
O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, A PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E A RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS HOMENS: LEGITIMIDADE DA ATIVIDADE REGULATÓRIA OU DISCRIMINAÇÃO?

*Soraya Marciano Silva de Carvalho
Procuradora Federal*

Coordenadora de Assuntos Judiciais da Procuradoria Federal junto à Anvisa

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Marco Regulatório e a Edição da Resolução-RDC 153/2004; 2 A Epidemia de Aids e o Dever de Proteção da Saúde da População pelo Poder Público; 3 O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade e e Restrição à Doação de Sangue Prevista no item B.5.2.7.2 da Resolução-RDC 153/2004; 4 Das Distinções Relativas Ao Comportamento Dos Hsh E Da Correlação Lógica Entre Esse Comportamento E A Medida Restritiva Imposta Pela Resolução-Rdc 153/2004; 5 Da Existência de Razão Valiosa para o Bem Público, à Luz do Texto Constitucional, para a Restrição Estabelecida pela Resolução-RDC 153/2004; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo se dispõe a analisar se a inabilitação temporária estabelecida pelas entidades de saúde pública para a doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens (HSH) está em consonância com o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, ou se, pelo contrário, a medida deve ser considerada de caráter discriminatório.

Como se demonstrará ao longo deste trabalho, os procedimentos de hemoterapia englobam o denominado risco transfusional de transmissão de doenças, entre as quais se inclui a AIDS. Estudos recentes revelam que, de fato, existem comportamentos e situações de risco acrescido para a transmissão da mencionada enfermidade, ainda sem cura conhecida.

Crítérios legítimos autorizam seja conferido tratamento jurídico diverso a determinadas situações ou grupos sem violação ao princípio constitucional da isonomia. Há, portanto, discriminações juridicamente toleráveis, já que a igualdade não significa conferir tratamento idêntico a todos os homens, impondo-lhes os mesmos direitos e obrigações sem distinção alguma. Os requisitos delineados pelo eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do princípio da igualdade serviram de norte para este estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade regulatória. Direito sanitário. Doação de sangue. Aids. Comportamentos e situações de risco acrescido. Restrições. Princípio da igualdade.

ABSTRACT: The presente paper aims to examine whether the temporary prohibition established by public health authorities for blood donation by men who have sex with men (MSM) is in line with the legal content of the principle of equality, consecrated in *caput* of article 5 of the Federal Constitution or, rather, the measure should be considered discriminatory.

As demonstrated throughout this work, the procedures of hemotherapy involves transfusional risk of infection of diseases, including HIV transmission. Recent studies reveal that, in fact, there are some behaviors an situations of inscreased risk for transmission of HIV, even without known cure .

Some legitimate criteria authorize different legal treatment to certain situations or groups without violating the constitutional principle of equality. There is, therefore, discriminations legally acceptable, considering that equality does not mean giving equal treatment to all men by imposing on them the same rights and obligations without any distinction. The requirements outlined by Celso Antonio Bandeira de Mello about the principle of equality will be the north for this study.

KEYWORDS: Sanitary Regulation. Health law. Blood donation. HIV. Behavior and situations of increased risk. Restrictions. Principle of equality.

INTRODUÇÃO

A legitimidade da atividade regulatória exercida pelas Agências Reguladoras tem sido frequentemente questionada pelos diversos segmentos da sociedade alcançados pelas normas editadas por tais entidades.

Especificamente no que se refere à saúde pública, incumbe à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, nos termos do artigo 6º da Lei 9.782/99, a missão de zelar pela

proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

O controle sanitário da produção e comercialização de medicamentos é, certamente, o âmbito de atuação da Anvisa mais conhecido pela população. Entretanto, vários setores também são alcançados pela atividade de polícia sanitária, tais como alimentos, cosméticos, agrotóxicos, saneantes, produtos derivados do tabaco, produtos para a saúde, entre outros.

Para o presente trabalho, recobra especial importância outra dimensão da atividade de vigilância sanitária, qual seja, o controle sanitário da utilização de sangue humano, conhecido como hemovigilância. Esse controle é também exercido pelo Ministério da Saúde, na forma prevista no Decreto 5.045/2004, que conferiu a Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério a fixação e atualização das normas gerais relativas ao sangue, componentes e hemoderivados, assim como dos insumos e equipamentos necessários à atividade hemoterápica, conforme previsto no inciso II do artigo 16 da Lei n. 10.205/2001.

Pretende-se analisar se a inabilitação temporária estabelecida pela Resolução-RDC 153/2004 da Anvisa para a doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens (HSH) está em consonância com o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, ou se a medida deve ser considerada de caráter discriminatório, como defende o grupo social atingido pela norma.

O item B.5.2.7.2 da mencionada resolução, que instituiu o Regulamento Técnico para Procedimentos de Hemoterapia, estabelece, entre outros aspectos, as situações de risco acrescido para transmissão do vírus HIV relativamente aos potenciais doadores, nas quais se incluem homens que tiveram relações sexuais com outros homens (HSH) nos últimos 12 meses e/ou as parceiras sexuais destes, além de outros segmentos da sociedade, como os profissionais do sexo, pessoas que mantiveram relação sexual com parceiros eventuais ou desconhecidos, entre outros.

Oportuno registrar que, recentemente, com a colaboração de especialistas da Hemorrede, da Anvisa e de órgãos do Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados - SINASAN, foi realizada a Consulta Pública n. 24/2010 pelo Ministério da Saúde com o objetivo e editar nova Portaria acerca do Regulamento Técnico de Procedimentos Hemoterápicos em substituição à resolução da Anvisa, ainda em vigor.

As medidas e critérios para seleção de doadores foram incluídas no artigo 31 da CP 24/2010 que, em seu parágrafo 11, inciso IV, letra “d”, assim dispõe:

Art. 31. Para a seleção de doadores devem ser adotadas medidas e critérios que visem à proteção do receptor.

[...]

§11. Em situações de risco acrescido vivenciadas pelos candidatos devem ser observados os seguintes critérios:

[...]

IV. considerar *inapto temporário por 12 meses* o candidato a doador de sangue que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo nos últimos 12 meses:

d) homem que tenha tido relação sexual, oral ou anal, ativo ou passivo, com outro homem;

e) mulher que seus parceiros sexuais masculinos tenham tido relação sexual com outro homem nas condições do item anterior;¹

¹ http://200.214.130.94/consultapublica/display/dsp_print_completo.php?d=2168, acesso em 15/09/2010 às 15h33. Para melhor elucidar o contexto, vide a redação completa do art. 31 da CP 24/2010:

Observa-ser, destarte, que a nova regulamentação a ser editada

Art. 31. Para a seleção de doadores devem ser adotadas medidas e critérios que visem à proteção do receptor.

§ 10. Quanto ao estilo de vida do candidato devem ser observados os seguintes critérios:

- I. uso de drogas ilícitas;
- II. história atual ou progressiva de uso de drogas injetáveis ilícitas é contra-indicação definitiva para a doação de sangue;
- III. deverão ser inspecionados ambos os braços dos candidatos à doação para detectar evidências de uso repetido de drogas parenterais ilícitas. A presença destes sinais determina a inaptidão definitiva do doador;
- IV. o uso de anabolizantes injetáveis sem prescrição médica, crack ou cocaína por via nasal (inalação) é causa de exclusão da doação por um período de 12 meses, contados a partir da data da última utilização;
- V. o uso de maconha impede a doação por 12 horas;
- VI. a evidência de uso de qualquer outro tipo de droga deve ser avaliada; e
- VII. no caso do uso de drogas ilícitas deve ser realizada também a avaliação criteriosa do comportamento individual do candidato e do grau de dependência, dando foco à exposição a situações de risco acrescido de transmissão de infecções por transfusão, e especial atenção deve ser dada a utilização compartilhada de seringas e agulhas no uso de substâncias injetáveis.

§11. Em situações de risco acrescido vivenciadas pelos candidatos devem ser observados os seguintes critérios:

- I. considerar inapto definitivo o candidato que apresente qualquer uma das situações abaixo:
 - a) ter evidência clínica ou laboratorial de infecções transmissíveis por transfusão de sangue;
 - b) ter sido o único doador de sangue de um paciente que tenha apresentado soroconversão para hepatite B ou C, HIV ou HTLV na ausência de qualquer outra causa provável para a infecção;
 - c) possuir *„piercing“* na cavidade oral e/ou na região genital, devido ao risco permanente de infecção. Poderá se candidatar a nova doação 12 meses após a retirada; e
 - d) ter antecedente de compartilhamento de seringas ou agulhas.
- II - considerar inapto temporário por 12 meses após a cura, o candidato a doador que teve alguma Doença Sexualmente Transmissível – DST.
- III - nos casos em que se evidenciem novas exposições às DST e conseqüente maior risco de re-infecção, o candidato a doador deverá ser considerado inapto definitivamente; e
- IV- considerar inapto temporário por 12 meses o candidato a doador de sangue que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo nos últimos 12 meses:
 - a) que tenha feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;
 - b) que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;
 - c) que tenha sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;
 - d) homem que tenha tido relação sexual, oral ou anal, ativo ou passivo, com outro homem;
 - e) mulher que seus parceiros sexuais masculinos tenham tido relação sexual com outro homem nas condições do item anterior;
 - f) que tenha tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sangüínea;
 - g) que possuem histórico de encarceramento ou em confinamento obrigatório não domiciliar durante os últimos 12 meses, ou os parceiros sexuais destas pessoas;
 - h) que tenha feito *„piercing“* ou tatuagem sem condições de avaliação quanto à segurança;
 - i) que seja parceiro sexual de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de hemocomponentes ou derivados; e
 - j) que teve acidente com material biológico e em conseqüência apresentou contato de mucosa e/ou pele não íntegra com o referido material biológico.

pela Pasta da Saúde a partir da CP 24/2010, ainda em fase de consolidação, manteve o mesmo conteúdo no que se refere ao item B.5.2.7.2 da Resolução –RDC Anvisa 153/2004, que tem o seguinte teor:

B.5.2.7.2 – Situações de Risco Acrescido

[...]

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

[...]

Homens que tiveram relações sexuais com outros homens e ou as parceiras sexuais destes;

[...] (grifo nosso).

A questão foi submetida à apreciação do Poder Judiciário por iniciativa do Ministério Público Federal no Estado do Piauí em 2006, quando da propositura da Ação Civil Pública 2006.40.00.001761-6, ajuizada em desfavor da União Federal, o estado do Piauí e a Anvisa.

A demanda visa exatamente à revogação do item B.5.2.7.2 da Resolução-RDC 153/2004, tendo sido deferida a liminar nos seguintes termos:

Em face do exposto, reconheço o caráter discriminatório contido na Resolução 153/2004 da Anvisa, considerando, portanto, os homossexuais/bissexuais legitimados a doar sangue. Assim, determino à Anvisa que oriente, no prazo de 30 (trinta) dias, todos os hemocentros do país que, na entrevista antes do processo de doação de sangue, se abstenham de fazer perguntas que visem a identificar a orientação sexual do doador, em especial aquela inserta no item B.5.2.7.2 – Situações de risco acrescido, contido da Resolução 153/2004, sob pena de multa diária (art. 451, §4º, CPC) [...]

A Anvisa interpôs agravo de instrumento contra a referida decisão, tendo sido dado provimento ao recurso pela Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, em acórdão ementado nos seguintes termos:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESOLUÇÃO 153/2004 ANVISA. DOAÇÃO DE SANGUE. CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE DOADORES. CONSTITUCIONALIDADE. SUSPENSÃO. CARÁTER GERAL E ABSTRATO. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Ao determinar a suspensão, em caráter geral e abstrato, de hipótese de exclusão de doadores que se encontram no grupo de “risco acrescido”, definido em resolução da ANVISA, a decisão agravada usurpou competência do STF, único Tribunal competente para suspender cautelarmente a execução de ato normativo federal sob fundamento de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, letras “a” e “p”).

2. O objetivo dos critérios de seleção de doadores de sangue não é afirmar ou negar preconceitos, mas, com base em pesquisas científicas internacionalmente aceitas, cujo acerto não foi infirmado por prova inequívoca (CPC, art. 273, *caput*), buscar os meios mais eficazes de proteger a saúde pública.

3. Agravo de instrumento a que se dá provimento²

Sobreveio, então, sentença pela improcedência do pedido formulado pelo MPF, em 24/10/2008, na qual restou consignado que:

A referida norma faz diversas restrições à implementação da doação de sangue. Pois bem, reconheço que a discriminação e o pré-conceito inútil de qualquer natureza são atitudes contrárias aos ditames constitucionais. Entrementes, não vislumbro no conteúdo da resolução em comento esse sentido. Tenho que a Resolução RDC n. 153/2004 foi elaborada com base em “estudos científicos e na experiência internacional”, conforme, aliás, restou fundamentada a decisão proferida no agravo interposto neste processo.

O recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal está pendente de julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região desde 19/10/2009³.

² Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.030095-0/PI, Relatora Des. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJU 29/01/2007.

³ Consulta realizada no sítio eletrônico do TRF1 <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2010, às 22h30min.

1 O MARCO REGULATÓRIO E A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO-RDC 153/2004

O reconhecimento pela Constituição de 1988 de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado representou um importante avanço na compreensão do direito à saúde, que tem desdobramentos políticos múltiplos. De fato, nos últimos vinte anos, amplo esforço de aperfeiçoamento do aparato legislativo tem sido levado a cabo pelas autoridades públicas, a fim de que o direito à saúde seja plenamente garantido.

O artigo 196 da Constituição Federal estabelece que

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por sua vez, o artigo 197 da Lei Maior preceitua que

são de *relevância pública* as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (destaque não original).

Além das normas recepcionadas pelo texto constitucional, foram editadas novas leis para a consolidação do Sistema Único de Saúde – SUS, regulamentado pela Lei 8.080/90, que compreende o conjunto de ações e serviços de saúde, ao qual compete, nos termos do artigo 198 da Lei Maior, o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, além de promover ações de vigilância sanitária (art. 200,CF).

Para dar cumprimento às determinações constitucionais, veio a lume a Lei 9.782/99, que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, cuja finalidade institucional é

a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos

processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras (art. 6º).

Ao definir as competências dessa Agência Reguladora, o art. 7º, inciso III, do mencionado diploma estabelece que cumpre à Anvisa, entre outras atribuições, “estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária”.

Denota-se, assim, que a autarquia especial goza de inegável papel normativo, por meio do qual são estabelecidos, na forma da lei, os critérios específicos a serem respeitados por cada ramo do setor regulado na produção e comercialização de bens e serviços sujeitos à vigilância sanitária.

O ente regulador, pois, desde que observe os limites legais e constitucionais existentes ao seu poder normativo, goza de discricionariedade técnica para a elaboração das normas de regulação, podendo estabelecer restrições e deveres inerentes ao exercício da atividade sujeita à fiscalização sanitária em prol do interesse público de proteção da saúde da população.

Com essas considerações, pode-se afirmar que a atividade regulatória não representa nenhuma afronta ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal), segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, visto que o ente regulador tem sua função regulamentadora e competências definidas em lei.

Observa-se, portanto, que a criação da Anvisa pela Lei 9.782/99 constituiu um marco significativo para o avanço da atividade de regulação sanitária, orientada para a prevenção e redução de riscos e agravos à saúde pública.

Como visto, a atividade regulatória da referida Agência é bastante diversificada, englobando também o sangue humano e hemoderivados, nos termos do inciso VII do §1º do artigo 8º de sua lei de criação:

Art.8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

[...];

VII - imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados;

VIII - órgãos, tecidos humanos e veterinários para uso em transplantes ou reconstituições;

[...] (grifo nosso)

Com esteio no dispositivo legal acima transcrito, bem como na Lei 10.205/01, foi editada a Resolução-RDC 153 de 2004. À luz do direito constitucional à vida, do qual deriva o direito à saúde, a norma visa a conferir, nos termos do artigo 3º, inciso VI, da Lei 10.205/01, proteção específica ao doador, ao receptor e aos profissionais envolvidos nos procedimentos de hemoterapia, zelando, de modo particular, pela prevenção, triagem, diagnóstico e aconselhamento das doenças hemotransmissíveis.

Cabe indagar, nesse contexto, se a referida resolução está em conformidade com o princípio da igualdade ou se, ao revés, consiste em medida discriminatória ou preconceituosa e, por conseguinte, contrária à isonomia assegurada pela Constituição Federal.

Para tanto, inicialmente, é de mister tecer algumas considerações sobre a epidemia de AIDS.

2 A EPIDEMIA DE AIDS E O DEVER DE PROTEÇÃO DA SAÚDE DA POPULAÇÃO PELO PODER PÚBLICO

É consabido que a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS ainda é uma doença incurável e com nefastos danos à saúde das pessoas infectadas. Tal constatação demanda rigoroso controle das situações de contágio pelas autoridades públicas, sob pena de responsabilização por sua omissão quanto à adoção de medidas para a contenção da doença.

Acerca da epidemia da enfermidade, Adriana Miranda pontua, com razão, que:

A história social da epidemia (de Aids) é marcada pelo preconceito e discriminação contra minorias. Desde a descoberta dos primeiros casos travou-se uma cruzada em busca do paciente zero e as causas de sua infecção. Os soropositivos foram divididos em inocentes (mulheres, hemofílicos e crianças) e culpados (homossexuais, usuários de drogas injetáveis, profissionais do sexo e haitianos), fortalecendo os estigmas em relação a esses grupos⁴.

4 MIRANDA, Adriana. AIDS, discriminação e os desafios para promoção da saúde. *Caderno mensal Constituição & Democracia*, n. 13, Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito da Faculdade de Direito da UnB. p. 20, maio de 2007.

Essa constatação demonstra a necessidade de se resgatar a dignidade de pessoas soropositivas, facilitando o exercício de sua cidadania e a sua participação nas diversas esferas da vida social, raciocínio que também se aplica aos portadores de necessidades especiais, aos negros e outros grupos socialmente excluídos ao longo da história.

Nesse sentido, parece acertada a afirmação da mencionada autora de que

ações eficazes de combate à doença passam necessariamente por informações corretas, desmistificação do medo, esvaziamento dos preconceitos e exercício constante da solidariedade.

Em vista da gravidade da AIDS, não se pode admitir, no entanto, que, em nome do esforço pela redução do preconceito sofrido pelos soropositivos, a proteção da saúde da coletividade também seja mitigada.

Segundo o Parecer Técnico n. 2, de 10/8/2006, da Gerência de Sangue, outros Tecidos, Células e Órgãos - GGSTO/Anvisa⁵, a forma mais eficiente de transmissão do vírus HIV é a via sanguínea, em razão da alta concentração viral presente no sangue dos infectados. Com efeito,

a chance de um receptor de sangue contaminado com o HIV ser infectado é bastante alta, atingindo de 70 a 90% dos casos. No Brasil, onde a legislação oficial tornou obrigatória a triagem do sangue com os testes anti-HIV internacionalmente recomendados desde 1986, notou-se um declínio, desde 1988, nas taxas de transmissão de HIV mediante essa via. Atualmente, observa-se uma taxa residual em torno de 0,8%.

Percentual cuja redução ainda é desejável, em se tratando de uma doença de inquestionável gravidade.

Embora seja pouco expressivo no Brasil o contágio de AIDS por transfusão, as medidas de segurança são imprescindíveis para que não se repita o que ocorreu na França, nos anos 80. O sangue contaminado pelo vírus HIV causou a morte de 250 hemofílicos que receberam fatores de coagulação, como ressalta o parecer técnico da Anvisa já mencionado.

5 TANAKA, Mirtha Suzana Yamada. Médica, Mestre em doenças infecciosas e parasitárias e especialista em regulação e vigilância sanitária.

As medidas protetivas adotadas pelo Estado em favor da maior parcela da população - ainda não contaminada pelo vírus HIV - nem sempre implicará no desrespeito dos direitos dos soropositivos ou daqueles que se encontrem em situações de risco acrescido constatadas por estudos científicos de âmbito internacional.

A literatura científica tem comprovado que há relevantes motivos para a implantação de medidas de saúde pública que visem a contenção da referida epidemia, com a proteção da saúde dos não infectados.

Como se demonstrará ao longo deste trabalho, os estudos mais recentes revelam que, efetivamente, existem comportamentos e situações de risco acrescido para a transmissão do vírus da AIDS, entre os quais se incluem homens que fazem sexo com outros homens (HSH) e as parceiras sexuais destes. A pretexto da não discriminação, seria acertado que as autoridades públicas se omitissem ante essa constatação?

A resposta parece negativa. No Brasil, registra-se o caso emblemático do cartunista Henfil, falecido em 1988 em razão de ter sido infectado pelo vírus HIV numa transfusão de sangue. A família ingressou em juízo contra a União Federal e o estado do Rio de Janeiro e obteve o reconhecimento do direito à indenização por ato omissivo do Estado, que teria deixado de garantir a segurança do sangue oferecido à população.

É nesse sentido a orientação do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade do Poder Público, conforme se depreende do julgado no RE 271.286-AgR em 12/9/2000 e publicado em 24/11/2000:

O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. *O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional* (grifo nosso).

A propósito, convém registrar que, no Relatório apresentado durante a Conferência Internacional sobre AIDS, ocorrida entre os dias 3 a 8 de agosto de 2008, o Programa das Nações Unidas para HIV/AIDS - UNAIDS ressaltou que

praticamente em todas as regiões do mundo, excetuando-se a África do Sul, infecções por HIV afetam sobretudo usuários de

drogas injetáveis, *homens que fazem sexo com homens* e os chamados profissionais do sexo⁶(grifo nosso).

Como visto, um dos meios de transmissão do vírus da AIDS e de outras enfermidades - embora não o principal - é o transfusional, em razão do qual devem ser excluídos como potenciais doadores pessoas que se encontrem em situações que configurem maior risco para a saúde dos receptores de transfusões.

É essencial que a questão seja analisada não apenas sob a ótica do potencial doador, mas, principalmente, sob a ótica do receptor do sangue doado. Uma pessoa que necessite de transfusão sanguínea, via de regra, está bastante vulnerável do ponto de vista de sua saúde física, que inevitavelmente estará exposta ao risco transfusional a seguir explicitado. O receptor do sangue a ser transfundido merece, portanto, especial proteção do Estado.

Nesse sentido, parece ter maior relevância a necessidade de minimização do risco a que será submetido o receptor da transfusão do que o pretense direito de alguém a ser doador. A esse respeito, J. P. Brooks, em artigo publicado no *Vox Sanguinis*, jornal oficial da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue, afirma que “*los servicios de hemoterapia deben basarse en la ciencia para decidir si una persona puede donar sangre, en lugar de basarse en los deseos del donante*”⁷.

3 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE PREVISTA NO ITEM B.5.2.7.2 DA RESOLUÇÃO-RDC 153/2004

A Constituição Federal de 1988 consagra, de modo especial, o princípio da isonomia como condição indispensável para uma sociedade democrática. Nesse sentido, consta do *caput* do artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

6 UNAIDS. *Report on the global AIDS epidemic. Chapter 2. Status of the global HIV epidemic*, p. 30. Disponível em <http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2008/jc1510_2008_global_report_pp29_62_en.pdf>. Acesso em: 2008.

7 BROOKS, J. P. *Los derechos del receptor deben estar por sobre los del donante. Jornal Vox Sanguinis*, Blackwell Publishing, 2007, p. 1. Disponível em <<http://www.blackwellpublishing.com/journal.asp?ref=0042-9007>>.

A esse respeito, Gilmar Ferreira Mendes, valendo-se da lição de Canotilho, anota que “o princípio da isonomia pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário quanto como proibição de tratamento discriminatório”⁸.

Na realidade, a Constituição não apenas veda o tratamento discriminatório como permite e determina a utilização de medidas voltadas para a concretização da igualdade material, por meio de ações afirmativas, isto é, de políticas específicas que facilitem o acesso a bens, direitos e serviços por determinados grupos menos favorecidos ou que, historicamente, tiveram sua dignidade desrespeitada. Nesse contexto, o legislador ordinário tem colaborado para a implantação de políticas públicas de inclusão, a exemplo da reserva de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para portadores de deficiência.

O tratamento diferenciado conferido a determinados segmentos da sociedade revela que nem toda distinção ofende o princípio da isonomia, como bem lembrou Carlos Alberto Reis de Paula, na linha de renomados constitucionalistas:

o princípio da igualdade não exige que todos devam receber o mesmo tratamento do legislador. Todavia, nem por isso toda diferenciação está justificada; para ser acolhida, deve ter uma razão de ordem substancial. A desigualdade não é repelida, o que se veda é a desigualdade injustificada, que nada mais é que uma manifestação de arbitrariedade. [...] ⁹

Nesse mesmo diapasão é posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende do seguinte excerto do voto do Ministro Eros Grau ao apreciar a ADI 3.305, julgada em 13/9/2006 e publicada em 24/11/2006:

A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso

8 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

9 PAULA, Carlos Alberto Reis de. Ação afirmativa e a Constituição. *Caderno mensal Constituição & Democracia*, n. 18, Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito da Faculdade de Direito da UnB. p. 17. Dezembro de 2007.

do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.

Nos dias atuais, por exemplo, a já mencionada distinção de tratamento conferida aos portadores de necessidades especiais, visando à sua maior inclusão social, tem sido bastante aplaudida, sem que se cogite de eventual ofensa ao princípio isonômico.

Nesse contexto se situa a questão central tratada no presente artigo: a restrição à doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens também respeita o princípio da igualdade, ou, pelo contrário, comporta um tratamento discriminatório?

Para responder a essa indagação, serão utilizados, ao longo deste estudo, as balizas traçadas pelo eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello em seu substancioso opúsculo “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”. Na referida obra, o autor afirma, com a precisão que lhe é peculiar, que

o alcance do princípio da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia¹⁰.

Compreende-se, portanto, que não apenas deve ser respeitada a igualdade entre os indivíduos, mas que a própria lei deve ser um instrumento para implementação da igualdade material.

A esse respeito, o autor completa:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes¹¹.

Não há como negar, entretanto, como bem observa o eminente jurista, a existência de critérios legítimos que autorizam seja conferido tratamento jurídico diverso a determinadas situações ou grupos sem quebra ou agressão ao princípio constitucional da isonomia. Há, portanto, discriminações juridicamente toleráveis, já que a igualdade

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 09.

11 MELLO, op. cit., p. 10.

não significa conferir tratamento idêntico a todos os homens, impondo-lhes os mesmos direitos e obrigações sem distinção alguma¹².

Assentada essa premissa, o autor passa a delinear quatro requisitos que autorizam a adoção de tratamento diferenciado a determinado grupo social sem que isso signifique malferir o princípio da isonomia:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correção lógica entre os fatores direferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público¹³.

Esses critérios, por sua peculiar precisão lógica e metodológica, servirão de norte para demonstrar que a restrição temporária imposta pela Anvisa no tocante a doadores homens que mantém relação sexual com outros homens (HSH) não configura uma medida infundada, arbitrária ou discriminatória.

Com efeito, as determinações contidas na Resolução-RDC 153/2004 não estão embasadas numa ideologia preconceituosa, mas em

12 Nesse sentido Hans Kelsen afirma, na obra *Teoria Pura do Direito*, que “a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 11.

13 MELLO, op. cit., p. 41.

evidências científicas que revelam a necessidade de conferir tratamento distinto a homens que fazem sexo com outros homens - HSH, com o propósito de proteger a saúde dos receptores de transfusão sanguínea. Ademais, as referidas determinações são de caráter geral, pois alcançam todas as pessoas que se encontrem nessa situação de risco acrescido.

Assim, tem-se por atendido o primeiro requisito apresentado pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, qual seja, que o discrimen “não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo”.

Vejam, então, se os demais critérios elencados pelo respeitável doutrinador também foram observados quando da imposição da medida restritiva aos HSH que pretendem doar sangue.

4 DAS DISTINÇÕES RELATIVAS AO COMPORTAMENTO DOS HSH E DA CORRELAÇÃO LÓGICA ENTRE ESSE COMPORTAMENTO E A MEDIDA RESTRITIVA IMPOSTA PELA RESOLUÇÃO-RDC 153/2004

Oportuno observar que, nos Estados Unidos, assim como na Inglaterra, Canadá, Austrália e nos países-membros da União Européia, a proibição de doação de sangue por HSH é ainda mais restrita, na linha da recomendação da OPAS/OMS. Enquanto no Brasil a restrição inabilita para a doação apenas os homens que tenham mantido relações sexuais com homens no último ano, a vedação nos EUA, existente desde 1977, por exemplo, é permanente e independe do tempo de abstinência.

Diversos protestos ocorreram contra a medida nos Estados Unidos, especialmente no meio universitário, inclusive com boicotes a campanhas de doação de sangue, mas os órgãos sanitários americanos se mantiveram firmes por não haver respaldo técnico-científico que justifique o afastamento da restrição¹⁴.

Convém ressaltar que não é propriamente a orientação sexual em si que enseja a vedação à doação de sangue dos HSH, mas os riscos associados ao comportamento sexual de homens que fazem sexo com outros homens.

Tanto é assim que o questionário aplicado pelos hemocentros com base na Resolução-RDC Anvisa 153/2004 não indaga se o candidato a doador é homossexual, heterossexual ou bissexual, mas apenas se seu comportamento configura alguma das situações de risco acrescido para a transmissão do HIV e outras patologias. Veja-se:

B.5.2.7.2 - Situações de Risco Acrescido

¹⁴ BROOKS, op. cit., p. 14-15.

a) Serão inabilitados de forma permanente como doadores de sangue os candidatos que tenham evidências clínicas ou laboratoriais de doenças infecciosas que sejam transmitidas por transfusão sanguínea.

b) Serão inabilitados de forma permanente os candidatos que tenham doado a única unidade de sangue transfundida em um paciente que tenha apresentado soroconversão para hepatite B ou C, HIV, ou HTLV, sem ter qualquer outra causa provável para a infecção.

c) Serão inabilitados por 12 meses após a cura, os candidatos a doador que tiveram alguma Doença Sexualmente Transmissível - DST.

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

Homens e ou mulheres que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas, e os parceiros sexuais destas pessoas.

Pessoas que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos, sem uso do preservativo.

Pessoas que foram vítimas de estupro.

Homens que tiveram relações sexuais com outros homens e ou as parceiras sexuais destes.

Homens ou mulheres que tenham tido relação sexual com pessoa com exame reagente para anti-HIV, portador de hepatite B, Hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea.

Pessoas que estiveram detidas por mais de 24 horas em instituição carcerária ou policial.

Pessoas que tenham realizado “piercing” ou tatuagem sem condições de avaliação quanto à segurança.

Pessoas que tenham apresentado exposição não estéril a sangue ou outro material de risco biológico;

Pessoas que sejam parceiros sexuais de hemodialisados e de pacientes com história de transfusão sanguínea;

Pessoas que tiveram acidente com material biológico e em consequência apresentaram contato de mucosa e ou pele com o referido material biológico.

A transfusão sanguínea é um procedimento que, mesmo realizado dentro das normas técnicas preconizadas, envolve risco sanitário. A população, por sua vez, tem uma expectativa de risco zero em tais procedimentos, que, infelizmente, não ocorre.

Por essa razão, a Resolução-RDC Anvisa 153/2004 estabelece, em seu Anexo I, item A, o primeiro princípio geral que deve considerado para os procedimentos de hemoterapia, a saber:

A.1 - Toda transfusão de sangue traz em si um risco, seja imediato ou tardio, devendo, portanto, ser criteriosamente indicada.

Segundo o já mencionado parecer Técnico n. 2 da GGSTO/Anvisa, a literatura epidemiológica ressalta que os incidentes transfusionais podem estar associados à incompatibilidade de grupos sanguíneos ou a reações imunológicas tardias, especialmente no que se refere à transmissão de doenças infecciosas pelo vírus da Hepatite B e Hepatite C, HIV/Sida, HLTV I/II, doença de Chagas, sífilis, malária, entre outras.

A hemovigilância tem, portanto, o importante papel de minimizar o risco transfusional acima descrito.

De acordo com o Manual Técnico para investigação da transmissão de doenças pelo sangue do Ministério da Saúde¹⁵, também mencionado no parecer da Anvisa, as medidas destinadas a evitar a transmissão das doenças infecciosas acima referidas consistem em testes laboratoriais diagnósticos e na triagem clínico-epidemiológica. A triagem é composta de um exame clínico e um questionário com perguntas relativas aos comportamentos de risco acrescido para diversas infecções, tais como as listadas anteriormente.

O item E.2 da Resolução-RDC 153/04, por sua vez, estabelece que há necessidade de realização de testes obrigatórios para doenças

15 Ministério da Saúde. *Manual Técnico para investigação da transmissão de doenças pelo sangue*. Série A. Normas e Manuais Técnicos. MS, Anvisa, DF/ Brasil, 2005, *apud* TANAKA, Mirtha Suzana Yamada, *Parecer Técnico n. 2*, de 10/8/2006, da Gerência de Sangue, outros Tecidos, Células e Órgãos-GGSTO/Anvisa.

transmissíveis em todas as doações, entre os quais se incluem os testes de HIV 1 e 2, sendo vedada a transfusão do sangue antes da obtenção de resultados finais não reagentes para a doença. Confirma-se:

E.2 - Testes para Doenças Transmissíveis

E.2.1 - Testes obrigatórios:

É obrigatória a realização de exames laboratoriais de alta sensibilidade em todas as doações, para identificação das doenças transmissíveis pelo sangue.

Estes exames devem ser feitos em amostra colhida da doação do dia e ser testada com conjuntos diagnósticos (kits) registrados na Anvisa, em laboratórios específicos para tal fim.

Fica vedada a realização de exames em 'pool' de amostras de sangue. Caso surjam novas tecnologias que tenham aplicação comprovada pela Anvisa para utilização em 'pool' essa proibição será reconsiderada.

O sangue total e seus componentes não podem ser transfundidos antes da obtenção de resultados finais não reagentes, nos testes de detecção para:

Hepatite B

Hepatite C

HIV-1 e HIV-2

Doença de Chagas

Sífilis

HTLV-I e HTLV-II

Diante dessas circunstâncias, poder-se-ia questionar se a triagem clínico/laboratorial, sem a realização de entrevista com o doador, não seria suficiente para mitigar o risco transfusional, ou seja, se não bastariam os exames no material biológico doado para identificar a

aptidão do doador de sangue, sem necessidade de investigação de seu comportamento sexual, o que, à primeira vista, preservaria a intimidade do doador.

Ocorre que, segundo a literatura médica mencionada no parecer da Anvisa, mesmo com a triagem clínico-laboratorial, se o doador contaminado pelo vírus HIV estiver no período de janela imunológica (lapso de tempo que decorre entre a contaminação do indivíduo e o aparecimento do marcador da infecção), o resultado negativo dos exames não acusará a infecção. Além disso, é bom que se diga que nenhum dos testes diagnósticos disponíveis no mercado internacional até o momento garante a identificação inequívoca do sangue infectado no período da janela imunológica.

A AIDS tem, tal como outras doenças infecciosas, uma janela imunológica ou período de incubação da doença (no caso das Hepatites Virais B e C, por exemplo), que não permite a detecção do vírus por meio de testes diagnósticos.

Acredita-se, assim, que a transfusão desse sangue contaminado certamente poderia ser evitada com a realização da entrevista, a partir da qual já seria possível excluir o doador se seu comportamento configurar uma das situações de risco acrescido previstas na Resolução-RDC Anvisa 153/2004.

Oportuno esclarecer, ademais, também na linha do referido parecer técnico já citado, que os serviços de hemoterapia não são especializados em diagnóstico do HIV ou de outras patologias, pois todos os exames realizados no sangue doado prestam-se somente à triagem, visando a evitar que patologias sejam repassadas aos possíveis receptores desse sangue. Para a finalidade de diagnóstico, as pessoas devem procurar as demais unidades da rede pública de referência em DST/HIV/Sida.

Curiosamente, o parecer técnico menciona que uma pesquisa realizada em 2003 sobre o comportamento sexual de homens que fazem sexo com homens (HSH) no Distrito Federal revelou que os HSH procuraram os serviços de saúde especializados em 46,6%, os serviços privados em 42%, serviços não especializados em 14,7% e os hemocentros em 13,8%, para realização dos testes sorológicos para diagnóstico de HIV¹⁶.

Verifica-se, portanto, que diversos cidadãos recorrem aos hemocentros com intuito diverso do de doar sangue, ou seja, com finalidade diagnóstica. Este comportamento incrementa sobremaneira

16 Universidade de Brasília. *Comportamento sexual e cidadania junto à população de homens que fazem sexo com homens do Distrito Federal*. Núcleo de Estudos de Saúde Pública, UnB, Brasília, 2005. *Apud* Parecer n. 02/2006 – GGTPS/Anvisa.

o risco transfusional, pois, consoante mencionado, muitos dos HSH podem estar em fase de janela imunológica.

Dessa forma, é possível afirmar que os exames sorológicos não asseguram risco zero para o sangue a ser transfundido e, por conseguinte, quanto mais eficiente for a triagem epidemiológica, menor será o risco residual do sangue doado, associado aos comportamentos ou situações de risco que poderão ser identificados.

De outra parte, cumpre consignar, ao contrário dos que sustentam ser discriminatória a restrição imposta pela norma da Anvisa, que embora não seja possível atualmente especificar “grupos de risco”, ainda existem comportamentos humanos ou situações de risco acrescido para infecção e transmissão do vírus HIV.

O Parecer Técnico n. 2 da GGSTO/Anvisa anteriormente citado, com base em informações da Organização Mundial de Saúde (OMS), esclarece que, especificamente no que se refere aos homens que fazem sexo com outros homens – HSH, é possível assegurar que continuam tendo comportamento de risco para aquisição de HIV em razão de suas práticas sexuais.

A esse respeito, permita-se transcrever importantes esclarecimentos constantes do referido parecer:

Tal constatação se deve à maior frequência de relações sexuais anais que originam lesões dérmicas, consideradas pela medicina como porta de entrada para o vírus; ao risco aumentado de Doenças Sexualmente Transmissíveis – DSTs, que facilitam a transmissão do HIV, e ao número maior de parceiros sexuais.

O risco de transmissão do HIV através de coito anal (o sexo anal pode também realizar-se entre um homem e uma mulher, mas ocorre com maior frequência entre os homossexuais masculinos) é especialmente elevada quando não se utiliza preservativo. O risco para o parceiro receptor no coito anal sem proteção é várias vezes maior que para aquela mulher que realiza o coito vaginal sem proteção com um homem infectado pelo HIV. A razão desse maior risco na penetração anal é que a mucosa do reto é fina e pode rasgar-se facilmente, e, assim, até as pequenas lesões na mucosa são suficientes para facilitar a entrada do vírus. Mesmo sem tais lesões, afirma-se que pode haver uma imunidade menor nas células da mucosa retal para resistir ao HIV do que nas células da mucosa vaginal.

O sexo anal receptivo sem preservativo é a prática sexual de maior risco, tanto para homens como mulheres. O sexo insertivo anal ou vaginal representa risco para ambos os parceiros, embora a relação sexual vaginal-peniana seja uma forma de transmissão menos eficiente da mulher para o homem que o contrário. O sexo oral não parece ser uma importante forma de transmissão embora tenha sido registrado como via de contaminação, em diferentes estudos, envolvendo diferentes populações.

Estudos indicam que o risco de transmissão do HIV com sexo anal receptivo varia entre 1:100 e 1:30, enquanto que com sexo anal insertivo ou sexo oral receptivo com ejaculação, o risco diminui para 1:1000, e com sexo vaginal insertivo cai ainda mais para 1:10.000. Desta forma, estas estimativas reforçam ainda mais a tese de maior risco para as relações entre HSH que as realizadas entre heterossexuais.

Estudos realizados na África e nos Estados Unidos demonstram que as doenças sexualmente transmissíveis—DST, especialmente as que causam ulcerações nas regiões genital e perianal, como sífilis, cancroide e herpes, atuam como facilitadores da infecção pelo HIV (5, 12). As DST não-ulcerativas, como a gonorréia ou as infecções por clamídia, também estão associadas a um aumento de risco de infecção pelo HIV (32). *Estudos mostram a maior incidência de DST entre HSH que no restante da população, pelo que se deduz que este grupo pode ter o risco incrementado de infecção pelo HIV também por ter maior chance de infectar-se por DST.*

Embora campanhas de 'sexo seguro' tenham diminuído muito as taxas de soroconversão (indivíduo com resultado negativo apresenta posterior resultado positivo) em HSH - homens que fazem sexo com outro homem -, estudos recentes realizados nos EUA, na Austrália e no oeste europeu mostram um incremento nas taxas de práticas sexuais sem proteção. Este incremento provavelmente é relacionado à crença de menor possibilidade de adquirir HIV devido a uma maior e mais eficiente terapêutica antiretroviral e a fadiga em seguir as recomendações. Estudos realizados no Brasil corroboram esta recaída para práticas não seguras em HSH .

Portanto, todos estes estudos apontam que a prática sexual entre HSH, está associada a um risco acrescido, ou maior, de contaminação pelo HIV. Por isso, a exclusão de HSH na doação de sangue é uma medida

necessária para a proteção dos receptores das transfusões sanguíneas, ao diminuir o risco de transmissão do HIV e outras doenças.

Não há como negar que, a partir das informações prestadas pelo candidato a doador, os hemocentros efetivamente realizam uma seleção dos doadores. Essa discriminação, entretanto, não está embasada numa postura preconceituosa, mas em critérios técnicos sobejamente comprovados por estudos internacionais ainda não superados.

O preconceito, diversamente, consiste em:

um juízo preconcebido, manifestado geralmente na forma de uma atitude discriminatória que se baseia nos conhecimentos surgidos em determinado momento, como se revelassem verdades sobre pessoas ou lugares determinados. Costuma indicar desconhecimento pejorativo de alguém ao que lhe é diferente¹⁷.

No caso, não se trata de uma discriminação preconceituosa, mas de uma discriminação técnica indispensável até o momento, e não justificada pela opção sexual do doador, mas pelo risco acrescido ainda existente em decorrência de determinado comportamento sexual.

Convém registrar, nesse passo, que a Consulta Pública 24/2010, a qual se encontra em fase de consolidação das contribuições recebidas de toda a sociedade, explícita, no parágrafo 12 do próprio artigo em que são estabelecidos os critérios de seleção de doadores, que a orientação sexual, *per se*, não deve ser considerada como critério de seleção por não constituir risco em si própria, se a pessoa não teve o comportamento sexual descrito no item IV, “d”, do parágrafo 11, qual seja, homens que mantiveram, nos últimos 12 meses, relação sexual, oral ou anal, ativo ou passivo, com outro homem¹⁸.

Destarte, o estudo realizado pela Anvisa, ancorado na literatura científica existente, demonstra que, comprovadamente, existe uma situação de risco acrescido para transmissão do HIV que justifica a diferenciação de tratamento dos HSH em relação aos homens que mantêm exclusivamente relações heterossexuais.

Em vista desse panorama, retomando os critérios de análise do princípio da igualdade delineados por Celso Antônio Bandeira de Mello,

17 FERRARI, Ana Paula. *Beleza à venda*: auto-estima não tem preço. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 13.

18 § 12. Orientação sexual (heterossexualidade, bissexualidade, homossexualidade) não deve ser usada como critério para seleção de doadores de sangue, por não constituir risco em si própria.

pode-se afirmar que a norma da Anvisa sob análise também atende o segundo requisito que autoriza o *discrímen*, isto é, “que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas existentes, diferenciados”.¹⁹

Assim, verifica-se que há relevantes motivos que justificam a diferenciação de tratamento para HSH no que se refere à aptidão para doação de sangue, ou seja, resta evidente a correspondência lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* (comportamento dos homens que fazem sexo com outros homens – HSH) e a discriminação legal decidida em função dele (restrição à doação de sangue estabelecida pela resolução da Anvisa).

Nesse contexto, com fundamento na lição citada de Celso Antônio Bandeira de Mello, denota-se que também foi satisfeito o terceiro requisito para que a restrição estabelecida pela norma sanitária seja convivente com o princípio constitucional da isonomia, qual seja, “*que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica*”.

5 DA EXISTÊNCIA DE RAZÃO VALIOSA PARA O BEM PÚBLICO, À LUZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL, PARA A RESTRIÇÃO ESTABELECIDADA PELA RESOLUÇÃO-RDC 153/2004:

Conforme a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, não basta estabelecer racionalmente um nexos entre o *discrímen* e o tratamento diferenciado. É de mister que o vínculo demonstrado seja constitucionalmente pertinente. Sobre o tema, assere o autor:

as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.²⁰

Nessa vereda, é curial observar que o *caput* do artigo 5º da Constituição consagra tanto o princípio da igualdade quanto a inviolabilidade do direito à vida, do qual o direito à saúde é consequência imediata.

¹⁹ Op. cit., p. 41.

²⁰ Op. cit., p. 42.

O artigo 196 da Lei Maior, por sua vez, assim dispõe:

Art. 196. *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*” (grifo nosso)

Por conseguinte, vale dizer que a proteção da saúde pública ancora-se no princípio da precaução, com base no qual devem ser adotadas pelo Poder Público medidas eficazes para a mitigação dos riscos de danos à saúde dos indivíduos, especialmente quando se trata do controle da epidemia de uma doença como a AIDS. Acerca do tema, Hélio Pereira Dias afirma que:

De acordo com o princípio da precaução, quando evidências científicas razoáveis de qualquer tipo nos dão boas razões para acreditarmos que uma atividade, tecnologia ou substância podem ser nocivas, devemos agir no sentido de prevenir o mal. Se esperarmos sempre pela certeza científica, haverá gente sofrendo e morrendo, e os danos ao mundo natural podem ser irreversíveis.²¹

Oportuno ressaltar, nesse passo, que não existe no ordenamento jurídico pátrio o direito de doar sangue. Qualquer pessoa física tem o direito de se candidatar a ser doador. Ocorre, no entanto, que a sua aceitação depende de uma série de fatores, que levam em conta o risco que a doação pode representar para a saúde do receptor. Nessa ordem de idéias, qualquer pessoa pode ser considerada inapta para doar sangue.

Destarte, o que é relevante, à luz do Direito brasileiro, é que a seleção de doadores de sangue não seja baseada em uma visão preconceituosa, mas em um juízo técnico fundamentado em estudos científicos. Vale dizer: a discriminação deve, necessariamente, basear-se em critério técnico objetivo. Assim, não se rejeita o indivíduo temporariamente como doador (por um ano, conforme a Resolução da Anvisa) por motivos relacionados à sua orientação sexual, mas, isto sim, pelo motivo objetivo de ter sido identificada uma situação de risco acrescido para a contaminação pelo vírus do HIV.

Há, portanto, um único e claro propósito a ser alcançado pela Resolução-RDC Anvisa 153/2004: assegurar o direito à saúde de todos

21 DIAS, Helio Pereira. *Direitos e obrigações em saúde*. Brasília: Anvisa, 2002, p. 128.

os cidadãos, bem jurídico de valor inestimável albergado pelo texto constitucional.

Posta assim a questão, nos termos da lição citada de Celso Antônio Bandeira de Mello, também restou comprovada a observância pela norma sanitária do quarto e último elemento para que o referido discrimen seja compatível com o princípio da isonomia, qual seja, a existência de razão valiosa para o bem público, à luz do texto constitucional, para a restrição estabelecida pela Resolução-RDC Anvisa 153/2004.

6 CONCLUSÃO

Com a realização de testes diagnósticos para o HIV em doadores de sangue, houve um grande avanço na prevenção da transmissão da AIDS pelas transfusões de sangue.

No entanto, embora tais testes tenham sido aperfeiçoados com grande aumento da sua sensibilidade, ainda existe um lapso de tempo desde o tempo da contaminação do indivíduo até o aparecimento do marcador da infecção conhecido como janela imunológica, período este em que a presença do vírus não é detectada. Desta forma, ainda persiste o risco de transmissão da AIDS pelas transfusões, caso realizada apenas a triagem sorológica.

A triagem clínico-epidemiológica, isto é, a entrevista com o candidato a doador nos hemocentros, conforme prevê a Resolução-RDC Anvisa 153/2004, visa a impedir a doação de sangue de pessoas que se expuseram a situações de risco de contaminação pelo HIV, sendo, por via de conseqüência, uma medida preventiva e complementar à triagem sorológica, o que aumenta a segurança transfusional.

A referida resolução, que regulamenta os procedimentos da hemoterapia brasileira, considera que homens que fizeram sexo com outros homens (HSH) nos 12 meses que antecedem a triagem clínica devem ser considerados inaptos temporariamente para a doação de sangue e têm relevantes razões de ordem técnica para fazê-lo.

As entidades e associações de defesa das minorias, que reclamam o direito à doação de sangue dos HSH, sustentam tratar-se de medida discriminatória. Isto ocorre no Brasil e em outros países. A questão foi submetida à apreciação do Poder Judiciário por iniciativa do Ministério Público Federal em 2006, tendo sido reconhecida por sentença a legitimidade da atividade normativa da Anvisa. O processo judicial ainda está pendente de julgamento final.

Acrescente-se que, conforme informações trazidas em parecer técnico da Anvisa, “estudos recentes nos Estados Unidos mostram que

o risco de transmissão de HIV incrementaria 60% se a correspondente norma fosse relaxada para a exposição de HSH no período dos últimos 12 meses, como é a norma atual brasileira, e este risco incrementaria para 500% se fosse excluída tal seleção”²².

O princípio da proteção da saúde pública, que tem reflexos diretos na saúde individual de cada indivíduo, requer a adoção de medidas eficazes por parte do Estado para evitar a transmissão da AIDS pelos serviços de hemoterapia e a conseqüente responsabilização estatal pela omissão.

Não se pode admitir, portanto, que, a partir de uma equivocada compreensão do princípio da igualdade, seja afastada a restrição à doação de sangue por HSH prevista na Resolução-RDC 153/2004 da Anvisa. Como visto, a vedação à doação de sangue por HSH é adotada em diversos países e está amparada por estudos científicos internacionais ainda não contestados.

À luz dos critérios perfilados por Celso Antônio Bandeira de Mello, evidencia-se que a norma restritiva não ofende a isonomia e se fará necessária até que sejam descobertas formas de detecção da presença do vírus HIV 100% eficazes, o que, como visto, ainda não ocorre. Não se trata, portanto, de uma imposição definitiva, pois a comunidade científica deverá alcançar, — espera-se que com a maior brevidade possível —, mecanismos de controle da doença cada vez mais eficientes.

Diante dessas considerações, parece evidente que a medida adotada pela Anvisa, em nome da proteção da saúde pública, e, conseqüentemente, da saúde de cada um dos brasileiros, está em consonância com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrado no artigo 4º, inciso IV, da Constituição de 1988, qual seja, de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por

22 TANAKA, op. cit., p. 11.

censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. RE-AgR 271286/RS – Rio Grande do Sul. Município de Porto Alegre e Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello, 12 set. 2000, DJ de 24.11.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. 4. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. ADI 3.305/DF – Distrito Federal. Partido Liberal-PL e Congresso Nacional. 13 set. 2006, DJ de 24/11/2006.

BROOKS, J. P. *Los derechos del receptor deben estar por sobre los del donante*. *Jornal Vox Sangüinis*, Blackwell Publishing, 2007, Disponível em: <<http://www.blackwellpublishing.com/journal.asp?ref=0042-9007>>.

DIAS, Helio Pereira. *Direitos e obrigações em saúde*. Brasília: Anvisa, 2002.

FERRARI, Ana Paula. *Beleza à venda: auto-estima não tem preço*. Brasília: Thesaurus, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Manual Técnico para investigação da transmissão de doenças pelo sangue. Série A. *Normas e Manuais Técnicos*. MS, Anvisa, DF/ Brasil, 2005.

MIRANDA, Adriana. AIDS, discriminação e os desafios para promoção da saúde. *Caderno mensal Constituição & Democracia* n. 13. Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito da Faculdade de Direito da UnB., maio de 2007.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. Ação afirmativa e a Constituição. *Caderno mensal Constituição & Democracia*, n. 18, Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito da Faculdade de Direito da UnB. Dezembro de 2007.

TANAKA, Mirtha Suzana Yamada. Parecer Técnico n. 2, de 10/08/2006, da Gerência-Geral de Sangue, outros Tecidos, Células e Órgãos – GGSTO/Anvisa.

UNAIDS. *Report on the global AIDS epidemic. Chapter 2. Status of the global HIV epidemic*, p. 30. Disponível em: <http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2008/jc1510_2008_global_report_pp29_62_en.pdf> 2008.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Comportamento sexual e cidadania junto à população de homens que fazem sexo com homens do Distrito Federal*. Núcleo de Estudos de Saúde Pública, UnB, Brasília, 2005. *Apud* Parecer n. 02/2006 – GGSTO/Anvisa.