



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PROJETO DE LEI Nº 332/XV/1.ª

Estabelece o quadro para a emissão das medidas administrativas que as escolas devem adotar para efeitos da implementação da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto

A Assembleia da República, através do Exmo. Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, solicitou a emissão de parecer escrito sobre o Projeto de Lei 332/XV/1ª *Estabelece o quadro para a emissão das medidas administrativas que as escolas devem adotar para efeitos da implementação da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto.*

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.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Efetivamente, no artigo 12.º, n.º 1 da referida Lei, o Estado obrigava-se a desenvolver ações que, no âmbito 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 tais normas padeciam de inconstitucionalidade, por violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República em matéria de direitos, liberdades e garantias, porquanto o objeto do instrumento legislativo em que se integravam identificava-se, exclusivamente, com o regime de exercício de determinados direitos fundamentais; incidia sobre uma realidade nova, em torno da qual não se verificava consenso social; previa 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 delimitado.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

A iniciativa legislativa que se analisa, como resulta da própria exposição de motivos, é uma 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 quadro que balize a implementação, em contexto escolar, de medidas que garantam o exercício dos direitos à identidade e expressão de género e de proteção das características sexuais dos alunos, ainda que não tenham atingido a maioria.

Assim:

- a) O artigo 1º define o objeto da lei, que pretende constituir o enquadramento jurídico das medidas administrativas a adotar pelas escolas, assumindo a intencionalidade de delimitar, ainda que de forma aberta, o alcance de tais medidas;
- b) O artigo 2º estabelece os objetivos das medidas administrativas, de natureza predominantemente 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 o âmbito das ações que visam prevenir a discriminação e promover a inclusão;



d) O artigo 4º, n.º 1 e n.º 2 impõe à escola uma obrigação de vigilância ou supervisão ativa, tendo em vista a identificação das crianças e jovens com uma identidade ou expressão de género diversa daquele que foi registado à nascença; a obrigação de, para tal efeito, nomear, na comunidade escolar, um ponto de contacto; a obrigação de articular com os pais, encarregados de educação ou representantes legais, para avaliar a situação dos discentes, reunindo a informação necessária para uma integração que garanta o seu bem-estar e o seu desenvolvimento integral; por fim, o artigo 4º, 3, impõe uma obrigação de comunicação aos elementos da comunidade educativa, que devem dar conhecimento de eventuais riscos para a vida, integridade física ou liberdade da criança ou jovem;

e) O artigo 5º fixa os objetivos que norteiam os atos administrativos escolares, tendo em vista a o respeito pela autonomia, privacidade e autodeterminação das crianças e jovens que realizem transições sociais de identidade e expressão de género;

f) O artigo 6º prevê uma obrigação de formação do pessoal docente e não docente, que recai sobre as escolas e pretende apetrechar os destinatários com instrumentos aptos a instituir práticas inclusivas e que respeitem a individualidade;

g) O artigo 7º estabelece a natureza confidencial dos dados reunidos em relação às crianças e jovens que sejam identificados nos termos do artigo 4º, n.º 1, com especial referência aos que realizem o processo de transição de género;

h) O artigo 8º 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 seja feita à luz dos princípios e das 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.

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 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.

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.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Lidos os normativos propostos, propende-se a considerar que os mesmos visam criar condições para que 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 pais, 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 – ver artigos 2º, al. d); 4º, n.º 2; 5º, 1, c); 5º, 2, b), c) e 3, todos do projeto legislativo, chamando-se a atenção, na última referência, para a utilização dos verbos *optar* e *escolher*, nas alíneas b) e c) do n.º 2 do art.º 5º, dando expressão à vontade dos alunos que possam beneficiar das medidas.

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

A ponderação da vontade da criança ou jovem, na escolha e execução das ações que se enunciam na iniciativa legislativa, é a expressão do seu direito a participar nas decisões que o afetam e assegura uma maior adequação da intervenção feita 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 do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, de ora em



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

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 à vontade da criança ou jovem como determinante da execução de determinadas ações, como acima já se referiu, entende-se que o enquadramento do regime jurídico beneficiária com a integração de uma norma que, de forma geral, consagrasse a necessidade de auscultação e de ponderação da vontade dos beneficiários das medidas.

Para o efeito, sugere-se que a redação da alínea c) do n.º 1 do artigo 5º, para maior proteção do interesse superior dos destinatários das ações, seja formulada nos seguintes termos:

*c) Garantir que a aplicação dos procedimentos definidos nas alíneas anteriores é **precedida de auscultação da criança ou jovem, cuja vontade será atendida, considerando a sua idade e ponderada a sua maturidade, e respeita a vontade expressa dos seus pais, encarregados de educação ou representantes legais.***

Na procura de soluções que melhor realizem a finalidade ínsita ao projeto de lei em análise, entende-se, ainda, que a formação dos elementos da comunidade escolar, mais precisamente do pessoal docente e não docente, deveria incluir conteúdos provindos de entidades externas ao universo escolar.

A delicadeza das matérias que estão em causa, que se situam numa esfera de intimidade e, ao mesmo tempo, assumem um aspeto identitário, numa tensão muito particular entre a vivência privada e a manifestação pública; a repercussão que as ações têm na vida de quem delas beneficiará; as exigências da linguagem a



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

ser empregue, quer nas interações com as crianças e jovens, quer nas comunicações institucionais e o impacto prático na organização das rotinas escolares, aconselha, fortemente, o recurso a entidades com particular conhecimento e reconhecida experiência na área da identidade de género e da sua expressão e, bem assim, na proteção das características sexuais.

Numa altura em que a transdisciplinaridade começa a substituir-se à interdisciplinaridade, afirmando a necessidade de integrar e agregar as diversas disciplinas na procura de um conhecimento que supere a mera soma dos respetivos fatores, propiciando um saber dinâmico e novo, entende-se redutor cercear, *ab initio*, a possibilidade de fazer intervir no processo formativo entidades diversas dos Centros de Formação de Associação de Escolas.

O conhecimento que pode ser colhido junto de entidades que trabalham as realidades em causa, nos seus mais diversos aspetos e dimensões, será da maior relevância para uma adequação das intervenções que visam realizar o interesse superior das crianças e jovens.

Nessa medida, propõe-se que a redação do artigo 6º do projeto de lei que, ainda que de forma mediata, melhor realizaria o interesse superior das crianças e jovens, na defesa do seu direito à autodeterminação da identidade de género e da sua expressão, bem como do direito à proteção das suas características sexuais, seria a seguinte:

As escolas devem promover a organização de ações de formação dirigidas ao pessoal docente e não docente, em articulação com os Centros de Formação de Associação de Escolas (CFAE) e outras entidades com competências relacionadas com as temáticas associadas, de forma a impulsionar práticas conducentes a alcançar o efetivo respeito pela diversidade de expressão e de identidade de género, que permitam ultrapassar a imposição de estereótipos e comportamentos discriminatórios.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

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



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
CONSELHO SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

vigor no ordenamento jurídico, pretende constituir-se como uma fonte de proteção para as crianças e jovens que beneficiarão das ações aí previstas, antecipando-se a eventuais situações de perigo para a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, que possam advir da manifestação de uma determinada singularidade que percorre alunos que integram a comunidade escolar.

*

Eis o parecer do CSMP.

Lisboa, 20 de outubro de 2022