



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM



ASSUNTO: Parecer – Projecto de Lei n.º242/XII/1.^a – Reconhece o Direito à Autodeterminação de Género

13.07.2016

PARECER

1. Objeto

Pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República foi remetida ao Conselho Superior da Magistratura, Projecto de Lei n.º242/XIII/1.^a (BE) – Reconhece o Direito à Autodeterminação de Género.

Foi determinada a elaboração de parecer.

2. Finalidade

Do preâmbulo do diploma são apresentadas, como principais linhas de força, a despatologização dos requisitos para o reconhecimento jurídico do género, e o reconhecimento de identidades não-binárias.

Por outro lado, é expressamente reconhecida a capacidade aos maiores de 16 anos para, por si sós, darem início ao procedimento. Sendo ainda prevista a possibilidade do procedimento respeitar a pessoa menor de 16 anos desde que devidamente representada.

Em caso de conflito de deveres é prevista a possibilidade de suprimimento do consentimento, mediante processo judicial.

*

3. A Autodeterminação

O reconhecimento legal da mudança de género não se confunde com a autodeterminação, necessariamente perspectivada como um direito.

A alteração de género é reconhecida no nosso ordenamento jurídico.

O actual regime é aquele que resulta da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, no qual se prevê a existência de procedimento administrativo para mudança da identificação de género, relacionada com o diagnóstico da perturbação de identidade de género (art.2.º, da Lei n.º7/2011, de 15 de Março).

De acordo com a actual legislação, a instrução do requerimento inicial do procedimento deverá incluir “*Relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade, elaborado por equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro.*” (cfr.al.b), do n.º1, do art.3.º, da Lei n.º7/2011, de 15 de Março).

Sendo que, nos termos do n.º2, do mesmo artigo, o relatório em causa deve ser subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Assim, e ainda que não se exija esterilização, ou qualquer outra mudança física, mantém-se a exigência de um diagnóstico de uma patologia, no caso perturbação mental.

No projecto de lei ora apresentado é reconhecido um direito à autodeterminação do género. Direito que é distinto do reconhecimento legal da transexualidade na medida em que dispensa a relação com tratamento de transformação física ou a existência de diagnóstico de patologia clínica.

Com o reconhecimento deste direito, a determinação do género fica, assim, apenas dependente da vontade do próprio, considerando tal determinação como um direito subjectivo e apenas dependente da manifestação de vontade.

A necessidade de não condicionar a mudança de género à esterilização, transformações físicas ou patologia é reconhecida em recomendações e actos de organizações internacionais, oportunamente referidos no preâmbulo do diploma, da qual destacamos a resolução n.º 2048 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa¹.

Nesta resolução é expresso que a consideração da transexualidade como uma perturbação mental é atentatório da dignidade humana e um obstáculo à inclusão social.

Sendo por isso expressamente reconhecido o direito à identidade do género.

A assembleia conclui recomendando aos Estados Membros do Conselho da Europa que, entre outras coisas, “*abolish sterilisation and other*

¹ Adoptada em 22 de Abril de 2015, disponível em <http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbncveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMTczNiZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NiYWVudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFIJZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xslparams=ZmlsZWlkPTIxNmM2>



compulsory medical treatment, as well as a mental health diagnosis, as a necessary legal requirement to recognise a person's gender identity in laws regulating the procedure for changing a name and registered gender;”.

Com esta recomendação visa-se a remoção de requisitos físicos ou médicos relacionados com a determinação de género.

O reconhecimento deste direito já se encontra consagrado em legislações nacionais, no espaço europeu, como é o caso Dinamarca, em Malta² e na República da Irlanda^{3 4}.

*

4. Apreciação

O projecto de lei em apreço enuncia, nos seus art.1.º a 3.º, o direito da autodeterminação de género.

No art.1.º, define o objecto do diploma, consagrando com relevo técnico a natureza confidencial do procedimento. Nos termos do referido preceito *“Este procedimento tem natureza confidencial, exceto a pedido do requerente, dos seus herdeiros e das autoridades judiciais ou policiais para efeitos de investigação ou instrução criminal.”*

No art.2.º, define o que se entende por autodeterminação do género, e no art.3.º, são previstos direitos relacionados com a autodeterminação.

*

Passando à parte dispositiva do articulado é de salientar algumas soluções do art.4.º, segundo o qual:

2 ACT No. XI of 2015, disponível em http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf

3 Com a aprovação do Gender Recognition Act 2015, disponível em <http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a2515.pdf>

4 Para uma breve perspectiva comparada veja-se [http://www.thelancet.com/pdfs/journals/landia/PIIS2213-8587\(16\)00002-4.pdf](http://www.thelancet.com/pdfs/journals/landia/PIIS2213-8587(16)00002-4.pdf)



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

“1 - Pode requerer a alteração do registo civil a pessoa que sinta que o nome próprio com que se encontra registada não corresponde à sua identidade e/ou expressão de género, desde que cumpra os seguintes requisitos:

a) Tenha dezasseis anos de idade, salvo nos casos previstos no artigo 5.º do presente diploma legal;

b) Tenha nacionalidade portuguesa ou autorização de residência válida, incluindo autorização provisória de residência atribuída a requerentes de proteção internacional;

c) Não se mostre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica.

2 - A alteração do registo civil referida no número anterior incide obrigatoriamente sobre o género, o nome e a fotografia do requerente.

3 - Para aceder ao disposto no número 1, nenhuma pessoa poderá ser obrigada a submeter-se a qualquer tratamento farmacológico, procedimento médico ou exame psicológico que limite a sua autodeterminação de género.”

*

Uma primeira observação respeita ao reconhecimento da capacidade dos maiores de 16 anos para desencadearem individualmente o procedimento.

Na legislação nacional existe antecipação da capacidade em outros domínios da capacidade de exercício de outros direitos pessoais, como o de contrair casamento, previsto no art.1601.º, al.a), do Código Civil, e o de perfilhar (art.1850.º, do Código Civil).

Contudo, a extensão da legitimidade para requerer a alteração do género a maiores de idade é uma questão discutível, sensível, que convoca

planos de índole marcadamente filosófica e doutrinária, pelo que nos encontramos no domínio da pura opção política.

*

Num segundo ponto dir-se-á que limitação decorrente da interdição ou inabilitação por anomalia psíquica corresponde à limitação à capacidade matrimonial (art.1601.º, al.b), do Código Civil) e outros limites ao exercício de direitos pessoais. Contudo, esta previsão poderá e deverá ser conciliada com o novo regime de incapacidades que se encontra em discussão⁵.

*

O art.5.º, do projecto de lei em apreço, prevê o modo do exercício do direito de autodeterminação por menores de 16 anos.

Dispõe o projectado artigo:

“1 - O exercício do direito previsto no artigo 4.º é admitido a menores de dezasseis anos, devendo, para o efeito, o requerimento referido no artigo 6.º ser efetuado pelos seus representantes legais, mediante consentimento expresso do/da menor.

2 - Em caso de recusa dos representantes legais em efetuar o requerimento aludido no artigo seguinte, o/a menor, representado nos termos do n.º 2 do artigo 1881.º do Código Civil, pode intentar ação judicial, no âmbito do qual o tribunal deverá decidir atendendo aos princípios de autonomia progressiva e do superior interesse da criança constantes da Convenção sobre os Direitos da Criança.”

Prevê este artigo, no seu n.º1, que o menor de 16 anos poderá, através dos seus representantes legais, exercer o seu direito à autodeterminação de género, mediante consentimento expresso.

⁵ Projeto de Proposta de Lei que visa alterar os artigos 138.º a 156.º, 1601.º, 1850.º, 1913.º e 2189.º do Código Civil, sobre o qual o CSM emitiu parecer de 5 de Junho de 2015.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

A possibilidade de requerer a alteração de género quanto a menor de 16 anos e é uma questão discutível, sensível, que convoca planos de índole marcadamente filosófica e doutrinária, pelo que nos encontramos no domínio da pura opção política.

*

Sem prejuízo da reserva da opção política, e numa perspectiva exclusivamente técnico-jurídica, suscitam-se algumas observações às questões suscitadas.

Em primeiro lugar, deverá ter-se em consideração que encontra-se expressamente excluída da representação legal dos seus progenitores, o exercício dos actos puramente pessoais (art.1881.º, n.º1, do Código Civil).

De facto, e na forma como está previsto no n.º1, caberia aos pais o exercício deste direito em termos tão livres como o exercício de qualquer direito patrimonial do menor.

*

Por outro lado, a previsão de “*mediante consentimento expesso do/da menor*” é uma formula demasiado genérica para um tema tão sensível como a audição de um menor.

A forma de expressar este consentimento terá de ser detalhadamente prevista à semelhança do que sucede no Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08 de Setembro, onde no seu art.5.º, ser prevê:

“1 - A criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, o juiz promove a audiência da criança, a qual pode ter lugar em diligência judicial especialmente agendada para o efeito.

3 - A audiência da criança é precedida da prestação de informação clara sobre o significado e alcance da mesma.

4 - A audiência da criança respeita a sua específica condição, garantindo-se, em qualquer caso, a existência de condições adequadas para o efeito, designadamente:

a) A não sujeição da criança a espaço ou ambiente intimidatório, hostil ou inadequado à sua idade, maturidade e características pessoais;

b) A intervenção de operadores judiciais com formação adequada.

5 - Tendo em vista o cumprimento do disposto no número anterior, privilegia-se a não utilização de traje profissional aquando da audiência da criança.

6 - Sempre que o interesse da criança o justificar, o tribunal, a requerimento ou oficiosamente, pode proceder à audiência da criança, em qualquer fase do processo, a fim de que o seu depoimento possa ser considerado como meio probatório nos atos processuais posteriores, incluindo o julgamento.

7 - A tomada de declarações obedece às seguintes regras:

a) A tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo a criança ser assistida no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito;



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

b) A inquirição é feita pelo juiz, podendo o Ministério Público e os advogados formular perguntas adicionais;

c) As declarações da criança são gravadas mediante registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios técnicos idóneos a assegurar a reprodução integral daquelas quando aqueles meios não estiverem disponíveis e dando-se preferência, em qualquer caso, à gravação audiovisual sempre que a natureza do assunto a decidir ou o interesse da criança assim o exigirem;

d) Quando em processo-crime a criança tenha prestado declarações para memória futura, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível;

e) Quando em processo de natureza cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível;

f) A tomada de declarações nos termos das alíneas anteriores não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela deva ser possível e não puser em causa a saúde física e psíquica e o desenvolvimento integral da criança;

g) Em tudo o que não contrarie este preceito, aplica-se, com as necessárias adaptações, o regime processual civil previsto para a prova antecipada.”

Tratando-se de um procedimento administrativo junto da Conservatória de Registo Civil a forma de expressão de consentimento deverá ser regulada, ainda que por remissão para o supra citado art.5.º, do Regime Geral dos Processo Tutelar Cível, com as devidas adaptações.

A exigência da comprovação de consentimento expresso implica que haja uma manifestação expressa de vontade do menor. Esta manifestação tem ser informada e livre, o que não dispensa a regulação sobre o modo de prestar.

Neste contexto, deverá ser ponderada a eventualidade de autodeterminação de género ser um dos actos para os quais a representação pelos pais esteja dependente de autorização judicial, designadamente através da intervenção do Ministério Público.

*

No n.º2, do art.5.º, do projecto de lei é prevista a forma de suprimento da recusa dos representantes legais. A redacção do preceito refere-se a “acção judicial”, presumindo-se que se refere a uma providência tutelar cível para efeitos do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

A inserção nesse regime permite, por essa via, suprir as dúvidas suscitadas quanto ao n.º1, do mesmo art.5.º.

*

Os artigos 6.º a 10.º, respeitam ao procedimento administrativo de alteração do género e bem assim o reconhecimento de alteração do registo efectuado no estrangeiro.

Estas disposições não merecem qualquer reparo.

*

Os artigos 11.º a 15.º, são disposições de garantia de acesso à saúde, ao trabalho e protecção contra a discriminação.

Estas disposições também não oferecem qualquer dúvida.

*



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Do diploma não se retira nada quanto à anunciada finalidade de dar acolhimento legal ao reconhecimento de identidades não binárias.

As intervenções nesse âmbito têm correspondido à previsão de identificação de género indeterminado, previsão que já ocorre em documentos oficiais de outros ordenamentos jurídicos como é o caso da Austrália⁶, na sequência da decisão *New South Wales Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie*⁷.

Do diploma não se antevê qualquer terceira possibilidade ou possibilidade de indefinição que não seja a escolha binária masculina ou feminina⁸.

Ora, no projecto de lei há uma opção clara pela manutenção da relevância do género como elemento identificativo, sendo que na al.d), do n.º1, do art.3.º, prevê-se o direito a ter expressão do género nos documentos de identificação.

*

5. Conclusões

O projecto de lei tem como objecto uma matéria sensível, de natureza marcadamente política.

Em termos técnicos algumas soluções deverão ser repensadas. Em particular, no que respeita à conjugação com o regime das incapacidades e quanto à intervenção dos progenitores suprimimento da incapacidade dos menores.

6 Vide Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender, disponível em <https://www.ag.gov.au/Publications/Documents/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.PDF>

7 (2014) 250 CLR 490 ('NSW Registrar v Norrie').

8 Dando conta das diversas opções no campo da identificação de cidadania veja-se Theodore Bennet, in 'NO MAN'S LAND': NON-BINARY SEX IDENTIFICATION IN AUSTRALIAN LAW AND POLICY, UNSW Law Journal

Lisboa, 21 de Julho de 2016

Ruben Oliveira Juvandes

Juiz de Direito/Adjunto do Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do CSM