

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
5.543 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : **PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB**
ADV.(A/S) : **RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E
OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA
- ANVISA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL FEDERAL**

Despacho: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), partido político com representação no Congresso Nacional (eDOCs 33 e 34), cujo objeto é o art. 34, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, os quais dispõem sobre a inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo realizarem doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes a tal prática.

Eis, respectivamente, o teor dos dispositivos impugnados:

“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”;

e

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo

ADI 5543 MC / DF

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; (eDOC 31, p. 15; eDOC 32, p. 10/14)

O Requerente defende, mediante advogado regularmente constituído para atuar nos autos (eDOC 2), a sua legitimidade ativa, bem como o cabimento da presente ação.

Em sua compreensão, os atos que veiculam os dispositivos impugnados "(...) trazem inúmeras normas autônomas a serem observadas nos procedimentos hemoterápicos em toda a federação brasileira", bem como "(...) criam embaraços genéricos e abstratos para a doação legal de homossexuais sem qualquer fundamento legal para tanto" (eDOC 1 p. 3). Seriam, dessa forma, atos decorrentes de forma direta e primária da Constituição, ou seja, atos normativos e autônomos a autorizar a provocação da jurisdição constitucional por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Nesse sentido, menciona decisões pelo conhecimento de ações diretas de inconstitucionalidade que tem como objeto Portaria do Ministério da Saúde ou Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA (respectivamente a ADI 4.105 MC, Tribunal Pleno, **Rel. Min. Marco Aurélio**, DJe 17.06.2010 e a ADI 4.874, **Rel. Min. Rosa Weber**, DJe 17.09.2013).

No mérito, contextualiza o surgimento histórico da proibição de

ADI 5543 MC / DF

doação de sangue por homossexuais a partir do final da década de 1980, notadamente pelo desconhecimento a respeito da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – (SIDA/AIDS) e pela preocupação da *janela imunológica*, período imediatamente posterior à infecção no qual os exames laboratoriais não seriam aptos a detectar o vírus no material sanguíneo coletado.

Aduz que esse quadro não se mantém, quer diante da evolução tecnológica e da medicina (controle da epidemia de AIDS e do avanço do tratamento da imunodeficiência), quer do reconhecimento das relações homossexuais, surgindo forte debate mundial, a partir dos anos 2000, sobre o fim da proibição.

O proponente expõe dados que indicam que atualmente os *imunoensaios*, que antigamente geravam uma janela *imunológica* de seis a oito semanas, encontram-se em sua 4ª geração, reduzindo-a para apenas 15 (quinze) dias, bem como a informação trazida pelo Boletim Epidemiológico da AIDS no Brasil de 2015, o qual indica que “(...) o número de infecções registradas entre os anos de 1980-2015 é consideravelmente maior nos heterossexuais (50% dos casos notificados) do que nos homossexuais e bissexuais juntos (45,9% dos casos” (eDOC 1, p. 10).

Explicita o requerente que “o vírus HIV é transmissível às pessoas independentemente da sua orientação sexual. Relações sexuais desprotegidas tanto entre heterossexuais, quanto entre homossexuais, são passíveis de transmitir o agente causador da Aids. Em outras palavras, mantêm-se o preconceito e a discriminação contra os homossexuais, que são colocados como grupo de risco exclusivamente pela orientação sexual, sem considerar-se o efetivo comportamento sexual de cada um” (eDOC 1, p. 13).

Argumenta que ao editar a Portaria nº 1.353/2011 o Ministério da Saúde teria reconhecido que a orientação sexual não deveria ser critério para seleção de doadores por não constituir um risco em si (Art. 1º, §§ 4º e

ADI 5543 MC / DF

5º), mas que recentemente os atos impugnados teriam trilhado caminho distinto. Nesse sentido, a Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde seria, inclusive, paradoxal ao prever, para além do dispositivo aqui impugnado, que os serviços hemoterápicos deverão ser isentos de qualquer discriminação por orientação sexual (art. 2º, § 3º).

Alega que, na prática, a proibição temporária prevista na Portaria e na Resolução transforma-se em proibição permanente de doação de sangue por parte de homossexuais que possuam mínima atividade sexual.

Ademais, advoga que não se sustaria o tratamento discriminatório sequer em função de uma suposta promiscuidade dos homossexuais a justificar sua classificação como um grupo de risco. Em suas palavras, *“além de ser absolutamente discriminatório, o fundamento não possui qualquer lógica jurídica. Isso porque a legislação brasileira já prevê a exclusão da doação de sangue de pessoas promíscuas, sejam elas heterossexuais ou homossexuais. Com efeito, o art. 64, II, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde estabelece que será considerado inapto temporário o candidato que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais”* (eDOC 1, p. 14).

Defende ainda, que a regulação atualmente existente exige que o Poder Público garanta a qualidade e segurança dos componentes sanguíneos doados, com diversas medidas de precaução na coleta, processamento, distribuição e utilização do material sanguíneo, de modo que o fim da proibição não comprometeria a segurança dos procedimentos homoterápicos.

O requerente traz exemplos do direito comparado (África do Sul, Argentina, Chile, Espanha e Portugal), em que se visa ao controle do comportamento de risco e não de um grupo de risco.

ADI 5543 MC / DF

O partido proponente traz ainda elementos indicativos de que há uma enorme escassez dos bancos de sangue brasileiros e que a proibição imposta pelas normas impugnadas faz com que estimados 19 (dezenove) milhões de litros de sangue deixem de ser doados anualmente.

Sintetiza o requerente que os dispositivos questionados violam, a um só tempo: (i) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), (ii) o direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB), (iii) o objetivo fundamental republicano de promover o bem de todos sem preconceitos ou formas de discriminação (art. 3º, IV, CRFB) e (iv) o princípio constitucional da proporcionalidade.

Defende o autor que os atos impugnados estigmatizam pessoas sem que haja qualquer conduta que justifique a previsão normativa, por inexistir qualquer conduta praticada exclusivamente por homens homossexuais apta a prever a diferenciação.

Do mesmo modo, busca evidenciar que a regulamentação seria absolutamente desproporcional, tendo em vista que a própria Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde traz medidas eficazes para evitar contaminação do sangue contido nos bancos de doação.

Ademais, tais atos tolheriam o homossexual da prática de um ato solidário por excelência, intrinsecamente ligado ao exercício da cidadania e da fraternidade, mediante procedimento de estigmatização social, que não se coaduna com a igual consideração e respeito com que todos merecem ser tratados.

Esclarece o requerente que o objetivo da ação é que *“(...) todo e qualquer indivíduo, independentemente de sua orientação sexual, tenha o direito, de forma igualitária aos demais, de submeter o próprio sangue aos exames de detecção de doenças, para que, caso verificado saudável, possa ser doado e, então, repassado a quem dele necessitar”* (eDOC 1, p. 25).

ADI 5543 MC / DF

Postula o proponente a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados, diante da plausibilidade do direito e do perigo na demora.

Em sua compreensão, a plausibilidade decorreria das teses ora sintetizadas. A urgência, por sua vez, far-se-ia presente por dois diferentes elementos. De um lado, a constante e diuturna violação ao direito fundamental à igualdade a que são submetidos homens homossexuais, que os estigmatiza como membros de um grupo de risco como potenciais portadores de doença grave, o que se dá unicamente em razão de sua orientação sexual. De outro, a necessidade diária de milhares de brasileiros de obter doações sanguíneas em um contexto de déficit nos estoques dos bancos de sangue.

Requer, por fim, o julgamento de procedência da presente ação para, ratificando a liminar, declarar a inconstitucionalidade do art. 34, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, “d”, da RDC nº 34/2014 da ANVISA.

Tendo em vista a relevância da matéria debatida nos presentes autos e sua importância para a ordem social e segurança jurídica, adoto o rito positivado no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, a fim de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a análise definitiva da questão.

Anoto, desde logo e por oportuno, que aqui se está diante de regulamentação que toca direto ao núcleo mais íntimo do que se pode considerar a dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nossa República e do Estado Constitucional que ela vivifica.

Não me afigura correto ou salutar que se coadune com um modo de agir que evidencie constante apequenar desse princípio maior, tolhendo parcela da população de sua intrínseca humanidade ao negar-lhe a

ADI 5543 MC / DF

possibilidade de exercício de empatia e da alteridade como elementos constitutivos da própria personalidade.

Sob qualquer ângulo que se olhe para a questão, o correr do tempo mostra-se como um inexorável inimigo. Quer para quem luta por vivificar e vivenciar a promessa constitucional da igualdade, quer por quem luta viver e tanto precisa do olhar solidário do outro.

Muito sangue tem sido derramado em nosso país em nome de preconceitos que não se sustentam, a impor a célere e definitiva análise da questão por esta Suprema Corte.

Desse modo, requisitem-se as informações no prazo de 10 (dez) dias e, após, colham-se as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 05 (cinco) dias.

Fica a Secretaria da Corte autorizada a proceder às requisições pelos meios mais expeditos, inclusive via fax.

Publique-se.

Brasília, 08 de junho de 2016.

Ministro **Edson Fachin**

Relator

Documento assinado digitalmente