Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOZZI
apresentadas em 17 de julho de 2014[1]

Processo C-528/13

Geoffrey Léger
contra
Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes
e
Établissement français du sang

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo tribunal administratif de Strasbourg (França)]

«Saúde pública — Dádiva de sangue — Critérios de elegibilidade dos dadores — Critérios de exclusão definitiva ou temporária — Exclusão definitiva dos homens que tenham tido relações sexuais com outro homem — Princípio da não discriminação em razão da orientação sexual — Proporcionalidade»

Índice

I — Quadro jurídico . . . 2
A — Direito da União . . . 2
B — Direito francês . . . 3
II — Litígio no processo principal e questão prejudicial . . . 4
III — Tramitação do processo no Tribunal de Justiça . . . 5
IV — Análise jurídica . . . 5
A — Resumo da posição do Governo francês . . . 5
B — Apreciação . . . 7
1. Quanto à interpretação do ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33 . . . 7
a) O ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33 só pode ser aplicado havendo um risco elevado de contração de doenças infeciosas graves suscetíveis de serem transmitidas pelo sangue. . . . 7

1 — Língua original: francês.

b) O facto de um homem ter tido ou ter relações sexuais com um outro homem constitui um «comportamento sexual» na aceção do ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33? 9

2. Quanto à margem de apreciação dada pela Diretiva 2004/33 aos Estados-Membros e à possibilidade que lhes é reconhecida de manterem ou de introduzirem medidas de proteção mais estritas 10

a) Observância das disposições do Tratado como limite ao exercício das competências nacionais 10

b) O despacho normativo ministerial contém uma discriminação indireta em razão da dupla combinação do sexo e da orientação sexual 12

c) A diferença de tratamento é justificada e proporcionada? 13

V — Conclusão 16

1. O presente reenvio prejudicial levanta a delicada questão da compatibilidade com o direito da União de uma medida nacional que exclui da dádiva de sangue, de forma permanente, os homens que tenham tido ou que têm relações sexuais com outros homens.

I – **Quadro jurídico**

A – *Direito da União*

2. O quadro jurídico em direito da União pode ser resumido da seguinte forma.

3. A Diretiva 2002/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de janeiro de 2003, que estabelece normas de qualidade e segurança em relação à colheita, análise, processamento, armazenamento e distribuição de sangue humano e de componentes sanguíneos e que altera a Diretiva 2001/83/CE [2], adotada com base no artigo 152.º, n.º 4, alínea a), CE [atual artigo 168.º, n.º 4, alínea a), TFUE], nasceu da constatação feita pelo legislador da União, de uma situação em que «a qualidade e segurança [do sangue total, do plasma e das células sanguíneas de origem humana] não constituíam objeto de nenhuma legislação comunitária vinculativa, na medida em que se destinam à transfusão e não são processados como medicamentos» [3]. Por conseguinte, o legislador manifestou a sua intenção de adotar disposições que garantam que «o sangue e os seus componentes, qualquer que seja a sua finalidade, tenham um nível comparável de qualidade e segurança ao longo de toda a cadeia de transfusão sanguínea em todos os Estados-Membros», devendo o estabelecimento de padrões elevados de qualidade e segurança contribuir para tranquilizar o público [4]. A Diretiva 2002/98 prossegue, assim, o objetivo de estabelecer normas de qualidade e segurança para o sangue humano e para os componentes sanguíneos, por forma a assegurar um elevado nível de proteção da saúde humana [5]. Impôs, designadamente, aos Estados-Membros o dever de garantir que as atividades de colheita, análise, processamento, armazenamento e distribuição de sangue e de componentes sanguíneos sejam

2 — JO 2003, L 33, p. 30.

3 — Considerando 3 da Diretiva 2002/98.

4 — Considerando 3 da Diretiva 2002/98.

5 — Artigo 1.º da Diretiva 2002/98.

realizadas exclusivamente pelos estabelecimentos devidamente designados e acreditados e que estes sejam submetidos a diversas inspeções e medidas de controlo [6]. Também consagrou os princípios da rastreabilidade do sangue, da gratuitidade e da base voluntária, bem como da análise obrigatória de cada dádiva [7].

4. Em contrapartida, as exigências relativas à elegibilidade de dadores de sangue e de plasma, isto é, nomeadamente, os critérios de exclusão permanente e os critérios de exclusão temporária não foram estabelecidas pela Diretiva 2002/98, mas, pelo contrário, foram adotados pela Diretiva 2004/33/CE da Comissão, de 22 de março de 2004 que dá execução à Diretiva 2002/98 no que respeita a determinadas exigências técnicas relativas ao sangue e aos componentes sanguíneos [8], em aplicação do procedimento de comitologia, previsto no artigo 28.º da Diretiva 2002/98 [9].

5. Consequentemente, foi a Diretiva 2004/33 que veio estabelecer essas exigências. O seu anexo III estabelece os critérios de elegibilidade de dadores de sangue total e de componentes sanguíneos. O ponto 2 do anexo III é consagrado aos critérios de exclusão dos referidos dadores.

6. O ponto 2.1 do anexo III enumera, numa tabela, os critérios de exclusão permanente de dadores de dádivas homólogas [10]. A descrição do comportamento sexual, conforme referido pela tabela, está redigida nos seguintes termos: «Indivíduos cujo comportamento sexual os coloque em grande risco de contrair doenças infeciosas graves suscetíveis de serem transmitidas pelo sangue».

7. O ponto 2.2 do anexo III enumera os critérios de exclusão temporária de dadores de dádivas homólogas, e o ponto 2.2.2 do referido anexo prevê, mais especificamente, os critérios de exclusão relacionados com a exposição ao risco de contrair infeção transmissível por transfusão. A inscrição na tabela consagrada aos [i]ndivíduos cujo comportamento [sexual] ou atividade [profissional] os coloque em risco de contrair doenças infeciosas graves, suscetíveis de serem transmitidas pelo sangue» estabelece a seguinte suspensão: «Suspensão após cessação do comportamento de risco durante um período, determinado pela doença em questão e pela disponibilidade dos testes adequados».

B – *Direito francês*

8. A Ministra da saúde e dos desportos proferiu, em 12 de janeiro de 2009, um despacho normativo que fixa os critérios de seleção dos dadores de sangue [11] (a seguir «despacho normativo ministerial»).

9. O artigo 1.º do despacho normativo ministerial fixa as condições em que pode ser efetuada uma dádiva de sangue. Nos termos do artigo 1.º, título V, ponto 1, que diz respeito às características clínicas do dador, compete à pessoa habilitada a proceder à seleção dos dadores apreciar a possibilidade de uma dádiva, atendendo às contraindicações e à sua duração, antiguidade e evolução, graças às questões complementares ao questionário prévio da dádiva [12]. Estas questões são colocadas, se for caso disso, no decurso da entrevista prévia à dádiva, a qual é sistemática. Ainda nos termos desta

6 — Artigos 5.° e 8.° da Diretiva 2002/98.

7 — Respetivamente, artigos 14.°, 20.° e 21.° e anexo IV da Diretiva 2002/98.

8 — JO L 91, p. 25.

9 — V. artigo 29.º da Diretiva 2002/98.

10 — Isto é, dádivas destinadas a outras pessoas e não ao próprio, única situação que nos interessa no âmbito deste processo (v. ponto 2 do anexo I da Diretiva 2004/33).

11 — JORF de 18 de janeiro de 2009, p. 1067

12 — O questionário pode ser consultado no seguinte endereço: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr%E9-don_pour_la_m%E9tropole.pdf.

disposição, será recusada a dádiva do candidato que apresentar uma contraindicação mencionada num dos quadros que figura no anexo II do despacho normativo ministerial. Está previsto que as autoridades sanitárias possam alterar, acrescentar ou suprimir contraindicações à dádiva de sangue, em função de situações epidemiológicas específicas ou de dados de hemovigilância.

10. O anexo II do despacho normativo ministerial contém as tabelas relativas às contraindicações. Mais precisamente, a tabela B enumera as contraindicações em caso de risco para o recetor. A parte da tabela B consagrada ao risco associado à transmissão de uma infeção viral é apresentada da seguinte forma:

Transmissão de uma infeção viral	Risco de exposição do candidato a um agente infeccioso transmissível por via sexual	Relação(ões) sexual(ais) não protegida(s) com um parceiro ocasional	CI [*] de quatro meses após a última relação sexual não protegida
		Multiparceria sexual: mais do que um parceiro nos últimos quatro meses	CI de quatro meses após o fim da situação de multiparceria
		Homem que tem tido relações sexuais com um homem	CI permanente
		Relações sexuais não protegidas com um novo parceiro sexual há menos de dois meses	CI de quatro meses após a última relação sexual não protegida
	Risco de exposição do parceiro sexual do candidato a dádiva de um agente infeccioso transmissível por via sexual	Parceiro que tenha ele próprio mais de um parceiro nos últimos quatro meses	CI de quatro meses
		Parceiro que tenha utilizado drogas ou substâncias dopantes por via injetável e sem estatuto serológico para o VIH [**] e VHB conhecido	CI de quatro meses após a última relação sexual
		Parceiro que tenha uma serologia positiva para: VIH, HTLV, VHC, VHB (AgHBs+)	CI de quatro meses após a última relação sexual. […]
		Parceiro que tenha tido uma IST recente ou em tratamento	CI de quatro meses após a alta do parceiro
[*] CI: contraindicação [**] VIH: vírus da imunodeficiência humana.			

II – **Litígio no processo principal e questão prejudicial**

11. Em 29 de abril de 2009, o médico do Établissement français du sang (EFS) (Instituto Francês do Sangue) recusou a dádiva de sangue que G. Léger queria fazer, pelo facto de este último ter declarado ser homossexual.

12. Com a sua decisão de recusa, o médico do EFS aplicou o despacho normativo ministerial, que considera como uma contraindicação permanente para a dádiva de sangue o facto de um candidato a dador ter tido relações sexuais com um homem.

13. G. Léger intentou no órgão jurisdicional de reenvio um recurso de anulação dessa decisão. Argumenta, designadamente, que o despacho normativo ministerial, na medida em que estabelece a mencionada contraindicação definitiva, viola a Diretiva 2004/33 e, mais especificamente, o seu anexo II, parte B [13], e o seu anexo III, ponto 2.1. O despacho normativo ministerial viola também, por outro lado, os artigos 3.°, 8.° e 14.° da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), bem como o princípio da igualdade.

14. Assim, confrontado com uma dificuldade relacionada com a interpretação do direito da União, o tribunal administratif de Strasbourg decidiu suspender a instância e, por decisão de reenvio entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça, em 8 de outubro de 2013, submeter a este último, com fundamento no artigo 267.º TFUE, a questão prejudicial seguinte:

«À luz do anexo III da Diretiva [2004/33], a circunstância de um homem ter relações sexuais com outro homem constitui, em si, um comportamento sexual que expõe a pessoa que o adota ao risco de contrair doenças infeciosas graves transmissíveis pelo sangue, suscetível de justificar uma proibição definitiva de dádiva de sangue para os indivíduos que tenham tido este comportamento sexual, ou […] constitui simplesmente, em função das circunstâncias próprias do caso concreto, um comportamento sexual que expõe a referida pessoa ao risco de contrair doenças infeciosas graves transmissíveis pelo sangue, suscetível de justificar uma proibição temporária de dádiva de sangue durante um determinado período após o fim do comportamento de risco?»

III – **Tramitação do processo no Tribunal de Justiça**

15. Apenas o Governo francês e a Comissão apresentaram observações escritas no Tribunal de Justiça.

IV – **Análise jurídica**

A – *Resumo da posição do Governo francês*

16. O Governo francês considera que a Diretiva 2004/33 não se opõe a que um Estado-Membro considere que a circunstância de um homem ter relações sexuais com outro homem (HSH) [14] constitui um comportamento sexual que expõe ao risco de contração de doenças infeciosas graves suscetíveis de serem transmitidas pelo sangue, o que justifica uma exclusão permanente da dádiva.

17. Em primeiro lugar, o comportamento sexual que consiste, para um homem, em ter relações sexuais com outro homem, constitui, por si só, um comportamento sexual suscetível de justificar uma exclusão permanente da dádiva. A Diretiva 2002/98 inscreve-se, mais amplamente, no contexto da execução de uma política comum de saúde pública e procura estabelecer normas de elevada qualidade e segurança — objetivos omnipresentes na referida diretiva — através de uma abordagem coordenada da segurança do sangue, na sequência de diversos casos de infeções através de transfusões. A Diretiva 2002/98 foi, assim, adotada com base no artigo 152.º, n.º 4, alínea a), CE. O objetivo prioritário é, além disso, o da

13 — A parte B do anexo II da Diretiva 2004/33 é consagrada às informações que devem ser prestadas pelos dadores aos serviços de sangue aquando de cada dádiva.

14 — O acrónimo HSH é o equivalente francês da expressão inglesa «men having sex with men» (MSM) desenvolvida nos anos de 1990 pelos epidemiologistas para descrever homens que têm relações sexuais com outros homens, independentemente das suas relações sexuais eventuais com mulheres ou da sua identidade bissexual ou homossexual no plano pessoal ou social (Fonte: «*Guide de terminologie de l'ONUSIDA*», versão revista, outubro de 2011, p. 19).

proteção do recetor da dádiva e, a esse respeito, a diretiva insiste no facto de que as dádivas devem ser provenientes de indivíduos cujo estado de saúde seja tal que nenhum efeito nocivo possa resultar da dádiva e que o risco de transmissão de doenças infeciosas seja reduzido ao mínimo [15]. Precisamente, a seleção dos dadores é um dos três meios de redução desse risco [16].

18. Embora a Diretiva 2004/33 preveja que as pessoas, cujo comportamento sexual as expõe ao risco de contrair doenças infeciosas graves suscetíveis de serem transmitidas pelo sangue, devem ser excluídas de forma permanente de dadores, não define, todavia, este conceito. Por outro lado, é essa mesma exposição ao risco que é visada no ponto 2.2.2 do anexo III da referida diretiva, o qual estabelece os critérios de exclusão temporária. Além disso, as outras versões linguísticas apresentam divergências. Nesse caso, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça impõe que se faça referência à economia geral e à finalidade da diretiva que é, segundo o Governo francês, a limitação máxima do risco e a implementação de normas elevadas de segurança e qualidade. Neste contexto, o risco transitório justifica uma exclusão temporária, enquanto um risco mais elevado, que pode justificar uma medida mais restrita, deve motivar uma exclusão definitiva. A ação da União nesta matéria é complementar da dos Estados-Membros e respeita a responsabilidade destes [17], dado que lhes compete apreciar o risco em função das suas próprias situações epidemiológicas.

19. Acerca desta questão, o Governo francês menciona elementos estatísticos que mostram que a proporção de pessoas que vivem com o VIH [18], na população HSH é 65 vezes mais elevada do que no resto da população. Em relação à repercussão da infeção por VIH [19], em 2008, em cada 6940 novas infeções registadas, 3320 pessoas pertenciam à população HSH. Ora, tendo em conta a fase silenciosa, durante a qual os vírus VIH 1 e VIH 2 não podem ser detetados em testes de rastreio — respetivamente 12 e 22 dias — tal situação é particularmente problemática para as dádivas de sangue. Na sua resolução de 27 de março de 2013 [20], o Conselho da Europa confirmou, aliás, que a população HSH está exposta a um risco elevado de contração e, por conseguinte, de transmissão de doenças infeciosas graves suscetíveis de serem transmitidas pelo sangue.

20. Em segundo lugar, o Governo francês sustenta que, perante estes elementos, não é possível a aplicação de uma exclusão apenas temporária. Deste modo, o Conselho da Europa preconiza só aplicar uma contraindicação temporária depois de demonstrado que o comportamento em causa não expõe a um risco elevado. Ora, este mesmo Conselho concluiu, ao analisar o impacto das dádivas provenientes da população HSH na segurança das transfusões, haver um aumento do risco de transmissão do VIH [21]. O Governo francês considera que o «comportamento» HSH expõe a um risco elevado, não temporário, como o testemunham os dados estatísticos já mencionados. Acrescenta que o risco residual de infeção por VIH — isto é, a relação de dádivas infetadas face ao número total de dádivas — é de 1 dádiva potencialmente contaminante para 2 900 000 e que a média das dádivas infetadas pelo VIH provêm da população HSH, a qual tem cada vez mais tendência para doar sangue, apesar da contraindicação permanente. O Governo francês considera que a passagem de uma exclusão permanente para uma exclusão temporária seria um falso sinal à população HSH, a qual, apesar de tudo, tem tendência, atualmente, para se autoexcluir da cadeia de transfusões e arriscaria, ao mesmo tempo, transformar a dádiva num meio suplementar de rastreio do VIH e de minimizar o alcance da campanha geral de prevenção do VIH.

15 — Considerando 24 da Diretiva 2002/98.

16 — Com a sujeição de cada dador a testes e a um tratamento de redução viral.

17 — O Governo francês menciona aqui o artigo 168.º, n.º 7, TFUE.

18 — Isto é, a prevalência, tradicionalmente definida como designando a proporção de pessoas que vivem com o VIH numa população, num dado momento (Fonte: «*Guide terminologique de l'ONUSIDA*», já referido, p. 23).

19 — Isto é, o número de novas pessoas que foram infetadas pelo VIH durante um determinado período numa dada população (Fonte: «*Guide terminologique de l'ONUSIDA*», já referido, p. 16).

20 — Resolução CM/Res(2013)3 adotada pelo Conselho de Ministros do Conselho da Europa, de 27 de março de 2013, relativa ao comportamento sexual dos dadores de sangue que tem um impacto na segurança das transfusões.

21 — Neste ponto o Governo francês apoia-se na resolução CM/Res(2013)3, já referida.

21. O Governo francês também defende que considerar a exclusão definitiva dos HSH contrária à Diretiva 2004/33 privaria de efeito útil o ponto 2.1 do anexo III da referida diretiva. Embora haja outros comportamentos sexuais que expõem a um risco de contaminação [22], todos expõem a um risco menos elevado de contração de doenças graves infeciosas suscetíveis de serem transmitidas pelo sangue, por comparação com a população HSH, como testemunham os dados estatísticos já recordados. Ora, embora esse risco não corresponda ao caso previsto no ponto 2.1 do anexo III, o Governo francês questiona-se sobre o que poderia corresponder a esse caso. Em consequência, conclui que a população HSH só pode ser alvo de uma exclusão permanente.

22. Em terceiro lugar, mesmo que o ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33 deva ser interpretado no sentido de que a população HSH só pode ser alvo de uma exclusão temporária, um Estado-Membro pode sempre aplicar medidas mais protetoras e considerar que tal nível de risco de contaminação justifica uma exclusão permanente. O Governo francês recorda os artigos 6.°, alínea a), TFUE e 168.°, n.° 4, alínea a), TFUE. Este último prevê que os Estados-Membros podem manter ou estabelecer medidas desse tipo, o que é recordado não só pelo considerando 22, mas também pelo artigo 4.°, n.° 2, da Diretiva 2002/98, o qual enuncia que a referida diretiva não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adotem medidas de proteção mais estritas, desde que estejam em conformidade com as disposições do Tratado. Dado que a proteção da saúde humana e da vida das pessoas ocupa, de acordo com jurisprudência constante, o primeiro lugar entre os bens e os interesses protegidos pela União e que os Estados-Membros são livres de decidir o nível de proteção e a forma de a alcançar, nada obsta a que um Estado-Membro considere que a população HSH deve ser alvo de uma exclusão permanente da dádiva, por causa do risco elevado, ao qual essa população exporia os dadores, risco que é confirmado pelos dados epidemiológicos fornecidos pelo Governo francês. Assim, a medida de proteção mais restrita que constitui essa exclusão definitiva é proporcionada ao objetivo legitimo prosseguido.

B – *Apreciação*

23. Numa primeira fase, há que determinar se o facto de um homem ter relações sexuais com outro homem constitui um «comportamento sexual» que expõe ao risco elevado de contrair doenças infeciosas graves, na aceção do ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33.

24. Se não for esse o caso, então será preciso analisar, numa segunda fase, se um Estado-Membro pode, no exercício do seu poder discricionário que lhe é tradicionalmente reconhecido em matéria de saúde pública, adotar uma medida mais protetora, como a que consiste na exclusão permanente da dádiva de sangue da população HSH.

1. Quanto à interpretação do ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33

a) O ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33 só pode ser aplicado havendo um risco elevado de contração de doenças infeciosas graves suscetíveis de serem transmitidas pelo sangue.

25. A interpretação a dar ao motivo de exclusão, previsto no ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33, é tanto mais debatida quanto, como sublinhou o Governo francês, um dos motivos de exclusão temporária previstos no ponto 2.2.2 do referido anexo está redigido nos mesmos termos, visto que menciona os «[i]ndivíduos cujo comportamento ou atividade *os coloque em risco* de contrair doenças infeciosas graves, suscetíveis de serem transmitidas pelo sangue» [23]. Manifestamente, a intenção

22 — Como o facto de ter relações sexuais não protegidas com um parceiro ocasional ou um novo parceiro há menos de dois meses, de ter relações sexuais com mais que um parceiro nos últimos quatro meses ou de ter relações sexuais com um parceiro que, ele próprio, teve mais do que um parceiro nos últimos quatro meses.

23 — O sublinhado é meu.

do legislador não pode ter sido a de prever que um comportamento definido nos mesmos termos possa ser objeto de uma exclusão ao mesmo tempo permanente e temporária. Tanto o Governo francês como a Comissão puseram em evidência, sobre este aspeto, a existência de divergências nas versões linguísticas disponíveis do anexo III da Diretiva 2004/33.

26. Com efeito, de acordo com as versões linguísticas referidas, ou a exclusão temporária visa apenas a existência de um risco simples, em relação ao risco elevado referido na exclusão permanente [24]; ou o anexo III menciona, nos dois casos, um risco elevado [25]; ou, como é o caso da versão francesa, o anexo também faz referência, nas duas situações, ao único conceito de «risco», sem mais precisões [26]. Ora, a necessidade de uma interpretação uniforme do direito da União exclui que, em caso de dúvida, o texto de uma disposição seja considerado isoladamente, mas exige, pelo contrário, que seja interpretado também à luz das versões nas outras línguas oficiais — comparação que, como vimos, não é muito esclarecedora — e, em função da economia geral e da finalidade da regulamentação em que se integra [27]. Por outras palavras, o simples facto de o ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33, na sua versão em língua francesa, só referir as pessoas, cujo comportamento sexual as expõe ao «simples» risco de contrair graves doenças infecciosas não é, só por si, um elemento suficiente para concluir pela compatibilidade da exclusão permanente nacional com a diretiva.

27. Dado que a Diretiva 2004/33 especifica as exigências técnicas da Diretiva 2002/98, prossegue o mesmo objetivo desta última. Ora, à semelhança do que destacou o Governo francês, o legislador fez da melhoria da qualidade e da segurança da cadeia de transfusão uma prioridade da Diretiva 2002/98.

28. A sua aprovação inscreve-se num contexto em que os Estados-Membros já tinham sentido as falhas dos seus sistemas de vigilância e de segurança da cadeia de transfusão. Em consequência, as autoridades supranacionais foram chamadas a pronunciar-se sobre a questão, tanto ao nível do Conselho da Europa [28] como da União. Mas foi preciso aguardar pela Diretiva 2002/98, que tem como base legal o artigo 152.º, n.º 4, alínea a), CE — que prevê a adoção de «medidas que estabeleçam normas elevadas de qualidade e segurança […] do sangue» — para a União se dotar do seu primeiro texto vinculativo na matéria [29]. O objetivo de qualidade e de segurança está aí omnipresente [30]. Trata-se de prevenir a transmissão de doenças [31], assegurando que as dádivas procedam de indivíduos, cujo estado de saúde permite pensar que nenhum efeito nocivo pode resultar da dádiva e que qualquer risco de transmissão é reduzido ao mínimo [32], e isto com o objetivo de reforçar a confiança das pessoas [33]. Encontram-se estas mesmas preocupações na leitura da Diretiva 2004/33 [34], cujo objetivo pretendido é assegurar um elevado nível de proteção da saúde humana [35].

24 — V., por exemplo, as versões em língua italiana, grega, inglesa e portuguesa.

25 — V., por exemplo, as versões em língua espanhola e alemã.

26 — Há mesmo uma imprecisão no que se refere ao texto do ponto 2.2.2 do anexo III da Diretiva 2004/33. Embora a versão francesa refira o comportamento sexual ou a atividade profissional, as versões espanhola e italiana limitam-se a evocar o comportamento ou a atividade sexual, enquanto a versão portuguesa só fala do comportamento ou da atividade, sem precisar a sua natureza, para só falar destas versões linguísticas da Diretiva 2004/33.

27 — V., entre jurisprudência abundante, acórdãos Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692, n.º 48 e jurisprudência referida) e Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685, n.º 39 e jurisprudência referida).

28 — Cita-se, por exemplo, a Recomendação n.º R(95) 14 do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, de 12 de outubro de 1995, relativa à proteção da saúde dos dadores e dos recetores no âmbito da transfusão de sangue.

29 — V. considerando 3 da Diretiva 2002/98. Para as ações não vinculativas adotadas pelas instituições, v. considerandos 6 a 9 da referida diretiva.

30 — V. considerandos 1, 3, 5 e artigo 1.º da Diretiva 2002/98.

31 — Considerandos 1 e 2 da Diretiva 2002/98.

32 — Considerando 24 da Diretiva 2002/98.

33 — Considerandos 3 e 6 da Diretiva 2002/98.

34 — V., nomeadamente, considerandos 2 e 4 e artigos 4.° e 6.° da Diretiva 2004/33.

35 — Considerando 1 da Diretiva 2004/33.

29. Por conseguinte, é evidente que os anexos da Diretiva 2004/33 devem ser interpretados à luz deste objetivo. Também considero que o ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33 deve ser interpretado, como aliás o reconhece o Governo francês nas suas peças processuais, no sentido de que as pessoas, cujo comportamento sexual as expõe a um risco *elevado* de contrair doenças infeciosas graves transmissíveis pelo sangue, devem ser excluídas definitivamente das dádivas de sangue. Tal interpretação afigura-se não apenas oportuna, para que a distinção operada pelo legislador da União, entre, por um lado, os fundamentos da exclusão temporária e, por outro, os fundamentos da exclusão permanente, mantenha toda a sua pertinência, mas também coerente com a ideia, também ela presente na diretiva, de reduzir ao máximo qualquer risco de transmissão. Assim, um risco elevado conduz a uma exclusão permanente, enquanto um risco menor, mais limitado, só conduz a uma exclusão temporária.

b) O facto de um homem ter tido [36] ou ter relações sexuais com um outro homem constitui um «comportamento sexual» na aceção do ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33?

30. Embora, tendo em conta as considerações precedentes, a fronteira entre exclusão temporária e a exclusão permanente se afigure esclarecida, falta determinar o que pode ser um «comportamento sexual» que expõe a um risco elevado de contaminação.

31. Sobre este aspeto, os autos submetidos ao Tribunal de Justiça não contêm nenhum elemento relativo aos trabalhos preparatórios da Diretiva 2004/33 que possa indicar o que o legislador quis dizer com «comportamento sexual» e a diretiva não contém nenhuma definição sobre este ponto. Uma análise dos documentos do Conselho da Europa também não é mais esclarecedora, limitando-se simplesmente o Conselho de Ministros a definir um comportamento sexual de risco como um «comportamento sexual que expõe as respetivas pessoas a um risco ou a um risco elevado de contrair doenças infeciosas graves suscetíveis de serem transmitidas pelo sangue» [37]. Por conseguinte, é necessário remeter para o senso comum.

32. De um ponto de vista estritamente literal, o comportamento define a maneira como uma pessoa se comporta, o seu modo de atuar; trata-se do conjunto das suas reações, isto é, da sua conduta [38]. O conceito de comportamento induz, *a priori*, a uma apreciação subjetiva e o comportamento sexual definir-se-ia, então, pelos hábitos e as práticas sexuais da pessoa em causa, dito de outra forma, pelas condições concretas em que são realizadas a(s) relação(ões) sexual(ais) em questão.

33. Consequentemente, levanta-se a seguinte questão: a exclusão permanente dos HSH significa afetar uma orientação sexual específica ou antes um verdadeiro comportamento, propriamente dito?

34. Com efeito, o critério da exclusão, utilizado pelo despacho normativo ministerial, é o facto de um homem ter tido ou ter uma atividade sexual que consiste numa relação sexual com um homem, pouco importando as condições dessa(s) relação(ões), a sua frequência ou as práticas observadas. Com certeza, o critério não está explícita e diretamente formulado com base na orientação sexual, uma vez que a categoria HSH não é oficialmente definida em função da orientação sexual [39]. Mas, levanta, contudo, uma espécie de presunção ilidível, segundo a qual uma relação HSH expõe necessária e

36 — Conforme com o texto do questionário.

37 — V. anexo I da Resolução CM/Res(2013) 3, já referida.

38 — De acordo com a definição dada pelo *Le petit Larousse illustré*, edição 2011, Larousse, Paris.

39 — V. definição do acrónimo HSH na nota 15 destas conclusões, bem como terceiro considerando da Resolução CM/Res(2013)3, já referida.

sistematicamente a um risco elevado de contaminação. E, na prática, é essencialmente, se não exclusivamente [40], a totalidade da população masculina homossexual e bissexual que é, de facto, excluída para sempre da dádiva pela única razão de que esses homens tiveram ou têm atualmente relações sexuais com outro homem.

35. Na minha opinião, o critério nacional adotado está formulado de uma maneira, ao mesmo tempo, demasiado ampla e demasiado genérica, enquanto o conceito de «comportamento sexual» utilizado pelo legislador da União exige a identificação de uma conduta, de uma atitude precisas que expõem o candidato à dádiva a um risco elevado de contaminação. Aliás, a Comissão já realçou o facto de que o «comportamento sexual», mencionado na Diretiva 2004/33, não deve ser entendido como sinónimo de orientação sexual» [41].

36. Concluir que o ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33 exige que sejam excluídos para sempre da dádiva de sangue pessoas às quais foi identificado um comportamento preciso e circunstanciado, que as expôs ou as expõe a um risco elevado e que não se presta a uma exclusão tão genérica quanto a prevista no despacho normativo ministerial, não equivale, contrariamente ao que sustenta o Governo francês, a privar o ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33 do seu efeito útil. Isto obriga, contudo, é verdade, a melhorar os critérios de exclusão permanente. Mas pode-se, desde já, pensar nos/nas profissionais do sexo [42], que, na minha opinião, preenchem os requisitos para serem objeto de uma exclusão definitiva, com fundamento no ponto 2.1 do referido anexo.

37. Do que antecede, resulta que o ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33 deve ser interpretado no sentido de que a mera circunstância, de um homem, ter tido ou ter relações sexuais com outro homem não é, em si mesma e por si só, constitutiva de um comportamento sexual que o exponha ao risco elevado de contrair doenças infeciosas graves transmissíveis pelo sangue.

2. Quanto à margem de apreciação dada pela Diretiva 2004/33 aos Estados-Membros e à possibilidade que lhes é reconhecida de manterem ou de introduzirem medidas de proteção mais estritas

a) Observância das disposições do Tratado como limite ao exercício das competências nacionais

38. Como já sublinhei, a Diretiva 2002/98, relativamente à qual a Diretiva 2004/33 estabeleceu as exigências técnicas, foi adotada com base jurídica no artigo 152.º, n.º 4, alínea a), CE, que prevê as condições em que o Conselho pode contribuir para a realização de determinados objetivos e, mais especificamente o de adotar «medidas que estabeleçam normas elevadas de qualidade e segurança […] do sangue e dos derivados do sangue». A alínea a) do referido artigo esclarece ainda que «essas medidas não podem obstar a que os Estados-Membros mantenham ou introduzam medidas de proteção mais estritas» [43]. O artigo 152.º, n.º 5, CE afirmava que ação da Comunidade no domínio da saúde pública respeitava plenamente as responsabilidades dos Estados-Membros e, designadamente, que «as medidas a que se refere a alínea a) do n.º 4 não prejudica[vam] as disposições nacionais sobre doação […] de sangue» [44].

40 — A situação, avançada pela Comissão nas suas observações escritas, de uma parte da população masculina homossexual ou bissexual ser totalmente abstinente, e por isso que pode doar sangue, parece ser uma quantidade marginal, que não é necessário ter em conta nas presentes observações.

41 — V. a resposta da Comissão, de 17 de agosto de 2011, à questão parlamentar com pedido de resposta escrita, datada de 1 de julho de 2011 (E-006484/2011).

42 — Esta situação foi, aliás, prevista pelo Conselho da União Europeia na sua recomendação de 29 de junho de 1998, respeitante à elegibilidade dos dadores de sangue e plasma e ao rastreio das dádivas de sangue na Comunidade Europeia (JO L 203, p. 14: v., mais precisamente, anexo II, ponto C, 1., da referida recomendação) e pelo Conselho de Ministros do Conselho da Europa, designadamente no terceiro considerando da sua Resolução CM/Res(2013)3, já referida.

43 — Atual artigo 168, n.º 4, alínea a), TFUE.

44 — Num espírito idêntico, v. atual artigo 168.º, n.º 7, TFUE.

39. Embora deva depreender-se das considerações precedentes que a ação da Comunidade, antes, e da União atualmente, só pode revestir a forma de medidas de acompanhamento, de encorajamento ou de coordenação, mas não certamente de harmonização, o Tribunal de Justiça nunca interpretou essas disposições no sentido de que as medidas nacionais escapam a toda a fiscalização da sua compatibilidade com o direito da União.

40. Assim, em matéria de segurança social, o Tribunal de Justiça declarou que «[é] pacífico que o direito da União não prejudica a competência dos Estados-Membros para organizarem os seus sistemas de segurança social e que, na falta de harmonização a nível da União, compete à legislação de cada Estado-Membro determinar os requisitos a que obedece a concessão das prestações em matéria de segurança social […]. Cabe igualmente salientar que, nos termos do artigo 152.º, n.º 5, CE, a ação da União no domínio da saúde pública respeitará plenamente as responsabilidades dos Estados-Membros em matéria de organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos. Verifica-se, no entanto, que, no exercício dessa competência, os Estados-Membros devem respeitar o direito da União, designadamente as disposições relativas à livre prestação de serviços […]. Deste modo, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 152.º, n.º 5, CE não exclui que os Estados-Membros sejam obrigados, por força de outras disposições do Tratado […] a proceder a adaptações do seu sistema de segurança social, *sem que se possa, no entanto, considerar que isso constitui um atentado à sua soberania nessa matéria*» [45].

41. *Mutatis mutandis*, o Tribunal de Justiça também deveria declarar que submeter o exercício de outras competências nacionais previstas pelo artigo 152.º, n.º 5, CE, ao respeito das disposições do Tratado não prejudica a sua competência soberana na matéria. O esclarecimento final contido no referido artigo, que visa especificamente a dádiva de sangue, não parece apontar em sentido contrário.

42. Assim, perante uma legislação nacional que pretende garantir o caráter voluntário e não remunerado da dádiva e que parece como mais protetora, em comparação com as disposições da Diretiva 2002/98 [46], o Tribunal de Justiça não se absteve de efetuar a sua fiscalização pelo facto de a legislação nacional se enquadrar no âmbito de aplicação do artigo 152.º, n.º 5, CE. Pelo contrário, submeteu a referida legislação a um teste de compatibilidade com outras disposições do Tratado, no caso, as consagradas à libre circulação de mercadorias. E mais, concluiu que o artigo 28.º CE, em conjugação com o artigo 30.º CE, se opunha a uma regulamentação nacional, segundo a qual a importação de sangue ou de componentes sanguíneos provenientes de outro Estado-Membro apenas era lícita na condição, aplicável igualmente aos produtos nacionais, de as dádivas de sangue, que estão na base destes produtos, terem sido efetuadas não apenas sem que os dadores tivessem beneficiado de uma remuneração, mas também sem que estes últimos tivessem obtido o reembolso das despesas em que incorreram para efetuar essas dádivas [47].

45 — Acórdão Comissão/Portugal (C-255/09, EU:C:2011:695, n.ºs 47 a 49 e jurisprudência referida) (o sublinhado é meu). O Tribunal de Justiça seguiu, assim, o parecer do advogado-geral nesse processo que concluiu sobre esse aspeto que «a República Portuguesa […] não [podia] invocar com êxito a sua competência originária em matéria de organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos no seu território, para se eximir ao cumprimento das obrigações que lhe [eram] impostas pelo restante direito primário da União» [v. n.º 64 das conclusões do advogado-geral Trstenjak (EU:C:2011:246)].

46 — Estando tal medida mais protetora autorizada pelo artigo 4.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2002/98.

47 — Acórdão Humanplasma (C-421/09, EU:C:2010:760, n.º 46).

43. Por último, assinalo que o facto de o respeito pelas disposições do Tratado constituir o limite natural ao exercício das competências nacionais é confirmado pelo artigo 4.º, n.º 2, primeiro parágrafo, da Diretiva 2002/98, nos termos do qual «[a] presente diretiva não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adotem medidas de proteção mais estritas nos respetivos territórios, *desde que estejam em conformidade com as disposições do Tratado*» [48] e não foi contestado nem pelo Governo francês [49], nem pela Comissão [50].

b) O despacho normativo ministerial contém uma discriminação indireta em razão da dupla combinação do sexo e da orientação sexual

44. Uma vez que a liberdade dos Estados-Membros termina quando o respeito pelo direito primário da União é ameaçado, limitar-me-ei a observar, a este propósito, que o despacho normativo ministerial, ao excluir definitivamente qualquer homem que tenha tido ou que tenha relações sexuais com outro homem, introduz, no sistema de seleção de dadores, uma evidente discriminação indireta [51] que consiste na combinação de um tratamento diferenciado em razão do sexo — o critério em causa só abrange os homens — e da orientação sexual — o critério em questão só abrange quase exclusivamente os homens homossexuais e bissexuais.

45. Embora a Recomendação R(95)14 tenha recordado a importância de estabelecer uma seleção apropriada de dadores que evite qualquer possibilidade de discriminação, a Resolução CM/Res(2013)3, já referida, reconheceu que prevalecia a exclusão da população HSH, isto é, de uma categoria inteira da população, por não ser possível melhorar os dados estatísticos disponíveis em função das situações de risco individuais. Ora, precisamente, as estatísticas confrontam regularmente a população HSH com a população heterossexual: isto é, a expressão HSH tornou-se, quer num entendimento comum, quer científico, sinónimo de «homossexual» ou de «bissexual» [52]. A comunidade masculina homossexual e bissexual está excluída da dádiva de sangue, e isto de maneira definitiva: por conseguinte, é objeto de uma discriminação. Ora, a União pretende lutar contra as discriminações em razão do sexo e da orientação sexual, como o atestam tanto o antigo artigo 13.º CE como o atual artigo 19.º TFUE e o artigo 21.º da Carta [53].

46. Na verdade pode-se objetar que qualquer mecanismo de seleção é por natureza, discriminatório. Contudo, importa assegurar que essas diferenças de tratamento sejam convenientemente justificadas e proporcionadas.

48 — O sublinhado é meu.

49 — V. n.º 90 das suas observações escritas.

50 — V. respostas da Comissão, datadas de 1 de abril de 2009, à questão parlamentar n.º E-0910/2009 (que se refere ao respeito do princípio da proporcionalidade), e de 17 de agosto de 2011, à pergunta do Parlamento n.º E-006484/2011 (que se refere, nomeadamente, ao artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta») (JO 2007, C 303, p. 1)].

51 — Na minha opinião, poder-se-ia hesitar sobre esta qualificação. Pelo menos duas vezes, o Tribunal de Justiça concluiu pela existência de uma discriminação direta em razão da orientação sexual, nos processos Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) e Hay (C-267/12, EU:C:2013:823). No primeiro caso, tratava-se, no essencial, de uma legislação nacional que reservava o pagamento de uma pensão de sobrevivência apenas para pessoas viúvas, entendendo-se que só uma pessoa casada podia beneficiar dessa qualidade e apesar de o casamento não ser permitido a pessoas do mesmo sexo. No segundo caso, tratava-se de uma convenção coletiva que previa a criação de um direito a férias e ao pagamento de um prémio em caso de casamento, sem prever direitos correspondentes, na hipótese de as pessoas em causa celebrarem uma união civil, única forma de união possível para pessoas do mesmo sexo. Todavia em ambos os casos, e ao contrário da exclusão em causa no processo principal, o tratamento menos favorável afetava toda a comunidade homossexual, tanto masculina, como feminina.

52 — Além dos elementos facultados pelo Governo francês, v. também «VIH/sida en France: données de surveillance et études», *Bulletin épidémiologique hebdomadaire* de 1 de dezembro de 2012, n.º 46-47, p. 523 (acessível a partir de www.invs.sante.fr) ou ainda o gráfico do Institut français de veille sanitaire acerca do número de descobertas de seropositividade VIH, por forma de contaminação e por país de nascimento nos anos de 2003 a 2011 (disponível em http://www.invs.sante.fr/Dossiers-thematiques/Maladies-infectieuses/VIH-sida-IST/Infection-a-VIH-et-sida/Donnees/Donnees-epidemiologiques-sur-l-infection-a-VIH-et-les-IST).

53 — Observo também que nas suas conclusões proferidas no processo Römer (C-147/08, EU:C:2010:425) e após uma análise de que partilho plenamente, o advogado-geral Jääskinen convidou o Tribunal de Justiça a consagrar a proibição da discriminação em razão da orientação sexual como um princípio geral do direito (v. n.º 122 e segs.). No seu acórdão (C-147/08, EU:C:2011:286), o Tribunal de Justiça pôde, todavia, responder às questões prejudiciais suscitadas sem ter de tomar posição sobre este aspeto. Talvez tenha chegado o momento de o Tribunal de Justiça tomar posição, tendo em conta o facto de o despacho ministerial em causa no processo principal ter sido proferido em janeiro de 2009, ou seja, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa e, por isso, antes de a Carta ter adquirido força vinculativa.

c) A diferença de tratamento é justificada e proporcionada?

47. O Tribunal de Justiça tem entendido reiteradamente que «a saúde e a vida das pessoas ocupam o primeiro lugar entre os bens e os interesses protegidos pelo Tratado» [54]. O despacho normativo ministerial que acarreta a exclusão total e definitiva da população HSH de dadora de sangue, que constitui uma medida de proteção mais estrita, na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2002/98, prossegue incontestavelmente um objetivo legítimo, que é o de reduzir ao máximo os riscos de contaminação dos recetores e de contribuir, assim, para o objetivo geral de assegurar um nível elevado de proteção da saúde pública, recordado atualmente tanto no artigo 168.º, n.º 1, TFUE, como no artigo 35.º da Carta.

48. Embora a regulamentação em causa no processo principal prossiga efetivamente um objetivo legítimo, é preciso verificar se respeita, por outro lado, o princípio da proporcionalidade, isto é, se é apropriada e necessária para a realização do objetivo prosseguido, sendo que, quando haja uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos rígida e os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos pretendidos [55].

49. Em primeiro lugar, a exclusão definitiva da população HSH pretende efetivamente a realização do objetivo legítimo prosseguido.

50. Em segundo lugar, em relação aos inconvenientes causados, à luz dos interesses em presença, devem ser considerados relativamente suportáveis, o sentimento de exclusão por razões da sua vida privada deve ser comparado com o interesse superior da proteção da saúde dos recetores. Além disso, posso conceber que a recusa de um gesto de generosidade e de solidariedade desinteressadas, como é a dádiva de sangue, pode provocar uma reação de incompreensão nas pessoas a quem essa recusa seja imposta, mas é forçoso reconhecer que a dádiva de sangue não é, em si mesma, um direito, que a sua universalidade nunca foi reconhecida, uma vez que os dadores são alvo de uma seleção e devem, a este propósito, satisfazer um determinado número de condições, e que, em todo o caso, a última palavra pertence estritamente às autoridades médicas que, sozinhas, assumem a plena responsabilidade imediata das suas decisões [56].

51. Em terceiro lugar, no âmbito da saúde pública, a fiscalização do respeito do princípio da proporcionalidade exige que «se tome em consideração o facto de o Estado-Membro poder decidir qual o nível de proteção da saúde pública que pretende assegurar e o modo como esse nível deve ser alcançado. Dado que este nível pode variar de um Estado-Membro para outro, há que reconhecer aos Estados-Membros uma margem de apreciação» [57]. Em consequência, o facto de um Estado-Membro impor regras menos rigorosas do que as aplicáveis noutro Estado-Membro não significa que estas últimas sejam desproporcionadas [58].

54 — Acórdão Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93, n.º 32 e jurisprudência referida). V. também acórdão Humanplasma (EU:C:2010:760, n.º 32).

55 — V. acórdão Müller Fleisch (EU:C:2010:93, n.º 43).

56 — V. o ponto 4.1 da Resolução CM/Res(2008)5 do Conselho de Ministros do Conselho da Europa sobre a responsabilidade dos dadores e sobre a dádiva de sangue e dos componentes sanguíneos, nos termos do qual se recomenda que seja garantido que os centros de doação de sangue exerçam a responsabilidade última da qualidade do sangue e que sejam responsáveis pela decisão final de aceitar ou de excluir os dadores, com base na análise do risco baseado em dados epidemiológicos regularmente atualizados e preservar o direito dos recetores à proteção da saúde e à obrigação dele resultante de reduzir o risco de transmissão de doenças infeciosas. Estes direitos e obrigações têm prioridade sobre qualquer outra consideração, *incluindo a vontade das pessoas de dar o seu sangue* (o sublinhado é meu).

57 — Acórdãos Humanplasma (EU:C:2010:760, n.º 39) e Venturini e o. (C-159/12 a C-161/12, EU:C:2013:791, n.º 59 e jurisprudência referida).

58 — Acórdãos Müller Fleisch (EU:C:2010:93, n.º 45 e jurisprudência referida) e Humanplasma (EU:C:2010:760, n.º 40).

52. Concretamente, isto significa que o facto de a Espanha, a Itália, a Eslováquia, a Finlândia e o Reino Unido não excluírem, nem sistemática nem definitivamente, a população HSH da dádiva de sangue [59], não deve ser tido em conta no momento de decidir se o Governo francês poderia adotar uma medida menos atentatória do princípio da igualdade de tratamento, mas capaz de alcançar o mesmo resultado. Isto é tanto mais verdade quanto o nível de risco não é uniforme entre os Estados-Membros, uma vez que a sua situação epidemiológica, nomeadamente em relação à infeção por VIH, é muito diferenciada e que é pacífico que a França apresenta uma taxa de prevalência do VIH particularmente elevada na população HSH [60].

53. Todavia, para determinar se a exclusão definitiva contida no despacho normativo ministerial não excede o necessário, o órgão jurisdicional de reenvio deve proceder a uma série de verificações que o estado dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça não permite a este último fazer.

54. Assim, é preciso, em primeiro lugar, ter em conta a situação epidemiológica da França garantindo que os dados estatísticos fornecidos são recentes [61], representativos e fiáveis.

55. Em segundo lugar, devem ser verificados um determinado número de elementos em matéria de técnica sanitária.

56. A argumentação do Governo francês está quase exclusivamente focalizada no risco de contração do VIH, ao qual está exposta a população HSH. Embora a exclusão definitiva seja essencialmente justificada pelo risco que o recetor corre, por causa do período assintomático, saliento que o Governo francês indicou que o período mais longo — o que respeita ao vírus VIH 2 — está estimado em 22 dias. Ora, salvo erro da minha parte, o prazo máximo de conservação do sangue é de cerca de 45 dias. A colocação em quarentena sistemática das dádivas provenientes da população HSH durante esse período, antes de serem testadas, pode ser objetivamente uma solução que permita realizar melhor o objetivo prosseguido.

57. O órgão jurisdicional de reenvio deveria, assim, questionar-se sobre o facto de saber se essa quarentena seria economicamente tolerável e cientificamente realizável para todos ou parte dos componentes sanguíneos. Devia, designadamente, verificar se isso não prejudica o bom funcionamento da cadeia de transfusão. Para isso, podia, por exemplo, apoiar-se nas conclusões do relatório sobre o percurso do sangue, enviado em 2013 à Ministra dos Assuntos Sociais e da Saúde por Olivier Véran, deputado francês (a seguir «relatório Véran»), nos termos do qual «os especialistas concordam em dizer que a colocação sistemática do plasma em quarentena, associada ao rastreio virológico permite neutralizar qualquer risco de transmissão viral» [62]. Em termos de proteção da saúde dos recetores, essa solução parece ótima: por um lado, permite ultrapassar os problemas ligados ao sentimento de discriminação que os membros da população HSH podem sentir — sentimento que pode levá-los a não responder sinceramente ao questionário — e, por outro, sujeita todas as dádivas ao mesmo tratamento, deixando decorrer o período durante o qual o vírus não é detetável antes de o testar, de forma que se possa estar próximo consideravelmente do risco zero. Sublinho que as observações do Governo francês, embora posteriores ao envio desse relatório, não o mencionam.

59 — A Espanha e a Itália preveem apenas uma suspensão temporária em caso de múltiplos parceiros ou de mudança de parceiro, qualquer que seja a natureza da relação em causa (a alteração da legislação num processo no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem permitiu, aliás, a este último evitar exercer uma fiscalização da compatibilidade da suspensão dos homossexuais de dadores de sangue com a Convenção para a proteção do Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950: v. TEDH, acórdão Tosto/Itália, de 15 de outubro de 2002, pedido n.º 49821/99); a Eslováquia (de acordo com o que resulta da questão parlamentar n.º E-0910/09 de 17 de fevereiro de 2009) e, por último, a Finlândia e o Reino Unido optaram por uma exigência de abstinência de 12 meses, para os homens que declararam ter tido uma relação sexual com outro homem.

60 — Se se tiverem em conta os dados fornecidos pelo Governo francês, que são confirmados pelo relatório especial «Thematic report: Men who have sex with men (MSM) — Monitoring implementation of the Dublin Declaration on Partnership to fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia: 2012 progress» (v., especialmente, pp. 4, 5 e anexo 2) do Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças, instituído pelo Regulamento (CE) n.º 851/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004 (JO L 142, p. 1).

61 — Acórdão França/Comissão (C-601/11 P, EU:C:2013:465, n.º 136).

62 — V. p. 35 do referido relatório.

58. Além disso, há dúvidas quanto à coerência da exclusão definitiva. Em aplicação da contraindicação permanente estabelecida no despacho normativo ministerial e por uma leitura conjugada deste com o questionário atrás referido [63], o facto de um homem ter tido, pelo menos uma vez na sua vida — mesmo que há dez anos — uma relação sexual com outro homem determina a sua exclusão definitiva de dádiva de sangue. Deve deduzir-se daqui que a natureza atual do comportamento de risco é indiferente, quando, uma vez que todos os dadores de sangue são testados em relação ao VIH, é, de facto, o período assintomático que constitui o período mais crítico e que expõe os recetores ao risco mais elevado [64]. Ora, uma vez mais, se a motivação principal é o do período assintomático, pode-se imaginar que uma exclusão temporária, fixada em função da data da última relação, parece mais apropriada.

59. Na mesma ordem de ideias, há que indagar quais as razões pelas quais não há uma contraindicação específica que abranja uma mulher, cujo companheiro pertença à população HSH. Aliás, uma pessoa, cujo parceiro é seropositivo é alvo de uma contraindicação temporária de quatro meses. Por um lado, pode-se imaginar que seja exercida uma vigilância acrescida no seio desse casal, mas, por outro lado, pode-se também considerar que, nesse caso, a exposição ao risco é real, ao passo que para a população HSH, sem verificação individual das práticas seguidas, parece menos certa. É também preciso comparar a situação de um homem que teve, uma vez na sua vida ou ocasionalmente, uma relação homossexual protegida — excluído definitivamente — com a de uma pessoa heterossexual que mantém regularmente relações não protegidas, mas que só será, contudo, atingida por uma contraindicação temporária: o mero facto de pertencer à população HSH é suscetível de justificar, nesse caso, uma exclusão definitiva?

60. Voltando às estatísticas, sublinho que em 2011, 2400 pessoas oriundas da população HSH descobriram a sua seropositividade. No mesmo ano, 3500 pessoas foram contaminadas em relações heterossexuais, das quais 2400 pessoas heterossexuais nascidas no estrangeiro [65]. O órgão jurisdicional de reenvio devia procurar esclarecer as razões pelas quais esta categoria de dadores não é alvo de nenhuma contraindicação, nos termos do despacho normativo ministerial em causa no quadro do litígio no processo principal [66].

61. Por fim, e talvez acima de tudo, o questionário podia ser reformulado, de forma a poder servir para identificar os comportamentos de risco na população HSH, como faz, aparentemente de maneira satisfatória, para o resto da população de dadores. Questões mais concretas — relativas ao período decorrido depois da última relação, ao número de parceiros, à natureza das relações, ao caráter protegido das relações, à frequência de locais noturnos — permitiriam já não identificar uma orientação sexual, mas, pelo contrário, avaliar o nível de risco que cada dador apresenta individualmente, na sequência do seu próprio comportamento sexual [67].

62. Resulta do que antecede que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio garantir que, ao excluir de forma permanente a dádiva de sangue os homens que tiveram ou que têm relações sexuais com um homem, o Governo francês exerceu o poder discricionário que é tradicionalmente reconhecido aos Estados-Membros no domínio da proteção da saúde pública, de uma maneira que está em conformidade com as exigências do princípio da não discriminação em razão da orientação sexual e,

63 — V. n.º 9 destas conclusões.

64 — O artigo 20.º da Recomendação n.º R(95) 14 do Conselho de Ministros do Conselho da Europa refere que a exclusão (temporária ou definitiva, segundo o caso) deve ser proferida em relação às pessoas que pertencem às categorias que, pelos seus antecedentes clínicos, ou as suas atividades e comportamentos *atuais*, apresentam um risco de transmissão de doenças infeciosas (o sublinhado é meu).

65 — Fonte: gráfico do Institut français de veille sanitaire, relativo ao número de novos casos de seropositividade VIH, por contaminação e por país de nascimento nos anos de 2003 a 2011, já referido. Trata-se essencialmente de pessoas nascidas na África subsariana (77%) e de mulheres (58%).

66 — É claro que a população HSH, sendo numericamente muito inferior à população heterossexual, a percentagem de contaminação é proporcionalmente mais elevada nessa população, mas não é isso que pretendo discutir aqui. É igualmente inegável que as pessoas heterossexuais nascidas no estrangeiro constituem, proporcionalmente, uma categoria particularmente exposta ao risco de contrair VIH, sem que, no entanto, sejam alvo de medidas de prevenção especial, de acordo com o despacho normativo ministerial.

67 — Noto, a este propósito, que se trata também de uma recomendação apresentada no relatório Véran já referido: v. p. 36 do referido relatório.

mais especificamente, com o princípio da proporcionalidade. Ao controlar que a medida de exclusão definitiva não ultrapassa o limite do necessário para realizar o objetivo legítimo da proteção da saúde dos recetores, cabe-lhe, designadamente, assegurar, em primeiro lugar, que a situação epidemiológica específica em França, como a que foi apresentada ao Tribunal de Justiça, assenta em estatísticas fiáveis, representativas e recentes e, em segundo lugar, que no estado atual dos conhecimentos científicos, não é possível, sem sujeitar a cadeia de transfusão a constrangimentos excessivos, prever medidas de colocação das dádivas em quarentena, a aguardar o decurso do período assintomático. Por último, cabe-lhe também procurar as eventuais razões pelas quais a avaliação da tomada de risco individual, através de um questionário eventualmente reformulado e de uma entrevista individual conduzida por pessoal médico, destinada a identificar se o possível dador tem um comportamento sexual dito «de risco», quando essa avaliação possível para o resto da população, se revelar insuficiente para assegurar de maneira satisfatória a proteção dos recetores, no que respeita às dádivas provenientes de um homem que teve ou que tem relações sexuais com um homem.

V – **Conclusão**

63. Tendo em conta todas as considerações expostas, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda nos termos seguintes à questão prejudicial suscitada pelo tribunal administratif de Strasbourg:

«O ponto 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33/CE da Comissão, de 22 de março de 2004, que dá execução à Diretiva 2002/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no que respeita a determinadas exigências técnicas relativas ao sangue e aos componentes sanguíneos deve ser interpretado no sentido de que a mera circunstância de um homem, de ter tido ou ter relações sexuais com outro homem não é, em si mesma e por si só, constitutiva de um comportamento sexual que o exponha ao risco elevado de contrair doenças infeciosas graves transmissíveis pelo sangue.

Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio garantir que, ao excluir de forma permanente a dádiva de sangue aos homens que tiveram ou que têm relações sexuais com um homem, o Governo francês exerceu o poder discricionário que é tradicionalmente reconhecido aos Estados-Membros no domínio da proteção da saúde pública de uma maneira que está em conformidade com as exigências do princípio da não discriminação em razão da orientação sexual e, mais especificamente, com o princípio da proporcionalidade.

Ao controlar que a medida de suspensão definitiva não ultrapassa o limite do necessário para realizar o objetivo legítimo da proteção da saúde dos recetores, cabe-lhe, designadamente, assegurar, em primeiro lugar, que a situação epidemiológica específica da França, como a que foi apresentada ao Tribunal de Justiça, assenta em estatísticas fiáveis, representativas e recentes e, em segundo lugar, que no estado atual dos conhecimentos científicos, não é possível, sem sujeitar a cadeia de transfusão a constrangimentos excessivos, prever medidas de colocação das dádivas em quarentena, a aguardar o decurso do período assintomático. Por último, cabe-lhe também procurar as eventuais razões pelas quais a avaliação da tomada de risco individual, através de um questionário eventualmente reformulado e de uma entrevista individual conduzida por pessoal médico, destinada a identificar se o possível dador tem um comportamento sexual dito ‘de risco’, quando essa avaliação possível para o resto da população, se revelar insuficiente para assegurar de maneira satisfatória a proteção dos recetores no que respeita às dádivas provenientes de um homem que teve ou que tem relações sexuais com um homem.»