



ANÁLISE

Jéssica Guedes, Acadêmica de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

ADI 5543/DF (min. Edson Fachin), PSB x Ministério da Saúde e ANVISA.

Tema: *Portaria que veda a doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes pelo período de doze meses contados a partir da última relação sexual.*

1. Aspectos processuais formais

O PSB ajuizou, dia 07.06.2016, a ADI 5543, em face do Ministro da Saúde e da ANVISA. O Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM) participa da ação como *amicus curiae*. A relatoria é do ministro Edson Fachin.

A ADI contesta o art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, inciso XXX, alínea "d", da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 034/2014 da ANVISA. Esses dispositivos consideram "*homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes*" como inaptos temporários para a doação de sangue pelo período de doze meses contados a partir da última relação sexual.

2. Síntese da inicial

O Requerente alega que as normas impugnadas vedam de forma permanente a doação de sangue por homossexuais que tenha vida sexual ativa. Por conta dessas disposições, bancos de coleta de sangue estão vedados de receber doação sanguínea de pessoa que se declare homossexual.

O Autor aponta que a vedação configura tratamento discriminatório com base em orientação sexual, que culmina em algumas consequências jurídicas, quais sejam, ofensa a dignidade da pessoa humana - visualizada no impedimento ao exercício da solidariedade que envolve o processo de doação sanguínea -; violação ao direito fundamental da igualdade; ofensa ao princípio da proporcionalidade e violação ao objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminação.

Além disso, a peça aponta que a proibição gera prejuízo latente à saúde pública. Segundo os dados apresentados, uma doação de sangue é capaz de salvar quatro vidas.

Também argumenta que 19 milhões de litros de sangue são desperdiçados atualmente no país por conta da proibição.

O Requerente apresenta reflexão acerca dos aspectos históricos que coadunaram para o surgimento da proibição da doação sanguínea por homossexuais. A base da vedação foi construída na década de 80, com o "surgimento" da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS), que é causada pelo vírus HIV. No contexto do "surgimento" da doença, vários meios midiáticos relacionaram a doença à homossexualidade. O vírus, logo após o contágio, não consegue ser detectado por exames laboratoriais, fato conhecido como janela imunológica. Os primeiros moldes para a proibição da doação sanguínea por homossexuais foram estipulados após se verificar a possibilidade de transmissão por transfusão sanguínea e a existência da janela imunológica. Seguindo a tendência mundial, o Brasil adotou a proibição em 1993.

A partir dos anos 2000, com o avanço tecnológico e a evolução da medicina, vários países passaram a discutir a legalidade da proibição de doação sanguínea por homossexuais. Atualmente, a janela imunológica é de 15 dias e o número dos casos de HIV passa por uma crescente diminuição. A inicial elenca dado do Ministério da Saúde, nos termos aqui copiados *in ipsa litteris*, "*conforme o Boletim Epidemiológico de 2015, o número de infecções registradas entre os anos de 1980-2015 é consideravelmente maior nos heterossexuais (50% dos casos notificados) do que nos homossexuais e bissexuais juntos (45,7% dos casos).*"

A inicial aponta que houve um avanço em 2011, com a edição da Portaria 1353/2011, do Ministério da Saúde, cujo art. 1º, §5º dita que "*a orientação sexual (heterossexualidade, bissexualidade, homossexualidade) não deve ser usada como critério para seleção de doadores de sangue, por não constituir risco em si próprio.*" Porém, ressalta que a disposição supracitada não teve aplicação prática, já que as Portarias contestadas pela ADI foram editadas após a disposição e versaram sobre o contrário do previsto no supracitado parágrafo.

A peça argumenta que o vírus HIV é transmissível a qualquer pessoa, independente de orientação sexual. Nesse sentido, a DPU e o Conselho Federal da OAB solicitaram a mudança das Portarias contestadas. Vale destacar que a peça argumenta que a legislação apresenta formas de vedar a doação de pessoas que, independentemente da orientação sexual, ofereçam situações de risco, inclusive com a realização de entrevistas e exames laboratoriais para detecção de doenças como sífilis e AIDS. Assim, o objetivo da peça, conforme o exposto na mesma, "*é apenas extirpar do ordenamento jurídico pátrio a falsa e inconstitucional presunção de que os homens homossexuais são grupos de risco para a doação de sangue. É disso que se trata: viabilizar que as pessoas submetam seu sangue a exames, independentemente de sua orientação sexual e de preconceitos.*"

Por fim, a peça apresenta exposição sobre o direito comparado com a Argentina, Chile, Espanha e África do Sul, países que, entre 2005 e 2015, retiraram de seus ordenamentos a proibição a doação sanguínea por homossexuais.

3. Despacho do relator

O relator do caso, min. Edson Fachin, proferiu despacho no dia 10.06. Tendo em vista a complexidade da discussão da questão, o relator aplicou o rito do art. 12 da Lei nº 9868/99 que determina a análise do caso diretamente pelo Plenário. De forma sintética, o min. Fachin oferece sinais argumentativos que votará a favor da procedência da ação.

4. Atividade Legislativa

A Câmara dos Deputados, atualmente, possui três proposições legislativas que versam sobre o assunto, a saber: PL 287/2003, PL 40/2015 e PDC 422/2016. O Senado não possui nenhuma proposta sobre o assunto.

O PL 287/2003, de autoria da deputada Laura Carneiro, define como crime a rejeição a doação de sangue por conta de orientação sexual. O PL 40/2015, de autoria do deputado Sérgio Vidigal, que está apensado ao PL 287/2003, dispõe sobre a proibição de tratamento discriminatório aos doadores de sangue.

O Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo (PDC) nº422/2016, de autoria da deputada Laura Carneiro, propõe a sustação do inciso IV do art. 63 da Portaria GM/MS nº 158, de 04 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde, e a alínea "d" do inciso XXX do art. 25 da Resolução RDC nº 34, de 11 de junho de 2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (objeto da ADI).

5. Opinião

A questão em discussão na ADI 5543 versa sobre a aplicação de direitos fundamentais. O atual regime constitucional brasileiro é pautado pela aplicação da igualdade (art. 5º, *caput*, CF) e de seus corolários, entre eles, a promoção do bem de todos sem discriminação (art. 3º, IV, CF) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

O Direito é moldado com base no processo histórico de cada povo. As mudanças políticas e sociais influenciam diretamente na construção jurídica de qualquer Estado Democrático de Direito. O tempo passa e as novas concepções apresentadas por ele ajustam conceitos jurídicos como o de igualdade, ponto central a ser enfrentado pelo STF na discussão da ADI 5543.

O professor José Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ensina que a igualdade pode ser analisada com base em duas facetas: isonomia formal e isonomia material. A primeira concepção é relacionada à criação e aplicação de normas que proporcionem critério de incidência uniforme. A isonomia material é fruto de ações práticas que buscam eliminar distinções e discriminações de qualquer natureza.

O advento dos anos 2000 forneceu uma nova perspectiva de luta pela igualdade e respeito à diversidade. Estamos vivendo um período em que as pessoas buscam ser respeitadas por aquilo que verdadeiramente são. Mais do que isso, as pessoas querem ser respeitadas na sua individualidade. O papel do mundo jurídico é garantir a tutela de direitos, tanto no âmbito individual quanto no coletivo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem decisões recentes que refletem o papel do Judiciário como garantidor da isonomia material, como a ADI 5357, na qual o STF decidiu que as escolas particulares devem se adequar as disposições previstas nos arts. 28,§1º e 30 da Lei nº 13146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

A vedação à doação sanguínea por homossexuais surge no contexto de “descobrimto” da AIDS. A ligação entre AIDS e homossexualidade era frequente em virtude da falta de conhecimento científico sobre a doença, algo que acabou por aumentar a discriminação com relação a esse grupo. Já em 1990, antes mesmo do Brasil positivar a proibição da doação sanguínea por homossexuais, a ministra Cármen Lúcia, em sua obra *O Princípio Constitucional da Igualdade*, defendeu que *“em verdade, corolário da liberdade de opção sexual, que transparece no texto constitucional, é a igualdade de tratamento das pessoas independentemente da orientação que adotem. Esta indistinção faz-se mais séria, atualmente, quando se imputa a certa categoria de indivíduos, a de optantes por orientação homossexual, o risco de serem portadores de determinados tipos malignos e hediondos de doenças, o que por temor e desinformação ou parca informação das pessoas, acaba gerando preconceitos mais difíceis de serem superados e que resvala para o relacionamento social, no campo do trabalho, do lazer, etc. (grifo nosso)”*

Da vedação da doação até o presente momento a sociedade sofreu profundas mudanças. Nesse sentido, destaca-se os grandes avanços obtidos com relação a isonomia. Atualmente, existem previsões no ordenamento jurídico nacional que visam garantir a igualdade e o reconhecimento da necessidade de proteção de vários grupos sociais. Além disso, nesse período, a tecnologia avançou bastante, fato que a existência de provas médicas de que a AIDS não é condicionada a qualquer orientação sexual. Porém, no caso em questão, nem mesmo a edição da Portaria 1353/2011, que veda o tratamento discriminatório de doadores pela orientação sexual, garantiu a isonomia dos homossexuais. Inclusive, a Portaria não foi seguida pelo próprio Ministério que a editou.

A escolha da orientação sexual não é critério científico para proibir o exercício da doação sanguínea. As próprias Portarias contestadas apresentam aspectos lógico-científicos eficazes no controle de “qualidade” do sangue doado, como a realização de exames laboratoriais. O principal fundamento para a proibição foi refutado pela comunidade médica, fato que gerou a revogação da proibição em vários países desde 2005.

O impedimento da doação de sangue por homossexuais viola o princípio da igualdade. Os moldes expostos nas Portarias consideram os homens homossexuais que tiveram relações sexuais nos últimos 12 meses como inaptos temporários, ao lado, por exemplo, de quem realizou uma tatuagem no mesmo período de tempo. Enquanto a segunda proibição se mostra proporcional, pela inviabilidade de aferição de cuidados higiênicos dos materiais utilizados para a realização da tatuagem, o primeiro impedimento se mostra inviável, já que não existe nenhum critério científico que embase a proibição.

Nesse contexto, a inclusão dos homossexuais como grupo de risco pelo simples fato da orientação sexual produz discriminação entre eles e os heterossexuais. A proibição viola a igualdade, pois não é concedida nenhuma limitação a doação de heterossexuais como a existente aos homossexuais, ou seja, a inaptidão temporária para doação durante o período de 12 meses contados a partir da última relação sexual. O que se defende aqui não é a inexistência de controle do grupo de doadores. Pelo contrário, existem situações em que, com comprovação científica, a doação deve ser vedada pelo próprio risco que gerará ao receptor do sangue. Porém, a restrição a doação sanguínea por homossexuais não se coaduna com essa posição.

A ADI 5543 proporcionará o debate da igualdade no contexto da composição da atual sociedade brasileira, pois a vedação somente se estabelece por conta do preconceito. E, como bem disse o ministro Edson Fachin no despacho proferido nesse caso, *“muito sangue tem sido derramado em nosso país em nome de preconceitos que não se sustentam.”*