

A DOAÇÃO DE SANGUE POR PESSOAS HOMOAFETIVAS: UMA ANÁLISE DA ADI 5.543

.....
Amanda Faustino de Lima Parente

Graduanda em Direito pela Universidade Potiguar (UnP).

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira

Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET); Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN); Professor DNS I da Universidade Potiguar (UnP); Advogado.

RESUMO

O presente artigo intenta discutir sobre a constitucionalidade da doação de sangue por pessoas homoafetivas. Para tanto, foi empregado o método dedutivo fazendo pesquisa qualitativa baseada em referencial doutrinário e análise de documentos normativos e jurisprudência. Dessa forma entende que a discriminação por conta da orientação sexual agride a dignidade da pessoa humana e implica na privação de direitos. Entende Compreende que a vedação se manifesta como dano ao ordenamento jurídico, ao ferir princípios da Constituição Federal. Analisa, ainda a declaração de constitucionalidade dos atos normativos objetos da ADI 5543 concretizaria o preconceito e a discriminação contra os homossexuais, ao coloca-los como grupo de risco e tornando irrelevante o seu efetivo comportamento sexual. Por fim conclui pela constitucionalidade da doação de sangue por pessoa homoafetivas tratando-se de uma forma de não discriminação que permite em um único arremate satisfazer o direito a saúde da coletividade e assegurar a dignidade da pessoa humana dos doadores.

Palavras-chave

Dignidade da pessoa humana; hemoterapia; homoafetividade; não discriminação.

ABSTRACT

This article attempts to discuss the constitutionality of blood donation by homo-affective people. For that, the deductive method was used doing qualitative research based on

doctrinal referential and analysis of normative documents and jurisprudence. In this way, it understands that discrimination due to sexual orientation attacks the dignity of the human person and implies the deprivation of rights. It understands It understands that the prohibition manifests itself as damage to the legal system, by violating the principles of the Federal Constitution. It also analyzes the declaration of constitutionality of the normative acts that are the object of ADI 5543, which would concretize prejudice and discrimination against homosexuals, by placing them as a risk group and making their effective sexual behavior irrelevant. Finally, it concludes that the constitutionality of blood donation by homo-affective persons is a form of non-discrimination that allows, in a single conclusion, to satisfy the right to the health of the community and ensure the dignity of the human person of the donors.

Keywords

Dignity of the human person; hemotherapy; homo-affectivity; non-discrimination.

1. INTRODUÇÃO

Assim como o Direito possui diversos sistemas e abordagens conforme o país em que vigora, o mesmo pode ser dito sobre a forma como a homoafetividade é encarada mundo afora. No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 estabelece, dentro de seus princípios, a defesa pela dignidade da pessoa humana e a busca pela pacífica convivência de todos, independentemente de suas diferenças, o que culminou na conquista de direitos à união

homoafetiva e a equiparação da homofobia com os crimes taxados na lei 7.716/89, por exemplo.

Apesar de não existirem estatísticas oficiais, precisas e atualizadas – e de fácil acesso – tratando da quantidade de pessoas homoafetivas no Brasil, existem dados recolhidos e analisados pela Associação Internacional de Gays e Lésbicas (ILGA) que busca distinguir o tratamento conferido por diversos Estados às pessoas com essa orientação sexual. Entre seus apontamentos, é possível depreender que 70 países consideram a relação entre pessoas do mesmo sexo como ato ilícito, e que 11 países ainda admitem a possibilidade de pena de morte.

Voltando à perspectiva inicial da conquista dos direitos através da interpretação da Constituição Federal, é lícito ressaltar que todas elas foram precedidas de litígio e debate, para tornar possível sua consolidação como institutos do Direito brasileiro. Nesse sentido, em outubro de 2017 iniciou-se julgamento em plenário do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de analisar a constitucionalidade de dispositivos presentes em normas da ANVISA e do Ministério da Saúde, que acabam por proibir a doação de sangue por parte de pessoas homoafetivas.

A promoção de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF contra normas do Ministério Público e da ANVISA acabam por suscitar a dúvida quanto aos embargos causados por tais dispositivos normativos através de uma série de violações à Constituição Federal de 1988, como a impossibilidade de aplicação do direito de acesso à saúde e os prejuízos infligidos à dignidade das pessoas envolvidas.

Considerando a Constituição Federal e os princípios nela contidos, cabe indagar se eventual proibição à doação de sangue pelas pessoas homoafetivas é de fato aceito pelo prisma constitucional, e se a ADI 5543, que trata precisamente dessa matéria, cumpre seus requisitos formais e materiais. É com esse enfoque elucidativo da presente questão que esta pesquisa será desenvolvida.

Este artigo tem como objetivo a discussão da constitucionalidade da vedação à doação de sangue por pessoas homoafetivas, mais especificamente através da análise do paradigma da dignidade da pessoa humana e a não discriminação constante na Constituição da República, além de objetivar entender como

funciona o sistema de hemoterapia no Brasil, e, por fim, discutir à luz o julgamento da ADI 5543 pelo STF o atual posicionamento do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Através de metodologia dedutiva, a pesquisa será desenvolvida pela análise bibliográfica da doutrina constitucional mais recente, além do apoio dos estudos nacionais de Direitos Humanos, portarias ministeriais e manuais técnicos elaborados pelo Ministério da Saúde em períodos cronológicos distintos.

Destarte, enquanto a primeira parte deste trabalho trata do estudo dos principais conceitos acerca da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade sexual a partir da análise doutrinária, a segunda parte tratará do caráter humanitário e da necessidade dos procedimentos que envolvem a transferência de sangue de um ser humano para outro, a partir de uma pequena introdução histórica e passando para aspectos mais técnicos de como o sistema nacional de doação de sangue funciona. Por fim, a terceira parte analisa como transcorreu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, e a consequente retirada da vedação à doação de sangue por pessoas homoafetivas.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE SEXUAL

Como peças fundamentais para discutirmos tal problemática, temos como peças fundamentais a exploração dos princípios constitucionais, dando destaque ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade humana anda de mãos dadas com o que diz respeito ao direito de igualdade e liberdade do indivíduo.

A Constituição Federal de 1988, de maneira expressa no artigo 1º, inciso III afirma que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A dignidade é o pressuposto da democracia, da igualdade, da justiça social e da solidariedade. Sendo particular a condição de cada indivíduo, a dignidade humana não compreende hierarquia.

A norma constitucional considerado máximo fundamento do Estado Democrático de Direito, define dignidade da pessoa humana como princípio, o qual emana a todos os princípios e direitos constitucionais e a toda organização jurídica, sendo o mais global de todos os princípios. (MARTINS, 2010, p.51).

Responsável por estabelecer proteção e condições para sobrevivência, a dignidade da pessoa é inerente à condição humana - indistintamente de qualquer outro atributo ou características de cor, orientação religiosa, corrente política ou outro critério de distinção na sociedade- e constitui-se como responsável pela atribuição ética de todos os direitos humanos, sendo o pilar axiforme para desenvolvimento dos demais componentes do Direito como sistema jurídico. (RAMOS, 2018, p. 84).

A dignidade da pessoa humana pode ser revelada também na prática da autonomia da vontade, componente este imprescindível da liberdade humana. Trata este princípio de assegurar não apenas os direitos sociais e fundamentais a todos os indivíduos, como também o de proteger a personalidade, a vida privada, intimidade e demais valores positivos no alicerce da vida humana. Excepcionalmente, podem ser feitas restrições ao uso dos direitos fundamentais, mas sempre sem desconsiderar a necessária conta que merecem todos os indivíduos. (MORAIS, 2004, p.52).

A partir do momento que a dignidade da pessoa humana é hasteada à condição de princípio formado e fundamento do Estado Democrático de Direito, fica então o Estado com a responsabilidade de moldar-se como mecanismo para a preservação e ascensão da dignidade das pessoas de forma individual tão como de forma coletiva. Princípio esse de valor absoluto que envolve a ideia de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. (SILVA, 2004, p. 105).

Não basta garantir aos indivíduos apenas os direitos relacionados à possibilidade de subsistência física. A ideia que dignidade humana deve abranger os mais diversos pontos da vida e requer além do dever de privação de condutas que possam infringi-la, o dever também de agir com o propósito de atingir sua eficácia e proteção.

Conforme exposto previamente, a dignidade humana é um princípio natural do indivíduo, de valor imensurável e impresso na substância íntima de cada um, independentemente da afirmação do seu direito, pois tem característica supraconstitucional.

Com propósito de amparar o princípio de maior relevância do direito, afirma-se que o Estado deve garantir as pessoas o uso dos direitos considerados fundamentais, entre eles o

pleno direito a igualdade independente de raça, cor, religião, direito à liberdade, a intimidade e a busca da felicidade, sem que ninguém possa interferir. O conceito de definição da dignidade da pessoa humana está em eterna mudança, evolução e elaboração. (RAMOS, 2017, p. 76).

Temos por dignidade da pessoa humana a característica natural e específica que cada indivíduo possui e através dela se faz merecedor de toda estima não só da sociedade, como do Estado, acarretando assim diversos deveres e direitos que lhe deixam assegurados da garantia de condições mínimas para uma vida digna, além de fazer com que os indivíduos possuam participação ativa no futuro de sua própria existência e da comunhão com a sociedade. (SARLET, 2001, p. 60).

Portanto, partindo da premissa que não seja violado os direitos do próximo, todos os brasileiros têm o direito à justiça e à igualdade de seus direitos. A atenuação ou limitação desses direitos, acarreta em violação da dignidade da pessoa humana, à democracia e ofensa à Constituição Federal. (RAGAZZI, 2011, p.181).

O direito a uma vida justa, é garantida e protegida pela Constituição Federal, de forma que oferece como garantia a preservação da sua individualidade, personalidade e intimidade, para que cada indivíduo procure a felicidade da forma que lhe for mais adequada. (VECCHIATTI, 201, pp. 199-235).

Não há possibilidade de existir vida digna, por exemplo, ao homossexual, quando o mesmo sofre discriminação e preconceito, ficando assim o Estado responsável para agir de forma efetiva e justa para que esses possuam sua dignidade considerada por toda sociedade. (VECCHIATTI, 2011, pp.199-235).

Afinal, há uma série de discriminações baseadas em valores culturais que resultam em discriminação, assédio, desvalorização da identidade sexual, dificuldade de acesso ao mercado de trabalho ou recebimento de benefícios sociais, e muitas vezes com amparo no ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2016, p. 251).

O respeito à dignidade do próximo gera obrigações tanto para o estado, autoridades públicas como para qualquer indivíduo, cabe principalmente ao Estado a garantia de que discriminações não se eternize em meio a sociedade. (VECCHIATTI, 2011, p. 203).

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana impede a instrumentalização dos indivíduos em prol da coletividade ou da maioria, impondo um tratamento da pessoa como um fim em si mesmo, impedindo o seu uso como instrumento para fins que não o representam. (SARMENTO, 2016, p. 132).

Salienta-se que a dignidade humana não é limitada ao fato de que o indivíduo estará protegido de humilhações, provocações, agressões entre outros, mas também a de total garantia do desenvolvimento da individualidade de cada um. O pleno desenvolvimento da personalidade presume, no que lhe concerne, de um lado, a certificação da total liberdade, sem que haja interferências ou impedimentos, das possíveis atuações próprias de cada um e de outro lado, a independência que surge da livre importância da razão humana, antes de uma certeza dada pela natureza. (LUNO, 1995, p. 318).

A pessoalidade, o pensamento, a intimidade, a vida particular, a autonomia, o direito de locomoção e todos os demais relativos à expressão psicológica ou física, estão resguardados pelo direito à liberdade e não podem ser retirados dos mesmos sem um motivo devidamente justificável. Dessa maneira, qualquer tipo de liberdade pessoal deve ser reconhecido como direito fundamental com o propósito de proteção constitucional.

Deve-se respeitar os limites e direitos dos outros indivíduos, afinal ninguém possui liberdade ilimitada, mas para os exageros cabe ao Estado criar artifícios jurídicos que sejam capazes de resguardar e estabelecer a expressão da vontade dentro determinados limites. (MAXIMILIANO, 2005, p. 691).

A Constituição Federal de 1988 nos termos do art. 3º, inciso IV, 170, e art. 5º, inciso I, XLI, é explícita ao proibir completamente qualquer atitude discriminatória e assim assegurando que absolutamente todos os indivíduos são idênticos e livres perante a lei. A liberdade permitida a cada indivíduo é limitada apenas pela liberdade dos demais.

Entre todas as formas de liberdade e de pessoalidade de cada indivíduo, destaca-se a liberdade sexual que nada mais é que a garantia que cada indivíduo possui de demonstrar a sua sexualidade da forma que lhe for agradável ou que melhor lhe servir. Do mesmo modo acontece com as demais liberdades que são interligadas, como a expressão sexual e a livre

orientação sexual. Impedir um indivíduo de viver livremente o seu direito de exercer à livre sexualidade, agride diretamente o seu direito à intimidade, como também a busca da sua própria felicidade. (DIAS, 2001).

Considera-se que a discriminação por conta da orientação sexual agride a dignidade da pessoa humana e implica na privação de direitos, o que requer um posicionamento do sistema jurídico. (RIOS, 1998, p.29). O Estado deverá suprir a conduta omissa e garantir tutela aos homossexuais.

Assim, qualquer forma de discriminação baseada na orientação sexual da pessoa humana será considerando ato inconstitucional. (RAGAZZI, 2011, p. 181).

Pela compreensão da sexualidade como uma individualidade, posta em condição muito particular, a dignidade se dispõe como o entendimento das pessoas como agentes morais, com direito a suas escolhas e participação na composição da sociedade, livres de amarras e gozando de proteção. (SARMENTO, 2016, p.187).

Necessário, portanto, o reconhecimento da liberdade sexual como direito do indivíduo, ligado à sua liberdade. Atualmente, na compreensão contemporânea da dignidade da pessoa humana, exige-se um nivelamento por cima no tratamento de todos. A orientação sexual é advinda da liberdade de cada um, não permitindo entraves ou regras que busquem transferi-la ou negar seus direitos. (RAMOS, 2018, p.1012).

As muitas facetas da liberdade, desde a liberdade de locomoção à liberdade sexual, ligam-se diretamente à própria condição humana, e constituem pressuposto para a fruição de tantos outros. A liberdade sexual é, também, direito de solidariedade, pressupondo as escolhas livres e conscientes. A proteção à liberdade sexual é a garantia de que o seu titular possa determinar sua sexualidade e seu comportamento. Sua ausência, portanto, implicaria no mesmo impacto que a ausência de todas as demais liberdades e direitos inerentes à sua condição como ser humano. (JORIO, 2019, p. 43).

Em nenhuma hipótese deve-se admitir que o Estado, em qualquer âmbito, estabeleça o tipo legítimo de relação sexual e desta forma penalize as outras sexualidades de desfrutar dos seus direitos. A objeção a qualquer situação que fuja do padrão, do dito convencional, por matérias

relacionadas a orientação sexual, estará violando o princípio da liberdade. (RAGAZZI, 2011, p. 177-191).

Assim, a liberdade sexual é um direito e deve ser respeitado, independentemente da sua orientação, identidade, conduta, seja o indivíduo homossexual, heterossexual, bissexual ou até mesmo os assexuados. (DIAS, 2001).

Portanto à lei, conferindo limites aos indivíduos, deve fazer valer o princípio da igualdade e buscar elevá-los à igualdade de direitos e deveres e à proteção que os demais indivíduos gozam naturalmente, dessa forma a igualdade será garantida a todos.

As normas de tratamento igual e desigual se repulsam a passo que a desigualdade de tratamento exige uma fundamentação para se impor, ao contrário da igualdade que se impoe com a inexistência de uma fundamentação que conceda a distinção. Originalmente a ordem é de um tratamento igualitário, sendo possível um tratamento desigual em casos que possam ser justificados.

A liberdade é um direito com objetivo de garantir que os indivíduos não terminem nas mãos de repressores ou mesmo no abuso de seus dirigentes. Não só os governos, como igrejas e a sociedade em si interferem na questão sexual, isso devido à um cenário histórico bastante resistente e implantado em vários países. (CORRÊA, 2007, 47-49). Situação essa que afronta diretamente os direitos de cada um. Inúmeros direitos são advindos da liberdade, e tornam-se essenciais e imprescindíveis para ajudar na qualidade de vida dos mais vulneráveis na sociedade, como por exemplo os que tem orientação sexual diferente, podendo assim exigirem seus direitos e dignidade. (RIOS, 2006, pp. 71 - 100).

Considerando que todos os indivíduos têm direito de fruir da proteção de seus direitos, e que o estado deve posicionar-se como promotor da dignidade da pessoa humana, buscando elevar o padrão de políticas públicas a fim de beneficiar todos as pessoas, é perceptível a consagração dos princípios de igualdade e dignidade incidindo sobre diversos ramos do ordenamento jurídico. É apenas através da proteção dos indivíduos contra a violência e a discriminação, através da criação de dispositivos eficazes e de um sistema sólido, que o Estado como promotor e assegurado dos direitos de liberdade conseguirá sustentar bases válidas para uma livre convivência e respeito às diversas formas de orientação sexual, calçados

na liberdade e descriminalização das condutas sexuais privadas.

3. A HEMOTERAPIA E A VEDAÇÃO DE DOAÇÃO HOMOAFETIVA

Buscando apoio na perspectiva de que o Direito correlaciona a dinâmica entre fatores culturais, a posterior atribuição de um valor a estes e a sua consequente aplicação como norma jurídica, é lícito concluir que o estudo das práticas que geraram uma decisão do órgão máximo do Poder Judiciário merece tanta atenção e estudo conceitual quanto a própria análise do controle de constitucionalidade objeto do presente artigo.

Adotada essa postura de abordagem, a abordagem histórica e técnica da hemoterapia tratada a seguir toma como base o conceito de que ela busca tratar doenças e melhorar o estado clínico de um paciente através da utilização do sangue humano – seja em sua integralidade ou apenas de algum dos seus componentes, como plaquetas ou hemácias.

Inicialmente, é necessária a distinção técnica entre hemoterapia e transfusão, sendo a primeira já conceituada anteriormente, enquanto a segunda corresponde ao método de reposição sanguínea em procedimentos cirúrgicos e tratamentos envolvendo quimioterapia, por exemplo. Portando, uma é gênero, a outra é espécie.

A utilização de sangue para tratamento de doenças data desde antes da utilização de registros escritos pela sociedade. Os grupos que adotavam essa prática banhavam ou bebiam sangue – humano ou não – principalmente pela perspectiva da cura de doenças ou melhoria das funções do organismo, apesar de não estarem afastados os demais rituais que buscavam apenas enaltecer atributos físicos ou servir como manifestação de sacrifício ou conexão com o divino. (MS,2013).

Em relação ao uso do sangue como tratamento, divide-se tal prática em três blocos históricos distintos. O primeiro é o pré-histórico, caracterizado pelo já citado hábito de abordar o sangue como aperfeiçoador de condições físicas e cura de doenças através do seu consumo direto, não adotando o sangue humano como necessária prioridade, mas como possibilidade. (MS,2013, p.07).

O período pré-científico, segundo na cadeia de períodos históricos da transfusão sanguínea,

começa com a descoberta do funcionamento do sistema circulatório e se distingue pelo uso inicial do sangue de animais e o desconhecimento técnico da existência de grupos sanguíneos, fator RH ou soluções anticoagulantes ou capazes de preservar o sangue – esses elementos, em conjunto, eram responsáveis por uma baixíssima taxa de compatibilidade e bom quadro de resposta às transfusões, além de mortes e impossibilidade de armazenamento do sangue coletado, o que forçava a necessidade de transferência direta do sangue do braço do doador para o do paciente. (MS,2013).

Finalizando a introdução quanto aos períodos históricos, o último é o período científico, que tem como marcos as tentativas de substituição do sangue por outros produtos e a descrição dos demais elementos componentes do sangue. (MS,2013).

A hemoterapia seguiu seu desenvolvimento a partir de erros e necessidade de correções e reformulações, como em 1940, por exemplo, que culmina na descoberta pela necessária compatibilidade entre grupos sanguíneos – através do estudo do fator RH – e o desenvolvimento de aparelhos como a seringa, tubos e aplicação de substâncias como o citrato de sódio, permitindo o armazenamento do sangue em estoques através de sua ação anticoagulante, além da introdução dos testes de compatibilidade – cujo descoberta e importância já foram devidamente mencionadas acima. (MS,2013, p.08).

Como apontado pela Fundação Hemominas⁴, a coleta e estocagem em garrafas durante a guerra civil espanhola de 1939 corresponde ao primeiro registro de transfusão utilizando técnicas de conservação. Além disso, a eclosão da Guerra Mundial naquele mesmo ano serviu como estopim para criação dos primeiros bancos de sangue, tornando a transfusão praticamente uma rotina médica à época, e essa generalização serviu de motivação às primeiras doações de sangue, alicerçadas em valores altruístas e voltadas à não remuneração.

No século XXI, as principais pesquisas e avanços estão calcados na cultura de células, biologia molecular, testes de triagem sanguínea cada vez mais eficientes, engenharia tecidual, terapia gênica e a busca pela substituição do sangue através de produtos, algo similar às pretensões do início do período científico, como supramencionado. (MS,2013).

Ainda em relação à origem – mas agora em relação especificamente ao Brasil – é importante distinguir o sistema de transfusões do Brasil em relação ao restante do mundo.

Segundo informações da Fundação Hemominas, o sistema pátrio adotou a doação remunerada, gerando uma expansão da quantidade de doações, mas que acarretou o acúmulo de estoques de sangue contendo doenças, como anemia. Esse relatório foi feito em 1969 a pedido da OMS, e tinha como principais apontamentos as doações remuneradas e sem critérios médicos que geravam doadores inaptos e predominância de utilização de sangue total – além da falta de coordenação e a carência de recursos humanos.

Como agravante, a carência de fiscalização culminava na utilização do sangue como negócio, comercializando-o a preços baixos e repassando-o a hospitais - e a empresas de caráter multinacional, que exportavam o plasma para produção de albumina, proteína de alto valor biológico, e que, por conta da diferença considerável entre os valores de compra e venda, sempre visavam grandes lucros. (MS,2013).

A primeira ação governamental direta em relação a esse setor foi o Programa Nacional do Sangue e Hemoderivados, criada em 1980, que tinha como objetivos – além de adotar, em todo o Brasil, a doação de sangue voluntária e não remunerada – proporcionar tratamentos de patologias, e estabelecer parcerias com os Hemocentros, através da manutenção de estruturas apropriadas ao atendimento do doador de sangue. (MS, 2000, p.05).

O objetivo do presente trabalho não é uma completa análise histórica do desenvolvimento do sistema de transfusões sanguíneas no Brasil, e, portanto, os dados apontados no bojo deste tópico visam apenas enfatizar que a transfusão de sangue, por mais benéfica e desenvolvida que seja, não está isenta de riscos. As práticas medicinais envolvendo sangue, podem se demonstrar repletas de complicações, que podem culminar em prejuízos ao estado clínico dos pacientes, sejam estes prejuízos fatais ou não.

Hodiernamente, é possível a identificação de várias dificuldades ainda não vencidas em todo o sistema da Rede Nacional de Serviços de Hematologia e Hemoterapia (Hemorrede), como a falta de unicidade de modelos de gestão e jurídicos; ausência de protocolos instituindo controle

racional do sangue; falta de assessoramento técnicos nos órgãos da Administração Pública; mau funcionamento da gestão financeira dos hemocentros, além da não informatização total da Hemorrede. (MS,2013).

Alternando o foco da análise para a prática da transfusão em si, a Fundação de Hematologia e Hemoterapia do Estado da Bahia (HEMOBA) deixa claro que a transfusão de sangue, mesmo quando realizada dentro das normas técnicas pré-estabelecidas, envolve certo grau de risco de contaminação por doenças infecciosas ou parasitárias.

A seleção de doadores – atrelada à maneira voluntária, anônima, e não remunerada do atual sistema – é composta basicamente por três etapas: cadastro, fornecimento de material educacional e triagem clínica.

O cadastro consiste na coleta dos dados pessoais através da apresentação de documento oficial com foto, cumprindo lembrar que independentemente da quantidade de vezes ou do intervalo entre doações, o cadastro dos dados sempre será atualizado. (MS,2013).

O fornecimento de material tem as implicações que uma interpretação literal atribuiria a essa etapa: o candidato a doador receberá material simples e contendo as orientações básicas e necessárias sobre o procedimento. O objetivo é informar sobre hábitos e comportamentos que geram risco para o sangue doado, e tem como pretensão a autorreflexão do possível doador, para, em caso de este perceber se enquadrar nas hipóteses de exclusão do procedimento, fazê-lo de forma voluntária. (MS,2013).

Como última etapa, a triagem clínica é uma avaliação clínica, composta por um exame físico e preenchimento de um questionário que visa avaliar seu histórico médico e sua condição atual, além de seus hábitos e a presença de fatores de risco. (MS,2013).

A triagem clínica envolve procedimento importante pois a transmissão de doenças pelo sangue pode não ser evitada com a simples realização dos testes posteriores à doação. (MS,2001, p.12).

Segundo o HEMOBA, dentre as doenças infecciosas possíveis de serem transmitidas pela doação, encontram-se aquelas relacionadas ao vírus HIV, hepatites B e C, HTLV I/II, doença de Chagas, sífilis, malária, entre outras.

Dos muitos critérios analisados na triagem, alguns se destacam, mas todos eles possuem um porquê de estarem presentes no questionário, e com suas devidas justificativas presentes nos manuais disponíveis pelo governo. Contudo, é a presença de uma dessas vedações que gerou um controle de constitucionalidade repressivo e concentrado através de uma Ação Direta de Constitucionalidade: a inaptidão de homens que tiveram relações sexuais com outros homens à doação.

Uma das vedações verificáveis pela triagem é a de o candidato ter menos de 50 kg, e com a comprovada justificativa de o anticoagulante para conservação presente na bolsa de coleta estar padronizado para um mínimo de 400ml de sangue. Consequentemente, uma pessoa com menos de 50 kg não conseguiria doar a quantidade mínima. (MS,2001, p.21).

Outra inaptidão seguida de sua respectiva justificativa é quanto à impossibilidade de doar por parte daqueles recentemente vacinados: as vacinas impedem temporariamente a doação pois podem causar alteração nos testes sorológicos ou podem até mesmo causar no paciente a doença da qual o doador foi vacinado em vias de evitá-la. (MS,2001, p.23).

Conforme será apresentado no tópico seguinte deste artigo, o Ministério da Saúde também apresenta justificativas para a vedação de doação por homens que tiveram relações sexuais com outros homens.

Contudo, diferente dos exemplos anteriores de justificativa, a manifestação estatal foi vista como forma de violência contra a comunidade LGBT, que engloba não apenas a violência física, mas outras dimensões, como a sexual e psicológica. Essa pluralidade de formas de violência é facilmente perceptível através de paralelo com as formas de violência contra a mulher, por exemplo.

Portanto, mais que extrapolar critérios sob a justificativa de que estes avaliam situações de risco para doenças transmissíveis por sangue e que estabelecem a inaptidão temporária para a doação de sangue por 12 meses a partir da ocorrência (MS, 2001, p.27), a vedação se manifesta como dano ao ordenamento jurídico, ao ferir princípios da Constituição Federal, e culminou na já mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja abordagem será mais realizada adiante.

No aspecto prático, englobando a doutrina envolvendo dignidade da pessoa humana e os aspectos técnico-teóricos necessários para preservação da boa qualidade do material doado, qualquer norma que não apresente mecanismos que garantam a segurança do sangue doado e a dignidade do doador será passível de análise do Poder Judiciário, em respeito aos Direitos Humanos e visando evitar violações em nível individual.

4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.543 E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mediante análise do relatório *Communities at the Centre*, constata-se que pessoas dentro do grupo de “populações-chave” – dentre eles os homens que fazem sexo com homens – constituem aproximadamente 95% das infecções por HIV recentes na Europa do Leste, Ásia Central, Oriente Médio e Norte da África, além de 54% das infecções por HIV em todo o mundo. Além disso, o mesmo relatório constata que o risco de infecção por HIV é 22 (vinte e duas) vezes maior entre homens que fazem sexo com homens.

Esses dados, por si só, não constituem a completude do porquê do sistema atual de restrições temporais à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens (HSH), sendo necessário o conhecimento da “janela imunológica”, que é o intervalo entre infecção e detecção de anticorpos em relação ao HIV. Os dados do Ministério da Saúde afirmam que a duração de tal janela é de 30 dias, suscetível a variação a depender da reação do organismo.

Dessa forma, mesmo com a infecção, se o teste para detecção desses anticorpos for realizado durante a janela imunológica, ainda é possível gerar resultado diverso. Nesses casos, é sugerido um novo teste após 30 (trinta) dias da primeira coleta.

Nessa linha de raciocínio, é necessária a adoção de medidas visando a garantia da qualidade do sangue doado e impedir que esse material contaminado gere novas infecções. E com isso, o art.199§4º da Constituição Federal estabeleceu competência à disposição legislativa para tratar das condições e requisitos que

facilitem, dentro outros, a transfusão de sangue e seus derivados – e com isso foi criada a Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988, responsável pela criação de cadastro dos doadores de sangue e por impor a realização de exames laboratoriais, visando prevenir a propagação de infecções, no sangue doado.

Enquanto a lei supramencionada trata do cadastro e da realização de exames, a Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001 cuida de regulamentar o já mencionado art.199§4º, CF, dispondo sobre atividades de coleta e demais procedimentos para conservação e aplicação do sangue e seus derivados.

O Ministério da Saúde, considerando todos os aspectos dispostos acima, sentiu a necessidade de revisar os aspectos técnicos do regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos do Sistema Nacional de Sangue, e, para isso, redefiniu esse regulamento através da Portaria Nº 158, de 4 de fevereiro de 2016. Como qualquer regulamento, este dispõe de normativas e restrições, e este, em específico, estabeleceu em seu art.64, IV que se considera inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato à doação que seja HSH.

Contudo, foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade arguindo que a indigitada Portaria do Ministério da Saúde – além da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014, da ANVISA, que versa igualmente sobre o tema em seu art. 25, XXX, d – ofendem o atual ordenamento constitucional ao ferir princípios como os da igualdade, promoção do bem de todos sem discriminações e da solidariedade, agredindo a dignidade da pessoa humana e enfatizando um caráter discriminatório, considerando que os referidos dispositivos normativos perdem o caráter de restrição temporária ao impedir que um homossexual ativo sexualmente doe em grau praticamente definitivo, pois as consecutivas restrições de 12 meses permaneceriam sobrepondo-se constantemente.

Como apontado na peça inaugural, considerando essa inaptidão forçada à doação, os hospitais e bancos de coleta de sangue, públicos ou privados, estão proibidos de receber sangue dos homens que se declararem homossexuais, pelo período já mencionado anteriormente.

A petição inicial utiliza pesquisa baseada em dados do IBGE, que constata que a população masculina homo ou bissexual e de homens

que fazem sexo com homens (HSH) é de 10,5 milhões, e, considerando, que cada homem está apto a realizar até 4 doações de sangue por ano, estima-se uma perda de 19 milhões de litros de sangue anualmente.

Quanto ao cabimento de ADI para controle de Portaria e Resolução, é apontado que tais dispositivos constituem ato normativo autônomo decorrentes da Constituição Federal e ausentes de qualquer intermediador. Dessarte, os mencionados atos constituem objeto válido de controle de constitucionalidade.

O embasamento da ADI continua em torno da transmissibilidade de doenças ser independente da orientação sexual, e que relações sexuais desprotegidas são propensas a transmitir doenças independentemente de serem realizadas por heterossexuais ou homossexuais. Assim, a declaração de constitucionalidade dos atos normativos objetos da ADI 5543 concretizaria o preconceito e a discriminação contra os homossexuais, ao coloca-los como grupo de risco e tornando irrelevante o seu efetivo comportamento sexual e as medidas de precaução possivelmente adotadas individualmente.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo deferimento da medida cautelar, argumentando que o impedimento por 12 meses vai de encontro à dignidade humana, à proporcionalidade, razoabilidade e igualdade, além de lesar os objetivos da República, por não permitir a redução da desigualdade sociais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo e outras formas de discriminação.

A manifestação da PGR afirmou pela devida constatação de periculum in mora, advindo da violação ao direito fundamental da igualdade, e que normas de caráter discriminatório agravam o quadro estigmatizante sofrido por homens homossexuais.

Nesse contexto, ocorre a soma de duas necessidades: a necessidade de “estancar” os danos causados pela contínua violação causada pelas normas impugnadas, e a necessidade por doações diárias, onde os bancos de sangue vivem em constante déficit – e quanto mais tempo os dispositivos exaustivamente mencionados continuarem produzindo efeito no ordenamento jurídico, mais pessoas sofreriam as consequências da força inerente ao seu caráter imperativo.

Nos autos da ADI, encontra-se, além do exposto pelo Ministério Público, defesa

do Ministério da Saúde, que argumenta pela constitucionalidade dos atos normativos, pois a adoção do critério para a vedação presente no art.64, IV é meramente a medida necessária para prevenção e proteção dos grupos mais vulneráveis às infecções propagadas pela doação do sangue contaminado. Não haveria, portanto, nenhuma violação ao princípio da igualdade.

Em vias de defesa, a ANVISA também se pronunciou no corpo do processo, alegando presença de dados direcionando para o risco corrido pelos HSH e aqueles que receberiam seu sangue, o que aponta para um risco latente, e não uma simples discriminação por conta da orientação sexual.

Além dos pareceres do Ministério Público e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a Advocacia Geral da União enfatiza a necessidade de instruções normativas objetivando suspensões temporárias nas doenças de HSH, e que as pesquisas apontadas pelo Ministério da Saúde – tanto em nível nacional quanto internacional – apontam para a premência da adoção de medidas que evitem o risco de contágio através da coerção de comportamentos que proliferem infecções transmitidas pelo sangue doado.

O Ministro Alexandre de Moraes, apresentou argumentos que coadunam com os argumentos apresentados acima. Em seu voto, que julga parcialmente procedente a ação, o ministro revela dados de que 15,4% das doações feitas por HSH estavam contaminadas por HIV, e que essa taxa é consideravelmente maior que a taxa de contaminação de outras doações, que é de 0,03%. Além disso, apesar de defender a extinção do prazo para homossexuais poderem doar sangue, ofereceu sugestão para que ocorra coleta do material e que este seja armazenado pelo laboratório responsável. O Ministério da Saúde seria, então, responsável pela definição de nova janela imunológica, para que só então fosse autorizada a doação.

Em outro sentido conclui o Ministro Edson Fachin – relator da Ação – que votou no sentido de que o 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 ofendem a dignidade da pessoa humana, reprimem direito de personalidade, ofendem o direito à igualdade, vão contra os objetivos da República e empatam a construção do bem de todos sem preconceitos de sexo e

quaisquer outras formas de discriminação. Conclui, assim, pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543 visando declarar inconstitucionais os dispositivos impugnados como seu objeto.

Os ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello proferiram votos em discordância com o apresentado pelos demais ministros, que acompanharam o relator. Ambos se manifestaram em sentido que a adoção de métodos preventivos cientificamente comprovados não consiste em discriminação.

O julgamento, iniciado em 2016 só veio ter sua conclusão em maio de 2020, onde o plenário do STF, em sessão virtual, e por maioria, julgou procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, nos termos do ministro relator e com os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes tendo sido vencidos.

Está presente, no ordenamento pátrio, através dos arts. 35 e 36 da Portaria n. 158/2016, a exigibilidade de identificação e triagem antes da doação, buscando a exclusão dos candidatos não considerados adequados através de análise por médico devidamente qualificado. Importante destacar que a triagem é individual, e após sua aprovação, o sangue ainda sofrerá análise com a realização de exames laboratoriais de alta sensibilidade, conforme dita o art. 130 da referida Portaria.

Apresentadas as já existentes medidas preventivas, ficou demonstrado que o objetivo da ADI 5543 não é lesar a segurança procedimental das doações, mas buscar retirar qualquer norma discriminatória do Direito brasileiro, pois utilizar do poder estatal para limitar e restringir doadores no momento da entrevista com base meramente discriminatória – e não em comportamento gerador de risco – fere os princípios constitucionalmente estabelecidos, os objetivos da República Federativa do Brasil e constituem retrocesso nas políticas públicas e do avanço na busca por igualdade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5543*. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 04 de maio de 2020. Disponível em: Autos do processo eletrônico, disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4996495>. Acesso em 19 maio 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *AIDS/HIV: o que é, causas, sintomas, diagnóstico, tratamento e prevenção*. Ministério da Saúde, disponível em <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/aids-hiv>. Acesso em 19 maio 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Programa Qualidade do Sangue: sangue e hemoderivados*. Brasília. 2000. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/qualidade_sangue.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Técnico em hemoterapia: livro texto*. Brasília: Ministério da Saúde, 2013.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Triagem Clínica de Doadores de Sangue*. Ministério da Saúde. Brasília. 2001. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd07_20.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.
- COMMUNITIES AT THE CENTRE. *Relatório anual*. 2019. Disponível em https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/2019-global-AIDS-update_en.pdf. Acesso em 19 maio 2020.
- CORRÊA, Sônia. Princípios da Yogyakarta. In *Democracia Viva*, n. 37, dez. 2007, pp. 47-49.
- DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. 2001. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/24/Liberdade+sexual+e+direitos+humanos>. Acesso em: 27 dez. 2001.
- FUNDAÇÃO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DO ESTADO DA BAHIA. *Saiba quais as doenças transmitidas através do sangue*. Salvador. 2015. Disponível em http://www5.saude.ba.gov.br/hemoba/index.php?option=com_content&view=article&id=661&catid=13&Itemid=59. Acesso em: 25 maio 2020.
- FUNDAÇÃO HEMOMINAS. *Sangue – breve história*. Belo Horizonte, 2014. Disponível em <http://www.hemominas.mg.gov.br/doacao-e-atendimento-ambulatorial/hemoterapia/sangue-breve-historia>. Acesso em: 25 maio 2020.
- HOSPITAL 9 DE JULHO. *Centro de Medicina Especializada do Hospital 9 de julho*. 2017. Elaborada por Mult-Connect. Disponível em: www.h9j.com.br/centro-de-medicina-especializada/Paginas/especialidades/Hemoterapia.aspx. Acesso em: 25 maio 2020.
- JORIO, Israel Domingos. *Crimes sexuais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- LUNO, Antônio Enrique Perez. *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- Maps-Sexual Orientation Laws. International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association. 2019. Disponível em: <https://ilga.org/maps-sexual-orientation-laws>. Acesso em 04/06/2020
- MARTINS, Jerônimo Belinati Vlademir. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal: Fac-similar, 2005.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1012.
- RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios constitucionais. In DIAS, Maria Berenice *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 177-191.
- RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista Cej do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, v. 6, 1998, p. 29.
- RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes antropológicos*, Porto Alegre, v.12, n. 26, dez. 2006, pp. 71-100
- RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os Princípios Fundantes. In DIAS, Maria Berenice (Org.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp.199-235.