

V O T O

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), por meio da qual se questiona a constitucionalidade do inciso IV do artigo 64 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e da alínea 'd' do inciso XXX do artigo 25 da Resolução da Diretoria Colegiada 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que prescrevem a inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo para realizarem doação sanguínea nos 12 (doze) meses subseqüentes a tal prática.

O Requerente afirma que as normas impugnadas "determinam, de forma absoluta, que os homens homossexuais são inaptos para a doação sanguínea pelo período de 12 (doze) meses a partir da última relação sexual" e que "logo, os homens homossexuais que possuam mínima atividade sexual são considerados, na prática, permanentemente inaptos para a doação sanguínea". Sustenta, além disso, que "essa situação escancara absurdo tratamento discriminatório por parte do Poder Público em função da orientação sexual, o que ofende a dignidade dos envolvidos e retira-lhes a possibilidade de exercer a solidariedade humana com a doação sanguínea". Destaca, ainda, "a atual - e enorme - carência dos bancos de sangue brasileiros". E conclui que "as normas questionadas nesta ADI violam (...) os seguintes preceitos constitucionais: a) dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III); b) direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput); c) objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminações (art. 3º, IV); e d) princípio da proporcionalidade."

Em 8/6/2016, adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

A ANVISA "corroborava o posicionamento das regulamentações vigentes (Portaria 2712/2013, Portaria 158/2016) e RDC 34/2014", ressaltando que "a RDC Anvisa 34/2014 e Portaria MS 2712/2013 não exclui homens que fazem sexo com outros homens - homossexuais, bissexuais e outras identidades de gêneros relacionados - de doarem sangue, desde que atendam aos requisitos de triagem clínica estabelecidos".

O Ministério da Saúde informou que "os dispositivos questionados não possuem conteúdo discriminatório, com o fito de restringir direitos de seguimentos da sociedade em virtude de orientação sexual, uma vez que se trata, tão somente, de medida de cautela, adotada pelo Ministério da Saúde, dentre tantas outras medidas que não possuem qualquer relação com

a orientação sexual dos candidatos a doação" e que "todas as situações restritivas (...) possuem um único objetivo, a saber, de proteção do receptor do sangue doado". Destacou, além disso, "que a hipótese de inaptidão temporária prescrita no art. 64, IV, da Portaria 158/GM/MS, de 2016, e no art. 25, XXX, d, da RDC 34/2014 da ANVISA encontra-se calcada nas melhores literaturas, dados epistemológicos, normativos e experiências nacionais e internacionais acerca do tema, o que demonstra a devida razoabilidade da medida".

Foram admitidos como amici curiae (i) a Defensoria Pública da União (DPU), (ii) a Defensoria Pública do Estado da Bahia, (iii) a Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas (ABRAFH), (iv) o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS), o (v) Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), (vi) o Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL), (vii) o Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, (viii) a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), (ix) o Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília (CADIR-UnB), (x) o Núcleo de Pesquisa ?Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea? (PPGD-UFPR), conjuntamente com o Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da UFPR); e (xi) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O Advogado-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido.

O Procurador-Geral da República apresentou Parecer pelo deferimento da medida cautelar, sustentando a inconstitucionalidade das normas impugnadas.

É o relatório. VOTO.

Importante destacar o brilhantismo do voto de sua Excelência, Ministro EDSON FACHIN, que, após salientar a ?dignidade da pessoa humana como fundamento, um presente obrigatório e sempre um norte futuro? e realizar detalhada análise dos ?direitos da personalidade à luz da dignidade da pessoa humana e da Constituição da República?, em face do ?Direito Civil matizado pela constitucionalização prospectiva?, reiterou a proclamação várias vezes afirmada por esta CORTE em relação ao ?Direito Fundamental à Igualdade independentemente do gênero ou da orientação sexual? e, votando pela procedência da presente ação, declarou a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, ?d?, da Resolução da Diretoria Colegiada ? RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ? ANVISA, com base nos artigos 1, °, III (princípio da dignidade da pessoa humana); 3°, I (construção de uma sociedade livre e solidária); 3°, IV, (promoção do bem de todos sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação; 5° caput (princípio da igualdade).

Inicialmente, sua Excelência entendeu que ambos os atos "constituem atos normativos federais que se revestem de conteúdo regulatório dotado de abstração, generalidade e impessoalidade, possuindo alta densidade normativa e não se caracterizando como simples atos regulamentares"; e, conseqüentemente, concluiu que está "adequado o instrumento utilizado para a aferição de sua constitucionalidade?"; em que pese, e é importante salientar, ter o autor da presente ação direta de inconstitucionalidade ignorado o paradigma do artigo 199, §4º da Constituição Federal, que, expressamente estabelece que a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização; bem como, não ter impugnado, ou requerido interpretação conforme a Constituição, especialmente dos artigos 3º, incisos I e II; 14, VI e VII e 16, IV, todos da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001, que regulamenta o referido §4º, do artigo 199, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelecendo o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades e estabelecem:

"Art. 3º. São atividades hemoterápicas, para os fins desta lei, todo conjunto de ações referentes ao exercício das especialidades previstas em Normas Técnicas ou regulamentos do Ministério da Saúde, além da proteção específica ao doador, ao receptor e as profissionais envolvidos, compreendendo:

I " captação, triagem clínica, laboratorial, sorológica, imunoematológica e demais exames laboratoriais do doador e do receptor, coleta, identificação, processamento, estocagem, distribuição, orientação e transfusão de sangue, componentes e hemoderivados, com finalidade terapêutica ou de pesquisa.

II " orientação, supervisão e indicação de transfusão do sangue, seu componentes e hemoderivados?.

Art. 14 A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

(?)

VI " proteção da saúde do doador e do receptor mediante informação ao candidato à doação sobre os procedimentos a que será submetido, os cuidados que deverá tomar e as possíveis reações adversas decorrentes da

doação, bem como qualquer anomalia importante identificada quando dos testes laboratoriais, garantindo-lhe o sigilo dos resultados.

VII ? obrigatoriedade de responsabilidade, supervisão e assistência médica na triagem de doadores, que avaliará seu estado de saúde, na coleta de sangue e durante o ato transfusional, assim como no pré e pós-transfusional imediatos.

Art. 16. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados, cuja execução estará a cargo do SINASAN, será dirigida, em nível nacional, por órgão específico do Ministério da Saúde, que atuará observando os seguintes postulados:

(?)

IV ? integrar-se com os órgãos de vigilância sanitária e epidemiológica e laboratórios oficiais, para assegurar a qualidade do sangue, componentes e hemoderivados e dos respectivos insumos básicos?.

Com base no artigo 26 da referida Lei 10.205, de 21 de março de 2001, foi editado Decreto 3.990, de 30 de outubro de 2001, igualmente não impugnado pelo autor da referida ADI, que dispõe sobre a coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seu componentes e derivados e estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades.

Além de repetir as principais normas da lei, em seu artigo 2º, incisos VI, VII e VIII, reitera a tríplice proteção do sistema nacional de sangue, componentes e derivados ? SINASAN ? destinada aos doadores, receptores e agentes do sistema:

VI- proteção da saúde do doador e do receptor mediante informação ao candidato a doador sobre os procedimentos a que será submetido, os cuidados que deverá adotar, as possíveis reações adversas decorrentes da doação, bem como qualquer anomalia importante identificada quando dos testes laboratoriais, garantindo o sigilo dos resultados;

VII- obrigatoriedade de responsabilidade, supervisão e assistência médica na triagem de doadores, para avaliação do estado de saúde do doador, na coleta de sangue e durante o ato transfusional, assim como nos atos pré e pós-transfusional imediatos;

VIII- direito a informação sobre a origem e procedência do sangue, dos componentes e hemoderivados, bem como sobre o serviço de hemoterapia responsável pela origem destes;

O referido Decreto, em seu art. 5º incisos VI e VII, estabelece ainda, como competência dos Estados e ao Distrito Federal, no âmbito do SINASAN, em articulação com o Ministério da Saúde:

VI- garantir à população a oferta de sangue e hemocomponentes com qualidade, assegurando a assistência hemoterápica;

VII- exigir o cumprimento das normas técnicas pelos órgãos executores das ações de hemoterapia, por meio das ações de vigilância sanitária.

Dessa maneira, com base no § 4º, do artigo 199 da Constituição Federal foi editada a Lei 10.205, de 21 de março de 2001, e foi editado Decreto 3.990, de 30 de outubro de 2001, estabelecendo a Política Nacional no plano normativo institucional ?sobre a coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, bem como o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades?, fundada no ?conjunto de ações referentes ao exercício das especialidades previstas em Normas Técnicas ou regulamentos do Ministério da Saúde, além da proteção específica ao doador, receptor e aos profissionais envolvidos?, como já me referi ao citar o caput do artigo 3º da Lei 10.205, de 21 de março de 2001.

A partir das exigências da edição desse conjunto de normas técnicas especialíssimas da área da saúde, foram editadas a Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e a Resolução 34/2014 da ANVISA, ora diretamente impugnadas e que, ressalte-se, estabelecem uma série de exigências técnicas cujo substrato normativo é o Decreto 3.990/2001, que assim como a Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001, não foram impugnados pela presente ação direta de inconstitucionalidade.

São os seguintes os textos impugnados:

PORTARIA 158/2016, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

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

IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;

RESOLUÇÃO 34/2014, DA ANVISA

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

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

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

O objeto das ações diretas de inconstitucionalidade, além das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo (NEVES, A. Castanheira. O problema da constitucionalidade dos assentos. Coimbra: Coimbra, 1994). Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários (KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 2-6), deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo (ADI 1352-1-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ, 4/10/95), não impedindo, portanto, o controle abstrato de constitucionalidade dos decretos autônomos (por exemplo: CF, art. 84, incisos VI e XII) ou, ainda, de demais atos normativos que possam ter invadido matéria reservada à lei (ADI 1.553/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, decisão: 13/5/2004. Informativo STF nº 348; ADI 1.969-4/DF ? Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ, 5-3-2004).

A importância de destacar a inexistência de impugnação, mesmo que fosse de alguns pontos específicos da Lei nº 10.205/2001 ou do Decreto nº 3.990/2001, tem por finalidade para salientar que, essas omissões podem,

eventual e diferentemente do que possa parecer em uma primeira leitura da peça inicial, levar a errônea conclusão de que a Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e a Resolução 34/2014 da ANVISA são atos normativos primários editados com a finalidade específica de estabelecimento de critérios discriminatórios aos homossexuais masculinos que queiram doar sangue.

Não é disso que se trata, pois, em que pese os textos impugnados sejam somente relacionados a questão de orientação sexual, os dispositivos normativos estabeleceram uma série de limitações fixadas a partir de estudos técnicos e científicos; tais como pessoas que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas, pessoas que estiverem detidas por mais de 24 horas em instituição carcerária ou policial, pessoas que sejam parceiros sexuais de hemodialisados e de pacientes com história de transfusão sanguínea, pessoas que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos, sem uso de preservativo; pessoas que tenham tido o contato com o vírus da hepatite B ou C; tripanosoma cruzi (causador da doença de Chagas), utilização de piercing ou existência de tatuagens realizadas sem condições de avaliação quanto à segurança, entre outros critérios, apontados pela Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular, admitia como amicus curiae na presente ADI.

Assim como os demais critérios, aqueles relacionados a orientação sexual foram adotados a partir de estudos técnicos e científicos, inclusive comparativos com outros países, como por exemplo, os EUA, que somente a partir de 1977 passou a permitir aptos a doarem sangue os indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes, após um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco. Até então, era proibido de forma absoluta. Ou ainda, o Reino Unido, Argentina, Austrália e Suécia, cujo prazo é o mesmo que o brasileiro, ou seja, 12 meses. No Canadá e na Nova Zelândia, o prazo é de cinco anos e na Alemanha, Suíça e Holanda a inaptidão é definitiva, como também salientado pela Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular.

Não se trata, portanto, a priori, de um ato arbitrário, discriminatório e direcionado tão somente a orientação sexual das pessoas, mas sim um conjunto de medidas baseadas no TRINÔMIO que rege a Política Nacional de Coleta e Transfusão de Sangue no Brasil, a partir do §4º, do artigo 199 da Constituição Federal, da Lei 10.205, de 21 de março de 2001, e do Decreto 3.990, de 30 de outubro de 2001, - que, repita-se, nem sequer foram impugnados pelo autor da ação ? proteção a saúde do doador, proteção a saúde do receptor e requisitos essenciais para eventual responsabilização da equipe médica responsável.

Com base nessas considerações, especialmente em relação aos pontos impugnados, há necessidade de saber se realmente houve desrespeito ao princípio da igualdade, ao se exigir o prazo de 12 (doze) meses de abstinência sexual.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito constitucional interpretado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 154-172). Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

A desigualdade nos atos normativos se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Dessa maneira, os tratamentos normativos diferenciados somente serão compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e permitidas. Revista Trimestral de Direito Público, nº 1, p. 79).

Nesse sentido, concordo plenamente com o ilustre Ministro Relator EDSON FACHIN ao salientar a necessidade de diferenciar a orientação sexual das condutas de risco.

Mas também é absolutamente essencial realizar a análise necessária para saber se algumas condutas de risco estão mais presentes em algumas orientações sexuais, e, conseqüentemente, se na presente hipótese existirá a finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado? que permita um tratamento diferenciado; ou seja, separar FATOS de PRECONCEITOS; ANÁLISE TÉCNICA E ESTATÍSTICA de DISCURSOS.

O Boletim Epidemiológico de AIDS 2016, no Brasil vem apontando um crescimento da detecção do vírus da AIDS em homens e uma diminuição em mulheres, nos últimos 10 (dez) anos. Em 2006, a taxa de detecção em homens era de 24,1 casos/100.000 habitantes, tendo passado para 27,9 casos/100.000 habitantes em 2016; ou seja, um significativo aumento de 15,9%; enquanto nas mulheres houve redução de 19,6%, ou seja, de 15,8

casos/100.000 habitantes em 2006 para 12,7/100.000 em 2016. Salienta, ainda, que a taxa de detecção da doença, também cresceu proporcionalmente entre homens e mulheres de 2003 para 2008. Em 2003, era de 15 homens para 10 mulheres entre 2003 e 2008 passando de 21 homens para o mesmo número de 10 mulheres em 2015.

Um dos mais respeitados infectologistas do Brasil, atualmente Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, Dr. DAVID UIP, aponta em detalhado estudo que a relação anal passiva, quando praticada sem preservativo, é a que mais apresenta risco, na proporção de uma transmissão a cada 72 ações sexuais. Em seguida vem a relação anal ativa, com uma transmissão a cada 900 ações. Já a pênis/vaginal apresenta risco de uma transmissão a cada 2.500 ações sexuais, enquanto que na relação ativa o índice é a metade disso. Na relação pênis/oral, seja ativa ou passiva, o risco é de zero a quatro transmissões por 10.000 ações.

Estes dados são completados segundo respeitável pesquisa publicada em 2015 por grupo da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo, a partir da análise do Hemocentro de Ribeirão Preto/SP, entre os HSHs (sigla que representa Homens que fazem sexo com homens?) houve um número 450 (quatrocentos e cinquenta) vezes superior aos demais doadores de sangue na detecção do vírus HIV; ou seja, 15,4% dos HSHs que doaram sangue possuíam o vírus HIV (somente 45,8% deles tinha essa ciência); enquanto no demais doadores de sangue o índice é inferior a 0,03%.

Dessa maneira, as previsões do artigo 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o artigo 25, XXX, d?, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA, diversamente do apontado na petição inicial não pretendem discriminar a orientação sexual de HSHs (Homens que fazem sexo com homens), mas sim, a partir de critérios absolutamente técnicos, evitar maiores riscos de contaminação ao receptores do sangue doado, que também tem efetivo direito a proteção e a sua dignidade humana, pois, as estatísticas produzidas a partir da ciência médica comprovam, conforme detalhado acima, ser condutas de risco com maior risco de transmissão do vírus HIV a relação HSHs (homens que fazem sexo com homens), independentemente de suas orientações sexuais; tanto que inexistente qualquer restrição aos homossexuais do sexo feminino.

Ressalte-se, novamente, que restrições também ocorrem em relação a eventuais doadores com câncer e hepatite, viagem para áreas de malária, por exemplo

Nesse sentido, importante Resolução 5, de 2008 do Conselho Europeu, ao declarar que:

Os serviços de hemoterapia são, em última análise, os responsáveis pela qualidade e pela segurança do sangue e de seus componentes coletados; em especial, os serviços de hemoterapia devem: 4.1. responsabilizar-se pela aceitação ou recusa de doadores com base na avaliação de risco baseado em dados epidemiológicos atualizados, tendo em mente o direito do receptor à proteção de sua saúde e a consequente obrigação de minimizar o risco de transmissão de doenças infecciosas. Esses direitos e obrigações sobrepõem-se a quaisquer outras considerações, inclusive a vontade individual de doar sangue?.

Importante, porém, retornamos nesse momento ao TRINÔMIO que rege a Política Nacional de Coleta e Transfusão de Sangue; PROTEÇÃO AO DOADOR, PROTEÇÃO AO RECEPTOR e RESPONSABILIZAÇÃO DAS AUTORIDADES MÉDICAS, cujas várias decisões judiciais já determinaram condenações por contaminações de pacientes em virtude de transfusão de sangue.

Em que pese entender que as previsões do artigo 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e o artigo 25, XXX, ?d?, da Resolução da Diretoria Colegiada ? RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ? ANVISA não são discriminatórias, pois baseadas em estudos técnicos científicos, inclusive de direito comparado, com a finalidade de PROTEÇÃO AO TRINÔMIO DA POLÍTICA DE COLETA E TRANSFUÇÃO DE SANGUE NO BRASIL (artigos 3º, I; 14, VI, VII e 16, IV da Lei nº 10.205/2001 e artigo 2º, incisos VI, VII e VIII, do Decreto 39.090/01); pois busca garantir o direito do DOADOR HSHs (homens que fazem sexo com homens) em doar sangue ? apesar da restrição de abstinência sexual por 12 meses ?, do RECEPTOR, em receber o sangue de melhor qualidade possível para a proteção de sua saúde e do RESPONSÁVEL PELA ÁREA DE SAÚDE, com a obrigação de minimizar o risco de transmissão de doenças infecciosas pela transfusão sanguínea e, conseqüentemente, afastar eventual responsabilização profissional e judicial; entendo possível uma melhor e mais razoável interpretação desses direitos, a partir do §4º, do artigo 199 da Constituição Federal e com base no artigos 3º, I e 14, inciso XII, da Lei 10.205/01; que permitem ao Poder Público, a partir de Normas Técnicas ou regulamentos do Ministério da Saúde, disciplinar a captação, triagem clínica, laboratorial, sorológica e imunoematológica do doador e do receptor, bem como sua identificação (inciso I, art. 3º) e tem a obrigatoriedade de testagem individualizada de cada amostra ou unidade de sangue coletado, sendo proibida a testagem por amostragem ou unidades de sangue em conjunto (inciso XII, art. 14); garantindo aos órgãos de vigilância sanitária e epidemiologia e laboratórios oficiais a garantia na fiscalização da qualidade do sangue a ser transfundido nos pacientes (inciso XVI, art. 16).

Nas hipóteses tratadas no artigo 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e o artigo 25, XXX, ?d?, da Resolução da Diretoria Colegiada ? RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ? ANVISA, em virtude da denominada ?janela sorológica? ou ?janela imunológica?, período em que os testes sorológicos são incapazes de detectar a contaminação do sangue em todos os casos; após a necessária triagem e questionário individual realizado em todos os casos, o material coletado será devidamente identificado e somente será submetido aos

necessários testes sorológicos após o período de ?janela sorológica? definido como necessário pelos órgãos competentes, no sentido de afastar qualquer possibilidade de eventual contaminação.

Dessa maneira, o DOADOR HSHs (homens que fazem sexo com homens) poderá livremente exercer seu direito de doar, sem qualquer diferenciação em virtude, seja de sua orientação sexual, seja em virtude de seu comportamento de risco, o RECEPTOR terá acesso a melhor qualidade possível de sangue para a proteção de sua saúde e os RESPONSÁVEL PELA ÁREA DE SAÚDE, estarão sujeitos a regras específicas que, devidamente observadas, minimizarão o risco de transmissão de doenças infecciosas pela transfusão sanguínea e, conseqüentemente, afastarão eventual responsabilização profissional e judicial.

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 64 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde; e, com base na interpretação conforme a constituição com redução de texto, no tocante a alínea 'd' do inciso XXX do artigo 25 da Resolução da Diretoria Colegiada 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, excluir a seguinte expressão: ?e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco?, prevalecendo o entendimento de que o material coletado será devidamente identificado e somente será submetido aos necessários testes sorológicos após o período de ?janela sorológica? definido como necessário pelos órgãos competentes.

É o voto.

"PLENÁRIO VIRTUAL - MINUTA DE VOTO - 01/05/2020 00:00:00"