

VULNERABILIDADE E DIREITOS: GÉNERO E DIVERSIDADE



INVESTIGADORES RESPONSÁVEIS
Anabela Costa Leão
Jorge Gracia Ibáñez
Luísa Neto

VULNERABILIDADE E DIREITOS: GÉNERO E DIVERSIDADE

ATAS DO SEMINÁRIO
VULNERABILIDADE E DIREITOS: GÉNERO E DIVERSIDADE
PORTO E FDUP, 30 DE OUTUBRO DE 2020

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO • CIJE
PORTO • 2021

PUBLICAÇÃO CORRESPONDENTE ÀS ACTAS DO SEMINÁRIO

«Vulnerabilidade e Direitos: Género e Diversidade»

Porto e FDUP, 30 de Outubro de 2020

Projecto FCT UID 443_CIJE

INVESTIGADORES RESPONSÁVEIS

Prof. Doutora Anabela Costa Leão • FDUP e CIJE

Prof. Doutor Jorge Gracia Ibáñez • FDUP e Escola de Criminologia

Prof. Doutora Luísa Neto • FDUP e CIJE

EDIÇÃO

Universidade do Porto • Reitoria

EXECUÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

ISBN

978-989-746-287-0

2021

ÍNDICE

NOTA INTRODUTÓRIA.....vii

A DISCUSSÃO DO CONTEXTO SOCIAL E INDIVIDUAL

EUPHORIA: MY EXPERIENCE AS A TRANS ACADEMIC..... 1
Eleanor Good

A DIVERSIDADE OCULTA: O CASO DAS PESSOAS IDOSAS LGTBI.. 5
Jorge Gracia Ibáñez

AS IMPLICAÇÕES LINGUÍSTICAS DA IDENTIDADE 25
Rui Sousa-Silva

O QUE SOU E QUEM SOU?
SELF, PESSOALIDADE E IDENTIDADE PESSOAL..... 43
Rui Vieira da Cunha

A DISCUSSÃO DO RECONHECIMENTO JURÍDICO

DIREITOS FUNDAMENTAIS E IDENTIDADE DE GÉNERO 61

Inês Espinhaço Gomes

OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA EM RELAÇÃO
A CONTEÚDOS EDUCATIVOS..... 87

João Pacheco de Amorim · Margarida Góis Moreira

EXISTE UM DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO
DA IDENTIDADE DE GÉNERO? UMA PERSPETIVA CIVILÍSTICA.. 109

Mafalda Miranda Barbosa

DIVERSIDADE DE SEXOS NAS RELAÇÕES JURÍDICO-FAMILIARES . 131

Rossana Martingo Cruz

AS IMPLICAÇÕES REGISTRAS..... 141

Rute Pinheiro

O SUBSISTENTE DESAFIO DA (DIFÍCIL) CONCRETIZAÇÃO DA
IGUALDADE MATERIAL ENTRE OS CÔNJUGES 151

Rute Teixeira Pedro

DIREITOS FUNDAMENTAIS E IDENTIDADE DE GÉNERO

FUNDAMENTAL RIGHTS AND GENDER IDENTITY

Inês Espinhaço Gomes*

(UCP · PORTO)

RESUMO: A identidade de género corresponde à profunda experiência interna e individual de género de cada pessoa, constituindo um elemento essencial da sua identidade. Assim, o direito à (autodeterminação da) identidade de género e o direito à não discriminação em razão da identidade de género são direitos fundamentais que encontram proteção, quer na Constituição portuguesa, quer nas normas internacionais e europeias de direitos humanos. Tal constatação sobrevive a qualquer tentativa de desvirtuação dos ideais da igualdade, da diversidade e da inclusão.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; direitos humanos; género; identidade de género; ideologia de género

ABSTRACT: *Gender identity refers to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, constituting an essential element of one's identity. Therefore, the right to (self-determination of) gender identity and the right to non-discrimination on the grounds of gender identity are fundamental rights protected under the Portuguese Constitutional and under the human rights instruments of International and European law. Such understanding survives any attempt to distort the ideals of equality, diversity and inclusion.*

KEYWORDS: *fundamental rights; gender; gender identity; gender ideology; human rights*

* Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Rua Diogo Botelho, 1327, 4169-005, Porto (iegomes@porto.ucp.pt)

1.A identidade de género no plano ajurídico¹

1.1. Sexo e/ou género?

A diferenciação entre sexo e género terá sido estabelecida, no fim da década de 60 e no início dos anos 70 do antecedente milénio, por sexólogos e psiquiatras. Sexo reportar-se-ia às características físicas determinadas pelas condicionantes anatómicas e biológicas, enquanto que género relacionar-se-ia com o desenvolvimento psicológico ou cultural, criado pela identidade de género e papéis de género. Robert Stoller (1968), John Money e Anke Ehrhardt (1972) acabariam por conduzir estudos relevantes nesse sentido².

Mais concretamente, definiram identidade de género como sentimento de pertença a um ou outro sexo (os segundos falavam também de ambivalência), influenciado pelas características sexuais e o desenvolvimento num certo contexto sociocultural³. Consideravam que identidade de género se referia à “expressão privada”, ao passo que o papel de género se reportava à “expressão pública” do anterior⁴. Assim, esta distinção e concretização de conceitos permitia explicar a razão pela qual alguns indivíduos desenvolviam e expressavam a sua identidade de género sem correspondência ao seu corpo feminino ou masculino. Stoller procurava compreender a “transsexualidade”, ao passo que Money e Ehrnard pretendiam demonstrar que a identidade de género era maleável e podia ser mudada durante um estágio inicial da infância⁵.

Também a segunda vaga dos feminismos – o plural é propositado – se apropriou desta dicotomia sexo/género para refutar a ideia de que biologia ou anatomia era destino⁶. Mais propriamente, para afirmar que o corpo, enquanto sexo biológico, não determinava as diferenças psicológicas e com-

¹ Em estudo anterior, desenvolvemos a temática com mais detalhe, INÊS ESPINHAÇO GOMES, *Queering European Union Law: Sex and Gender Beyond the Binary and Cisnormativity*, Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, Study Paper No 04/19, 2019, pp. 4-16.

² ROBERT J. STOLLER, *Sex and Gender: on the development of masculinity and femininity*, Science House, New York, 1968, pp. 9-10; JOHN MONEY e ANKE A. EHRHARDT, *Man & Woman, Boy & Girl: the differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, Johns Hopkins Univ. Press, Baltimore, 1973, p. 4.

³ ROBERT J. STOLLER, *Sex and Gender*, pp. 10 e 65; JOHN MONEY e ANKE A. EHRHARDT, *Man & Woman, Boy & Girl*, pp. 117-118, 179-180, 195-258.

⁴ ROBERT J. STOLLER, *Sex and Gender*, p. 10; JOHN MONEY e ANKE A. EHRHARDT, *Man & Woman, Boy & Girl*, p. 4.

⁵ Ver ANNE FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body – Gender Politics and the Construction of Sexuality*, Basic Books, New York, 2000, pp. 63-64, 66-73, sobre o controverso e demorado debate entre Money e Milton Diamond e a história real e desafortunada de David Reimer (conhecido como o caso John/Joan).

⁶ JUDITH BUTLER, *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity*, Routledge, 2nd edition, New York, 1999, p. 9; JOAN SCOTT, *The Uses and Abuses of Gender*, *Tijdschrift voor Genderstudies*, Vol. 6, No. 1, 2013, pp. 63 ss., p. 66.

portamentais entre mulheres e homens, e tampouco delimitava as suas aspirações e os seus papéis na sociedade, que antes seriam moldados pelas práticas e expectativas sociais e culturais. Assim, ao contrário do sexo que era imutável, o gênero seria socialmente construído⁷. Esta seria a ideia que Simone de Beauvoir, muito antes, havia eternizado com a célebre frase “*On ne naît pas femme, on le devient*”⁸.

Estas contraposições sexo/gênero e determinismo biológico/construção social podem ser igualmente contestadas. Judith Butler propõe que o conceito de sexo é, tal como o conceito de gênero, socialmente construído, uma vez que o primeiro é estabelecido com base nos “significados de gênero” que lhe são atribuídos⁹. Além disso, poder-se-á constatar que, por um lado, nem todas as línguas diferenciam os dois conceitos, como por exemplo a língua alemã, para a qual “*Geschlecht*” significa ambos, e, por outro lado, nem todos os discursos delimitam, intencional ou inconscientemente, a fronteira entre os mesmos¹⁰.

1.2. Normatividades versus diversidades

As nossas perceções individuais e coletivas, a organização da vida em comunidade e o funcionamento das instituições alicerçam-se na premissa de que existem dois gêneros, feminino e masculino e, portanto, duas identidades, mulher e homem. Por tal, denomina-se de “sistema binário de gênero” ou “normatividade binária de gênero” (*gender binary system* ou *gender binary normativity*)¹¹. A par desta dicotomia, subsiste a noção de que todas as pessoas identificam e expressam o seu gênero de acordo com o sexo com o qual nascem. Por tal, denomina-se de “cisnormatividade” (*cisnormativity*)¹². Contudo, a existência de pessoas *trans* e intersexo – e *queer*, para abranger realidades ainda mais diversas – rompe com aquelas normatividades, dado que os seus corpos, as suas identidades e a forma como as expressam não refletem aquelas expectativas individuais, sociais e institucionais.

⁷ Como explicado por ANNE FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, pp. 3-4; JOAN SCOTT, *The Uses and Abuses of Gender*, pp. 63 e 66-71.

⁸ Na sua obra *Le deuxième sexe II – L'expérience vécue* (1949); poderíamos traduzir como “Não se nasce mulher, tornamo-nos (mulher)”.

⁹ JUDITH BUTLER, *Gender Trouble*, pp. 10-11 e 139. Seguindo a mesma linha, ANNE FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, p. 9.

¹⁰ RUTH HUBBARD, *Gender and Genitals – Constructs of Sex and Gender*, *Social Text*, No. 46/47, *Science Wars*, Spring - Summer, 1996, pp. 157 ss., p. 157.

¹¹ SHARON PREVES, *Intersex and Identity: The Contested Self*, 1st edition, Rutgers University Press, New Brunswick, 2003, pp. 13-16; SILVAN AGIUS e CHRISTA TOBLER, *Trans and Intersex people – Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*, Report by the European Network of Legal Experts in the non-discrimination of the Directorate-General Justice and Consumers of the European Commission, Office of the EU, 2011, p. 13.

¹² SUSAN STRYKER, *The transgender issue*, *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies* Vol. 4(2), 1998, pp. 145 ss., p. 22, explica que “cis” se refere a “do mesmo lado que”.

O termo *trans* permite incluir todos os indivíduos que vivem, expressam e identificam o seu género sem olhar ao sistema cisnormativo e, eventualmente, binário¹³. Mais concreta e tipicamente, e numa tentativa de categorizar – com tudo o que isso tem de falível e redutor –, o termo abarca: i) as pessoas *transexuais* que se identificam com o género “oposto” ao sexo de nascença e pretendem submeter-se a cirurgias de “confirmação”¹⁴ e a tratamentos hormonais; ii) as pessoas *transgénero* que, não se identificando com o sexo de nascença, vivem permanentemente de acordo com o(s) género(s) desejado(s), mas não procuram propriamente submeter-se a intervenções médicas; iii) *cross-dressers*¹⁵ como aquelas que, por motivações políticas, artísticas, ou outras, vestem roupas consideradas atípicas do seu género; iv) *agénero* para se referir àqueles que não querem ou sentem que têm uma identidade de género, v) e todas as demais que se identificam com e expressam ambos ou nenhum dos géneros, que instigam as categorias e normas binárias e *cis* – servem para tal os termos *poligénero*, *andrógeno*, pessoas *queer* e, em inglês, *genderqueer*, *gender variant*, *gender non-conforming*, *gender fluid*. Estas categorias não são estáveis nem fixas, podendo uma pessoa identificar-se com uma, com várias ou nenhuma.

Associados à questão trans(género), devem estar dois termos essenciais: *identidade de género* e *expressão de género* (que nada têm que ver com orientação sexual). Os Princípios de Yogyakarta, que congregam um conjunto de princípios sobre a aplicação das normas de direito internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de género, definem os conceitos. Apesar de carecer de força vinculativa, este documento elaborado por especialistas em direitos humanos e, mais concretamente, na temática ora debatida, é comumente citado por entidades internacionais e nacionais¹⁶, o que poderia levar à sua elevação enquanto fonte jurídica consuetudinária. Assim, *identidade de género* refere-se: “à profunda experiência interna e indi-

¹³ Ver, por exemplo, [ILGA-EUROPE, Glossary](#), 2015, p. 8; ANNE FAUSTO-STERLING, *The Five Sexes, Revisited*, *The Sciences*, 2000, pp. 19 – 23, p. 22; SILVAN AGIUS e CHRISTA TOBLER, [Trans and Intersex people](#), pp. 12-13.

¹⁴ O termo mais comum é “cirurgia de mudança de género” (traduzido de “*gender reassignment surgery*”), mas cirurgia de confirmação (“*gender confirmation surgery*”) parece-nos que é aquele que faz jus à pretensão em causa. O termo é reconhecido no glossário da [ILGA-EUROPE, Glossary](#), p. 5. Concordamos com o termo “operação cirúrgica de adequação” usado por SUSANA ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A tutela das novas formas de família*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 228, mas já não com o termo “cirurgia de conversão sexual”, p. 224.

¹⁵ Como explica SUSAN STRYKER, “The transgender issue”, pp.17-18, prefere-se este termo ao anterior, “travestis”, por não ter conotação negativa e ser menos erotizado.

¹⁶ A título de exemplo, veja-se a exposição de motivos da [Proposta de Lei n.º 75/XIII](#), que antecedeu a Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, p. 4; United Nations High Commissioner for Human Rights, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, [A/HRC/19/41](#), 17 November 2011, § 75, dando conta de Estados que tiveram em conta os princípios, aquando da estipulação de medidas contra a violência e a discriminação; a referência no voto vencido dos juizes do Sajó, Keller e Lemmens no acórdão do TEDH [Hämäläinen c. Finlândia](#), queixa n.º 37359/09, 16 de julho de 2014, § 75.

vidual de gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o sentido pessoal de corpo (que, se livremente escolhido, pode envolver modificação da aparência física ou das funcionalidades, através de meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, incluindo a forma de vestir, a fala, os maneirismos"¹⁷.

Esta definição inclui, na última parte, a referência à expressão de gênero. Posteriormente, os Princípios de Yogyakarta Mais 10 delimitaram claramente a distinção entre os conceitos, definindo a *expressão de gênero* como: "a apresentação do gênero de cada pessoa através da aparência física – incluindo forma de vestir, penteado, acessórios, cosméticos – e maneirismos, fala, padrões comportamentais, nomes, referências pessoais, notando que pode ou não acompanhar a identidade de gênero da pessoa"¹⁸.

Diferentemente, as pessoas *intersexo* nascem com determinadas características sexuais que não se enquadram (parcial ou totalmente) nas categorias binárias de sexo feminino ou masculino¹⁹. O conceito primordial, nesta matéria, será o das *características sexuais*, igualmente definido pelos Princípios de Yogyakarta Mais 10, como: "as características físicas de cada pessoa em relação ao sexo, incluindo genitália e outras anatomias sexuais e reprodutivas, cromossomas, hormonas e características físicas emergentes da puberdade"²⁰.

Assim, não se confundirão aqueles fatores com aqueles outros, como a "orientação sexual", o qual é descrito, mais uma vez, pelos Princípios de Yogyakarta como sendo: "a capacidade individual para uma profunda atração emocional, afetiva e sexual em relação a, e relações íntimas e sexuais com pessoas de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero"²¹. Poderíamos, neste contexto, que não é o que aqui nos traz, falar de "heteronormatividade" (*heteronormativity*) para referir a ideia de que a atração e as relações entre pessoas do mesmo gênero (heterossexual) são as formas "normais" de sexualidade²².

Estas distinções terminológicas são relevantes, nomeadamente, para desconstruir assunções pré-concebidas. Por um lado, entender-se-á que não existe – não pode existir – apenas uma questão de gênero. Se, há pouco, procurámos compreender o conceito de gênero, estamos em momento de constatar que, na sua amplitude concetual, coabitam realidades diversas. Deste modo, podemos falar das questões de gênero, enquanto: i) questões e direi-

¹⁷ *The Yogyakarta Principles*, Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, março de 2007, Yogyakarta, preâmbulo e p. 8, tradução nossa.

¹⁸ *The Yogyakarta Principles plus 10*, Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles, novembro de 2017, Genebra, p. 6.

¹⁹ Sobre a amplitude de variações das características sexuais, ver, por exemplo, ANNE FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, pp. 52-53 ou JULIE A. GREENBERG, *Intersexuality and the Law – Why Sex Matters*, New York University Press, New York and London, 2012, pp. 11-14.

²⁰ *The Yogyakarta Principles plus 10*, p. 6.

²¹ *The Yogyakarta Principles*, p. 8.

²² MEG BARKER, Heteronormativity, *Encyclopedia of Critical Psychology*, Teo t. (eds), Springer, New York, 2014, p. 10.

tos das mulheres, apontando para a discriminação e violência sistemáticas a que estão sujeitas; ii) questões relativas à sexualidade, abrangendo a primeira parte do espectro do guarda-chuva LGBTQI+ (LGB para lésbicas, gays e bissexuais) – que aliás, não esgota as possibilidades que, aqui, se podem incluir; iii) questões das pessoas TQI+, tipicamente aliadas àquela primeira parte do espectro, mas que facilmente destrinchamos, pelo que fomos explicando; e, ainda, iv) questões e vulnerabilidades masculinas, no âmbito da qual podemos apelar à vulgarização e à normalização das práticas de circuncisão do pénis, ou, para lhes dar outro nome, da mutilação genital masculina²³.

Por outro lado, e com foco na questão presente, compreender-se-á que o campo das pretensões pode ser muito diversificado. Por exemplo, as pessoas intersexo não se reveem necessariamente na categoria do “terceiro sexo” ou “terceiro género”, porquanto se podem identificar com o género feminino ou masculino, com ambos, com nenhum ou não procurarem essa categorização. Nesse sentido, uma dada reivindicação de um indivíduo intersexo não tem de se coadunar invariavelmente com uma questão de identidade de género, mas “tão só”, por exemplo, com a proteção das suas características sexuais²⁴. Assim, julgamos que se tornará evidente que as pretensões de uns e outros são distintas, embora, por vezes, idênticas²⁵ e, porventura, intercruzadas. Aliás, não esquecemos o conceito de interseccionalidade (*intersectionality*) apresentado por Kimberlé Crenshaw²⁶, para explicar o cruzamento (a “interseção”) entre diferentes fatores, como a raça, a classe social, a religião, o género, entre outros, que pode estar na base de uma discriminação com várias frentes, então denominada discriminação interseccionada.

²³ Ver, por exemplo, JESSICA AUCHTER, Forced male circumcision: gender-based violence in Kenya, *International Affairs*, Vol. 93:6, 2017, pp. 1139 ss, ou KAI MÖLLER, Male and Female Genital Cutting: Between the Best Interest of the Child and Genital Mutilation, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 40, Issue 3, Autumn 2020, pp.508 ss.

²⁴ Como refere SILVAN AGIUS, *Human Rights and Intersex People*, Reprinted, Issue Paper issued by the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, 2017, p. 15.

²⁵ Ver MARJOLEIN VAN DEN BRINK e PETER DUNNE, *Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis*, Susanne Burri e Alexandra Timmer (coord.), European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Publications of the Directorate-General Justice and Consumers of the European Commission, Office of the EU, Luxembourg, 2018, para um estudo recente das várias pretensões em matérias jurídicas e as (relativamente) atuais soluções legislativas na Europa.

²⁶ KIMBERLÉ CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989, Issue 1, Article 8, 1989, embora a noção de múltiplos sistemas de opressão tivesse já sido elaborada em estudos anteriores, advindos dos movimentos feministas negros e, mais abrangentemente, das mulheres de cor (*black feminism and women-of-color feminism*) – ver, por exemplo, a este propósito, ANNA CARASTATHIS, *Intersectionality – Origins, Contestations, Horizons*, University of Nebraska Press, 2016, pp. 36-40.

1.3. Realidades e desafios

Evidentemente que, clarifique-se, falar de identidade de género ou de expressão de género não significa aludir, invariavelmente, à realidade *trans* ou *queer*. A identidade e a expressão de género são questões transversais também às pessoas *cis* que, no caso, identificam o género, e eventualmente o expressarão, de acordo com o sexo de nascença. Contudo, e como é também manifesto, não são as pessoas *cis* que sofrem de estigma e de discriminação em função das suas identidade e expressão de género, mas antes as pessoas *trans* e *queer*. Na mesma esteira, qualquer pessoa terá as suas características sexuais. Porém, são os corpos intersexo que sofrem mutilações, pelo facto de não corresponderem às expectativas binárias das categorias sexuais. Assim, são estas realidades que, na sua diversidade, esbarram contra as ditas normatividades de género.

Ora, estas diversidades, mormente, a realidade das pessoas *trans* e *queer* – porque falamos de identidade de género – desafiam aquelas normatividades, pois estas não as acolhem, nem as incluem²⁷. Deste modo, os obstáculos que enfrentam, nas mais variadas áreas da vida, são inúmeros. No dia-a-dia, na escola, no emprego, nas atividades lúdicas, no âmbito da prestação de serviços e bens e no meio familiar, são sujeitas a discriminação, violência física e verbal, assédio (sexual), estigma e exclusão. Além disso, enfrentam desafios no que respeita à disponibilização de meios médicos, como o acesso aos cuidados de saúde necessários e especializados e às cirurgias de confirmação (caso as desejem), sendo que, muitas vezes, têm de custear pelas próprias mãos estes tratamentos, dada a ausência de cobertura pelos sistemas de saúde públicos.

No plano jurídico, salienta-se a ausência de proteção contra a discriminação em função da identidade de género ou de criminalização do incitamento ao ódio expressamente dirigido às pessoas transgénero. Evidenciam-se, igualmente, as dificuldades no âmbito do reconhecimento de género nos documentos de identificação. Muitas vezes, o procedimento de modificação desta menção não lhes é garantido ou, quando é disponibilizado, tem por base requisitos como a apresentação de um relatório de “distúrbio de género”, a esterilização ou a cirurgia prévia de confirmação do género. Além disso, ainda que existente, este procedimento não se demonstra inclusivo, porquanto a identificação de género tem por base, quase sempre, o referencial binário de género. E enquanto que alguns pretenderão inserir uma opção inclusiva do terceiro género, outros procurarão terminar com a identificação do género nos documentos legais²⁸.

²⁷ FRA, *Being Trans in the European Union, Comparative analysis of EU LGBT survey data*, 2014, pp. 21 e 77; STEFANO FABENI e SILVAN AGIUS, *Transgender People and the Gender Recast Directive – Implementation Guidelines*, ILGA- Europe, 2009, p. 19; SILVAN AGIUS, *Human Rights and Intersex People*, pp 43-44.

²⁸ Veja-se a opção “*divers*” (“diverso”) que o legislador alemão introduziu nas normas do registo civil, em dezembro de 2018, através da *Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18. Dezember 2018* (Artikel 1(2)), legislação motivada pelo marcante ultimato do Tribunal Constitucional Alemão, BVerfG, 1 BvR 2019/16 - §§ (1-69). Para

Na linha do que dissemos, notamos apenas que as pessoas intersexo podem, embora não necessariamente, partilhar daquelas intenções. Concomitantemente, entre outros almejos, reclamam pela descontinuação das intervenções cirúrgicas que se praticam nas crianças intersexo. Estas “intervenções corretivas”, como comumente se designam, são fruto da normatividade binária e manifestam-se mais nocivas do que benéficas²⁹. Estes indivíduos, reivindicam, assim, por mais e melhor informação prestada aos médicos e por estes aos progenitores e defendem o direito da criança, mais tarde, poder decidir livre e informadamente.

2. O direito à (autodeterminação da) identidade de género e o direito à igualdade e não discriminação em razão da identidade de género

2.1. A proteção internacional e europeia

O direito à (autodeterminação da) identidade de género e o direito à igualdade e não discriminação em razão da identidade de género não está contemplado, de modo expreso, nos tratados, pactos e convenções internacionais e europeus que compõem o sistema multinível de proteção dos direitos fundamentais, a par do sistema nacional³⁰.

No seio da Organização das Nações Unidas, doravante ONU, e relativamente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, doravante PIDCP, o Comité de Direitos Humanos, organismo competente pela sua monitorização e para receber e apreciar queixas recebidas no âmbito do mecanismo previsto no Protocolo Adicional ao PIDCP, esclareceu, desde muito cedo, que a noção de “vida privada” – em inglês, “*privacy*” –, prevista no artigo 17.º do PIDCP, incluía a esfera da vida de um indivíduo no âmbito da qual este pode livremente expressar a sua identidade – a questão debruçava-se sobre a mudança de nome³¹. Recentemente, o mesmo Comité veio acrescer à con-

uma versão em inglês da decisão, ver http://www.bverfg.de/e/rs20171010_1bvr201916en.html, acedido em 23/12/2020.

²⁹ RUTH HUBBARD, *Gender and Genitals*, p. 161; ANNE FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, p. 8; ANNE FAUSTO-STERLING, *The Five Sexes, Revisited*, p. 21.; JULIE A. GREENBERG, *Intersexuality and the Law*, pp. 11–25.

³⁰ Em momento anterior, estudámos esta questão com mais detalhe, assim remetendo para INÊS ESPINHAÇO GOMES, A tutela multinível da identidade de género: uma questão de direitos humanos, *Constitucionalismos e (Cont)temporaneidade, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Afonso Vaz*, Rita Lobo Xavier & outros (eds.), UCE, Porto, 2020, pp. 249 ss. Para uma visão de direito comparado, nomeadamente quanto aos Estados-membros da União Europeia, ver, por exemplo, Directorate-General for Justice and Consumers of the European Commission, *Legal gender Recognition in the EU – The journeys of trans people towards full equality*, European Union, 2020.

³¹ Human Rights Committee, *Communication No. 453/1991, Coeriel and Aurik v. The Netherlands*, Views adopted on 31 October 1994, § 10.2.

sideração anterior a ideia de que a identidade de género consubstanciava um aspeto da identidade da pessoa³² e que, para além disso, a proibição da não discriminação, acautelada no artigo 26.º do PIDCP, abrangia a discriminação em razão da "identidade de género", incluindo a "situação transgénero"³³.

Do mesmo modo, mas no âmbito do Conselho da Europa, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, doravante CEDH ou Convenção, é omissa em relação àqueles direitos. Contudo, em 2002, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, doravante TEDH ou Tribunal, no acórdão *Christine Goodwin c. Reino Unido*, demarcou expressamente que as questões relativas à identidade de género confluíam com o "direito [do indivíduo] de estabelecer os aspetos da sua identidade como pessoa individual" e com o "princípio da autonomia pessoal", cravados no artigo 8.º da Convenção (direito ao respeito pela vida privada e familiar)³⁴. Assim, e por se tratar de um aspeto de "identidade pessoal", certas atuações estaduais, nesse campo, poderiam constituir sérias interferências na vida privada³⁵, não podendo o Estado escusar-se com apelo à sua margem de apreciação, salvo no que dissesse respeito aos meios apropriados para alcançar o reconhecimento do direito contido no normativo supramencionado³⁶. Aliás, e acrescemos, de acordo com a jurisprudência que vem sendo estabelecida, os assuntos respeitantes à identidade ou existência do indivíduo sempre implicariam uma margem de apreciação restrita ou limitada, a não ser em casos de ausência de consenso entre os Estados partes, particularmente, em relação a questões de natureza ética e moral sensíveis³⁷.

O acórdão *S.V. c. Itália* (2018) veio aclarar estas considerações, porquanto, por um lado, reconheceu o "direito à identidade de género" (*right to gender identity*), enquanto aspeto íntimo da vida de um indivíduo, e, por outro lado, confirmou que, no caso, os Estados-parte tinham uma margem de apreciação restrita, pelo menos, quanto à ponderação do equilíbrio dos interesses em causa, já que, quanto aos requisitos exigidos para a mudança de nome, o Estado reservaria uma margem de apreciação ampla³⁸.

Quanto ao artigo 14.º da CEDH (proibição da discriminação), o Tribunal começou por reconhecer, no caso *P.V. c. Espanha* (2010) que a "transexuali-

³² Human Rights Committee, [Communication No. 2172/2012](#) (CCPR/C/119/D/2172/2012), *G. v. Australia*, Views adopted on 17 March 2017, § 7.2.

³³ Human Rights Committee, [Communication No. 2172/2012](#), § 7.12. "Situação transgénero" traduzida de "*transgender status*".

³⁴ Acórdão do TEDH *Christine Goodwin c. Reino Unido*, queixa n.º 28957/95, 11 de julho de 2002, § 90.

³⁵ Acórdão do TEDH *Christine Goodwin*, § 72.

³⁶ Acórdão do TEDH *Christine Goodwin*, §§ 85 e 93.

³⁷ Ver neste sentido o acórdão do TEDH *Hämäläinen c. Finlândia*, §§ 67 e 68, o qual, embora posterior ao caso analisado, compila jurisprudência relevante sobre a relação entre identidade e margem de apreciação. Sobre a margem de apreciação restrita ou limitada ("*narrow margin of appreciation*"), ver, por exemplo, DAVID HARRIS, MICHAEL O'BOYLE, ED BATES e CARLA BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Oxford University Press, 2018, pp. 14-17.

³⁸ Acórdão do TEDH *S.V. c. Itália*, queixa n.º 55216/08, 11 de outubro de 2018, § 62.

dade" se encontrava claramente protegida no âmbito daquela disposição³⁹, vindo, mais tarde, na decisão *Identoba e Outros c. Georgia* (2015), expressamente delimitar que a norma *sub judice* proibia a discriminação em razão da "identidade de género"⁴⁰.

Por sua vez, no que toca ao direito da União Europeia, doravante UE, o direito originário – Tratado da UE, Tratado sobre Funcionamento da UE e Carta dos Direitos Fundamentais da UE –, tampouco contempla uma consagração expressa à identidade de género⁴¹. Contudo, também o Tribunal de Justiça da UE, doravante TJUE, se debruçou sobre a questão. No primeiro de quatro casos⁴², *P. c. S and Cornwall County Council* (1996), considerou que o despedimento de uma mulher trans em razão da sua confirmação cirúrgica de género era contrário aos objetivos da Diretiva 76/207/EEC, hoje, Diretiva 2006/54/CE⁴³, referindo-se à jurisprudência do TEDH supracitada e salientando o princípio da igualdade como um direito fundamental⁴⁴.

Esta formulação jurisprudencial levou o legislador da União a incluir, no preâmbulo daquela mais recente Diretiva, a indicação de que "a igualdade de tratamento entre homens e mulheres não podia ser limitado à proibição da discriminação com base no facto de uma pessoa ser de um ou de outro sexo" e que, portanto, também passaria a incluir a "discriminação em razão da mudança de género"⁴⁵ – solução que, apesar de meritosa, não deixa de merecer críticas, atenta a ausência de inclusão de outras realidades *trans*, mormente, aquelas que não procuram, por não desejarem ou poderem, proceder com cirurgias de confirmação de género.

Fora do quadro normativo da igualdade e não discriminação da União, encontra-se a menção expressa à identidade de género, quer no artigo 10.º, n.º

³⁹ Acórdão do TEDH *P.V. c. Espanha*, queixa n.º 35159/09, 30 de novembro de 2010, § 30.

⁴⁰ Acórdão do TEDH *Identoba e outros c. Georgia*, queixa n.º 73235/12, 12 de maio de 2015, § 96.

⁴¹ No que toca ao direito da UE, remetemos para o estudo que mais detalhadamente elaborámos nessa matéria, em INÊS ESPINHAÇO GOMES, *Queering European Union Law*, pp. 16 ss

⁴² Os restantes três acórdãos do TJUE *K. B. c. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, processo C-117/01, ECR 2004 I-00541, ECLI:EU:C:2004:7 – sobre o direito a uma pensão de viuvez –, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State of Work and Pensions*, processo C-423/04, ECR 2006 I-03585, ECLI:EU:C:2006:256 e *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, processo C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492 – ambos sobre o direito a uma pensão de reforma.

⁴³ Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Julho de 2006 relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional (reformulação), OJ 2006 L204/23.

⁴⁴ Acórdão do TJUE *P. c. S and Cornwall County Council*, processo C-13/94, ECR 1996 I-02143, ECLI:EU:C:1996:170, §§ 16-19. Remetemos para a nossa visão crítica em relação a estes e aos demais casos, em INÊS ESPINHAÇO GOMES, *Queering European Union Law*, p. 28-43.

⁴⁵ § 3 do Preâmbulo da Diretiva 2006/54/CE. Na versão inglesa refere-se a "*gender reassignment*" que, na versão portuguesa, se traduziu para "mudança de género". A terminologia é ambígua, como apontámos em INÊS ESPINHAÇO GOMES, *Queering European Union Law*, p. 29.

1, al. d) da Diretiva 2011/95/UE⁴⁶, quer no Preâmbulo da Diretiva 2012/29/UE⁴⁷. Na primeira, considera-se que “os aspetos relacionados com o género”, como a “identidade de género”, devem ser tidos em conta para efeitos da determinação da pertença a um grupo social alvo de perseguição. Na segunda, esclarece-se que as vítimas da criminalidade devem ser respeitadas e tratadas sem discriminação, nomeadamente, em razão da “identidade de género” (e expressão de género).

De resto, não foi apenas no âmbito jurisprudencial, ou no âmbito daqueles mecanismos especiais de queixa individual, que a questão mereceu atenção. Vários atores da cena internacional têm vindo a intervir: a título de exemplo, i) o Conselho dos Direitos Humanos da ONU, por via das suas resoluções sobre os direitos humanos, violência e discriminação em razão da identidade de género (e da orientação sexual)⁴⁸, seguidas pelos ii) relatórios do Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos⁴⁹; iii) o Comité de Direitos Humanos das Crianças que, num comentário geral sobre a Convenção dos Direitos Humanos das Crianças, alertou para as formas de violência, discriminação e *bullying* com base na identidade de género, que afetam crianças e adolescentes⁵⁰; ou, ainda iv) o Perito Independente para a proteção contra a violência e discriminação com base na orientação sexual e identidade de género que, nos seus relatórios, se debruçou sobre temas como a violência e discriminação, o reconhecimento da identidade de género e despatologização, a inclusão social, cultural e económica e o impacto da COVID-19 nesta comunidade⁵¹.

⁴⁶ [Diretiva 2011/95/UE](#) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida (reformulação), OJ 2010 L 337/9.

⁴⁷ [Diretiva 2012/29/UE](#) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, OJ L 315, 14.11.2012, § 9.

⁴⁸ United Nations Human Rights Council, [Resolution 17/19](#), *Human Rights, sexual orientation and gender identity*, A/HRC/RES/17/19, 14 July 2011, [Resolution 27/32](#), *Human Rights, sexual orientation and gender identity*, A/HRC/RES/27/32, 2 October 2014, [Resolution 32/2](#), *Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, A/HRC/RES/32/2, 15 July 2016..

⁴⁹ United Nations High Commissioner for Human Rights, [A/HRC/19/41](#), e United Nations High Commissioner for Human Rights, *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, [A/HRC/29/23](#), 4 May 2015.

⁵⁰ Committee on the Rights of the Child, [General comment No. 20](#), *on the implementation of the rights of the child during adolescence*, CRC/CGC/20, 6 December 2016, §§ 33 e 34.

⁵¹ RRespetivamente, Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, Report [A/HRC/38/43](#), 11 May 2018; Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, Report [A/73/152](#), 12 July 2018; Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, Report [A/74/181](#), 17 July 2019; Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, Report [A/75/258](#), 28 July 2020. Para uma

Do mesmo modo, e no âmbito do Conselho da Europa, Thomas Hammerberg, então Comissário para os Direitos Humanos, publicou um estudo exclusivamente dedicado ao tema “direitos humanos e identidade de género”⁵², sendo um dos primeiros atores na cena internacional a explorar a temática⁵³. Também o Comité de Ministros publicou uma lista de recomendações dirigidas aos Estados no sentido de adotarem medidas para combater a discriminação em razão da identidade de género (e da orientação sexual)⁵⁴. A Assembleia Parlamentar adotou uma relevante resolução sobre a “discriminação contra as pessoas *trans* na Europa”⁵⁵, no âmbito da qual recomendou os Estados a considerar a adoção de medidas em várias matérias, desde práticas relativas ao reconhecimento legal do género, passando pela formação de profissionais nas áreas da educação e da saúde e agentes aplicadores do direito, à inclusão de pessoas *trans* no contexto da elaboração de legislação e nos espaços de decisão e de recolha de dados e informação⁵⁶.

Por sua vez, a UE foi igualmente demonstrando empenho, através de várias intervenções. Desde logo, por via das inúmeras resoluções do Parlamento Europeu, no âmbito das quais, por exemplo, apelou aos Estados-membros que consagassem uma proteção mais inclusiva, quanto às pessoas *trans*, aquando da transposição da Diretiva 2006/54/EC⁵⁷, ou pedindo à Comissão que monitorizasse a implementação da legislação da União, tendo em conta, concretamente, a posição das pessoas *trans* (e intersexo)⁵⁸.⁵⁹ *Já a Comissão Europeia tem vindo a produzir, consistentemente, relatórios sobre a lista de*

análise mais detalhada de alguns destes documentos, ver INÊS ESPINHAÇO GOMES, “A tutela multinível da identidade de género”, pp. 260-262. Ver, também, MARJOLEIN VAN DEN BRINK e PETER DUNNE, *Trans and intersex equality rights in Europe*, p. 38, nota 38.

⁵² Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, *Human Rights and Gender Identity*, CommDH/IssuePaper(2009)2, 29 July 2009.

⁵³ MARJOLEIN VAN DEN BRINK e PETER DUNNE, *Trans and intersex equality rights in Europe*, p. 45.

⁵⁴ Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recommendation CM/Rec (2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, 21 March 2010.

⁵⁵ Parliamentary Assembly, *Resolution 2048 (2015), Discrimination against transgender people in Europe*, 22 April 2015.

⁵⁶ Quanto às restantes matérias, ver INÊS ESPINHAÇO GOMES, “A tutela multinível da identidade de género”, pp. 258-260.

⁵⁷ Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de setembro de 2016, sobre a aplicação da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional («Diretiva relativa à igualdade no emprego») (2015/2116(INI)), § 66.

⁵⁸ Resolução do Parlamento Europeu, de 1 de março de 2018, sobre o relatório anual sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia em 2016 (2017/2125(INI)), §§ 61-63.

⁵⁹ Damos conta, de algumas das mais recentes resoluções, como a Resolução do Parlamento Europeu, de 18 de dezembro de 2019, sobre a discriminação pública e o discurso de ódio contra as pessoas LGBTI, nomeadamente as «zonas sem LGBTI (2019/2933(RSP)), ou a Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de fevereiro de 2019, sobre o futuro da lista de medidas em favor das pessoas LGBTI (2019-2024) (2019/2573(RSP)).

ações para promover a situação de igualdade das pessoas LGBTI⁶⁰, tendo, recentemente, adotado um plano de estratégia para a igualdade de tratamento das pessoas LGBTIQ, para os anos de 2020 a 2025⁶¹.

2.2. A proteção nacional

Não temos dúvidas, como tivemos já oportunidade de defender⁶², que a ordem jurídica portuguesa reconhece a proteção ao direito à (autodeterminação da) identidade de género⁶³. Embora omissa quanto à previsão expressa da proteção da identidade de género, a Constituição acautela, no seu artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP, o direito à identidade pessoal.

Ao proteger o “direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria”⁶⁴, esta norma permite abarcar a identidade de género, enquanto elemento essencial da identidade pessoal, ao lado de outros componentes que caracterizam e diferenciam cada pessoa “singular e irreduzível”⁶⁵, enquanto “unidade individualizada”⁶⁶. Não é demais recordar o contributo dos

⁶⁰ 2016 Annual Report on the List of actions to advance LGBTI, 23 February 2017; 2017 Annual Report on the List of actions to advance LGBTI, 1 March 2018; 2018 Annual Report on the List of actions to advance LGBTI, 18 March 2019; Final Report 2015-2019 on the List of actions to advance LGBTI equality, 15 May 2020, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025/list-actions-advance-lgbti-equality-2015-2019_en, acedido a 22/12/2020.

⁶¹ Comissão Europeia, *União da Igualdade: Estratégia para a igualdade de tratamento das pessoas LGBTIQ 2020-2025*, Bruxelas, 12.11.2020 COM(2020) 698 final.

⁶² INÊS ESPINHAÇO GOMES, A tutela multinível da identidade de género, pp. 264 ss.

⁶³ Em sentido oposto ao nosso, RITA LOBO XAVIER, Ideologia e Violação de Direitos, *Ação Médica*, Ano LXXXII, n.º 1, Abril, 2019, pp. 17 ss, p. 21. Em relação ao sistema juscivilístico, também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil IV, Parte Geral – Pessoas*, 3.ª edição (revista e atualizada), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 422-425, que sustentou, na penumbra da Lei n.º 7/2011, de 15 de março, a ameaça que o “transexualismo” colocava ao Direito Civil e à ordem jurídica, em geral e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Direito à autodeterminação da identidade de género e responsabilidade civil. Reflexões em torno da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCIV, Tomo II, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018, pp. 1097 ss., pp. 1126-1130, quanto à ausência de proteção no plano dos direitos de personalidade. Já SUSANA ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem* p. 242, que se pronunciou sobre o “transexualismo” durante o vazio legislativo, parece apelar à jurisprudência do TEDH para criticar (ou, pelo menos, alertar para) a inação do Estado português.

⁶⁴ RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, Anotação ao artigo 26.º, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 2.ª edição revista, Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 444 e sufragado pelo Tribunal Constitucional, acórdão do TC n.º 401/2011 de 22.11.2011, DRE, 2.ª série – N.º 211 – 3 de novembro de 2011, pp. 43596-43605, ponto 6, quanto à identidade pessoal no âmbito da investigação da paternidade; ou, mais recentemente, o acórdão do TC n.º 225/2018, DRE, 1.ª série – n.º 87 – 7 de maio de 2018, pp. 1885-1979, ponto 71.

⁶⁵ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 462.

⁶⁶ RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, Anotação ao artigo 26.º, p. 444.

Princípios de *Yogyakarta* supramencionados que definem identidade de género como “a experiência interior e individual de género de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo de nascença, incluindo o sentido pessoal de corpo (...)”. Se, por um lado, encontramos, naquele normativo, um resguardo da identidade de género, por outro lado, também aqui se protege o desenvolvimento da pessoa e da personalidade de acordo com a sua identidade e, portanto, o seu “direito à autoafirmação”, que incluirá o “direito à autodeterminação sexual”⁶⁷, seu “poder de autodeterminação” e de “autoconstituição da sua personalidade individual”⁶⁸ – aproveitando os ensinamentos juscivilísticos que, a propósito do artigo 70.º, n.º 1 do Código Civil (tutela geral de personalidade) se elaboraram.

Assim, e aproveitando a fórmula constitucional (“direito à identidade pessoal”), podemos falar de um “direito à identidade de género”, que goza de uma força normativa especial, porquanto o artigo 26.º mantém uma estreita relação com a dignidade da pessoa humana, ideia que inaugura a Constituição, no seu artigo 1.º⁶⁹. De resto, foi também esta a formulação do TEDH, no caso *S.V. c. Itália*, como vimos (*right to gender identity*). É certo que o entendimento deste Tribunal se elabora por referência, sobretudo, ao artigo 8.º da CEDH. Contudo, bem se entende que assim o seja, pois a Convenção não especifica expressamente os direitos que a nossa Constituição positivou, no seu artigo 26.º, n.º 1, o que levou aquela instância a explorar o conceito de “vida privada” com mais amplitude, nomeadamente incluindo a proteção da identidade e da autonomia naquele preceito⁷⁰.

Além disso, estabelece-se a ligação do direito à identidade pessoal com o princípio da igualdade e não discriminação, previsto no artigo 13.º da CRP, dado que os fatores mencionados no n.º 2 desta norma coincidirão com as

⁶⁷ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 464.

⁶⁸ RABIDANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 353. Também assim, PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in *Portugal-Brasil Ano 2000, Tema Direito*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra editora, Coimbra, 1999, pp. 149 ss., pp.159, 165-167.

⁶⁹ MARCELO REBELO DE SOUSA e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, Lisboa, 2000, pp.110 e 111; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 461; RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, *Anotação ao artigo 26.º*, pp. 442 e 443.

⁷⁰ Ver COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights – Right to respect for private and family life, home and correspondence*, updated on 31 August 2019, pp. 20-53. Discordando que a identidade de género é uma questão da esfera privada, antes pertencendo à esfera pública, social e profissional, por interessar à sociedade e ao empregador saber do género do indivíduo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil IV*, pp. 423-424, corroborado por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Direito à autodeterminação da identidade de género e responsabilidade civil*, pp. 1129-1130. Para uma melhor compreensão das distintas dimensões da personalidade à luz da “teoria das esferas” (*Sphärentheorie*) continua a ser inevitável a leitura de HEINRICH HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Böhlau Verlag, Münster/Köln, 1967 (1953), pp. 268-269, distinguindo a esfera secreta (*Geheimsphäre*), que é a mais íntima, da esfera privada (*Privatsphäre*) e da esfera individual (*Individualsphäre*), sendo esta a mais exterior, referindo-se às mesmas como os “três círculos de proteção” (*Die drei Schutzkreise*) da individualidade.

características que compõem a identidade pessoal⁷¹. Ora, se é facto que a identidade de género não se encontra aí prevista como "categoria suspeita", também é entendimento que a lista aí positivada não é taxativa⁷², permitindo albergar o fator "identidade de género".

Não esqueçamos que este entendimento está ancorado na construção que se tem elaborado nas jurisdições europeia e internacionais, como tivemos oportunidade de analisar. Se dúvidas existissem, esta proteção supranacional sempre vigoraria na nossa ordem interna, quer por via do artigo 8.º, n.º 2 da CRP, quer, porventura, por apelo à cláusula aberta prevista no artigo 16.º, n.º 1 da CRP, atenta a jusfundamentalidade dos direitos contidos nos instrumentos de direitos humanos que referimos, os quais são internacionalmente reconhecidos como fundamentais (ou, na nomenclatura própria, como "direitos humanos")⁷³.

Ora, os direitos fundamentais constitucionais que aqui referimos, acompanhados e reforçados pelos direitos humanos europeus e internacionais, reclamam por um Estado que, reconhecendo esses direitos, disponibilize as condições materiais para a sua efetivação, no plano jurídico e ajurídico. A necessidade de um sistema jurídico harmonioso que, ora reconheça o direito fundamental, ora disponibilize as condições materiais para a sua efetivação, foi urgida pelo TEDH, no caso *Christine Goodwin*⁷⁴. O Estado entrará, assim, para garantir o exercício dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 9.º, alínea b) da CRP), porquanto há muito constatámos ser insuficiente a visão liberal de Estado abstencionista (negativo ou mínimo) e passámos a reclamar, em relação a certos direitos prestações ou atuações estaduais positivas, mediante uma "concreta reivindicação legal de direito" (*konkrete Rechtsansprüche*) decorrente de um "dever de proteção estadual" (*Schutzpflicht*), como tem sido referenciado na doutrina alemã⁷⁵.

⁷¹ MARIA LÚCIA AMARAL, O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Guedes*, Coimbra editora, Coimbra, 2004, pp. 35 ss., p. 55; RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, Anotação ao artigo 26.º, p. 444.

⁷² MARIA LÚCIA AMARAL, O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa, p. 55, nota de rodapé 55; JORGE MIRANDA, Anotação ao artigo 13.º, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 2.ª edição revista, Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 172.

⁷³ JORGE MIRANDA, Anotação ao artigo 16.º, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 2.ª edição revista, Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 217.

⁷⁴ Acórdão do TEDH *Christine Goodwin*, §§ 78-80 e 90-91.

⁷⁵ Entre outros ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, pp. 151-154, BODO PIEROTH e BERNHARD SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, 25 Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2009, pp. 29-30, ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª Edición, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido de *Theorie der Grundrechte*, 8 Auflage, Suhrkamp, 1986), p. 383. Na doutrina nacional, por exemplo, PAULO MOTA PINTO, pp. 189-197; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, 13.ª Reimpressão, Coimbra: Almedina, Coimbra, 2003, p. 1259, refere-se a "direitos a prestações normativas"; JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 127-128.

É nesse sentido que saudamos o passo legislativo dado pelo legislador português, ao consagrar a 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. Este diploma veio, desde logo, claramente consagrar esses direitos no plano jurídico ordinário (artigos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º). Relativamente ao procedimento de reconhecimento legal de género, deixou de exigir a apresentação de um diagnóstico clínico de perturbação de identidade de género, que outrora figurava na Lei n.º 7/2011, de 15 de março (artigo 3.º, n.º 1, al. b)), então revogada, bastando-se com a "autodeterminação" da pessoa requerente (artigos 6.º e 7.º). Esta opção legislativa está a par das mais recentes diretivas no campo dos direitos humanos e da saúde. Por um lado, é esta mesmo a solução preconizada pelas instituições internacionais e europeias que vimos, e, por outro lado, não fará sentido continuar a falar-se em "distúrbio" sujeito a comprovação clínica, quando a Organização Mundial de Saúde retirou, em 2019, o "distúrbio de identidade de género" da sua lista de doenças mentais^{76,77}.

O reconhecimento legal de género foi alargado a menores, com idade compreendida entre os 16 e os 18, porém exigindo-se a apresentação de um relatório médico que ateste a capacidade de decisão e vontade informada da pessoa menor (artigo 7.º, n.º 2). Esta última exigência não constava da configuração original do Decreto n.º 203/XIII⁷⁸, tendo sido introduzida após o veto político do Presidente da República. Na carta enviada à Assembleia da República⁷⁹, Marcelo Rebelo de Sousa explica que tal requisito teria a eventual função de "consolidar" a escolha do menor, preservando a sua "liberdade ou autonomia para eventual reponderação da sua opção". O parecer clínico "logo no momento inicial da decisão de escolha de género" seria, no seu ponto de vista, "sensato", uma vez verificando-se "a possibilidade de intervenção cirúrgica para mudança de sexo, e tratando-se de intervenção que, como ato médico, supõe sempre juízo clínico"⁸⁰.

Consideramos que faltou a este entendimento, desde logo, tomar em consideração as distinções essenciais que se devem estabelecer no âmbito desta temática, que *supra* referimos, quanto à distinção entre as pessoas que, não identificando o seu género com o sexo de nascença, procuram recorrer a cirurgias de confirmação ou a tratamentos médicos, e as que, na mesma situação, não procuram ou não podem fazê-lo. Aliás, tal foi lucidamente demarcado por

⁷⁶ Como se poder ler na última revisão do [ICD-11, 2018](#), (HA60, HA61 e HA6Z), adotada pela Organização Mundial de Saúde em Maio de 2019, na 72.ª sessão da sua Assembleia, passou a falar-se em "*gender incongruence*" ("incongruência de género"), em vez de "*gender identity disorder*" ("disfunção de género"), onde se incluía "*transsexuaslim*", como se previa no [ICD-10, 2016](#) (F 64.0- F64.9).

⁷⁷ Ainda assim, a reprovar este entendimento, RITA LOBO XAVIER, *Ideologia e Violação de Direitos*, p. 20.

⁷⁸ Artigo 7.º, n.º 2, do [Decreto n.º 203/XIII](#), de 13 de abril de 2018.

⁷⁹ http://www.presidencia.pt/archive/doc/Carta_AR_20180509.pdf, acedido em 22/12/2020.

⁸⁰ *Ibid.*, §§ 6 e 7, à luz do sentido do parecer do Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, [97/CNECV/2017](#), julho de 2017.

Thomas Hammerberg nas notas introdutórias do estudo já mencionado, quando se refere à diversidade própria da comunidade transgénero, a qual inclui, nomeadamente, pessoas em situação pré-operatória ou pós-operatória e outras que optam, por qualquer razão, não se submeter a cirurgias⁸¹. Assim, o veto presidencial não parece conceber a possibilidade de alguém pretender alterar o seu documento legal de identificação, na menção relativa ao género e/ou nome, sem que tenha recorrido ou venha a recorrer a cirurgias de confirmação do género.

Além disso, estando em causa uma decisão que não é definitiva – já o será a cirurgia de confirmação do género –, não se entende a intenção excessivamente cautelosa de garantir que a pessoa menor tem a possibilidade de “consolidar” a sua decisão. Tal imposição não se estabelece, por exemplo, no âmbito do contrato de casamento, estipulando-se apenas que o poder paternal ou o tutor devem autorizar o casamento de menores entre 16 e 18 anos (artigo 1612.º, n.º 1 do Código Civil), sendo até possível o suprimento desta exigência, caso o conservador do registo civil considere que a pessoa menor tenha “suficiente maturidade física e psíquica” (artigo 1612.º, n.º 2 do Código Civil).

De modo semelhante, o artigo 38.º, n.º 3 do Código Penal prevê que o consentimento, enquanto fundamento de exclusão de ilicitude, seja prestado por pessoa com mais de 16 anos, desde que possua “o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”. Já a interrupção da gravidez não punível basta-se com o consentimento prestado pela mulher grávida com mais de 16 anos, em documento escrito (artigo 142.º, n.º 4 do Código Penal). Neste caso, o atestado médico servirá apenas para “certificar a circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez” (artigo 142.º, n.º 2), previstas nas hipóteses do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal. Nota-se a possibilidade conferida às menores de 16 anos de prestarem o consentimento através do representante legal (artigo 142.º, n.º 5 do Código Penal).

Ainda será de aclamar a proibição, estipulada no artigo 5.º, de modificações ao nível do corpo e das características sexuais da pessoa menor intersexo – sendo Portugal o segundo país da UE a configurar tal solução, depois de Malta⁸² –, embora se deixe uma porta aberta para a manutenção da medicalização dos corpos intersexo, tendo em conta a salvaguarda que se estipula no início do artigo (“salvo em situações de comprovado risco para a sua saúde”). Evidentemente que a preservação da saúde terá sempre de ser garantida. Resta, contudo, saber se os critérios médicos para a determinação de uma situação de “comprovado risco para a saúde”, nestes casos, serão os mesmos que pautam as intervenções médicas quanto aos corpos não intersexo.

A Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, vem ainda estipular as medidas de proteção no âmbito da saúde (artigo 11.º) e da educação e do ensino (artigo 12.º). No contexto das primeiras, foi criado, pela Direção-Geral de Saúde, um modelo de

⁸¹ Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, *Human Rights and Gender Identity*, p. 3.

⁸² DAN C. GHATTAS, *Protecting Intersex People in Europe: A Toolkit for Law and Policymakers*, ILGA-Europe and OII-Europe, 2019, p. 6

intervenção a ser implementado por profissionais de saúde⁸³, ao passo que, no âmbito das segundas, foi introduzido o Despacho n.º 7247/2019, de 16 de agosto, que consagra as medidas administrativas para a implementação do referido artigo 12.⁸⁴ A este propósito, avançaremos a nossa reflexão.

3. Uma questão de ideologia?

Um dos argumentos mais referidos pelos opositores da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, sustentou-se na imposição de uma tal “ideologia de género”, sem que, em algum momento, precisassem o que entendiam por ideologia, quando a propósito existem leituras e entendimentos distintos – adiante explanaremos. Foi este, de resto, o fundamento do pedido de declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do artigo 12.º da referida legislação apresentado ao Tribunal Constitucional por um grupo de deputados, por se entender violar o artigo 43.º, n.º 2 da CRP. Mas foi também esse o entendimento de alguns juristas, que apelaram ao “propósito totalitário” de uma tal “teoria de género”⁸⁵, com um a “visão particular dos seres humanos e das relações familiares (...) que é fortemente politizada e escamoteia a própria realidade, rejeitando-se qualquer opinião distinta (...)”⁸⁶ e “que visa subverter a natural diferenciação sexual”⁸⁷, cravada na legislação.

O argumento não é novo. Por todo o mundo, e concretamente na Europa, foram-se afirmando vários movimentos unidos pela luta contra a igualdade de género e os direitos das pessoas LGBTI, nomeadamente, i) reprovando legislações que penalizam a homofobia, que permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou que concedem autonomia à mulher, no que ao seu corpo diz respeito, ii) reivindicando o direito das crianças a terem um pai e uma mãe e o direito destes de educar os seus e suas filhas, de acordo com as suas convicções, iii) defendendo o respeito pela identidade natural da mulher e do homem, entre outros. A transversalidade destas reivindicações foi sendo construída com base no repúdio pelas ideias da tal “teoria”

⁸³ Direção-Geral da Saúde, *Estratégia de Saúde para as Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo, Volume 1 - Promoção da Saúde das Pessoas Trans e Intersexo*, Lisboa, 2019

⁸⁴ Chamamos, ainda, a atenção para a [Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018](#), que aprova a Estratégia Nacional para a Igualdade e a Não Discriminação 2018-2030, e que institui, entre outros, o Plano de Ação de Combate à Discriminação em Razão da Orientação Sexual, Identidade e Expressão de Género, e Características Sexuais 2018-2021, e damos conta da [Recomendação às Instituições de Ensino Superior no âmbito da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto](#), do Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior.

⁸⁵ PAULO OTERO, “Autodeterminação da identidade de género – a inconstitucionalidade da lei”, 22 de março de 2019, ponto 2, pronunciando-se sobre o tema numa publicação do site do Partido CDS, posição saudada e reiterada pelo [Projeto de Resolução n.º 93/XIV/1ª](#), apresentado pelo Partido Chega.

⁸⁶ RITA LOBO XAVIER, *Ideologia e Violação de Direitos*, p. 18.

⁸⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Direito à autodeterminação da identidade de género e responsabilidade civil*, p. 1108.

ou “ideologia de gênero”, que ameaçavam uma certa ordem natural da vida (da sexualidade e da identidade)⁸⁸.

Veja-se, a título de exemplo, o que se diz no manifesto “*L’idéologie du genre*” do movimento *La Manif Pour Tous*, o qual se opôs à consagração do casamento entre pessoas do mesmo sexo, em França: “a ideologia de gênero é destrutiva, obscurantista, anti-social, anti-popular tanto quanto é anti-natural”⁸⁹ – trecho que inaugura o ponto capítulo IV “*Pourquoi cette idéologie est dangereuse*” (“Por que esta ideologia é perigosa”), no âmbito do qual se fala da “essência revolucionária” e “totalitária” desta ideologia e da sua contribuição para os “problemas das crianças” e “empobrecimento social”.

Valerá a pena atender às origens deste epíteto da “ideologia de gênero”, o qual não se pode desgrudar da força motriz que se estabeleceu no seio da Igreja Católica. A teologia da mulher e do corpo, lançada pelo Papa João Paulo II, que postula a diferenciação dos sexos feminino e masculino e da sua complementaridade, terá norteado, por um lado, os vários escritos que se seguiram, de clérigos, mas não só⁹⁰ – com o papel fundamental do, ainda, Cardeal Ratzinger, depois, Papa Bento XVI – e, por outro lado, as preocupações do Vaticano emergentes de dois momentos, no âmbito da ONU: a Conferência sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, em 1994, e a Conferência sobre a Mulher, em Pequim, em 1995, que levaram ao reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, no sistema internacional da ONU⁹¹.

No relatório final deste último encontro, pode ler-se, muito claramente, os receios demonstrados pela Santa Sé (*Holy See*): “o termo “gênero” é entendido pela Santa Sé como fundado na identidade sexual biológica, masculina e feminina”, desassociando-se das “interpretações duvidosas com base em visões do mundo que defendem que a identidade pode ser adaptada indefi-

⁸⁸ DAVID PATERNOTTE e ROMAN KUCHAR, «Gender Ideology» Introduction, *Anti-Gender Campaigns in Europe – Mobilizing Against Equality*, DAVID PATERNOTTE e ROMAN KUCHAR (eds.), Rowman Littlefield International, London and New York, 2017, pp. 1-2, que se referem concretamente aos movimentos franceses, italianos e eslovenos. Para uma análise comparativa, entre vários países europeus, ver outros capítulos da obra referida.

⁸⁹ *La Manif Pour Tous*, *L’idéologie du genre*, Novembre 2013, p. 17, tradução nossa.

⁹⁰ A título de exemplo, MICHEL SCHOONYANS *et al*, *Lexicon: Ambiguous and Debatable Terms Regarding Family Life and Ethical Questions*, Human life International, 2006. Porém, para uma visão distinta do tema, no seio da mundividência cristã, veja-se, por exemplo, TERESA J. HORNSBY e DERYN GUEST, *Transgender, Intersex, and Biblical Interpretation*, SBL Press, 2016; ANDREW T. WALKER, *God and the Transgender Debate – What Does the Bible Actually Say About Gender Identity*, The Good Book Company, 2018; AUSTEN HARTKE, *Transforming – The Bible & the Lives of Transgender Christians*, Westminster John Knox Press, 2018. Ainda sobre a relação entre religião e preconceito *trans* (*transprejudice*), MARIANNE CAMPBELL, JORDAN D.X. HINTON e JOEL R. ANDERSON (School of Behavioural and Health Sciences, Australian Catholic University, Fitzroy), A systematic review of the relationship between religion and attitudes towards transgender and gender-variant people, *International Journal of Transgenderism*, Vol. 20, n.º 1, 2019, pp. 21 ss.

⁹¹ Com mais detalhe, DAVID PATERNOTTE e ROMAN KUCHAR, «Gender Ideology» in *Movement*, pp. 9-13.

nidamente para servir propósitos novos e diferentes”.⁹² Assim, a “estratégia” de apelar a uma “ideologia de género” tornou-se uma ferramenta importante para reacender a influência da Igreja Católica, através da mensagem de que estas “novas ideias” vinham destabilizar a percepção natural da relação entre homem e mulher, da sexualidade, da família e da procriação⁹³.

Foi precisamente esta apoquentação que, por exemplo, manifestou Tony Anatrella⁹⁴, padre francês e psicoterapeuta, aquando da inserção, nas escolas públicas francesas, de uma Manual de Ciências e Biologia, aprovado pelo Ministro da Educação, que incluía uma parte denominada “Tornar-se homem ou mulher” (“*Devenir Homme ou Femme*”) – curiosamente, um pouco à luz da frase eternizada por Simone de Beauvoir, que *supra* referimos – e que empolou o debate em torno da “ideologia de género”, na comunidade francesa⁹⁵. De modo semelhante, foi esta a indignação dos juristas portugueses que mencionámos, os quais, embora critiquem uma tal conceção totalitária, impositiva e alheia à realidade – como denominam –, ora citem os Génesis para explicar a criação divina do homem e da mulher⁹⁶, ora neguem a existência de conhecimento científico capaz de sustentar os conceitos de intersexo e transgénero, porquanto o ser humano só pode ser homem ou mulher⁹⁷.

Desde então, este conceito foi-se difundindo pela Europa, como começámos por referir, mas também pela América Latina⁹⁸, acabando por ter, hoje, eco nos discursos populistas de extrema direita, que igualmente se associam a campanhas anti-género⁹⁹. Aliás, basta recordamos as recentes políticas anti-género, ou anti-LGBTI, sob a denominação de “LGBT free zones”, recentemente adotadas na Polónia¹⁰⁰.

⁹² United Nations, *Report of the Fourth World Conference on Women*, Beijing, 4-15 September 1995, A/CONF.177/20/Rev.1, New York, 1996, p. 162. Veja-se uma das primeiras obras que analisa, criticamente, o papel da ONU na propagação da suposta “ideologia de género”, prefaciada pelo Cardeal Ratzinger, MICHEL SCHOYANS, *L’Evangile face au désordre mondial*, A. Fayard, Paris, 1997.

⁹³ DAVID PATERNOTTE e ROMAN KUCHAR, «Gender Ideology» in *Movement*, p. 13, usando o termo “strategy”, pp. 10-12.

⁹⁴ TONY ANATRELLA (ed.), *Gender – La Controverse*, Conseil pontifical pour la Famille, 2011, reunindo textos originais previamente publicados em MICHEL SCHOYANS et al, *Lexicon*.

⁹⁵ JOAN SCOTT, *The Uses and Abuses of Gender*, pp. 63 e ss.

⁹⁶ PAULO OTERO, *Autodeterminação da identidade de género*, ponto 2, alínea b).

⁹⁷ PAULO OTERO, *Autodeterminação da identidade de género*, ponto 3, e RITA LOBO XAVIER, *Ideologia e Violação de Direitos*, p. 18.

⁹⁸ MICHELLE GALLO, «Gender Ideology» Is a Fiction That Could Do Real Harm, Open Society Foundations, 29 August 2017, https://www.opensocietyfoundations.org/voices/gender-ideology-fiction-could-do-real-harm?fbclid=IwAR3ACvXP1IKN1DLFc2GJBTs3X9VQDkkIBqpro9v7z0IUk2H_cX32ya97Y, acessado a 14/01/2021.

⁹⁹ Sobre o tema, ver DAVID PATERNOTTE e ROMAN KUCHAR, *Gender Ideology*, p. 13 e ss., ou, especificamente sobre a similitude das ferramentas usadas em ambos os discursos, RUTH WODAK, *The Politics of Fear: What Right-Wing Populist Discourses Mean*, Sage, London, 2015, p. 4 e ss.

¹⁰⁰ Veja-se, a este propósito, a já referida [Resolução do Parlamento Europeu, de 18 de dezembro de 2019, sobre a discriminação pública e o discurso de ódio contra as pessoas LGBTI, nomeadamente as «zonas sem LGBTI» \(2019/2933\(RSP\)\)](#).

Depois do que discorremos, não temos dúvidas de que estas percepções, pelo receio de ver desvanecer aqueles ideais cristalizados e seculares, procuram desvirtuar os discursos da diversidade, da inclusão e da igualdade, conotando-os de “ideológicos”, quando, elas próprias, não são mais do que, precisamente, uma outra “ideologia”, pelo menos no que ao “campo das ideias” diz respeito – curiosamente, Michel Freeden aponta precisamente para a ideia de que alguns grupos de pessoas, especialmente de uma corrente mais conservadora, conotam de ideológicas todas as outras ideias de movimentos que fomentam mudanças totais e radicais, estando, no entanto, munidos da sua própria ideologia, a qual negam, considerando-se pragmáticos quanto às suas visões¹⁰¹.

Não tomamos, aqui, a presunção de uma análise detalhada do tema, mas o mínimo esforço levar-nos-á à gênese do conceito de ideologia. Antoine Destutt de Tracy ter-se-á referido a ideologia, no advento da Revolução Francesa, para se referir ao estudo relativo às ideias, que seria uma “teoria das ideias”¹⁰². Contudo, e ao contrário do que se possa pensar – ou do que se quer pensar – “ideologia” não é um conceito estável¹⁰³. Uns focar-se-ão na ideologia enquanto sistema e organização de ideias, outros entenderão como estrutura de domínio relativo a qualquer tema¹⁰⁴. A visão marxista adotou, inicialmente, aquele termo para se referir à imagem-espelho invertida do mundo material (daí a ideia da “câmara obscura”), distorcida, manipulada, nomeadamente, pelo capitalismo – além de associar o conceito à ideia de classe: a ideologia da classe dominante seria a ideologia dominante. Curiosamente, Marx e Engels referiam-se aos padres como exemplo de pessoas capazes de disseminar a ideologia, precisamente pela sua virtuosidade na atividade de sublimação¹⁰⁵.

Também Karl Mannheim explorou esta ideia, mas, ao invés de considerar o capitalismo como fonte da ilusão ideológica, entendia que a influência do pensamento era uma característica inevitável do ambiente social e que, portanto, o conhecimento seria o resultado de um processo de grupo. Distinguia, pois, o “conceito de ideologia particular” (*partikulare Ideologiebegriff*) do “conceito de ideologia total” (*totale Ideologiebegriff*)¹⁰⁶. Assim, a sociedade, munida de grupos sociais e classes tão dispares, estaria igualmente provida de ideologias muito distintas¹⁰⁷. Antonio Gramsci, por sua vez, associava

¹⁰¹ MICHAEL FREEDEN, *Ideology – A very short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2003, p. 35.

¹⁰² A. L. C. DESTUTT DE TRACY, *Éléments D'Idéologie – Première Partie Idéologie Proprement Dite*, Seconde Édition, Courcier, Paris, 1804.

¹⁰³ Seguimos de perto, MICHAEL FREEDEN, *Ideology*, p. 4. Mas outros estudos revelam-se importantes, como TERRY EAGLETON, *Ideology – An introduction*, Verso, London, 2007, ou SLAVOJ ŽIŽEK, Introduction – The Spectre of Ideology, in *Mapping Ideology*, SLAVOJ ŽIŽEK (ed.), Verso, London, 2012, pp. 1-33.

¹⁰⁴ MICHAEL FREEDEN, *Ideology*, p. 31-34.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 5-11.

¹⁰⁶ KARL MANNHEIM, *Ideologie und Utopie*, Verlag Von Friedrich Cohen, Bonn, 1929, pp. 7-11

¹⁰⁷ MICHAEL FREEDEN, *Ideology*, p. 12-13.

ideologia a hegemonia, mas enquanto produto da classe dominante, da burguesia, da sociedade civil e de grupos não estaduais, portanto, enquanto atividade elaborada por intelectuais (que seriam líderes e não governantes) – seria uma concepção do mundo e uma norma de conduta¹⁰⁸. Para Louis Althusser a ideologia é uma representação da “relação imaginária” dos indivíduos com as suas condições de existência (Tese I), tendo igualmente uma existência material (Tese II). Uma das categorias básicas para desenvolver estas teses corresponde aos aparelhos ideológicos do Estado (“AIE”), os quais podem ter carácter religioso, escolar, familiar, jurídico, político, sindical, de informação e cultural¹⁰⁹. Será igualmente de referir Paul Ricoeur para quem a ideologia, conjuntamente com a utopia, representa uma teoria cultural da imaginação¹¹⁰.

Ideologia pode ainda ser vista da perspetiva do processo de politização, enquanto tradição política que motiva indivíduos e grupos a adotarem ações políticas, ainda que tal asserção tenha de reconduzir-se a certos requisitos (“ideologia política”, como o socialismo ou o liberalismo)¹¹¹. Aqui, o estudo da ideologia corresponderá ao estudo do pensamento político¹¹², e, como tal, a democracia também corresponde a uma ideologia¹¹³.

Fica, portanto, por esclarecer, qual dos sentidos deste conceito polisémico se pretendeu dar à tal denominação de “identidade de género”. Perguntamo-nos se, quando criticam a “teoria de género”, enquanto “produto do feminismo radical” que se aproveita “da concepção marxista da luta entre opressores e oprimidos”¹¹⁴, saberão que estão a recorrer, pelo menos, aparentemente, a um conceito de ideologia (subversão do mundo material) oferecido por uma das correntes dessa mesma “concepção marxista tradicional”? Além do mais, urge entender qual o conceito de “ideologia” que subjaz à imposição cravada no artigo 43.º, n.º 2 da Constituição, porquanto, terá sido com base na violação deste normativo que o grupo de deputados sustentou a inconstitucionalidade do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018. Foi também por apelo a esta norma, em conjugação com os artigos 67.º, n.º 2, alínea c), e 68.º, n.º 1 da CRP, que se imputou à referida legislação a tentativa de “doutrinar crianças e jovens”, além de se impedir os pais de desempenharem o seu papel “insubstituível” na educação dos filhos. Afirmou-se, assim, e tendo,

¹⁰⁸ ANTONIO GRAMSCI, *Quaderni del Carcere*, Edizione critica, Eunadi, Turim, 1975, pp. 1378-1379.

¹⁰⁹ LOUIS ALTHUSSER, *Ideologie et appareils idéologiques d'État*, primeiro, em *La Pensée – Revue du Rationalisme Moderne*, n.º 151, Juin, 1970, depois, em *Positions (1964-1975)*, Editions Sociales, Paris, 1976, pp. 67-125.

¹¹⁰ PAUL RICOEUR, *Ideology and Utopia as Cultural Imagination*, *Philosophic Exchange*, Vol. 7, n.º 1, Art. 5, 1976, pp. 17-28; *L'ideologie et l'utopie*, Le Seuil, Paris, 1997.

¹¹¹ MICHAEL FREEDEN, *Ideology*, p. 31-34.

¹¹² *Ibid.*, p. 122 ss.

¹¹³ LUCIANO CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Editori Laterza, Bari, 2008.

¹¹⁴ PAULO OTERO, *Autodeterminação da identidade de género*, ponto 2, alínea a).

sobretudo por base o artigo 12.º, n.º 1, alínea d) da Lei n.º 38/2018, estar em causa uma “solução doutrinadora”, ferindo-se a “liberdades de ensinar”¹¹⁵.

Quanto ao disposto na Constituição, o artigo 43.º, n.º 1, protege a liberdade de ensinar e a liberdade de aprender. Importa lembrar a dimensão negativa (de defesa) e a dimensão positiva desta liberdade, estabelecendo-se, neste âmbito, uma relação com outros direitos sociais, previstos nos artigos 73.º a 77.º da Constituição, e deveres estaduais, como aquele plasmado no artigo 9.º, alínea f) da CRP. Ademais, não se esquece a vertente da educação enquanto “ensino”, vertida claramente, por exemplo, no artigo 74.º da CRP, mas também no artigo 73.º da CRP, que se refere à educação enquanto aquisição e transmissão de conhecimento por via da escola e outros meios formativos – ao lado da outra vertente, enquanto processo global de socialização e aculturação, que, por exemplo, se realiza no âmbito familiar –, aqui conxionando-se com o, por exemplo, direito-dever dos pais de educação dos filhos, previsto no artigo 36.º, n.º 5 da CRP, e o dever de cooperação do Estado, estipulado no artigo 67.º, n.º 2, alínea b) da CRP¹¹⁶.

O Estado tem, assim, duas tarefas que importam particularmente salientar no âmbito da nossa reflexão. A primeira refere-se ao dever de não programar a educação com base em “diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas”, conforme previsto no artigo 43.º, n.º 2 da CRP. Ora, o que se proíbe é o “dirigismo estadual” da educação¹¹⁷. Tal não significa a ausência de religião, de filosofia ou de ideologia nas escolas – o carácter pluralista da sociedade, aliás, não o permitiria –, mas antes a doutrinação oficial, através da programação ideológica (religiosa ou filosófica) dos planos escolares¹¹⁸ – e, claro, sempre em respeito pelos princípios de um Estado de direito democrático (artigo 2.º da CRP). Note-se que o Estado pode, por exemplo, institucionalizar sistemas públicos de avaliação e certificação de manuais escolares, sem que isso ponha em causa o imperativo da norma constitucional em causa, desde que observados critérios procedimentais e materiais rigorosos¹¹⁹. Além do mais, facilmente compreenderemos que a preocupação do legislador constituinte, ao consagrar, na Constituição de 76, a proibição da doutrinação ideológica da escola, terá sido a de impedir qualquer tentativa de inculcar a ideologia fascista, no âmbito do ensino público, atenta a experiência de Portugal e da Europa do século XX.

A segunda reporta-se ao dever estadual de promoção das “condições para que a educação contribua para a igualdade de oportunidades, a supe-

¹¹⁵ *Ibid.*, ponto 7, alínea b) e a) e ponto 8, alínea a).

¹¹⁶ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pp. 565 e 889.

¹¹⁷ Respetivamente, CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 626 e JORGE MIRANDA, Anotação ao artigo 43.º, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 2.ª edição revista, Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 679.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 626

ração das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade”, segundo o artigo 73.º, n.º 2 da CRP e aqui também em linha com os imperativos do artigo 2.º da Constituição. A educação, tem, desse modo, um papel fulcral no desenvolvimento da personalidade, para o qual contribuem os outros objetivos estipulados na norma¹²⁰.

No que respeita aos ensinamentos do direito internacional, salientamos dois aspetos. O primeiro surge a propósito do caso *Kjeldsen, Madsen e Pedersen c. Dinamarca* (1976), no âmbito do qual o TEDH constatou que a legislação em causa – a qual introduzia a disciplina obrigatória de educação sexual no currículo das escolas públicas primárias – não prosseguia o objetivo de doutrinar. De facto, a segunda frase do artigo 2.º do Protocolo Adicional à CEDH (direito à instrução), à semelhança da nossa Constituição, dispõe que o Estado respeitará o direito dos pais a assegurar a educação e o ensino de acordo com as suas convicções religiosas e filosóficas. Nesse contexto, o Tribunal lembrou que o Estado estava proibido de prosseguir um objetivo de doutrinação que pusesse em causa aquele direito e, nesse sentido, deveria aferir se a informação do currículo em causa era transmitida de um modo objetivo, crítico e pluralista¹²¹.

Com base nessas premissas, o TEDH constatou que o Estado não se encontrava a violar aquele direito, porquanto o programa em causa não advogava por um comportamento sexual específico, nem exaltava ou incitava nenhuma conduta sexual, mas tão só procurava munir a comunidade estudantil de informação necessária para que, chegado o momento, fossem capazes de tomar conta de si mesmos e de mostrar, a esse respeito, consideração pelos outros, evitando que enfrentassem dificuldades futuras somente por falta de conhecimento. Além do mais, esta instância judicial frisou que a legislação em causa não afetava o direito dos pais de elucidarem e aconselharem os filhos, de acordo com as suas convicções, e de exercerem as suas funções parentais como educadores, que sempre se manteria¹²².

O segundo ponto, neste contexto, é o de que já diferentes entidades internacionais demonstraram a relevância de incluir, nas escolas, uma “educação sexual abrangente que inclua a diversidade sexual e de género, de modo a reduzir significativamente os riscos de saúde física e psicológica para jovens LGBT e de género diverso”¹²³. Tal passará, por um lado, pela disponibilização de informação objetiva sobre identidade de género e orientação sexual – acrescentaríamos expressão de género e características sexuais –, no cur-

¹²⁰ JORGE MIRANDA, Anotação ao artigo 73.º, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 2.ª edição revista, Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 1017.

¹²¹ Acórdão do TEDH *Kjeldsen, Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, queixa n.º 5095/71, 5920/72, 5926/72, 7 de dezembro de 1976, § 53.

¹²² Acórdão do TEDH *Kjeldsen, Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, § 54.

¹²³ Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, Report [A/74/181](#), 17 July 2019, § 8, tradução nossa.

rículo da escola e nos materiais educacionais, e pela revisão de metodologias e abordagens de ensino. Por outro lado, será imprescindível garantir a formação de toda a comunidade escolar e a criação de um espaço e de um ambiente escolar inclusivos, seguros, livres de violência, de constrangimentos (na escolha do vestuário, no acesso às casas de banho, na participação nas atividades desportivas), de *bullying*, de exclusão e de outras formas de discriminação¹²⁴. A importância de proteger as crianças e os adolescentes, neste e noutros contextos, é inegável e o espaço de ensino revela-se essencial na modulação desta estrutura individual e coletiva¹²⁵.

Como tal, a Lei n.º 38/2018 (e o subsequente Despacho n.º 7247/2019) não só está em perfeita harmonia com os incisos constitucionais, como veio consagrar estes imperativos internacionais. Não é, pois, a legislação em causa que é reveladora de um “desconhecimento elementar da Constituição [e] do Direito Internacional dos Direitos Humanos”¹²⁶. Assim, prevê-se a criação de um sistema que, sem doutrinar, permite o pleno desenvolvimento da personalidade das crianças e dos jovens, ao consagrar, no artigo 12.º: a) medidas de prevenção e de combate à discriminação em razão da identidade de género, da 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, c) condições para a proteção adequada daqueles fatores, como forma de prevenir a exclusão social e violência, no contexto escolar e d) formação adequada dos profissionais na área da educação sobre a temática, tendo em vista inclusão como processo de integração socioeducativa.

Estas realidades não podem estar, pois, sujeitas ao escrutínio de visões e de opiniões pessoais. Ignorar a factualidade da sua existência e a profusão de contributos (da biologia, do direito, da psicologia, etc), postos em discussão mundial, é desconsiderar, de modo deliberado, um problema de direitos fundamentais e de direitos humanos.

¹²⁴ Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recommendation CM/Rec (2010)5*, §§ 31-32; Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, Report *A/HRC/35/36*, 19 April 2017, § 61.

¹²⁵ Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 20*, §§ 33 e 34; UN Human Rights Office of the High Commissioner, *Born Free and Equal – Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law*, Second Edition, 2019, pp. 61-63.

¹²⁶ PAULO OTERO, Autodeterminação da identidade de género, ponto 4.