



**PUC
GOIÁS**



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA

**A DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS DO SEXO MASCULINO À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO BRASILEIRO.**

DISCENTE: BRUNNA MARQUES RODRIGUES DE JESUS
ORIENTADORA: PROFA: MARIA CRISTINA VIDOTTE B TARREGA

GOIÂNIA
2020

BRUNNA MARQUES RODRIGUES DE JESUS

**A DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS DO SEXO MASCULINO À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO BRASILEIRO.**

Monografia jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Profa. Orientadora- Dra MARIA CRISTINA VIDOTTE B TARREGA

GOIÂNIA
2020

BRUNNA MARQUES RODRIGUES DE JESUS

**A DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS DO SEXO MASCULINO À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO BRASILEIRO.**

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. MARIA CRISTINA VIDOTTE B TARREGA

Examinador Convidado:

Nota

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Jeová Deus, pois sem ele eu não teria chegado até aqui, agradecer cada oportunidade, agradecer por ter colocado pessoas maravilhosas no meu caminho para enfrentar esta jornada, entre elas a Professora Maria Cristina Vidotte, que me orientou com muito carinho e atenção nesta monografia. Agradeço a Deus pela coragem á mim concedida para enfrentar os desafios e confiança para confiar em meus passos pelo simples fato de terem sido guiados por ele.

Agradecer os meus pais, Getúlio Rodrigues e Antônia Valbênia por serem minha inspiração, por acreditarem e depositarem todas as suas fichas em mim!! Por crerem que eu seria capaz, mesmo quando eu mesma duvidava disso, pegando na minha mão a cada tropeço, tornando assim a minha caminhada mais leve.

Aos meus queridos irmãos Breno Marques e Brenda Marques por estarem sempre comigo nas vitórias e nas batalhas me auxiliando em tudo sempre que podiam!!!

Agradecer também, a pessoa mais especial que a Pontifícia Universidade Católica me apresentou, meu namorado Cássio, que por diversas vezes me orientou e incentivou a ter foco e não me deixando afastar dos meus objetivos. E por último, mas não menos importante minhas queridas do grupo “ajuda do alto” que passaram por estes longos anos juntas auxiliando sempre umas as outras.

Não tenho nem palavras para dizer o quanto vocês foram essenciais. Á vocês os meus mais sinceros obrigados!

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
INTRODUÇÃO.....	
7	
1. COMPOSIÇÃO E EVOLUÇÃO DENTRO DA HEMOTERAPIA.....	9
1.1 EVOLUÇÃO DA HEMOTERÁPIA.....	9
1.2 AIDS E IMPACTOS NA DOAÇÃO DE SANGUE	12
2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	
.....14	
2.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	16
2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....	18
3. PRINCÍPIO DO DIREITO À LIBERDADE E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	1
9	
2.4 PRINCÍPIO DO DIREITO À VIDA.....	20
2.5 ANÁLISE HISTÓRICA DA RESTRIÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	21
3. A PANDEMIA E A INSUFICIÊNCIA NA DOAÇÃO DE SANGUE.....	24
3.1 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 26	
3.2 ANÁLISE DOS VOTOS CONTRÁRIOS.....	26
3.3 ANÁLISE DOS VOTOS FAVORÁVEIS	28
3.4 DECISÕES STF, DESFECHO DA ADI E POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS.....	30
CONCLUSÃO.....	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	33

RESUMO

A Presente monografia tem como objetivo analisar e expor a decisão do STF em relação à restrição da doação de sangue por homens que contem relações sexuais com outro homem (HSH), sendo assim os homossexuais, bissexuais, contudo, suas respectivas parceiras. Tal medida existente tanto na portaria nº 158/2016 no art. 64, IV, do ministério da saúde, quanto na resolução da diretoria colegiada nº 34/2014 no art. 25, XXX, d, da ANVISA. Esta análise será referida de acordo com os princípios presentes na constituição federal vigente, as quais norteiam todo o ordenamento jurídico Brasileiro. Em destaque o princípio da dignidade humana, princípio do direito a vida, a igualdade e proporcionalidade. Neste será brevemente citada o que seria o material doado no caso o sangue e a evolução da hemoterapia, vislumbrando demonstrar o porquê de tal restrição adotada, não só no Brasil, mas também em outros países, além de demonstrar os impactos provenientes dessa restrição normativa. Será também pontuada neste o reflexo desta medida na pandemia da COVID-19, a ação direta de inconstitucionalidade nº 5543, a qual discute a inconstitucionalidade dessas medidas restritivas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, o entendimento jurisprudencial do STF e a análise dos votos dos ministros relatados, assim como também o desfecho desta ADI. Esta monografia utiliza da metodologia dogmático-instrumental, utilizando técnicas bibliográficas e documentais.

Palavras chave: doação de sangue por HSH; restrição normativa; homossexualidade; hemoterapia; princípios; inconstitucionalidade; ADI nº5543.

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como escopo fazer uma análise sobre a restrição empregada sobre a doação de sangue por Homens que fazem sexo com Homens (HSH). Sendo assim, nomeados de homossexuais, bissexuais. A partir da análise da Portaria n° 158, em quatro de fevereiro de dois mil e dezesseis, o ministro da saúde, fazendo uso de suas obrigações constitucionais, expôs no Diário Oficial da União a portaria de número 158° de 2016 que tem como objetivo regulamentar a atividade hemoterápica no País. Entre os diversos artigos expressados na portaria n°158, o artigo 64, IV, vem expressamente atribuindo à vedação a doação de sangue por homens que possuem relações sexuais com outros homens ou as parceiras sexuais destes, no período de 12 (doze) meses, que antecedem a doação, exclusivamente com base nos hábitos sexuais destes. Esta vedação, também é encontrada expressamente no RDC n. 34/2014, da ANVISA, em seu artigo 25, XXX, d, publicada em 2014.

O intuito deste, é problematizar e questionar os dispositivos das normas supracitadas, acerca da restrição de doação de sangue sobre este específico grupo, tendo sempre como norte os princípios constitucionais, como forma de promover o debate sobre o critério adotado pela Portaria n° 158, se à “orientação sexual” é assertiva ou meramente discriminatória e uma forma de segregação. Esta monografia utiliza da metodologia dogmático-instrumental, utilizando técnicas bibliográficas e documentais. Considerando que vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, assegurados pelos princípios da Igualdade e da Dignidade Humana, é preciso refletir sobre a epigrafe de que até que ponto, um regulamento como o em questão é garantidor, no sentido de ter como alvo a promoção da vida, logo que este não é compatível com os valores e fundamentos mais valiosos e fundamentais do Estado estabelecidos em nossa constituição de 1988.

A prevenção ou discriminação sobre a doação de sangue por HSH é tema discutido pelo Supremo Tribunal Federal, pois provoca indagações constitucionais além

de se relacionar com questões morais e éticas, tanto sociais como do ministério da saúde. Visando questionar os dispositivos das normas supracitadas, o Partido Socialista Brasileiro (PSB), acionou o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543 que, foi julgada em 9 de maio de 2020.

A Primeira seção desta monografia trata da questão histórica da hemoterapia, já a segunda seção trata-se da Constituição, vigente no Brasil, bem como os princípios mais pertinentes para a discussão do tema, entre eles o Princípio da Igualdade. Princípio da Dignidade Humana, Princípio do Direito à Liberdade e Princípio do Direito à vida. O intuito de explanar sobre tais princípios e demonstrar de forma fundamentada que a portaria nº 158 em relação ao arcabouço normativo constitucional, contem forma incoerente com os Direitos Humanos e Fundamentais, que preguem qualquer tipo de discriminação. A terceira seção trata-se dos reflexos da restrição em pauta, em tempos de pandemia da COVID-19 como também o entendimento da suprema corte juntamente com os votos dos ministros e decisão do STF.

1. ASPECTOS DA HEMOTERAPIA

O sangue é um tecido vivo que percorre pelo corpo, transportando oxigênio e nutrientes a todos os órgãos. Sendo ele composto por plasma, leucócitos, plaquetas e hemácias. (PRÓ-SANGUE, 2020)

O plasma é a parte líquida do sangue, na qual estão suspensos os componentes particulados nutritivos e necessários à vida das células, é de coloração amarelada, composto por noventa por cento (90%) de água, proteínas e sais. Carregando consigo proteínas, enzimas, hormônios, fatores de coagulação, imunoglobina e albumina. A hemoglobina, habilita as hemácias a conduzir o oxigênio para todas as células do organismo. Elas também encaminham dióxido de carbono, produzido pelo organismo, encaminhando as até os pulmões, onde ele é eliminado. Os leucócitos, também conhecidos por glóbulos brancos, fazem parte da relação de defesa do organismo e são acionados quando a infecções, para que trabalhem nos tecidos na tentativa de destruírem os agressores, tais como os vírus e bactérias. (PRÓ-SANGUE,2020)

1.1 A EVOLUÇÃO DA HEMOTERAPIA.

A transfusão de sangue teve dois períodos: um empírico, que vai até 1900, e outro científico, de 1900 em diante. Segundo Pedro C. Junqueira *et al* “no Brasil, em 1879, no período em questão era discutido se a melhor transfusão seria com sangue de animais para humanos ou entre seres humanos. Pois foi constatado que o sangue era o movimento da vida, sendo assim capaz de salvá-la.” (JUNQUEIRA, 2020)

Segundo conta o site pró-sangue 2020, sobre a história do sangue na Grécia antiga, os nobres bebiam o sangue de gladiadores mortos na arena, a fim de obterem a cura de diversos males, entre eles a epilepsia.

Defendendo a sangria na cura de qualquer doença, o médico grego Galeno, reportando-se à teoria de Hipócrates, também concluiu pela existência de quatro humores no corpo humano: o sangue, a bile amarela, a bile negra e a fleuma. Em 1492, no Século 15, para se curar de grave enfermidade, o papa Inocêncio VIII foi convencido a ingerir o sangue de três jovens que acabaram morrendo anêmicos, sem que se conseguisse restabelecer a saúde do pontífice. (PRÓ-SANGUE, 2020)

Os pioneiros da hemoterapia, de forma científica, foram cirurgiões do Rio de Janeiro. Em torno de 1920 surgiram os primeiros serviços, organizados e de constituição bastante simples. Nos anos 40, no Rio de Janeiro, foi criado o STS (Serviço de Transfusão de Sangue) para ter, além da conotação assistencial, atividades científicas. No final deste período, foi promovido o Primeiro Congresso Paulista de Hemoterapia, que forneceu as bases para a fundação da Sociedade Brasileira de Hematologia e Hemoterapia, em 1950. Em 1965 criaram-se, por incentivo do Ministério da Saúde, a Comissão Nacional de Hemoterapia, estabelecendo assim normas para a proteção dos doadores e receptores de sangue. Nos anos 80, ocorreu a criação da Política Nacional do Sangue, a campanha da doação altruísta de sangue da sociedade brasileira de hematologia e hemoterapia (SBHH) e a Constituição de 1980 se deu uma outra dimensão à hemoterapia brasileira. (HAMERSCHLAK, 2005)

Durante a década de 80, ocorreu uma epidemia de AIDS, ocasionando assim diversas dificuldades nas práticas hemoterápicas, por conta da insuficiência tecnológica para exercer o exame da janela imunológica. Tal fato gerou as necessárias restrições de doação de sangue, a certos grupos de risco na época, por meio de políticas públicas, a fim de garantir a saúde dos cidadãos em meio a uma epidemia, que se alastrava cada vez mais. Entretanto, com o longo passar dos anos a evolução da ciência e da tecnologia, possibilitou avanços na área da hemoterapia, a qual teve seus métodos laboratoriais aperfeiçoados, assim como as técnicas de seleção de doadores, coleta e armazenamento do sangue e também as técnicas de fracionamento para obtenção do plasma. (PORTAL MÉDICO. CONSULTA Nº 1.817-10/88.2020).

Atualmente, os exames feitos para a identificação da janela imunológica (sensibilidade e especificidade), foram aprimorados. A sensibilidade de um teste, se refere a incidência de resultados verdadeiramente positivos, obtidos quando um teste é aplicado em indivíduos onde sabe-se que são portadores da doença em estudo. Já a especificidade diz respeito a incidência de resultados verdadeiramente negativos, obtidos quando o teste é aplicado em indivíduo onde sabe-se que não são portadores da doença em estudo. Bancos de sangue utilizam testes de alta sensibilidade, para assim detectar qualquer possibilidade de infecção. (FERREIRA, 2013)

Desse modo, os avanços dos testes citados anteriormente, permitiram identificar uma redução do período de detecção do vírus HIV no sangue, a qual atualmente não ultrapassa o prazo de um mês, inclusive os testes mais novos (4ª geração) conseguem identificar marcadores que aparecem mais cedo no sangue, possibilitando um diagnóstico mais precoce (janela imunológica de 15 dias). (FERREIRA, 2013)

Segundo o Ministério da Saúde:

O período de identificação do contágio pelo vírus depende do tipo de exame (quanto à sensibilidade e especificidade) e da reação do organismo do indivíduo. Está e poderá ser constatada de 30 a 60 dias após a exposição ao HIV. Porém, encontram-se casos em que essa janela imunológica contém um tempo maior: realizado o teste 120 dias após a relação de risco são utilizados para detectar os casos raros de soro conversão. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)

Ademais, os casos de contaminação por vírus no ato da transfusão de sangue e derivados é cada vez menos relevante nos países industrializados e naqueles que assumem medidas de controle da qualidade do sangue utilizado, como é o caso do Brasil.

Os avanços tecnológicos e científicos propiciaram não apenas o controle sobre a epidemia da AIDS, como também melhores e novas formas de tratamento e prevenção dessa doença. Dessa forma, surge a possibilidade da alteração das normativas que regulam a doação de sangue aos grupos de risco, conduta, tal qual, diversos países aderiram. A Espanha, por exemplo, desde 2005 não possui qualquer restrição à doação de sangue por parte dos homossexuais, apenas limitações às pessoas que praticam atos sexuais sem preservativos. Ademais, a taxa de transmissão do vírus HIV por transfusão de sangue desde 2009, neste país, varia entre 0 e 0,1%. (GLOBAL AIDS, 2019)

Argentina e o México, suspenderam as normas que proibiam os homossexuais homens de doarem sangue, desde 2009, não se verificou qualquer caso de transmissão do vírus HIV pela via sanguínea, tendo-se registrado a taxa de 0% de contaminação por transfusão de sangue. (Global AIDS, 2019)

Já os Estados Unidos da América (EUA), tinham recomendações que abarcavam a exclusão definitiva dos homens que fazem sexo com outro homem (HSH) no rol de doadores de sangue, porém em 2015, sofreram alterações, após uma revisão da Food and Drugs Administration, para uma restrição temporária de 12 meses, critério que até então vigia no Brasil. (Global AIDS, 2019)

1.2. AIDS E IMPACTOS NA DOAÇÃO DE SANGUE

Segundo o ministério da saúde, 1982 a Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, conhecida popularmente como AIDS, é uma doença que ataca o sistema imunológico humano resultante da infecção pelo vírus HIV (Vírus da Imunodeficiência humana). Os primeiros casos de HIV foram descobertos e registrados, em 1982 nos Estados Unidos, após Haiti e África Central gerando uma epidemia mundial.

De acordo com os danos causados por esta doença repentina e misteriosa, vários cientistas e autoridades de saúde tomou-a como material de estudo, em 1982, descobriram que os vírus poderiam ser transmitidos por transfusão sanguínea, contato sexual e uso de drogas. Desde o início, os grupos em que mais se encontrava a doença eram os homossexuais, além dos hemofílicos, haitianos, heroinômanos e hookers (denominação em inglês para as profissionais do sexo), motivo pela qual a doença era anteriormente conhecida como “5H” e também enquadrada na denominação grupos de riscos. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1982)

Apenas nos anos posteriores, foi descoberto o possível caso de transmissão heterossexual, em que os difusores do fator eram homossexuais usuários de drogas, que passavam desse modo, o vírus para os heterossexuais usuários de drogas.

Em 1991, foi divulgada pela OMS (Organização Mundial da Saúde) 10 milhões de infecções pelo vírus HIV no mundo e 11.805 casos notificados no Brasil. (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2020)

A consequência destes fatos foram as críticas diretamente feitas aos homossexuais homens, por estes serem na época, o grupo com o maior número de casos diagnosticados, fator que gerou um aumento gigantesco do preconceito com essa minoria, que chegou a ser perseguida e ter tratamento isolado em alguns países. Ademais, a imprensa internacional divulgou sem nenhum critério, anunciando em diversos países a chegada de uma doença então conhecida como GRID – Gays-Related Imunodeficiência (Imunodeficiência Relacionada aos Gays), antes mesmo de se descobrir a verdadeira causa e detectados casos entre a população. (TERTO, 2020)

O descontrole da situação e ineficácia das medidas preventivas adotadas, ocasionou em uma maior gerência e implementação de novas medidas de prevenção: “baseadas na difusão de informação, controle de bancos de sangue, estímulo de doutrinação para o uso de condom (preservativos masculinos) e outras práticas de ‘sexo mais seguro’, testagem e amostragem” (CARVALHO,1988).

Meados de 1985, foi realizado o primeiro teste de diagnóstico licenciado e bancos sanguíneos, começaram a usá-lo para avaliar sangue de doadores, visto que a descoberta da transmissão por transfusão sanguínea, já havia sido feita anteriormente. Contudo gerou um aprimoramento de medidas preventivas envolvidas na área da hemoterapia, como o aperfeiçoamento de triagem laboratorial. (365Saúde,2020)

O vírus HIV contém uma janela imunológica que está relacionada ao intervalo de tempo entre a infecção pelo vírus e a produção de anticorpos (ANTI-HIV) no sangue que é um aspecto muito relevante logo que estes anticorpos são produzidos ANTI-HIV no sangue. Esses anticorpos são produzidos pelo sistema de defesa do organismo em resposta ao HIV fazendo assim os exames detectar a presença dos anticorpos, o que confirmará a infecção, caso ela tenha ocorrido. Entretanto, naquela época não havia uma tecnologia suficiente para determinar o tempo de maneira precisa, acerca da sorologia positiva do vírus. Gerando assim uma grande preocupação fazendo com que em razão disso, a maioria dos países optasse pela restrição absoluta ou temporária da doação de sangue por homossexuais do sexo masculino. (VERÓNi, 2020)

2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o fim da segunda guerra mundial, segundo historiadores em meados do fim do século XX, de acordo com os danos causados e sofridos em virtude da guerra os “governantes” da época se viram na necessidade de promover uma renovação onde se valorizasse o ser humano promovendo respeito à dignidade humana, de forma que se fosse respeitável e inviolável. Para que isso fosse promovido, criaram-se normas substantivas, como os direitos fundamentais, assim todas as constituições passaram a ter como característica fundamental o compromisso político com a proteção da dignidade humana usando o como alicerce para o ordenamento jurídico. (GUERRA FILHO, 2012)

Luís Roberto Barroso, acredita que o fenômeno de constitucionalização do direito foi o cerne da ideia de um Estado Constitucional, ao afirmar que a ideia de constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo, material e axiológico se irradia, com força normativa, por toda a primeira guerra. A Constituição de 1988, chamada também de Constituição Cidadã, se destaca primordialmente por ser democrática e liberal. Além de ser uma peça fundamental para a consolidação do Estado democrático de direito no país, ela constitui um grande avanço nas questões relacionadas aos direitos sociais.

Os direitos fundamentais, instaurados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tem como objetivo assegurar uma vida digna, livre e igualitária a todos os cidadãos brasileiros, por meio da garantia de direitos básicos individuais, coletivos, sociais e políticos.

Diante disso, foram criadas juntamente aos direitos fundamentais, cláusulas constitucionais que possuem conteúdo aberto, principiológico e que dependem da realidade subjacente, como forma de haver interpretação e adequação no momento da aplicação normativa. (BARROSO, 2020)

Ao analisar a Portaria nº 158/2016 e a Resolução 34/2014 da ANVISA, ambos objetos da ADI 5543, é possível identificar o ferimento de diversos princípios constitucionais como a igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e proporcionalidade, que serão abordados a seguir. A Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, em seu art. 64, IV, dispõe: “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”.

Por sua vez, o art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014, da ANVISA, enuncia:

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; (ANVISA, 2019)

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, *caput*, sobre o princípio constitucional da igualdade, perante a lei, nos seguintes termos:

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

Por sua vez, o art. 3 da portaria 158 dispõe, que é necessário que haja a segurança e melhoria na atenção durante o recolhimento da doação dos candidatos de forma que não haja preconceitos e discriminações:

Art 3º Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor.

Logo, se é assegurado ao doador a segurança e a isenção de manifestações de juízo de valores, preconceito e discriminação por orientação sexual e outros logo já se caracteriza preconceituoso os Art 64, IV do ministério da saúde e o Art 25, XXX, da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014, da ANVISA.

2.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal, em seus Princípios Fundamentais garante a igualdade de todos perante a lei. Este princípio encontra-se no caput do artigo 5º, que dispõe:

Artigo 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.

A Constituição cidadã de 1988 artigos 5º caput, consiste em dois entendimentos, a igualdade formal e a igualdade material, a formal é colocada que todos são iguais perante a lei, assim sendo os mesmos não podem ser desiguados senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional. Tornando assim um tratamento imutável aos indivíduos. Forma material é instaurada com a utilização do princípio da isonomia, onde se iguala proporcionalmente os desiguais os igualando nas suas desigualdades. Logo as restrições impostas pela “portaria 158º do Ministério da Saúde e resolução n. 34/2014 XXX alínea d, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) se encontra de uma forma inconstitucional”. O artigo 64 da portaria 158 do ministério da saúde, tem a seguinte redação:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:
IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;

RESOLUÇÃO - RDC Nº 34, DE 11 DE JUNHO DE 2014
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;

Seguindo se assim o que se diz a Constituição em vigor, desagregar, proibir, coibir, que uma pessoa exerça funções sociais por sua classificação de gênero ou opção sexual, sendo assim se tratando de uma pessoa saudável fisicamente e geneticamente apto a promover doação. Sendo assim as condições imposta na portaria 158° do ministério da saúde e a resolução - RDC nº 34/2014 atingi de forma inconstitucional os princípios fundamentais da dignidade humana dispostos na constituição de 1988.

Nas palavras de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

Assim, a realidade prática demonstrou que a aplicação do princípio da igualdade, em seu aspecto meramente formal, abre margem para uma série de arbitrariedades, uma vez que possibilita a inversão total da célebre definição de Aristóteles, que serve de base ao preceito isonômico segundo a qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Isso porque a aplicação isolada do aspecto formal da isonomia permite tratar igualmente os desiguais, o que per si já fere dito princípio. (VECCHIATTI, 2008, P.115)

Promover a igualdade significa evitar e reparar discriminações independentemente de raça cor gênero ou de qualquer outro parâmetro social,

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicidade pelos textos constitucionais em geral, ou de modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. (MELLO, 2008)

Quando se é utilizado meios de preservar direitos, deve se ser atentado de forma ampla e aprofundada, logo que a lei pode atingir diversos polos, categorias de pessoas ou núcleo individual da pessoa e não se pode haver privilégios ou perseguições e sim métodos regularizadores da realidade no caso a vida. Quando colocamos o contexto de igualdade dentro do âmbito de doação de sangue ou qualquer outro aspecto não se pode deixar levar por estatística, logo que ter número de pessoas homossexuais portadoras de AIDS não quer dizer que todos aqueles que se encaixam naquele polo de pessoa, no caso HSH, são portadoras de doenças sexualmente transmissíveis e sim que quem se encontra em zonas de risco são aquela pessoas que não utilizam métodos de proteção.

A tecnologia brasileira hoje contém diversas formas extremamente avançada para detectar qualquer tipo de anormalidade no sangue, podendo assim averiguar se a pessoa possui alguma enfermidade incompatível com a transfusão de sangue, independentemente de sua orientação sexual.

Deste ponto de vista, é possível se deslumbrar sobre afirmativas de que a lei deve vedar toda e qualquer forma de discriminação arbitrária.

2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito abrangente, de acordo com que se reporta a ideia democrática, e age como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Porém, tal princípio não possui uma conceituação objetiva, sua definição e delimitação são amplas, o princípio da dignidade humana é visto como um valor moral e espiritual inerente à pessoa. Desse modo, permite-se que ele seja interpretado como forma de buscar efetivação na equidade da justiça brasileira. Nesse sentido, podemos observar que o homem nunca esteve separado de sua dignidade, mesmo que ainda não a reconhecesse como um atributo ou como uma qualidade inata da pessoa. (ANDRADE, 2007 p. 67)

Ao se relacionar o princípio da dignidade da pessoa humana com a questão da doação sanguínea por homossexuais, é perceptível que o ato de doar é algo que dignifica, enaltece e honra o ser humano, pois é um ato de solidariedade para com o outro. Plácido e Silva afirma que:

Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico. (SILVA, 1967, p. 526.)

O autor expõe que a dignidade é a base da moral, que proporciona a pessoa o direcionamento a ser seguido, guiando suas atitudes, afinal o respeito e o reconhecimento por partes dos seus semelhantes é buscado por todo ser humano.

O valor da dignidade da pessoa humana - resultante do traço distintivo do ser humano, o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito é resultado da evolução do pensamento humano. (SILVA, 1998, p. 89)

A Constituição Federal de 1988 traz como fundamentos da República Federativa do Brasil e conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. É o que dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.

O avanço que o Direito Constitucional apresenta atualmente é resultado de fragmentos da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e do aspecto de que a Constituição é o local propício para positivar normas asseguradoras dessas pretensões.

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais tiveram um avanço significativo, estes passaram a ser tratados como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana. (MENDES, 2008, p 231.)

2.3 O PRINCÍPIO DO DIREITO À LIBERDADE E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Dentro do princípio do Direito a Liberdade se encontra como fundamento o livre arbítrio para manifestação da sua vontade, contudo se auto responsabilizando com os efeitos que isso poderá causar a um próximo, além disso é relativizado em quesitos de interesse público. Entretanto, no caso em tela, há um conflito entre a proibição de doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens e a liberdade sexual de cada indivíduo. Relacionando tal princípio com a restrição da

doação de sangue pelos homossexuais masculinos, presente no art. 64 da portaria nº 158. É possível se notar que a faculdade de doar sangue não seria permitida por entrar em conflito com a liberdade sexual de cada ser. (SPIRANO, 2020)

Logo se entra no campo do Princípio da Proporcionalidade que foi mencionado por Aristóteles, como um fator que deve ser observado dentro da definição de Justiça. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha criou uma fórmula jurídica a ser observada, com a finalidade de que o Estado tivesse limites sempre que quisesse alcançar um objetivo no ordenamento jurídico, atendendo assim, aos critérios da proporcionalidade, necessidade e moderação. Tal medida inspirou diversas Constituições, inclusive a Constituição Federal de 1988, a qual consagrou esse princípio de maneira implícita. Proporcionalidade pode ser considerada um estado de equilíbrio chamado também de princípio da adequação entre os meios disponíveis para a concretização de determinado fim. É conhecida como proibição de excesso, sobrepesando uma razoabilidade, evitando excessos arbitrários do Poder público e garantindo a livre exercício dos direitos fundamentais com dignidade humana. (FELICIO. 2008).

De acordo com Gustavo Ferreira Santos, o princípio da proporcionalidade é utilizado na solução de casos que envolvem confronto entre normas e princípios de direitos fundamentais, de modo a concluir uma justa decisão sob à luz da Constituição.

Relacionando o princípio da proporcionalidade com o tema da presente monografia, sobre a restrição de 12 meses para homossexuais masculinos, possa doar sangue, surge o questionamento se, por fim, o período de tempo é proporcional logo que por estudos supracitados anterior mente a janela imunológica e detectado o vírus, com no mínimo 15 dias e no máximo 120 dias para casos excepcionais. (SANTOS, 2008, p.2-5)

2.4 PRINCÍPIO DO DIREITO À VIDA.

Diferentemente dos demais princípios supracitados a cima, que se relacionavam a figura do doador de sangue, quando se trata do princípio a vida é mais que fundamental abordar o direito à vida daqueles que necessitam dessas doações. De

acordo com pesquisas da ONU, dentre os doadores de sangue no Brasil, apenas seis em cada dez doadores são voluntários, sendo estes os que a doação não tem destino certo, cujo o qual doadores doam com frequência sem sabem a quem se destina o sangue. O restante é composto por aqueles que doam por razões pessoais, como para ajudar algum amigo ou familiar. Segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU), o Brasil é o país latino americano que coleta o maior volume de sangue em termos absolutos, mas doa proporcionalmente menos do que outros países da região². Dados apontam 1,8% da população brasileira doa sangue, porcentagem inferior à meta da Organização da Saúde (OMS), que é de 3% da população. (VERDÉLIO, 2017)

Ainda O Direito a Vida está disposto no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, sendo assegurado a todos os brasileiros e estrangeiros que residem no Brasil. Segundo Alexandre de Moraes, “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”. Coligando assim os dados e estatísticas supracitados, podemos verificar que o Brasil possui uma escassez de doadores de sangue segundo a meta estabelecida pela OMS. Logo porcentagem desta ausência de doadores poderia ser suprida a partir de uma reformulação nos critérios para a doação de sangue por homossexuais, estipulada na Portaria nº 158, se esta adotasse outros critérios, mais objetivos, embasados em testagens já disponíveis ao invés de excluir todo um grupo de doar sangue. Ainda mais colocando em pauta que existe, a falta de doadores com o interesse de doar regularmente e independentemente do receptor. (MORAES, 2020)

2.5 ANÁLISES HISTÓRICAS DA RESTRIÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

Em 1982 com chegada do vírus HIV, o Brasil por não ter tecnologias relacionadas a transfusão de sangue, que capitasse com precisão a janela imunológica, instituiu diversas técnicas, práticas para exercer a prevenção da AIDS, dentre elas a elaboração do Grupo de Apoio à Prevenção à AIDS (GAPA) que foi a pioneira ONG no Brasil e da América Latina na luta contra a AIDS e a criação do programa federal de controle da AIDS, em 1985. Tempos depois em 1988 o Ministério

da Saúde prosseguiu com o fornecimento de coquetéis e medicamentos para tratamento das infecções ocasionadas. (SAÚDE EM FOCO, 2020).

Segundo o membro do corpo técnico do Departamento de DST/AIDS e Hepatites Virais, Fábio Mesquita:

Nós começamos a resposta à epidemia muito cedo. Iniciamos o tratamento com o medicamento AZT assim que ele surgiu em 1991 e, em 1996, incorporamos o coquetel e garantimos o acesso universal e gratuito. Acho que esses fatores levaram o Brasil a ter certo destaque no cenário internacional. (MESQUITA, 2020)

Entre tanto, assim como os demais países, a dificuldade com a janela imunológica, levou o Brasil a impor políticas preventivas e restritivas à doação de sangue. Tais implementações, foram e são dadas através das leis, para que facilite desse modo, a mudança normativa, de acordo com a evolução científica e tecnológica. Dispõe a Constituição Federal de 1988, art. 199, § 4º:

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

A primeira lei relacionada ao tema, após a epidemia, surgiu logo em 1988. A Lei nº 7.649 estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando a prevenir a propagação de doenças, e assim poder gerar outras providências. (Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988).

Com a criação das portarias feitas pelo Ministério da Saúde, em respeito a determinações técnicas e afins para a coleta de sangue, também foram implementados por meio dessa lei.

Em 1989 foi também implementada a Portaria n º 721 editada pelo Ministério da Saúde, que estabelece normas técnicas relacionadas à hemoterapia. Além disso, nesta portaria surge a primeira exclusão temporária, que contabiliza 10 anos, a grupos de risco relacionados à AIDS (parceiros sexuais de indivíduos expostos a fatores de risco para AIDS. (Portaria nº 721, de 9 de agosto de 1989)

Logo em 1993, a Portaria nº 1.376, exclui definitivamente três grupos sendo eles, os que apresentassem sorologia positiva para HIV; os que já tivessem pertencido ou pertencessem aos grupos considerados de risco quanto a AIDS; os que foram parceiros sexuais de indivíduos que pertenciam a qualquer grupo de risco.

A portaria mencionada anteriormente, foi excluída no final de 2002, com a Resolução nº 343 editada pela Anvisa, que determinou a falta de aptidão da doação de sangue por 12 meses, de homens que tenham feito sexo com outros homens (HSH). Entretanto, essa foi revogada pela Resolução nº 153, a qual manteve o conteúdo da resolução anterior, apenas acrescentando outras limitações.

Neste ano (2020) vigorou até maio, a Portaria nº 158/2016 e a Resolução nº 34/2014 da Anvisa, sendo que ambas continham normas que impossibilitavam a doação de sangue, para os homens que fazem sexo com outros indivíduos do sexo masculino, pelo período de 12 meses. O conteúdo dessas normas foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543, tratada pelo STF.

3. A PANDEMIA E A INSUFICIÊNCIA NA DOAÇÃO DE SANGUE

No começo deste ano de 2020, chegou ao Brasil a Pandemia da COVID-19, os hemocentros passaram a sofrer uma drástica queda em suas arrecadações de bolsas de sangue, logo que as pessoas evitaram se dirigir até os hemocentros para a efetiva doação, por conta do próprio isolamento social como também por medo e risco de auto contágio pelo novo vírus, que ainda não possui cura e nem tratamento definido.

Segundo um levantamento feito pelo jornal O Globo junto aos hemocentros brasileiros, que publicado em 31 de março deste ano, foi constatado que mais de cinquenta por cento dos estados brasileiros registraram queda no número de doadores e de bolsas arrecadadas. Além destes dados, o levantamento ainda trouxe outras realidades preocupantes, como a queda percentual do HEMEPAR (Centro de Hematologia e Hemoterapia do Paraná), no estado do Paraná, que registrou até o mês de março uma doação 81% menor que no ano de 2019. Já no estado de Alagoas, o número de doadores entre os dias 21 e 26 de março caiu de 70, que já era considerada uma média baixa, para 43 doadores, tudo por conta da atual situação pandêmica em que o país se encontra. (O GLOBO, 2020)

A Grande preocupação com a falta de sangue nos hemocentros é que a extinção não atinge apenas as pessoas que necessitam de transfusões específicas, como as que venham a apresentar quadros anêmicos ou hemorragias causadas por acidentes, mas também os próprios pacientes com COVID-19, como bem explicado pela médica hematologista Cyntia Arrais (O GLOBO, 2020), a qual relata os possíveis riscos que um paciente com o vírus pode apresentar caso chegue ao estágio mais grave da doença, necessitando utilizar a UTI, por conta de falência dos órgãos:

Se o paciente vai para uma UTI e precisa de ventilação mecânica, ele pode ter outras complicações. Em algum momento o paciente da corona vírus pode precisar da transfusão após ter outras complicações decorrentes de seu quadro respiratório. Ele pode precisar de um procedimento de hemodiálise, por exemplo. (ARRAIS, 2020)

Ademais, a Nota Técnica nº 13/2020, editada pela Coordenação Geral de Sangue e Hemoderivados, a qual teve seus critérios atualizados pela ANVISA e o Ministério da Saúde, é objetiva ao afirmar que até o presente momento, não existem

evidências de transmissão transfusional da corona vírus. Sendo assim, conclui-se que mesmo com todas estas explicações e alertas acerca da falta de bolsas de sangue, não se ouve reação da população e o baixo número de doadores pode provocar efeitos negativos em um sistema de saúde já prejudicado.

Com a totalidade levou a discussão sobre a inconstitucionalidade das restrições aos homossexuais para doação de sangue, voltasse a ser vista no STF, visto que a população de potenciais doadores, que forma um total de 10,5 milhões de brasileiros segundo dados do IBGE, poderia alcançar a marca de 18 milhões de litros de sangue por ano. (IBGE, 2019)

Logo a solução positiva da ADI 5543, ajudaria os hemocentros brasileiros a superarem a insuficiência das bolsas de sangue tanto durante o período pandêmico, como também no cotidiano dos hemocentros, com maior nível de doadores auxiliaria na manutenção da saúde da população, e também derrubaria uma norma discriminatória e já ultrapassada logo “o que deveria ser levado em consideração é o comportamento de risco e não a identidade sexual.” (BARRUCHO, 2015). E nos tempos de hoje temos tecnologia suficiente para detectarmos doenças de acordo com a janela imunológica.

Em ofício emitido pelo Movimento liberal “Livres”, no dia 28 de Abril deste ano 2020, dirigido ao Ministério da Saúde, acerca da derrubada da restrição referida aos homossexuais para a doação de sangue, o deputado estadual de Minas Gerais, Guilherme da Cunha (Novo), resume de maneira breve toda a situação vigente, fortalecendo a tese de que tal restrição atrapalha o serviço dos hemocentros, e o problema fica ainda mais evidente e preocupante em crises pandêmicas como a atual:

Assim, a persistência da regra que proíbe os homens que fazem sexo (seguro e monogâmico) com outros homens que doarem sangue por 12 meses apenas lesa o interesse público, ao limitar os potenciais doadores de sangue enquanto o país sofre, diuturnamente, com a falta de sangue em volumes seguros para a melhor prestação dos serviços de saúde. Falta que está ainda mais agravada nesse momento de pandemia da COVID-19. (CUNHA, 2020)

3.1 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em oito de maio de dois mil e vinte, retornou ao STF a discussão sobre a habilitação para doação de sangue de “homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes nos 12 meses antecedentes” (portaria 158), que em 2007 após os votos dos ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber, que acompanharam o relator, ministro Edson Fachin, para julgar inconstitucionais os dispositivos, e do voto do ministro Alexandre de Moraes, que julgou parcialmente procedente a ação, o julgamento foi suspenso. Mas que fora interrompida após o ministro Gilmar Mendes pedir um tempo para analisar o caso em questão, o conhecido “voto-vista”. O julgamento só foi retomado no dia 1 de maio deste ano, em meio a nova discussão envolvendo a pandemia da COVID-19. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020)

3.2 ANÁLISES DOS VOTOS CONTRÁRIOS

O ministro Alexandre de Moraes, votou parcialmente pela procedência do pedido, abrindo a divergência com a corrente majoritária vigente na sessão plenária enfatizou o fato de as restrições serem baseadas em dados técnicos, e não na orientação sexual dos indivíduos. citou a política nacional de sangue, componentes e derivados que é amparada pela Lei 10.205/2001, que regulamenta o parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal, e pelo Decreto 3.990/2001, que regulamenta o artigo 26 da lei anterior. Ambos os dispositivos prezam pela organização e segurança técnica do processo hemoterápico, abrangendo a proteção do doador bem como a do receptor.

Segundo o ministro Alexandre de Moraes: “é possível a doação por homens que fizeram sexo com outros homens, desde que o sangue somente seja utilizado após o teste imunológico, a ser realizado depois da janela sorológica definida pelas autoridades de saúde”. (MORAES, 2020)

E, segundo o ministro, o Boletim Epidemiológico de 2016 relata um aumento de casos de AIDS entre homens e redução de casos entre as mulheres. Além disso, o ministro ressaltou que foi informado pelo reconhecido infectologista David Uip que a possibilidade de transmissão do vírus nas relações sexuais entre homens é muito maior do que nas relações entre homens e mulheres. Por fim, revelou que informações do Hemocentro de Ribeirão Preto (SP) dão conta de que 15,4% das doações feitas por homens que fizeram sexo com outros homens apresentaram o vírus HIV, enquanto que nas demais doações esse índice foi inferior a 0,03%. Por esses fatos, o ministro disse entender que as normas questionadas não pretenderam discriminar a orientação sexual de homens que fazem sexo com outros homens, mas se fundaram em critérios técnicos, com o objetivo de evitar maiores riscos de contaminação aos receptores de sangue, garantindo um efetivo direito a proteção à saúde e dignidade humana. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

O ministro Ricardo Lewandowski (2020), seguindo a linha de divergência, optou por votar pela improcedência do pedido, fundamentando que a discussão envolveria valores distintos igualmente respeitáveis: a saúde pública, e o postulado da dignidade humana junto do princípio da não discriminação, além de destacar a importância de uma postura autocontida pelo STF diante de situações que envolvam determinações de autoridades sanitárias embasadas em dados técnicos e científicos, como bem expresso pelo ministro: "deve adotar uma postura autocontida diante de determinações das autoridades sanitárias quando estas forem embasadas em dados técnicos e científicos devidamente demonstrados". Na avaliação do ministro, deve também guiar-se pelas consequências práticas da decisão, nos termos do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, "evitando interferir em políticas públicas cientificamente comprovadas, especialmente quando forem adotadas em outras democracias desenvolvidas ou quando estejam produzindo resultados positivos".

Com o mesmo entendimento, os demais ministros Celso de Mello e Marco Aurélio defenderam a tese de improcedência do pedido, divergindo mais uma vez do relator e do entendimento majoritário. O voto de Marco Aurélio: "o tema é de singular relevância. Cumpre definir, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da

igualdade, da proporcionalidade e da não discriminação, a constitucionalidade da medida, voltada à proteção da saúde pública."

Ainda no tocante à saúde pública, o ministro reforça a intenção da restrição presente na Portaria 158/16 em promover a segurança e a evitar a doação de sangue contaminado, além de enfatizar que a inaptidão temporal não é exclusiva à população masculina homossexual:

Tem-se presente, nas restrições versadas na Portaria nº 158/2016, preocupação das autoridades sanitárias no sentido de evitar possível contaminação do sangue coletado. A inaptidão temporal não é exclusiva à população masculina homossexual, sendo observada também quanto a cidadãos que se envolvam com prostituição, hajam feito tatuagem ou piercing em situações de risco, ou possuam parceiros sexuais diversos, ocasionais, desconhecidos ou que tenham contraído doenças sexualmente transmissíveis, dentro do mesmo período de doze meses. (MELLO, 2020)

Percebe-se, que ambos os ministros divergentes à decisão entendem que as normas trazem em sua redação violação aos princípios constitucionais suscitados, principalmente ao da não discriminação, porém, entendem que tais restrições são respaldadas em estudos científicos, e pretendem assegurar um processo de doação seguro a ambas as partes da relação, ou seja, priorizam a potencialização da saúde pública.

3.3 ANÁLISE DOS VOTOS FAVORÁVEIS

O Relator do caso, o Ministro Edson Fachin, votou a favor de ser julgada improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543.

Em seu voto ele cita que é discriminatório o impedimento de doação de sangue como base exclusivamente pela orientação sexual do indivíduo, e afirma que o ato de doar sangue é em si uma atitude altruísta, onde a pessoa em questão pretende fazer o bem com a ação.

Dessa forma, ele afirma que ao impedir tais doações com base na Resolução nº 34/2014 estariam ferindo diversos princípios constitucionais, entre eles o da

dignidade da pessoa humana, o da personalidade e o da igualdade. Todos os princípios citados por ele são direitos essenciais, que devido às discriminações que os homossexuais sofrem, não são amplamente aplicados a eles. Com isso, o Ministro Fachin reflete sobre o fato de que ao se ofender a dignidade da pessoa humana, há um problema constitucional seríssimo, pois, todos os direitos da personalidade são feridos com ele, como afirma em seu voto:

No ponto III mais acima demonstrei como as normas impugnadas afrontam a existência, em si, própria, dos sujeitos por elas abarcados. Elas violam a forma de ser e existir dessas pessoas que, por existirem e serem como são, estão impedidas de serem por completo, de existirem em conjunto, em solidariedade, em alteridade, com responsabilidade e em relação com os demais. Há, assim, afronta à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), especialmente aos seus elementos autonomia e reconhecimento. Vinculada a essa compreensão exsurge também outra fundamentação. Mais além de violar a dignidade humana, a forma de ser e existir desse grupo de pessoas, tais normas as tratam de forma injustificadamente desigual, afrontando-se o direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput, CRFB). (FACHIN, 2020, p.19)

Fachin, ressalta que, não é mais possível relacionar doenças como a AIDS a um grupo de risco, mas sim a uma conduta de risco. votaram segundo o relator, os ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia.

Dessa forma, em seu Voto o Ministro Luís Roberto Barroso traz exemplos de países onde foi banida tal restrição, ele cita o caso da Espanha:

[...] em que não existe qualquer restrição à doação de sangue por homossexuais e, naqueles países, não se detectou nenhum caso de transmissão do HIV por transfusão sanguínea, nos anos de 2014 e 2015, segundo o boletim epidemiológico espanhol o qual tive acesso pela internet. (BARROSO, 2020)

Igualmente, ele destaca que há inúmeros exames laboratoriais que são feitos nos sangues que são doados, então a regra que impõe o período de 12 meses de abstinência, para que seja possível a doação, é totalmente desnecessária. Da mesma forma, que está privaria o indivíduo de uma vida sexual normal. (BARROSO, 2020).

Contudo Para a ministra Rosa Weber, as restrições feitas pelas normas "não atendem ao princípio constitucional da proporcionalidade". Segundo ela, tais normas

desconsideraram, por exemplo, o uso de condor ou não, o fato de o doador ter parceiro fixo ou não, informações que para a ministra exerceriam diferença para que se pudessem avaliar condutas de risco. (WEBER, 2020)

O ministro Luiz Fux, por sua vez, colocou em pauta que fosse adotada como critério a conduta de risco e não o grupo de risco. "Exatamente porque o critério da conduta de risco preserva a sociedade e, ao mesmo tempo, permite que esses atos que cerram a construção de uma sociedade solidária sejam realizados". (FUX, 2020)

O entendimento da corrente majoritária foi formado ainda pelos votos dos ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e da ministra Cármen Lúcia Antunes, presentes na sessão virtual do Pleno.

3.4. DECISÃO STF, DESFECHO DA ADI E POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

No Dia oito de maio de dois mil e vinte, foi concluído o julgamento da ADI 5543, onde por maioria de votos sendo eles sete a quatro (7x4) o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), foi considerado inconstitucional os dispositivos encontrados nas normas do ministério da Saúde Portaria 158/2016 e da Agencia Nacional de Vigilância sanitária (ANVISA) Resolução RDC 34/2014, que restringiam a doação de sangue por homossexuais masculinos ou as parceiras sexuais destes nos prazos de 12 meses antecedentes. Sendo assim, foi proporcionada a estes homens a autonomia, liberdade de escolha e proporcionalmente foi promovida uma maior igualdade e respeito a um grupo que sofre com uma discriminação histórica. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Sem pontas de duvidas tal atitude do STF, traz a sociedade LGBTQI+ uma vitória impar e histórica, trazendo consigo igualdade e possibilidades maiores de lutar por seus direitos cujo aguais ainda não foram alcançados. Fazendo valer a esta minoria os princípios constitucionais com afinco. Assim, a decisão dá suporte para que este grupo tenha a liberdade de, neste caso, ser altruístas, praticando assim a filantropia.

Portanto, tal caso pode ser usado de forma jurisprudencial, abrindo assim o Fato que abre possibilidades interpretativas, para que desta forma, julgamentos que ainda estão em votação, possam ter novos direcionamentos.

CONCLUSÃO

A restrição da doação de sangue por homossexuais, estabelecidas no ART. 25, XXX, d, da Resolução nº 34/2014 da ANVISA e do art. 64, IV da Portaria nº 158/2016, impedia o pleno exercício das liberdades e direitos individuais de um grupo de pessoas, sendo eles os LGBTs, Grupo este que historicamente, já veem sofrendo com o preconceito, marginalização, perseguição e intolerância, teve seus direitos reprimidos com essas e outras legislações, ao longo do tempo.

Em 1982 ocorreu o surto da AIDS, doença essa que foi a justificativa para a manutenção de tais dispositivos legal, época em que a insuficiência tecnológica não permitia uma detecção tão rápida da doença, o que tornava aceitável tal restrição. Por isso, a legislação brasileira da época restringiu expressamente homens homossexuais de doarem sangue temporariamente. Em 2017 o caso entrou em discussão no STF, pela ADI nº5543 tendo como base o avanço tecnológico e científico atual, que proporciona a diminuição do prazo da janela imunológica da AIDS, para apenas 15 dias, não é aceitável a necessidade imposta de 12 meses sem relações sexuais para poder doar sangue porem a seção foi interrompida e não foi concluída a ADI naquele ano.

Em fevereiro de 2020 foi alastrada pelo Brasil a pandemia da COVID-19, exigindo-se assim o isolamento social, e dessa forma, o estoque de sangue, já anteriormente insuficientes nos hemocentros, teve seu status cada vez pior, logo que os possíveis doadores com receio desta doença contagiosa não estavam indo doar sangue. Levando assim a ocorrer a falta de sangue e tal ausência não atinge unicamente quem necessita de transfusão, a discussão do julgamento, que se iniciou em 2017, voltou a pauta do STF.

Assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi votada e decidida por 7x4 com base nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o artigo 25, XXX, d da Resolução 34/2014 da ANVISA e o artigo 64,IV da Portaria nº 158/2016, deveriam ser revogados, pois seu conteúdo não era mais compatível com a evolução tecnológica e, conseqüentemente com a Constituição. O relator do julgamento, o Ministro Edson Fachin, votou a favor da ADI, trazendo um direcionamento que interliga ambos os princípios. Votaram segundo o relator, os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia Antunes Rocha.

Já os ministros que votaram contra à Ação, justificaram seus votos utilizando como base o processo laboratorial. Entre eles estavam Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Marco Aurélio.

A vista disso, a decisão teve como fim, promover a liberdade sexual dos indivíduos, LGBTs, reprimidos pelos dispositivos legais, agora, revogados. Decisão terá grande influência na luta dos LGBTQI+, já que garante direitos e liberdades individuais e terá forte influência em futuras decisões relacionadas a tal grupo, pois, por ser uma decisão superior tem influência direta nos julgamentos dos Tribunais inferiores. E não trouxe conseqüências negativas à saúde pública e à segurança da hemoterapia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vander Ferreira. **A dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Cautela, 2007, p. 67.

ANVISA. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/%281%29RDC_34_2014_COMP.pdf/ddd1d629-50a5-4c5b-a...> Acesso em 25 de agosto de 2019.

ARRAIS, Cyntia. **Bancos de sangue sentem efeito da pandemia com queda de doações em mais da metade do país**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/bancos-de-sangue-sentem-efeito-da-pandemia-com-queda-de-doacoes-em-mais-da-metade-do-pais-saiba-como-doar-24341236>> Acesso em: 08 de agosto de 2020.

AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA, Ivan Júnior; CALAZANS, Gabriela Junqueira; FILHO, Haroldo César Saletti. **O conceito de Vulnerabilidade e as Práticas de Saúde: novas perspectivas e desafios**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/288263766_O_conceito_de_vulnerabilidade_e_as_praticas_de_saude_Novas_perspectivas_e_desafios/citation/download> Acessado em 25/08/2019.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45690/45068>> Acesso em 25/08/2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Voto do Ministro na Ação de Inconstitucionalidade 5.543**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/2EC832EBD8F03C_VotoBarroso.pdf> Acesso em: 18 maio 2020.

Barrucho, Luís Guilherme **O que falta para o Brasil doar mais sangue?** 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812_sangue_doacoes_brasil_lgb#:~:text=Apenas%201%2C8%25%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20doa%20sangue%3B%20ONU,mas%20sim%20que%20poderia%20%22doar%20mais%22%2C%20argumentam%20> Acesso em 18 set de 2020

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

BRASIL. **Portaria nº 721, de 9 de agosto de 1989**. Disponível em: <http://redsang.ial.sp.gov.br/site/docs_leis/ps/ps30.pdf> ACESSO EM 25/08/2019

BRASIL. **Lei Nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/549525>> acesso em 30 de agosto de 2020

Cruz, fundação Osvaldo MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O vírus do HIV 20 anos depois**. Disponível em: <<http://www.ioc.fiocruz.br/aids20anos/linhadotempo.html>> ACESSO EM 25/08/2020.

FACHIN, Edson. **Voto do Ministro Relator na Ação de Inconstitucionalidade 5.543**, p. 37. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADI5543.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2020.

FELICIO, Guilherme Lopes; GOMES, Luís Roberto. SANTOS, Gustavo Ferreira. **Princípio da proporcionalidade**. Eticentro De Iniciação Científica: 2008, p. 2-5.

FERREIRA JUNIOR, Orlando da Costa **MANUAL TÉCNICO PARA O DIAGNÓSTICO DA INFECÇÃO PELO HIV 2013**. DISPONIVEL

EM <https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_tecnico_diagnostico_infeccao_hiv.pdf> ACESSO EM 09/09/2020

FUX, Luiz **Voto do Ministro na Ação de Inconstitucionalidade 5.543**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443015>> Acesso em: 25/09/2020.

GLOBAL AIDS UPDATES. **Communities at the centre**. Disponível em: <https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/2019-global-AIDS-update_en.pdf> Acesso em 29 de agosto de 2020.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estado Democrático de Direito Como Estado de Direitos Fundamentais com Múltiplas Dimensões**. 2012. Disponível, em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>> Acesso em: 14 de setembro de 2020.

HAMERSCHLAK, Nelson; **JUNQUEIRA**, Pedro C.; ROSENBLIT, Jacob. **Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia**. 2005 p 201 Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-4842005000300013&script=sci_arttext> acesso em 01 de fevereiro de 2020.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Proibição de doação de sangue por homens homossexuais é inconstitucional, decide STF**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443015&ori=1>> Acesso em: 07 de agosto de 2020.

LIVRES, Guilherme da Cunha. **Ofício nº 1/2020**. Disponível em: <<https://www.eusoulivres.org/noticias/guilherme-da-cunha-celebra-fim-da-homofobia-na-doacao-de-sangue/>> Acesso em: 28 de Abril de 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p 10

MENDES, Gilmar et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: 2008, p. 231.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Departamento de IST, AIDS e Hepatites Virais**. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/página/o-queejanela-imunologica>> ACESSO EM 28 de abril de 2020

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Prevenção: HIV + Adesão**. 2013. Disponível em: <http://www.giv.org.br/publicacoes/Prevencao_combinado_hiv_adesao_GIV.pdf> ACESSO EM 29/08/2020

MORAES, ALEXANDRE de. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.63

PINHEIRO, Pedro. **Dst, Doenças Infecciosas, Exames Complementares**. Disponível em: <<https://www.mdsaude.com/doencas-infecciosas/dst/sorologia-hiv/>> Acesso em 12 de abril de 2020.

PORTAL MÉDICO. **Consulta nº 1.817-10/88**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/1988/1817-10_1988.htm> acesso em 18 de setembro de 2019.

PRÓ-SANGUE. Disponível em: <<http://www.prosangue.sp.gov.br/artigos/estudantes.html>> acesso em 25 de agosto de 2020.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF - limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, p. 107-108.

SAÚDE EM FOCO. **Comunidade internacional debate a situação da AIDS no mundo**. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/consensus/comunidade-internacional-debate-situacao-da-aids-mundo/>> Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

SILVA, Jose Afonso da. **“A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”** In: Revista de Direito Administrativo. 212. Vol. Abril/junho, 1998, p.89.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

SPIRANO, S. **Direito á Liberdade**. Fonte: COLA DA WEB. Disponível em: <<https://www.coladaweb.com/direito/direito-a-liberdade>> Acesso em: 03 de Setembro de 2020.

STF. **Proibição de doação de sangue por homens homossexuais é inconstitucional, decide**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443015&ori=1>> acesso em 18 de setembro de 2020

Terto Jr, Veriano **Homossexualidade e saúde: desafios para a terceira década de epidemia de HIV/AIDS** Horiz. antropol. vol.8 no.17 Porto Alegre June 2002. disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832002000100008 acesso em 09/09/2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivo**. São Paulo: Método, 2008, p. 115.

VERDÉLIO, Andreia. **DOAÇÃO de sangue: 1,8% da população brasileira doa sangue; meta da OMS é 3%: Campanha do Ministério da Saúde quer sensibilizar novos voluntários**. 2017. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-06/doacao-de-sangue-18-da-populacao-brasileira-doa-sangue-meta-da-oms-e-3>>. Acesso em 18 set de 2020.

Veróni, Wander **#SexoSeguro: Quando devo fazer o exame para detectar o HIV?** 6 de março de 2017 disponível em <http://blog.saude.mg.gov.br/2017/03/06/sexoseguro-quando-devo-fazer-o-exame-para-detectar-o-hiv/> acessado em 09/09/2020

Weber, Rosa **Voto da Ministra na Ação de Inconstitucionalidade 5.543**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443015>> Acesso em: 18 maio 2020.

365Saúde, **História do Teste de HIV** disponível em <http://www.365saude.com.br/pt-conditions-treatments/pt-hiv-aids/1009037926.html> acessado em 09/09/2020