



**A DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS  
 HOMENS À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

***BLOOD DONATION OF MENS WHO HAD SEX WITH OTHER MENS IN THE LIGHT  
 OF THE PRINCIPLES OF EQUALITY IN THE BRAZILIAN LAW***

**André de Paula Turella Carpinelli<sup>1</sup>**

**Resumo:** O presente trabalho tem por escopo a discussão da restrição à doação de sangue por 12 (doze) meses, à Homens que tenham feito sexo com outros homens (HSH), que consta do art. 64 da portaria n° 2.712 de 12 de novembro de 2013 do Ministério da Saúde da República Federativa do Brasil. Tal análise far-se-á à luz dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, levando-se em consideração o conflito de direitos fundamentais que encerra a questão, nomeadamente o direito à saúde e direito à igualdade de tratamento. Encerra-se o trabalho com uma breve análise comparada da situação em outros países ocidentais.

**Palavras-Chave:** Doação de Sangue; Homossexual; HSH.

**Abstract:** This paper has as objective the discussion of the blood donation's restriction of 12 (twelve) months by men who had sex with men (HSH) that is in the article. 64 of the Executive Order n° 2.712, from november, 12 of 2013 of the Ministry of Health of Brazil. This analysis will be made in the Light of the principles of equality and proportionality, having in considerantion the conflicts of fundamental rights that matters to the subject, mainly the right to health and the right of an equal treatment. The work is finished by a short analysis comparing another countries's situation.

**Keywords:** Blood Donation; Homosexual; HSH.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestrando em Direitos Fundamentais na Faculdade de Direito na Universidade de Lisboa.



## INTRODUÇÃO

A portaria nº 2.712 de 12 de Novembro de 2013 do Ministério da Saúde da República Federativa do Brasil, que redefine o regulamento técnico para os procedimentos hemoterápicos no Brasil, traz em seu art. 64 as causas de inaptidão temporária (por 12 meses) dos candidatos que se voluntariem à doação de sangue.

Dentre as muitas situações que tem o condão de suspender a aptidão do candidato para a doação de sangue, trataremos daquela constante no inciso IV do referido dispositivo, *in verbis*: “homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes”.

Nosso intuito é verificar se a “proibição” de doação de sangue em determinadas situações pode ou não caracterizar uma discriminação e, em caso positivo, se essa discriminação estaria sendo feita pela administração pública dentro de uma justificativa razoável, de forma a atender-se o princípio da igualdade.

A Constituição Federal traz, tanto no seu art. 3º, IV, quanto no seu art. 5º, *caput*, o princípio da igualdade como um dos princípios constitucionais. Não é demais lembrar que é o referido mandatório constitucional um princípio basilar do Estado Democrático de Direito e irradiador dos seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

Dessa maneira também as chamadas normas infra-legais terão de estar adstritas aos mandamentos da igualdade, tal qual é o caso das portarias ministeriais em geral. Assim, e conforme será analisado nesse trabalho, o princípio da igualdade há de determinar que as razões para a realização de uma discriminação (qualquer que seja) deverá ser razoavelmente fundada em uma justificação suficientemente relevante em consonância com a gravidade da discriminação realizada e a suspeição do fator discriminatório. Tudo isso para que não se fira o princípio da igualdade.

Isso se faz justamente por ser no conteúdo do princípio da igualdade que encontramos o direito que tem os iguais de serem tratados de igual maneira, ou seja, a superação das discriminações baseadas, entre outras coisas, em preconceitos. É inclusive nesses termos que se coloca a questão no preâmbulo da Constituição Federal Brasileira<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> *In verbis*: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a



Para cumprir essa análise recorreremos não apenas ao princípio da igualdade, cujo estudo nos dará as bases para a construção desse raciocínio, mas também à ponderação desse princípio com os demais bens jurídicos que estejam envolvidos no caso, dentro de uma lógica de racionalidade que deverá permear o exercício da atividade pública.

Nossa hipótese é de que essa restrição à doação de sangue à homens que tenham tido sexo com outros homens é discriminatória negativamente dentro de uma categoria suspeita e de maneira desarrazoada, pois parte-se de uma simples presunção de infecção por doenças venérea, ao qual esse grupo estaria, de acordo com as estatísticas a respeito, mais vulnerável.

## 1. O SENTIDO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A SUA APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO

Inicialmente cumpre esclarecer por que nossa análise centrar-se-á no princípio da igualdade. Muito embora seja claro que a igualdade tenha relação com princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que conferir igual tratamento seria o mesmo que conferir igual dignidade à todas as pessoas<sup>3</sup>, nossa análise abster-se-á de fazer uma análise mais profunda sobre esse aspecto.

Existe, dentro de correntes positivistas e pós-positivistas, toda uma gama de teorias que explicam esse princípio tanto quanto ao seu conteúdo quanto à sua forma de aplicação ao caso concreto, nem sempre de maneira muito similar.

A fórmula básica que aqui pretendemos utilizar é aquela desenvolvida por Aristóteles, de a lei deva tratar os iguais de maneira igual enquanto os desiguais, desigualmente<sup>4</sup>. Trata-se, nesse caso da dimensão negativa do princípio da igualdade, que veda discriminações injustificadas no ordenamento jurídico<sup>5</sup>.

O princípio da igualdade encontra-se intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que a igualdade entre os indivíduos nada mais é do que uma igual

---

segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 jun.2016.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana. Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível in **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 09 - p. 361-388, Jan/jun, 2007, p. 372.

<sup>4</sup> DWORKIN, RONALD. **Levando os Direitos à Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 350.

<sup>5</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, p. 280. Vol. II.



dignidade entre indivíduos. É por isso, portanto, que a lei deverá vedar a discriminação arbitrária, de maneira a atender o princípio da igualdade em sua dupla dimensão formal e material<sup>6</sup>.

Ademais o princípio da igualdade também vincula o legislador e a administração pública no momento da criação da lei. É o que chamamos de dever de igualdade quanto à criação do direito<sup>7</sup>.

A pergunta que surge então é, quem são os iguais e quem são os diferentes? Qual o critério que se utiliza para determinar quais os indivíduos ou grupos de indivíduos deverão merecer um tratamento igual ou diferenciado?

Absolutamente não se pode pensar em indivíduos ou grupos totalmente iguais nem totalmente diferentes, isso o será sempre em relação à uma característica específica<sup>8</sup>.

Ou seja, o que se estará levando em consideração será o fator de descrímen utilizado para desigualação<sup>9</sup>. Em alguns casos, no entanto, e de acordo com a teoria desenvolvida pelo Supremo Corte dos Estados Unidos, existirão alguns fatores utilizados para a discriminação que, por razões históricas são consideradas “suspeitas”, como veremos mais adiante. É o caso da discriminação realizada com base em gênero, cor da pele ou orientação sexual<sup>10</sup>.

Importante notar que, no caso da Constituição Federal Brasileira não há a menção expressa no seu art. 3º, IV quanto à discriminação por orientação sexual no rol das categorias tidas como suspeitas. No caso de algumas constituições no mundo, como por exemplo a portuguesa, há expressa menção do fator “orientação sexual”, no seu art. 13º, nº 2.

Isso não torna, no entanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a categoria não suspeita. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup> de que o rol do referido artigo é exemplificativo, na medida em que ao final abre-se a possibilidade de inclusão para outras categorias com a sentença “quaisquer outros tipo de discriminação”.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 89.

<sup>7</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 425.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 399.

<sup>9</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23.

<sup>10</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 114.

<sup>11</sup> **RE 687432 AgR**, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 01.10.2012; **RE n. 552.802**, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; **RE n. 643.229**, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; **RE n. 607.182**, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; **RE n. 590.989**, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.06.11; **RE n. 437.100**, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11



É na mesma linha a jurisprudência da Suprema Corte americana<sup>12</sup> que reconhece a orientação sexual como fator suspeito para a discriminação. Importante notar que naquela corte a orientação sexual não foi tida originalmente como fator de discriminação suspeito.

Em *Bowers vs Hardwick*<sup>13</sup> foi decidido pela maioria dos juízes acolher a tese central de *Bowers* no sentido de que apenas deveria ser protegido pela Emenda nº 2 a Constituição os valores arraigados profundamente na história da sociedade norte-americana, afastando qualquer proteção aos “praticantes da sodomia”.

Foi só em *Romers vs Evans*<sup>14</sup> que a Suprema Corte mudou de posicionamento e considerou a orientação sexual como fator de discriminação suspeito, sob o argumento de que a desaprovação moral da sociedade é fator que traz a possibilidade de discriminações desarrazoadas e que, essa desaprovação moral não poderia servir de base para que uma maioria discriminasse uma minoria.

Isso ocorreu a ponto de vencer-se o argumento de que esse grupo teria igualdade de participação no processo político, o que, dentro de uma lógica liberal já seria o próprio atendimento do princípios da igualdade. Assim justificou-se a suspeição do fator discriminatório com base em orientação sexual.

Essa lógica foi vencida pelo argumento de que igualdade de participação no processo político não teria o condão *per se* de impedir tratamentos irracionalmente discriminadores, na medida em que não se convertesse em igualdade de representação política. Assim sendo, entendeu-se que uma maioria política não poderia criar critérios desigualadores com base em meras reprovações morais.

A importância do reconhecimento de “categoria suspeita” ou não pela Suprema Corte dos Estados Unidos tem um importante reflexo no reconhecimento da especial vulnerabilidade desse grupo e do seu reconhecimento como minoria dentro daquela sociedade.

A favor dessa categorização, ainda, traremos os nossos argumentos. Estar à margem traz claramente consequências como o estigma com que não apenas a sociedade em geral encara esse grupo como também desses indivíduos que a ele pertencem.

Outro dado é que assumir pertencer à um desses grupos é ser levado natural e facilmente à marginalidade, e isso é um problema que enfrenta-se até hoje. Por óbvio que essa marginalização não é total, assim como não é total o reflexo de uma característica específica de um ser humano (qualquer que

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645 e ss.

<sup>13</sup> *Bowers vs Hadwick*, 478, U.S., 186, 1986. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/186/case.html>>. Acesso em: 03 mai.2016.

<sup>14</sup> *Romers vs Evans*, 571, U.S., 620, 1996. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/571/620/case.html>>. Acesso em: 03 mai.2016.



seja) em sua vida. No entanto, ainda hoje, deparamo-nos com situações de violência motivada por ódio em razão de orientação sexual, dados que apenas reafirmam essa marginalidade no seu aspecto social<sup>15</sup>.

Essa categorização traz apenas uma presunção de que a lei seja discriminatória de maneira desarrazoada e traz uma necessidade de análise mais delicada de se a norma fere ou não o princípio da igualdade.

Para essa análise lançaremos mão da teoria da proibição do arbítrio. Segundo essa teoria deverão ser tratados de maneira os iguais e de maneira diferente os diferentes, sem que a distinção feita o seja de maneira arbitrária<sup>16</sup>.

A arbitrariedade ou razoabilidade aqui analisada deverá definir se é ou não a discriminação considerada legítima do ponto de vista constitucional<sup>17</sup>, isso para respeitar-se o direito que tem o cidadão de não ser tratado de maneira desigual quando não o for<sup>18</sup>.

A portaria em referência traz um rol de candidatos que deveriam ser impedidos de doar sangue por determinadas situações que os envolvam. Na prática, o que ocorre é uma entrevista preliminar em que se questiona aos candidatos à doação se tiveram ou não o comportamento ali descrito e, em caso positivo, são dispensados.

Nos parece que ao apresentar-se espontaneamente para um procedimento como tal o cidadão fará uso de uma liberdade que o ordenamento jurídico lhe confere, qual seja, a de contribuir voluntariamente para os bancos de sangue de sua comunidade, essa liberdade é obviamente resguardada por um direito geral de liberdade<sup>19</sup>.

Não trata-se, portanto, de reconhecer aqui, como dizem alguns, um “direito à doar sangue”. Não entendemos haver direito à doar sangue mas sim uma liberdade que é resguardada por uma liberdade geral de ação. O direito que tem os candidatos que se apresentam à doação de sangue é um direito à igualdade de tratamento, quando iguais<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> No ano de 2012 no Brasil foram registradas um total de 3.084 (três mil e oitenta e quatro) denúncias a respeito de 9.982 (nove mil novecentos e oitenta e duas) violações de direitos humanos relacionadas à população LGBT. Dados constantes do Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil: Ano de 2012 da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 09 jun.2016.

<sup>16</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 426.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 429.

<sup>18</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, p. 283. Vol. II.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 381.

<sup>20</sup> BROOKS, J.P. The rights of blood recipients should supersede any asserted rights of blood donors *in Vox Sanguinis*, Volume 87, Issue 4, p. 280–286, Novembro, 2004, p. 280.



Tal prática é, inclusive, muito incentivada através de campanhas pelos meios de comunicação, nas quais o Estado inclusive exorta o sentimento de solidariedade e o espírito altruísta dos quais estariam imbuídos os cidadãos que se oferecem para tanto. Na prática o que ocorre, no entanto, para alguns grupos de cidadãos é que, a partir de uma norma do Estado que proíbe que os profissionais da saúde recebam o seu sangue, são rejeitados.

A partida coloca-se o problema de se a categorização de pessoas em determinados grupos para que recebam um tratamento discriminatório no momento da doação de sangue é justificada de maneira suficiente, o que veremos mais adiante.

Que o tratamento é tecnicamente discriminatório é evidente que sim. Qualquer tratamento legislativo que diferencie pessoas em grupos ou individualmente é discriminador<sup>21</sup>. Como bem sabemos, no entanto, a lei não apenas pode como deve fazer diferenciações entre pessoas e grupos de pessoas.

Nesse sentido que falamos, portanto, a discriminação é neutra, ou seja, não há qualquer juízo de legitimidade constitucional a respeito da discriminação pura e simples, por que necessária e esperada. A pergunta que teremos de responder para verificamos, então, se essa discriminação está ou não de acordo com o conteúdo do princípio da igualdade é se a característica utilizada para identificar os grupos a serem diferenciados é ou não razoável.

Ou seja, desde logo é importante identificar qual a característica utilizada para diferenciar o grupo HSH<sup>22</sup> (Homens que fazem sexo com homens), do restante. Tal pergunta é facilmente respondida na medida em que nos debruçamos sobre a portaria em questão e verificamos que a eliminação do candidato será feita se ele responder afirmativamente ao questionamento de se teve relações sexuais com outro homem no período que compreende os últimos 12 (doze) meses.

Primeiramente devemos nos atentar ao fato de que estamos a falar, no mais das vezes, ao menos tradicionalmente, em pessoas de uma certa orientação sexual, quais seja, homossexuais e bissexuais. Como já vimos esse grupo é colocado como categoria suspeita de acordo com a jurisprudência norte-americana e a constituição portuguesa.

Dizemos aqui que esse é um grupo minoritário e não por que contemos com dados que nos afirmem que em números absolutos existam menos homossexuais ou bissexuais no mundo do que heterossexuais. Embora essa afirmação possa ter certo impacto a verdade é que, e conforme estudos

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2ª ed. 7ª Ed. da tradução portuguesa. Coimbra: Almedina, 2008.p.190; GOMES CANOTILHO, J.J.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 425; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 10.

<sup>22</sup> Utilizaremos de agora em diante a sigla HSH para definir esse grupo.



sérios a respeito do tema, a sexualidade humana pode orientar-se de muitas formas diferentes e inclusive flutuar nessa orientação ao longo do tempo de suas vidas.

É por isso que dizemos que ter comportamentos homossexuais ou bissexuais é muito mais uma questão de estado e circunstância do que uma característica estanque na vida de um indivíduo qualquer<sup>23</sup>. Talvez seja, inclusive, por isso que a administração pública tenha muito acertadamente colocado a questão em perspectiva: a pergunta que se faz é se o homem teve relações sexuais com outros homens e não se ele tem desejo sexual por outro homem ou se define-se ou não como homo ou bissexual.

Podemos entender que essa diferenciação se faz a uma por que um abstêmio, por exemplo, tenha desejos sexuais por quem for, não realizará o ato e, portanto o que se passa em seu íntimo não terá implicações do campo da medicina, e a duas por que existem muitos homens que já praticaram sexo com outros homens e nem por isso identificam-se como homossexuais ou bissexuais.

Orientação sexual é para onde dirige o indivíduo a sua afetividade e o seu desejo sexual. Se para uma pessoa do mesmo sexo ele será então homossexual, se para uma pessoa do sexo oposto será então heterossexual e se tanto para pessoas do sexo oposto como para do mesmo sexo será bissexual<sup>24</sup>.

Afora uma discussão a respeito de ser e estar, fato é que a orientação sexual não determina a intensidade da atividade sexual, o modo de vida, a preferência por determinado tipo de sexo, etc. Portanto é necessário já nesse ponto passarmos a ter muito cuidado com o tipo de presunção que realizamos toda vez que falamos sobre determinado grupo, já que se sobrepõem no nosso raciocínio, ao menos, dois conceitos que demonstram claramente que nem todo homem que tem ou teve relações sexuais com outro teve sexo anal, de maneira desprotegida e/ou com mais de um parceiro.

Superado que não se trata efetivamente de questionar qual a orientação sexual do doador e sim questionar se esse doador teve ou não relações sexuais homossexuais nos deparamos com um argumento a favor do critério, qual seja, a questão de se estar eliminando homens que fazem sexo com homens e não homens de orientação homossexual.

O que defende a administração pública (no mais das vezes e em diversos países) é que ao não tratar no texto normativo especificamente da orientação sexual do doador e sim do fato de ter ou não efetivamente tido relações sexuais seria o suficiente para determinar que não se trata de

<sup>23</sup> De acordo com as famosas pesquisas realizadas por Alfred Kinsey é impossível determinar efetivamente quantas pessoas são homossexuais, bissexuais ou heterossexuais, sendo possível apenas determinar qual o seu comportamento em determinada ocasião. Dados no site do The Kinsey Institute, Disponível em: <<http://www.kinseyinstitute.org/research/ak-data.html>>. Acesso em: 02 mai.2016.

<sup>24</sup> Essa é a definição adotada, por exemplo, pela Associação Americana de Psiquiatria (APA). Disponível em: <<http://www.psychiatry.org/mental-health/people/lgbt-sexual-orientation>>. Acesso em: 20 jun.2016.



discriminação baseada em orientação sexual e sim em um fator de descriminação intimamente ligado à uma situação de risco.

Afora a argumentação de se se pode ou não ser levado em conta como comportamento de risco o fato de um homem ter uma relação homossexual, temos de perceber que a distinção recai sobre o mesmo grupo utilizando-se apenas de uma outra construção lógica. Nesse caso teríamos uma lei formalmente adequada ao princípio da igualdade mas que, em essência, trai o seu conteúdo.<sup>25</sup>

É no caso uma obliteração do argumento. O legislador, a fim de atender ao princípio da igualdade, não pode utilizar-se de um subterfúgio no texto da lei que aparentemente não incorre em uma diferenciação suspeita para na realidade realiza-la da mesma maneira<sup>26</sup>.

Na diferenciação feita pela administração pública no caso específico verifica-se que apesar de não usar em nenhum momento o termo “orientação sexual”, “homossexual” ou “bissexual” acaba por identificar esse grupo de maneira reflexa, quando coloca ali um fator que atinge a maior parte do grupo de indivíduos dessa orientação sexual.

Isso revela que muito embora o critério utilizado seja outro, acaba-se por recair praticamente (salvo algumas pequenas exceções) no mesmo grupo, qual seja, os homens de orientação homo ou bissexual. É por isso que tomamos, à partida, que essa diferenciação esteja baseada em um fator suspeito.

## 2. AS RAZÕES DA ADMINISTRAÇÃO E A ANÁLISE DA SUA RAZOABILIDADE

Faz necessário nesse momento elucidar as possíveis razões que tem a administração para a realização dessa discriminação. Dizemos elucidar porquanto não haja nenhum documento oficial que explique os motivos da portaria, tampouco há referências à dados ou estatísticas que os fundamente explicitados no seu texto.

No entanto, é comum uma certa gama argumentativa ligada à probabilidade de infecção por doenças venéreas (sobretudo pelo HIV e Hepatites) acrescida que teria esse grupo de homens em relação àqueles que não mantem esse tipo de relação sexual.

<sup>25</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 25.

<sup>26</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 107.



Ou seja, a eliminação desse grupo de pessoas na triagem do banco de sangue é sustentada pela ideia de que teria um risco maior de infecção por doenças venéreas, de forma que seu sangue estando possivelmente contaminado, não seria útil para doação.

Tratar da suspeição do fator discriminatório, nesse sentido, e ao que nos propomos nesse trabalho, deverá ser fruto de uma análise que verifique se é possível ou não, com as razões invocadas pela administração pública, ilidir essa presunção de suspeição<sup>27</sup>.

Primeiramente vamos expor cá as bases estatísticas que sustentam a posição da administração pública. De acordo com o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>28</sup> alguns grupos merecem especial atenção quanto à prevenção da infecção na América Latina, sendo eles HSH, profissionais do sexo femininas e transgêneros.

Importante ressaltar que a ONU apenas recomenda um maior cuidado, um foco especial na prevenção desses grupos que no seu entender encontram-se em especial situação de vulnerabilidade. Qualquer interpretação além disso é fruto de conclusões próprias de quem o diz e não do organismo.

O organismo internacional não recomenda em nenhum momento seja tomada nenhuma medida preventiva contra essas pessoas e sim a favor delas, na medida em que, no seu entender, encontram-se esses grupos em situação de risco acrescida.

Mas mais importante que isso é pensar na maneira como essas estatísticas são obtidas e de por que é tido como importante verificar se o contágio se deu por sexo homossexual ou heterossexual.

Como refere-se muito bem Dworkin toda pesquisa com dados estatísticos por mais neutral que possa tentar parecer representa sempre uma visão de mundo e algo que se quer expressar, por que por mais neutros que sejam os números, à essas pesquisas sempre subjaz uma premissa que poderá ou não ser assim tão neutra<sup>29</sup>. Dessa maneira não convém aceitar-se um dado estatístico qualquer sem análise crítica.

A premissa de que se parte tem razões históricas uma vez que a doença foi descoberta inicialmente em um grupo de homossexuais e de usuários de drogas injetáveis, tendo

<sup>27</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 113

<sup>28</sup> “The GAP Report” de 2014 UNAIDS (United Nations Programme on HIV/AIDS). Disponível em: <<http://www.unaids.org/en/resources/campaigns/2014/2014gapreport/gapreport>>. Acesso em: 09 jun.2016.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. Op. cit, Capítulo 11.



tido cunhado pela imprensa em geral o termo “GRID” que significa *gay-related immunodeficiency* (Imunodeficiência relacionada à gays – tradução livre)<sup>30</sup>.

Na altura obviamente com o pouco conhecimento à respeito da doença popularizou-se a ideia de que a doença seria exclusivamente de homossexuais, dado que veio a reforçar o estigma tanto da doença quanto das pessoas de orientação homossexual. Esse dado foi interpretado como sendo devido à uma maior promiscuidade de pessoas que tivessem essa orientação, o que justificaria fossem mais atingidas pela doença.

Ocorre que, com o evoluir da medicina e com o debate a respeito do tema e com a crescente infecção por sexo heterossexual, passou-se a descobrir primeiramente que o sexo feito via anal e de maneira desprotegida era um dos maiores responsáveis pela transmissão, desconstruindo o liame que ligava a maior incidência de transmissão do HIV ao sexo homossexual e passando à ligá-lo à realização de sexo anal<sup>31</sup>.

Claro que outras formas de contato sexual também são capazes de transmitir o vírus uma vez que o vírus está presente no sangue, no sêmen, na secreção vaginal e no leite materno<sup>32</sup>. Entendemos que, nesse ponto, quebra-se o liame de ligação de sexo homossexual masculino com a forma de transmissão da doença, posto que já se sabe o por que o que teria feito a infecção atingir maioritariamente o grupo HSH teria sido, talvez a prática de sexo anal.

A partir disso criou-se uma alternativa à categorização de grupos de risco (que seriam aqueles grupos de pessoas que tradicionalmente vinham liderando as pesquisas de contágio por HIV), para adotar-se a categorização por comportamentos de risco e, posteriormente, de vulnerabilidade<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> ALTMAN, LK, New homosexual disorder worries health officials, The New York Times. Publicado em 11 de maio de 1982. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/1982/05/11/science/new-homosexual-disorder-worries-healthofficials.html?scp=1&sq=New homosexual disorder worries officials&st=cse](http://www.nytimes.com/1982/05/11/science/new-homosexual-disorder-worries-healthofficials.html?scp=1&sq=New%20homosexual%20disorder%20worries%20officials&st=cse)>. Acesso em: 09 jun.2016

<sup>31</sup> De acordo com o *Center of Diseases Prevention and Control* do U.S. *Department of Health and Human Service* o risco de transmissão para os receptores de intercurso peniano via anal é até 17,25 vezes maior do que o de transmissão para os receptores de intercurso peniano via vaginal. Disponível em <<http://www.cdc.gov/hiv/policies/law/risk.html>>. Acesso em: 20 jun.2016

<sup>32</sup> Informações constantes do Portal sobre aids, doenças sexualmente transmissíveis e hepatites do Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais ligado à Secretaria da Vigilância e Saúde do Ministério da Saúde do Brasil. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/formas-de-contagio>>. Acesso em: 17 mai.2016

<sup>33</sup> AYRES, J. R. C. M. et al. Risco, vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção da saúde. In: CAMPOS, G. W. S. et al. (orgs.). **Tratado de saúde coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006, p. 378.



O comportamento de risco seria um conjunto de hábitos que tornariam o indivíduo mais propenso ao risco de infecção por doenças venéreas<sup>34</sup>. Isso por que, se é o sexo anal o maior responsável pelas transmissões por HIV (por exemplo), não o é se feito com proteção ou se feito dentro de relação estável e monogâmica.

Já o conceito de vulnerabilidade diz respeito ao conjunto de fatores contextuais e coletivos que podem determinar uma maior ou menor exposição ao risco de infecção por determinados indivíduos ou grupos<sup>35</sup>.

É por todos esses argumentos que nos parece que a ideia do critério ainda segue uma lógica ultrapassada de grupo de risco, especificamente aqui o que tratamos (HSH). Muito embora essa classificação tenha a sua validade estatística de direcionamento das políticas de prevenção e controle da doença não serve como fator diferenciador quando trabalhamos com a triagem do sangue doado.

Entendemos que seja muito menos falho e mais útil à qualquer triagem de banco de sangue a realização de inquérito mais específico que vise a determinar se o candidato em específico possuiu vulnerabilidade à infecção e, sendo o caso, avaliar se é ou não recomendável que se receba o seu sangue para posterior testagem.

Importante notar que nesse grupo a única coisa que se pode identificar como característica comum é que sejam homens e que façam sexo com outros homens. Tudo além disso é presunção, que não sustentam razões da magnitude que são necessárias ser invocadas para uma discriminação como a que ocorre.

O que queremos dizer é que não é por tratar-se de HSH que já se pode presumir o sexo via anal, a falta de uso de preservativo e o contágio por doença venérea. Muito menos pode-se atribuir apenas a esse grupo a vulnerabilidade a infecções por doenças venéreas. E nesse sentido os dados do Ministério da Saúde no Brasil são ainda mais relevantes.

Segundo o Ministério da Saúde do Brasil no ano de 2013<sup>36</sup>, 52% dos casos notificados sobre novas infecções foram por contágio heterossexual contra 32% de contágio

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

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

<sup>36</sup> Boletim epidemiológico HIV/AIDS de 2013, Ano II, nº 01 até semana epidemiológica 26º - dezembro de 2013



homossexual. Não muito diferente do que ocorre em Europa<sup>37</sup>, o grupo considerado mais vulnerável é o de jovens HSH, que apresentaram um índice de cerca de 10% de infecções<sup>38</sup>.

Ao deparar-se com esses dados o argumento comum utilizado para defender a razoabilidade da discriminação é de que o universo heterossexual é muito maior do que o homossexual e, portanto, ao referir-se em termos absolutos seria muito natural que as infecções por relações heterossexuais sejam iguais ou maiores do que aquelas por relações homossexuais.

Esse raciocínio, no entanto, parece ter uma falha lógica: se os HSH são um grupo de maior risco e se isso justifica concluir que estão mais expostos à doenças venéreas que o grupo de heterossexuais, os dados deveriam demonstrar que o risco estivesse muito concentrado em apenas um grupo, o que não observamos.

Ou seja, é no mínimo alarmante que, diante de tantas novas infecções dentro do grupo de heterossexuais os departamentos de triagem estejam focados em separar os HSH como principal grupo de risco enquanto tratam o grupo heterossexual de maneira diferenciada.

Afora toda a argumentação já apresentada que questiona a maneira de abordagem da questão de infecção entre diferentes grupos de pessoas e as premissas utilizadas para a elaboração dos dados estatísticos fato é que existem dados que demonstram ser o grupo em questão o mais afetado pelo HIV.

Muito embora, e vale repetir, não concordemos com o raciocínio que leva a criação de grupos de risco, levaremos essa premissa adiante a fim de refinar a nossa tese e explicitar como nem dentro dessa lógica a proibição é legítima.

Conforme já nos referimos a discriminação somente será legítima quando as razões da administração forem racionalmente justificadas. A razoabilidade dessa argumentação, no entanto, deverá ser analisada de maneira a revelar se esta ou não ligada à um interesse legítimo e constitucionalmente protegido. É assim na recentíssima decisão da Suprema Corte americana sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Surveillance Report “HIV/AIDS Surveillance in Europe 2013”, do Escritório Regional para a Europa da Organização Mundial da Saúde

<sup>38</sup> Todas as estatísticas apresentadas foram arredondadas, o que entendemos não causa nenhum impacto na argumentação apresentada. Em todo caso os números exatos encontram-se nos relatórios citados.

<sup>39</sup> Obergefell vs Hodges, 576 U.S. Disponível em <[https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)>. Acesso em 23 jun. 2016.



A jurisprudência norte-americana a respeito do princípio da igualdade contempla uma escala móvel de diferentes densidades, ou seja, quanto mais grave a diferenciação realizada e se se tratarem de categorias suspeitas, quase suspeitas ou não-suspeitas deverá ser a justificação utilizada pela administração pública meramente razoável ou racional, um interesse importante ou um interesse compulsivo<sup>40</sup>.

No presente caso temos uma categoria suspeita conforme discorreremos suficientemente linhas acima. Passaremos a avaliar então a gravidade da diferenciação.

Já explicamos que a doação de sangue é uma liberdade, resguardada pelo direito geral de liberdade, e que qualquer restrição deverá sempre ser realizada por uma justificação (bem e/ou direito colidente). Nesse caso em específico no entanto entendemos que o exercício dessa liberdade está ligado ao pleno exercício da cidadania<sup>41</sup>.

Já discorreremos sobre o fato de que, para nós, a partida de que se incentive a doação de sangue sob um forte mote de solidariedade e altruísmo que teria o doador para com a sua comunidade e que se se nega esse direito à uma parcela dessa mesma comunidade estamos afastando-a dessa sociedade. É a criação de uma parcela marginal.

Parece-nos, portanto, que a discriminação é suficientemente grave a ponto de exigir um interesse compulsório do Estado, como elemento justificador da sua racionalidade. O argumento pela proibição, sendo embasado em estatísticas de maior ou menor infecção pelo HIV (e/ou outras doenças venéreas) é um argumento em última análise pela prevenção de infecções por transfusão sanguínea.

Dessa forma, que essa motivação estaria ligada ao Direito à Saúde, que é um direito fundamental previsto no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. Ademais, foi incluído no art. 196 do mesmo diploma seção dedicada especialmente à saúde.

Tal direito determina um dever do Estado de promover a saúde de todos determinado inclusive, conforme o mesmo artigo, a implementação de políticas que visem “à redução do risco de doença”.

<sup>40</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004, p.115.

<sup>41</sup> VALENTINE, Kylie. Citizenship, Identity, Blood Donation *in* **Body & Society**, June 2005 11: 113-128, pp. 113/114.



Nesse caso específico temos um bem constitucionalmente legítimo que embasa a argumentação da administração pública, que terá como motivo para a desigualação da categoria HSH o direito à saúde dos receptores de sangue doado. Esse argumento reforça-se pela responsabilidade que tem o Estado por possíveis falhas no processo de testagem que possam resultar em novas infecções por HIV<sup>42</sup>.

Cria-se, portanto, uma situação na qual ao passo de que as razões sustentadas pela administração pública invoquem um interesse constitucionalmente legítimo redonda-se em um grave regime de discriminação em relação a um grupo de indivíduos que estão dentro de uma categoria suspeita.

A idéia de racionalidade da justificação aventada pela administração pública (à qual subjaz uma noção de proporcionalidade) que servirá como balizador do princípio da igualdade, determina que o critério eleito pela administração seja adequado e necessário ao fim que se pretende e proporcional em sentido estrito<sup>43</sup>.

É portanto o conflito entre o dever do Estado de preservar a saúde dos receptores de sangue, através da redução do risco de doenças infectadas contra o direito que tem os doadores de serem tratados de maneira não discriminatória por um direito de igualdade de tratamento que possuam.

Inicialmente questiona-se a adequação do critério ao fim que se pretende<sup>44</sup>. O objetivo nesse caso é a de se reduzir o risco a saúde por transmissão de doenças venéreas (sobretudo o HIV) por transfusão sanguínea através do critério eliminatório para grupos com maior incidência proporcional de infecção. O critério nesse sentido embora adequado parece-nos pouco eficiente.

Para explanar nosso raciocínio à respeito da falha de eficiência do método na etapa de adequação utilizar-nos-emos dos dados relativos à infecção por HIV já mencionados. Ao se proibir todo um grupo que, no caso, possui 10% de infectados por HIV não apenas descarta-se

<sup>42</sup> STF, **AI 843918 AgR**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Dje 02.03.2012.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 158 e ss; GOMES CANOTILHO, J.J.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 426.

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 161.



o sangue desses 10% mas também o dos outros 90% que tem o sangue perfeitamente saudável para a doação.

Dentro de uma idéia de eficiência à qual a administração pública deve estar vinculada<sup>45</sup>, não nos é possível imaginar que seja razoável desperdiçar tantos possíveis doadores de sangue por conta de uma presunção baseada em dados estatísticos. No entanto, como não levaremos em causa o princípio da eficiência da administração pública nessa ponderação, passaremos a fase seguinte.

Nessa etapa analisaremos se é possível uma outra medida menos lesiva que atenda o mesmo objetivo<sup>46</sup>. Com base nos dados e estudos apresentados nos parece ser bem possível elaborar um outro critério como já explicitado linhas acima, qual seja, o de se criar exclusões com base em inquéritos mais objetivos que excluam os potenciais infectados sem incorrer em atozes discriminações.

Tal critério não seria apenas mais adequado a finalidade a que se pretende como também seria menos gravoso aos direito que tem esse grupo discriminado (HSH) de ser tratado de maneira igualitária ao restante da sociedade, na medida em que é igual.

Isso dentro das sugestões já oferecidas de criação de critérios mais objetivos quanto ao risco efetivo de contágio baseado em comportamentos de risco tais como praticar sexo desprotegido e via anal em determinado período que contemple uma janela imunológica da doença, que deverá ser aplicado à todos os doadores independente de se pratica relações homossexuais, bissexuais ou heterossexuais.

O ulterior argumento a favor do critério que podemos imaginar seria aquele que sustenta que haverá incremento no risco de transmissão de doenças venéreas por transfusão sanguínea caso o critério excludente dos HSH seja derrubado.

Dentro dessa ideia colocaríamos em risco o raciocínio de que é possível atender um mesmo resultado com menor sacrifício de outros direitos, já que o resultado não seria o mesmo.

<sup>45</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 833

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 161.



Importante assinalar que adota-se aqui uma ideia de “mesmo resultado” que não se confunde com resultado idêntico<sup>47</sup>.

De qualquer maneira sempre importante lembrar que quando falamos a respeito da triagem do sangue doado estamos apenas a referir-nos à uma primeira etapa da seleção desse sangue, sendo certo que o sangue doado (todo ele) passa por testagem a fim de verificar se impróprio para a doação<sup>48</sup>.

Recentemente no Reino Unido tem-se discutido muito a alteração do critério para a derrubada da exclusão dos HSH que estejam em relações estáveis e monogâmicas<sup>49</sup>. Embora a solução dada seja um pouco diversa da que aqui propomos o argumento é o mesmo: o risco não se dá pelo fato de homens terem relações sexuais com outros homens, mas sim por comportamentos que envolvem muitos parceiros sexuais e utilização de preservativo.

Na mesma toada nos Estados Unidos da América também tem havido movimentação política para a alteração do critério. Lá ainda utilizava-se o mesmo fator de descrímen porém sem prazo qualquer, o chamado *lifetime ban*, que excluía da possibilidade de doar sangue qualquer homem que algum vez na vida houvesse praticado sexo homossexual<sup>50</sup>. O país estuda adotar agora o critério com limitação temporal como o que ocorre no Reino Unido desde 2011, no Brasil e em Portugal.

Em Portugal o assunto também tem sido discutido após uma declaração do Ministro da Saúde que admitiu que o sangue doado pelos homossexuais era descartado. Após a polêmica foi aprovada uma resolução do parlamento<sup>51</sup> que não fosse feita qualquer distinção relativa à

<sup>47</sup> SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais e Liberdade Legislativa: O Papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Organizadores). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**: Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo.. Coimbra: Coimbra, 2012. Vol III, p. 936.

<sup>48</sup> Conforme o art. 66 da já citada portaria do Ministério da Saúde “É obrigatória a realização de exames laboratoriais de alta sensibilidade a cada doação, para detecção de marcadores para as seguintes infecções transmissíveis pelo sangue, cumprindo-se ainda, os algoritmos descritos no Anexo V para cada marcador: I - sífilis; II - doença de Chagas; III - hepatite B; IV - hepatite C; V - AIDS; e VI - HTLV I/II”.

<sup>49</sup> FABRICANT, M. Equalising the right to donate blood is the next frontier for UK gay rights, *The Guardian*, publicado em 14.04.2014. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/aug/14/right-to-donate-blood-uk-gay-rights-safe-sex>>. Acesso em 12 de maio. 2016

<sup>50</sup> THE ASSOCIATED PRESS, FDA to ease the ban on blood donations by gay men, *The New York Times* publicado em 24.12.2014. Disponível em <<http://www.nytimes.com/aponline/2014/12/24/us/politics/ap-us-blood-donations-gays.html>>. Acesso em 12 de mai. 2016

<sup>51</sup> Resolução da Assembleia da República nº 39/2010, publicada em Diário da República a 7 de maio de 2010.



orientação sexual dos doadores de sangue no momento da triagem pelo sistema de saúde, tal resolução no entanto nunca foi cumprida pelo governo português<sup>52</sup>.

Ademais, recentemente em França discutiu-se o mesmo tema, que após uma derrota esmagadora no legislativo de proposta que visava derrubar a proibição (que naquele país também independe de prazo como nos EUA) decidiu levar a questão ao Tribunal de Justiça da União Européia<sup>53</sup>.

No acórdão prolatado por esse tribunal<sup>54</sup>, no entanto, o colegiado posicionou-se pela neutralidade da União Européia a respeito do tema, deixando a critério de cada um dos países que a integram de regerem o tema de acordo com a sua legislação interna. Balizou-se, no entanto, no critérios aqui adotados, quais sejam, a impossibilidade de discriminar-se com base na orientação sexual aliada à um princípio de proporcionalidade.

Importante notar que nesse caso foi levado em consideração um dado muito relevante pela corte: o número de novas infecções em França no último ano foi 200 (duzentas) vezes superior no grupo HSH em relação ao grupo de heterossexuais. Ainda assim entendemos que a proibição absoluta naquele país não encontra respaldo no princípio da proporcionalidade, conforme afirma a corte.

Fato é que, afora todas as muitas divergências doutrinárias a respeito da aplicação do princípio da igualdade, parece-nos que para esse tema em específico não restam dúvidas de que o mecanismo de análise mais adequado é o aqui proposto, sofrendo obviamente variações quanto ao resultado a depender de dados empíricos que possam flutuar a argumentação dentro de realidades diversas.

<sup>52</sup> LUSA, Homossexuais só podem doar sangue se estiverem em abstinência sexual, Diário de Notícias, publicado em 29.04.2014. Disponível em: <[http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content\\_id=4539996&page=-1](http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=4539996&page=-1)>. Acesso em 25 de jun. 2016.

<sup>53</sup> LEFIGARO.FR AVEC AFPM, Les députés unanimes contre l'exclusion des homosexuels du don du sang, publicado em 03.04.2015. Disponível em: <[http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2015/04/03/97001-20150403FILWWW00439-les-deputes-unanimes-contre-l-exclusion-des-homosexuels-du-don-du-sang.php?redirect\\_premium](http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2015/04/03/97001-20150403FILWWW00439-les-deputes-unanimes-contre-l-exclusion-des-homosexuels-du-don-du-sang.php?redirect_premium)>. Acesso em 14 de mai 2016.

<sup>54</sup> TJUE, C-528/13, Geoffrey Léger vs Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes e établissement français du sang, publicado em 29.04.2015



## CONCLUSÃO

Concluimos então que no Brasil o princípio da igualdade veda a discriminação para possíveis doadores de sangue com base no critério de se são ou não homens que fazem sexo com outros homens.

Tal discriminação, embora aparentemente sustentada por um critério estatístico demonstra-se falha dentro de uma lógica de razoabilidade ou racionalidade que o princípio da igualdade exige para a realização de discriminações de qualquer tipo.

Sendo indireta ou não o fato é que a discriminação recai sobre pessoas com orientação sexual homossexual ou bissexual, considerado grupo suspeito o que reforça a necessidade da robustez da argumentação invocada para que se sustente face o princípio da igualdade.

Tal análise deve fazer-se dentro de um critério de ponderação de interesses, haja vista a necessidade de racionalidade imposta pelo princípio da igualdade, o que fazemos através de uma lógica de ponderação recorrendo à proibição do excesso.

Se de um lado é colocado em risco a saúde pública por um hipotético incremento no risco de transmissão de doenças venéreas (sobre tudo o HIV) por transfusão sanguínea, por outro é necessário criar um critério que não reforce o estigma social que vivem essas pessoas e que as leva a marginalidade social, privadas do livre desenvolvimento de suas personalidades. Essa é uma exigência do direito ao igual tratamento que tem esses cidadãos

Aliado a este argumento está aquele da superação do conceito de grupo de risco e da criação dos conceitos de comportamento de risco e, mais modernamente, de vulnerabilidade, que leva em consideração todos os fatores mais importantes para uma correta avaliação de risco epidemiológico e que é muito menos estigmatizante.

Assim concluimos que o critério avaliado é fere os mandamentos do princípio da igualdade na sua dimensão negativa, na medida em que há possibilidade de adoção de outro critério tão eficaz quanto pretendido e que menos lesivo à esse princípio.

Por fim, em boa parte do mundo ocidental tem-se discutido o tema de maneira a encontrar alternativas para a derrubada desse critério, sendo certo que nesse tocante todos os países que analisamos (Reino Unido, França, Portugal, Brasil e Estados Unidos da América) encontram-se em situação mais ou menos similar.



## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AYRES, J. R. C. M. et al. Risco, vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção da saúde. In: CAMPOS, G. W. S. et al. (orgs.). **Tratado de saúde coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BROOKS, J.P.. The rights of blood recipients should supersede any asserted rights of blood donors *in Vox Sanguinis*, Volume 87, Issue 4, p. 280–286, Novembro, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, RONALD. **Levando os Direitos à Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GOMES CANOTILHO, J.J.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2ª ed. 7ª Ed. da tradução portuguesa. Coimbra: Almedina, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra. Vol. II.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana. Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível *in Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 09 - p. 361-388, Jan/jun, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- CARPINELLI, André de Paula Turella. Doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens à luz do princípio da igualdade no direito brasileiro. **Iuris in mente: revista de direito fundamentais e políticas públicas**. Ano I, n. 1. Itumbiara, jul.-dez., 2016.



SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais e Liberdade Legislativa: O Papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Organizadores). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo..** Coimbra: Coimbra, 2012. Vol III.

VALENTINE, Kylie. Citizenship, Identity, Blood Donation *in* **Body & Society**, Junho, 2005, 11: 113-128.