



IC

**PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS**

**Projeto de Lei n.º 780/XIV/2.º**

**Proíbe a discriminação em razão da identidade de género ou orientação sexual na elegibilidade para dar sangue**

Tendo sido solicitado parecer quanto ao projeto de lei apresentado pelas Deputadas e os Deputados do Grupo Parlamentar do Partido Socialista, a saber:

**Artigo 1.º**

**Objeto**

A presente lei proíbe a discriminação na elegibilidade para dar sangue em razão da identidade de género ou orientação sexual e promove a dádiva de sangue junto dos jovens, procedendo à primeira alteração à Lei n.º 37/2012, de 27 de agosto.

**Artigo 2.º**

**Alteração à Lei n.º 37/2012, de 27 de agosto**

Os artigos 3.º e 4.º da Lei n.º 37/2012, de 27 de agosto, passam a ter a seguinte redação:

«Artigo 3.º

[...]

1 – [...]

2 – [...]

3 – Pode dar sangue aquele que cumpra os critérios de elegibilidade, previamente definidos de forma objetiva, igual e proporcional por portaria do Ministério da Saúde.

4 – Os critérios de elegibilidade definidos no número anterior não podem discriminar o dador de sangue em razão da sua identidade de género ou orientação sexual.

5 – [Anterior número 4].

Artigo 4.º

[...]

1 – [...]

2 – [...]

NV: 675056  
Ref.º. 585/1.º CACDLG



3 - [...]

4 - Os critérios definidos no número anterior não podem ser discriminados em razão da identidade de género ou orientação sexual.

5 - Compete aos serviços de sangue garantir que os doadores de sangue cumprem todos os critérios de elegibilidade e que estes critérios são aplicados de forma objetiva, igual e proporcional a todos os candidatos.»

### Artigo 3.º

#### Campanha pela dádiva jovem

O Instituto Português de Sangue e Transplantação promove, em parceria com as instituições de ensino, uma campanha anual de incentivo à dádiva de sangue por parte de jovens.

### Artigo 4.º

#### Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no dia seguinte à sua publicação.

Cumprir dizer o seguinte:

De acordo com o princípio da igualdade do cidadão perante a lei é acolhido pelo artigo 13º da CRP, que, no seu n.º 1, dispõe, genericamente, terem todos os cidadãos a mesma dignidade social, sendo iguais perante a lei, especificando o n.º 2, por sua vez, que *'ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social'*.

O princípio postula que se dê tratamento igual a situações de facto essencialmente iguais e tratamento desigual para as situações de facto desiguais (proibindo, inversamente, o tratamento desigual de situações iguais e o tratamento igual das situações desiguais) – para o que se menciona os acórdãos n.º 186/90, os Acórdãos n.ºs. 39/88, 187/90, 188/90, 330/93, 381/93, 516/93 e 335/94, publicados no jornal oficial, 1ª série, de 3 de março de 1988, e 2ª série, de 12 de setembro de 1990, 30 de julho de 1993, 6 de outubro do mesmo ano e 19 de janeiro e 30 de agosto de 1994, respetivamente.



O referido princípio da igualdade do cidadão perante a lei não impede que, tendo em conta a liberdade de conformação do legislador, se possam e se devam estabelecer diferenciações de tratamento, 'razoável, racional e objetivamente fundadas', sob pena de, assim não sucedendo, 'estar o legislador a incorrer em arbítrio, por preterição do acatamento de soluções objetivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes', acórdão n.º 335/94.

Ponto importante, é que haja fundamento material suficiente que neutralize o arbítrio e afaste a discriminação infundada (o que importa é que não se discrimine para discriminar, diz-nos J. C. Vieira de Andrade – Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, 1987, pág. 299).

Perfilhando-se, deste modo, o princípio da igualdade como '*princípio negativo de controlo*' ao limite externo de conformação da iniciativa do legislador – cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., p. 127, e, por exemplo, os Acórdãos n.ºs. 157/88, publicado no Diário da República, 1ª série, de 26 de julho de 1988, e os já citados n.ºs 330/93 e 335/94 – sem que lhe retire, no entanto, a plasticidade necessária para, em confronto com dois (ou mais) grupos de destinatários da norma, avaliar diferenças justificativas de tratamento jurídico diverso, na comparação das concretas situações fácticas e jurídicas postadas face a um determinado referencial (*tertium comparationis*).

A diferença pode, na verdade, justificar o tratamento desigual, eliminado o arbítrio (cf., a este propósito, Gomes Canotilho, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 124, p. 327; Alves Correia, O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade, Coimbra, 1989, p. 425; acórdão n.º 330/93).

Ora, **o princípio da igualdade** não funciona apenas na vertente formal e redutora da igualdade perante a lei, **implica, do mesmo passo, a aplicação igual de direito igual** (cf. Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra, 1982, p. 381; Alves Correia, ob. cit., p. 402) o que pressupõe averiguação e valoração casuísticas da "*diferença*", de modo a que recebam tratamento semelhante os que se encontrem em situações semelhantes e diferenciado os que se achem em situações legitimadoras da diferenciação.



O nº 2 do artigo 13º da CRP enumera uma série de fatores que não justificam tratamento discriminatório e assim atuam como que presuntivamente – presunção de diferenciação normativa envolvendo violação do princípio da igualdade – mas que são enunciados a título meramente exemplificativo: cf., v. g., os Acórdãos nºs. 203/86 e 191/88, publicados no Diário da República, 2ª série, de 26 de Agosto de 1986, e 1ª série, de 6 de Outubro de 1988, respetivamente, na esteira do parecer nº 1/86 da Comissão Constitucional, in Pareceres da Comissão Constitucional, vol. 1.º, pp. 5 e segs., maxime p. 11

A “alegada” intenção discriminatória em situações como a **proibição da discriminação em razão da identidade de género ou orientação sexual na elegibilidade para dar sangue**, não está expressamente mencionada naquele catálogo, contudo, não opera, porém, automaticamente, tornando-se necessário integrar a aferição jurídico-constitucional da diferença nos parâmetros finalísticos, de razoabilidade e de adequação pressupostos pelo princípio da igualdade.

Importa, a esta luz, decidir se a normação em causa é materialmente fundada quanto a “alegada” **proibição da discriminação em razão da identidade de género ou orientação sexual na elegibilidade para dar sangue** ou, pelo contrário, se se mostra inadequada, desproporcionada e, no fim de contas, “arbitrária”.

Assim:

- O diferente tratamento jurídico de situações de facto essencialmente iguais só pode assentar em razões que, objetivamente, assentem em valores constitucionalmente relevantes;
- O referencial que há-de servir para a comparação das situações fácticas e jurídicas em confronto nunca poderá traduzir-se em qualquer um dos fatores enumerados no artigo 13º, nº 2, da CRP;
- O artigo 13º, nº 2, da CRP não contempla um elenco fechado de categorias ou fatores insuscetíveis de fundamentar diferenças de tratamento jurídico, devendo considerar-se como meramente exemplificativo o enunciado que aí se faz.

Os Direitos constitucionalmente consagrados nos artigos 1º e 26º, nº 1, da CRP, por força do reconhecimento dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, postulados pelo respeito da dignidade da pessoa humana, **traduzem-se no direito dos cidadãos à sua auto-**



**realização como pessoas, onde se compreende o direito à autodeterminação sexual** (cf. Paulo Mota Pinto, 'O direito ao livre desenvolvimento da personalidade', Portugal-Brasil. Ano 2000, Stvdia Ivridica, Coimbra Editora, p. 205 e ss.), **nomeadamente enquanto direito a uma atividade sexual orientada segundo as opções de cada um dos seus titulares.**

E, relativamente a estes direitos, a Constituição garante, expressamente (artigo 26º, nº 1, 'in fine'), a sua '*proteção legal contra quaisquer formas de discriminação*'. **Isto significa que estes direitos não podem ser restringidos de forma diferenciada, assente em fatores que constituam elementos nucleares do seu conteúdo, como seja, no caso, o tipo de orientação sexual que o seu titular adotou.**

Nesta medida e sem embargo de se reconhecer que, nestes termos, a proteção do direito a uma atividade sexual orientada segundo as opções de cada um dos seus titulares está já assegurada no citado artigo 26º, nº 1, da CRP, deve, ainda, entender-se que a '*orientação sexual*' é uma categoria subjetiva que, embora não enunciada expressamente no artigo 13º, nº 2, da CRP, e se deve colocar ao lado das que neste preceito se consideram insuscetíveis de fundamentar diferenças de tratamento jurídico – e, em tal conformidade, a alteração do preceito operada pela Lei Constitucional nº 1/2004, de 24 de Julho, relevará apenas enquanto explicita o que se retirava já da versão anterior (assim, Jorge Miranda/Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, t. I, Coimbra Editora, 2005, anotação ao artigo 13º, ponto II).

Certamente que se não pretende dizer que o direito referido se não deva restringir na medida necessária para a salvaguarda de outros direitos ou interesses legalmente protegidos, de acordo com o disposto no artigo 18º, nº 2, da Constituição e na suposta defesa de direitos ou interesses conflitantes, de igual valor constitucional, a norma restritiva não acabe por ter, como sua verdadeira razão de ser, uma conceção de desfavor relativamente à orientação sexual em causa, ou – o que é o mesmo – fundamentos de cariz subjetivista, sociológicos ou outros, constitucionalmente imprestáveis para justificar a desigualdade.

Ora, estes parâmetros de normalidade/anormalidade, extraídos, aparentemente, de uma observação '*estatística*' da sociedade, afiguram-se inconcebível para justificar a diferença de tratamento jurídico, face aos artigos 13º, nº 2, e 26º, nº 1, da Constituição.



ORDEM DOS ADVOGADOS

CONSELHO GERAL

É precisamente no tratamento destas situações que se inserem em categorias socialmente minoritárias ou sociologicamente desfavorecidas que o princípio constitucional da igualdade cobra a sua principal força, tutelando, sempre ou de algum modo, um direito 'à diferença' ou 'de diferença'.

Justificar uma diferença na ampliação de normas restritivas de direitos fundamentais com a proteção de outros na base de uma presumível lesão causada – e só causada – por uma determinada prática sexual que não é – e por não o ser – estatisticamente normal traduz-se, afinal, em tratar discriminatoriamente uma situação resultante da orientação sexual adotada, inerente ao direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, com violação do disposto nos artigos 13º, nº 1, e 26º, nº 1, da CRP.

Pelo que, somos da opinião, que não se deve proibir e discriminar os homossexuais e bissexuais em razão da sua orientação sexual, enquanto dadores de sangue, caso contrário, estar-se-á, a violar os princípios acolhidos pelo artigo 1º, 13º n.º 1 e 2 e 26º, nº 1, todos da Constituição da República Portuguesa, contudo, deverá ser aferido objetivamente pelas entidades competentes e avaliado caso a caso, os riscos à nível do comportamento Sexual.

Lisboa, 22 de Abril de 2021

Isabel Cerqueira

Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados



JK

## PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

### Projeto de Lei n.º 780/XIV/2.º

#### **Proíbe a discriminação em razão da identidade de género ou orientação sexual na elegibilidade para dar sangue**

Tendo sido solicitado parecer quanto ao projeto de lei apresentado pelas Deputadas e os Deputados do Grupo Parlamentar do Partido Socialista, a saber:

#### **Artigo 1.º**

##### **Objeto**

A presente lei proíbe a discriminação na elegibilidade para dar sangue em razão da identidade de género ou orientação sexual e promove a dádiva de sangue junto dos jovens, procedendo à primeira alteração à Lei n.º 37/2012, de 27 de agosto.

#### **Artigo 2.º**

##### **Alteração à Lei n.º 37/2012, de 27 de agosto**

Os artigos 3.º e 4.º da Lei n.º 37/2012, de 27 de agosto, passam a ter a seguinte redação:

##### «Artigo 3.º

[...]

1 – [...]

2 – [...]

3 – Pode dar sangue aquele que cumpra os critérios de elegibilidade, previamente definidos de forma objetiva, igual e proporcional por portaria do Ministério da Saúde.

4 – Os critérios de elegibilidade definidos no número anterior não podem discriminar o dador de sangue em razão da sua identidade de género ou orientação sexual.

5 – [Anterior número 4].

##### Artigo 4.º

[...]

1 – [...]

2 – [...]



3 – [...]

4 – Os critérios definidos no número anterior não podem ser discriminados em razão da identidade de género ou orientação sexual.

5 – Compete aos serviços de sangue garantir que os doadores de sangue cumprem todos os critérios de elegibilidade e que estes critérios são aplicados de forma objetiva, igual e proporcional a todos os candidatos.»

### Artigo 3.º

#### Campanha pela dádiva jovem

O Instituto Português de Sangue e Transplantação promove, em parceria com as instituições de ensino, uma campanha anual de incentivo à dádiva de sangue por parte de jovens.

### Artigo 4.º

#### Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no dia seguinte à sua publicação.

Cumprir dizer o seguinte:

De acordo com o princípio da igualdade do cidadão perante a lei é acolhido pelo artigo 13º da CRP, que, no seu n.º 1, dispõe, genericamente, terem todos os cidadãos a mesma dignidade social, sendo iguais perante a lei, especificando o n.º 2, por sua vez, que *'ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social'*.

O princípio postula que se dê tratamento igual a situações de facto essencialmente iguais e tratamento desigual para as situações de facto desiguais (proibindo, inversamente, o tratamento desigual de situações iguais e o tratamento igual das situações desiguais) – para o que se menciona os acórdãos n.º 186/90, os Acórdãos n.ºs. 39/88, 187/90, 188/90, 330/93, 381/93, 516/93 e 335/94, publicados no jornal oficial, 1ª série, de 3 de março de 1988, e 2ª série, de 12 de setembro de 1990, 30 de julho de 1993, 6 de outubro do mesmo ano e 19 de janeiro e 30 de agosto de 1994, respetivamente.





O referido princípio da igualdade do cidadão perante a lei não impede que, tendo em conta a liberdade de conformação do legislador, se possam e se devam estabelecer diferenciações de tratamento, 'razoável, racional e objetivamente fundadas', sob pena de, assim não sucedendo, 'estar o legislador a incorrer em arbítrio, por preterição do acatamento de soluções objetivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes', acórdão n.º 335/94.

Ponto importante, é que haja fundamento material suficiente que neutralize o arbítrio e afaste a discriminação infundada (o que importa é que não se discrimine para discriminar, diz-nos J. C. Vieira de Andrade – Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, 1987, pág. 299).

Perfilhando-se, deste modo, o princípio da igualdade como 'princípio negativo de controlo' ao limite externo de conformação da iniciativa do legislador – cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., p. 127, e, por exemplo, os Acórdãos n.ºs. 157/88, publicado no Diário da República, 1ª série, de 26 de julho de 1988, e os já citados n.ºs 330/93 e 335/94 – sem que lhe retire, no entanto, a plasticidade necessária para, em confronto com dois (ou mais) grupos de destinatários da norma, avaliar diferenças justificativas de tratamento jurídico diverso, na comparação das concretas situações fácticas e jurídicas postadas face a um determinado referencial (tertium comparationis).

A diferença pode, na verdade, justificar o tratamento desigual, eliminando o arbítrio (cf., a este propósito, Gomes Canotilho, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 124, p. 327; Alves Correia, O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade, Coimbra, 1989, p. 425; acórdão n.º 330/93).

Ora, o **princípio da igualdade** não funciona apenas na vertente formal e redutora da igualdade perante a lei, **implica, do mesmo passo, a aplicação igual de direito igual** (cf. Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra, 1982, p. 381; Alves Correia, ob. cit., p. 402) o que pressupõe averiguação e valoração casuísticas da "diferença", de modo a que recebam tratamento semelhante os que se encontrem em situações semelhantes e diferenciado os que se achem em situações legitimadoras da diferenciação.



O nº 2 do artigo 13º da CRP enumera uma série de fatores que não justificam tratamento discriminatório e assim atuam como que presuntivamente – presunção de diferenciação normativa envolvendo violação do princípio da igualdade – mas que são enunciados a título meramente exemplificativo: cf., v. g., os Acórdãos n.ºs. 203/86 e 191/88, publicados no Diário da República, 2ª série, de 26 de Agosto de 1986, e 1ª série, de 6 de Outubro de 1988, respetivamente, na esteira do parecer nº 1/86 da Comissão Constitucional, in Pareceres da Comissão Constitucional, vol. 1.º, pp. 5 e segs., maxime p. 11

A "alegada" intenção discriminatória em situações como a **proibição da discriminação em razão da identidade de género ou orientação sexual na elegibilidade para dar sangue**, não está expressamente mencionada naquele catálogo, contudo, não opera, porém, automaticamente, tornando-se necessário integrar a aferição jurídico-constitucional da diferença nos parâmetros finalísticos, de razoabilidade e de adequação pressupostos pelo princípio da igualdade.

Importa, a esta luz, decidir se a norma em causa é materialmente fundada quanto a "alegada" **proibição da discriminação em razão da identidade de género ou orientação sexual na elegibilidade para dar sangue** ou, pelo contrário, se se mostra inadequada, desproporcionada e, no fim de contas, "arbitrária".

Assim:

- O diferente tratamento jurídico de situações de facto essencialmente iguais só pode assentar em razões que, objetivamente, assentem em valores constitucionalmente relevantes;
- O referencial que há-de servir para a comparação das situações fácticas e jurídicas em confronto nunca poderá traduzir-se em qualquer um dos fatores enumerados no artigo 13º, nº 2, da CRP;
- O artigo 13º, nº 2, da CRP não contempla um elenco fechado de categorias ou fatores insuscetíveis de fundamentar diferenças de tratamento jurídico, devendo considerar-se como meramente exemplificativo o enunciado que aí se faz.

Os Direitos constitucionalmente consagrados nos artigos 1º e 26º, nº 1, da CRP, por força do reconhecimento dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, postulados pelo respeito da dignidade da pessoa humana, **traduzem-se no direito dos cidadãos à sua auto-**



**realização como pessoas, onde se compreende o direito à autodeterminação sexual** (cf. Paulo Mota Pinto, 'O direito ao livre desenvolvimento da personalidade', Portugal-Brasil. Ano 2000, Studia Iuridica, Coimbra Editora, p. 205 e ss.), **nomeadamente enquanto direito a uma atividade sexual orientada segundo as opções de cada um dos seus titulares.**

E, relativamente a estes direitos, a Constituição garante, expressamente (artigo 26º, nº 1, 'in fine'), a sua '*proteção legal contra quaisquer formas de discriminação*'. **Isto significa que estes direitos não podem ser restringidos de forma diferenciada, assente em fatores que constituam elementos nucleares do seu conteúdo, como seja, no caso, o tipo de orientação sexual que o seu titular adotou.**

Nesta medida e sem embargo de se reconhecer que, nestes termos, a proteção do direito a uma atividade sexual orientada segundo as opções de cada um dos seus titulares está já assegurada no citado artigo 26º, nº 1, da CRP, deve, ainda, entender-se que a '*orientação sexual*' é uma categoria subjetiva que, embora não enunciada expressamente no artigo 13º, nº 2, da CRP, e se deve colocar ao lado das que neste preceito se consideram insuscetíveis de fundamentar diferenças de tratamento jurídico – e, em tal conformidade, a alteração do preceito operada pela Lei Constitucional nº 1/2004, de 24 de Julho, relevará apenas enquanto explicita o que se retirava já da versão anterior (assim, Jorge Miranda/Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, t. I, Coimbra Editora, 2005, anotação ao artigo 13º, ponto II).

Certamente que se não pretende dizer que o direito referido se não deva restringir na medida necessária para a salvaguarda de outros direitos ou interesses legalmente protegidos, de acordo com o disposto no artigo 18º, nº 2, da Constituição e na suposta defesa de direitos ou interesses conflitantes, de igual valor constitucional, a norma restritiva não acabe por ter, como sua verdadeira razão de ser, uma conceção de desfavor relativamente à orientação sexual em causa, ou – o que é o mesmo – fundamentos de cariz subjetivista, sociológicos ou outros, constitucionalmente imprestáveis para justificar a desigualdade.

Ora, estes parâmetros de normalidade/anormalidade, extraídos, aparentemente, de uma observação '*estatística*' da sociedade, afiguram-se inconcebível para justificar a diferença de tratamento jurídico, face aos artigos 13º, nº 2, e 26º, nº 1, da Constituição.



É precisamente no tratamento destas situações que se inserem em categorias socialmente minoritárias ou sociologicamente desfavorecidas que o princípio constitucional da igualdade cobra a sua principal força, tutelando, sempre ou de algum modo, um direito 'à diferença' ou 'de diferença'.

Justificar uma diferença na ampliação de normas restritivas de direitos fundamentais com a proteção de outros na base de uma presumível lesão causada – e só causada – por uma determinada prática sexual que não é – e por não o ser – estatisticamente normal traduz-se, afinal, em tratar discriminatoriamente uma situação resultante da orientação sexual adotada, inerente ao direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, com violação do disposto nos artigos 13º, nº 1, e 26º, nº 1, da CRP.

Pelo que, somos da opinião, que não se deve proibir e discriminar os homossexuais e bissexuais em razão da sua orientação sexual, enquanto dadores de sangue, caso contrário, estar-se-á, a violar os princípios acolhidos pelo artigo 1º, 13º n.º 1 e 2 e 26º, nº 1, todos da Constituição da República Portuguesa, contudo, deverá ser aferido objetivamente pelas entidades competentes e avaliado caso a caso, os riscos à nível do comportamento Sexual.

Lisboa, 22 de Abril de 2021

Isabel Cerqueira

Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados