

Vedação à Doação de Sangue por Homens que Fazem Sexo com Homens: Constitucional ou Inconstitucional?

André Moreira Baiseredo

Advogado. Especialista em Direito Administrativo Empresarial. Especialista em Direito Médico. Consultor Jurídico associado a Dantas, Fonseca & Nigre. Coordenador Jurídico do HEMORIO e Advogado da Fundação Pró-HEMORIO de 2004 a 2016. Diretor Jurídico do Centro Multidisciplinar de Odontologia Intensiva. Membro fundador do Colégio Brasileiro de Odontologia Intensiva. Membro da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB/Barra. Membro da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/Barra. Coordenador da Pós-Graduação de Direito Médico e Hospitalar das Faculdades Integradas Hélio Alonso – FACHA. Professor convidado de Cursos de Pós-Graduação e Extensão. Professor da Associação Brasileira de Ouvidores. Autor do livro O Direito e o Sangue: o Ciclo do Sangue.

RESUMO: A obtenção de produtos biológicos de qualidade é procedimento que sempre preocupou as autoridades sanitárias. As exigências acerca de um sangue de qualidade é uma preocupação internacional, que demanda adequados métodos de testagem, tanto clínica, quanto laboratorial. Tema que se encontra alvo de profunda reflexão, a vedação legal à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, é objeto de debates fervorosos. Na atualidade, será o Supremo Tribunal Federal a voz definitiva acerca da questão. A constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas que vedam a doação por homens que fazem sexo com

homens, e as parceiras destes, será, enfim, alvo de análise por nossa Corte maior. Nada obstante, enquanto o Supremo Tribunal Federal não se manifesta, cumpre analisar o tema de maneira objetiva, considerando-se os aspectos práticos da questão.

PALAVRAS-CHAVE: Produtos biológicos. Qualidade. Sangue. HSH.

ABSTRACT: Obtaining quality biological products is a procedure that has always concerned the health authorities. The demands on quality blood are an international concern, which demands adequate methods of testing, both clinical and laboratory. The subject of deep reflection, the legal prohibition on the donation of blood by men who have sex with men, is the subject of fervent debate. At present, the Supreme Court will be the definitive voice on the matter. The constitutionality or unconstitutionality of norms that prohibit donation by men who have sex with men, and their partners, will ultimately be the subject of analysis by our higher court. Nevertheless, while the Federal Supreme Court does not manifest itself, it is necessary to analyze the issue objectively, considering the practical aspects of the issue.

KEYWORDS: Biological products. Quality. Blood. HSH.

INTRODUÇÃO

No esteio das revoluções sociais verificadas em nosso País na atualidade, onde conceitos são inteiramente revistos após a revelação de fatos que, até então, eram mantidos ocultos do público, em virtude de interesses inconfessáveis, clamando de nossa Corte Superior a sua manifestação expressa, enquanto intérprete de nossa Magna Carta, ressurgiu um tema que permaneceu latente nos últimos anos, mas nunca distante da rotina dos Serviços de Hemoterapia, públicos e privados, de todo o Brasil.

A força motriz do momento é o Partido Socialista Brasileiro (PSB), que ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5543) no Supremo Tribunal Federal (STF), com pedido de liminar, contra normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que considera homens que fazem sexo com homens, bem com as parceiras sexuais destes, temporariamente inaptos para a doação de sangue, pelo período de 12 meses a partir da última relação sexual.

Para o partido, na prática, tais normas impedem que homossexuais doem sangue de forma permanente, situação que revela “absurdo tratamento discriminatório por parte do Poder Público em função da orientação sexual”.

Na ADI, o partido afirma que a Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, e o artigo 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 34/2014, da ANVISA, ofendem a dignidade dos envolvidos e retira-lhes a possibilidade de exercer a solidariedade humana.

Enfatiza o PSB, no processo atualmente em trâmite no STF, com relatoria do Ministro Edson Fachin, a saber, *in verbis*:

Se não bastasse, há que se destacar a atual – e enorme – carência dos bancos de sangue brasileiros. Segundo recentes levantamentos, estima-se que, em função das normas ora impugnadas – proibição de doação de sangue por homens homossexuais –, 19 milhões de litros de sangue deixam de ser doados anualmente. (STF. ADI nº. 5543).

O partido cita, ainda, dados de que uma única doação de sangue pode salvar até quatro vidas. Assim, se for considerado que em cada doação são coletados, em média, 450 ml de sangue, o desperdício anual de 19 (dezenove) milhões de litros corresponde a um número assombroso de vidas que poderiam ser salvas, mas que acabam desassistidas, em virtude das normas sanitárias atualmente em vigor.

Neste diapasão, sustenta o Partido Socialista Brasileiro que as normas questionadas na ação supramencionada violam os seguintes preceitos constitucionais: dignidade da pessoa humana, direito fundamental à igualdade, objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminações e o princípio da proporcionalidade; estando todos inculpidos em nosso hodierno Ordenamento Jurídico Pátrio.

A ADI apresenta o contexto histórico do qual surgiu a proibição de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, bem com as parceiras sexuais destes, citando que o vírus HIV, causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), manifestou-se pela primeira vez nos anos de 1977 e 1978 nos Estados Unidos, Haiti e África Central, multiplicando-se de forma descontrolada nos anos que se seguiram.

Em suas razões, sustenta a ação ajuizada pelo partido, a saber, *in verbis*:

Assim, em virtude do temor e desconhecimento científico acerca da Aids, passou-se a proibir as doações sanguíneas advindas de certos grupos sociais, dentre os quais se inseriam os homens homossexuais. E foi seguindo esse contexto mundial que o Ministério da Saúde do Brasil editou a Portaria 1366, no ano de 1993, proibindo pela primeira vez que homens homossexuais doassem sangue no país. (STF. ADI nº. 5543).

O PSB sustenta em seu discurso que, desde o ano 2000, o debate sobre o fim da proibição de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, bem com as parceiras sexuais destes, tornou-se muito presente em todo o mundo, especialmente em função do controle da AIDs, dos avanços tecnológicos e medicinais, além da estabilização das relações homossexuais. Mas, apesar do controle da epidemia de AIDs, do maior conhecimento quanto às suas causas e de resultados mais eficazes nos tratamentos, a legislação brasileira continuou “impregnada de visões ultrapassadas, lógicas irracionais e fundamentos discriminatórios”.

Da mesma forma, sustenta o partido que o fato de a ANVISA ter alterado a proibição, até então tida como permanente, para doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, bem com as parceiras sexuais destes, para uma proibição temporária, de um ano, na hipótese do homossexual ter tido relação sexual nos últimos 12 meses, poderia soar, à primeira vista, como relativo progresso normativo, mas, na prática, continuou impedindo a doação permanente dos homossexuais que tenham mínima atividade sexual.

Destarte, evocando a premência da questão, os autores da ADI pedem, em cognição sumária, liminar para suspender imediatamente os efeitos da Portaria do Ministério da Saúde e da Resolução da ANVISA e, no mérito, que tais normas sejam consideradas inconstitucionais.

Não obstante as razões sustentadas em seu pleito, o PSB afirma que a legislação brasileira já exclui a doação de sangue por pessoas promíscuas, independente da orientação sexual, afirmando, a saber, *in verbis*: “Nesse contexto, veja-se que o objetivo desta ação direta não compromete, de forma alguma, a segurança dos procedimentos hemoterápicos”.

De toda sorte, embora claramente com viés político, e não científico, conclui o partido, a saber, *in verbis*:

O que se busca é extinguir do ordenamento jurídico brasileiro os ranços discriminatórios que, sob o véu da ‘proteção’, mantêm exclusão social inadmissível na ordem constitucional vigente. (STF. ADI nº. 5543).

Conforme o já salientado, a relatoria da ADI coube, por livre distribuição, ao Ministro Edson Fachin, que entendeu cabível a adoção do rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei nº. 9.868/1999 (Lei das ADIs), “em razão da relevância da matéria debatida nos autos e sua importância para a ordem social e segurança jurídica”, que, segundo o preconizado no texto normativo, permite que a ação seja julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal diretamente no mérito, sem prévia análise do pedido de liminar.

O Ministro Edson Fachin, em despacho proferido em 08 de junho de 2016, fundamentou sua decisão sob o argumento de que:

Sob qualquer ângulo que se olhe para a questão, o correr do tempo mostra-se como um inexorável inimigo. Quer para quem luta por vivificar e vivenciar a promessa constitucional da igualdade, quer por quem luta viver e tanto precisa do olhar solidário do outro. (STF. ADI nº. 5543. RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN. 08/06/16).

O Ministro também requisitou informações às autoridades envolvidas, a serem prestadas no prazo de dez dias, o que já ocorreu, e de forma robusta, pela ANVISA. Em seguida, ato contínuo, determinou-se a vista dos autos ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, conforme preconiza o trâmite legal.

Como era de se esperar, diversas foram as organizações sociais e culturais que adentraram ao processo, valendo-se da *amicus curiae*¹ (SILVA, 1993), objetivando o êxito da pretensão formalizada pelo PSB, dentre elas, inclusive, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Não obstante os fundamentos da decisão do Ministro e a premência de se obter, enfim, uma manifestação de nossa Corte Superior sobre o tema, ainda não há data para julgamento do processo pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

¹ *Amicus curiae* é termo de origem latina que significa “amigo da corte”. Diz respeito a uma pessoa, entidade ou órgão com profundo interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário.

Portanto, até o presente momento, permanece plenamente em vigor a Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, e a Resolução nº 34/2014, da ANVISA, nas quais homens que tiveram relações sexuais com outros homens, ou com as parceiras sexuais destes, são considerados inaptos por 12 meses para doar sangue nos hemocentros e hospitais do país.

Destarte, os Serviços de Hemoterapia, públicos ou privados, estão proibidos de receber sangue dos homens que declararem ter feito sexo com outros homens nas entrevistas realizadas antes do procedimento de coleta (triagem clínica), pelo período de 12 meses a partir da última relação sexual, bem como as parceiras sexuais destes.

Evidencia-se, neste prisma, considerando não somente a agudez dos argumentos contidos na ADI, mas, sobretudo, os direitos alegadamente violados, a imperiosa necessidade de se realizar, como metodologia, um cotejo entre as opiniões empíricas da população acerca do tema, a evolução e fundamentação científica das normas de vigilância sanitária e os direitos constitucionalmente assegurados, objetivando, assim, aclarar a questão cientificamente.

Sendo assim, o processo de elaboração deste artigo ocorreu, justamente, com base na verificação dos pontos de convergência de uma nova discussão, com um velho problema, no campo da triagem clínica de doadores de sangue, que é permeado por um conflito ético.

CONSTITUCIONAL OU INCONSTITUCIONAL?

Mesmo na atualidade, conforme o já constatado, a questão aqui tratada permanece gerando insolúveis controvérsias tanto entre juristas e profissionais da área da saúde que atuam nos serviços de hemoterapia, como na sociedade em geral. A triagem clínica dos homens que fazem sexo com homens, bem como das parceiras sexuais destes, é por vezes tida como clara configuração de discriminação aos HSH², clamando o ponto por uma análise objetiva, sem qualquer submissão às paixões que envolvem o debate do tema.

Apenas como ilustração das opiniões empíricas, cabe transcrever depoimentos³ de doadores, que adotam condutas diversas, por ocasião da triagem a que são submetidos, de modo a que se inicie um raciocínio acerca da utilidade da restrição contida nas aludidas normas de vigilância sanitária, para a garantia da qualidade do sangue:

² Homens que fazem sexo com homens.

³ O nome dos depoentes foi ocultado de modo a preservar a sua privacidade.

Com relação à doação de sangue por parte de homossexuais, já vivi uma situação constrangedora quando, ao tentar fazer uma doação, fui impedido por ter assumido, em entrevista, a minha condição sexual. Isso já faz alguns anos e até hoje não voltei por não terem mudado a lei, e principalmente por não querer assumir uma identidade falsa quando na verdade eu poderia muito bem voltar ao banco de sangue e dizer ‘não sou homossexual’. E quero doar sangue! Tudo seria diferente!

É uma sensação até engraçada, de dever cumprido, sinto-me um cidadão melhor, mais participativo. Enquanto eu mantiver um comportamento seguro e tiver certeza de não estar contaminado, vou continuar mentindo para poder doar sangue, até que alguém apresente um argumento razoável para a diferenciação entre gays e heterossexuais, nesse questionário. Quando alguma autoridade sanitária explicar convincentemente porque meu sangue oferece risco a quem recebe, mesmo que eu siga o padrão aceito para doadores heterossexuais, eu paro.

Em momento algum fui perguntado sobre ter usado camisinha nas relações sexuais que tive e essa deveria ser a questão essencial. Essa distorção permite que um heterossexual seja aceito como doador, ainda que tenha feito sexo sem proteção, enquanto um homossexual é tachado de impróprio.

Fico observando o eterno conflito entre homossexuais e bancos de sangue e me pergunto se as pessoas se esquecem de que existem várias pessoas que fazem sexo sem se importar com gênero. Elas sequer se rotulam. São promíscuas, não sei? Já fiz sexo com homens e mulheres e já doei sangue sem problemas. Acredito que os métodos atualmente colocados à disposição são capazes de dar segurança!

Do outro lado, ainda que não abertamente antagônicos, os profissionais da área da saúde que atuam no segmento, embora não detenham uma opinião empírica na plena acepção da palavra, asseveram:

É verdade que todas as generalizações são perigosas e injustas: há certamente muitos homossexuais e bissexuais masculinos que praticam sexo absolutamente seguro e não teriam um risco maior do que o da população em geral. Em termos de saúde pública fica difícil estabelecer regras fixando exceções individuais. A melhor alternativa parece mesmo ser a de considerar inaptos para a doação de sangue os homens que tiveram sexo com outros homens, como faz a legislação brasileira.

Sou captadora de doadores, às vezes chegam até mim pessoas com características homossexuais, eu não tenho o direito de perguntar a opção sexual e nem mesmo de barrar, quem tem esse poder é o médico responsável na hora da triagem. Se eles mentem, não sei, mas com certeza a responsabilidade é de cada um. Só queria esclarecer que não tem nada a ver com preconceito, mas sim com o comportamento de risco, isso independentemente se hetero ou homo.

Todos os bancos de sangue, públicos e privados, seguem orientação da ANVISA. É uma legislação do sangue e nós temos de obedecer. O que devemos fazer no momento é o que determina a lei.

Confesso que fico um pouco irritado com as generalizações feitas por quem defende bandeiras políticas sem se aprofundar quanto ao tema. As normas de vigilância não se referem a orientações sexuais, mas, tão somente, a comportamento sexual. Se você não for homo, mas fez sexo com outro homem dentro de 12 meses, estará impedido de doar. Nenhum triador sério irá lhe perguntar por que o candidato da doação praticou o ato sexual. Da mesma forma, se alguém que se declarar homo afirmar que não fez sexo com outro homem nos últimos 12 meses ele irá doar. Acredito que basta pensar em quem receberá o sangue e na falibilidade dos exames sorológicos para chegar facilmente a um posicionamento sobre a questão.

Quanto ao tema, a ANVISA, que é quem edita a RDC, que controla as boas práticas do ciclo do sangue (atualmente a RDC nº. 34/14), já se mostrou categórica ao consignar, inclusive em Parecer⁴ acerca de Resolução anterior, que:

(...) as determinações contidas na Resolução nº. 153/2004⁵, não tem caráter de discriminação baseada em preconceitos, e, sim, de restrição técnica com base em evidências científicas, visando garantir ao máximo a qualidade e segurança do sangue e seus componentes/derivados com o objetivo de proteger tanto o doador quanto o receptor, garantindo assim a saúde de ambos. Mediante estas determinações a ANVISA está cumprindo o que nada mais é o dever do Estado de garantir a segurança e qualidade dos produtos e serviços de saúde.

É cientificamente pacífico, portanto, que um dos fatores relevantes a ensejar uma hemovigilância severa por parte do Estado, possibilitando a detecção de riscos no processo de coleta e transfusão, é o comportamento sexual.

Pontue-se, desde já, que o objetivo do legislador é garantir a qualidade do produto biológico.

Neste contexto, a Agência no mesmo Parecer citado faz constar que:

(...) conhecedora destes problemas, sempre teve o cuidado de evitar qualquer situação associada à discriminação preconceituosa, pelo que foram escolhidos conceitos e palavras seguindo as tendências atuais sobre terminologia técnico-científica, de modo que no inciso d, item B.5.2.7.2, do Anexo I, da Resolução - RDC nº. 153, de 14.06.2004 consta que “...d) Serão inabilitados por um ano, como doadores de sangue ou hemocomponentes, os candidatos que nos 12 meses precedentes tenham sido expostos a uma das situações abaixo: ... Homens que tiveram relações sexuais com outros homens e ou as parceiras sexuais destes(...).”⁶.

4 Parecer GGSTO nº. 03/06 – que tratava dos critérios de exclusão de homens que fazem sexo com homens para doação de sangue.

5 Antiga RDC que regulamentava as boas práticas no ciclo do sangue, que, no que tange aos homens que fazem sexo com homens dispunha, em linhas gerais, da mesma maneira, possibilitando replicar nesta obra as assertivas então lançadas no Parecer GGSTO nº. 03/06.

6 Na atualidade: Portaria MS/GM nº 158, de 4 de fevereiro de 2016. 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; e, Resolução - RDC Nº 34, de 11 de junho de 2014. Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério

Importante salientar que a ANVISA sempre sustentou que o ponto analisado sempre fora o da situação de risco acrescido e deixou isso claro com as atualizações da norma que ocorreram desde 2004, sendo certo que na atualidade o texto da Resolução em vigor é claro ao consignar a inaptidão temporária para os indivíduos que tenham tido contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue, dentre eles os HSH.

De toda sorte, mesmo com o aprimoramento do texto, o entendimento de considerável parcela da sociedade, bem como de alguns juristas, e até mesmo de alguns profissionais da área da saúde, permanece inalterado.

Sustentam os mesmos que alegar que uma pessoa que optou por manter relações sexuais com pessoa do mesmo sexo pertence, automaticamente, e necessariamente, a um grupo de risco ou situação de risco acrescido é associar a orientação sexual a um transmissor de doenças, sem considerar a possibilidade de o HSH ter relação estável, parceiro fixo e manter relações com preservativos. Além disso, cabe mencionar que o sangue doado, antes de ser utilizado, passa por criteriosos testes, independentemente da entrevista pessoal. Em resumo, nada mais seria o parâmetro do que violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Valendo-se das precisas pontuações de Veronessi⁷, de fato, podemos registrar que:

A noção de grupos de risco foi utilizada com a finalidade de facilitar a compreensão da distribuição de casos e auxiliar no monitoramento da doença nas etapas iniciais. Entretanto, como os primeiros casos de SIDA foram detectados principalmente entre grupos caracterizados por práticas tradicionalmente marginalizadas – relações homossexuais e uso de drogas intravenosas – este conceito trouxe problemas para o controle da epidemia e incrementou a discriminação preconceituosa a homossexuais e usuários de drogas. (VERONESSI, 1997).

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;

⁷ Veronessi R, Fonseca R. Tratado de Infectologia. São Paulo: Atheneu. 1997.

Nada obstante, em uma análise histórica, temos que a justeza da medida justificou-se precisamente porque a evolução normativa, e a própria estruturação do controle, em nível nacional, da qualidade do sangue coletado teve como mola mestra a epidemia de AIDS, que assolou o Brasil ceifando vidas de forma descontrolada, tendo sido o primeiro caso confirmado identificado em 1980. Neste período, anos 1980 e 1990, foram registrados diversos casos de contaminação após transfusão de sangue contaminado, o que compelia à adoção de medidas protetivas, de modo a se garantir a qualidade do produto biológico.

Difícil reproduzir aqui, em poucas palavras, o pânico gerado pela epidemia de uma doença que até o presente momento, apesar dos avanços que se obteve na área, não possui cura divulgada. Todavia, é fácil constatar pela evolução normativa que a preocupação do legislador era evidente, e que medidas urgentes eram necessárias, onde citamos como ilustração, a Lei nº. 7.649/88⁸, regulamentada pelo Decreto 95.721/88⁹; Portaria nº. 721/89¹⁰; e a Portaria nº. 1376/93¹¹.

Fato que permanece imutável, a sustentar o rigor da norma, até pela própria dinâmica envolvida, é que os homens que fazem sexo com homens continuam adotando um comportamento de risco. Aliás, termo muito mais adequado do que grupo de risco, uma vez que sua prática sexual gera maior frequência de relações sexuais anais, que originam lesões dérmicas, porta de entrada para alguns vírus, bactérias e microrganismos.

O risco de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis através de coito anal (inclusive entre um homem e uma mulher) é especialmente elevado quando não se utiliza preservativo, e mesmo se utilizado, não há a obliteração do risco. O risco para o parceiro receptor no coito anal sem proteção é várias vezes maior que para aquela mulher que realiza o coito vaginal sem proteção com um homem infectado. A razão desse maior risco na penetração anal é que a mucosa do reto é fina e pode sofrer rupturas facilmente e, assim, até as pequenas lesões na mucosa são suficientes para permitir a

8 Lei nº. 7.649, de 25.01.1988, regulamentada pelo Decreto 95.721 de 11.2.1988, que definiu em seu artigo 3^a, em relação à doação de sangue que: “As provas de laboratório incluirão, obrigatoriamente aquelas destinadas a detectar as seguintes infecções: Hepatite B, Sífilis, Doença de Chagas, Malária e Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA)”. A partir do cumprimento dessa lei, a curva de novos casos de SIDA relacionados com a transfusão de sangue caiu vertiginosamente.

9 Idem.

10 Portaria nº. 721, de 09.08.1989, que determinou que estavam, a partir daquela data, excluídos os parceiros sexuais de indivíduos expostos a fatores de risco para SIDA.

11 Portaria nº. 1376, de 19.11.1993, que trouxe, pela primeira vez, a normatização da exclusão definitiva dos indivíduos com sorologia positiva para anti - HIV e/ou histórico de pertencer, ou ter pertencido, a grupos de risco para SIDA e/ou que seja ou tenha parceiro sexual de indivíduos que se incluam naquele grupo.

entrada fácil de agentes infecciosos. Mesmo sem tais lesões, acredita-se que pode haver uma imunidade menor nas células da mucosa retal do que nas células da mucosa vaginal.

Assim, o sexo anal receptivo desprotegido é a prática sexual de maior risco, tanto para homens como para mulheres, sendo o sexo insertivo vaginal, ainda que presente o risco, uma forma de transmissão menos efetiva, principalmente da mulher para o homem. O sexo oral não parece ser uma importante forma de transmissão, embora tenha sido registrado como via de contaminação, segundo comprovam estudos, envolvendo diferentes populações.

Mesmo que campanhas de “sexo seguro” tenham diminuído muito as taxas de soroconversão (indivíduo com resultado negativo que apresenta posterior resultado positivo) em HSH, estudos recentes, realizados nos EUA, na Austrália e no oeste europeu, mostram um incremento nas taxas de práticas sexuais sem proteção. Este incremento provavelmente é relacionado à crença de menor possibilidade de adquirir HIV, devido a uma maior e mais eficaz terapêutica antirretroviral e a fadiga em seguir as recomendações. Estudos realizados no Brasil corroboram esta recaída para práticas não seguras em HSH.

Portanto, todos estes estudos mostram que a prática sexual entre HSH está associada a um risco acrescido. É valendo-se de tal ótica que a exclusão de HSH na doação de sangue, considerando o período de janela imunológica de 12 (doze) meses, bem como as parceiras sexuais destes, ainda é uma medida necessária para a proteção dos receptores das transfusões sanguíneas, ao diminuir o risco de transmissão de doenças, a partir do menor percentual de contaminação do sangue coletado.

Pontuado o aspecto histórico e, também, as razões científicas pelas quais se criou a conceituação de grupos de risco acrescido, percebe-se com mais clareza que a postura cautelosa das normas de vigilância sanitária não somente se justificaram no passado, mas também permanecem adequadas à realidade atual.

Cabe ressaltar, ademais, que evidências científicas comprovam que apenas com a aplicação de testes laboratoriais não é garantida a eliminação de transmissão de doenças infecciosas, e, frente à grande responsabilidade de garantir produtos de elevada qualidade, torna-se imprescindível a realização de outras medidas, como a triagem clínico-epidemiológica, visando diminuir ao máximo o risco de doadores infectados durante o período de janela imunológica (período para a manifestação do vírus, que compreende normalmente de duas a doze semanas, mas em alguns casos pode ser mais prolongado).

Isto é, mesmo com a triagem laboratorial, sem uma entrevista adequada, ou ainda diante da possibilidade da omissão de informações por parte do doador – caso ele esteja em período de janela imunológica –, um resultado negativo poderá trazer graves consequências, uma vez que o sangue não será descartado, ou seja, será liberado para uso transfusional.

Os argumentos que embasam a norma de regência são fundamentados por dados clínicos, cuja conclusão aponta para o fato de que os exames sorológicos (triagem laboratorial) realizados no sangue coletado não asseguram risco zero para o sangue a ser transfundido, razão pela qual a realização de uma triagem clínica eficiente é indispensável.

Procedendo assim, diminuído estaria o risco residual do sangue doado, posto que dissociado de comportamentos ou situações de risco.

A associação destas estratégias, de excluir doadores potencialmente infectados e testar rigorosamente todas as unidades coletadas, tem sido a medida adotada pela maioria dos serviços de hemoterapia no mundo.

Desta forma, com eventual relaxamento das normas, fatalmente estaríamos diante de um provável quadro de aumento de casos de transmissão de doenças infecciosas, não apenas AIDS. Isto conduziria ao aumento de processos contra os próprios serviços de hemoterapia, públicos e privados, que teriam de arcar com o elevado custo das indenizações e com o custeio dos medicamentos de alto custo para tratamento de alguns tipos de infecções, inclusive a causada pelo HIV, nos receptores contaminados.

Advém de tal sóbria linha argumentativa outro ponto que merece explicitação, que é a possibilidade de a confiança da população nos Serviços de Hemoterapia ficar abalada, pois, ante as evidências científicas, que confirmam a impossibilidade de garantir completamente a segurança dos produtos sanguíneos unicamente pela realização de testes laboratoriais, uma provável reação das pessoas poderia ser a exigência do conhecimento da procedência do sangue que lhe seria transfundido, o que é inadmissível, haja vista as disposições atinentes à confidencialidade do ato de doação.

Ademais, os médicos, cientes dos riscos ainda maiores da transfusão sanguínea, caso a norma fosse relaxada, ficariam sujeitos, em tese, ao dilema ético da decisão, no momento da prescrição da transfusão, posto que, além do risco ao receptor do sangue, estariam eles passíveis de ser incluídos em processos que objetivassem a responsabilização no caso de eventual contaminação.

Almeja-se, portanto, evitar o risco, desnecessário, de adquirir doenças infecciosas crônicas, pela falha na segurança das transfusões, por parte de

acidentados, pacientes cirúrgicos, pacientes em uso crônico de produtos sanguíneos, como aqueles em hemodiálise, crianças e adultos com hemofilia, portadores de hemoglobinopatias, etc.

Mas não nos furtemos de analisar a questão sob a ótica da dignidade da pessoa humana, aqui violada pela suposta discriminação aos HSH. Ou seja, já que o objetivo deste estudo é tecer sobre o tema comentários de forma objetiva, leviano seria não enfrentar a questão neste viés, já que é a principal argumentação dos opositores dos parâmetros traçados pelas autoridades sanitárias.

Valendo-se do sustentado por Wilson Ligiera¹², temos:

Dentre os instrumentos internacionais de direitos humanos que visam proteger a pessoa dos ataques à sua individualidade, o primeiro que merece nossa atenção é a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Segundo o que consta de seu preâmbulo, esse importante documento provém do reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos e de seus direitos iguais e inalienáveis, qual fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo. (LIGIERA, 2012).

A tantas vezes aplaudida Declaração parte do pressuposto de que qualquer ato que tenha por finalidade violar os direitos básicos do ser humano, direitos adquiridos pelo simples fato de gozar o ser de humanidade, estaria revestido de um caráter de atrocidade tal que deveria ser repellido a todo o custo e por todas as Nações tidas como civilizadas.

De acordo com o art. 2^o¹³, é possível constatar que:

(...) toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (ONU, DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM, 1948).

12 AZEVEDO, Álvaro Vilaça. LIGIERA, Wilson Ricardo. Direitos do Paciente. Tema: O paciente e o Direito de Ser Humano. LIGIERA, Wilson Ricardo. São Paulo: Saraiva. 2012. Pag. 33.

13 Resolução n.º. 217ª (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Como não poderia deixar de ser, a Constituição da República Federativa do Brasil, nossa lei maior, além de incorporar em nosso ordenamento muitos dos princípios advindos da aludida Declaração, também explicitou, de forma clara, uma série de dispositivos de onde se depreendem direitos e garantias fundamentais. Aliás, a dignidade da pessoa humana foi erigida a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme se constata de seu art. 1º, III¹⁴.

Uma vez mais se utilizando da obra do mestre Wilson Ligiera¹⁵, podemos definir a dignidade da pessoa humana como:

(...) o direito que todo ser humano possui de conduzir a sua existência de acordo com seus próprios valores, desejos, crenças e aspirações, a fim de buscar sua autorrealização como alguém que possui autonomia e merece ser tratado condignamente, de modo a se respeitar seu modo de vida como pessoa humana, livre e consciente de seus direitos e obrigações (LIGIERA, 2012).

Acurada a lição do mestre, principalmente em sua parte final, na qual o mesmo deixa claro a consciência quanto aos direitos e obrigações, legitimando o exercício pleno do direito à dignidade. Aqui se está a aplaudir principalmente àquela máxima de que o exercício do direito por um indivíduo termina onde o exercício do direito por outro se inicia. Até porque, e de forma alguma se olvida disso, o exercício do direito a dignidade da pessoa humana não poderá, em hipótese alguma, conduzir a abusos.

Trazendo a questão para o nosso universo de análise, portanto, o que se está em cotejo, em nosso sentir, é que, de um lado, temos a busca por uma adequada prestação de serviços, por meio da entrega de sangue de qualidade, com o menor risco de contaminações, o que, diz respeito à tutela da integridade física e da própria vida. E, de outro, temos a busca pela liberdade dos HSH de exercer a sua cidadania e praticar ato de solidariedade, sem que reste ferida a sua intimidade e, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

14 Art. 1º - 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: **I** - a soberania; **II** - a cidadania; **III** - a dignidade da pessoa humana;

15 AZEVEDO, Álvaro Vilaça. LIGIERA, Wilson Ricardo. Direitos do Paciente. Tema: O paciente e o Direito de Ser Humano. LIGIERA, Wilson Ricardo. São Paulo: Saraiva. 2012. Pag. 33.

Ora, estatui a Constituição Brasileira, no seu artigo 196, que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

Igualmente, a Lei nº. 8.080, de 19/09/1990¹⁶, no § 1º, do art. 2º, dispõe que:

O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos (...). (BRASIL. Lei nº. 8.080, 1990).

Contudo, traz também o mesmo texto constitucional, em seu artigo 3º, IV¹⁷, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Tem-se, portanto, que o Estado, em face desse princípio constitucional, não pode discriminar as pessoas em função de sua orientação sexual.

Nesse passo, como conciliar os dois preceitos que possuem evidente respaldo em nossa lei maior? Sobreleva-se, assim, um primeiro questionamento, cuja resposta é crucial para a tomada de um posicionamento acerca da questão: O que garante a qualidade do sangue?

Se entendermos que a qualidade do sangue depende, única e exclusivamente, dos testes laboratoriais realizados, não há como se sustentar, de imediato, a manutenção da norma nos moldes atualmente verificados. Em contrapartida, caso o entendimento seja diverso, a manutenção do parâmetro, e, conseqüentemente, do questionário de triagem clínica, em seus atuais moldes, é uma necessidade imperiosa.

Decerto, o segundo entendimento se afigura mais razoável, posto que a questão da janela imunológica, atualmente não superada, é um fato cienti-

16 Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. (SUS)

17 **Art. 3º** - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **I** - construir uma sociedade livre, justa e solidária; **II** - garantir o desenvolvimento nacional; **III** - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **IV** - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

ficamente comprovado e, apesar dos eventuais inconvenientes da Resolução ora em comento, tal procedimento é a melhor forma de minorar os riscos de contaminação do sangue.

Isso, sem mencionar alguns vírus e bactérias que sequer dispomos na atualidade de um método de testagem laboratorial com acuidade capaz de afastar a importância de uma triagem clínica eficiente.

Nesse prisma, se não fossem as normas de triagem (discriminatórias por sua própria natureza), muitos danos à população já teriam sido levados a efeito, e aqui se computem até mesmo os doadores desonestos, que irresponsavelmente contribuem para a manutenção de uma situação de hipocrisia social, ao responder levemente às questões formuladas no questionário de triagem clínica.

Prudente salientar que não se alude aqui ao fenômeno sociológico usualmente atribuído ao vocábulo “discriminatórias”, mas ao significado da palavra enquanto substantivo, que, em qualquer dicionário, poderá ser constatado como distinguir ou diferenciar.

Portanto, o questionário de triagem clínica servirá ao propósito para o qual foi criado se as questões forem respondidas com honestidade. Assim, mais do que haveria garantia a qualidade do sangue, também, de uma considerável economia aos cofres do Serviço de Hemoterapia. Haja vista, em um primeiro momento, a ausência dos gastos necessários para a efetivação de uma coleta, que, ao final, se revelaria inútil e, ainda, em um segundo momento, com eventuais custos de uma indenização ou despesas de tratamento de um paciente contaminado por uma transfusão.

Ou seja, apesar da Resolução, nos termos em que se encontra redigida, aproximar a noção de comportamento sexual à própria orientação sexual, o que gera desconforto e protestos, não há que se falar em mácula à Carta Magna, uma vez que em conflito dois princípios fundamentais, foi, apenas, o direito à vida – como não poderia deixar de ser – privilegiado, em detrimento ao direito à intimidade (dignidade da pessoa), mitigando-se a aplicação deste último.

Esvaem-se, assim, os argumentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro, pois, *prima facie* a norma em comento não se destina exclusivamente a homossexuais, mas a todo e qualquer homem que faça sexo com outro homem, bem como as parceiras destes, justamente pelo risco acrescido do comportamento sexual desenvolvido pelas partes, o que descaracteriza qualquer conduta persecutória por parte dos Órgãos de controle.

Da mesma forma, irrefragável a ausência de inconstitucionalidade nos textos normativos invocados, uma vez que, como visto, apenas optou-se pela mitigação do respeito à dignidade da pessoa humana, em privilégio ao direito à vida e à integridade física do receptor do sangue coletado, posto que inafastável a ponderação que, em um Estado Democrático de Direito, o exercício dos direitos individuais não poderá menoscabar o exercício de direitos pela coletividade.

A própria evolução do Biodireito, ciência que tem nas normas em comento exemplificação, conduz à conclusão que ora salientamos, posto que, ao se fundar na Bioética, que por sua vez baseia-se na Ética, inafastável caminhar-se no sentido de que o exercício dos direitos alegadamente violados, jamais poderia colocar em risco a integridade física, e porque não dizer a própria vida, de outrem.

Cogitar o exercício de direitos – não negados, mas, tão somente, mitigados – que põe em risco a integridade de um indivíduo, que já se encontra em situação de debilidade, pois depende de uma transfusão de sangue ou hemoderivados para o restabelecimento de sua saúde, é enfrentar dilema ético que irá depender dos valores pessoais de cada doador para garantir a funcionalidade do sistema.

Em apertada síntese, a resolução bioética da questão perpassa pelo conjunto de valores utilizados para responder a três questões fundamentais: Quero? Devo? Posso? Ou seja, embora doadores extremamente imbuídos de espírito verdadeiramente altruísta sejam impedidos de doar sangue, eles assim o são por que são homens que praticam sexo com risco acrescido, *não devendo* fazê-lo sob o risco de colocar em risco a saúde de outrem, razão pela qual *não permite* a norma de vigilância sanitária que exerçam tal atividade cívica, considerando o interesse da coletividade.

Nossas cortes não passaram alheias à questão, tendo, *exempli gratia*, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, seguindo a jurisprudência predominante, proferido decisão emblemática quanto ao assunto:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE TER HAVIDO ATO DE DISCRIMINAÇÃO, POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POR NÃO TER SIDO PERMITIDO QUE O AUTOR DOASSE SANGUE PELO FATO DE SER ELE HOMOSSEXUAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. A Admi-

nistração Pública, dentro do seu poder discricionário, pode fixar termos, condições e modos, traçando critérios administrativos para limitar o conteúdo de seu ato, estabelecendo normas à doação de sangue. Ato que não se apresenta discriminatório ao não permitir que pessoas que se não se enquadrem nos requisitos estabelecidos na Resolução – RDC nº 343/2002 da ANVISA do Ministério da Saúde, venham a ser impedidas de doarem sangue; posto que apenas impede a todos àqueles que praticaram algum comportamento de risco. Realização de prova negativa. Alegação de que, a enfermeira que lhe atendeu praticou ato abusivo, posto não ter sido, suposta atitude, presenciada por ninguém. Testemunha que tão somente, tomou conhecimento dos fatos pela reprodução feita pelo autor. Sentença que se mantém¹⁸.

Assim, como não poderia deixar de ser, consagrou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o entendimento da comunidade científica, que, predominantemente, é categórica ao asseverar que, em função da denominada janela imunológica, não há como garantir a efetividade dos testes realizados em laboratório, sendo impossível, na atualidade, garantir a total qualidade do sangue coletado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, quase meio milhão de pessoas fazem o tratamento com os retrovirais, considerado exemplo de sucesso e eficiência para o avanço na prevenção, já que reduz em mais de 95% (noventa e cinco por cento) a transmissão do vírus HIV. Mas, na maior parte do mundo, quem tem o HIV ainda morre sem ter acesso aos medicamentos. Por exemplo, na Ásia, apenas um em cada sete indivíduos recebe o tratamento adequado. Já para os africanos, o índice é ainda mais alarmante, sendo que somente um em cada dez recebe assistência.

E, ainda, – índice da mais alta importância – somente 10% (dez por cento) das pessoas que são portadoras do vírus possuem ciência de que estão contaminadas, podendo se tornar transmissoras antes mesmo de apresentar os sintomas característicos da patologia.

Diante deste peculiar cenário, se impõe a prudência nas normas de biodireito, sob o risco de se ferir de morte o direito mais precioso assegurado

18 ApCiv. 2005.001.10788 – Rel. Des. Maria Augusta Vaz – Julgamento: 09/08/2005 – 1ª CC – TJ/RJ.

em nossa Constituição Federal, que é o direito à vida do receptor do sangue coletado, precioso justamente por se consubstanciar em direito suporte para o exercício de todos os demais direitos. ❖

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988. 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 dá outras providências.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. (SUS).

_____. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos.

_____. Portaria nº 721/GM, de 9 de agosto de 1989. Normas Técnicas em Hemoterapia.

_____. Portaria nº 1.376, de 19 de novembro de 1993. Aprova alterações na Portaria nº 721/GM, de 09.08.89, que aprova Normas Técnicas para coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências..

_____. Resolução - RDC N 34, de 11 de junho de 2014. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue.

_____. Resolução - RDC nº 51, de 07 de novembro de 2013, publicada no DOU de 13 de novembro de 2013. Altera a Resolução - RDC nº 57, de 16 de dezembro de 2010, que determina o Regulamento Sanitário para Serviços que desenvolvem atividades relacionadas ao ciclo produtivo do sangue humano e componentes e procedimentos transfusionais.

_____. Resolução - RDC nº 57, de 16 de dezembro de 2010, determina o Regulamento Sanitário para Serviços que desenvolvem atividades relacionadas ao ciclo produtivo do sangue humano e componentes e procedimentos transfusionais.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 5543. Relator o Ministro Edson Fachin. Despacho de 08 de junho de 2016.

LIGIERA, Wilson Ricardo. O paciente e o Direito de Ser Humano. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direitos do Paciente.**: São Paulo: Saraiva. 2012. Pag. 33.

ONU. Resolução nº 217-A de 10 de dezembro de 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Triagem Clínica de Doadores de Sangue. Brasília: Ministério da Saúde, Coordenação Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis e AIDS. 2001. 66 p. : il. (Série TELELAB).

VERONESSI R., Fonseca R. **Tratado de Infectologia.** São Paulo: Atheneu. 1997.