

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

DENISE ALMEIDA DE ANDRADE

RENATO DURO DIAS

SILVANA BELINE TAVARES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC - Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

G326

Gênero, sexualidades e direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Denise Almeida De Andrade; Renato Duro Dias; Silvana Beline Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-150-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Gênero. 3. Sexualidades. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

Apresentação

O grupo de trabalho (GT) Gênero, Sexualidades e Direito têm se constituído em um espaço plural e privilegiado de discussão. No II Encontro Nacional do CONPEDI virtual não foi diferente. Excelentes investigações e trabalhos pulsantes que demonstram a importância de se debater as violências e desigualdades de gênero e a defesa da livre expressão das sexualidades. A riqueza dos diálogos decorrentes de pesquisas politicamente engajadas revelam a qualidade dos trabalhos nos campos teóricos discutidos.

O artigo “Os impactos da pandemia do vírus covid-19 nas condições existenciais das pessoas transexuais e travestis”, de Geanna Moraes Da Silva e Layana Mara Laiter Martins mostra a disseminação da doença e as consequências graves à sociedade, especialmente, para transexuais e travestis.

O artigo “Violência de gênero no discurso político: o machismo discursivo no congresso nacional e a posição do supremo tribunal federal”, de Carla Dall Agnol discute os reflexos da violência de gênero sob a perspectiva do uso da linguagem - o machismo discursivo - no campo político.

O artigo “Saúde coletiva de mulheres e homens trans no Brasil: uma proposta de política pública inclusiva”, de Fabrício Veiga Costa e Graciane Rafisa Saliba investiga os parâmetros teóricos hábeis ao planejamento e à execução de política pública de saúde coletiva destinada a mulheres e homens trans no Brasil.

O artigo “O direito à igualdade de gênero na Constituição Federal de 1988: uma história de luta”, de Maria Angélica Biroli Ferreira da Silva e Tchoya Gardenal Fina Do Nascimento aborda a luta das mulheres pelos seus direitos durante o processo de elaboração da Constituição Federal de 1988.

O artigo “Não só, mas também: a igualdade de gênero melhora os índices econômicos”, de Alyane Almeida de Araújo discute efeitos econômicos benéficos como catalisador de mudanças em sociedades centradas na economia.

O artigo “O princípio da dignidade da pessoa humana e a diversidade sexual”, de Felipe Rosa Müller analisa em que medida o princípio da dignidade da pessoa humana tem o condão de atribuir eficácia jurídica aos direitos da diversidade sexual.

O artigo “Educação e diversidade: uma análise sob a perspectiva de gênero”, de Lorena Araujo Matos e Thiago Augusto Galeão De Azevedo apresenta um estudo sobre a educação sexual e diversidade no âmbito escolar, sob a perspectiva de gênero.

O artigo “Epidemia da violência doméstica: análise sobre o problema da violência contra mulher e seu aumento em tempos de isolamento social”, de Débora Garcia Duarte, Valter Foletto Santin e Ilton Garcia Da Costa aborda a violência contra a mulher como um problema social e político, em especial durante a Pandemia COVID, pelo isolamento social e contato mais constante e prolongado com parceiros agressivos.

O artigo “Discriminação institucional: uma antidiscriminação descolonial na análise do recorte racial em época de pandemia”, de Rodrigo da Silva Vernes Pinto problematiza sobre a possível configuração de Discriminação Institucional em casos de contaminação por Covid-19 em meio ao atual contexto de pandemia na sociedade brasileira.

O artigo “Possibilidades restaurativas perante casos de violência familiar contra idosos”, de Katia Daltro Costa Knoblauch e Fernanda Daltro Costa Knoblauch discute a problemática em torno da possibilidade de acirramento da violência familiar contra idosos durante a pandemia.

O artigo “Aspectos constitucionais e sociais sobre a doação de sangue por homens que têm parceiros do mesmo sexo”, de Gabriel Napoleão Velloso Filho analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro que permitiu a doação de sangue pelos homens com relação com parceiros do mesmo sexo,

O artigo “Impactos da desigualdade de gênero na baixa representatividade parlamentar feminina: reconstrução da identidade da mulher”, de Juliana Luiz Prezotto e Zulmar Antonio Fachin discorre acerca da importância da igualdade de gênero, especialmente na política.

O artigo “Avatar é um ciborgue? Análise do filme avatar à luz do híbrido orgânico-tecnológico de donna haraway”, de Leilane Serratine Grubba analisa a questão do romance heterossexual e as atribuições de gênero no filme Avatar (2009), a partir das considerações de Donna Haraway.

O artigo “A “dialética do senhor e do escravo” e sua relação com o assédio sexual contra a mulher”, de Andrea Abrahao Costa e Ana Carolina E. Dos Santos Guedes de Castro propõe uma aproximação entre os elementos da Fenomenologia do Espírito, de Hegel, e as reflexões feministas sobre o lugar da mulher, ampliando sua aplicação para o campo criminal.

Convidamos todas, todos e todes a leitura deste conjunto de potentes estudos.

Prof. Dr. Renato Duro Dias – FURG

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares – UFG

Profa. Dra. Denise Almeida de Andrade- UNICHRISTUS

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Gênero, Sexualidades e Direito II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Gênero, Sexualidade e Direito ou CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E SOCIAIS SOBRE A DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE TÊM PARCEIROS DO MESMO SEXO

CONSTITUTIONAL AND SOCIAL ASPECTS ON BLOOD DONATION BY MEN WHO HAVE SAME SEX PARTNERS

Gabriel Napoleão Velloso Filho ¹

Resumo

À luz da recente decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro que permitiu a doação de sangue pelos homens com relação com parceiros do mesmo sexo, o presente artigo rebate as críticas de que a matéria não deveria ser resolvida pelo Poder Judiciário e de que excede os limites razoáveis da intervenção da Corte Suprema. Defende a política de avaliação de risco individual e a completa revogação da proibição nos hemocentros em todo o país, como forma de minorar o preconceito e a violência sofrido pelas populações LGBTQ+.

Palavras-chave: Direitos humanos, Doação de sangue, Preconceito, Saúde pública, Direitos lgbtq

Abstract/Resumen/Résumé

In the light of the recent decision of the Brazilian Supreme Court that allowed blood donation by men with partners of the same sex, this article refutes criticisms that the matter should not be resolved by the Judiciary and that it exceeds reasonable limits Supreme Court intervention. It defends the policy of individual risk assessment and the complete revocation of the ban on blood centers across the country, as a way of alleviating the prejudice and violence suffered by LGBTQ + populations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Blood donation, Prejudice, Public health, Lgbtq rights

¹ Mestrando em Direito pelo CESUPA - Centro Universitário do Pará

INTRODUÇÃO

Entre 1º e 8 de maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal julgou que a “proibição de doação de sangue por homens homossexuais” (como grafado na decisão) é inconstitucional. O julgado teve a intenção de colocar fim a inúmeros percalços e hesitações que resultavam em vedar o acesso a homens com parceiros do mesmo sexo, com nítida restrição a uma liberdade garantida à população em geral.

Este artigo procura: a) evidenciar que a questão não é uma particularidade brasileira, mas a afirmação de uma tendência mundial que responde ao anseio de uma minoria marginalizada pela exclusão de doar sangue; b) afirmar que a doação de sangue, como direito do cidadão, está sujeito à tutela jurisdicional para garantir a prevalência dos princípios constitucionais; c) sustentar a impossibilidade jurídica da restrição imposta, pelo ângulo dos direitos humanos que resguardam as minorias; d) concluir que a interdição da restrição, como imposta, afigura-se como inconstitucional e danosa ao interesse público, por reduzir o estoque nos bancos de sangue brasileiros, devendo ser substituída pelo modelo de avaliação do risco individual; e) afirmar que, em momento em que as populações LGBTQ+ são vítimas de episódios recorrentes de violência e preconceito, avulta ainda mais o papel do Poder Judiciário para declarar e reconhecer sua inserção, sem restrições, às atividades sociais garantias aos demais cidadãos.

A metodologia circunscreveu-se à pesquisa bibliográfica, tanto das fontes jurídicas como das pesquisas médicas, quando necessárias para dar suporte às conclusões

Adotou-se o critério de referir-se a homens que têm parceiros do mesmo sexo (sigla: HSH), ao invés de “homossexuais”, na medida em que a identidade sexual é definida individualmente e como a pessoa se identifica no mundo. Nessa medida, os artigos e notícias que fazem referência ao direito dos “gays” ou “homossexuais” de doar sangue possuem desvio de conceito, ao confundir a prática sexual, eventual ou frequente, com a identidade sexual do indivíduo.

1 UMA HISTÓRIA DE DISCRIMINAÇÃO

Em fevereiro de 2015, o servidor público Pedro Ivo Couto dirigiu-se a uma agência governamental de coleta de sangue. Pretendia participar do projeto “Vida Digna”, elaborado pela Universidade Federal Rural da Amazônia, que castraria seus dois gatos em troca da doação. A unidade local da Fundação Centro de Hemoterapia e Hematologia do Pará (Hemopa), contudo, recusou-se a coletar seu sangue, ante sua admissão de que mantinha união estável homossexual. De nada adiantou o argumento de se testava regularmente, a cada seis meses, contra a SIDA. Segundo sua narrativa, a médica o atendeu de forma áspera e

expediu um atestado que o inabilitava para ser doador de sangue, com base na Portaria 2712/2013, do Ministério da Saúde (PORTAL G1, 2015).

No dia 26 de março de 2014, o estudante de jornalismo Leonardo Uller, de 19 anos, dirigiu-se ao Hospital paulistano 9 de Julho, com a intenção de doar sangue em favor de seu tio, internado na unidade, que passara por uma cirurgia delicada. Assim relata seus percalços:

“Mediram minha pressão, fizeram teste de anemia, tudo normal”, conta. Foi no momento da entrevista com a médica que o quadro mudou. Após as perguntas de praxe – “se já teve malária, se tinha passado por cirurgia nos últimos meses, se havia viajado para o exterior”, relata –, a médica questionou se Leonardo havia mantido relações sexuais com homens nos últimos 12 meses. “Disse que sim. Ela me falou, então, que eu não poderia doar sangue. Quis saber por que, expliquei que estava em um relacionamento estável há mais de um ano, usava camisinha, e, por isso, meu comportamento não era de risco”, relembra. Mas a médica prosseguiu: – Veja bem, se você estiver internado, vai querer um sangue ruim, de gente promíscua, no seu corpo? – Você está insinuando que meu sangue é promíscuo? – rebateu o estudante. – Não, de jeito nenhum – retrucou a médica. – Então está insinuando que os gays são promíscuos? – perguntou o rapaz. – Não é isso. Mas concorda que você é uma raridade, uma exceção entre os gays? – indagou a funcionária do hospital (PRAGMATISMO POLÍTICO, 2015).

Outros episódios se multiplicam, como o que envolveu o designer Alexandre Macedo, que teve frustração a doação de sangue em retribuição aos cuidados recebidos por sua mãe. Alexandre, que estava em um relacionamento monogâmico há mais de 10 anos, ouviu que não estava qualificado por ser gay e não poder doar, apesar de boas condições de saúde, ausência de tatuagens e cota de testes do PREP (medicamento de profilaxia pré-exposição ao HIV) por 5 anos no Hospital das Clínicas. Desabafou: “É muito decepcionante saber que estou apto e que por uma regra que leva em consideração quem você transa, não poder mais”, afirma. Alexandre Salomão, de 40 anos, com relacionamento fixo e monogâmico, foi considerado inapto durante a triagem, por sua orientação sexual. Relatou: “O gay é obrigado a mentir a vida inteira. Mente para os amigos, mente no trabalho, mente para família. É injusto ter que passar por isso e mentir para um desconhecido sobre a orientação sexual”. Ao contrário de João e dos dois Alexandres, Vinícius De Vita, de 22 anos, estava solteiro quando foi ao banco de sangue. O estudante foi impedido de doar com a justificativa de que teve relações sexuais com mais de três parceiros no último ano. Ele estava acompanhado de uma amiga e um amigo, ambos solteiros e heterossexuais, que também tiveram mais de três parceiros nos 12 meses anteriores à doação. Os dois puderam doar, Vinícius não. “Entendo a questão da janela imunológica e acredito que não se pode ignorar que temos riscos maiores para várias DSTs. (...). Falei que era gay e me olharam com desconfiança, me senti mal, mega estigmatizado”. Desde então, nenhum dos entrevistados voltou a doar sangue (SUPERINTERESSANTE, 2019).

Os episódios revelam um efeito especialmente perverso da proibição; sentindo-se estigmatizados, os homens que revelam ter parceiros do mesmo sexo são considerados inaptos e deixam de doar sangue, o que se torna especialmente grave quando se verifica o déficit histórico nos bancos de sangue brasileiros (TOLLER et al., 2002). Logo, ao contrário do que sustenta o Ministério da Saúde, remanesciam razões de ordem pública para a retirada da interdição, cristalizada no inciso IV do art. 64 da Portaria 2712/2013, do Ministério da Saúde, que impedia a doação, por doze meses, de homens que tivesse sexo com outros homens e as suas parceiras (BRASIL, 2013). A restrição já constava da Resolução 153/2004 da ANVISA, que considerava “situação de risco acrescido”, com inabilitação por um ano para doação, os candidatos “homens que tiveram relações sexuais com outros homens e ou as parceiras sexuais destes”. (BRASIL, 2004).

A regra acerca da doação era: é possível ao homossexual doar sangue, desde que não tenha relações sexuais com nenhum parceiro. Ou seja, admite-se a doação de sangue da pessoa que se identifique como homossexual desde que, convenientemente, seja celibatária.

Em 2016, O Partido Socialista Brasileiro judicializou a questão: arguiu a inconstitucionalidade da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde (BRASIL, 2016) e a Resolução 43/2014 da da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que vedam, ambas, a doação de sangue por quem tenha tido intercurso com pessoas mesmo sexo, dentro da janela de um ano da última relação sexual.

A esta ação, se estabeleceram objeções e dúvidas:

a) a questão deve ser tratada pelo direito ou diz respeito a um assunto médico, para o qual os juízes se encontram mal habilitados e despreparados para julgar, ou seja, se trataria de um assunto extrajurídico?

b) os serviços de recepção de sangue possuem competência para estabelecer as regras sobre comportamentos de risco e o fato objetivo é de que os homens que têm relações com outros homens representam maior risco de contaminação de HIV, ou seja, o provimento jurisdicional invadiria competência administrativa?

c) o banimento definitivo ou a imposição de abstinência sexual aos homens com parceiros de mesmo sexo é compatível com a Constituição?

d) qual a política pública adequada para realizar a triagem e seleção dos candidatos à doação de sangue, equilibrando os princípios constitucionais e a máxima segurança do receptor?

e) a decisão do STF é suficiente e efetiva para impedir a discriminação no exercício do direito à doação de sangue?

Após três anos de debates, a partir da apresentação do voto inaugural do Min. Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal concluiu, por acolher a arguição de inconstitucionalidade, para declarar o direito dos homens que têm parceiros do mesmo sexo a realizar doações de sangue, sem restrições não impostas aos candidatos em geral. Prevê-se que a decisão não evitará os debates sobre o tema, em tempo de forte polarização acerca do papel do Supremo Tribunal Federal e seu possível ativismo judicial, desbordando dos limites da Corte Suprema.

2 A DOAÇÃO DE SANGUE PELOS HOMENS QUE TÊM PARCEIROS DO MESMO SEXO NO DIREITO COMPARADO

Longe de ser uma particularidade brasileira, a discussão sobre possibilidade da doação de sangue por homens com parceiros do mesmo sexo é mundial.

A controvérsia data do início da transmissão da síndrome da imunodeficiência adquiridas (SIDA). A época, os meios de teste eram imprecisos e forneciam muitos resultados enganosos. O teste “ELISA”, introduzido em meados dos anos 1980, revelou-se pouco preciso, exigindo confirmações. Atualmente, o exame está na quarta geração, com maior precisão, mas ainda longe da perfeição, com a possibilidade de falsos positivos. O teste alternativo de Western Blot apresenta a inconveniência contrária, com ocorrência de falsos negativos (SCHUSTER et al., 2013). Ademais, o exame tem o inconveniente de ter a chamada janela imunológica, período no qual o indivíduo já se encontra infectado, mas o corpo ainda não produziu anticorpos para permitir a detecção da doença.

A avaliação da experiência no direito comparado mostra que a doação de sangue pelos homens que têm parceiros do mesmo sexo atravessou três fases: a primeira, do banimento vitalício; a segunda, da restrição temporária, por um ano; a terceira, atual, de restringir a janela imunológica para os comportamentos de risco ou adotar modelos de avaliação de risco individual.

A Organização Mundial de Saúde, em seu guia para a doação de sangue, considera que os homens com parceiros do mesmo sexo constituem comportamento sexual de alto risco, apesar de reconhecer as críticas e admitir que o avanço nos testes pode permitir a admissão dos candidatos à doação:

O banimento permanente de HSH foi criticado por ser seletivamente discriminatório e carecer de rigor científico e passou por uma revisão em alguns países à luz de tecnologias cada vez mais sensíveis e confiáveis para a triagem de doações. Estudos usando modelagem matemática para prever o efeito de reduzir os intervalos de adiamento para HSH para um ou cinco anos sugeriram que o risco aumentado de uma doação infectada pelo HIV entrar no suprimento sanguíneo é pequeno, mas não zero, com pouco ganho em termos de doações adicionais. Esses estudos se baseiam em algumas suposições, são aplicáveis apenas às populações estudadas e se

relacionam a metodologias de teste que não estão disponíveis em alguns países e foram substituídas em outros. No entanto, nenhuma evidência comparável está disponível no momento. O diferimento permanente de HSH, portanto, continua sendo endossado como a posição padrão com base no princípio de redução de risco para "o mais baixo possível" (ALARA). Os critérios de adiamento para comportamentos sexuais de alto risco em um país ou região em particular devem ser determinados e revisados com frequência, com base no risco residual de infecções virais transmitidas por transfusão, levando em consideração alterações na epidemiologia da doença, melhorias nas tecnologias disponíveis para testes de doações e pesquisa em andamento (WHO, 2012).

A comportamento é enquadrado pela Organização Mundial de Saúde dentre os “antigos contatos sexuais de indivíduos cujo comportamento sexual os coloca em alto risco de infecções transmissíveis por transfusão: adie até 12 meses desde o último contato sexual”, o que se encontra dentro da janela adotada em muitos países.

Em Israel, passou-se da proibição da doação à adoção da janela de doze meses. Contudo, os estudos ratificam que o período deve ser revista à luz da ampliação dos testes baseados no ácido ribonucleico viral:

Também deve ser mencionado que há uma opção adicional de usar um Teste de Ácido Nucleico adicional, duas semanas após a doação para o atual Teste de Ácido Nucleico. Se o teste adicional de ácido nucléico for negativo, a unidade WholeBlood, mantida em quarentena, poderá ser liberada. Entretanto, este protocolo de teste duplo de ácido nucleico foi considerado inviável por causa de restrições organizacionais, estigmatização, perda de pelo menos dois componentes sanguíneos principais e possíveis problemas de custo-efetividade (GINSBERG et al., 2016).

No Reino Unido, seguiu-se o ciclo de: proibição, até 2010; introdução de janela de 12 meses, a partir de 2011; redução da janela para 3 meses, desde 2017. O período é exigido para todos os homens que tiveram sexo oral ou anal com outro homem, independentemente de sua orientação sexual, se têm relacionamento estável ou se utilizaram camisinhas ou tratamento profilático (NHS, 2017).

Os Estados Unidos é um exemplo nítido da evolução da política pública para os doadores HSH. Em 1983, quase um ano antes da identificação do vírus HIV como causa etiológica da SIDA, iniciou-se a pressão para impedir doadores de risco. Àquela altura, 25 estados americanos criminalizavam as relações sexuais entre adultos do mesmo sexo, com a complacência da Suprema Corte. Em 1983, o US Public Health Service recomendou que os candidatos homossexuais sexualmente ativos e bissexuais com múltiplos parceiros se abstivessem de doar sangue. Em 1985, com o desenvolvimentos dos primeiros testes de detecção do HIV, a janela de imunidade chegava a meses; como resultado, era possível que alguém contaminado e cuja sorologia somente seria detectável meses depois pudesse doar sangue infectado. Em reação, os órgãos públicos americanos passaram a proibir, de forma perpétua, a doação de sangue por HSH.

Com o desenvolvimento da tecnologia, em 1992, foi desenvolvido um teste capaz de reduzir a janela imunológica para semanas ou mesmo dias, mas a política de restrição a doações permaneceu intocada. Em março de 2006 e em 2010, o US Department of Health and Human Services (HHS) Advisory Committee on Blood Safety and Availability se reuniu para avaliar a política e, mesmo sem evidências científicas e médicas que justificassem o banimento perpétuo, o manteve, dizendo que a evidência científica era insuficiente. Enfim, após manifestações contrárias da Associação Médica dos Estados Unidos e forte pressão política, foi revertida a proibição, que se arrastara por 28 anos e, segundo o documento produzido a época, perpetuava estereótipos inadequados contra homens homossexuais e bissexuais, encorajando atmosfera que promove discriminação, além de afastar potenciais doadores (BAYER, 2015).

A partir de dezembro de 2015, passou a vigorar o período de um ano de abstinência. Apesar das estatísticas alarmistas da FDA americana de que mais de 10% do sangue de doadores HSH seriam contaminados, os testes conduzidos pelo instituto Blood Donation Rules Opinion Study (BloodDROPS) mostraram que este percentual era de apenas 0,25% (SHAW, 2020). Enfim, neste ano, o período foi reduzido para três meses, em meio à pandemia do coronavírus e mediante pressão forte da bancada do partido democrata (BOLLINGER, 2020).

A epopeia para o levantamento das restrições para a doação de sangue nos Estados Unidos é significativa de que não se trata de uma questão meramente médica ou científica; embora seja um fato de que a população HSH apresente uma taxa maior de contaminação, a proibição de doação não tem base científica, tampouco o estabelecimento de uma janela tão extensa, quando há meios eficazes de detectar a presença do HIV em período bem mais curto.

Os exames de detecção do vírus HIV se baseavam na detecção dos anticorpos. Como a sua produção poderia demorar certo período, a janela epidemiológica era mais extensa; Mas há outra abordagem: em vez de detectar os anticorpos, procurar o próprio ácido ribonucleico viral com exames amplificados; o exame é muito mais preciso e permite a detecção bem mais rápida. Atualmente, o protocolo exigido pelo Ministério da Saúde brasileiro para cada exame de sangue exige uma combinação dos dois métodos: “detecção de anticorpo contra o HIV ou detecção combinada do anticorpo contra o HIV + antígeno p24 do HIV” e “detecção de ácido nucleico (NAT) do HIV” (BRASIL, 2016, §8º do art. 130). Logo, aqui, como nos outros países estudados, não se sustenta medicamente ou cientificamente o espaço de um ano exigido.

3 DIREITOS HUMANOS E ORIENTAÇÃO SEXUAL

Os direitos assegurados pela Constituição são concebidos a todos os cidadãos brasileiros, independente de sua orientação sexual. Todo brasileiro goza do direito à dignidade e tratamento isonômico pelo poder público, sendo vedado o preconceito.

O princípio já foi abraçado pelo Supremo Tribunal Federal em vários julgados, destacando-se o paradigmático julgado na ADI 4277:

[...] PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. [...] Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “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”. [...] (BRASIL – STF, 2011).

Essa concretização do princípio da dignidade humana foi melhor esmiuçada no voto do Relator, Min. Ayres Britto:

[...] nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. [...] Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. [...] Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa. Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc) (BRASIL- STF, 2011, p. 638-9).

No mesmo sentido caminhou o Min. Celso de Mello:

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigualmente as pessoas em razão de sua orientação sexual. Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunidade nacional (BRASIL - STF, 2011, p. 833-4).

É possível objetar-se que a vedação atualmente posta à doação de sangue pelos HSH não seria propriamente à homossexualidade, mas a um comportamento de risco. Esta é uma colocação que não se sustenta, porque impõe desarrazoadamente a obrigação do celibato apenas aos HSH, independentemente de incorrerem ou não em comportamento de risco. Trata-se de uma discriminação indireta à minoria, mal disfarçada.

A justificativa do Ministério de Saúde, ainda online em setembro de 2020, sustenta:

A Food and Drug Administration (FDA), dos Estados Unidos, possui norma ainda mais restritiva do que a brasileira, recomendando que os HSH, a partir do ano 1977, não podem doar sangue definitivamente. Essa mesma recomendação é seguida pelo Conselho Europeu, Inglaterra, Canadá, Austrália e pela maioria dos países desenvolvidos, além da Associação Americana de Bancos de Sangue (AABB). Estudos feitos nos Estados Unidos e na Inglaterra mostram que o relaxamento da norma para a exposição dos HSH no período de 12 (doze) meses incrementaria o risco de transmissão de HIV em 60% para 500%, caso a norma fosse abolida. O que, de fato, fundamenta a adoção de tais medidas por esses países. No Brasil, Szwarcwald e Barbosa estimaram que o risco de eliminar a questão sobre HSH da triagem clínica incrementaria o risco em 50%. Diante do exposto e considerando-se que: a inaptidão temporária, em caso algum, pode ser vista como discriminatória; um aumento no risco sanitário, mesmo insignificante, não é aceitável; a incidência de doenças sexualmente transmissíveis por via sanguínea é cada vez maior na população de HSH como na população em geral. Nenhum elemento novo comprovado cientificamente sugere uma mudança na triagem clínica de doadores de sangue de HSH e das parceiras sexuais destes (ANVISA, 2020).

São três fundamentos questionáveis. Em primeiro lugar, a chamada inabilitação temporária a doação é perpétua, a não ser que se renuncie à vida sexual, sendo irrelevante se é ou não monogâmica e se são adotadas cautelas. Clara a discriminação e o enfoque injurídico:

A homofobia, que ainda acontece nos serviços de saúde, é outro obstáculo para o acesso a serviços de saúde e para um tratamento correto. Diferentemente de países como os EUA e alguns da Europa Ocidental, onde há serviços de saúde dirigidos por profissionais de saúde assumidamente homossexuais, no Brasil esta é uma realidade distante, e tampouco existem programas de assistência para a população de homossexuais, tal como já existe para outras populações, como os programas de saúde da mulher. Sem esquecer dos esforços de prevenção e tratamento para o HIV/AIDS, a intenção deste artigo é chamar a atenção para estratégias que possam reforçá-los e fazer com que alcancem um número cada vez de maior de homens com práticas homossexuais. No que diz respeito à assistência, possivelmente a inclusão da orientação sexual nos estudos clínicos sobre as doenças pode ampliar as possibilidades de atenção para uma saúde mais integral, incluindo o HIV. Conhecer as diferentes condições e necessidades de saúde das populações homossexuais, valorizando as suas variadas identidades, expressões e projetos políticos e culturais é

uma forma de reconhecê-las socialmente e romper com o referencial da doença, que tem prevalecido até a atualidade em grande parte do pensamento sobre homossexualidade e saúde. Isso certamente permitirá uma atenção menos massificada, estigmatizada e mais respeitosa com as diferenças (TERTO JR., 2002).

O segundo fundamento também não tem eco científico, na medida em que o incremento na contaminação por HIV na população dos homens que têm parceiros do mesmo sexo é fruto de comportamentos de risco:

Besides biological vulnerability of MSM to HIV infection (unprotected anal sex represents high risk of transmission), the escalation of HIV/sexually transmitted infections (STI) in MSM has been largely attributed to a steady increase in high risk sexual behaviours, such as unprotected sex, and multiple and concurrent sexual partners (GAMA et alli, 2017).

Feitas essas ressalvas, é fato que a contaminação do vírus da imunodeficiência adquirida é desproporcional em homens que têm parceiros do mesmo sexo: segundo o relatório da agência das Nações Unidas sobre a AIDS, o risco de contaminação é 26 vezes maior neste grupo (UNAIDS, 2020). Contudo, tal fator pode ser melhor sopesado mediante avaliação de risco individual, como se defenderá adiante.

A conclusão de que a restrição é fruto de preconceito afasta, igualmente, o crítica quanto a tratar-se de “ativismo judicial”, aqui compreendido como o desvio espúrio do judicial para, em viés voluntarista, substituir-se ao legislador e invocar poderes de demiurgo. Apontado o ato que importa em preconceito, não há escolha ao julgador senão apreciá-lo e, concluindo pela sua desconformidade à Constituição Federal, em retirá-lo da ordem jurídica.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (1998), a exceção ao princípio da igualdade somente se justifica se for legítimo, claro e bem definido o critério discriminatório e houver justificativa racional, que não viole os valores e princípios constitucionais. A vedação anual não atende a nenhum dos requisitos; não é racional, tampouco proporcional exigir a abstinência sexual por um ano. Os estudos que poderiam embasar tal comportamento estão baseados em modelos de testes virais que são obsoletos. Não há ainda nenhuma estranheza ou ineditismo em se tratar de questão que exige a utilização de conhecimento médico: No mais, a questão é claramente jurídica, pois diz respeito a uma segmento de pessoas que está excluída, o que pode ter consequências dramáticas - como o impedimento de doar sangue a um parente próximo, por exemplo. Muito frequentemente, o Judiciário resolve problemas médicos muito mais complexos (responsabilidade em acidentes de trabalho, doenças ocupacionais, responsabilidade dos planos de saúde em procedimentos e cirurgias, responsabilidade do Estado na aquisição de medicamentos etc).

Em suma: não há explicação dentro da racionalidade médica que justifique a vedação à doação de sangue pelos homens que têm parceiros do mesmo sexo; as mesmas proibições não se aplicam aos homens e mulheres com parceiros heterossexuais, ainda

4 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 5543

Após longa deliberação, concluiu o Supremo Tribunal Federal, em voto relatado pelo Ministro Edson Fachin:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ART. 64, IV, DA PORTARIA N. 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E ART. 25, XXX, “D”, DA RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC N. 34/2014 DA ANVISA. RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE A GRUPOS E NÃO CONDUTAS DE RISCO. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 1. A responsabilidade com o Outro demanda realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível e incutir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue. 2. O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre 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. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada, pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável; e a sua autonomia pública, pois se veda a possibilidade de auxiliarem àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue. 3. A política restritiva prevista na Portaria e na Resolução da Diretoria Colegiada, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue. Trata-se de discriminação injustificável, tanto do ponto de vista do direito interno, quanto do ponto de vista da proteção internacional dos direitos humanos, à medida que pressupõem serem os homens homossexuais e bissexuais, por si só, um grupo de risco, sem se debruçar sobre as condutas que verdadeiramente os expõem a uma maior probabilidade de contágio de AIDS ou outras enfermidades a impossibilitar a doação de sangue. 4. Não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade. 5. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 64 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e da alínea “d” do inciso XXX do art. 25 da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BRASIL - STF, 2020a).

Segundo o relator,

Não pode o Direito incorrer em uma interpretação utilitarista, recaindo em um cálculo de custo e benefício que desdiferencia o Direito para as esferas da Política e da Economia. Não cabe, pois, valer-se da violação de direitos fundamentais de grupos minoritários para maximizar os interesses de uma maioria, valendo-se, para tanto, de preconceito e discriminação. [...] A responsabilidade com o Outro no caso em tela nos convida, portanto, a realizar uma desconstrução do Direito posto para

tornar a Justiça possível. Incutir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue. Somos responsáveis pela resposta que apresentamos a esse apelo. [...] o voto que se segue, embasado na ética da alteridade, coloca-se como mais um capítulo do romance em cadeia de nossa narrativa constitucional ou mais uma coluna de nossa catedral em permanente construção. Em outras palavras, trata-se não de desconsiderar simplesmente a norma posta e a atividade interpretativa prévia ou de encerrá-la, mas de desconstruir o direito posto para permeá-lo com justiça, robustecendo o que se entende por dignidade e igualdade. É preciso, pois, dar concretude e sentido às nossas previsões constitucionais afim de se perquirir uma dogmática constitucional emancipatória (BRASIL – STF, 2020, p. 3-9).

Remata:

Há, assim, um tratamento desigual, desrespeitoso, verdadeiro desconhecimento ao invés de reconhecimento desse grupo de pessoas. Não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade (BRASIL – STF, 2020, p. 31).

Em golpe final, reconheceu-se que, por força dos tratados internacionais firmados pelo Brasil, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e, como soft law, os Princípios de Yogyakarta, é inviável juridicamente a discriminação perpetrada pelos textos combatidos, ainda que não tenha sido intencionada e dirigida com boa-fé.

Ao final, a maioria de sete votos a quatro considerou inconstitucionais os dispositivos, tomando por base, sobretudo, o princípio da dignidade e a ausência de razoabilidade e proporcionalidade na vedação, não obstante a boa-fé dos atos normativos (de fato, somente houve três votos contrários, pois o Ministro Alexandre de Moraes acolhia o pedido em parte, para dar interpretação conforme à Constituição). A exemplo de precedentes anteriores, em que o Supremo Tribunal Federal conheceu o casamento homoafetivo, proscreeu o crime militar de pederastia e criminalizou a LGBTQfobia. A Corte Suprema deu sinais da afirmação e reconhecido dos direitos dos segmentos com orientação e identidade sexual minoritária, em contraste com a pauta “de costumes” do Poder Legislativo e o discurso homofóbico e agressivo de parte significativa do movimento político evangélico e católico conservador (NATIVIDADE e OLIVEIRA, 2009; ROMANCINI, 2018). Passado um ano da decisão que reconheceu a criminalização da LGBTQfobia, ainda há muito a trilhar: o cenário social é extremamente agressivo e a violência contra homossexuais e transexuais continua em proporções alarmantes e trágicas (BARBIERI, 2020). Nesse sentido, o reconhecimento aos HSH do direito à doação de sangue representa mais um passo para sua plena aceitação social e prevenção do preconceito e violência.

5 ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA FAZER A SELEÇÃO E TRIAGEM DOS DOADORES

A seleção e afastamento dos candidatos à doação de sangue não pode tomar por base questões de gênero, nem de orientação sexual. Nem sequer o período de carência por abstinência sexual, a não ser que fosse generalizado; não há porque supor que uma mulher que tenha tido parceiros múltiplos ofereça menos riscos que um HSH que tenha uma relação monogâmica estável.

Essa alternativa foi citada em vários votos no julgamento proferido no Supremo Tribunal Federal, uma vez que o afastamento do critério de orientação sexual não importa que não possam haver critérios claros e transparentes para a avaliação de risco na doação de sangue, desde que sejam impessoais e não limitem os doadores por conta de sua intimidade e orientação sexual.

Considerando o protocolo de teste duplo nas amostras, reduz-se consideravelmente a possibilidade de contaminação. Para além desses cuidados, há a possibilidade de realizar novo teste após duas semanas da colheita, o que levanta, contudo, dificuldades operacionais e impede as doações de urgência.

A solução jurídica e a política pública razoável e adequada é o modelo de avaliação de risco individual, que exige uma mudança no modelo, mas em contrapartida oferece maior segurança e utiliza critérios mais claros e transparentes, que afastam possível discriminação. Tal avaliação considerará os dados do comportamento individual do doador, como uso de drogas, sexo casual sem preservativo ou sexo promíscuo, e podem adiar permanentemente as pessoas que têm um perfil de risco mais alto; em outro nível, permanecem as pessoas que oferecem risco moderado; enfim, são imediatamente aceitos os possíveis doadores que apresentam risco baixo ou nulo. O objetivo da política é maximizar a quantidade de doadores, indo ao encontro do objeto público de aumentar o estoque nos bancos de sangue. Por outro lado, a abordagem discriminatória a um grupo minoritário tem a dupla desvantagem de fornecer uma enganosa presunção de segurança para os outros grupos, que pode se revelar falsa.

A abordagem de avaliação de risco individual compreende: (1) identificar efetivamente a pré-doação de indivíduos em risco, (2) formular perguntas específicas podem capturar indivíduos em risco, (3) tomar o cuidado de oferecer as perguntas na entrevista de forma eficaz, mas compreensível, aceitável e culturalmente apropriado, (4) estabelecer o diferimento das doação e sua duração, (5) levantar as alterações processuais necessárias nos

estabelecimentos de coleta de sangue e (6) projetar um estudo em potencial para avaliar o novo método como alternativa ao atual.

É fato que o vírus da HIV dobrou as infecções nos últimos dez anos e as população especialmente mais afetadas são as mulheres trans e os homens que têm relações com elas, o que é reflexo da violência e marginalidade para a qual são submetidos essas populações. Mas a política de vedar a esta população o acesso à doação de sangue apenas reforça e perpetua o preconceito e estereótipo aos quais estão submetidos esta minoria.

Um exemplo bem sucedido da atualização da avaliação de risco individual é a Itália. Em 2001, a política de banimento dos HSH das doações de sangue foi abolida, com resultados favoráveis:

O IRA na Itália começa com um questionário auto-preenchido e uma entrevista subsequente com um médico adequadamente treinado na avaliação da doação de sangue. Os comportamentos de risco que justificam um adiamento de quatro meses incluem fazer sexo com um novo parceiro cujo comportamento ou histórico sexual é desconhecido para o potencial doador (por exemplo, sexo casual) e ter feito sexo com uma pessoa que era ou é HIV positivo (ou similarmente positivo para um patógeno transmitido pelo sangue, como hepatite B ou C). Os comportamentos de alto risco que justificam o adiamento permanente incluem: contato sexual repetido com um parceiro (ou pessoas) cujo comportamento ou histórico sexual é desconhecido, sexo com uma profissional do sexo, uso de drogas injetáveis ou sexo repetido com uma pessoa infectada com sífilis ou HIV ou com um patógeno transmitido pelo sangue semelhante. O médico que entrevista o potencial doador é responsável pela determinação do nível de risco. Além disso, a Itália empregou o exame NAT, bem como ensaios de triagem como Western Blot desde 2001, com a NAT se tornando obrigatória em 2008. Comparando os dados do período anterior e posterior ao IRA, duas estatísticas principais emergem: (1) a incidência do HIV aumentou e a prevalência diminuiu, mas nenhuma mudança foi estatisticamente significativa ou claramente identificável como resultado. apenas das doações para HSH e (2) mais do dobro de italianos doavam sangue em 2010 do que em 1999, com dois doadores do sexo masculino para cada doadora (SIRCAR, 2018).

6 CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO DO STF

Após a publicação da decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal, dada a omissão dos órgãos estatais em efetivar a mudança das políticas públicas, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) apresentou Reclamação no Supremo Tribunal Federal (STF) contra a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (BRASIL - STF, 2020b). Em resposta, a Diretoria Colegiada da ANVISA editou a Resolução nº 399, pela qual revogou a alínea "d" do inciso XXX do art. 25 da Resolução de Diretoria Colegiada - RDC no 34, de 11 de junho de 2014, e dispôs que a Gerência de Sangue, Tecidos, Células e Órgãos - GSTCO/DIRE1/ANVISA elaborará orientação técnica “a respeito do gerenciamento dos riscos sanitários e das responsabilidades pertinentes aos serviços de hemoterapia públicos e privados em todo o país e aos demais atores envolvidos”.

Contudo, o Ministério da Saúde nada mudou acerca da orientação da Portaria nº 158/2016, que continua formalmente em vigor, com a previsão de inabilitação para doação por doze meses dos homens que tiveram relações sexuais com outros homens e suas parceiras (BRASIL – MS, 2016). A par do acompanhamento dos desdobramentos da decisão, é necessária a revogação formal do item declarado inconstitucional, dada a sobreposição de competências entre o Ministério da Saúde e a ANVISA.

CONCLUSÕES

À guisa de conclusões, traça-se:

a) a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal está alicerçada em sólidos princípios constitucionais, com a afirmação do princípio de igualdade e não-discriminação, ratificados em tratados e protocolos internacionais ratificados pelo Brasil, dada a ausência de racionalidade e proporcionalidade na proibição, que vulnerava o princípio da dignidade;

b) a competência administrativa dos serviços de recepção de sangue encontra seus limites na legalidade e constitucionalidade;

c) o banimento definitivo ou a imposição de abstinência sexual aos homens com parceiros de mesmo sexo é incompatível com a Constituição;

d) é possível traçar política pública adequada para realizar a triagem e seleção dos candidatos à doação de sangue, equilibrando os princípios constitucionais e a máxima segurança do receptor, mediante análise individual do risco;

e) a decisão do STF é fundamental, mas deve ser acompanhada por atos administrativos que incorporem na política estatal os princípios reconhecidos pelo tribunal.

O estabelecimento do prazo de doze meses de abstinência para colher a doação de sangue de homens que têm relação com parceiros do mesmo sexo não se afigura como uma restrição razoável, nem proporcional e equilibrada, violando os critérios que justificariam a diferenciação do princípio de igualdade. Sob outro ângulo, a imposição constitui forma indireta de discriminação à orientação sexual e preconceito, vedado pelo princípio constitucional da dignidade humana. Plenamente justificada a intervenção estatal pelo Judiciário, por se tratar de violação de princípio constitucional, sendo irrelevante que a solução da causa dependa de conhecimentos médicos, o que é fruto da inserção da esfera jurídica nas esferas sociais.

Considerando a necessidade de adotar uma política pública equilibrada, que leve em consideração (a) os direitos e garantias constitucionais, promovendo a igualdade, pluralidade e defesa das minorias, (b) ao tempo que preserve a segurança e saúde dos receptores de sangue, a solução jurídica indicada é a adoção de modelo de avaliação de risco individual, que

permite uma triagem mais detalhada, com menor possibilidade de risco e eliminando o preconceito.

Por fim, o reconhecimento judicial de que a restrição é discriminatória e inconstitucional contribui para a efetiva inserção dos segmentos LGBTQ+ em todas as atividades asseguradas aos cidadãos em geral, sendo mecanismo para redução do preconceito e violência de que são vítimas.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Izadora. Um ano da criminalização da LGBTfobia: entre lacunas e implicações de violência. In: Jornal Opção, 24 de junho de 2020. Disponível em <http://canalcienciascriminais.com.br>. Acesso em 3 set 2020.

BAYER, Ronald. Science, Politics, and the End of the Lifelong Gay Blood Donor Ban. In: The Millbank Quarterly. June 2015 (Volume 93). Disponível em: <https://www.milbank.org/quarterly/articles/science-politics-and-the-end-of-the-lifelong-gay-blood-donor-ban/>. Acesso em 3 mai 2020.

BOLLINGER, Alex. Alexandria Ocasio-Cortez & House Democrats want to end the gay blood ban to fight coronavirus. LGBTQNation, 2 abr 2020. Disponível em: <https://www.lgbtqnation.com/2020/04/alexandria-ocasio-cortez-house-democrats-want-end-gay-blood-ban-fight-coronavirus/>. Acesso em 3 mai 2020.

BRASIL – ANVISA (Agência Nacional de Vigilância de Segurança Sanitária). Resolução 153/2004. Disponível em https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/RES_153.pdf. Acesso em 3 mai 2020.

BRASIL – ANVISA (Agência Nacional de Vigilância de Segurança Sanitária). ANVISA Esclarece. 2020. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/anvisa-esclarece>. Acesso em 13 set 2020.

BRASIL - MS (Ministério da Saúde). Portaria 1353/2011. Disponível em <https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/PORTARIA%20No%201353%20de%2013%20de%20junho%20de%202011.pdf>. Acesso em 3 mai 2020.

BRASIL - MS (Ministério da Saúde). Portaria 2712/2013. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2712_12_11_2013.html. Acesso em 3 mai 2020.

BRASIL - MS (Ministério da Saúde). Portaria 158/2016. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em 3 set 2020.

BRASIL - MS (Ministério da Saúde). Doação de Sangue. Disponível em <https://www.saude.gov.br/>. Acesso em 3 set 2020.

BRASIL – STF (Supremo Tribunal Federal). Acórdão ADI 5277. 5 mai 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 3 mai 2020.

BRASIL – STF (Supremo Tribunal Federal). Acórdão ADI 5543, 2020a. 9 mai 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5080673&ext=RTF>. Acesso em 3 set 2020.

BRASIL – STF (Supremo Tribunal Federal). RCL 41506, 2020b. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?>

[numero=41506&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M](#). Acesso em 3 set. 2020.

PORTAL G1. Gay é proibido de doar sangue e Defensoria do Pará apura o caso. 14/02/2015. Disponível em <http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2015/02/gay-e-proibido-de-doar-sangue-e-defensoria-do-para-apura-o-caso.html>. Acesso em 3 mai 2020.

GAMA, Ana, MARTINS, Maria e DIAS, Sônia. HIV Research with Men who Have Sex with Men (MSM): Advantages and Challenges of Different Methods for Most Appropriately Targeting a Key Population. AIMS Public Health. 2017. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5690451/>. Acesso em 3 set 2020.

GINSBERG, Gary Michael. SHINAR, Eilat, KOPEL, Eran e CHEMTOB. Daniel. Should Men who have sex with Men be allowed to donate blood in Israel? In: Israel Journal of Health Policy Research (2016) 5:60. Disponível em: <https://ijhpr.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s13584-016-0123-2>. Acesso em 3 mai 2020.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 1998.

NATIVIDADE, Marcelo e OLIVEIRA, Leandro de. Sexualidades ameaçadoras: religião e homofobia(s) em discursos evangélicos conservadores. In: Sexualidad, Salud y Sociedad, n.2 - 2009 – pp.121-161. Disponível em www.sexualidadsaludysociedad.org. Acesso em 3 set 2020.

NHS – GIVE BLOOD. Who can give blood: Men who have sex with men. Disponível em <https://www.blood.co.uk/who-can-give-blood/men-who-have-sex-with-men/>. Acesso em 3 mai 2020.

PRAGMATISMO POLÍTICO. Homossexuais não podem doar sangue no Brasil? Disponível em: <https://pragmatismo.jusbrasil.com.br/noticias/129525650/homossexuais-nao-podem-doar-sangue-no-brasil>. Acesso em 3 mai 2020.

ROMANCINI, Richard. Do “Kit Gay” ao “Monitor Da Doutrinação”: a reação conservadora no Brasil. In: Contracampo, Ed. v. 37, nº 2, pp. 87-108. 2018. Disponível em <https://periodicos.uff.br>. Acesso em 3 set 2020.

SCHUSTER, Aline Daniele, LISE, Michelle Larissa Zini, HOERLLE, Jairo Luis. Avaliação sorológica de HIV por técnicas de ELISA de quarta geração. In: Revista de Epidemiologia e Controle de Infecção. Ano III, Volume 3, Número 4, out/dez 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Aline_Schuster2/publication/276265968_HIV_serology_using_fourth-generation_ELISA_techniques/links/55534d4308aeaaff3bf0f083/HIV-serology-using-fourth-generation-ELISA-techniques.pdf. Acesso em 3 mai 2020.

SIRCAR, Neiloy. Good Public Health Policy, Better Public Health Law: Blood Donation, Individual Risk Assessments, & Lifting the Deferral for Men Who Have Sex With Men. In: Food and Drug Law Journal, Vol. 73 I, 2018. Disponível em: https://www.fdli.org/wp-content/uploads/2018/03/Sircar_73.1.pdf. Acesso em: 3 mai 2020.

SHAW, Maggie L. FDA's Revised Blood Donation Guidance for Gay Men Still Courts Controversy. In: The American Journal of Managed Care, 4 abr 2020. Disponível em: <https://www.ajmc.com/focus-of-the-week/fdas-revised-blood-donation-guidance-for-gay-men-still-courts-controversy>. Acesso em 3 mai 2020.

SUPERINTERESSANTE. Brasil desperdiça 18 milhões de litros de sangue ao ano por preconceito. Disponível em <https://super.abril.com.br/saude/brasil-desperdica-18-milhoes-de-litros-de-sangue-ao-ano-por-preconceito>. Acesso em 3 mai 2020.

TERTO JR., Veriano. Homossexualidade e saúde: desafios para a terceira década de epidemia de HIV/AIDS. Horiz. antropol., Porto Alegre, v. 8, n. 17, p. 147-158, jun. 2002. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832002000100008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 13 set. 2020.

TOLLER, Aline, MORO, Cristiane, DORNELLES, Érico, ZANINI, Kelly, BRUSCHI, Márcia, HAIGERT, Valéria e FLECK, Juliana. Campanha de Incentivo à Doação de Sangue. IN: Revista Eletrônica Disciplinary Scientia v. 3, n. 1 (2002). Disponível em: <https://periodicos.ufn.edu.br/index.php/disciplinarumS/article/view/853/797>. Acesso em 3 mai 2020.

UNAIDS. Global HIV & AIDS statistics — 2020 fact sheet. Disponível em <https://www.unaids.org/en/resources/fact-sheet>. Acesso em 3 set 2020.

WHO - World Health Organization. Blood Donor Selection: Guidelines on Assessing Donor Suitability for Blood Donation. Genebra: WHO, 2012.