



PROJETO DE LEI Nº 359/XV/1.^a

Reforço da garantia de exercício do direito à autodeterminação da identidade de género, da expressão de género e do direito à proteção das características sexuais no âmbito escolar

A Assembleia da República, através do Exmo. Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, solicitou a este CSMP a emissão de parecer escrito sobre o Projeto de Lei 359/XV/1.^a *Reforço da garantia de exercício do direito à autodeterminação da identidade de género, da expressão de género e do direito à proteção das características sexuais no âmbito escolar.*

I. Enquadramento

A Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, reconhece o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa, densificando o respetivo conteúdo e estabelecendo procedimentos para o seu efetivo exercício.

Tendo em vista proteger o exercício de tais direitos, que se entendem como expressões da dignidade da pessoa humana e do direito à livre autodeterminação, em condições de igualdade com todos os elementos que integram o tecido social, no texto original da lei previa-se um conjunto de medidas, de teor programático, que identificava os objetivos das ações a desenvolver pela comunidade educativa, organizada em escolas.

Efetivamente, no artigo 12.º, n.º 1 da referida Lei, o Estado obrigava-se a desenvolver ações que, no seio do sistema educativo, visassem a promoção do



exercício dos direitos subjetivos supra identificados, enunciando, a título exemplificativo e genérico, o âmbito da proteção que assim se visava assegurar.

No artigo 12.º, n.º 3 da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, previa-se, por outro lado, a natureza *administrativa* das medidas que se destinassem a implementar o desígnio enunciado no respetivo n.º 1.

Por decisão de 29 de junho de 2021, que se corporiza no Acórdão n.º 474/2021, o Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização abstrata sucessiva, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes do n.º 1 e do n.º 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.

Considerou o Tribunal Constitucional, em apertada síntese, que as normas em causa estavam feridas de inconstitucionalidade, decorrente da violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República em matéria de direitos, liberdades e garantias, porquanto:

a) O objeto do instrumento legislativo em que se integravam identificava-se, exclusivamente, com o regime de exercício de determinados direitos fundamentais;

b) O regime jurídico incidia sobre uma realidade nova, em torno da qual não se verificava consenso social;

c) Previa-se que a regulamentação pudesse ser levada a cabo pelo poder executivo, não obstante as medidas a tomar terem natureza geral e uma *vocação de permanência* na ordem jurídica, inerentes à relevância da matéria sobre que versam, motivo pelo qual seria adequado que figurassem em lei.

Atenta a amplitude da realidade a que se dirigiam as normas e a sua formulação aberta, o Tribunal Constitucional entendeu, ainda, não ser de considerar que as medidas que aí se previam fossem configuráveis como meras concretizações de um conteúdo mais amplo, mas claramente definido ou



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

delimitado. Por essa razão, foi afastada a configuração como regime jurídico enquadrador.

A iniciativa legislativa que se analisa, como decorre da própria exposição de motivos, constitui decorrência mediata da declaração de inconstitucionalidade.

Dá-se, assim, por assente e pacífico que a ordem jurídica portuguesa integra no âmbito dos direitos subjetivos que reconhece e que merecem proteção, o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa.

II. Organização e sistematização do projeto legislativo

O projeto de lei integra um corpo normativo que tem por escopo declarado a criação de um regime jurídico enquadrador da implementação, em contexto escolar e universitário, de medidas que garantam o exercício dos direitos à identidade e expressão de género e de proteção das características sexuais de alunos, docentes e funcionários não docentes.

Assim:

a) O artigo 1º define o objeto da lei, que 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;

b) O artigo 2º enuncia as medidas administrativas, de natureza predominantemente preventiva e protetiva ou de garantia do exercício dos direitos e, dessa forma, circunscreve as finalidades que a elas têm, necessariamente, que presidir;



c) O artigo 3º define ou densifica o conceito de medidas de prevenção e promoção da não discriminação em função da identidade e expressão de género e das características sexuais em meio escolar, previstas na alínea a) do artigo 2º;

d) O artigo 4º impõe à direção do estabelecimento de ensino a obrigação de escolher a pessoa ou as pessoas que, na respetiva estrutura organizativa, receberão a notícia da presença, na comunidade escolar, de estudantes, com idade inferior a 18 anos, com identidade ou expressão de género diversa daquele que foi registado à nascença; impõe, também, a obrigação de, obtido prévio consentimento das crianças ou jovens, em articulação com os seus encarregados de educação ou representantes legais, diligenciar pela avaliação da situação dos discentes, na pessoa dos quais se verifique a referida questão identitária, reunindo a informação necessária para uma integração que garanta o seu bem-estar e o seu desenvolvimento integral; obriga os elementos da comunidade educativa a dar notícia à direção escolar, na pessoa do seu representante, de atos lesivos do bem-estar e do desenvolvimento saudável do *estudante menor*, com origem na manifestação ou perceção de identidade de género ou expressão de género que não corresponde ao sexo atribuído à nascença; impõe, por fim, uma obrigação de comunicação dos referidos atos ou de qualquer forma de assédio à comissão de proteção de crianças e jovens territorialmente competente;

e) O artigo 5º estabelece as linhas mestras de conformação dos procedimentos administrativos, próprios do estabelecimento de ensino, às especificidades decorrentes da manifestação de uma identidade ou expressão de género diversa da que consta do registo de nascimento originário, pretendendo-se a coincidência entre a representação/identificação pessoal e a representação/identificação institucional, nomeadamente, no que respeita a tudo que envolva a designação pública da pessoa em transição social de género; a norma em causa enuncia, ainda, os objetivos fundamentais das ações a empreender pelos estabelecimentos de ensino, obrigando a que sejam emitidas orientações no



sentido de respeitar o nome autoatribuído, as escolhas das atividades que são associadas a papéis tradicionais de género e o vestuário que a pessoa elege como seu; especifica, por fim, que os estabelecimentos de ensino devem garantir o acesso, em condições de segurança e de bem-estar, às casas de banho e balneários que se adequam à identidade ou manifestação de género das pessoas que integram a comunidade educativa.

f) O artigo 6º prevê a obrigação de promover a formação do pessoal docente e não docente, tendo em vista criar condições para que as interações sejam destituídas de manifestações discriminatórias e assentem no respeito pela diversidade de identidades de género e de características sexuais;

g) O artigo 7º estabelece a natureza confidencial dos dados relativos aos elementos da comunidade escolar que realizem o processo de transição de género bem como dos dados recolhidos no âmbito de aplicação dos mecanismos de comunicação e intervenção previstos no artigo 6.º;

h) O artigo 8º incumbe à Inspeção-Geral da Educação e Ciência a monitorização da implementação das medidas previstas no projeto de lei;

g) O artigo 9º fixa a data de entrada em vigor, que coincide com o dia seguinte ao da sua publicação.

III. Análise

O escopo do projetado instrumento legislativo impõe que a sua análise convoque, com maior premência, os princípios e as normas constitucionais que se referem à tutela de direitos fundamentais, da infância e juventude e da família e, bem assim, que o mesmo seja integrado no conjunto dos instrumentos legislativos em vigor que visem a promoção dos direitos e a proteção das crianças e jovens.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Não se ignorando que o âmbito subjetivo da lei é constituído por todos os elementos da comunidade escolar (discentes, docentes e não docentes), cremos que o regime jurídico proposto tem particular impacto sobre as pessoas que, não tendo atingido a maioria, frequentam, enquanto estudantes, os estabelecimentos de ensino.

Efetivamente, a proteção do direito à autodeterminação e à expressão de género tem mais acuidade quando visa a tutela de quem não tem capacidade jurídica em razão da idade e, por essa razão, é representado por terceiro, sejam os progenitores ou outros a quem a lei, com distinto fundamento, atribui tal incumbência.

Neste aspeto, impõe deixar claro que, às crianças e jovens, enquanto titulares únicos e autónomos de direitos fundamentais, é devida proteção nas diversas manifestações da sua personalidade, o que passa pela criação de instrumentos que permitam a sua livre expressão e promovam uma consciência coletiva de respeito pela sua individualidade.

O direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada um é, à semelhança do que se verifica com os indivíduos maiores, um direito subjetivo da criança ou do jovem, merecedor de tutela autónoma, que considere, acima de tudo, a realização do seu superior interesse – neste sentido, os artigos 2º, n.º 1 e n.º 2; 3º, n.º 1 e n.º 2 e 13º da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990, de ora em diante designada por CDC; o art.º 24º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de ora em diante designada por CDFUE; os artigos 26º, n.º 1, 69º, n.º 1 e 70º, n.º 2, todos da Constituição de República Portuguesa, de ora em diante designada por CRP.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Por outro lado, não se pode perder de vista que é aos pais que incumbe o direito e o dever de educar os filhos, impondo-se a salvaguarda da autonomia familiar, com os limites que resultam da concordância prática com as normas que preveem e tutelam outros direitos fundamentais – artigo 26º, n.º 1 e artigo 36º, n.º 5, ambos da CRP.

Lidos os normativos propostos, propende-se a considerar que os mesmos visam criar condições para que todos os elementos da comunidade educativa, organizada em escola, em particular as crianças e jovens, em contexto escolar, com o seu conhecimento e consentimento informado e com a participação e concordância dos seus representantes legais, possam exprimir em segurança a sua identidade, também no que ao género respeita, e para que as suas características sexuais sejam adequada e ativamente protegidas.

O projeto legislativo em análise cinge-se à atuação em meio escolar; impõe obrigações que se circunscrevem à comunidade educativa; prevê o respeito pela vontade expressa dos encarregados de educação ou representantes legais (que sempre se imporia, atento o disposto nos artigos 1878º e 1885º, ambos do Código Civil, de ora em diante, designado CCiv.) e da criança ou do jovem.

Neste âmbito, não obstante o texto proposto para o artigo 4º, 2, entende-se que deveria ser consagrada norma expressa que afirmasse a obrigação de auscultação da criança ou do jovem, para assim se colher a sua perspetiva e adequar as ações a desenvolver à sua vontade e às suas particulares circunstâncias e contexto pessoal.

A ponderação séria da vontade da criança ou jovem na escolha e execução das ações que se enunciam na iniciativa legislativa, nomeadamente, no que respeita a questões estruturantes da sua integração escolar, entre as quais se encontra o nome escolhido, a forma de tratamento, a opção relativa ao acesso às instalações sanitárias ou balneários que sejam diferenciados por género, é a



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

expressão do seu direito a participar nas decisões que o afetam e proporciona uma garantia de maior acerto da intervenção desencadeada em seu benefício.

Lembre-se a importância que tem vindo a ser dada à participação das crianças e jovens nos processos decisórios que a eles respeitam, sendo disso exemplo o regime fixado no artigo 5º e no artigo 35º, 3, ambos do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, de ora em diante designado por RGPTC ou todo o conteúdo da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, de 25 de janeiro de 1996, ratificada por Portugal em 13 de dezembro de 2013.

Os instrumentos legais em causa constituem um paradigma orientador que deve percorrer a legislação aplicável à infância e juventude.

Nessa medida, não obstante a referência ao consentimento do *estudante menor*, enquanto premissa legitimadora da ação do estabelecimento de ensino, entende-se que tal não basta para garantir a desejada participação constitutiva e construtiva das crianças e jovens nos processos decisórios que os afetam.

Nessa parte, o regime jurídico beneficiaria com a integração de uma norma que, de forma geral, consagrasse a necessidade de auscultação e de ponderação da vontade dos beneficiários das medidas, que não tenham ainda atingido a maioridade.

Para o efeito, entende-se ser de sugerir a seguinte formulação:

As medidas tomadas pelo estabelecimento de ensino serão precedidas de auscultação da criança ou jovem em benefício dos quais são executadas, considerando a sua idade e capacidade para compreender o sentido e alcance das questões suscitadas, devendo a sua vontade ser ponderada sempre que tal se mostre compatível com a sua maturidade e grau de desenvolvimento.

No mais, a disciplina normativa prevista, na formulação que apresenta, contém a execução e os efeitos práticos das medidas no âmbito do espaço escolar



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

e pressupõe sempre a integração da criança ou jovem no sistema de ensino, não se identificando comandos que pressuponham o extravasamento de tal área de atuação.

De igual forma, não é feita qualquer referência a conteúdos que devam integrar matérias a lecionar, mas apenas a ações de informação e sensibilização para a inclusão.

Numa outra perspetiva, afigura-se estar salvaguardado o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, pela expressa consagração de uma obrigação de confidencialidade – artigo 7º.

A legislação proposta, visando a promoção de direitos subjetivos de matriz constitucional e a proteção do seu exercício, pelos respetivos titulares, em meio escolar, não colide com a realização do interesse superior das crianças e jovens que integram a comunidade escolar, constituindo-se como um instrumento que respeita a autonomia e a reserva da vida privada e familiar, ao mesmo tempo que visa criar condições para que aqueles se desenvolvam em segurança e de forma equilibrada, construindo a sua autonomia e firmando a sua identidade pessoal.

Acresce que não se identificam disposições que colidam com outras em vigor na ordem jurídica, ou que a elas se sobreponham, nomeadamente, as que integram o Capítulo II do Título III do Livro IV do Código Civil ou que são contidas na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), aprovada pela Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro.

Na verdade, a projetada disciplina jurídica, na estrita perspetiva do superior interesse da criança e sem que se identifiquem lesões ou compressões injustificadas de princípios ou normas constitucionais ou de outra legislação em vigor no ordenamento jurídico, pretende constituir-se como uma fonte de proteção para todos quantos beneficiarão das ações aí previstas, antecipando-se a eventuais situações de perigo para a segurança, saúde, formação, educação ou



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

desenvolvimento, que possam advir da manifestação de uma determinada singularidade que percorra elementos da comunidade escolar.

Eis o parecer do CSMP.

*

Lisboa, 15 de dezembro de 2022