



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

NU: 685037
Ref.: 1469 / XIV / 1.^a CACDLG
04 / 10 / 2021

DA 21187/21

ASSUNTO: *direito à autodeterminação da identidade de género, da expressão de género e do direito à proteção das características sexuais (regulamentação no âmbito escolar)*

I. Enquadramento – objeto dos projetos de Lei

A Assembleia da República, através da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, solicitou a emissão de parecer sobre os Projetos de Lei n.º 902/XIV/2.^a (PAN), n.º 910/XIV/2.^a (BE) e n.º 923/XIV/2.^a.

Os projetos de Lei apresentados pelo Grupo Parlamentar do Partido Pessoas-Animais-Natureza (PAN) e pela Deputada não inscrita Joacine Katar Moreira procedem à primeira alteração da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, que estabelece o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa, e à aprovação da respetiva regulamentação. O projeto de Lei do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, com idêntico desiderato *regulamentar*, pretende criar *um conjunto de medidas promotoras do exercício do direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais a adotar pelas escolas do ensino pré-escolar, básico, secundário e superior* (artigo 1.º do Projeto de Lei n.º 910/XIV).

Considerando a similitude das iniciativas, proceder-se-á à sua apreciação conjunta.

I.1. A exposição de motivos do projeto de Lei apresentado pelo PAN salienta a necessidade de regulamentação que ultrapasse o que considera ser *bloqueios* ao reconhecimento da identidade de género, desde logo,



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

consubstanciados, identifica, «[n]a restrição da maioria e [n]o requisito do diagnóstico de “perturbação de identidade de género”»¹.

No entanto, a iniciativa legislativa não propõe qualquer alteração ao preceito que estabelece aquelas exigências para pessoas menores de idade, circunscrevendo-se à alteração do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018 e à respetiva regulamentação, em razão e na sequência do recente acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 474/2021 ², que veio declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas constantes dos n.ºs 1 e 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, por violação da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição.

I.2. O projeto de Lei n.º 910/XIV/2.^a (BE) sustenta-se no mesmo aresto do Tribunal Constitucional e na necessidade de alterar a lei em conformidade, na medida em que, sublinha o Grupo parlamentar, aquela decisão «*teve como consequência a criação de uma situação de instabilidade nas escolas, ficando*

¹ Na anterior legislatura, o mesmo Grupo parlamentar foi autor de iniciativa – o Projeto de Lei n.º 317/XIII/2.^a (PAN) – que visava a eliminação da obrigatoriedade da entrega do relatório que comprovasse o *diagnóstico de perturbação de identidade de género* nas conservatórias do registo civil e pretendia atribuir legitimidade a menores, acompanhados pelos seus representantes legais ou pelo Ministério Público, para requerer judicialmente a alteração do registo. Esta iniciativa foi integrada em texto de substituição [em conjunto com iniciativas do Governo – proposta de Lei n.º 75/XIII/2.^a (GOV) – e do Grupo parlamentar do Bloco de Esquerda – Projeto de Lei n.º 242/XIII/2.^a (BE)] que viria a dar origem à Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto. No entanto, frisa a mesma exposição de motivos, este diploma apenas reconhece a livre autodeterminação a pessoas maiores de idade, mantendo o requisito de apresentação de relatório médico ou psicológico a pessoas entre os dezasseis e os dezoito anos de idade (cfr. n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 38/2018).

² Publicado no *Diário da República* n.º 142/2021, Série I, acessível em:

<https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/168184700/details/maximized>.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

estas desprovidas de medidas a adotar para proteger o exercício do direito à identidade e expressão de género e das características sexuais dos/as estudantes».

Ao regime que fora aprovado com base na norma declarada inconstitucional – através do Despacho n.º 7247/2019 ³ – o BE procurou introduzir alterações relativas às seguintes matérias: *«o alargamento de aplicação do regime previsto ao pessoal docente e não docente, o reforço dos mecanismos de comunicação e intervenção, a previsão de estabelecimento de parcerias com associações de defesa dos direitos das pessoas LGBTI para efeitos de formação do pessoal docente e não docente e para realização de ações de informação e sensibilização da comunidade escolar, bem como a previsão da monitorização das medidas tomadas».*

I.3. O projeto de Lei apresentado pela Deputada não inscrita Joacine Katar Moreira sustenta-se, igualmente, na decisão proferida pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/202, salientando que a mesma *«por incidir sobre um aspeto meramente formal ou processual de um diploma legal, não implica a inconstitucionalidade deste diploma, como um todo, e não coloca em causa a garantia do direito à identidade de género e de expressão de género, nem questiona a proibição da discriminação nos estabelecimentos de ensino».*

Cita, ainda, a Estratégia para a igualdade de tratamento das pessoas LGBTIQ 2020-2025, da União Europeia, para afirmar que *«o Estado português tem como responsabilidade primordial assegurar a efetividade deste plano de ação, através da criação das condições necessárias para que crianças e jovens lésbicas, gays, bissexuais, trans, intersexo e com outras identidades não*

³ Da Secretária de Estado para a Cidadania e a Igualdade e do Secretário de Estado da Educação, publicado no *Diário da República* n.º 156/2019, Série II, de 16.08.2019, acessível em:

<https://dre.pt/home/-/dre/123962165/details/maximized>.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

normativas (LGBTQI+) beneficiem do acesso a oportunidades e direitos em condições de igualdade e de uma eficaz proteção legal face à repressão, assédio e preconceito». E, fazendo referência aos dados recolhidos, em 2019, pelo Observatório da Discriminação Contra Pessoas LGBTI+ (os quais, assevera, denotam aumento de registo de denúncias de discriminação e violência contra pessoas em função da sua orientação sexual), sublinha «a necessidade de erradicar os estereótipos, a discriminação e a violência direcionadas a pessoas em resultado da sua orientação sexual, identidade ou expressão de género e características sexuais e garantir a todas as crianças e jovens a preservação da sua integridade emocional e física, a sua liberdade, a sua identidade, e a sua independência, num espaço de enorme centralidade nas suas vidas como é a escola».

*

II. Análise

II.1. O Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional

Na origem do referido aresto do Tribunal Constitucional esteve o pedido de declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade dos n.ºs. 1 e 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, efetuado por 86 deputados à Assembleia da República, dos Grupos Parlamentares do Partido Social Democrata (PSD), do CDS-Partido Popular (CDS-PP) e do Partido Socialista (PS), por alegada violação das disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 43.º e do n.º 2 do artigo 18.º, quer as dos artigos 2.º e 165.º, n.º 1, alínea b), todos da Constituição.

O pedido esclareceu, desde logo, que *«não incide (...) sobre a configuração do direito à autodeterminação da identidade de género, mas tão-somente sobre as medidas a adotar no plano da configuração do sistema educativo que o legislador se sentiu habilitado a extrair a partir do reconhecimento daquele direito».*



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

A apreciação da inconstitucionalidade debruçou-se sobre a seguinte redação do **artigo 12.º da Lei n.º 38/2018**, de 7 de agosto:

«1 - O Estado deve garantir a adoção de medidas no sistema educativo, em todos os níveis de ensino e ciclos de estudo, que promovam o exercício do direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais das pessoas, nomeadamente através do desenvolvimento de:

a) Medidas de prevenção e de combate contra a discriminação em função da identidade de género, expressão de género e das características sexuais;

b) Mecanismos de deteção e intervenção sobre situações de risco que coloquem em perigo o saudável desenvolvimento de crianças e jovens que manifestem uma identidade de género ou expressão de género que não se identifica com o sexo atribuído à nascença;

c) Condições para uma proteção adequada da identidade de género, expressão de género e das características sexuais, contra todas as formas de exclusão social e violência dentro do contexto escolar, assegurando o respeito pela autonomia, privacidade e autodeterminação das crianças e jovens que realizem transições sociais de identidade e expressão de género;

d) Formação adequada dirigida a docentes e demais profissionais do sistema educativo no âmbito de questões relacionadas com a problemática da identidade de género, expressão de género e da diversidade das características sexuais de crianças e jovens, tendo em vista a sua inclusão como processo de integração socioeducativa.

2 - Os estabelecimentos do sistema educativo, independentemente da sua natureza pública ou privada, devem garantir as condições necessárias para que as crianças e jovens se sintam respeitados de acordo com a



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

identidade de género e expressão de género manifestadas e as suas características sexuais.

3 - Os membros do Governo responsáveis pelas áreas da igualdade de género e da educação adotam, no prazo máximo de 180 dias, as medidas administrativas necessárias para a implementação do disposto no n.º 1.»

O Tribunal Constitucional, no aresto relatado pelo Juiz Conselheiro GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, aprofunda, apenas, na sua apreciação, o primeiro fundamento de inconstitucionalidade, delimitando de forma ampla a reserva de lei prevista no artigo 165.º, n.º 1, b) da Constituição.

Começa por sublinhar que a Lei n.º 38/2018 constitui diploma legal em matéria de direitos, liberdades e garantias; e, fazendo apelo ao acórdão n.º 538/2015 do Tribunal Constitucional, considera que a reserva de lei (relativa, no caso) não se limita às restrições, abrangendo, também a regulamentação do exercício de direitos, liberdades e garantias, independentemente de se instituir regime mais permissivo ou mais restritivo.

Assim, a conclusão a que chegou o Tribunal Constitucional no acórdão n.º 474/2021 sustenta-se na seguinte premissa: *«a reserva de lei não abrange apenas as dimensões defensivas ou negativas dos direitos, liberdade e garantias; sem prejuízo de nos direitos fundamentais dessa categoria predominar a função de defesa da pessoa contra os atos ablativos do poder público, a matéria reservada é a dos direitos como um todo, na sua complexidade estrutural, abrangendo não apenas deveres estatais de abstenção, como também deveres de proteção e deveres de promoção. (...) tratando-se de direitos, liberdades e garantias, a reserva abrange expressamente todas as dimensões do direito em causa».*

Neste sentido, afirma, adiante, *«A circunstância de o artigo 12.º regular o exercício de um direito de liberdade em todos os níveis do sistema educativo*



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

constitui, em boa verdade, razão suficiente para se concluir que a matéria está sob reserva total de lei parlamentar».

Mais: procurando delimitar o conceito de *regulamento de execução*, redu-lo a «*normas sem conteúdo inovatório algum em relação ao diploma legal que se destinam a regulamentar. A sua função - denotada pela expressão constitucional, «boa execução das leis» - é a de garantir a uniformidade da aplicação da lei pelos órgãos administrativos e contribuir para a segurança jurídica dos particulares, o que é tanto mais importante quanto menor seja a clareza e precisão das disposições legais. As normas regulamentares, neste sentido, podem ser úteis, mas não são necessárias, porque a lei é materialmente autossuficiente; ou são apenas necessárias para a boa execução - não para a execução sic et simpliciter - da lei».*

Deste modo, esclarece, «*se, perante a questão de saber qual o regime material relativo a um certo sector ou objeto incluído na matéria reservada, a resposta encontra-se também em instrumentos regulamentares, é certo que estes extravasam o universo restrito da «mera execução» ou «simplex execução», invadindo a reserva de lei. Dito de outro modo, centrado na lei e não no regulamento, se aquela reenvia para este algum aspeto do regime material a que respeita, de modo que a descrição desse regime não dispensa a referência a normas regulamentares, estaremos perante uma violação, pelo próprio legislador, da reserva de lei formal.».*

Com fundamento na destrição apresentada, o Tribunal Constitucional, no citado acórdão, assinala que «*o regime jurídico relativo aos deveres estatais de promoção das condições do exercício, em todos os níveis de ensino e ciclos de estudo, do direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais das pessoas, a que respeitam os n.os 1 e 3 do artigo 12.º da LIEG, está bem longe de ser materialmente completo ou autossuficiente»*; essencialmente, e em síntese, por três ordens de razão: (i) o elenco de medidas do n.º 1 é aberto e meramente



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

exemplificativo; (ii) o tipo de medidas aí referidas é de cariz *fortemente indeterminado*, utilizando conceitos muito vagos e (iii) o diploma legal não contém norma que defina os conceitos nuclearmente utilizados (como “identidade de género”, “expressão de género” e “características sexuais”).

E caracteriza, de seguida, as normas *regulamentares*, aprovadas através do Despacho n.º 7247/2019, da Secretária de Estado para a Cidadania e a Igualdade e do Secretário de Estado da Educação, já acima citado, como *inovatórias*. O que conduz à seguinte conclusão: «*Se a lei ocupasse todo o espaço de regulação que lhe está reservado em matéria de direitos, liberdades e garantias, estas normas administrativas de carácter inovatório seriam ilegais. Como a lei não vai além da definição do quadro ou do sentido da regulação, deixando uma larga margem ao poder administrativo para o qual reenvia a sua regulamentação, é inevitável concluir que o vício é da própria lei, que fica aquém do que constitucionalmente se lhe encontra reservado*».

Razões que sustentam a decisão de declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos n.ºs. 1 e 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, por violação da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, embora com cinco votos contra.

Em declaração conjunta de voto vencido, pelos Senhores Juízes Conselheiros FERNANDO VAZ VENTURA, MARIANA CANOTILHO e ASSUNÇÃO RAIMUNDO foi sublinhada a «*pré-existência do direito fundamental à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa [a qual] invalida boa parte da argumentação do Acórdão acerca da indeterminabilidade das normas questionadas*». Entendem, pelo contrário: «*uma pormenorização excessiva das medidas mencionadas, designadamente, através da definição dos conteúdos educativos ou formativos, ou mesmo do estabelecimento, por via legal, de elementos detalhados atinentes à organização material dos estabelecimentos de ensino, aplicável em termos análogos às escolas públicas e às privadas, correria, essa sim, o risco de violar a proibição constitucional de programação da*



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

educação segundo diretrizes filosóficas, políticas, ideológicas ou religiosas, constante do artigo 43.º, n.º 2, da CRP».

A mesma declaração rejeita, ainda, a qualificação atribuída no aresto às normas em apreço, considerando que os aspetos relativos à saúde e à educação são temáticas laterais daquele diploma legislativo e sempre regulados na perspetiva das medidas de proteção do exercício dos direitos. Argumentos aos quais acresce o facto de a regulação, na opinião dos citados Senhores Juízes Conselheiros do TC, dever ser dotada de *características de proximidade, mutabilidade e adaptabilidade*, que se adequam, funcionalmente, ao poder regulamentar.

Motivos que conduzem à aberta crítica da posição assumida no aresto citado, por excessiva, nos seguintes termos: *«Se é esta a nova posição do Tribunal Constitucional - isto é, se este Acórdão define uma nova leitura, mais estrita, sobre os limites da reserva de lei - haverá que tomá-la em conta, dela extraindo as devidas consequências para o futuro. São, porém, significativas as matérias em que esta postura determinará a invalidade constitucional de diplomas de índole administrativa, concretizadores de deveres estaduais de proteção e promoção, o que cremos não ser desejável.»*.

A declaração de voto apresentada pelo Senhor Juiz Conselheiro JOSÉ JOÃO ABRANTES afasta, também, qualquer violação do artigo 43.º da Constituição, considerando que a adoção das referidas medidas *«não só não implica uma programação do ensino segundo uma particular conceção ideológica ou doutrinária da identidade de género, como também não se mostra suscetível de impedir ou condicionar a adoção de determinadas orientações religiosas ou filosóficas por parte de escolas privadas, nomeadamente confessionais.»* E sintetiza: *«Do que se trata é, tão só, de promover as condições para que os indivíduos que apresentem uma inconsistência entre o género manifestado e o sexo biológico possam exercer o seu direito a ver reconhecida a identidade sexual com que se identificam. O objetivo da lei é a proteção dessas pessoas, a sua inclusão e a sua plena aceitação em ambiente escolar, de acordo com a*



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

identidade de género manifestada». Mais, sublinha que a proibição de programação do ensino «não deve impedir a transmissão, pela escola, dos valores éticos e padrões axiológicos fundamentais, como a dignidade humana, a igualdade, a liberdade e a democracia, enquanto pilares constitutivos da sociedade democrática e do Estado de Direito que a Constituição garante».

Assim, e não existindo, de acordo com a posição vencida que ora se apresenta, qualquer compressão ou desrespeito pelos limites impostos pelo n.º 2 do artigo 43.º da Constituição, conseqüentemente, *«não se coloca a questão de uma violação pelas normas em crise do princípio da reserva de lei, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição».*

Também o Senhor Juiz Conselheiro LINO RODRIGUES RIBEIRO não acompanha *«conceção de reserva de lei parlamentar tão rígida como a que vem formulada no acórdão»*, desde logo, e *«sem pôr em causa a primazia do legislador parlamentar na regulação dos “direitos liberdade e garantias”»*, em virtude de a matéria regulada pelo artigo 12.º se conduzir a *medidas de proteção não restritivas*, as quais poderiam, no seu entendimento, ser deixadas à intervenção regulamentar dos membros do Governo.

Por outro lado, e perspetivando naquelas normas efetiva tutela tanto do direito à autodeterminação da identidade de género, como do direito à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação (ambos consagrados no artigo 26.º da Constituição), assinala que os correspondentes deveres de proteção apresentam-se de natureza e estruturas distintas, uma vez que *«o dever de proteção imposto na parte final do n.º 1 do artigo 26.º da CRP é correlativo de um direito subjetivo fundamental à emanação de legislação antidiscriminatória, cujo incumprimento pode configurar uma situação de inconstitucionalidade por omissão; já o dever de proteção do direito à autodeterminação da identidade de género deduz-se da dimensão jurídico-objetiva das normas constitucionais que o suportam, mas devido à indeterminação constitucional das medidas estatais aptas a garantir a proteção efetiva do reconhecimento da autodeterminação de*



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

identidade, dela não decorre uma pretensão subjetiva a correspondentes ações estaduais de proteção, suscetível de controlo judicial da sua eventual violação».

Nestes termos, assumindo o legislador «a proteção ativa das crianças e jovens com incongruência de género contra condutas discriminatórias baseadas na identidade de género», e não apresentando esta qualquer novidade – atendendo, designadamente, ao disposto no artigo 3.º, d) da Lei de Bases do Sistema de Ensino (Lei n.º 46/86, de 14.10), nos artigos 7.º, n.º 1, a) e 10.º, d) do Estatuto do Aluno (Lei n.º 51/2012, de 05.09) – «as normas do artigo 12.º apenas vêm [em suma] reforçar ou replicar o direito à proteção estadual da igualdade dos alunos com incongruência de género já materializado e densificado na legislação reguladora do sistema de ensino».

Deste modo, na douta opinião do citado Juiz Conselheiro, «a opção que o legislador tomou no artigo 12.º da Lei n.º 38/2018 foi a de obrigar os estabelecimentos de ensino e o Governo a desenvolverem ações de prevenção, proteção e ajuda contra a eventual discriminação, exclusão social, perigo ou violência dos alunos que manifestem disforia de género. Uma escolha legislativa que pretende sobretudo ver cumprido o dever de organização dos estabelecimentos de ensino, através da imposição da existência de "medidas administrativas" no domínio da vigilância, prevenção, adaptação e correção das instituições e dos procedimentos destinadas à proteção da autodeterminação de género em face de condutas discriminatórias».

Pelo que, e «diferentemente do que sustentam os requerentes, não se trata de qualquer restrição à liberdade de ensino ou a outras liberdades, mas apenas de medidas de proteção de um direito fundamental que não comprime direitos fundamentais alheios. (...) Tratando-se de proteção efetuada através de medidas não restritivas, relativas à organização interna e modo de funcionamento das instituições de ensino, justifica-se a opção do legislador de deixar à Administração a fixação das medidas administrativas concretas, ponderando os seus custos e resultados previsíveis, capazes de garantir o



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

exercício da autodeterminação da identidade de género no contexto escolar, nos mesmos termos em que faz no, n.º 2 do artigo 11.º, para os estabelecimentos de saúde».

Declaração de voto que termina sinalizando que «mesmo sem autorização prévia da lei ou na insuficiência da lei, a Administração, vinculada que está aos direitos fundamentais (artigo 18.º, n.º 1, da CRP), poderia atuar no âmbito da realização dos deveres de proteção dos alunos com incongruência de género, desde que não envolvesse simultaneamente restrição de direitos fundamentais de outros. Como refere Vieira de Andrade «a Administração não pode restringir, mas pode e deve, no âmbito das suas atribuições e competências, proteger, promover, e até concretizar, na falta de lei específica, as normas relativas aos direitos fundamentais, liberdades e garantias». (Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5.ª ed. pág. 224).»

II.2. As iniciativas legislativas

É neste quadro que o legislador parlamentar vem propor, através das iniciativas em apreço, alteração à Lei n.º 38/2018 e a aprovação, por lei, da respetiva regulamentação.

Antes de mais importa assinalar que não se vislumbra que o diploma objeto das iniciativas legislativas em análise possa vir a ter aplicação prática direta pelos magistrados do Ministério Público, na respetiva atuação funcional. Razão pela qual procuraremos centrar a nossa análise no sentido normativo, proposto e vigente, à luz dos princípios gerais de direito e, fundamentalmente, no que possa contender com princípios e normas constitucionais.

II.2.1. Da redação proposta para o artigo 12.º da Lei n.º 38/2018 - projetos de Lei n.º 902/XIV/2.ª (PAN) e n.º 923/XIV/2.ª (NinscJKM)

Os projetos de Lei n.º 902/XIV/2.ª (PAN) e n.º 923/XIV/2.ª (NinscJKM), para além de proporem a respetiva regulamentação legal, incluem proposta de



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

redação para os n.ºs. 1 e 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, declarados inconstitucionais.

A redação proposta⁴ reconduz-se na atribuição à Assembleia da República da responsabilidade pela regulamentação necessária à implementação das medidas que garantam, no sistema educativo, o pleno exercício do direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais das pessoas.

Não obstante se alcançar as razões da proposta, em face da fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2021, acima citado, a verdade é que o dever de proteção a que se refere o n.º 1 deste preceito recai sobre o *Estado* – embora, de acordo com a interpretação plasmada no referido aresto, por força da reserva de lei em matéria de direitos, liberdades e garantias, a respetiva previsão e regulamentação deva constar de lei da Assembleia da República ou de decreto-lei autorizado. Isto é, trata-se da previsão legal de medidas que promovam o exercício daqueles direitos fundamentais, cuja garantia, prática e programática, caberá ao Estado, enquanto ente coletivo e não propriamente a um dos seus órgãos a quem compete o exercício do poder legislativo.

⁴ Nos seguintes termos, em ambas as iniciativas legislativas:

«1 – A Assembleia da República deve garantir a adoção de medidas no sistema educativo, em todos os níveis de ensino e ciclos de estudo, que promovam o exercício do direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais das pessoas, nomeadamente através do desenvolvimento de:

(...)

2 - [...].

3 – A Assembleia da República aprova a regulamentação necessária à implementação do disposto no n.º 1.»



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Com efeito, fundamentando-se a declaração de inconstitucionalidade na violação da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, bastaria, para a suprir, se bem se alcança a posição adotada pelo Tribunal Constitucional, que a previsão e regulamentação das medidas destinadas a promover e garantir o pleno exercício do direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais das pessoas fosse adotada e concretizada através de lei (da Assembleia da República) ou decreto-lei autorizado por aquele órgão.

II.2.2. Da regulamentação proposta

Todas as iniciativas em apreço propõem regulamentação, por lei, em termos idênticos aos que constavam já do Despacho n.º 7247/2019, aprovado ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 12.º.

O projeto de Lei n.º 910/XIV/2.^a (BE), não alterando o artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, transpõe para o artigo 2.º do diploma legislativo proposto as medidas que se encontravam elencadas no n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018.

De resto, as alterações e aditamentos ao que fora vertido no despacho citado refletem-se nos aspetos já enunciados nas respetivas exposições de motivos, em particular das iniciativas do Bloco de Esquerda e da Deputada não inscrita Joacine Katar Moreira.

Entre as alterações ao que fora estabelecido no referido despacho, destaca-se o seguinte: (i) previsão de articulação com associações e coletivos LGBTQI+, para efeitos de promoção de ações de sensibilização / formação; (ii) aprofundamento dos mecanismos de intervenção – nomeadamente prevendo expressamente o consentimento prévio do estudante menor (cfr. artigo 4.º, n.º 1 do projeto de Lei n.º 910/XIV e artigo 5.º, n.º 1 do projeto de Lei n.º 923/XIV) e estabelecendo obrigação de comunicação à CPCJ de *«qualquer situação de assédio ou de prática de atos lesivos do bem-estar e do desenvolvimento saudável do/da estudante menor, ou de omissão do comportamento devido para*



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

os evitar» (cfr. n.º 4 do artigo 4.º do projeto de Lei n.º 910/XIV); (iii) monitorização da implementação das medidas previstas pela Inspeção-Geral da Educação e Ciência (artigo 8.º do projeto de Lei n.º 910/XIV); (iv) medidas administrativas que incidam sobre o *combate a todas as formas de violência, bullying e exclusão social* [artigos 2.º, b), e 4.º do Anexo I do projeto de Lei n.º 923/XIV]; (v) promoção *do fim da realização de atividades diferenciadas por género, entendendo que não existem atividades próprias do espaço de ensino que justifiquem essa segregação* [artigo 6.º, n.º 2, b) do Anexo I do projeto de Lei n.º 923/XIV] e (vi) implementação de Gabinetes de Apoio Multidisciplinar (artigo 8.º do Anexo I do projeto de Lei n.º 923/XIV).

No plano das alterações introduzidas ao que estabelecia o Despacho n.º 7247/2019, haverá, ainda, que assinalar a eliminação, no projeto de Lei n.º 910/XIV de previsão semelhante à alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º deste normativo regulamentar⁵, e a alteração proposta pelo projeto de Lei n.º 923/XIV, no sentido de conciliar o *respeito pela vontade expressa dos pais, encarregados de educação ou representantes legais da criança ou jovem com o bem-estar físico e emocional, autonomia e segurança da criança ou jovem* [artigo 6.º, n.º 1, c) do Anexo I do projeto de Lei n.º 923/XIV].

Alterações que revelam, no nosso entendimento, particular atenção ao respeito pela autonomia do estudante menor, em conformidade com as tendências globais manifestadas em diversos instrumentos internacionais, em

⁵ Da qual decorria que os procedimentos administrativos destinados a assegurar o respeito pela autonomia, privacidade e autodeterminação das crianças e jovens, que realizem transições sociais de identidade e expressão de género, garantiriam *«que a aplicação dos procedimentos definidos nas alíneas anteriores respeita a vontade expressa dos pais, encarregados de educação ou representantes legais da criança ou jovem»*.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

particular, na Convenção sobre os Direitos da Criança (cfr. o respetivo artigo 12.º)⁶.

III. Apreciação global conclusiva

Em face do exposto, verifica-se que as normas propostas correspondem a opção de política legislativa já anteriormente estabelecida e carecida de nova intervenção legislativa em razão da declaração de inconstitucionalidade proferida através do acórdão do TC n.º 474/2021.

Neste sentido, importará notar que, na nossa perspetiva, as iniciativas legislativas em apreço procuram adequar a regulação das medidas necessárias à promoção do exercício do direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais das pessoas, em cumprimento do entendimento plasmado no citado acórdão do TC e da decisão nele sustentada e, bem assim, em cumprimento dos comandos constitucionais ínsitos no artigo 26.º, n.º 1 da Constituição, de proteção legal contra quaisquer formas de discriminação, interpretados em harmonia com os basilares princípios constitucionais de igualdade, de livre desenvolvimento da personalidade e de livre expressão da identidade – em última análise, de efetivo respeito pela dignidade da pessoa humana.

Razões pelas quais, os projetos de Lei em análise não nos motivam a particulares observações.

*

⁶ Embora se revele questão controversa a idade a partir da qual deverá ser reconhecida (plena) autodeterminação no que se refere à identidade de género, à expressão de género e a eventual transição – cfr. debate a propósito das iniciativas legislativas que precederam a aprovação da Lei n.º 38/2018, mormente o parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida n.º 91/CNECV/2017, sobre o projeto de Lei n.º 242/XIII (BE).



**MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL**

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

É este o parecer do CSMP.

Lisboa, 27 de Setembro de 2021