados nucleares do Estado de direito de inspiração germânica.** Desde logo, o Estado de direito, para o ser verdadeiramente, tem de assumir-se como um Estado liberal de direito. Contra a ideia de um Estado de polícia que tudo regula a ponto de assumir como tarefa própria a felicidade dos súbditos, o Estado de direito perfila-se como um Estado de limites, restringindo a sua acção à defesa da ordem e segurança públicas.⁸

O constituinte originário, fundado na metanorma da dignidade do ser humano, dedicou-se especificamente à erradicação de práticas discriminatórias. São exemplos de normas voltadas a essa finalidade o princípio da igualdade, inscrito no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo fundamental da República, insculpido no art. 3º, IV. Além disso, conferiu à lei a função de punir discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e definiu o racismo como crime inafiançável e imprescritível.

Condutas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem, em princípio, nítido carácter discriminatório e violador da

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Disponível em: < <http://zip.net/bdtsBQ> > ou < <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf> >. Acesso em 5 set. 2016.

dignidade humana, em confronto com esse conjunto de normas constitucionais. A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero. Consoante explica DANIEL BORRILLO, a lógica perpetrada é a mesma, de inferiorização de certos grupos e indivíduos:

Enquanto violência global caracterizada pela supervalorização de uns e pelo menosprezo de outros, a homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se de ideologia racista, classista ou antissemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente. À semelhança de qualquer outra forma de intolerância, a homofobia articula-se em torno de emoções (crenças, preconceitos, convicções, fantasmas...), de condutas (atos, práticas, procedimentos, leis...) e de um dispositivo ideológico (teorias, mitos, doutrinas, argumentos de autoridade...).

O profundo conservadorismo do conjunto das manifestações de exclusão evocadas reside no fato de que todas elas, por um lado, se inspiram no fundo irracional comum de uma opinião particularmente orientada para a desconfiança em relação aos outros e, por outro, elas transformam tal preconceito corriqueiro em doutrina elaborada.⁹

Mais à frente, BORRILLO destaca:

[...] O problema da homofobia supera a questão gay, inscrevendo-se na mesma lógica de intolerância que, em diferentes momentos da História, produziu a exclusão tanto dos escravos e dos judeus quanto dos protestantes; até mesmo os comediantes haviam sido, outrora, excluídos do direito ao casamento.

À semelhança do que ocorre em relação à diferença cultural entre nacional e estrangeiro (espécie de eufemismo do ra-

9 BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 34-35.

cismo), a diferença sexual entre heterossexual e homossexual, é apresentada como um indicador objetivo do sistema desigual de atribuição e de acesso aos bens culturais, a saber, direitos, capacidades, prerrogativas, alocações, dinheiro, cultura, prestígio etc. E, embora o princípio da igualdade seja formalmente proclamado, é efetivamente em nome das diferenças e ao dissimular precavidamente qualquer intenção discriminatória, que os dominantes entendem reservar um tratamento desfavorável aos dominados. A construção da diferença homossexual é um mecanismo jurídico bem rodado que permite excluir gays e lésbicas do direito comum (universal), inscrevendo-os(as) em um regime de exceção (particular). [...] ¹⁰

Ao estado de direito não cabe, sob pena de afastar-se de seu centro de identidade, impor restrições desarrazoadas à autodeterminação da pessoa em aspecto essencial como é a liberdade de orientação sexual. Nesse contexto, em observância ao princípio da igualdade, impedimento a doação de sangue pelo período de um ano para homens que tiverem relações sexuais com outros homens, veiculado nos dispositivos dos atos normativos impugnados, constitui medida de discriminação, porquanto se pauta unicamente em orientação sexual de indivíduos, consoante se demonstrará.

As vedações não atendem à necessária proteção do sistema de hemoterapia e apenas impõem vedação desfundamentada a certos cidadãos, baseada em sua orientação sexual.

3.2. DESPROPORCIONALIDADE E IRRAZOABILIDADE DAS VEDAÇÕES NOS ATOS QUESTIONADOS

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a des-

10 BORRILLO, Daniel. Obra citada, p. 38-39.

peito de não estarem previstos explicitamente no texto constitucional, são considerados consectários do princípio do devido processo legal, consolidado no art. 5º, LIV, da Constituição da República, em sua vertente substantiva.¹¹

A jurisdição constitucional norte-americana consolidou a cláusula do devido processo legal como fundamento da possibilidade de exame judicial de atos jurídicos (a *judicial review*), de maneira a garantir possibilidade de controle substantivo de atos estatais normativos, sob o nome de *substantive due process review of legislation*.¹²

Como a Suprema Corte norte-americana, o Supremo Tribunal Federal, ao realizar controle de constitucionalidade da legislação infraconstitucional, aplica como parâmetro a perspectiva substantiva do devido processo legal e avalia proporcionalidade e razoabilidade de atos normativos.

11 “[...] O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). [...]”. STF. Plenário. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1.407/DF Rel.: Ministro CELSO DE MELLO. 7 mar. 1996, maioria. DJ, 24 nov. 2000, p. 86.

12 MENDES, Gilmar. Comentário ao artigo 103. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; _____; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 430.

O STF verificou compatibilidade de norma com o princípio da proporcionalidade, por exemplo, no julgamento de medida cautelar na ADI 1.407/DF, acerca do art. 6º da Lei 9.100, de 29 de setembro de 1995, que estabeleceu restrições para admissão de coligações partidárias. O Ministro CELSO DE MELLO destacou aspectos relevantes sobre o tema:

[...] Cumpre enfatizar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Daí a advertência de CAIO TÁCITO ([...]), que, ao lembrar a lição pioneira de SANTI ROMANO, destaca que a figura do desvio de poder legislativo impõe o reconhecimento de que, mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade legislativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com o interesse público.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem so-

bre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (ADIn 1.158-AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO).¹³

Toda restrição a direitos individuais deve limitar-se ao estritamente necessário para preservar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos. O jurista J. J. GOMES CANOTILHO, ao analisar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, conseqüente do princípio da proibição de excesso, pondera:

Meio e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.¹⁴

O legislador deve sopesar as desvantagens para os cidadãos dos meios empregados com as vantagens a serem alcançadas ante o fim almejado, observadas adequação e necessidade da medida, a qual deve ser aplicada na extensão e no alcance estritamente necessários (isto é, na “justa medida”, tanto quanto seja possível aferi-la, mesmo que sem precisão matemática).¹⁵ Ato restritivo de direitos deve ser apropriado para atingir o fim almejado, e o meio deve ser o estritamente necessário, de modo a não acarretar ônus inúteis para as pessoas atingidas.

13 STF. Plenário. MC/ADI 1.407. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 7/3/1996, maioria. *DJ*, 24 nov. 2000.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 270.

15 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 174.

O art. 64, inciso IV, da Portaria 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde, e o art. 25, inc. XXX, alínea *d*, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34, de 11 de junho de 2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), consideram temporariamente inaptos para doar sangue, pelo período de 12 meses, homens que tiverem tido relações sexuais com outros homens e as parceiras sexuais destes.

A inadequação da medida restritiva afirma-se diante da omissão em adotar mecanismos menos gravosos a candidatos a doação de sangue, tanto para preservar que o material doado esteja livre de contaminação por vírus quaisquer, quanto para respeitar a dignidade humana e a liberdade de orientação sexual dos indivíduos. Esse conjunto de circunstâncias torna a medida prevista nas normas desproporcionalmente mais gravosa do que o necessário para obter o resultado prático pretendido.

As normas promovem tratamento discriminatório entre homens com base em sua orientação sexual. Partem do pressuposto de que homens gays ou bissexuais estariam necessariamente inseridos nos denominados *grupos de risco*, compostos por pessoas mais suscetíveis a contrair e transmitir doenças sexualmente transmissíveis (DSTs), também denominadas doenças venéreas, pelo simples fato de praticarem relações sexuais com outros homens.

A noção de *grupo de risco* remonta ao início da epidemia de síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS, do inglês *Acquired Immunodeficiency Syndrome*), causada pelo vírus da

imunodeficiência humana (VIH ou HIV, do inglês *Human Immunodeficiency Virus*), ainda na década de 1980. Referia-se aos primeiros afetados pela doença, em sua maioria homossexuais, usuários de drogas injetáveis e hemofílicos. O conceito, todavia, encontra-se ultrapassado. Conforme notícia o portal do Ministério da Saúde,¹⁶ o vírus espalhou-se de forma geral e indistinta na população. Não se concentra mais em grupos específicos. Por essa razão, passou-se a utilizar a noção de *comportamento de risco*, em substituição a *grupos de risco*.

Em artigo jornalístico, a antropóloga e professora DEBORA DINIZ traz relevantes considerações sobre a irrazoabilidade da proibição de que homossexuais doem sangue, contida nos atos questionados, exatamente por se basear naquele conceito ultrapassado:

[...] No passado, falou-se em grupos de risco para o HIV – os gays foram, durante um longo período da epidemia, o grupo vulnerável ao adoecimento. Tratava-se de um grupo de pessoas específicas – os gays –, e não de quaisquer pessoas que praticassem sexo de forma insegura. [...] O erro ao confundir grupo de risco com comportamento de risco é claro: qualquer pessoa – até mesmo aquelas com votos de castidade – que se relacionar sexualmente com outra pessoa do mesmo sexo, mesmo que seja apenas uma vez, entrará na lista dos tipos com comportamento de risco se estiver desprotegida. Muito embora esse possa ser um sujeito fora de qualquer estereótipo de “grupo de risco”.

O que importa para as políticas de saúde não é se alguém pratica sexo com uma ou várias pessoas, com pessoas do mesmo sexo ou sexo diferentes, mas como se protege nas re-

16 Conferir em < <http://zip.net/bvtskR> > ou < <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 1º set. 2016.

lações sexuais. A pergunta central para a saúde pública e para a segurança do sangue é se o doador é alguém com cuidados de saúde nas práticas sexuais: desimportante é saber como se identifica no campo sexual ou quais são suas preferências de prazer. A pergunta para proteger os pacientes adocidos à espera de sangue é mais simples: “você usa camisinha ou não nas relações sexuais?”. Uma mulher com parceiro masculino, mesmo que fixo, que não pratique sexo seguro pode ser uma doadora arriscada – seu sangue deverá se submeter a todos os protocolos de segurança antes de ser transfundido.¹⁷

A Portaria 158/2016 e a Resolução 34/2014 indicam série de critérios para candidatos a doação de sangue, entre os quais incluem vedação temporária (pelo período de um ano) a pessoas que tenham praticado sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos, ou seus respectivos parceiros (sem destaques no original):

PORTARIA 158/2016

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 ([...]) 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;

17 DINIZ, Debora. *Gays querem (e devem) doar sangue*. Disponível em: < <http://zip.net/bbtrP0> > ou < http://www.brasilpost.com.br/deboradiniz/gays-querem-doar-sangue_b_10510672.html >; acesso em: 1^o set. 2016.

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 ([...]) horas, durante os últimos 12 ([...]) 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.

RESOLUÇÃO 64/2014

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: [...]

XXX – os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 ([...]) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

a) indivíduos que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;

b) indivíduos que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;

c) indivíduos que tenham sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;

- e) indivíduos que tenham tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea ou as parceiras sexuais destes;
- f) indivíduos que sejam parceiros sexuais de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de hemocomponentes ou hemoderivados (transplantes); e
- g) indivíduos que possuam histórico de encarceramento ou de confinamento obrigatório não domiciliar superior a 72 ([...]) horas, ou seus parceiros sexuais;

Os dispositivos nem mencionam o uso de preservativo em relações sexuais como critério de seleção de doadores de sangue, método com maior eficácia para evitar contágio de AIDS e demais DSTs.¹⁸ No caso de homens heterossexuais, basta para sua habilitação que tenham feito sexo com parceira fixa nos 12 meses anteriores à doação, ainda que sem uso de preservativos. Já em relação a homens gays e bissexuais, os dispositivos vão muito além, para exigir absoluta ausência de quaisquer relações sexuais pelo período mínimo de um ano. Qualquer relação sexual com outro homem se

18 “Pesquisadores dos Institutos Nacionais de Saúde dos Estados Unidos esticaram e ampliaram 2 mil vezes o látex do preservativo masculino (utilizando-se de microscópio eletrônico) e não foi encontrado nenhum poro. Em outro estudo, foram examinadas as 40 marcas de camisinha mais utilizadas em todo o mundo. A borracha foi ampliada 30 mil vezes (nível de ampliação que possibilita a visão do HIV) e nenhum exemplar apresentou poros.

Em 1992, cientistas usaram microesferas semelhantes ao HIV em concentração 100 vezes maior que a quantidade encontrada no sêmen. Os resultados demonstraram que, mesmo nos casos em que a resistência dos preservativos mostrou-se menor, os vazamentos foram inferiores a 0,01% do volume total. Ou seja, mesmo nas piores condições, os preservativos oferecem 10 mil vezes mais proteção contra o vírus da aids do que a sua não utilização.” Cf.: < <http://www.aids.gov.br/pagina/por-que-usar> > ou < <http://zip.net/bbtrZN> >; acesso em: 1ª set. 2016.

torna obstáculo intransponível à doação, pouco importando que tenha ocorrido com parceiro fixo e com uso de preservativo.

Ao tempo em que veiculam proteção deficiente para tutela da saúde, no que se refere à doação de sangue por homens heterossexuais – porquanto se contentam em exigir relação sexual com parceira fixa, o que não afasta, por si, possibilidade de transmissão de doenças, mormente se não há utilização de preservativo –, as normas são extremamente restritivas no que se refere à doação por homens gays ou bissexuais, pois lhes impõem condição desproporcional e irrazoável (completa abstinência sexual por 12 meses), a qual equivale a vedação peremptória para doar sangue.

Na prática, essa sistemática acaba por classificar gays e bissexuais como *grupo de risco* (conceito abandonado, conforme exposto). Presume-se que essas pessoas estariam sempre em situação de risco acrescida ou em *comportamento de risco*. Todavia, o critério justificável na atualidade leva em conta práticas sexuais concretas, não a identidade ou a orientação sexual das pessoas envolvidas.

Para justificar a proibição de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens, argumenta-se que a prática de sexo anal traria maiores riscos de transmissão de doenças do que o sexo vaginal. De fato, o risco de transmissão do HIV e de outras doenças venéreas é maior no sexo anal, por maior aptidão da região a pequenos sangramentos e, desse modo, ao contato com sangue contaminado. Contudo, é notório que essa prática sexual não é prerrogativa masculina. Pode fazer parte de relações homo

ou heteroafetivas. Risco em relações sexuais desprotegidas existe independentemente da orientação sexual ou gênero dos indivíduos envolvidos.¹⁹ Estudos demonstram, aliás, que parcela substancial de heterossexuais mantêm relações sexuais anais e tendem a usar preservativos com menor regularidade, exatamente por não haver risco de concepção indesejada.²⁰

Por outro lado, possibilidade de contaminação por doenças restará afastada se a prática sexual ocorrer com uso de preservativos. Logo, simples exclusão de candidatos a doação de sangue (hétero ou homossexuais) que, em determinado lapso, hajam praticado relações sexuais desprotegidas (anais ou vaginais), bastaria para alcançar os objetivos pretendidos pelas normas, sem necessidade de impor discriminação pautada em orientação sexual, como fizeram as normas sob exame.

Deve-se levar em conta, ademais, no que se refere à transmissão do HIV, que houve, com o passar dos anos, redução da chamada *janela imunológica* para detecção do vírus na corrente sanguínea. Trata-se do período de tempo imediatamente após a infecção, no qual exames laboratoriais não detectam a presença do

19 Cf. AIDSMAP. *Anal intercourse between men and women*. Disponível em: < <http://www.aidsmap.com/Anal-intercourse-between-men-and-women/page/1324426/> > ou < <http://zip.net/bjtrZM> >; acesso em: 2 set. 2016.

20 Cf. AIDSMAP. *O risco de transmissão do VIH durante o sexo anal é 18 [vezes] superior ao do sexo vaginal*. Disponível em: < <http://www.aidsmap.com/O-risco-de-transmiss%C3%A3o-do-VIH-durante-o-sexo-anal-%C3%A9-18-superior-ao-do-sexo-vaginal/page/1446285/> > ou < <http://zip.net/bhtr8j> >; acesso em: 2 set. 2016.

HIV na corrente sanguínea, o que acaba por gerar os resultados conhecidos como *falsos negativos*.

Inicialmente, o diagnóstico da infecção por HIV realizava-se por imunoenaios chamados de *primeira geração*. Nestes, a janela imunológica de detecção era de 6 a 8 semanas.²¹ Com a implantação do teste de ácido nucleico (NAT) nos bancos de sangue do país,²² tanto para detectar HIV, quanto HCV e HBV (vírus responsáveis pela transmissão da hepatite C e hepatite B), houve significativa redução da janela imunológica para apenas 12 dias para o HCV e 10 dias para o HIV.

Diante desse quadro, não se mostra mais compatível com a realidade da rotina diagnóstica de laboratórios dos bancos de sangue brasileiros exigir abstinência sexual por 12 meses de candidatos a doação, porquanto prazo de 1 ou 2 meses, por exemplo, ultrapassaria, com folga, a janela imunológica para detecção de DSTs.

Isso caracteriza ofensa ao princípio da proporcionalidade, na dimensão de proibição de excesso (a chamada *Übermassverbot* do Direito alemão) e de medidas estatais gravosas desnecessárias.

21 Cf. p. 22 do *Manual técnico para o diagnóstico da infecção pelo HIV*, elaborado pelo Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais, da Secretaria de Vigilância em Saúde, do Ministério da Saúde. Disponível em: < http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_tecnico_diagnostico_infeccao_hiv.pdf > ou < <http://zip.net/bqts03> >; acesso em: 2 set. 2016.

22 Veja a esse respeito: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2014-02/teste-de-acido-nucleico-agora-e-obrigatorio-em-todos-os-bancos> > ou < <http://zip.net/bhtr8y> >; acesso em: 2 set. 2016.

Mais razoável e eficaz seria se estabelecessem os atos, como critério para doar sangue, não ter os candidatos praticado relações sexuais sem proteção adequada (como o uso de preservativo), em determinado interregno, suficiente para cobrir as janelas imunológicas.

Ao fim e ao cabo, as normas promovem tratamento discriminatório entre homens com fundamento único em sua orientação sexual. Vão em sentido oposto ao esforço estatal para coibir violência contra homossexuais. Dados do *Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2012*, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que abrangem apenas violações relatadas, revelam a gravidade e a amplitude dos atos discriminatórios praticados contra a população LGBT:²³

	2011	2012	Percentual de aumento
Denúncias	1.159	3.084	166,09%
Violações	6.809	9.982	46,60%
Vítimas	1.713	4.851	183,19%
Suspeitos	2.275	4.784	110,29%
Média violação/vítima	3,97	3,23	

O relatório ressalta que, a despeito da subnotificação de dados acerca desse tipo de violência, “os números apontam para um grave quadro de violências homofóbicas no Brasil: no ano de 2012, foram reportadas 27,34 violações de direitos humanos de caráter

²³ Disponível em: < <http://bit.ly/violhomo2012> > ou < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012> > Acesso em 5 set. 2016.

homofóbico por dia. A cada dia, durante o ano de 2012, 13,29 pessoas foram vítimas de violência homofóbica reportada no país”.²⁴

Diante desse notório e inegável fato social – não parece necessário demonstrar as discriminações de que homossexuais são vítimas diárias no Brasil –, a aplicação do art. 64, IV, da Portaria 158/2016, do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, *d*, da RDC 34/2014, da ANVISA choca-se com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da igualdade (art. 5º, *caput* e LIV) e com os objetivos da República de construir sociedade justa e solidária, reduzir desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo e outras formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV).

Interferem também no exercício da liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero e na liberdade de expressão, comprometendo a dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil (CR, art. 1º, III).

Não se pretendem suprimir, com esta ação direta, em absoluto, as imprescindíveis cautelas que envolvem a doação de sangue, voltadas a assegurar a higidez do sistema de hemoterapia, livre de contaminação por vírus HIV e outros. Contudo, as normas criam rótulos que deslocam o foco do risco apresentado por determinados *comportamentos e práticas*, para noções estereotipadas sobre *estilos de vida e orientação sexual*, o que termina por estigmatizar grupos já alvo de preconceito e violência (homens gays e bissexuais) e imunizar outros

²⁴ *Idem, ibidem.*

(homens heterossexuais e mulheres), conforme observou apropriadamente o IBDFAM, em sua manifestação (peça 134, p. 26-27).

4. PERIGO NA DEMORA PROCESSUAL

O perigo na demora processual (*periculum in mora*), pressuposto para concessão de medida cautelar, foi devidamente demonstrado pelo requerente. Destaca-se trecho dos argumentos expostos na inicial (p. 28):

114. O *periculum in mora*, por sua vez, está demonstrado ante a constante violação ao direito fundamental à igualdade. Todos os dias, homens homossexuais são vítimas das normas manifestamente discriminatórias, que os estigmatizam como grupos de risco portadores de doença grave unicamente em razão de sua orientação sexual.

115. Ou seja, o **caráter continuado da violação**, faz com que, quanto mais demorada a declaração de inconstitucionalidade por este Excelso STF, mais pessoas [sofram] as nefastas consequências das normas impugnadas. Desta forma, tal fonte ininterrupta de violações deve ser estancada, ao menos até a decisão final da presente ação direta.

116. Soma-se a isso a **necessidade diária de milhares de brasileiros de obter doações sanguíneas** num contexto no qual os bancos de sangue vivem séria crise de déficit nos seus estoques. Nesse contexto, a mesma lógica se aplica: quanto mais tempo os dispositivos impugnados continuarem a produzir efeitos, mais pessoas ficarão desamparadas.

117. Perante tais circunstâncias, já se pode perceber, mesmo em sede de cognição sumária, que a **manutenção dos dispositivos em vigor é significativamente mais danosa** – tanto à comunidade homoafetiva, quanto aos brasileiros em geral – do que a suspensão de seus efeitos, motivo pelo qual sua suspensão liminar é medida que se impõe.

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

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, a Procuradoria-Geral da República manifesta-se por deferimento da medida cautelar.

Brasília (DF), 6 de setembro de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WCS/AMO-Par.PGR/WS/2.237/2016

25 No ano de 2016, bancos de sangue sofreram baixa significativa em seus estoques, em decorrência da epidemia de vírus zica, dengue e chicungunha, entre outros fatores: < <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/02/estoques-dos-bancos-de-sangue-estao-com-nivel-baixo-pelo-pais.html> >, < <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2016/03/com-estoques-baixos-bancos-de-sangue-em-ms-convocam-doadores.html> > e < <http://jovempan.uol.com.br/programas/jornal-da-manha/medo-do-desemprego-afeta-estoque-dos-bancos-de-sangue.html> >; ou pelos atalhos: < <http://zip.net/bktr6w> >, < <http://zip.net/bjtr0b> > e < <http://zip.net/bjtr0d> >; acesso em: 2 set. 2016.