

Em 6 de junho de 2005

NORMA TÉCNICA HEMOTERÁPICA.
INAPLICABILIDADE DE PARÂMETRO
ISONÔMICO.

Normas técnicas internacionais determinam que não serão aceitas, em princípio, determinadas categorias de doadores de sangue, como, por exemplo, os que tiveram completado certo nível de idade, ou aqueles que, num determinado período, tiveram um número de relações sexuais com pessoas diferentes. Ao que nos foi informado, tais normas resultam:

- a) de estatísticas de risco para o doador ou para o receptor, e
- b) dos limites econômicos para um triagem caso a caso, que pudesse precisar, além de qualquer nível razoável, que o caso específico foge à tendência estatística.

É com base nessas informações, sem verificação pessoal de sua veracidade e certeza, que passamos a analisar a questão que nós é submetida, qual seja:

Têm as pessoas homossexuais direito a doar sangue?

Normas técnicas são *técnicas*, ou seja, não tem, por definição, um teor de regulação jurídica do comportamento para aqueles afetados por sua restrição. O subscritor desta manifestação certamente se ressentido das normas que vedam que possa voar, como passageiro, num ultraleve; mas uma medida judicial, qualquer que seja, não corrigirá a capacidade do motor que suporte seu peso. Haverá uma discriminação em função de seu peso, e não é relevante sequer se a discriminação é razoável, pois a questão não é jurídica. O motor não aguenta..

A questão de sempre, porém, é discernir quanto, numa norma, há de decisão técnica, quanto de manifestação de decisão política ou de visão de mundo. Na proporção em que há estatísticas verdadeiras e confiáveis de que os homossexuais, como grupo, suscitam mais riscos para os receptores de sangue, temos aqui um motor que não aguenta, e a alegação de que há discriminação é impertinente.

Porém, como indiquei acima, a regra tem dois elementos: um, que há uma estatística; dois, que as restrições econômicas não permitem que se singularize os casos individuais além das estatísticas. Assim, há uma decisão política além do técnico. No nosso símile, o motor aguentaria a decolagem, mas o desgaste promovido em suas peças tem um custo além de qualquer razão. Dentro dos limites da sociedade, o respeito ao meu desejo de voar importaria numa lesão econômica relevante, e limitaria a possibilidade de outras pessoas voarem, em condições de segurança e confiabilidade.

Há aqui, um elemento de ponderação; o imperativo inescapável da norma técnica é composto por uma avaliação das consequências do meu desejo irrefreável de voar.

É neste exato vértice que aparece a questão jurídica. Eu tenho interesse de voar. Mas tenho *direito* de fazê-lo? Ou seja, tenho uma situação jurídica individualizada, que me permita exigir o vôo? Contra

quem poderei exercer tal pretensão de voar?

Saindo da minha analogia: tem alguém o direito de doar sangue? Não encontro no nosso sistema constitucional e de Direito em geral um direito, seja oponível ao Estado, seja aos particulares, de impor a aceitação de sangue ou de qualquer parte do corpo, Assim, se há matéria de direito em questão, é o da eventual ofensa à dignidade daqueles que ofertam e não são aceitos. Do velho, dos jovens demais, dos multi-parceiros, e dos homossexuais.

E imediatamente voltando ao símile: será que o meu constrangimento por não poder voar, a sensação de discriminação – que aliás existe – serviriam de fundamento jurídico para opor meu interesse ao dono do ultraleve? Ou ao piloto, que haveria de alçar vôo transido de medo de cair? Em suma, a minha subjetividade é fonte medular e incontornável de direito?

A imagem do piloto aqui é crucial. Se há algo mais respeitável do que um direito à dignidade, se é possível alguma graduação nesses elementos tão fundamentais como a vida digna e a vida, parece ser q outro afetado pela consagração do meu desejo. Em prestígio de minha dignidade de gordo, poder-se-ia impor ao piloto superar seus pavores justos e razoáveis?

Como a matéria é de enorme dimensão humana, cabe aqui ousar num símile ainda mais veemente. Possivelmente a maior aquisição do século XX tenha sido o novo papel da mulher; essa nova dignidade caracteriza a centúria, em face dos milênios todos do Ocidente. Parte importantíssima dessa dignidade estaria, talvez, na liberação da mulher de uma função social predominantemente reprodutiva ou familiar, inclusive pela aceitação de padrões sexuais não procriativos. Não dissimular a essa tendência, possivelmente em harmonia e repartindo a mesma raiz, está a notável aceitação pelo Direito de uma opção sexual além da heterossexual.

Outras opções sexuais não mereceriam prestígio? No entanto, neste primeiros anos do séc. XXI, uma, dentre todas opções sexuais, é execrada e combatida. Mas em que pedofilia. em particular, é inaceitável? Pela invasão da esfera jurídica de um outro, mais abominável pela sua desproteção e involuntariedade. Assim, mesmo enquanto são eliminadas as barreiras jurídicas à comunhão homossexual, recrudescem as contra a pedofilia, já por naquela se prestigiar a vontade das partes envolvidas na relação, e não haver relação *inter volentes* nessa. Os interesses da parcela da sociedade que se opunha à comunhão homossexual recebe menos prestígio do sistema jurídico, em favor do consenso e da soberania do consenso entre as partes.

A doação de sangue presume exatamente o respeito à esfera jurídica fragilizada do receptor. Onde estaria o consentimento daquele que recebe o sangue de risco estatisticamente maior? Mais, exatamente como ocorre com a pedofilia, a saúde é objeto de tutela pública tão pronunciada, o direito à sua preservação tão relevante, que não há só o respeito à vontade do receptor. Há o dever – e não só um direito aqui – o dever estatal de preservar a saúde.

Passemos aqui, finalmente, à segunda consideração quanto à norma técnica hemoterápica. Para sair do risco estatístico para o risco real, seriam necessários procedimentos individualizados e provavelmente custosos. Depois de constatar que não há um direito a doar sangue, mas sempre respeitando o interesse dos que querem assim se solidarizar, e considerando os limites econômicos do sistema de saúde brasileiro, não me parece constitucionalmente plausível que tais exames fossem pagos pelo Estado.

Como consultor do DST/AIDS, em matéria dos aspectos internacionais e constitucionais das licenças compulsórias de patentes de retrovirais, este subscritor está agudamente consciente desses limites

econômicos. Ainda que houvesse – e, no meu entender, não há – um direito a doação de sangue com exame de risco individual e minucioso, esse direito seria abrangido pela *reserva do possível*.

Suponhamos, de outro lado, que o doador resolvesse arcar com estes custos, privadamente. Suponhamos que o Estado, aplicando seus parâmetros técnicos, declarasse aceitável tal sangue. Seria possível eliminar a escolha consciente do receptor em receber essa doação? Seria compatível com sua dignidade receber, involuntariamente, o sangue deste doador que, pelas estatísticas e pelo medo ainda que irracional, lhe seria peso maior do que a doença?

Respondendo assim a questão: não encontro no sistema jurídico um direito a doar sangue, seja deferido aos homossexuais, seja a qualquer outra parcela da população.

De outro lado, em atenção à solidariedade dessa parcela da população, seria razoável excepcionar da vedação geral de aceitar sangue os casos em que, satisfeitos às custas dos doadores os requisitos e protocolos pertinentes para individualizar o risco, de maneira aceitável para o Estado, houvesse consentimento específico do receptor.

É esse meu parecer, s.m.j.

Denis Borges Barbosa
OAB/RJ 23.865