

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA  
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO**

**A INAPTIDÃO DE HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS  
HOMENS PARA DOAÇÃO DE SANGUE: UMA ANÁLISE DA  
PROIBIÇÃO DA PORTARIA 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE  
DO BRASIL**

**ANDRÉ SALVADOR DE SIQUEIRA**

**CARUARU - 2018**

**ANDRÉ SALVADOR DE SIQUEIRA**

**A INAPTIDÃO DE HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS  
HOMENS PARA DOAÇÃO DE SANGUE: ANÁLISE DA PROIBIÇÃO  
DA PORTARIA 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado ao Centro Universitário Tabosa  
de Almeida - ASCES/ UNITA, como requisito  
a obtenção do grau de Bacharel em Direito,  
sob orientação da Prof.<sup>a</sup> Msc. Elba Ravane  
Alves Amorim.

**CARUARU – 2018**

## BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

---

Presidente: Prof<sup>a</sup>. Msc. Elba Ravane Alves Amorim

---

Primeiro Avaliador: Prof.(<sup>a</sup>)

---

Segundo Avaliador: Prof.(<sup>a</sup>)

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a constitucionalidade da portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde que inclui no grupo de inaptos para doação de sangue, homens que se relacionaram sexualmente com outros homens em menos de 12 meses antes da doação. Além de avaliar a relação entre a heteronormatividade e o impedimento da doação de sangue por este grupo de pessoas, refletir se a proibição por meio da “inaptidão” dos homens que fazem sexo com outros homens é uma afronta a dignidade da pessoa humana, buscando apontar as possíveis consequências da declaração de inconstitucionalidade da portaria nº 158/2016 que já se encontra em julgamento por meio da ADI 5543 no STF. Para tanto, foi escolhida uma abordagem qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica, buscando uma forma descritiva para sua apresentação. Pontos importantes foram abordados para que se busque compreender melhor a inconstitucionalidade da portaria. É preciso avançar e mudar nas questões de igualdade e de gêneros em um país tão diversos como o Brasil, não podendo o direito ficar como simples observador.

**Palavras-Chaves: Doação, HSH, Inconstitucionalidade.**

## RÉSUMÉ

L'objectif de cette étude est d'analyser le constitutionnalité le décret n ° 158/2016 du Ministère de la Santé qui comprend le groupe inapte à donner du sang, des hommes qui avaient des relations sexuelles avec d'autres hommes en moins de 12 mois avant le don. En plus d'évaluer la relation entre l'hétérosexualité et la prévention du don de sang pour ce groupe de personnes, examiner si l'interdiction par la « incapacité » des hommes qui ont des rapports sexuels avec d'autres hommes est un affront à dignidade de la personne humaine, en cherchant à identifier les conséquences possibles de la déclaration d'inconstitutionnalité de l'ordonnance n ° 158/2016 est déjà jugé par ADI 5543 la Cour suprême. Par conséquent, a été choisi une abordagem qualitative au moyen de la littérature, à la recherche d'une manière descriptive pour la présentation. Des points importants ont été abordés afin de mieux comprendre l'inconstitutionnalité de l'ordonnance. Nous devons bouger et changer sur les questions de genre et de sexe dans un pays aussi diversifié que le Brésil ne peut pas être le droit à titre d'observateur.

**Mots-clés: Don, MSM, Inconstitutionnalité.**

## Sumário

1. INTRODUÇÃO .....	6
2. HETERONORMATIVIDADE E O IMPEDIMENTO DA DOAÇÃO DE SANGUE DE HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS.....	9
3. INCONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA N° 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL. ....	15
4. CONCLUSÕES .....	20
REFERÊNCIAS .....	22

## 1. INTRODUÇÃO

“**Todos são iguais perante a lei [...]**” é dessa forma que se inicia o artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, continuando a leitura encontramos o seguinte trecho “[...] **sem distinção de qualquer natureza [...]**” (BRASIL, 1988), porém, no que tange os direitos dos homens que fazem sexo com outros homens (e não se identificam como homossexuais) no momento em que se dispõem a prática de doação de sangue, suas vivências sexuais tem sido motivo de discriminação. A postura adotada pelo Ministério da Saúde em sua Portaria 158/2016 (BRASIL, 2016) entra em conflito com o que está explicitamente escrito na Carta Magna.

O preconceito e a discriminação, sejam eles motivados pela orientação sexual de uma pessoa, pela sua idade, pela cor da pele ou ainda pelo fato de ser mulher devem ser combatidos pelo Estado, pelos seus Ministérios, Secretarias e por todas as pessoas que anseiam por uma sociedade mais justa e humana. Reconhecer que não existem mais “grupos de riscos” e sim “comportamento de risco”, ou seja, atitudes que possam colocar o indivíduo em possível contato com as DST’s seria a forma mais acertada de seguir o que a Constituição ordena.

É de notório conhecimento de todos que os bancos de sangue em todo o Brasil estão sempre passando por “crises” no que se refere à quantidade de bolsas sanguíneas em estoque, conforme estudo apresentado por Jefferson Rodrigues Pereira *et all* (2015, p.2476):

Na última década identifica-se um crescimento exponencial da demanda por doações sanguíneas em todo o mundo, inclusive no Brasil. Atualmente, aproximadamente 1,8% da população brasileira é doadora de sangue<sup>1</sup>, mas segundo recomendações, o índice ideal deve estar entre 3% a 5%<sup>2</sup>. De acordo com as proposições da legislação brasileira, o ato de doar sangue é inteiramente voluntário e anônimo, não sendo permitido qualquer tipo de remuneração.

Partindo dos princípios norteadores dos direitos humanos que buscam a proteção à vida humana, outros países já superaram a proibição de doação de sangue realizada por homens que fazem sexo com outros homens, possivelmente por entender que salvar a vida humana é o maior bem jurídico a ser resguardado pelo Estado e pela sociedade, não podendo a normatização discriminatória ao comportamento individual tornar-se um obstáculo para a garantia do direito universal que é a vida humana que depende da solidariedade de quem opta por torna-se

doador.

Dentre esses países, destacamos Portugal pelos laços históricos que existem entre nossas nações, conforme se verifica na legislação deste país, pelo art. 6º, alínea “c” do Estatuto do Dador (no Brasil doador) de Sangue da Lei 37/2012, não existe discriminação quanto fatores da vida privada do “dador” de sangue, (PORTUGAL 2012, p. 4702);

Direitos do dador de sangue

1 - O dador ou candidato a dador tem direito:

- a) Ao respeito e salvaguarda da sua integridade física e mental;
- b) A receber informação precisa, compreensível e completa sobre todos os aspetos relevantes relacionados com a dádiva de sangue;
- c) A não ser objeto de discriminação.

Na história da humanidade, registram-se as lutas que constroem as bases para consagração dos princípios dos direitos humanos, estes ecoam especialmente durante a Revolução Francesa, a tão sonhada igualdade ou em francês “*Égalité*”, que vai encontrar ressonância na Constituição do Brasil de 1988, no artigo 5º, no entanto, ao que parece nos últimos anos não tem conseguido acompanhar a evolução humana, as relações sociais, afetivas e sexuais para que a igualdade torne-se uma realidade e não apenas uma previsão normativa.

Sabendo-se que existe uma necessidade na captação das doações de sangue, para o suprimento dos diversos setores na área de medicina no país, sabendo-se também que não deveria existir a discriminação de qualquer espécie à pessoa humana, existindo para isso, leis e princípios que respaldam a não discriminação e a não violação ao princípio da igualdade, mesmo assim é preocupante que diante de risco da perda da vida humana as vivências sexuais desenvolvida no âmbito da vida privada seja razão para comportamentos que podemos denominar de homofobia institucional que no caso analisado se manifesta nos serviços do Sistema Único de Saúde.

Diante de tal contexto, apresentamos o seguinte problema de pesquisa: A “inaptidão” de homens que fazem sexo com outros homens, num prazo inferior a 12 meses, conforme artigo 64, inciso IV da portaria nº 158 de 04 de fevereiro 2016 do Ministério da Saúde, afronta de forma direta os princípios de direitos humanos e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

O artigo é resultado da pesquisa que teve como objetivo geral: Analisar a constitucionalidade da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde do Brasil que inclui

no grupo de inaptos para doação de sangue, homens que se relacionaram sexualmente com outros homens nos 12 meses anteriores a doação. São objetivos científicos: 1. Avaliar a relação entre a heteronormatividade e o impedimento da doação de sangue de homens que fazem sexo com homens; 2. Refletir se a proibição por meio da “inaptidão” dos homens que fazem sexo com outros homens constitui uma afronta à dignidade da pessoa humana; e 3. Apontar as possíveis consequências da declaração de inconstitucionalidade da portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde do Brasil.

A abordagem escolhida para esta pesquisa será **qualitativa** que segundo SILVEIRA, *et al.*, (2009, pg 31): “A pesquisa qualitativa não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, etc.[...]”

Sendo trabalhada quanto sua natureza a forma de uma **pesquisa bibliográfica** que ainda sobre o entendimento de SILVEIRA, *et al.*: (2009, pg 37) trata-se de uma pesquisa com as seguintes características:

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem, porém, pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta.

Ainda seguindo os caminhos de SILVEIRA, *et al.*: (2009, pg 35) também será um estudo **descritivo**; “A pesquisa descritiva exige do investigador uma série de informações sobre o que deseja pesquisar. Esse tipo de estudo pretende descrever os fatos e fenômenos de determinada realidade. ”

## 2. HETERONORMATIVIDADE E O IMPEDIMENTO DA DOAÇÃO DE SANGUE DE HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS

Já existe no STF uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.543/2016 que versa justamente sobre o inciso IV do art. 64 que trata da questão da imposição do tempo de inaptidão para homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou suas parceiras num prazo inferior a 12 meses para a doação de sangue. Ação essa movida a pedido do Partido Socialista Brasileiro (PSB), por entender que o inciso IV do art. 64 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde vai de encontro com os princípios que fundamentam a Constituição Federal do Brasil de 1988 (STF, 2016).

Encontramos na Constituição Federal, em seu art. 102, inciso I, alínea 'a', *in verbis* a competência para Ações Direta de Inconstitucionalidade:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (BRASIL, 1988)

Constitucionalistas, observam que:

(ADI) Ação que tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contraria a Constituição Federal. A ADI é um dos instrumentos daquilo que os juristas chamam de “controle concentrado de constitucionalidade das leis”. Em outras palavras, é a contestação direta da própria norma em tese. [...]54 (CONTE, 2014, p. 44)

Observa-se que a previsão da portaria viola o art. 3º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso I e IV;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

IV – Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

A partir de tais objetivos fundamentais o Estado brasileiro toma para si o dever de construir uma sociedade livre, desta forma é possível acreditar que esse termo *livre* afaste por si só o preconceito, a discriminação e a segregação, pois estas posturas aprisionam uma sociedade em padrões que não acompanham a evolução da sociedade em constante mutação. *Justa* é a palavra seguinte, o que remete novamente a uma ação que deve englobar toda a sociedade, em suas minorias e

maiorias, para que sejam equilibradas as suas necessidades e com isso todos possam usufruir de seus benefícios como coletividade.

Para Caroline Lima Silva e Jorge Castellá Sarriera (2015, p.382):

[...] a maioria das concepções de justiça social aponta o conceito atrelado à ideia de uma sociedade igualitária e baseada nos princípios de igualdade e solidariedade, entendendo e valorizando os direitos humanos e reconhecendo a dignidade de toda e qualquer pessoa. Tal concepção reflete os três valores e símbolos da Revolução Francesa (1789- 1799): liberdade, igualdade e fraternidade.

Temos ainda o termo *solidária* podendo ser aplicado para um entendimento de que o mínimo de cooperação e ajuda para cada pessoa na sua esfera individual ou para a sociedade como um todo coletivo, devam estar presentes nas suas ações.

Volnei Garrafa e Sheila Pereira Soares (2013, p.253), definem solidariedade:

[...] como valor social, criado a partir da consciência de uma comunidade de interesses e, portanto, humanitário em si mesmo. Em consequência, incorpora a necessidade moral de ajudar, assistir, apoiar a outras pessoas, como parte da responsabilidade pessoal.

Umam gamas de interpretações já são possíveis de serem verificadas simplesmente no inciso I do artigo 3º, o que já seria suficiente para considerar que a imposição apresentada na portaria do ministério da saúde é uma afronta ao que a carta magna da nação representa. Vejamos *ipsis litteris*:

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;

Observa-se que tal regra é pautada pelo que nos estudos de gênero denominamos de heteronormatividade, as discussões de gênero apontam que:

Desde as principiantes discussões de gênero até o aporte encorpado da teoria *queer*[...] Esse lugar que estabelece as normas e as dispõe como destinos manifestos, no caso da sociedade ocidental, construiu aquilo que se convencionou chamar de heteronormatividade, ou seja, torna os valores associados à heterossexualidade como os pressupostos que regem a sociedade e devem ser compulsórios aos indivíduos. (BORGES, et al., 2013, pg. 66)

Partindo para analisar o inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mais precisamente na primeira parte “promover o bem de todos” encontramos mais uma vez a vontade do legislador em expressar o anseio de que a sociedade seja a mais benéfica para todos que nela vivem sem qualquer tipo de discriminação ou

preconceito, ideia esta que se reforça ainda mais com o trecho a seguir que diz de forma clara e que reforça a vontade do constituinte de erradicar quaisquer forma de violação à igualdade:

Art. 5º 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:

[...]

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Se no artigo 3º da CF/88, dois incisos já eram suficientes para demonstrar toda a afronta da portaria do Ministério da Saúde, ainda assim, apresentamos a hipótese que a portaria nº 158, do MS de 04/02/2016 representa uma afronta direta ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O inciso X, do artigo 5º da Constituição, estabelece que: “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral” o que reforça ainda mais a violação cometida pela portaria do Ministério da Saúde, ao questionar o possível doador sobre sua vida privada, buscando pela informação de com quem o possível doador manteve relações sexuais, afronta a intimidade e a vida privada do cidadão. Uma única questão que poderia ser aplicada pelo servidor do órgão coletor de sangue, para se ter o grau de cuidado necessário em uma entrevista relacionada ao possível “comportamento de risco” do então propenso doador. Como podemos observar a seguir, os procedimentos para diminuir os fatores de risco no banco de sangue, são procedimentos objetivamente técnicos que devem ser aplicados para toda e qualquer pessoa e não dependem das vivências sexuais dos indivíduos. Vejamos:

Para diminuir o risco de transfusões de sangue durante o período de janela imunológica, na etapa da triagem clínica de doadores, as perguntas são direcionadas a fatores de risco para doenças infecciosas e sexualmente transmitidas. A triagem clínica é importante também para a redução do risco de transmissão de doenças infecciosas que não são rotineiramente testadas nos bancos de sangue, ou para as quais não existe teste, ou para doenças emergentes ROHR *et all.* (2012, p. 32)

Toda essa questão poderia até ser facilmente superada, se no momento da entrevista, o possível doador, mesmo sendo homem que faz sexo com outro homem,

faltasse com a verdade da informação ou suprimisse esta informação. Caso não falasse a verdade estaria dando informações falsas para a atendente e se assim procedesse incorreria em crime, de acordo com o Código Penal vigente:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:  
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. (BRASIL, 1940).

Apesar dos fundamentos aqui apresentados, o Ministério da Saúde em 2016 declarou:

[...] não existe nenhuma possibilidade da portaria e suas restrições serem revistas por não as considerar discriminatórias – seriam baseadas em “comportamentos de risco”. A portaria não libera a doação de sangue mesmo para HSHs que declarem terem sempre usado preservativo, que comprovarem que fazem PrEP, ou que afirmem serem monogâmicos há muito tempo. (CAPARICA, 2016.)

Quando o assunto é salvar vidas o Estado, através do Poder Judiciário, já foi de encontro até contra a religião, por entender que a vida é o maior bem juridicamente a ser defendido do que qualquer outra forma de expressão que a pessoa possa aceitar para si ou declarar perante a sociedade. No presente estudo, selecionamos três decisões que versam sobre nosso objeto de estudo, são elas:

TJ – DF – AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 20060020045004  
DF 31.08.2006.

A autorização para transfusão de sangue em menor, dada pelo juízo da infância e juventude, desafia a apelação. Não constitui, porém, erro grosseiro a interposição de agravo de instrumento, cujo prazo recursal é o mesmo da apelação prevista no Eca, sendo aplicável a fungibilidade recursal.

O agravo de instrumento para uma decisão que autoriza uma transfusão de sangue para salvar a vida de uma criança que mesmo tendo os pais como Testemunha de Jeová, o Judiciário decidindo entre dois direitos fundamentais, em um claro conflito da norma, que neste caso prevaleceu a manutenção da vida humana perante a convicção religiosa de dois pais.

TJ – RS – AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 70058469362 RS  
28.04.2014.

Dentre as prestações positivas previstas na Constituição da República, contudo, não decorre a de o Estado financiar tratamentos de saúde resultantes de escolhas religiosas ou de crença. Com efeito, a liberdade de religião ou de crença não garante o direito de exigir do Estado o custeio de tratamento à saúde segundo as práticas e regras religiosas, já que o direito social à saúde destina-se a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social de modo universal e igualitário.

Mais uma vez o judiciário tendo que se posicionar de forma a garantir em primeiro lugar a vida em detrimento a concepção religiosa, o que demonstra que o Direito à Vida deve prevalecer sempre que colidir com outro direito.

TJ – RS – APELACAO CIVIL AC 70061159398 RS 02.09.2014

Distinções na prestação do serviço público de saúde para atender às convicções religiosas ferem o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos. Não podem, portanto, os Agravados serem obrigados a sustentar serviços de saúde que não decorrem apenas de prescrição médica, mas da liberdade de religião.

É importante neste ponto, explicar o termo apresentado na portaria do Ministério da Saúde no que se refere a HSH (homens que fazem sexo com homens). Existe uma grande diferença dos termos “HSH” e “Homossexuais”.

Albuquerque (2016, p. 226) apresenta de forma bem clara qual a principal diferença entre um HSH e um homossexual;

[...] o fato de HSH manterem relações sexuais com parceiros do mesmo sexo não se caracteriza como condição definidora de uma identidade sexual homossexual. Desse modo, mulheres que fazem sexo com outras mulheres assim como homens que fazem sexo com homens não necessariamente são homossexuais [...]

A utilização do termo HSH (homens que fazem sexo com homens) pode ser vista como uma forma de englobar nesta categoria de alguns tipos da apresentação da sexualidade humana, preferencialmente masculina, que possuam traços com o a homossexualidade, segundo os padrões impostos pela heteronormatividade.

A proibição da portaria nº 158/2016 do MS consegue atingir toda essa gama de pessoas que se definem nos mais diversos gêneros encontrados na sociedade e que só buscam de alguma forma ajudar ao próximo sem que para isso sua intimidade seja levada em consideração.

Justamente sobre essas questões de gênero e identidade sexual na qual se coloca a heterossexualidade no topo de uma condição ideal para ser aceito perante a

sociedade é que surgem teóricos e teóricas *queer*, que por meio de procedimentos desconstrutivos demonstram que essa hegemonia heterossexual e compreensão hierárquica pode ter fim se analisarmos o indivíduo de outra forma (COSTA, 2009, p. 6):

Os teóricos/as queer, colocam em cheque a oposição heterossexualidade e homossexualidade, presente na cultura ocidental moderna, demonstrando que poderia ser efetivamente criticada e abalada por meio de procedimentos desconstrutivos. É o caso da feminista Judith Butler, ao mesmo tempo em que reafirma o caráter discursivo da sexualidade, ela produz novas concepções a respeito de sexo, sexualidade e gênero. A autora rompe com a relação sexo - natureza e gênero - cultura, ao sugerir que o sexo é cultural, na mesma medida em que o gênero.

Observa-se assim que, a portaria 158/2016 além de impor ao homossexual, ao bissexual ou ao HSH que ele negue sua vivência sexual por um prazo de 12 meses, o que poderíamos chamar de um “celibato disfarçado”.

Vamos ampliar ainda mais esta questão, um pai bissexual não poderia doar sangue para um filho, seu companheiro ou um parente? Assim, a questão fica clara, a proibição não seria pela incompatibilidade sanguínea, mas decorrente da homofobia institucional.

### **3. INCONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA N° 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL.**

Para Clève (2008 pg. 142) – “O constituinte de 1988 foi feliz nas inovações que trouxe à fiscalização de constitucionalidade, atendendo ao espírito de uma Constituição democrática, igualitária e pluralista”. Porém a portaria 158/16 do Ministério da Saúde vai totalmente de encontro com estes interesses.

Quando uma pessoa busca o serviço de doação de sangue para contribuir com uma sociedade mais justa e igualitária, o faz sem se preocupar se a pessoa que vai receber o sangue é branco ou negro, se é alto ou baixo, se é heterossexual ou homossexual, a intenção do doador é salvar vidas.

Quando o Ministério da Saúde escolhe um determinado grupo de indivíduos e para o denominar de grupo de risco, acaba por reforçar estereótipos decorrentes da desigualdade de gênero, que pessoas não tem relações sexuais pautadas na heterossexualidade, são promíscuas. Além disso, ao exigir tal declaração, o Estado viola a privacidade da vida íntima do indivíduo ainda o discrimina por ser “diferente” da maioria, criando um rótulo, uma diferenciação.

A inconstitucionalidade dessa portaria encontra-se justamente neste ponto, ir de encontro com o que a Constituição determina como dever do Estado brasileiro, promover união e tratamento igualitário para todos.

A Constituição de 1988 tornou-se a carta magna da nação brasileira quando de sua promulgação. A partir deste momento ela passou a ser o ordenamento jurídico vigente e válido em todo território nacional, com seus artigos, incisos, princípios e normas, seus valores passaram a ser reconhecidos como parâmetro de leis, normas, regulamentos e relação. Criando um sistema harmonioso em toda a sociedade.

Quando uma lei, uma norma ou um princípio vem de encontro ao todo esse ordenamento jurídico denominamos isso como algo “inconstitucional”. Vieira, (2007, p. 16) destaca que “A inconstitucionalidade surge da verificação da existência de uma desconformidade na relação existente entre a lei ou ato normativo derivado da Constituição com o que rigidamente nela assentado”.

No Brasil o controle do que é constitucional ou inconstitucional é realizado pelo STF conforme previsto no Art. 102, inciso I, alínea “a” da CF/88 sendo essa redação dada por meio de emenda constitucional nº 3 de 1993 (VIEIRA, 2007, p. 10):

O Supremo Tribunal Federal, em decorrência de imposição do constituinte originário, é o guardião da Constituição. No uso de sua competência, ele é o responsável por analisar, em última instância, as questões a envolver a declaração de inconstitucionalidade e a repercussão dessa declaração nos planos da validade, existência e eficácia do ato impugnado

Existem quatro classificações para a inconstitucionalidade (AGRA, 2012, p. 675): a) por ação, que subdivide em formal e material; b) por omissão; c) por descumprimento de preceito fundamental e d) valorativa.

- a) Inconstitucionalidade por Ação Formal: possui sua falha na forma pela qual o procedimento foi realizado, ou seja, a forma na qual foi criada a norma, possui defeito e com isso perde sua validade.
- b) Inconstitucionalidade por Ação Material: diferente da Ação Formal, a inconstitucionalidade Material consiste no conteúdo da norma, no assunto, na essência, se esta for de encontro com o que existe na Constituição então torna-se incompatível. Porém se só parte da norma puder ser aproveitada, o trecho ou a palavra que esteja em desacordo pode ser suprimida, desde que não modifique a totalidade da ideia da norma.
- c) Inconstitucionalidade por Omissão: como o próprio nome apresenta, seria a falta de agir do legislador perante uma norma que deveria ser regulamentada em prol do bom funcionamento do Estado.
- d) Inconstitucionalidade por Descumprimento de Preceito Fundamental: Os preceitos fundamentais é matéria não pacífica na doutrina, mas está amplamente ligada a questão de princípios e regras da Constituição para resguardar o cidadão, portanto o descumprimento destes preceitos pode ser alvo de ação de inconstitucionalidade.
- a) Inconstitucionalidade por Valoração: as normas da Constituição não são simples letras de lei frias e interpretadas em seu sentido literal, elas possuem um valor que lhe é dado através da significação que os homens dão a estas normas. Então, quando no caso concreto a norma vier a possuir uma intenção contrária a que se busca na Constituição, está indo de encontro com esta valoração.

Desse modo, podemos dizer que foi sábia a decisão que julgou a Portaria do Ministério da Justiça inconstitucional, visto que a mesma, viola a Dignidade da Pessoa Humana.

Definir o que é a dignidade da pessoa humana não é nem de longe uma tarefa fácil até mesmo para os mais estudiosos especialistas das diversas ciências sociais que se encontra o homem na sua atualidade e na vida em sociedade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948 em seu artigo 1º traz a seguinte frase: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direito”. Aqui no Brasil o art. 1º, inciso III da Constituição traz a seguinte escritura:

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:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Uma boa tentativa de explicação para a importância da dignidade da pessoa humana é dada por LOPES (2015, p. 655):

O art. 1º da Declaração Universal oficializa, portanto, a visão igualitária da dignidade humana: ela é agora a propriedade que une todas as pessoas, não a que as diferencia entre si. Sua função não é mais identificar aqueles que merecem mais poder, mas sim impedir que algum grupo de pessoas se julgue inerentemente melhor do que outros grupos, como aconteceu com os nazistas em relação aos judeus, ciganos e portadores de necessidades especiais. Trata-se da função protetora da dignidade, que funciona como um limite à atuação do Estado e da sociedade, protegendo, conseqüentemente, direitos fundamentais. Sarlet (2010, p. 135) se refere à essa função como “proteção pela dignidade”, referindo-se ao uso desse princípio como limite à restrição dos direitos fundamentais.

Outra apresentação para o que poderíamos considerar como valor sobre a dignidade humana é expressa de forma bem direta e clara por AWARD (2006, p 113/114);

Adotar a dignidade da pessoa humana como valor básico do Estado democrático de direito é reconhecer o ser humano como o centro e o fim do direito. Essa prerrogativa é o valor máximo, constitucionalmente falando, o valor absoluto. Esse princípio se tornou uma barreira irremovível, pois zela pela dignidade da pessoa, que é o valor supremo absoluto cultivado pela Constituição Federal.

Delimitar onde começa a dignidade da pessoa humana e onde ela termina não é tarefa fácil, justamente por estarmos tentando por limites em um ser que busca cada vez mais ultrapassar seus próprios limites e sua própria compreensão de mundo em sua volta.

No último dia 25 de outubro de 2017 houve a sessão da plenária do STF sobre julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543 que versa justamente sobre a portaria 158/2016 do Ministério da Saúde.

O relator da ação o Min. Edson Fachin, votou a favor do pedido de inconstitucionalidade apresentado nesta ação, os ministros que acompanharam seu voto foram o ministro Luís Roberto Barroso, ministro Luiz Fux e a ministra Rosa Weber. O ministro Alexandre de Moraes deu um voto parcial em discordância com o voto do relator. Segundo o ministro:

[...] é possível garantir o direito do homossexual em doar sangue, apesar da restrição da abstinência sexual por 12 meses, o direito do receptor, que tem direito de receber um sangue da melhor qualidade possível para proteção da sua saúde, bem como o direito do profissional em ver minimizado o risco de transmissão de doenças por transfusão, evitando, em relação a ele, eventual responsabilização profissional e judicial.

Para tanto seria necessário segundo o ministro Alexandre de Moraes, seguir alguns procedimentos da seguinte forma:

Nesses casos, explicou o ministro, após a necessária triagem, incluindo a realização do questionário individual, o material coletado de homens que fizeram sexo com outros homens, independentemente do prazo de 12 meses, deve ser identificado, separado, armazenado e submetido a teste sorológico somente após o período da janela imunológica, a ser definida pelos órgãos competentes, para afastar qualquer possibilidade de contaminação [...]

Para o ministro esta simples mudança no procedimento seria o suficiente para garantir ou assegurar um atendimento sem discriminação pelo poder público perante os homens que fazem sexo com outros homens.

O ministro Luís Barroso, seguiu o voto do relator ressaltando o critério da proporcionalidade, segundo ele:

[...] o problema é a janela imunológica, a regra que impõe abstinência por 12 meses impede o desfrute de uma vida sexual normal, sendo absolutamente desnecessária. A norma peca pelo excesso, caracterizando uma violação do mandamento da proporcionalidade.

O voto da ministra Rosa Weber por sua vez, também seguiu os passos do relator além de ressaltar alguns aspectos como o uso de preservativos e o compromisso de um relacionamento fixo entre os doadores.

Para o ministro Luiz Fux, um ponto importante no seu voto, além da questão

de uma clara discriminação a orientação sexual dos doadores, trouxe dados nos quais os homossexuais estão sendo mais cautelosos com os cuidados de prevenção em comparação com os homens heterossexuais. A proporcionalidade também foi observada no que se refere a janela imunológica, que abrange um tempo bem menos do que 12 meses, por volta dos 10 ou 12 dias.

O julgamento foi suspenso pois o ministro Gilmar Mendes fez um pedido de vistas antecipada dos autos.

Pelo regimento interno do STF quando um ministro pedir vista de um processo ele segue o disposto no Art. 134: “Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente.”

No entanto, houve após a resolução nº 278/2003 este prazo ficou da seguinte forma:

Art. 1º O Ministro que pedir vista dos autos deverá devolvê-los no prazo de 10 (dez) dias, contados da data que os receber em seu Gabinete. O julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir à devolução, independentemente da publicação em nova pauta.

§ 1º Não devolvidos os autos no termo fixado no caput, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por 10 (dez) dias, findos os quais o Presidente do Tribunal ou da Turma consultará, na sessão seguinte, o Ministro, que poderá, justificadamente, renovar o pedido de vista.

Porém em 2006 uma nova resolução alterou mais uma vez a questão de prazo para devolução do processo que foi pedido em vista por um ministro:

Art. 1º A Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1º .....

§ 1º Não devolvidos os autos no termo fixado no caput, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por 10 (dez) dias, findos os quais a Presidência do Tribunal ou das Turmas comunicará ao Ministro o vencimento do referido prazo.

#### 4. CONCLUSÕES

Para as pessoas que mantêm relações heterossexuais não importa se a relação é exercida com uso de preservativo, ou de forma segura, não importa o grau de envolvimento entre as pessoas, mesmo assim as pessoas heterossexuais estarão “aptas” a doar sangue pois não existe nenhuma proibição diretamente ligado a esta ação.

Em contrapartida se um homossexual, com um relacionamento monogâmico com mais de dois anos tentar doar sangue, será impedido pela portaria 158/2016, art. 64, alínea IV.

Esta proibição a partir do estudo aqui realizado tem relação única e exclusivamente com o fato dele ser homossexual.

Estamos falando da relação que a heteronormatividade na sociedade atual impõe sobre todos aqueles que não seguem o que é imposto como padrão e correto, discriminando todos os homens que de alguma forma tiveram relações sexuais com outros homens, sejam eles homossexuais, bissexuais ou HSH.

Infelizmente a única relação que podemos observar entre a heteronormatividade autoritária e pulsante em nossa sociedade e o impedimento da doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens baseia-se no preconceito pelo diferente, no preconceito pelo desconhecido, no preconceito por aquilo que não é vivido pela maioria.

É preciso lembrar que estamos diante de pessoas humanas que em nada se diferenciam dos demais cidadãos na intenção doar sangue, exercer a solidariedade e viver em sociedade. Estamos falando da dignidade do ser humano que tem sua vida íntima vasculhada até que se encontre algo que possa classifica-lo como “diferente” e então passar a ser tratado realmente de forma diferente, excluído da sociedade na qual ele mesmo buscava contribuir. Não permitir que um homem viva sua sexualidade de forma plena, impondo um “celibato” pelo período mínimo de 12 meses.

Com a declaração da inconstitucionalidade da portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde pelo STF, além de estarmos caminhando para uma sociedade mais justa e igualitária, sendo esse um dos valores no qual rege a Constituição de 1988, também será possível melhorar a situação dos bancos de sangue em todo o país. Com uma única bolsa de sangue é possível salvar até 4 vidas, desta forma a possibilidade de salvar até 4 vezes mais vidas em decorrência da falta de sangue nos

hospitais e bancos de sangue é bem maior do que temos hoje.

Perante uma Constituição que declara expressamente em seu art.5º, não é possível aceitar uma norma que vá justamente de encontro a este anseio, a este valor, a este posicionamento, a esta norma tão clara, direta.

A Ação de Declaração de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543 possui sua toda a legitimidade que lhe é devida, foi proposta por um Partido com representação no Congresso Nacional, conforme estabelece o art. 103 da CF/88, inciso VIII.

A inconstitucionalidade da norma recai sobre a matéria, sobre o valor e sobre o preceito fundamental. Encontram-se todos os requisitos para uma ação em harmonia com o sistema jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALBUQUERQUE, Grayce Alencar. **Expressões da homossexualidade masculina: práticas, contexto e vulnerabilidade em saúde**. Disponível em: < <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/9672/8371> >. Acessado em 08 abr 2018 as 22h04.

AWAD, Fahd. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Justiça do Direito. Vol 20. 2006 – Disponível em < <file:///C:/Users/2014201031/Downloads/2182-8216-1-PB.pdf> > Acessado em 21 abr 2018 as 17h27.

BORGES, Zulmira Newlands. *et all*. **Patriarcado, heteronormatividade e misoginia em debate: pontos e contrapontos à homofobia nas escolas**. Disponível em: < <http://www.seer.ufal.br/index.php/latitude/article/view/1065> > Acessado em 08 abr. 2018 as 15h47.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm) >. Acessado em 08 abr. 2018 as 16h39.

BRASIL. **Ministério da Saúde**, Portaria 158/2016. Disponível em < [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html) >. Acessado em 07 abr. 2018 as 22h30.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno** [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_integral.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf) >. Acessado em 27 mai 2018 as 22h31.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Resolução Nº 278**. Brasília. STF, 2004. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO278.PDF> >. Acessado em 27 mai 2018 as 23h07.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Resolução Nº 322**. Brasília. STF, 2006. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO322.PDF> > . Acessado em 27 mai 2018 as 23h09.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI 5.543/16.** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acessado em: 16 out. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acessado em 03 out 2017 as 20h10.

CAPARICA, Marcio. **Gay fica um ano sem fazer sex para conseguir doar sangue legalmente.** Disponível em: < <http://www.ladobi.com.br/2017/01/lgbt-doar-sangue/>>. Acessado em 08 abr. 2018 as 17h28.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Ação Direta de Inconstitucionalidade.** Revista da Informação Legislativa, Brasília, nº 45 – jul/set 2008. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160332/Acao\\_Direta\\_Inconstitucionalidade.pdf?sequence=5](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160332/Acao_Direta_Inconstitucionalidade.pdf?sequence=5) Acessado em 23 abr. 2018 as 16h11

CONTE, Guilherme Pereira. **Relacionamentos Homoafetivos: Uma análise feita a partir da ADI 4277-DF e Resp. 1183378.** Disponível em: < [http://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11483/Conte\\_Guilherme\\_Pereira.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11483/Conte_Guilherme_Pereira.pdf?sequence=1&isAllowed=y) >. Acessado em 08 abr. 2018 as 15h16.

COSTA, Adriano Henrique Caetano. **Homens que fazem sexo com homens (HSH): Uma categoria, muitos significados.** Disponível em: <<http://anais.anpuh.org/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S25.1464.pdf> > Acessado em 08 abr. 2018 as 22h28.

GARRAFA, Volnei. SOARES, Sheila Pereira. **O princípio da solidariedade e cooperação na perspectiva bioética.** Disponível em: < <https://www.saocamilosp.br/pdf/bioethikos/105/1809.pdf> >. Acessado em 08 abr. 2018 as 15h31.

LOPES, Nairo. *et all.* **Consideração sobre o Conceito da Dignidade Humana.** Revista Direito GV, São Paulo, 2015. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0649.pdf> > Acessado em 21 mai 2018 as 15h02.

PEREIRA, Jefferson Rodrigues. *et all.* **Doar ou não doar, eis a questão: uma análise dos fatores críticos da doação de sangue.** Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n8/1413-8123-csc-21-08-2475.pdf> >. Acessado em 18 mar 2018 as 23h35.

PORTUGAL. **Diário da República Eletrônico**. Disponível em < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/174551/details/maximized?drelid=134201/en> > Acessado em 07 abr. 2018 as 22h13.

ROHR, Jarbas Ivan. *et all.* **Perfil dos candidatos inaptos para doação de sangue no serviço de hemoterapia do hospital Santo Ângelo, RS, Brasil**. Disponível em: < <https://www.revistas.ufg.br/iptsp/article/viewFile/17750/10616> >. Acessado em 08 abr. de 2018 as 16h27.

SILVA, Caroline Lima. SARRIERA, Jorge Castellá. **Promover a justiça social: compromisso ético para relações comunitárias**. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v28n2/1807-0310-psoc-2015aop003.pdf> >. Acessado em 08 abr. 2018 as 15h26.

SILVEIRA, Denise Tolfo. *et all.* **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2009.

TJ-DF - AI: **20060020045004 DF**, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 12/07/2006, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 31/08/2006 Pág.: 177. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TESTEMUNHA+DE+JEOVA> >. Acessado em 23 mai 2018 as 16h07.

TJ-RS - AC: **70061159398 RS**, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 29/08/2014, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/09/2014. Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137157526/apelacao-civel-ac-70061159398-rs> >. Acessado em 23 mai 18 as 16h11.

TJ-RS - AI: **70058469362 RS**, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 24/04/2014, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/04/2014. Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117929789/agravo-de-instrumento-ai-70058469362-rs> >. Acessado em 23 mai 2018 as 16h05.

VIEIRA, Guaraci de Souza. **Declaração de Inconstitucionalidade: A aplicação do princípio da Nulidade da lei Inconstitucional**. Disponível em < <file:///C:/Users/DA/Desktop/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INCONSTITUCIONALIDADE.pdf> > Acessado em 21 mai 2018 as 11h33.