

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, a hipótese já foi suficientemente apresentada e objeto de dois votos alentados e de elevada qualidade, de modo que eu não vou me alongar na sua descrição. Nós estamos diante de dois atos normativos, um do Ministério da Saúde e outro da ANVISA, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que, em última análise, proíbem a doação de sangue por homossexuais que tenham mantido uma relação sexual nos últimos doze meses, portanto, em rigor, proíbem a doação de sangue por uma pessoa homossexual masculina que tenha uma vida sexual minimamente ativa.

A justificativa apresentada pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária foi a de que a prática sexual entre homens constitui conduta de risco em razão da maior probabilidade que, neste tipo de relação, advém para o contágio de doenças sexualmente transmissíveis, inclusive e notadamente, a AIDS, transmitida pelo vírus HIV. Portanto, essa era a primeira e principal explicação, como analiticamente exposto no voto do Ministro Fachin.

A outra informação relevante, penso eu, para o deslinde dessa controvérsia, trazida pelas informações do Ministério da Saúde e da Anvisa, é de que todo o sangue doado passa por exames laboratoriais que consistem na realização de testes sorológicos para a detecção de doença. Porém, e esse é um ponto importante, foi objeto de consideração pelo Ministro Alexandre de Moraes, existe o que se chama ?janela imunológica?, que identifica um intervalo de tempo entre a infecção pela doença e a sua detecção e, quando se colhe o sangue de uma pessoa nesse período da janela imunológica ? portanto, ela já está contaminada, mas ainda não se revela nos exames ?, tem-se o tipo de exame que se chama de falso negativo, que, segundo o Ministério da Saúde, pelos testes de quarta geração que hoje se realizam no Brasil, leva de dez a doze dias. Portanto, o período da janela imunológica, o período do risco de que o contágio não apareça no exame, é um período concentrado em dez a doze dias. É por causa dessa janela imunológica que os testes laboratoriais não são considerados suficientes e é por esta razão que existe toda essa regulamentação que nós estamos tratando aqui e se faz essa triagem clínico-epidemiológica dos doadores, focada basicamente na entrevista que é feita aos candidatos.

Portanto, essa é a justificativa oferecida pelos órgãos encarregados da saúde pública: existe maior risco, os exames laboratoriais, hoje em dia, têm nível de acerto de, praticamente, cem por cento, mas há o risco dessa janela imunológica, quando, então, poderia ocorrer a contaminação. Essa é a posição dos que defendem o ato normativo.

O autor da ação e os diversos amici curiae que aqui estiveram sustentam que, diante do modo como verbalizados os atos normativos, eles, em última análise, acarretam um banimento dos homossexuais masculinos da possibilidade de doação de sangue, o que consideram ser algo extremamente discriminatório e estigmatizante para um grupo que já enfrenta preconceitos históricos que, apenas nos últimos anos, com atraso ? felizmente, não tarde demais ?, vêm sendo finalmente superados, alguns deles, com a ajuda deste Tribunal.

Portanto, essa é a posição contraposta: o modo como vocalizada a restrição pelos atos normativos impugnados é extremamente discriminatório e extremamente estigmatizante para uma coletividade já tradicionalmente vítima de preconceitos e abusos.

Aqui, Presidente, o meu voto é curto. Eu gostaria de fazer uma breve referência, não mais do que um parágrafo, à razão pela qual se instituiu esse banimento amplo à doação por homossexuais. Isso teve início quando da epidemia de AIDS ocorrida nos anos 80. E os grupos efetivamente afetados pela doença eram os homossexuais masculinos, eram os usuários de drogas e eram os hemofílicos. E, de certa forma, a doença ficou associada à homossexualidade masculina, de certa forma, reforçando um estereótipo e um estigma que já existia. Porém, como este era o grupo de risco, um grande número de países, de maneira preventiva, radical e compreensível, proibiram a doação de sangue por homossexuais masculinos como uma forma de se procurar estancar, na medida do possível, uma epidemia que se espalhava de maneira descontrolada. Mas é preciso ter em conta que isso foi há um quarto de século atrás. De lá para cá, já há uma compreensão muito maior da doença, e já há uma capacidade muito maior de se controlar o sangue a ser fornecido. De modo que o que talvez possa ter se justificado pelo princípio da precaução lá atrás, diante do avanço da compreensão da doença e da sofisticação dos exames laboratoriais hoje feitos, poderia já não mais se justificar.

E aqui eu gostaria de também brevemente ter um capítulo em que se considerassem os diferentes interesses que estão em jogo. Na verdade, os dois pratos dessa balança. De um lado, eu penso, que não há qualquer dúvida de que a portaria do Ministério da Saúde e a resolução da Anvisa claramente criam uma situação de desequilíbrio em relação aos homossexuais masculinos. Esse é, pensou eu, um fato fora de dúvida. Portanto, a queixa é legítima: há uma norma que trata, de maneira discriminatória, um determinado grupo. Na vida, há situações em que existe tratamento discriminatório com base em um fundamento legítimo e razoável. É isso que nós vamos explorar em seguida. Portanto, num prato da balança está a queixa plausível de que há uma discriminação a um grupo que já é historicamente estigmatizado. No outro prato da balança, eu penso que também está o interesse público legítimo de se proteger a saúde pública, em geral, e de se proteger a saúde dos receptores de sangue doado, e, portanto, de transfusão de sangue, do outro lado.

Portanto, eu não acho, nem o eminente Relator achou, nem tampouco o Ministro Alexandre de Moraes, que nós estivéssemos diante de um ato normativo do Poder Público deliberadamente voltado a discriminar gratuitamente um segmento social. Eu não penso isso e acho que seria uma injustiça alguém afirmar que a intenção fosse uma intenção discriminatória. Como eu pretendo concluir, o resultado foi discriminatório, a consequência objetiva foi. Mas acho que a intenção era uma intenção legítima de proteção da saúde pública.

Eu coloquei as duas questões, há duas coisas na vida que acho que são muito ruins. Uma é a discriminação, você desequiparar pessoas sem um fundamento legítimo. A outra é demagogia, que é você tomar decisões que tragam malefícios no futuro para receber o aplauso fácil e imediato no presente, o que também seria muito ruim.

O que eu acho que aconteceu aqui foi uma evolução do conhecimento e da ciência que superaram compreensões que se estabeleceram há algum tempo. Portanto, eu acho que a defesa do interesse público pode permitir a imposição de medidas gravosas e restritivas a determinados direitos fundamentais. Mas quando isso acontece, quando em nome do interesse público se impõe uma restrição a um direito fundamental, o que é preciso verificar é se essa restrição atende a um critério de proporcionalidade. Quanto ao padrão mundial adotado, na maior parte dos países do mundo, quando você vai verificar se a restrição a um direito fundamental com base em interesse público é legítima, você verifica o ?limite dos limites?, você verifica se os parâmetros adotados para a restrição daquele direito são proporcionais em uma matéria em que é vedado o excesso. Ou seja, se houver uma possibilidade menos gravosa de restrição a um direito, deve-se preferir à possibilidade mais gravosa.

O mandamento da proporcionalidade é o padrão mundial. Nos Estados Unidos, eles adotam uma especificidade nessas matérias de discriminação que se chama o ?escrutínio estrito?, strict scrutiny, que é ?você precisa demonstrar a imprescindibilidade daquela restrição para que ela possa ser aceita como válida, sobretudo quando a restrição produz um impacto discriminatório?. Portanto, isso é brevemente o que eu considero a teoria.

Há dois interesses legítimos em jogo. A restrição de um direito fundamental em favor de um interesse público ? no caso, a saúde pública ? precisa obedecer ao princípio da proporcionalidade, no caso específico, manifestando-se como vedação do excesso. Se houver algum mecanismo menos gravoso ao direito fundamental, ele deve preferir àquele que tenha sido adotado na eventual normativa.

Dessa forma, eu passo ao capítulo final do meu voto curto, porque, em última análise, eu estou acompanhando o eminente Relator e apenas fiz

considerações. Sua Excelência explorou com imensa proficiência o tema da dignidade da pessoa humana, e, portanto, não havia sentido em que eu percorresse a mesma trajetória. Mas eu subscrevo o que Sua Excelência disse em relação a esses tópicos. E me pareceu mais próprio, para demonstrar o meu ponto, percorrer esse caminho de demonstrar os interesses em jogo e como eu acho que eles devem ser ponderados.

Por que, Presidente, eu estou assentando a inconstitucionalidade dos dois atos normativos? Por considerá-los desproporcionais, ou por considerar que eles desproporcionalmente restringem direitos fundamentais da comunidade LGBT, especialmente dos homossexuais masculinos.

Veja, Vossa Excelência, são duas as razões: a primeira e mais importante é que, pelos atos normativos impugnados, o período de inaptidão é de doze meses. Portanto, um homossexual masculino não poderá doar sangue se houver tido uma relação sexual nos últimos doze meses. Pois bem, esse critério dos doze meses não se sustenta e é claramente excessivo. Se o problema, como diz o Ministério da Saúde e a Anvisa, é a tal janela imunológica ? porque, em relação a todo o período e a tudo o mais, o exame laboratorial é capaz de detectar ?, a regra que impõe o dever de abstinência por doze meses, ou seja, impede o desfrute de uma vida sexual normal, é absolutamente desnecessária. E a necessidade para atingir um determinado resultado é um dos componentes da ideia de proporcionalidade. Portanto, se fora do período da janela imunológica, o exame laboratorial elimina o risco do falso negativo, não há nenhuma razão para que eventual interdição, eventual período de inabilitação, extrapole e, ainda que se queira ter uma margem de segurança de quinze ou trinta dias, mas um ano peca claramente pelo excesso.

Considero, em primeiro lugar, que há uma violação do mandamento da proporcionalidade na dimensão da proibição do excesso, porque haveria medida menos gravosa possível com o que eu estou dizendo, mas não estou interferindo nesta normatização, que não possa haver eventual regulamentação para prevenir a contaminação dentro do período da janela imunológica. Acho perfeitamente possível, acho que pode e, talvez, deva. Mas esta normativa peca claramente pelo excesso.

E aí, Presidente, embora haja muitos países, alguns desde a década de 80, que adotam o critério da proscrição da possibilidade de doação de sangue por homossexuais, é profundamente estigmatizante, porque a doação de sangue, como regra geral, é um ato de desprendimento, de abnegação. Eu bem percebi, e o Ministro Alexandre de Moraes observou um ponto, que por vezes as pessoas fazem a doação de sangue um pouco para ter o teste. É bem verdade que o sistema único de saúde já oferece, de forma universalizada, o teste contra a AIDS. Eu até aceito e admito a possibilidade de alguém, procurando fugir do estigma, faça a doação do sangue para ter o teste sem ter que declinar a sua condição, mas penso que isso estaria longe de ser a regra geral. Portanto, o ato de doação de sangue é um ato de benemerência, de abnegação, portanto, é difícil imaginar que alguém de má-fé ou dolosamente sujeitaria as demais pessoas

ao contágio. Mas, ainda que isso pudesse acontecer, eu acho que os mecanismos de exames laboratoriais e eventual disciplina deste período de janela imunológica seriam suficientes.

Por isso, fui verificar que diversos países já baniram a restrição à doação de sangue por homossexuais, e, dentre esses países, destaquei o caso da Espanha, em que não existe qualquer restrição à doação de sangue por homossexuais e, naquele país, não se detectou nenhum caso de transmissão do HIV por transfusão sanguínea, nos anos de 2014 e 2015, segundo o boletim epidemiológico espanhol o qual tive acesso pela internet. E este mesmo boletim registra que, desde 2009, a taxa de transmissão dos vírus HIV por transfusão de sangue, na Espanha, varia entre 0 e 0,1%, que são percentuais muito semelhantes aos verificados no Brasil no mesmo período. E também, em relação ao México, para ter como exemplo de país latino-americano, onde tampouco há restrição à doação de sangue por homossexuais, os dados fornecidos pelo governo mexicano registram que, desde 2009, não se verificou qualquer caso de transmissão do vírus HIV pela via sanguínea, tendo-se registrado a taxa de 0% de contaminação por transfusão de sangue. Ainda na América Latina, a Colômbia tinha um banimento semelhante ao nosso que foi igualmente derrubado pela Corte Constitucional.

Presidente, por todas essas as razões, pedindo vênua ao Ministro Alexandre de Moraes, na parte em que diverge, e aderindo ao voto sensível, inspirado e extremamente delicado e que produz o resultado que me parece adequado, do eminente Ministro Luiz Edson Fachin, para considerar os atos normativos impugnados inconstitucionais por importarem em restrição discriminatório desproporcional a um grupo já estigmatizado.

Sendo essa a minha conclusão, eu apenas registro uma vez mais que penso que os órgãos de saúde, o Ministério da Saúde e a Agência de Vigilância Sanitária, se acharem próprio, podem normatizar mecanismos de prevenção não discriminatórios, mas mecanismos legítimos de prevenção relativamente à janela imunológica.

Portanto, estou acompanhando o Relator.

"PLENÁRIO VIRTUAL - MINUTA DE VOTO - 01/05/2020 00:00:00"