

**ESCOLHAS EXISTENCIAIS: ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.543/DF**

**EXISTENTIAL CHOICES: ANALYSIS OF THE DECISION GIVEN IN THE DIRECT
ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY Nº 5.543/DF**

Carlos Eduardo Montes Netto¹

Guilherme Loria Leoni²

RESUMO

Mesmo em pleno Século XXI, não é raro se deparar com situações nas quais os indivíduos são alvo de discriminações em razão da sua opção sexual, inclusive com a imposição de restrições para a doação de sangue, mesmo diante da escassez dos Bancos de Sangue e das diversas campanhas publicitárias que estimulam esse tipo de doação pela população em geral. Na perspectiva dessa problemática, o presente artigo tem por objetivo analisar os aspectos jurídicos da vedação da doação de sangue por homens homossexuais ou bissexuais e/ou suas parceiras, diante da recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.543-DF. A pesquisa utilizou-se do método indutivo, a partir da análise da ADI nº 5.543-DF, concluindo que os homens homossexuais ou bissexuais e/ou suas parceiras possuem o direito de doar sangue e eventuais restrições somente se

¹ Doutorando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Juiz Titular da 2ª Vara Cível de Jaboticabal - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Professor no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito "*Laudo de Camargo*" da Universidade de Ribeirão Preto e Faculdade UNIP (campus de Araraquara). Email: carlosmontes3@hotmail.com

² Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Instituto Paulista de Ensino Superior Unificado-FADISC (1997). É DOUTOR em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente (Área de Concentração em Desenvolvimento Territorial e Alternativas de Sustentabilidade) pela UNIARA - Universidade de Araraquara/SP, cuja tese foi intitulada como "Compliance: ética, imagem e regramentos anticorrupção no desenvolvimento socioeconômico". É MESTRE em Direito das Relações Econômico Empresariais pela UNIFRAN - Universidade de Franca (2004). Possui MBA em Direito Empresarial pela FGV/GVlaw - FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS de 2009. Email: guilhermeleoni@ig.com.br

sustentam se forem impostas a todas as pessoas, independentemente da opção sexual.

PALAVRAS-CHAVE: Escolhas existenciais. Transfusão de sangue. Homens homossexuais ou bissexuais. ADI nº 5.543-DF. STF.

ABSTRACT

Even in the 21st century, it is not uncommon to encounter situations in which individuals are discriminated against because of their sexual choice, including the imposition of restrictions on blood donation, even in the face of the scarcity of blood banks and several advertising campaigns that encourage this type of donation by the general population. In view of this problem, this article aims to analyze the legal aspects of the prohibition of blood donation by homosexual or bisexual men and / or their partners, given the recent decision issued by the Supreme Federal Court (STF) in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) nº 5.543-DF. The research used the inductive method, based on the analysis of ADI nº 5.543-DF, concluding that homosexual or bisexual men and / or their partners have the right to donate blood and any restrictions are only sustained if they are imposed on all women. regardless of sexual orientation.

KEYWORDS: Existential choices. Blood transfusion. Homosexual or bisexual men. ADI nº 5.543-DF. STF.

1 INTRODUÇÃO

As ações afirmativas são atuações focadas em certos grupos de pessoas discriminadas em decorrência de exclusão socioeconômica que as vitimizam em seus direitos mais básicos, como agir de modo humanitário e em empatia ao próximo, como se notava nos regramentos administrativos do Ministério da Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ao impor restrições às doações de sangue por homossexuais.

Em recente acórdão na ADI nº 5.543/DF pelo Supremo Tribunal Federal, foi autorizada a doação e transfusão de sangue por homens com relação homoafetiva, e o presente artigo traz como objetivo a análise do aludido julgado, bem como as assertivas jurídicas quanto à integração de gênero não se notando somente como ação anti-discriminatória, mas como ação de maior inserção e de prevenção ao abuso e inobservância a Direitos já consagrados. A problematização se debruça na afronta aos Direitos da dignidade da pessoa homoafetiva, não merecendo restrições socioeconômicas, eis que indivíduo que possa exercer a nomenclatura jurídica sem restrições por conta de sua escolha afetiva, direito basilar para a busca da felicidade humana. A pesquisa a embasar o presente artigo se nota de cunho doutrinário e jurisprudencial em desenvolvimento metodológico indutivo e como marco teórico a Constituição Federal de 1988 analisada no discurso do Ministro Marco Aurélio intitulado como “*Óptica Constitucional - A Igualdade e as Ações Afirmativas*”³ e que justifique as ações afirmativas no Brasil em decorrência das previsões internacionais que culminaram no acórdão do Supremo Tribunal Federal, bem como dos direitos e garantias fundamentais dos tratados dos direitos humanos incorporados no Direito brasileiro como preceitua o § 2º. do art. 5º. da Constituição Federal de 1988.

2 AÇÕES AFIRMATIVAS: CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE DO INDIVÍDUO NO DIREITO BRASILEIRO COM INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS NOS TERMOS DO § 2º. DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A DIGNIDADE DA PESSOA

Os tratados de direitos humanos trazem de modo mais assertivo as questões de se proibir a discriminação à diversidade de modo globalizado, textos que influenciaram as normativas dos países signatários de tais tratados como o Brasil e que

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Óptica Constitucional - A Igualdade e as Ações Afirmativas*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100069&sigServico=noticiaArtigoDiscurso>. Acesso em: 30 jul.2020.

se incorporam ao direito interno como previsto no § 2º.⁴ do art. 5º. da Constituição Federal de 1988 e que se inserem no direito brasileiro garantidas as previsões em conjunto ou em complemento com as normativas nacionais existentes ou em sua direta aplicabilidade quando omissa a norma interna.

Desse modo, o Direito internacional já salientava na Declaração Universal de 1948⁵ a liberdade e igualdade na dignidade e direitos dos indivíduos (art. 1º.) sem distinção de qualquer espécie ou opinião de qualquer natureza (art. 2º), tendo assegurado o direito à vida e segurança (art. 3º.), devendo todo indivíduo ser reconhecido como pessoa (art. 6º.) cuja igualdade não autoriza qualquer tipo de distinção, sendo garantida a proteção a qualquer tipo de discriminação (art. 7º.) repudiando qualquer interferência na vida privada do indivíduo (art. 12) tendo garantido o desenvolvimento de sua personalidade e imputando, também, seus deveres (art. 29).

É de se notar, portanto, que a discriminação afronta toda e qualquer condição fundamental ao exercício pleno do indivíduo e, dessa constatação, dois Pactos são firmados com o enfoque na não discriminação para que se promova e alcance a liberdade e igualdade, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁶ e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos de 1966, ratificados pelo Brasil pelo Decreto nº. 591, de 06 de julho de 1992 e Decreto nº. 592, de 06 de julho de 1992⁷, respectivamente, que enfatizam a não discriminação por nenhuma circunstância, sobretudo por qualquer tipo de opinião e pelo gênero (anteriormente nominada na gramática normativa como sexo) como se notam no artigo 2º e nos artigos 2º, 4º, 20, 24, 25 e 26, respectivamente,

⁴§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁵ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaracao%20Universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 03 set. 2020.

⁶BRASIL. *Decreto nº. 591, de 06 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

⁷BRASIL. *Decreto nº. 592, de 06 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

Imbuída em buscar trazer luz aos discriminados, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, promulgada em 05 de outubro de 1988, logo em seu preâmbulo indica que a função dos constituintes era a de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁸, sendo o objetivo fundamental da Carta Magna o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁹, além de prever punição a “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”¹⁰.

Como se nota, a isonomia vem há tempos sendo relatada em textos normativos pelo mundo e no texto constitucional sem, contudo, ter efetiva aplicabilidade tal qual mereça ser assim chamada de igualdade, conforme bem relata o Ministro Marco Aurélio em seu discurso a “Óptica Constitucional - A Igualdade e as Ações Afirmativas”¹¹, embora elaborado para a questão da discriminação racial, bem se adequa ao presente tema ao tecer que:

Na Carta de 1824, apenas se remetia o legislador ordinário à equidade. Na época, convivíamos com a escravatura, e o escravo não era sequer considerado gente. Veio a República, e, na Constituição de 1891, previu-se, de forma categórica, que todos seriam iguais perante a lei. Mais do que isso: expungiram-se privilégios, tendo em vista o nascimento; desconhecaram-se foros de nobreza, extinguíram-se as ordens honoríficas e todas as prerrogativas e regalias a elas inerentes, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho. Permanecemos, todavia, com uma igualdade simplesmente formal. Na Constituição de 1934, Constituição popular, dispôs-se também que todos seriam iguais perante a lei e que não haveria privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas. Essa Carta teve uma tênue virtude, revelando-nos o outro lado da questão. É que a proibição relativa à discriminação mostrou-se ainda

⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 out. 2020.

⁹Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰Art. 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:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

¹¹Supremo Tribunal Federal. *Óptica Constitucional - A Igualdade e as Ações Afirmativas*, op. cit.

simplesmente simbólica. O discurso oficial, à luz da Carta de 1934, foi único, e ingênuo, asseverando-se que, no território brasileiro, inexistia a discriminação. Na Constituição outorgada de 1937, simplificou-se, talvez por não se admitir a discriminação, o trato da matéria e proclamou-se, simplesmente, que todos seriam iguais perante a lei. Nota-se até aqui um hiato entre o direito - proclamado com envergadura maior, porquanto fixado na Constituição Federal - e a realidade dos fatos.

A realidade entre a norma e prática se nota, com certo costume, dissociadas, sobretudo quando se trata de isonomia em abafa à discriminação, não verdadeiramente combatida ou, ao menos, respeitada pela sociedade em obediência às nomenclaturas legislativas.

No mesmo discurso supra citado, o Ministro Marco Aurélio ao lembrar da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, bem enfatizou que “Admitiu-se, aqui e no âmbito internacional, a verdadeira situação havida no Brasil, em relação ao problema. Percebeu-se a necessidade de se homenagear o princípio da realidade, o dia-a-dia da vida em sociedade”¹², o que se denota que o cotidiano das pessoas a que sofrem por discriminação são tormentos subjetivos e que muitas vezes, calados, os indivíduos sofrem a afronta à lei e pouco conseguem reverter cada um dos fatos que afrontam a normativa e assim os direitos vão se acobertando sob o manto da impunidade e da violência moral a que se submetem, limitando o exercício pleno e livre de sua dignidade humana em uma sociedade a que se intitula, pela lei maior, como plural e sem distinção de nenhum tipo.

As previsões são bem definidas, mas notório é de que as discriminações são notadas comumente no convívio social e quando se trata de questão homoafetiva, os abusos a essa liberdade fundamental do indivíduo escancaram uma inócua dinâmica prática em consonância ao preceito normativo.

Na clássica doutrina de Direitos Humanos, Flávia Piovesan bem assenta que “políticas estatais neutras podem ser fonte geradora de discriminação indireta, na medida em que, ainda que aparentemente não discriminatórias, seus efeitos poderão

¹²Supremo Tribunal Federal. *Óptica Constitucional - A Igualdade e as Ações Afirmativas*, op. cit.

manter, perpetuar e até mesmo exacerbar uma discriminação”¹³; é dessa contraposição entre as regras administrativas da Agência Nacional de Saúde – ANS e da Constituição Federal de 1988 que denota evidente discriminação ao restringir o exercício no plano fático da vida de homossexuais ao impor regras de conduta no exercício da vida sexual para eu pudessem estar aptos para a doação de sangue.

A restrição à vida privada para justificar uma proteção sanitária para se autorizar uma transfusão de sangue não se reveste dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, revertendo as responsabilidades que, em tal caso, deve ser do ente estatal em cuidar para que os riscos advindos de doenças sexualmente transmissíveis que possam contaminar o sangue do doador sejam resguardados para que não se contaminem os eventuais receptores do sangue e seus derivados, como de fato o é para todo o indivíduo doador.

É de conhecimento popular que é o comportamento de qualquer pessoa que as submetem ao risco de doenças, a falta de cuidados na exposição a tais atos e não propriamente sua opção sexual, de modo que a normativa do órgão executivo indica a escolha sexual como o único risco limitador às doações, quando, defende-se que o risco se nota pelo comportamento, qualquer que seja a opção escolhida pelo doador, acreditando-se ser esse o critério a que se deve cuidar para todas as doações de sangue realizadas.

A limitação não afronta somente a norma constitucional e os tratados internacionais para o pleno exercício da vida para efetiva contribuição em sociedade mas, sobretudo, o que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso bem assentou, em discurso de encerramento da XXI Conferência Nacional da OAB, publicada em coletânea de seus discursos e pareceres ao conceituar a dignidade da pessoa humana como

O valor intrínseco da pessoa humana, que identifica sua posição diferenciada no mundo da criação e a distingue dos outros seres vivos e das coisas. As coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade, um valor que

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 391.

não tem preço. Da ideia da dignidade se extrai o postulado ético essencial enunciado por Kant: todo homem é um fim em si mesmo, e não um meio para a realização de metas coletivas ou projetos pessoais dos outros. Do valor intrínseco de cada pessoa decorrem os direitos fundamentais à vida, à igualdade, e à integridade física e psíquica. Um segundo conteúdo da dignidade é a autonomia de cada indivíduo, que identifica sua capacidade de autodeterminação, o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. A autonomia privada se manifesta nas liberdades fundamentais, como a de religião, de expressão, de associação, de profissão e a liberdade sexual.¹⁴

Pelo que se expõe até aqui, a culminar na análise do Acórdão do Supremo Tribunal Federal quanto à transfusão de sangue, é possível afirmar que as previsões de igualdade e liberdade ao exercício pleno da vida não podem esbarrar em normas limitadoras de tal exercício para que se possa contribuir não apenas com a sociedade como um todo, como no caso de doação de sangue, mas também como um método subjetivo em poder fazer valer o convívio completo como ser humano em atenção tanto à contribuição social a que pode fazer, quanto no exercício pleno das atividades comuns à vida de qualquer cidadão.

3 OS RISCOS SANITÁRIOS DAS TRANSFUSÕES DE SANGUE

A transfusão de sangue e dos seus componentes básicos é técnica bastante difundida na ciência médica, mesmo nos dias atuais, sendo o tratamento reconhecido e aplicado em diversos países, contando com amplo respaldo científico.

Esse tipo de intervenção médica tem por finalidade restaurar ou manter a capacidade de transporte de oxigênio, o volume sanguíneo e a hemostasia.¹⁵ Deve-se considerar que a transfusão é uma intervenção médica de risco, com a possibilidade de

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A vida, o direito e algumas ideias para o Brasil*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2016, p. 113-114.

¹⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Guia para uso de hemocomponentes*. 2015. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_uso_hemocomponentes_2ed.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

transmissão de várias enfermidades, como a AIDS (HIV), hepatites virais, como B, C e diversas outras doenças virais, provocadas por protozoários e bactérias, destacando-se que a maioria das doenças passíveis de transmissão pela transfusão de sangue nem sequer são testadas por ocasião da doação, por inviabilidade técnica e financeira.¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸⁻¹⁹

Possível, ainda, a ocorrência de erros médicos, operacionais e procedimentais, a exemplo da transfusão do tipo incorreto de sangue, sem falar em reações alérgicas e em fatores intrínsecos aos receptores.²⁰ No entanto, ao contrário do que se imagina, a transfusão de sangue envolve altos custos, com o preço estimado de uma bolsa de sangue, nos Estados Unidos, em 2010, em atividades envolvidas e testes, de um mil e duzentos dólares americanos²¹. Outrossim, a literatura médica

¹⁶ FREITAS, Daniel Roberto Coradi de. *Avaliação do risco de transmissão de malária por transfusão de sangue na área endêmica brasileira*. 2014. 156 f. Tese (Doutorado) - Curso de Medicina, Núcleo de Medicina Tropical, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16966/1/2014_DanielRobertoCoradideFreitas.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁷ FUJIMOTO, Denys Eiti. *Risco residual de transmissão por transfusão das hepatites B e C na coorte de doadores de sangue do estado do Acre*. 2018. 87 f. Tese (Doutorado) - Curso de Medicina, Pósgraduação em Saúde Pública e Meio Ambiente, da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, na Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/27950/2/ve_Denys_Eiti_ENSP_2018.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁸ SILVA JÚNIOR, João Batista da. *Avaliação de riscos potenciais em serviços de hemoterapia: uma perspectiva de controle em vigilância sanitária*. 2014. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Ciências da Saúde, Pós-graduação em Saúde Coletiva, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/16775>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

¹⁹ PEREIRA, Branca Isabel et al. INFECÇÕES PARASITÁRIAS TRANSMITIDAS POR TRANSFUSÃO DE SANGUE Qual o Risco nos Países Não Endêmicos? *Acta Médica Portuguesa*: Revista Científica da Ordem dos Médicos, Coimbra, p.897-906, 2011. Disponível em: <<https://actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/viewFile/1579/1163>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

²⁰ SILVA JÚNIOR, João Batista da. *Avaliação de riscos potenciais em serviços de hemoterapia: uma perspectiva de controle em vigilância sanitária*. 2014, op. cit.

²¹ SHANDER, A. et al. Activity-based costs of blood transfusion in surgical patients at four hospitals. *Transfusion*, 2010, p. 753-765.

mais recente associa a transfusão de sangue a uma maior permanência hospitalar, com o aumento dos respectivos custos²²⁻²³.

Corroborando ao assunto, destaca-se que o manual técnico de Hemovigilância da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) tem uma lista de 17 tipos de possíveis reações transfusionais adversas, imediatas e tardias, incluindo reações alérgicas, contaminação bacteriana ou por transmissão de outras doenças, reações hemolíticas, sobrecarga circulatória, lesões pulmonares, aparição de anticorpos irregulares, distúrbios metabólicos, dentre outras²⁴.

Nesse contexto, antes de se prescrever o sangue ou hemocomponentes a um paciente, é essencial ponderar os riscos transfusionais potenciais e compará-los com os riscos que se tem ao não se realizar a transfusão. Alguns estudos apontam evidências de maior mortalidade de pacientes transfundidos em unidades de cuidados intensivos, com aumento do tempo de permanência hospitalar e maior ocorrência de falência de órgãos²⁵.

A Lei Federal nº10.205/2001 que regulamenta a coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelecendo o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, determina, em seu artigo 14, VI, que deve ser dada informação ao receptor e ao candidato à doação sobre os procedimentos a que será submetido, os cuidados que deverá tomar e as possíveis reações adversas decorrentes da doação.

²² MURPHY, G. J. et al. Increased mortality, postoperative morbidity, and cost after red blood cell transfusion in patients having cardiac surgery. *Circulation*, 2007, p. 2544-2552.

²³ DORNELES, C.C. et al. O impacto da hemotransfusão na morbimortalidade pós-operatória de cirurgias cardíacas. *Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular*, 2011, p. 222-229.

²⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Manual técnico de hemovigilância* - investigação das reações transfusionais imediatas e tardias não infecciosas. 2007. Disponível em: <http://www.cvs.saude.sp.gov.br/zip/manual_tecnico_hemovigilancia_08112007.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

²⁵ SILVA JUNIOR, J.M. et al. Transfusão sanguínea no intra-operatório: complicações e prognóstico. *Revista Brasileira de Anestesiologia*, vol. 58, n. 05, set/out 2008.

Ainda, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº. 2712/2013, determina que a indicação da transfusão de sangue poderá ser objeto de nova análise e aprovação pelos profissionais médicos do serviço de hemoterapia. Mesmo assim, o referido órgão ministerial publicou um Guia para Uso de Hemocomponentes recomendando que em cirurgias programadas seja considerada a adoção de ações que reduzam o consumo de componentes sanguíneos alogênicos²⁶.

Conforme se observa, independente do grupo social a que pertença o potencial doador de sangue ou da sua opção sexual, existem aspectos científicos que devem ser analisados sobre as transfusões de sangue, tendo em vista que representam um tratamento médico que envolve riscos ao receptor.

4 DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5.543/DF

No recente julgamento da ADI nº 5.543/DF²⁷, o STF, por maioria de votos (7x4), julgou procedente o pedido formulado para o fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, nos termos do voto do Relator, Ministro Edson Fachin, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello que julgaram improcedente o pedido.

As normas questionadas consideram inaptos para a doação de sangue homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou parceiras sexuais desses nos doze meses anteriores à doação:

²⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE, op. cit.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADI 5.543/DF. Relator: Edson Fachin, j. 11.05.2020.

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;

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;

A ADI nº 5.543/DF foi ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), que sustentou que os dispositivos impugnados “[...] trazem inúmeras normas autônomas a serem observadas nos procedimentos hemoterápicos em toda a federação brasileira”, bem como “[...] criam embaraços genéricos e abstratos para a doação legal de homossexuais sem qualquer fundamento legal para tanto”.

No seu requerimento, o PSB apontou que o surgimento histórico da proibição de doação de sangue por homossexuais ocorreu a partir do final da década de 1980, especialmente pelo desconhecimento a respeito da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS e pela preocupação da janela imunológica, período imediatamente posterior à infecção no qual os exames laboratoriais não seriam aptos a detectar o vírus no material sanguíneo coletado.

Sustentou que esse quadro não se mantém, diante da evolução tecnológica e da medicina e do reconhecimento das relações afetivas homossexuais, surgindo forte debate mundial, a partir dos anos 2000, sobre o fim da proibição, observando que os imunoenaios, que antigamente geravam uma janela imunológica de seis a oito semanas, encontram-se em sua 4ª geração, reduzindo-a para apenas 15 (quinze) dias, bem como a informação trazida pelo Boletim Epidemiológico da AIDS no Brasil de

2015, o qual indica que o número de infecções registradas entre 1980-2015 é maior nos heterossexuais (50% dos casos notificados) do que nos homossexuais e bissexuais juntos (45,9% dos casos).

Acrescentou que o vírus HIV é transmissível às pessoas independentemente da sua orientação sexual e que relações sexuais desprotegidas tanto entre heterossexuais, quanto entre homossexuais, são passíveis de transmitir o agente causador da AIDS, não se justificando o preconceito e a discriminação contra os homossexuais, que são colocados como grupo de risco.

O requerente argumentou que ao editar a Portaria nº 1.353/2011 o Ministério da Saúde teria reconhecido que a orientação sexual não deveria ser critério para seleção de doadores por não constituir um risco em si (art. 1º, §§ 4º e 5º), mas que recentemente os atos impugnados teriam trilhado caminho distinto, inclusive paradoxal e que, na prática, a proibição temporária prevista na Portaria nº 158/2016 acaba se transformando numa proibição permanente à doação de sangue por homossexuais que possuam mínima atividade sexual.

O PSB mencionou exemplos do direito comparado, como a África do Sul, Argentina, Chile, Espanha e Portugal, nos quais é realizado o controle do comportamento de risco e não de um grupo de risco, advogando que as normas questionadas violam ao mesmo tempo diversos dispositivos constitucionais: (i) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), (ii) o direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput, CRFB), (iii) o objetivo fundamental republicano de promover o bem de todos sem preconceitos ou formas de discriminação (art. 3º, IV, CRFB) e (iv) o princípio constitucional da proporcionalidade.

Defende o requerente que as normas impugnadas estigmatizam pessoas sem que se observe qualquer modo de agir que justifique a previsão normativa, sendo a regulamentação desproporcional, tolhendo o homossexual da prática de um ato solidário por excelência, ligado ao exercício da cidadania e da fraternidade, mediante procedimento de estigmatização social, que não é compatível com a consideração e respeito com que todos merecem ser tratados.

A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados consignando que:

[...] 3. As normas [impugnadas] criam obstáculo inútil à proteção do sistema de hemoterapia, uma vez que a este interessam os comportamentos de risco dos potenciais doadores, não sua orientação sexual. 4. Perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre dos substanciais impactos que as normas produzem na dignidade de pessoas historicamente vítimas de preconceitos e no agravamento da situação de déficit dos estoques dos bancos de sangue do país.

Em 11 de maio de 2020, o Plenário do STF, pela maioria de 7 votos a 4, julgou procedente Ação Direta para declarar a inconstitucionalidade das normas impugnadas, assentando a responsabilidade com o outro de realizar a desconstrução do Direito posto para fazer prevalecer o compromisso com o tratamento igual e digno aos homossexuais que desejarem exercer a alteridade através da doação de sangue.

O Pretório Excelso consignou que o estabelecimento de grupos ao invés de condutas de risco importa em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades.

Para a Corte, o princípio da dignidade da pessoa humana protege de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta e a restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada, impedindo que eles exerçam plenamente suas escolhas existenciais, como com quem se relacionar e com que frequência, ainda que de forma sexualmente segura e saudável, vendando que auxiliem quem venha a precisar de uma transfusão de sangue.

O STF consignou que a política restritiva prevista nas normas impugnadas, mesmo que de maneira não intencional, viola a igualdade e provoca impactos desproporcionais sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou

parceiras, proibindo a fruição livre e segura da própria sexualidade para o “exercício do ato empático de doar sangue”, pressupondo serem os homens homossexuais e bissexuais, por si só, um grupo de risco, deixando de se debruçar sobre as condutas que representam uma maior probabilidade de contágio de enfermidades que impossibilitem a doação de sangue.

Foi destacado ainda no acórdão em estudo que não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido a possibilidade de participação deles na comunidade política e de modo que sejam reconhecidos como membros e partícipes da sua própria comunidade.

De acordo com o relator da ação, o Ministro Edson Fachin:

[...] a exclusão a priori de quaisquer grupos de pessoas da possibilidade de praticar tal ato – a doação de sangue - deve ser vista com atenção redobrada, devendo sempre ser dotada de ampla, racional e aprofundada justificativa (razões públicas enfim).

Ainda, segundo o Ministro, os atos normativos impugnados na ADI afrontam a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, os quais, em razão do § 2º do art. 5º, da CRFB, que possuem natureza de normas materialmente constitucional, apesar de não estarem sediados no texto da Constituição da República de 1988.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou em seu voto acreditar que os atos normativos impugnados não pretenderam estabelecer discriminação em relação aos homens homossexuais/bissexuais, apresentando como foco o direito ao receptor do sangue doado de receber material biológico livre de contaminação, justificando-se a vedação por estudos epidemiológicos, que indicam uma maior incidência de doenças sexualmente transmissíveis entre os homens que fazem sexo com homens.

No entanto, após ressaltar a boa-fé na elaboração das normas, reconheceu o dever de proteção das minorias que exerce a jurisdição constitucional e julgou procedente a ação, destacando que o legislador poderá redefinir a política pública com ênfase no comportamento de risco, ao invés do “grupo de risco”.

Deve ser destacado, no entanto, que quatro Ministros votaram pela improcedência da ação. Um deles foi o Ministro Alexandre de Moraes que afirmou que as normas impugnadas não pretendem discriminar a orientação sexual de HSHS (homens que fazem sexo com homens) mas sim, a partir de critérios científicos, evitar maiores risco de contaminação aos receptores do sangue doado, que também possuem direito à proteção à sua dignidade, tendo em vista que trabalhos científicos comprovam ser condutas de maior risco de transmissão do vírus HIV na relação HSHS.

Alexandre de Moraes apontou que, por exemplo, também não podem doar sangue pessoas com câncer ou hepatite ou quem viajou para áreas de malária e que o *discrímen* não é a orientação sexual, mas sim, critérios técnicos sobre condutas de maior risco de contaminação pela transfusão de sangue.

Ao final, o Ministro julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ADI, para o fim de declarar a inconstitucionalidade do IV, do artigo 64 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e, com base na interpretação conforme à Constituição, com redução de texto, com à 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 sangue doado “será devidamente identificado e somente será submetido aos necessários testes sorológicos após o período de “janela sorológica” definido como necessário pelos órgãos competentes”.

Em voto proferido no sentido de também julgar improcedente o pedido, o Ministro Marco Aurélio assentou que embora o risco na doação de sangue de homens homossexuais não decorra da orientação sexual, a grande incidência de contaminação

observada, em comparação com a população em geral, justificaria a cautela das autoridades de saúde, com a finalidade de garantir a proteção da saúde pública.

Conforme se observa do julgamento da ADI nº 5.543/DF, a questão é bastante polêmica e apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade das normas impugnadas, houve o voto em sentido contrário de quatro ministros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme destacado no presente estudo, os tratamentos médicos envolvendo transfusão de sangue e dos seus derivados apresentam inúmeros riscos que lhes são inerentes, independentemente dos cuidados e da técnica médica que forem adotados.

O ato de doar sangue, por sua vez, é estimulado, inclusive por políticas públicas e campanhas publicitárias, que por vezes até se valem do slogan de que "o sangue salva vidas" e a doação de sangue é considerada pela sociedade como uma ato de fraternidade dos mais nobres.

Nesse sentido, andou bem o STF ao assentar que o estabelecimento de grupos ao invés de condutas de risco para a seleção de doadores de sangue importa em discriminação, violando a dignidade humana, o direito à igualdade e o princípio da proporcionalidade, com a imposição de uma medida desmedida aos homens homossexuais e bissexuais e/ou suas parceiras.

Assim, a decisão proferida na ADI nº 5.543/DF contribui para a efetiva integração dos homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras na comunidade política, reforçando a sua condição de atores das suas comunidades ao determinar que a doação de sangue não pode ser restringida com base em critérios que possam vir a ser interpretados como discriminatórios e que não se baseiem exclusivamente na ciência médica, independentemente da opção sexual do doador.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Manual técnico de hemovigilância - investigação das reações transfusionais imediatas e tardias não infecciosas*. 2007. Disponível em: <http://www.cvs.saude.sp.gov.br/zip/manual_tecnico_hemovigilancia_08112007.pdf> . Acesso em: 10 jan. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A vida, o direito e algumas ideias para o Brasil*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 out. 2020.

_____. *Decreto nº. 591, de 06 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

_____. *Decreto nº. 592, de 06 de julho de 1992*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 02 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na ADI 5.543/DF*. Relator: Edson Fachin, j. 11.05.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Óptica Constitucional - A Igualdade e as Ações Afirmativas*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100069&sigServico=noticiaArtigoDiscurso>. Acesso em: 30 jul.2020.

DORNELES, C.C. et al. *O impacto da hemotransfusão na morbimortalidade pós-operatória de cirurgias cardíacas*. Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular, 2011.

FREITAS, Daniel Roberto Coradi de. *Avaliação do risco de transmissão de malária por transfusão de sangue na área endêmica brasileira*. 2014. 156 f. Tese (Doutorado) - Curso de Medicina, Núcleo de Medicina Tropical, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16966/1/2014_DanielRobertoCoradideFreitas.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.

FUJIMOTO, Denys Eiti. *Risco residual de transmissão por transfusão das hepatites B e C na coorte de doadores de sangue do estado do Acre*. 2018. 87 f. Tese (Doutorado) - Curso de Medicina, Pósgraduação em Saúde Pública e Meio Ambiente, da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, na Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/27950/2/ve_Denys_Eiti_ENSP_2018.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Guia para uso de hemocomponentes*. 2015. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_uso_hemocomponentes_2ed.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MURPHY, G. J. et al. Increased mortality, postoperative morbidity, and cost after red blood cell transfusion in patients having cardiac surgery. *Circulation*, 2007.

PEREIRA, Branca Isabel et al. Infecções parasitárias transmitidas por transfusão de sangue qual o risco nos países não endêmicos? *Acta Médica Portuguesa*: Revista Científica da Ordem dos Médicos, Coimbra, p.897-906, 2011. Disponível em: <<https://actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/viewFile/1579/1163>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SHANDER, A. et al. Activity-based costs of blood transfusion in surgical patients at four hospitals. *Transfusion*, 2010.

SILVA JÚNIOR, João Batista da. *Avaliação de riscos potenciais em serviços de hemoterapia: uma perspectiva de controle em vigilância sanitária*. 2014. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Ciências da Saúde, Pós-graduação em Saúde Coletiva, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/16775>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

SILVA JUNIOR, J.M. et al. Transfusão sanguínea no intra-operatório: complicações e prognóstico. *Revista Brasileira de Anestesiologia*, vol. 58, n. 05, set/out 2008.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 03 set. 2020.

Submetido em 12.10.2020

Aceito em 20.10.2020