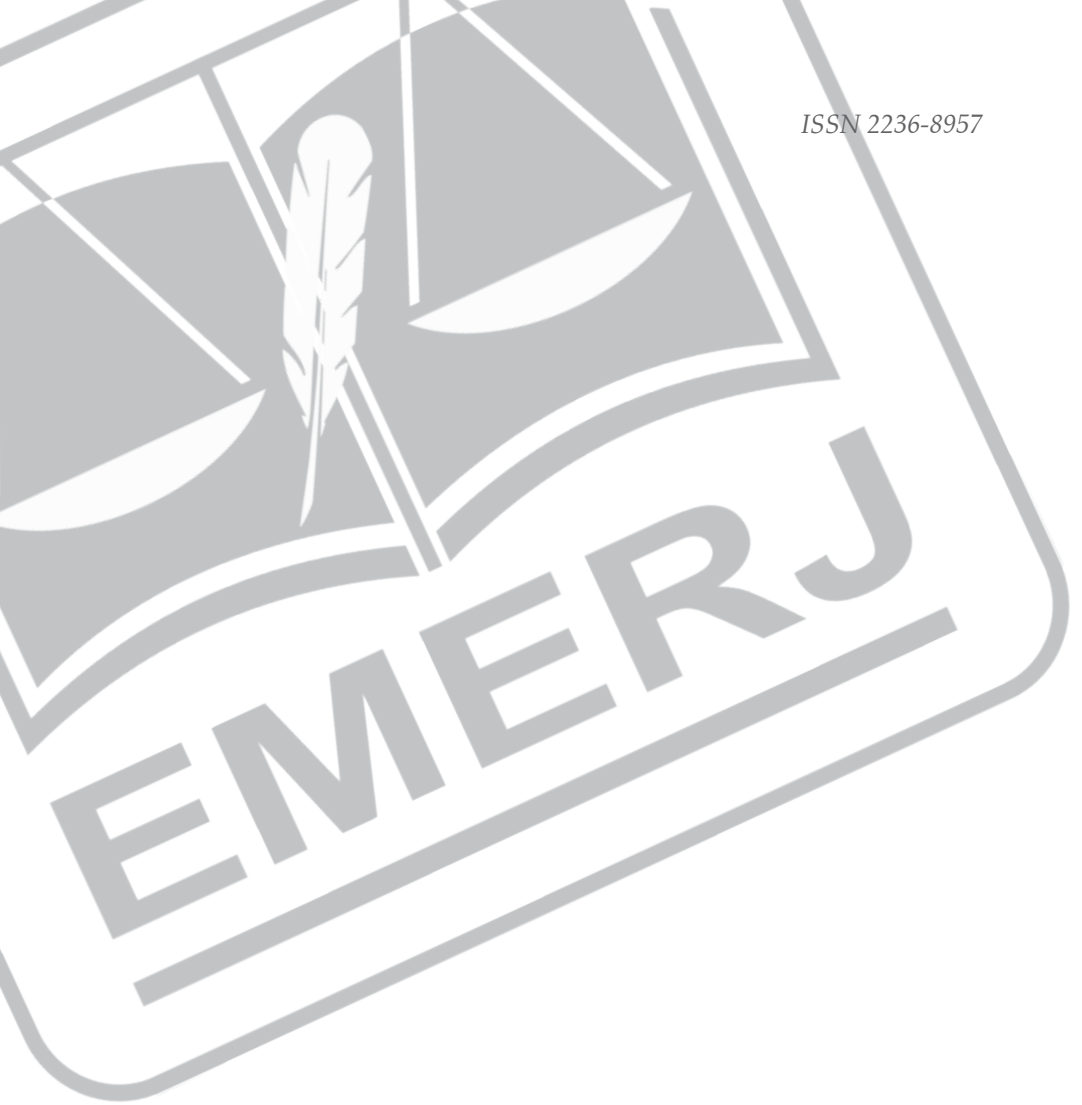


ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Janeiro/Março
V. 23 - n. 1 - Ano 2021

Rio de Janeiro

ADI 5.543/DF: Da Inconstitucionalidade da Proibição da Doação de Sangue por Homossexuais

Simone Alvarez Lima

Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá, linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Pós-graduada em Direito Civil, Processo Civil e Internacional pela UNESA. Pós-graduada em Direito Constitucional.

RESUMO: Desde que a epidemia de AIDS chegou ao Brasil, os homossexuais foram considerados como grupo de risco, especialmente porque havia total desconhecimento sobre a doença, testes e remédios que pudessem curá-la. As igrejas, o Estado e a mídia fortaleceram o estigma do “câncer gay”, entretanto a situação atual é completamente diferente, pois além do controle da doença, que pode fazer com que uma pessoa aidética viva décadas, foi revelado que heterossexuais também podem contrair e transmitir a doença. O art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) mostravam-se inconstitucionais diante da nova ordem constitucional, que promove a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Brasil, a igualdade como direito fundamental. A ação direta de inconstitucionalidade nº 5.543 contra os mencionados artigos foi julgada procedente, o que significa que a decisão é vinculante e com eficácia *erga omnes*, não podendo mais os bancos de sangue se negarem a receber o sangue do doador homem homossexual que teve relação sexual no período

do de doze meses. Em virtude da interpretação emancipatória da Constituição Federal, a doação de sangue não passará mais pelo crivo discriminatório e preconceituoso da sociedade heteronormativa que o Brasil ainda contempla. Trata-se de uma pesquisa elaborada sob o método histórico e dedutivo, pois traz uma parte histórica sobre o preconceito sofrido pelos aidéticos e parte para o aspecto específico, ou seja, a vitória do movimento LGBTQ, no sentido de que seu sangue não será mais discriminado.

PALAVRAS-CHAVE: homem homossexual; doação de sangue; discriminação; ação direta de inconstitucionalidade nº 5.543; interpretação emancipatória.

ABSTRACT: Since the AIDS epidemic arrived in Brazil, homosexuals have been considered as risk groups, especially since there was a total lack of knowledge about the disease, tests and remedies that could cure it. Churches, the State and the media have strengthened the stigma of “gay cancer”, however, the current situation is completely different, as in addition to controlling the disease that can cause an AIDS person to live for decades, it has been revealed that heterosexuals can also contract and transmit the disease. Art. 64, IV, of Ordinance No. 158/2016 of the Ministry of Health and art. 25, XXX, “d”, of the Resolution of the RDC Collegiate Board nº 34/2014 of the National Health Surveillance Agency (ANVISA) were unconstitutional in the face of the new constitutional order that promotes the dignity of the human person as one of the foundations of Brazil, equality as a fundamental right. Direct unconstitutionality action no. 5,543 against the aforementioned articles was upheld, which means that the decision is binding and effectively raises omnes, and the blood banks can no longer refuse to receive the blood of the homosexual male donor who has had sex within twelve months. Due to the emancipatory interpretation of the Federal Constitution, blood donation will no longer pass through the discriminatory and prejudiced sieve of heteronormative society that Brazil still contemplates. It is a research carried out under the historical and deductive method, as it brings a historical part about the prejudice suffered by AIDS and part for the specific aspect, that

is, the victory of the LGBTQ movement, in the sense that their blood will no longer be discriminated.

KEYWORDS: homosexual man; blood donation; discrimination; direct unconstitutionality action no. 5,543; emancipatory interpretation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF, que julgou inconstitucional a proibição de doação de sangue por homossexuais, e explicar os direitos constitucionais violados em virtude da proibição de doação de sangue ao homem homossexual.

O primeiro item do presente artigo tem como objetivo explicar o contexto histórico da epidemia de AIDS na década de 80, que foi considerado um dos motivos que levaram os homossexuais a serem rotulados como potenciais disseminadores do vírus da AIDS e que teve como consequência a proibição de doação de sangue por parte de homens homossexuais que praticaram sexo nos últimos doze meses, estabelecida pela Agência de Vigilância Sanitária e reforçada pelo Ministério da Saúde.

No segundo item, destacam-se os dispositivos constitucionais violados em virtude da proibição aos homossexuais de doar sangue, tais como o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade. Neste item, aponta-se que a proibição discriminatória não condiz com uma sociedade justa, livre de preconceitos e que visa a promover o bem de todos.

Por fim, o último item explica a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF, promovida pelo Partido Socialista Brasileiro, que requereu a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Serão mencionados os principais pontos da petição inicial, tais como a defasagem dos bancos de sangue brasileiros e os efeitos da sentença de procedência.

Trata-se de uma pesquisa relevante, porque trata de um tema atual e explica o quão o controle de constitucionalidade pode servir para ajudar na emancipação de uma minoria (população LGBTI), que, neste caso, ganhou a permissão legal para doar sangue graças a declaração de inconstitucionalidade dos artigos supracitados.

Foi utilizado o método dedutivo, em virtude de partir dos aspectos gerais do preconceito sofrido pela população LGBTI, para o aspecto específico, que foi a declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental, uma vez que foram utilizados livros, jurisprudências e boletins oficiais no levantamento de dados, os quais foram tratados qualitativamente.

1. DO PRECONCEITO SOCIAL ENFRENTADO PELA POPULAÇÃO LGBTI E O ESTIGMA DA AIDS

A população LGBTI não sofria com o preconceito na Antiguidade. A bissexualidade, por exemplo, era vista como natural e rito de iniciação, uma vez que era comum os rapazes iniciarem suas relações sexuais com homens mais velhos. Entretanto, é verdade que era visto como mais valorizado aquele que escolhia a posição ativa na relação. A homossexualidade era uma espécie de ritual sagrado. (DIAS, 2016, p. 57)

Com o advento do Cristianismo, a situação mudou, pois, nas palavras de Dias (2016, p. 61), “o sexo passou a ser visto como pecado e apenas admitido no âmbito matrimonial e exclusivamente para fins procriativos.” No ano de 1179, o III Concílio de Latrão tornou a homossexualidade crime, e o primeiro código ocidental lhe previu pena de morte.

A partir desse período, o homossexual passou a ser discriminado e alvo de preconceito até os dias atuais. Nas palavras de Castells (2018, p. 324), “o patriarcalismo exige heterossexualidade compulsória. A civilização, conforme reconhecida historicamente, é baseada em tabus e repressão sexual.”

No Brasil, a discriminação institucional é mais evidente no âmbito do Poder Legislativo, o qual, em matéria de Direito Ho-

moafetivo, sempre foi vagaroso e tímido, restando para os juízes o papel de realizar a justiça dentro do caso concreto. Afinal, o art. 140 do Código de Processo Civil Brasileiro estabelece que o juiz não pode deixar de julgar um caso em virtude da inexistência de lei, lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Entretanto, apesar deste artigo ser um permissivo ao ativismo judicial, graças ao qual a população LGBTI+ tem conseguido alcançar os seus direitos, não se pode negar a falha legislativa ao tentar ignorar esse setor que a sociedade torna vulnerável. Negar-lhes direitos é uma forma de exclusão, tal como Pereira leciona, *in fine*:

O direito, além de ser uma sofisticada técnica de controle de pulsões, é também um importante instrumento ideológico de inclusão e exclusão de pessoas e categoria no laço social. Esta exclusão de pessoas é algo atentatório contra a liberdade e autonomia da vontade, utilizando uma dita moral sexual, que continua excluindo formas diferentes de verem a sexualidade e o desejo. (PEREIRA, 2018, p. 30)

Um dos fenômenos que contribuíram ainda mais para a exclusão da população homossexual foi o surgimento da AIDS. O vírus causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida se manifestou pela primeira vez entre os anos de 1977 e 1978 nos Estados Unidos, no Haiti e na África Central.¹

A petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, a qual será explicada no último item do presente artigo, destacou o contexto histórico da proibição da doação de sangue por homossexuais, narrando que a década de 1980 foi caracterizada pela epidemia da AIDS, que ficou conhecida popularmente como o câncer gay, em virtude da plena ignorância que pairava sobre a nova doença.

1 A AIDS surgiu a partir do vírus SIV, encontrado no sistema imunológico de chimpanzés e do macaco-verde africano, que, apesar de não os deixar doentes, é um vírus mutante, que teria dado origem ao HIV. É provável que a transmissão para o ser humano tenha ocorrido em tribos da África central que caçavam chimpanzés e macacos-verdes. Durante os anos 60 e 70, período das guerras da independência, a entrada de mercenários no continente africano começou a espalhar a AIDS pelo mundo. Haitianos levados para trabalhar no Congo também ajudaram a levar a doença para outros países, entretanto a aids só foi identificada em 1981, quando faleceu o chamado "paciente zero" nos Estados Unidos, que era um comissário de bordo que disseminou a AIDS em suas viagens. O nome HIV surgiu apenas em 1986. (SUPER INTERESSANTE, 2011).

Brito e Rosa (2018, p. 757) explicam que, devido ao vazio deixado pelas ciências e pesquisas a respeito da AIDS, permitiram que diversas instituições discursassem sobre o assunto, ainda que de forma equivocada, tais como Estado e Igreja, estabelecendo uma rede de poder sobre o assunto. A mídia reforçava o quão ruim era a doença, uma vez que as notícias de revistas e jornais propagavam os preconceitos em momentos cotidianos, o que foi considerado pelo autor como parte de um modelo abusivo e pejorativo de buscar fazer com que o aidético se acreditasse como alguém anormal.

A medicina contém o saber para autenticar se um sujeito é normal ou não, o saber de definir o que os indivíduos podem comer. E, como detentora da sabedoria, tem o poder de intervir na vida da sociedade e de ditar o que é certo e errado. Isso explica por que a AIDS, nos primeiros discursos produzidos a respeito, havia sido rotulada de “câncer gay”, uma vez que a comunidade homoafetiva constituía seus primeiros portadores. E a Igreja, por sua vez, também detentora do saber religioso, detinha o poder em relação aos seus fiéis, de forma que um grande número de seguidores difundia, naturalizava e autorizava o discurso relativo à AIDS como um castigo de Deus. (ROSA; BRITO, 2018, p. 776)

Na década de 80, pairava a preocupação em torno da janela imunológica, também conhecida como janela silenciosa, que “é o período posterior à infecção, no qual os exames laboratoriais ainda não detectam o vírus no material sanguíneo coletado.” Assim, em nome do desconhecimento científico referente à AIDS, foi proibida a doação de sangue por parte de diversos setores sociais, dentre eles, dos homens homossexuais e, no Brasil, em 1993, por meio da Portaria nº 1366, proibindo, pela primeira vez na história brasileira, a doação de sangue por parte destes homens. (PETIÇÃO INICIAL DA ADI 5.543)

De acordo com a Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas (ABRAFH), a estigmatização que os médicos colocaram sobre os gays fez com que a população heterossexual acreditasse que não fazia parte do grupo de risco, o que possibilitou que a

AIDS se espalhasse de modo mais acelerado, uma vez que os heterossexuais demoraram a se conscientizar da importância do sexo seguro.

Em 1985, a transmissão do vírus da AIDS representava em torno de 70% das notificações de HIV no Brasil, e era inexistente ou muito limitado o controle de qualidade do sangue dos hemocentros e bancos de coleta públicos e privados. Por esse motivo, mesmo não havendo uma portaria do Ministério da Saúde que impedisse a doação de sangue, havia Secretarias Estaduais de Saúde que não aceitavam o sangue dos homossexuais. Reis (2020) explica que mesmo com as denúncias recebidas pelo Grupo Gay da Bahia por parte dos gays que tiveram seu sangue recusado, durante dez anos, por causa do contexto da época, a entidade entendeu que era “razoável essa exclusão, por ser dominante na época, tanto no meio científico quanto nos órgãos de prevenção, a ideia de existência de grupos de risco”. O Grupo Gay da Bahia, então, julgou que, pelo bem-estar geral da população, essa exclusão não feria gravemente os direitos dos cidadãos pertencentes às minorias sexuais.

Castells (2018, p. 338) conta que um dos esforços mais relevantes da comunidade gay foi a batalha cultural para desmistificar a AIDS e convencer o mundo de que a doença não era causada pela homossexualidade. “O contato, inclusive o contato sexual, é que seria o mensageiro da morte, não a homossexualidade.” A batalha em diversos países contra o estigma da AIDS sobre os homossexuais teve como vitória trazer ao mundo a capacidade de ver a epidemia em termos de vírus, não em termos de preconceitos e pesadelos.

Chegamos muito perto, em todo o mundo, de considerar a AIDS como um merecido castigo divino contra a Nova Sodoma, o que nos teria impedido de tomar as medidas necessárias para evitar uma disseminação ainda mais ampla da doença até que fosse tarde demais para controlá-la. O fato de não termos chegado a esse ponto, de as sociedades terem compreendido em tempo que a AIDS não era uma doença homossexual e que toda a sociedade precisava lutar contra suas

fontes e formas de disseminação, deveu-se, em grande parte, ao trabalho do movimento anti-AIDS organizado pelos gays. (CASTELLS, 2018, p. 339)

Em 27 de novembro de 2018, foi publicado o mais recente Manual Técnico para Diagnóstico da Infecção pelo HIV em Adultos e Crianças, no qual constam, além dos testes de 4ª geração, que reduzem a janela imunológica para 15 dias, os testes rápidos, que são, também, capazes de detectar o vírus da AIDS. Logo, nada impede que, no mínimo, o laboratório aguarde 15 dias para fazer o exame de detecção do vírus, em vez de, simplesmente, descartar o doador em virtude de sua orientação sexual.

Em 2002, a Resolução da Anvisa RDC nº 343, de 13 de dezembro de 2002, alterou a proibição permanente de doação de sangue para provisória, ou seja, o homossexual poderia doar sangue desde que houvesse um lapso temporal de 12 meses, o que é desproporcional, em virtude de que a janela de imunidade, como verificado, é bem menor do que esse tempo. Além disso, apesar da ilusão legislativa de que houve um avanço, na prática, os homossexuais permaneciam permanentemente afastados da possibilidade de doar sangue, uma vez que a referida Resolução interferia indevidamente em sua vida privada, praticamente impedindo tais homens de terem qualquer atividade sexual, algo que não é exigido para mulheres heterossexuais que se envolvem com homens.

Ressalta-se que a desvalorização, ou melhor, reprovação da prática sexual homossexual equivale a uma degradação valorativa da autorrealização do homem homossexual e lhe retira a sua autoestima a ponto de sentir-se estimado por suas características peculiares. Nesse sentido, seguem as palavras de Honneth:

A degradação valorativa de determinação dos padrões de autorrealização tem para seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo a que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de autoestima pessoal, ou seja, uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser

estimado por suas propriedades e características. (HONNETH, 2017, p. 218)

Soma-se a isso o fato de que, no Brasil, foi noticiado, em dezembro de 2017, no portal do Governo, que o número de casos de AIDS caiu para 18,8 casos por cada 100 mil habitantes. (BRASIL, 2017) Ou seja, não há mais uma epidemia de AIDS no Brasil e o estigma de outrora que deu ao ordenamento jurídico algum direito de impedir que homens homossexuais doem sangue, independentemente de quando foi a sua última relação sexual.

Dito o contexto histórico da preocupação com a doação de sangue do homem homossexual, passar-se-á à explicação dos direitos fundamentais violados com a antiga proibição, presente no art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e no art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Anvisa.

2. DA VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL ORIUNDA DA DISCRIMINAÇÃO DO SANGUE DO HOMEM HOMOSSEXUAL COM VIDA SEXUAL ATIVA

Em 04 de fevereiro de 2016, adveio a Portaria nº 158 do Ministério da Saúde, que redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos, com o objetivo de regulamentar a atividade hemoterápica no Brasil, conforme princípios e diretrizes da Política Nacional de Sangue, Componentes e Derivados, no tocante à captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão de sangue, de seus componentes e derivados, originados do sangue humano venoso e arterial, com fins de diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças.

O art. 64 da Portaria 158/2016 estabelecia, de modo discriminatório, que homens homossexuais e eventuais parceiras sexuais desses homens não poderiam doar sangue temporariamente. Eis o teor do referido artigo:

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;

Merece destaque a contradição presente na própria Portaria nº 158/2016, que, expressamente, menciona o princípio da não discriminação por orientação sexual, em seu art. 2º, §3º.

Art. 2º. § 3º. Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor.

Se a própria legislação em questão positiva o princípio da não discriminação, é uma incoerência impedir homossexuais de doarem sangue, tendo em vista as diversas formas de transmissão do vírus, incluindo práticas heterossexuais. Perceba que pessoas em uma relação heterossexual não ficam inabilitadas para doar sangue, mas as que estavam dentro de uma relação homossexual, sim, seja ela monogâmica, seja ela casual, com diferentes pessoas.

Além do art. 64 da Portaria 158/2016, o art. 25, XXX, “d”, da RDC 34/2014 da Anvisa também violava a Constituição Federal vigente por ter o teor praticamente igual ao mencionado da Portaria do Ministério da Saúde, ou seja, a vedação temporária do indivíduo de sexo masculino que manteve relação homossexual no período de doze meses. Segue o teor do artigo, *in fine*:

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:

XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os

candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;

Impedir que o homossexual doasse sangue era um atentado à dignidade da pessoa humana, que, de acordo com o art. 1º, III, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O Ministro Relator Fachin, ao mencionar esse artigo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, objeto do último item do presente artigo, expressou que:

Não se pode coadunar, portanto, com um modo de agir que evidencie um amíudar desse princípio maior, tolhendo parcela da população de sua intrínseca humanidade ao negar-lhe, injustificadamente, a possibilidade de exercício de empatia e da alteridade como elementos constitutivos da própria personalidade e de pertencimento ao gênero humano. (STF, ADI 5.543)

Nesse sentido, ainda vale mencionar o direito ao reconhecimento, que está presente dentro da dignidade humana, o qual, de acordo com Sarmiento (2016, p. 256), possui uma faceta negativa, quando veda as práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade, e outra faceta, que é a positiva, a qual se verifica que impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate de práticas discriminatórias e à superação dos estigmas existentes.

Não é possível negar que a vedação aos homens homossexuais, ainda que temporária, de doarem sangue tem relação com o estigma colocado sobre eles na década de 1980, quando a AIDS ainda era um mistério e considerada uma doença praticamente exclusiva dos homossexuais, algo completamente incondizente com a atualidade, o que é (foi) um motivo suficiente para superar o estigma existente e a discriminação presentes tanto na Portaria 158 do Ministério da Saúde quanto na RDC 34/2014 da Anvisa.

De acordo com o art. 3º, IV, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem discriminações. Nesse sentido, as ações estatais devem ser dirigidas de modo a promover o respeito às diferenças, e Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 300) explicam que “as normas-princípio contidas nos diversos dispositivos do art. 3º cumprem a função de princípios objetivos que instituem programas, fins e tarefas que vinculam os Poderes públicos e que implicam uma atuação voltada à realização dos objetivos constitucionalmente enunciados.”

Sendo assim, a fim de cumprir com o objetivo de promover o bem de todos, sem discriminações, foi necessária a conscientização de que o preconceito poderia estar custando vidas, uma vez que muitos homens homossexuais queriam doar sangue, mas o preconceito institucionalizado pela lei impedia isso, o que prejudicava os bancos de sangue e, conseqüentemente, os pacientes que necessitavam da transfusão.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, o impedimento ao homem homossexual de doar sangue era desproporcional quando se verificava a medida diante do fim almejado. Se o objetivo era impedir que o paciente contraísse alguma doença transmissível por meio da doação de sangue, bastaria fazer o que já é feito: um exame minucioso do sangue antes de colocá-lo à disposição do paciente.

Para verificar se há proporcionalidade entre a medida adotada e o fim almejado, indaga-se, primeiro, de acordo com a ordem estabelecida por Ávila (2011, p. 170), se a medida é adequada e, de fato, a proibição é adequada à disseminação de doenças (tal como seria quanto em relação ao sangue de qualquer pessoa). Posteriormente, a segunda indagação seria se a medida é necessária, e já nessa etapa, percebe-se a desproporcionalidade, uma vez que não é necessária a vedação da doação de sangue por parte do homossexual se a medicina avançou o suficiente para detectar doenças no sangue. Nem se precisaria analisar a proporcionalidade em sentido estrito, que se relaciona com a verificação de um meio menos gravoso para alcançar o fim pretendido.

Nas palavras de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 396), “desproporções, para mais ou para menos, caracterizam violações ao princípio em apreço e, portanto, antijuridicidade, no sentido de uma inconstitucionalidade de uma ação estatal.”

Nesse sentido, o Ministro Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, Edson Fachin, asseverou que quando se classificam pessoas como grupos de risco de transmissão de doenças em vez de condutas, há uma interpretação consequencialista desmedida, logo, desproporcional, por praticamente proibir relações sexuais aos homens homossexuais, a fim de garantir que o sangue doado esteja isento de doenças.

O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação, 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, como a AIDS. O resultado de tal raciocínio seria, então, o seguinte: se tais pessoas vierem a ser doadores de sangue, devem sofrer uma restrição quase proibitiva do exercício de sua sexualidade para garantir a segurança dos bancos de sangue e de eventuais receptores. (STF, ADI 5.543)

A respeito da igualdade, é importante reforçar que se trata de um direito fundamental estabelecido no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, que prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

Em virtude de o conceito de igualdade ser amplo, Rios prefere explicar o princípio da não discriminação da seguinte forma:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômicos, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública. (RIOS, 2008, p. 20)

Desse modo, impedir que o homem homossexual doe sangue avilta a sua igualdade perante a sociedade porque impede que as pessoas destinatárias da norma sejam tratadas como iguais em relação aos demais cidadãos por mera questão de orientação sexual e tempo da última relação íntima.

Saindo do âmbito constitucional e indo para o do direito privado, vale ressaltar que a proibição à doação de sangue violava os direitos da personalidade, especialmente a autonomia privada do indivíduo, o qual, mesmo para fazer o bem ao próximo, via-se impedido de fazê-lo.

Essa proibição sobre a disposição de uma parte do corpo humano renovável é uma humilhação. Honneth (2017, 215) alerta que “toda tentativa de se apoderar do corpo de uma pessoa, empreendida contra a sua vontade e com qualquer intenção que seja, provoca um grau de humilhação que interfere destrutivamente na autorrelação prática de um ser humano mais do que outras formas de desrespeito.”

Quando se retira de uma pessoa direitos que outra parte da sociedade detém, injustificadamente, há um desrespeito pessoal.

A particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o status de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade. (HONNETH, 2017, p. 217)

O homem homossexual que manteve relações sexuais nos últimos doze meses não tinha como se sentir um parceiro na sociedade, pois lhe era proibido cooperar, em virtude da heteronormatividade que ainda caracteriza o Brasil, ou seja, a cultura de que o “normal” é ser heterossexual, em virtude de um modelo de valor (GROSS, 2017, p. 57).

Tendo em vista que uma sociedade excludente, preconceituosa e não solidária não condiz com a Constituição Federal vigente, em 07 de junho de 2016, o Partido Socialista Brasileiro, com base na legitimidade ativa que o art. 103, VIII, da Constitui-

ção Federal lhe assegura, ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo Relator foi o Ministro Edson Fachin, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, o que será abordado no último item, a seguir.

3. DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.543/DF

O Supremo Tribunal Federal, em 08 de maio de 2020, julgou procedente o pedido formulado pelo Partido Socialista Brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF e declarou a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, em virtude da violação aos artigos constitucionais mencionados no item anterior.

Ambos dispositivos legais foram considerados passíveis de serem impugnados por via de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que não são meros regulamentos, mas preceitos autônomos, com destinatários genéricos, tendo característica, por esse motivo, de atos normativos.

Na petição inicial que deu origem à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF, o Partido Socialista Brasileiro destacou que essas normas impediam, permanentemente, homens homossexuais de doarem sangue e, caso quisessem fazê-lo, precisavam não se relacionar por 12 meses. A petição também destacou a defasagem nos bancos de sangue brasileiros, demonstrando que, de acordo com levantamentos, devido aos mencionados artigos, 19 milhões de litros de sangue deixam de ser doados anualmente.

O Poder Público, por questões de tratamento preconceituoso e discriminatório, prejudicava a promoção da saúde pública, um dos bens perseguidos pela Constituição Federal, que,

de acordo com o art. 206, prevê que a saúde é dever do Estado, a qual deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas.

O Ministro Relator Edson Fachin entendeu que o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Anvisa partem da concepção de que a exposição a um maior contágio de enfermidades é inerente a homens homossexuais e o Direito estava sendo utilitarista por recair em um cálculo de custo e benefício que viola direitos fundamentais de minorias para maximizar os interesses de uma maioria, valendo-se do preconceito e da discriminação.

O resultado dessa ação direta de inconstitucionalidade trouxe igualdade aos homossexuais, uma vez que não há motivo para discriminar a relação homem com homem se não se discrimina a relação entre homem e mulher. Perceba o teor discriminatório: mesmo em um casamento heterossexual e fiel, pode haver a prática de sexo anal, e a lei não impede essa mulher de doar sangue. Em outras palavras, a mesma prática sexual não é condenada ao homem e mulher heterossexual, mas sim ao homossexual, que se via impedido de ajudar alguém por meio do ato solidário da doação de sangue.

Lembrando que doenças sexualmente transmissíveis não são passadas apenas pelo coito anal, uma vez que até mesmo sexo oral desprotegido pode ser uma fonte de doenças venéreas. Logo, o conteúdo da norma era discriminatório. Pereira (2018, p. 32) ensina que “a moral e o Direito mudam quando muda historicamente o conteúdo de sua função social (isto é, quando se opera uma mudança radical no sistema político-social).”

O Relator Ministro Edson Fachin, em seu voto, mencionou a aversão exagerada à alteridade, ainda presente na sociedade brasileira, que leva, muitas vezes, “tristemente bem-sucedidas de sua aniquilação existencial, impedindo-se de ser quem se é.”

Assim, o Ministro Edson Fachin concluiu que era necessário desconstruir o direito posto, a fim de trazer à tona uma justiça que garantisse a dignidade e a igualdade, concretizando uma dogmática constitucional emancipatória. (STF, ADI 5.543)

O Ministro explanou que é o sangue que faz as pessoas inerentemente humanas e quando se nega a oportunidade do homossexual que teve relação dentro de doze meses de doar, a sua dignidade humana é afrontada, uma vez que não reconhece o seu próprio valor moral, idêntico ao das demais pessoas. A imposição de abstinência fere a autonomia individual dessas pessoas. (STF, ADI 5.543)

A procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF se deu pelo quórum de 7 votos a 4. Seguiram o voto do Relator os seguintes Ministros: Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Luis Roberto Barroso e Rosa Weber. Por outro lado, votaram contra a inconstitucionalidade Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados são retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*) e vinculantes. De acordo com Barroso (2019, p. 267), a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade tem natureza jurisdicional. Logo, com autoridade de coisa julgada, com conteúdo indiscutível.

De acordo com o art. 25 da Lei nº 9.868/99, uma vez julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade, faz-se a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato, e, conforme o art. 28 da mesma lei, dentro de dez dias após o trânsito em julgado, publica-se a parte dispositiva do acórdão.

Assim, em 08 de julho de 2020, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) revogou a determinação que restringia a doação de sangue por homens homossexuais que mantiveram relações sexuais nos últimos doze meses. Trata-se de mais uma vitória alcançada pelos movimentos LGBTI.

A discriminação que essa parcela da sociedade sofre não foi solucionada em todos os aspectos em virtude dessa decisão, que poderia ser considerada ativista para um setor mais conservador. De acordo com Cristóvam e Cipriani (2017), “não se pode jamais olvidar que esse modelo de ativismo judicial denuncia sim uma indesejável falha do sistema de poder e não qualquer parâme-

tro de solução para os seus graves problemas.” Contudo, o que é necessário entender é que o STF nada mais tem feito do que interpretar artigos conforme a Constituição, tem primado pela unidade do ordenamento jurídico e levado a sério a constitucionalização do direito.

Nas palavras de Pereira (2019, p. 30), “o Direito, que sempre fechou os olhos para esta realidade, é convocado agora a legitimar e atribuir dignidade a todas as sexualidades. E isto é fruto de uma luta histórica dos movimentos sociais.” Assim, em virtude da emancipação do homem homossexual por via da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, não haverá mais possibilidade jurídica para discriminá-lo. A consequência disso não poderia ser melhor, uma vez que agora ele poderá exercer seu papel de cidadão e realizar um ato que nem todas as pessoas estão dispostas a fazer: doar o próprio sangue em benefício das pessoas que dele precisam.

CONCLUSÃO

O presente artigo permite concluir o quão importante foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, a fim de garantir uma interpretação constitucional emancipatória de um grupo que se encontrava desamparado pelo Direito, os homens homossexuais que tiveram relações sexuais nos doze meses antes do momento em que desejaram doar sangue.

Foi necessária a impetração dessa ação do controle de constitucionalidade para se discutir abertamente a respeito de preconceito e luta por reconhecimento, pois o estigma imposto aos homossexuais em virtude da epidemia de AIDS na década de 1980 não condiz com a realidade, uma vez que há diversos casos de transmissão da doença entre parceiros heterossexuais e que, a cada ano, o número de contaminados decresce.

Não havia razão de ordem médica para que homens que se relacionassem sexualmente com outros homens não pudessem doar sangue, e as normas jurídicas em questão violavam a dignidade humana e o direito à igualdade dos gays, além de ser uma

medida desproporcional, por afastar aquele homossexual que, imbuído de espírito de solidariedade, quisesse doar seu sangue. A medicina evoluiu o suficiente para fazer testes em todos os tipos de sangue para verificar a presença ou não do vírus.

Devido ao julgamento procedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, os bancos de sangue serão amplamente abastecidos, pois não haverá uma norma discriminatória e desproporcional que prejudique não apenas quem quer doar, mas também aqueles enfermos que precisam receber sangue.

O Supremo Tribunal Federal acertou ao julgar procedente a mencionada ação, pois o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, a qual traz em seu bojo a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, militante no combate a qualquer preconceito. O ativismo judicial, tão criticado, na realidade, tem sido a única forma encontrada pelo setor LGBTQI+ de ter os seus direitos respeitados, especialmente em um país em que o Poder Legislativo se mostra moroso e conservador.

Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, interpretou a Carta Magna de modo emancipatório, trazendo à tona um novo direito à população LGBTQI+: o direito de exercer a sua solidariedade sem ser discriminado. Tratou-se de um ganho relevante para toda a sociedade, especialmente neste momento em que o Brasil sofre com os efeitos da pandemia de coronavírus e que os estoques de sangue estão cada vez mais baixos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. *Brasil registra queda no número de casos e de mortes por Aids*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/brasil-registra-queda-no-numero-de-casos-e-de-mortes-por-aids#:~:text=Segundo%20dados%20do%20Boletim%2C%20registra,100%20mil%20habitant%20es%2C%20em%202016>. Acesso em: 28 de julho de 2020.

BRITO, Fábio Leonardo Castelo Branco; ROSA, Johnny de Moura. Os leprosos dos anos 80, “câncer gay”, “castigo de Deus”: homossexualidade, AIDS e capturas sociais no Brasil dos anos 1980 e 1990. *Revista Observatório*, Palmas. Vol.2 , nº 1, jan-mar.2018, pp. 751-778.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução: Klauss Brandini Gerhardt. 9. Ed. São Paulo: Guerra e Paz, 2018.

COHEN, Jon. Making Headway Under Hellacious Circumstances. *Science* 313. Science Magazine: July, 2006, pp. 470-473.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI, Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944/1467>. Acesso em 13 de setembro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e Direitos LGBTI*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GROSS, Jacson. *A construção da cidadania e a sexualidade: uma análise de adoção homoparental masculina*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Manual técnico para o diagnóstico da infecção pelo HIV em adultos e crianças*. Brasília, 2018

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Para além do binarismo: transexualidades, homoafetividades e intersexualidades. In.: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Intersexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

REIS, Toni. *STF, igualdade no sangue e a vitória dos 20 anos de luta*. 09 de maio de 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/stf-igualdade-no-sangue-e-a-vitoria-dos-20-anos-de-luta/>. Acesso em: 29 de julho de 2020.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta e indireta e ações afirmativas*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SUPER INTERESSANTE. *Como surgiu a AIDS?* Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-surgiu-a-aids/>. Acesso em 29 de julho de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF*. Ministro Relator Edson Fachin. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/10/ADI-5543-1.pdf>. Acesso em: 28 de julho de 2020.