

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

NOTA INTRODUTÓRIA

I. No âmbito e continuidade de projeto em curso no âmbito da linha de investigação *Novos Direitos* do CIJE (Linha Direito, Pessoas e Poder do Centro de Investigação Jurídico e Económica da FDUP), e do Eixo “Identidade e género” do Projeto CIJE-FDUP - *Vulnerabilidade e diversidade: direitos fundamentais em contexto*, realizou-se no passado dia 30 de outubro de 2020 o seminário subordinado ao tema *Vulnerabilidade e direitos: Género e diversidade*.

II. O Seminário correspondeu ao terceiro de uma série respeitante ao projeto referido, financiado pela FCT (Projeto FCT UID 443_CIJE). Em extrema síntese, o projeto visa refletir sobre os direitos fundamentais em contexto de diversidade. Partindo de uma compreensão pluralista do Direito constitucional que há-de contribuir para cimentar uma sociedade inclusiva, a proteção hodierna dos direitos fundamentais enfrenta desafios decorrentes das tensões entre unidade e diversidade e das exigências de proteção acrescida em caso de vulnerabilidades múltiplas e não raro cruzadas. Aliás, estas tensões (ao nível da previsão e da aplicação, v.g. judicial) revelam-se não apenas no seio do Estado social e culturalmente diversificado, mas também para além das suas fronteiras, atenta a rede complexa de internormatividade e a realidade da produção multinível do Direito. Trata-se aqui de discutir e analisar os problemas específicos de grupos vulneráveis que reclamam a consideração específica do princípio da igualdade e a consideração de um – eventualmente genérico – dever de cuidado cometido ao Estado, apontando-se aqui três pressupostos base da reflexão a empreender: a) A consideração da proteção da vulnerabilidade e do dever de “cuidado” como tarefas do Estado; b) A discussão das relações entre vulnerabilidade e estereótipo, no que tangue à previsão e à aplicação de normas estaduais; c) A relevância da discriminação, designadamente múltipla/interseccional.

O Projeto desenvolve-se em 3 eixos específicos naturalmente suscetíveis de cruzamentos e ligações entre si: eixo 1 – *Autonomia e capacitação: deficiência e idosos*, no âmbito do qual se realizou, em abril de 2018 um Seminário, estando já publicadas as Atas correspondentes; eixo 2 – *Minorias, migrantes e refugiados*, com realização de paralelo seminário em abril de 2019 e publicação das correspondentes Atas; e *hoc casu*, eixo 3 – *Identidade e género*.

III. Em ano aziago de pandemia, o Seminário de 30 de outubro de 2020 correspondeu a necessário adiamento da previsão de data inicial de Abril anterior, torneou limitações decorrentes de decretação de estados de emergência e de

limitação de circulação entre concelhos, lamentáveis infeções de oradores e complicações de vidas familiares resultantes deste contexto, limitações de restrições entre concelhos e levou a organização a optar por um complexo sistema misto que de algum modo nos pôde dar ainda o conforto mínimo da humanidade da presença.

IV. Centrou-se o programa em duas questões gradas: a discussão do contexto social e individual e a discussão do reconhecimento jurídico. Se a igualdade ou, nos termos sugeridos, a equidade de tratamento entre todos – sem diferença de sexo ou género – é um princípio fundamental dos atuais ordenamentos jurídicos, sendo por conseguinte uma componente de pleno direito da cidadania e mesmo um real critério da democracia – como proclamou o Conselho da Europa – foi propósito do Seminário abstrair do contexto tradicional de análise das assimetrias nos indicadores sociais entre a situação das mulheres e dos homens tanto na esfera pública como na esfera privada. De facto, antes se pretendeu discutir mais fundamente o Direito como inevitavelmente endossado a uma filosofia dos valores e a escolha pelo legislador de um modelo normativo àquela adequado. Neste contexto de opção entre modelos de objetivismo/subjetivismo, a autonomia privada surge como *voie moienne* problematizando as relações entre a vontade e a norma.

V. Podemos afirmar que uma norma moral ou ética é autónoma quando encontra em si mesma o seu próprio fundamento. Ora, afastada a possibilidade de conceber a tutela constitucional da autonomia como uma garantia direta, autónoma e global, tem-se procurado averiguar se ela emerge indiretamente da previsão de outros direitos, v.g. em um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Sabendo existir uma miríade de possibilidades de definição da liberdade (positiva e/ou negativa) pressuposta na autonomia (desde logo como ausência de restrição a escolhas possíveis ou *dispositional freedom* que Feinberg propõe), a ideia de Direito implica um referencial ético legítimo e a determinação do mínimo de liberdade negativa pessoal – que em circunstância alguma pode ser violado – impõe a invocação de um conceito de *agent relativity* não muito distinto da doutrina do deontologismo moral. Ora, se Kant explicou que «o que devo fazer depende do que sou capaz de fazer», o que se pretende averiguar é da justeza absoluta dessa afirmação, trazendo à colação diferentes entendimentos da relação entre o dever e a possibilidade.

VI. As vias a seguir não poderão ser as de um mero ensaio livre do possível, antes se há-de encontrar uma *mezza via* que eleja porventura o critério ético como *indirizzo* essencial. É a 'consciência jurídica geral' que traça o limite da validade da autonomia constitutiva: a libertação do indivíduo é enquadrada por parâmetros de ética social, que determinam uma escolha razoável entre ações verdadeira e possivelmente desejadas, numa tentativa de conciliação entre uma missão 'iluminadora' dos indivíduos, que supostamente se atribui ao Estado, e a necessidade de procurar a solidariedade própria do corpo social.

Mas o pluralismo social de valores está – tem que estar – intimamente associado à autonomia. Esta asserção conduz a um encorajamento ativo da liberdade das pessoas para guiarem as suas próprias vidas por escolhas sucessivas a partir de uma gama adequada de opções válidas, bem como a uma tolerância passiva de escolhas erradas, pelo menos até ao ponto em que nenhuma medida sejam tomadas pelo Estado para as corrigir, tendo em conta a necessidade de proteger os interesses dos outros. Assim, não só a autonomia deve ser orientada para o bem, como a própria liberdade é um bem, que entra em tensão com a democracia para a criação da esfera de autonomia privada e da delimitação público/privado.

VII. A legitimidade de intervenção do Estado é então necessariamente medida como um espaço de consciência - um *non possumus* (um *kannunschifter*): o Estado só deve intervir nesta matéria para assegurar o essencial dos pressupostos em que assenta a autonomia privada e a igualdade dos sujeitos, bem como para garantir outros valores fundamentais da coletividade que esta não possa deixar entregues à livre atuação da consciência dos cidadãos.

Este princípio de liberdade, que apenas pode abranger seres humanos na maturidade da suas faculdades, implica assim uma distinção entre as condutas que dizem respeito unicamente ao próprio indivíduo (*self regarding actions*, na terminologia de Mill), e as condutas que implicam outros membros da sociedade e em relação às quais, para prevenir a ocorrência de um dano, a intervenção social se justifica (desde que se não exceda o dano que a conduta do indivíduo causaria a outrem). Ou seja: desde que a conduta de uma pessoa afete de forma prejudicial os interesses de outras, a sociedade tem jurisdição sobre ela, mas o mesmo já não sucede quando a mesma conduta não afete os interesses de ninguém, para além dos seus próprios, ou não os afetaria se as outras pessoas não os quisessem (sendo de idade madura e entendimento normal todas as pessoas afetadas).

No entanto, o consentimento autónomo legalmente admitido pode frustrar o sistema social auto-referente positivo e provocar perturbações socialmente intoleráveis da convivência social constitucionalmente sancionada, mormente em temas que lidam com o sistema de humanas representações.

VIII. O desafio contínuo é o de manter a crença de que o futuro das liberdades civis e dos direitos fundamentais é pelo menos tão importante no presente como foi no passado e que qualquer método de salvaguarda dos direitos tem que nos exigir uma revisão constante e um debate rigoroso. Há liberdades, *chez le législateur*, que não devem ser mais que tolerâncias e que não deveriam ser confundidas com o bem público. Mas a intolerabilidade mede-se pela afetação nuclear do princípio da dignidade humana, que há-de necessariamente acompanhar todo o desenvolvimento da pessoa. Será conceito indeterminado, mas imprescindível.

IX. Permitiu o Seminário dar uma outra concretização ao anterior estabelecimento de rede de discussão entre académicos com afiliações a

instituições várias, portuguesas e estrangeiras, reunindo investigadores da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – e da sua Escola de Criminologia –, da Faculdade de Letras da Universidade do Porto e da Universidade Católica Portuguesa, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, da Escola de Direito da Universidade do Minho bem como membros do Supremo Tribunal de Justiça e do Instituto de Registos e Notariado.

X. A ciência – e a ciência jurídica, com contributo interdisciplinar inestimável –, como cabe a e em uma universidade, caracteriza-se pela liberdade de investigação mas também pela adoção de um método rigoroso de abordagem que não cede nem pode nem deve ceder nem por um lado a modismos de discussão nem a preconceitos ideológicos. Foi esse o propósito que, cremos, fez comungar todos os oradores, na sua diversidade de posições.

É a presente publicação um precipitado deste *iter*, coligindo-se os trabalhos doutrinários que visam permitir a disseminação deste conhecimento.

Anabela Costa Leão, FDUP e CIJE

Jorge Gracia Ibáñez, FDUP e Escola de Criminologia

Luísa Neto, FDUP e CIJE

A DISCUSSÃO DO CONTEXTO SOCIAL E INDIVIDUAL

EUPHORIA: MY EXPERIENCE AS A TRANS ACADEMIC

EUFORIA: MINHA EXPERIÊNCIA COMO ACADÊMICA TRANS

Eleanor Good*

(INTERNATIONAL SCHOOL UTRECHT)

Popular media narratives about trans people often focus on some of the most violent and traumatizing experiences, highlighting the danger of being transgender. According to these narratives, which are certainly accurate, being trans can lead to a violent death, rejection from friends and family, and a requirement to completely reinvent oneself in every way. However, this is not necessarily reflective of every trans person's experience and certainly not reflective of mine as a trans academic.

My experience of coming out, transition, and living as a trans woman did not quite fit the popular narrative. Indeed, within all these discussions there is something seriously missing. Happiness, joy, euphoria, these positive elements are something rarely discussed by anyone. This has the effect of making coming out and transition seem terrible, an incredibly frightening void into which people plunge when they have no choice, not a wonderful celebration

* International School Utrecht. Van Bijkershoeklaan 8, 3527 XL Utrecht, The Netherlands.
(eleanor.good@isutrecht.nl)

of the self. This outlook was exactly the perspective I had when I began my transition. I could not have been more wrong as to what was on the way.

To be clear, in many ways I am still highly privileged as a trans woman. I am white, well-educated, with financial means, living in a country and a region that is far less hostile to trans people than most areas around the world. My experiences as a trans academic may or may not be typical but are just that, my experiences, nothing more or less. This conference presentation and subsequent writeup is meant as a narrative in the ethnographic sense, a personal story that can help provide additional clarity on the experiences of transgender people.

Coming out as a trans woman was certainly a harrowing personal experience, one that required a significant degree of self-exploration and trust in myself. I began my gender exploration in October 2017, soon after started my studies as a PhD student at Trinity College Dublin. Eventually, I moved to The Netherlands to be with my then partner and enrolled at Vrije Universiteit Amsterdam (VU) in September 2018. Throughout this time, I had become more and more depressed, while at the same time making small changes to my presentation and questioning my gender. I finally realized that I was a trans woman during an academic conference in Vienna, Austria in September 2018.

It took until February 2019 to tell specially selected friends and April 2019 until I came out to everyone in my life and began presenting as a woman consistently. However, I didn't notify my PhD supervisors at VU until Fall 2019, as I was significantly more nervous about returning to the professional workplace as a woman. Friends and family were challenging to notify but, in some ways easier, especially since I knew them all closely. Coming out to colleagues and beginning my new academic career as a woman felt far more daunting.

During my initial transition, I found significant acceptance in both my work and personal life. Contrary to the popular narrative, no one abandoned me because I was trans. There was certainly some work to be done with new pronouns and a name but I was afforded a significant degree of respect from all my personal and professional connections. When I returned to my university, after notifying my department and my supervisors, I received a warm welcome and actually found it easier to socialize with my colleagues. The other PhD researchers, especially the women, welcomed me into the fold as one of them, even though I was still forming my professional identity.

In October of 2019, I chose to leave my PhD program at VU. I had determined that I was likely unable to complete it, especially with the transition, and needed to take another professional road. As with most individuals who have spent a significant amount of time in the academy but wish to leave, I was unsure of where to best apply my skills. I found my opportunity as a librarian, first at a primary school in Hoofddorp, and finally, in a secondary school in

Utrecht, which is my current employment. Even within these organizations, I was treated well and being trans was never an issue.

If I were to characterize my experience as a trans woman in a single word, it would be euphoria. This term has a special characterization within the trans community. It typically refers to 'gender euphoria', feeling ecstatic or elated about one's gender presentation. More than anything else, I have truly lived for the first time in my life. When I first wore a dress, when I began hormone replacement therapy (HRT), when I finally got everyone in my life to use she/her pronouns, these were all euphoric events. However, some things were a bit more understatedly euphoric, specifically related to my career. One was in how I was not discriminated against, both in the academy and in my other employments. I was encouraged and supported with my transness not disqualifying me in any way. Even at my current job, I am able to use my experience to educate students and staff. Currently, I have just done this on my own, most specifically with the primary and secondary students at my current school. However, I have also done this with colleagues at all three of my employments and even expanded to a discussion of sexuality as well.

Euphoria is one of the defining characteristics of being trans and it has certainly defined my experience as a trans academic up to this point. Currently, my transness has become less and less noticeable to me over time, becoming just a regular part of my life. This, plus the fact that I am further and further away from the beginning stages of my transition, has made this even less of a factor in my professional life. Yet, I still work to discuss and utilize my experiences in forums like these to increase understanding and provide a bigger window into my life as a transgender woman.

A DIVERSIDADE OCULTA: O CASO DAS PESSOAS IDOSAS LGTBI

HIDDEN DIVERSITY: THE CASE OF LGTBI ELDERS

Jorge Gracia Ibáñez*
(ESCOLA DE CRIMINOLOGIA · FDUP)

RESUMO: As pessoas idosas LGTBI são um coletivo socialmente invisibilizado. A discriminação que vivem é complexa e provém de um cruzamento entre a *LGTBIfobia* e o idadismo. Face a essa discriminação é necessário desenvolver uma perspetiva interseccional que garanta o pleno gozo dos seus direitos. Neste texto são analisados alguns dos aspetos diferenciais da experiência das pessoas idosas LGTBI assim como a natureza interseccional da discriminação que enfrentam. Esta análise centra-se numa perspetiva de direitos humanos e detém-se especialmente no estudo dos desafios que coloca a não discriminação deste coletivo no acesso aos serviços e instituições de cuidados de longa duração.

PALAVRAS-CHAVE: LGTBIfobia; idadismo; interseccionalidade; direitos humanos, cuidados.

ABSTRACT: *LGTBI elders are a socially invisible collective. The discrimination they experience is complex and stems from a cross between LGTBIphobia and ageism. In view of this discrimination, it is necessary to develop an intersectional perspective that guarantees the full enjoyment of their rights. In this text, some of the differential aspects of the experience of LGTBI elders are analyzed, as well as the intersectional nature of the discrimination they face. This analysis focuses on a human rights perspective and centers on the main challenges to ensure non-discrimination in accessing long-term care services and institutions.*

KEYWORDS: *LGTBIphobia; ageism; intersectionality; human rights, care.*

* Professor Convidado equivalente a Professor Auxiliar. Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP-Escola de Criminologia). Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto. (jibanez@direito.up.pt)

1. Introdução

A imagem social das pessoas LGTBI quase nunca as relaciona com a velhice. Assim sendo, a mera existência de um idoso/a gay, lésbica ou transexual parece difícil de aceitar socialmente. Estamos perante uma população silenciada e, em grande medida, esquecida pela sociedade, tanto pelo poder público quanto pela prática e teoria gerontológica dominante.

No caso dos idosos LGTBI, a discriminação social tem uma origem dupla, pois provém tanto da idade avançada quanto da diversidade afetivo-sexual. É por isso que a posição social e as necessidades dos idosos LGTBI devem ser analisadas de uma perspetiva interseccional, dado o cruzamento de eixos de subordinação que coloca este coletivo numa situação de especial vulnerabilidade. À discriminação que sofrem as pessoas idosas, acresce a discriminação que atinge as pessoas pertencentes a uma minoria sexual, o que põe em questão o gozo pleno dos seus direitos.

As necessidades dos idosos LGTBI são, em muitos aspetos, as mesmas do que as do resto dos idosos, mas existem também algumas necessidades específicas. Isto percebe-se especialmente no que tange aos cuidados formais e, portanto, é necessário que o sistema de provisão dos mesmos e os/as profissionais que nele trabalham estejam cientes da importância da adaptação para evitar situações de discriminação.

Neste trabalho começamos por caracterizar socialmente o coletivo de pessoas idosas LGTBI e refletir acerca das suas necessidades específicas. Depois analisamos, numa abordagem interseccional, a dupla discriminação que sofre este coletivo para, a seguir, colocar a questão da perspetiva dos direitos (humanos). Finalmente, realizamos algumas considerações específicas acerca da questão da provisão de cuidados formais aos idosos LGTBI.

2. Caracterização e necessidades dos idosos LGTBI

Tradicionalmente, a discussão acerca das minorias sexuais tem-se focado apenas na sexualidade. Mas essa ênfase terá gerado o efeito colateral de fazer com que abordar qualquer outro tópico de discussão pareça quase fora de lugar. A ideia errada, mas muito difundida, de que os idosos são seres assexuados também não ajuda a tornar este grupo socialmente visível: parece antes sugerir que, à medida que envelhecem, as pessoas deixam de ser lésbicas, gays ou transexuais para se tornarem entes sem sexo¹. Uma vez que a norma heterossexual aborda a sexualidade a partir do binómio homem-mulher jovem, o que acontece com a sexualidade das identidades e géneros autoperce-

¹ LOREE COOK - DANIELS, Lesbian, Gay male, Bisexual and Transgendered elders: elder abuse and Neglect Issues, *Journal of Elder Abuse and Neglect*. Vol. 9, nº. 2, 1998, pp. 35 – 49.

bidos? São negadas duplamente pois o imaginário social nega, por um lado, a sexualidade que deseja na velhice e, por outro lado, a identidade sexual não heteronormativa². Uma manifestação dessa discriminação complexa passa por atribuímos uma falsa homogeneidade ao grupo das pessoas idosas, pois nem todos os idosos/as são iguais, nem são necessariamente entes assexuados nem, como é obvio, são sempre heterossexuais.

Antes de mais, importa pensar na quantificação das pessoas idosas LGBTBI. Embora o critério demográfico seja fraco quando falamos em direitos fundamentais e políticas anti discriminatórias, é obvio que, para a opinião publica (e publicada), “não é a mesma coisa ser muitos do que uns poucos”³. Se tomarmos como exemplo o caso de Portugal, e partindo da interpretação que Peter Fischer⁴ faz de Kinsey (que considerou uma estimativa de população gay e lésbica adulta de um 8%), tendo em conta que a 2019 a população com 65 anos e mais era de 2.262.325⁵ podemos estar a falar potencialmente num universo de 180.986 indivíduos.

Para Rosenfeld e Pollner,⁶ a atual geração de gays e lésbicas idosos é a última na qual a diferença entre a construção social da homossexualidade *pre-Stonewall* e *pós-Stonewall* fará sentido⁷. Parece inevitável que os homossexuais de meia-idade lidem a partir de agora com outros elementos em relação à sua autoavaliação e quando atinjam a velhice: por exemplo, vai ser mais relevante analisar como reagiram nos debates culturais e políticos em torno da homossexualidade que surgiram com o aparecimento da SIDA-HIV. Estas gerações posteriores de homossexuais ficarão moldadas por outras condições sociais, históricas e político-jurídicas (como o reconhecimento do casamento igualitário) que determinam as mudanças na construção social da homossexualidade e sua inteligibilidade e também a forma como essas pessoas enfrentam

² SANDRA DI SERI et al., Doblemente encerrados: el closet en el asilo, GEHITU, No. 93, 2015, p. 11

³ BEATRIZ GIMENO, *Vejez y orientación sexual*, Madrid, Informe FEGLT, 2009, p. 23 Disponível em: <https://beatrizgimeno.files.wordpress.com/2009/09/informe-mayores-lgtb1.pdf> (Acesso a 1/2/2021)

⁴ FISCHER, P., *The gay mystique: the myths and reality of male homosexuality*, Nova Iorque, Stain and Day Publishers, 1972.

⁵ *Fontes/Entidades: INE, PORDATA* Disponível em <https://www.pordata.pt/> (Acesso a 1/2/2021)

⁶ D. ROSENFELD; M. POLLNER, *The Cross-culturing work of Gay and Lesbian Elderly*, *Advances in Life Course Research*, Vol. 5, 2000, p. 115.

⁷ Nos Estados Unidos, a maior parte da população não prestou atenção à existência de uma comunidade gay e lésbica até o incidente de *Stonewall Inn* em Nova York. Agentes de polícia invadiram um bar gay em *Greenwich Village* em junho de 1969. Aquelas rugas eram frequentes, mas naquela ocasião algo inusitado aconteceu: os clientes devolveram o ataque, gerando um fim de semana de tumultos. Esse facto é historicamente considerado o início do movimento em prol dos direitos de gays e lésbicas. Vid. D.E. PACQUAO; M.K. CARNEY, *La cultura de la homosexualidad: Lecciones desde los ritos de pasaje*, *Cultura de los cuidados*, nº 7 y 8, 2000, pp. 76–77.

sua própria velhice⁸. A identidade LGBT não é apenas polivalente, mas também historicamente contingente⁹.

A experiência de envelhecimento das pessoas LGBTI é semelhante em muitos aspectos à experiência das pessoas heterossexuais, mas diferente noutros tantos. Entre essas experiências diversas, focar-nos-emos apenas em três aspectos: a vida familiar e afetiva num sentido amplo que vai além dos parceiros sexuais, determinadas questões relacionadas com a saúde e, conectada também com este último aspecto, a questão específica do cuidado, que analisaremos com maior profundidade na parte final deste trabalho.

Relativamente ao primeiro aspecto, importa frisar que uma parte importante da literatura, sobretudo anglo-saxónica, sugere que pertencer a um grupo socialmente estigmatizado terá proporcionado a esses idosos uma competência especial para enfrentar crises e mudanças¹⁰. Acresce uma maior flexibilidade na assunção dos papéis de género em relação à maioria dos heterossexuais, o que pode facilitar a assunção de mudanças que advêm com a idade, como a perda de um parceiro. Os idosos LGBTI teriam um maior sentido de resiliência e independência. Por um lado, isso tornaria mais fácil para gays e lésbicas partilhar uma rede de relacionamentos mais forte do que heterossexuais entre amigos, amantes e pares e não ter a expectativa de serem cuidados pelos seus parentes à medida que envelhecem. Ademais, teriam aprendido a importância da independência pessoal ao planear o seu envelhecimento¹¹. Desta forma, "o desejo de viver uma vida plena, apesar do preconceito e das adversidades, levou muitas pessoas LGBTI a criar uma rica matriz de laços de parentesco legais, biológicos e fictícios. De facto, alguns laços de *família* das pessoas idosas LGBTI são, na verdade, com seus amigos"¹². Essa mistura de laços de parentesco biológicos e escolhidos seria uma das características diferenciais no envelhecimento LGBTI. Por isso, uma das necessidades detetadas da velhice, do ponto de vista da diversidade afetivo-sexual, será que essa realidade complexa de famílias "de escolha" seja devidamente respeitada e reconhecida.

Algumas outras diferenças no envelhecimento prendem-se com questões relacionadas com a saúde da perspectiva da diversidade afetivo-sexual. Por exemplo, questões que tangem ao surgimento da SIDA-HIV que marcou o ativismo homossexual²⁵. A sociedade, que, com maior ou menor dificuldade, tem compreendido que os pacientes infetados pelo HIV tanto podem ser homos-

⁸ S. BROTMAN *et al.*, The Health and Social Service Needs of Gay and Lesbian Elders and Their Families in Canada, *The Gerontologist*, Vol. 43, nº 2, 2003 p.200.

⁹ N.J. KNAUER, LGBT Elder Law: Toward Equity in Aging, *Harvard Journal of Law and Gender*, Vol. 32, 2009, p. 307.

¹⁰ Vid. J.S. REID, *Development in later lives in Lesbian in Gay and Bisexuals Identities over the Lifespan. Psychological Perspectives*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1995, pp. 215–240. ELLIS, A.I., (2001), *Gay Men at Midlife: Age Before Beauty*, Nova Iorque, Harrington Park, 2001.

¹¹ D.F. MORROW, Older Gay and Lesbians: Surviving a Generation of Hate and Violence, *Journal of Gay and Lesbian Social Services*, Vol. 13, nº 1/2, 2001, p. 163.

¹² DEBRA A. HARLEY; P. B. TEASTER, (Eds.), *Handbook of LGBT Elders. An Interdisciplinary Approach to Principles, Practices, and Policies*, 1 ed, Cham Heildeberg, New York, Springer, 1 ed., 2016, p.57.

sexuais quanto heterossexuais, continua a persistir, no entanto, na imagem de que eles são invariavelmente jovens. Mas a verdade é que, com o melhoramento dos tratamentos, os portadores do HIV estão a viver mais e, portanto, também estão a envelhecer¹³. O isolamento das pessoas idosas seropositivas pode ser especialmente grave, uma vez que a doença pode ter gerado a perda de companheiros e amigos¹⁴. Também devemos ter em conta a possível maior afetação da saúde mental neste coletivo de pessoas idosas LGBTBI, muitas vezes consequência de uma vida de discriminação e rejeição de uma parte importante da sociedade. A relação dos homossexuais, especialmente os mais velhos, com os serviços de saúde mental tem sido complicada e não admira que as pessoas LGBTBI, especialmente as pessoas *trans*, receiem recorrer a estes serviços¹⁵. De facto, os idosos LGBTBI apresentam, como demonstram alguns estudos¹⁶, um maior receio no geral de acudir aos serviços de saúde. É especialmente o caso das pessoas transexuais, para as quais consultar o médico pode significar superar muitos medos de mal-entendidos, falta de apoio e várias formas de rejeição. Por outro lado, a saúde de certas pessoas transexuais pode estar seriamente comprometida na velhice pelo uso inadequado, excessivo ou descontrolado de tratamentos médicos intensivos usados na juventude para mudar a aparência física para torná-la consistente com seus desejos¹⁷. Tudo isto acarreta importantes consequências do ponto de vista do acesso aos cuidados de saúde das pessoas LGBTBI.

Outras diferenças e necessidades referem-se à provisão de cuidados, mas trataremos destas questões com pormenor na parte final deste artigo.

3. Discriminação, uma abordagem interseccional: o *idadismo* encontra-se com a *LGTBIfobia*

Paradoxalmente, a sociedade em que vivemos, cada vez mais envelhecida, desvaloriza a velhice e, portanto, discrimina os idosos; simultaneamente, continua a ser pouco respeitadora da diversidade sexual e afetiva. Isto coloca o coletivo das pessoas idosas LGBTBI no centro de um cruzamento de, pelo menos, dois eixos de discriminação: a *LGTBIfobia* e o *idadismo*. Antes de mais, importa analisar em separado algumas questões relacionadas com cada uma dessas fontes de discriminação.

¹³ BEATRIZ GIMENO, *Vejez y orientación sexual...* p.28.

¹⁴ N.J. KNAUER, *LGBT Elder Law...* p.315.

¹⁵ BEATRIZ GIMENO, *Vejez y orientación sexual...* p.26.

¹⁶ *Vid.* ANNE K. HUGHES *et al.*, Awareness of LGBT Aging Issues Among Aging Services Network Providers, *Journal of Gerontological Social Work*, 54:7, 2011, pp. 659-677; NICK C. JACKSON *et al.*, The Potential Impact of Discrimination Fears of Older Gays, Lesbians, Bisexuals and Transgender Individuals Living in Small- to Moderate-Sized Cities on Long-Term Health Care, *Journal of Homosexuality*, 54:3, pp. 325-339.

¹⁷ BEATRIZ GIMENO, *Vejez y orientación sexual...* p.23.

Em primeiro lugar, na sociedade atual, apesar dos inegáveis avanços, o *heterossexismo* continua a estar muito presente. Ou seja, mantém-se socialmente a convicção de que o que é natural ou normal é ser heterossexual¹⁸. Assim sendo, a *heteronormatividade*, regime da heterossexualidade compulsória, como um bom sistema repressivo, esconde quase perfeitamente o arcabouço sobre o qual se constrói. Pois o objetivo de qualquer construção ideológica que visa a manutenção de um sistema de submissão é, justamente, parecer natural¹⁹. Esse heterossexismo social leva inevitavelmente à homofobia e outras formas de discriminação relacionadas com a diversidade sexual e afetiva. Essas várias formas de discriminação geram o estigma da pessoa LGBTI.

A homofobia foi definida pela primeira vez pelo psicólogo George Weinberg como "O medo e ódio dirigido contra aqueles que são, ou presumimos que podem ser, gays ou lésbicas"²⁰. Além da homofobia, as diversas formas de discriminação contra as pessoas LGBTI podem incluir-se na palavra *LGBTIfobia* (decerto não muito elegante, mas esclarecedora).

Esse estigma associado ao preconceito pode ter efeitos realmente devastadores. E, às vezes, torna-se, quando internalizado, *autoestigma*: não é apenas ódio dos outros, mas também ódio de si mesmo. Tudo isso coloca essas pessoas em situação de opressão. Essa opressão pode concretizar-se ativamente na promulgação de leis que criminalizam a homossexualidade ou qualquer forma de diversidade sexual. Ou estar presente na ação das potências e forças de segurança dos Estados contra esses grupos. Ou simplesmente, de forma passiva, pela omissão (ou ação insuficiente) desses Estados na sua defesa e proteção, evitando a violação de seus direitos. Ou atuar de formas muito mais subtis, como uma discriminação social difusa que faz invisíveis as suas necessidades.

É evidente que, em sociedades como a portuguesa e a espanhola, o reconhecimento de direitos como o casamento homossexual e, num contexto mais amplo, a crescente tolerância em relação à diversidade sexual, criaram uma espécie de sensação de chegada ou efeito de objetivo alcançado. "Eles já conquistaram muito; agora podem até casar-se: então o que mais querem?" Essas percepções convertem em quase irrelevante qualquer tipo de discussão sobre formas veladas de discriminação contra minorias sexuais. Certamente, nos últimos tempos o discurso estigmatizante que universalmente contemplava a homossexualidade como algo criminoso, pecaminoso e doentio foi progressivamente substituído pelo modelo integrador do movimento de libertação LGBTI que constitui, hoje, o discurso normativo. Todavia, o discurso discriminatório não foi completamente ultrapassado, pois uma coisa são as posições políticas (que refletem uma atitude liberal) e outra são as

¹⁸ L.M. PETERMAN; CH, G., DIXON, Domestic Violence between Same-Sex Partners. Implications for Counselling, *Journal for Counselling and Development*, Vol. 81, 2003, p. 44

¹⁹ BEATRIZ GIMENO, Vejez y orientación sexual...

²⁰ G. WEINBERG, *Society and the healthy homosexual*, 1 ed. Nueva York: St. Martin Press, 1972.

práticas sociais que estão longe de ser ideais. Pode-se dizer que o vírus da *LGTBifobia* sofreu mutação, permanecendo vivo até hoje²¹.

No caso das mulheres lésbicas, acresce o facto da falta da visibilidade das mesmas, mesmo dentro do coletivo LGBTBI. Como explica Beatriz Gimeno: o âmbito gay masculino é o âmbito geral, enquanto o mundo das mulheres lésbicas é sempre o espaço particular. Isto converte as mulheres lésbicas em muito menos visíveis tanto para o mundo heterossexual quanto para o mundo homossexual. Elas estariam discriminadas em diferentes âmbitos: no âmbito heterossexual, no âmbito gay e entre as mulheres. No entanto, a invisibilidade tradicional das mulheres lésbicas tem tido um efeito paradoxal: de um lado, teria permitido o desenvolvimento dos seus relacionamentos com menor pressão social e legal do que os homens gay; todavia, a falta de referentes teria complicado o processo de entendimento e conceptualização da sua orientação sexual e dificultado a vivência plena do seu desejo²².

No caso das pessoas *trans*, elas são amiúde vítimas da discriminação mais grave. As manifestações de transfobia na sociedade, da discriminação no mundo laboral até aos crimes de ódio, são bastante persistentes nas nossas sociedades, inclusivamente naquelas aparentemente mais tolerantes com a diversidade afetivo-sexual²³. Segundo Talia Bettcher²⁴, o entendimento da transfobia implica assumir que a diferença binária entre homem e mulher é uma construção social que infringe grande dano a quem não se ajustar claramente num desses significantes sociais. No caso em estudo, a mera existência de pessoas idosas *trans* parece dificilmente aceitável no seio de uma sociedade que não perdoa a transgressão dos géneros binários e, além disso, ignora os problemas das pessoas idosas. No entanto, alguns estudos demonstram que uma porção significativa de pessoas *trans* não faz a transição entre os géneros até ao final da meia-idade e além²⁵. Algumas das razões para essa transição tardia seriam a reforma (para evitar problemas laborais), a partida dos filhos do lar (o que reduz a necessidade de preservar certa imagem familiar) ou a morte dos pais.

Ademais da *LGTBifobia*, devemos ter em conta no caso em estudo o idadismo. As nossas sociedades, incluindo a portuguesa²⁶, segundo explicou

²¹ JORGE GRACIA, La discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género. Homofobia. Transfobia y derechos humanos, *El tiempo de los derechos*, 2012, p.7.

²² C.G. HERNÁNDEZ, Al armario de nuevo: la invisibilidad de las activistas lesbianas en la construcción del movimiento LGTB español, in *Cultura, homosexualidad y homofobia; Vol. 1: Amazonía: retos de visibilidad lesbiana*, 1 ed., Barcelona, Laertes, 2007, p.64.

²³ Vid. FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY - FRA, *Ser Trans na UE. Análise comparativa dos dados do inquérito LGBT europeu*, Viena, 2014, p. 1-16. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_pt.pdf (Acesso a 1/2/2021).

²⁴ T.M., BETTCHER, *Understanding Transphobia: Authenticity and Sexual Abuse in Trans/Forming Feminisms: Transfeminist Voices Speak Out*, 1 ed. New York, Sumach Press, 2006, p. 203.

²⁵ LOREE COOK – DANIELS, *Transgender elders and Significant Others, Friends, Families, and Allies (SOFAAs): A primer for Service Providers and Advocates*, 1 ed., Glendale, 2002, p.5.

²⁶ Segundo as estatísticas oficiais em Portugal havia em 2019 um total de 2.262.325 idosos, sendo que 4178 tinham mais que 100 anos. A esperança de vida à nascença a 2018 en-

há algum tempo a socióloga espanhola Maria Teresa Bazo, têm-se convertido em sociedades idosas que, não obstante, discriminam os mais velhos²⁷. Paralelamente ao envelhecimento da população vem-se desenvolvendo um fenómeno que é o da discriminação (nas mais variadas vertentes) da população envelhecida, discriminação essa baseada na idade (e na eventual decorrente perda de operacionalidade com ela relacionada). Essa discriminação é conceituada como *idadismo*.

A terminologia foi usada pela primeira vez no final dos anos 1960 por Butler, que definiu o idadismo como “um processo pelo qual as pessoas mais velhas são sistematicamente estereotipadas apenas pelo facto de serem velhas, da mesma forma que acontece no caso do racismo e o sexismo, nessas situações devido à cor da pele ou sexo”²⁸. Essa atitude inclui desde a disseminação de estereótipos negativos na comunicação social e no quotidiano que leva à estigmatização do grupo até atitudes paternalistas e condescendentes com os idosos. O idadismo é composto por três elementos: estereótipos, preconceitos e discriminação em relação a grupos ou indivíduos com base na sua idade²⁹.

Assim sendo, como se recolhe num recente relatório realizado pela APAV em parceria com a Fundação Calouste Gulbenkian, a representação social dominante da velhice comporta uma serie de estereótipos quanto às pessoas idosas, “que são frequentemente vistas pela sociedade como pessoas frágeis, doentes e dependentes”. Ao mesmo tempo “todo o grupo populacional a que pertencem estas pessoas é encarado pelas camadas mais jovens da população – a população ativa – como um encargo económico e social que pesa nos bolsos do Estado e que lhes retira oportunidades de crescimento e prosperidade”³⁰. De facto, até aos anos 70, a tradição teórica no campo da gerontologia social atribuía a causa dos problemas na velhice à dificuldade de adaptação individual ao envelhecimento, à reforma ou ao declínio físico. Todas estas questões eram assumidas, até certo grau, como desenvolvimentos inevitáveis no Estado e na economia que geram desigualdade na velhice. O foco de atenção vai-se deslocando para a análise do mercado de trabalho e do sistema de reforma, e para a relação destes com o empobrecimento dos idosos. Os baixos rendimentos são aceites como uma característica natural dos idosos, enquanto estes são configurados como um fardo social. Aliás, como conclui o relatório supracitado:

contra-se nos 80,9 anos para a população geral, nos 78 anos para os homens e nos 83,5 anos para as mulheres. *Fontes/Entidades: INE, PORDATA* Disponível em <https://www.pordata.pt/> (Acesso a 1/2/2021).

²⁷ MARÍA TERESA BAZO, *La sociedad anciana*, Madrid, Siglo XXI, 1990.

²⁸ R.N., BUTLER; M. I. LEWIS, *Aging and Mental Health*. St. Louis, MD: C.V. Mosby, 1973, p.141.

²⁹ APAV; FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, *Portugal mais velho. Por uma sociedade onde os direitos não têm idade*, 1 ed Lisboa., 2020 p. 3

Disponível em: <https://apav.pt/publiproj/images/yootheme/PDF/RelatorioPortugalMaisVelho.pdf>. (Acesso a 28/1/2021)

³⁰ APAV; FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, *Portugal mais velho...* p.3.

“Numa sociedade cada vez mais envelhecida, as atitudes e comportamentos idadistas são potenciados por uma visão estritamente económica da sociedade: as pessoas idosas estão reformadas (o que significa que o Estado terá de lhes atribuir uma pensão, o que se traduz em custos económicos), podem ter problemas de saúde que as obrigue a depender do Sistema Nacional de Saúde e/ou da Segurança Social e, em contrapartida, não trabalham, logo não produzem”³¹.

Nas palavras de Isabel Dias, no *Posfácio* do relatório da APAV, *Portugal mais velho*:

“... a vulnerabilidade na velhice resulta de interações complexas entre riscos, a exposição a ameaças e a falta de recursos para lidar com essas ameaças e riscos. Também é certo que a distribuição de riscos na velhice é muito desigual, quer porque existem eventos e condições que não são controláveis pelas pessoas (e.g., viuvez, dependência física e/ou cognitiva, violência, propagação da COVID-19), quer porque existem dimensões de vulnerabilidade que são socialmente construídas, que têm uma base estrutural e que se desenvolvem ao longo do ciclo de vida (e.g. trajetórias profissionais precárias, pobreza, reforma), influenciando largamente a forma como se gere os desafios específicos que surgem na idade avançada”³².

Esta vulnerabilidade apresenta, portanto, elementos biológicos relacionados com os efeitos da velhice na saúde, mas também possui contornos socialmente construídos. Com efeito, apesar do estatuto constitucional e legal do idoso como pessoa jurídica e pessoa humana digna, o fenómeno discriminatório constitui um contrassenso³³ e é preciso prevenir, aplicando e criando regras jurídicas protetoras deste grupo de risco, que no futuro será maioritário e necessita de especiais cuidados e regras jurídicas adequadas à sua especial condição/vulnerabilidade. Em palavras de José Ferreira-Alves e Rosa Novo:

³¹ APAV; Fundação Calouste Gulbenkian, *Portugal mais velho...* p.127.

³² ISABEL DIAS, *Posfácio*, in *Portugal mais velho. Por uma sociedade onde os direitos não têm idade*, 1 ed., Lisboa., 2020 p. 149. Disponível em: <https://apav.pt/publiproj/images/yootheme/PDF/RelatorioPortugalMaisVelho.pdf>. (Acesso a 28/1/2021)

³³ Da perspetiva portuguesa é muito interessante o estudo descritivo conduzido por Ferreira Alves e Novo em 2006 que teve como objetivo conhecer o ponto de vista das pessoas idosas, ou seja, a sua própria perceção de ocorrências de episódios de discriminação através da aplicação do um instrumento específico concebido por Palmore no intuito de caracterizar a perceção de 324 pessoas, homens e mulheres com mais de 60 anos e residentes em vários concelhos de Portugal, algumas institucionalizadas e outras vivendo integradas, em condições normais, na comunidade. Os resultados do estudo apontaram para uma perceção de discriminação por uma parte significativa da amostra. As ocorrências mais frequentemente percecionadas situam-se em interações com profissionais de saúde e em outros contextos interpessoais em que os interlocutores supõem *a priori* que a pessoa idosa já não ouve bem ou não compreende. Foram encontradas tanto uma associação positiva da perceção da discriminação com a idade, quanto uma perceção de discriminação significativamente superior entre as pessoas institucionalizadas, nos chamados 'lares de terceira idade'. Vid. JOSÉ FERREIRA-ALVES; ROSA NOVO, Avaliação da discriminação social de pessoas idosas em Portugal, *International Journal of Clinical and Health Psychology* Vol. 6, 2006, nº 1, pp. 65-77.

“de um ponto de vista científico, não há motivo para atribuir ao avanço da idade aquilo que as práticas discriminatórias sempre supõem: menor capacidade, competência ou dignidade. E, por isso, os resultados obtidos apontam para a necessidade de uma intervenção cultural lata da parte da comunidade científica no sentido de esclarecer, sempre que possível, os complexos puzzles de relações encontrados entre envelhecimento e saúde, envelhecimento e doença, envelhecimento e competência”³⁴.

De facto, como já vimos *ut supra*, as circunstâncias das pessoas idosas LGBTI e, portanto, as suas necessidades são, pelos menos em alguns aspectos, diversas em relação aos idosos heterossexuais. Nesse sentido, políticas anti discriminatórias eficazes, que pretendam realmente combater o *idadismo* e diminuir a vulnerabilidade que provém dessa discriminação, devem ter em conta essas diferenças a partir de uma perspectiva necessariamente interseccional. Como é bem conhecido, o conceito de interseccionalidade foi introduzido na teoria social por Kimberle Crenshaw, e tem-se convertido num elemento muito relevante nos desenvolvimentos da teoria de género e das políticas antidiscriminatórias. A interseccionalidade é um conceito que afirma a coexistência de vários fatores, também conhecidos como eixos de subordinação (vulnerabilidades, violência, discriminação), que se sobrepõem na vida de uma pessoa. Determinados indivíduos, colocados em posições de intersecção entre eixos distintos, sofrem a desigualdade de forma única e qualitativamente diferente, que não pode (e não deve) ser analisada a partir de uma simples soma de categorias. Nesses casos, múltiplas desvantagens interagem com vulnerabilidades pré-existentes, produzindo uma dimensão diferente de desempoderamento. Um olhar interseccional deve ajudar-nos na necessária tarefa de relacionar as dimensões, estruturas e dinâmicas que conduzem às múltiplas formas de dominação.

Desse ponto de vista, a perspectiva interseccional, além da teoria de género, torna-se uma oportunidade para tentar acabar com a desigualdade e a discriminação com base na realidade do ser humano. De acordo com Karlos Castilla³⁵, supõe uma oportunidade de identificar todas as causas da desigualdade que se dão numa pessoa pelas características pessoais que possui, assim como a forma como atuam juntas, evitando colocar os indivíduos discriminados numa categoria na qual podem ser facilmente classificados, mas em que, comparativamente com outros membros dessa categoria, continuam a encontrar-se em situação de desigualdade e desvantagem.

No caso em estudo interagem, como já dissemos, dois eixos de subordinação: o relacionado com a velhice e com a diversidade sexual, *idadismo* e *LGBTIfobia*. Acresce o facto de que o grupo que exerce discriminação e,

³⁴ JOSÉ FERREIRA-ALVES; ROSA NOVO, Avaliação da discriminação social de pessoas idosas em Portugal... pp. 74-75.

³⁵ KARLOS CASTILLA, Interseccionalidad: un paso más en el largo camino por la igualdad, *Papeles el tiempo de los derechos*, nº 18, 2020, p. 5. Disponível em: <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2020/03/wp-huriage-interseccionalidad-18-20.pdf> (Acesso a 29/1/2021).

consequentemente, opressão nem sempre é o mesmo, pelo que essa intersecção apresenta, neste caso, uma grande complexidade. Pessoas idosas LGBTI são discriminadas: primeiro, na sociedade em geral, como pessoas idosas; segundo, como pessoas idosas e pertencentes a uma minoria sexual; terceiro, dentro do grupo de pessoas idosas, como homossexuais ou pessoas *trans*; e, em quarto lugar, como pessoas idosas dentro da própria comunidade LGBTI.

Por exemplo, um famoso estudo norte-americano de 2005³⁶ que tentou analisar a percepção do envelhecimento na comunidade LGBTI descobriu que os gays consideravam outro gay como velho a partir dos 39 anos, e as mulheres lésbicas consideravam velha outra mulher a partir de 49 anos. Em outras palavras, numa comunidade onde gays na faixa dos 20 anos consideram os gays na casa dos 30 como irrelevantes, a existência de gays na casa dos 80 e a gestão de seu bem-estar resulta um desafio óbvio. A visibilidade social que alcançaram, por exemplo, os jovens gays e lésbicas, contrasta com a indiferença social e a invisibilidade das pessoas idosas LGBTI, mesmo dentro dos programas, dispositivos e iniciativas implantados por esses mesmos grupos em prol dos direitos destas minorias sexuais.

4. Uma questão de direitos (humanos)

A reivindicação do princípio de não discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero e o reconhecimento dos direitos das pessoas LGBTI foram incorporadas ao discurso das Nações Unidas tardiamente. Embora alguns passos decisivos tenham sido dados nessa direção nos últimos anos, é particularmente difícil chegar a um consenso nessa matéria. Em alguns países, a homossexualidade continua a ser um crime punido com penas de prisão, e às vezes até com a morte³⁷, e a isto acresce a atitude hostil de muitas sociedades face à diversidade sexual, que causa situações de violência e rejeição.

Não obstante, percebe-se o ressurgimento de um novo discurso relacionado com as ideias de respeito e certa tolerância. Este novo discurso permitir-nos-ia ir mais além, nesta questão, da simples inibição do Estado³⁸. Nesse sentido, à descriminalização das condutas relacionadas com a homossexualidade, acrescenta-se uma nova etapa: o Estado deve intervir para

³⁶ R.D. SCHOPE, Who's Afraid of Growing Old? Gay and Lesbian Perceptions of Aging, *Journal of Gerontological Social Work*, Vol. 45(4), 2005, pp. 23–39.

³⁷ Até dezembro de 2019, 70 países criminalizavam a relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo. Vid. LUCAS RAMÓN MENDOS, *Homofobia de Estado 2019: Actualización del Panorama Global de la Legislación*, Ginebra, ILGA Mundo., 2019, p.51, Disponível em https://ilga.org/downloads/ILGA_World_Homofobia_de_Estado_Actualizacion_Panorama_global_Legislacion_diciembre_2019.pdf (Acesso a 1/2/2021).

³⁸ CRISTINA AMICH, Cultura homosexual, sujeto homosexual y Derechos Humanos, *Foro, Nueva época*, nº 5, 2007, p. 208.

garantir ativamente o direito à vida e à integridade física dos homossexuais que possam ser ameaçados tanto por outros cidadãos quanto por agentes do próprio Estado, a partir do reconhecimento do direito humano à privacidade e à vida privada.

Na esteira destes avanços, encontramos iniciativas como os chamados Princípios de Yogyakarta³⁹. O projeto foi realizado por um grupo de vinte e nove especialistas em direito internacional e direitos humanos de vinte e cinco países, reunidos na Universidade Gadjah Mada em Yogyakarta, Indonésia, de 6 a 9 de novembro de 2006, que adotaram por unanimidade os referidos Princípios. Esta declaração consiste em uma introdução, um preâmbulo, 29 princípios e 16 recomendações adicionais. Eles referem-se a uma ampla gama de direitos humanos e como eles se aplicam a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Entre outros, eles incluem: execuções extralegais, violência e tortura, acesso à justiça, privacidade, não discriminação, direitos de liberdade de expressão e reunião, emprego, saúde, educação, migração e questões de refugiados, participação pública e uma variedade de outros direitos. Em 2017 foram adicionados mais 9 princípios e novas obrigações adicionais para os estados⁴⁰. No entanto, devemos ressaltar que se trata apenas de declarações, documentos de *soft law* e não de uma convenção internacional, que teria um grau muito maior de obrigatoriedade e monitorização.

Assim sendo, podemos afirmar que os instrumentos de direitos humanos existentes são insuficientes para prevenir a discriminação sofrida por pessoas LGTBI. Os homossexuais (e outras minorias sexuais) continuam a ser vistos como uma ameaça aos modelos vitais e sociais, e a única forma de conseguir o reconhecimento dos direitos humanos desses grupos é trabalhar pela mudança de mentalidades⁴¹. Por seu turno, se nos focarmos numa abordagem específica de direitos humanos, aplicada aos idosos, podemos falar de uma condição física e biológica que, como acontece no caso das crianças, as coloca numa situação de inferioridade nas relações sociais. Obrigaria, portanto, a uma proteção especial acrescida, mas não vinculada ao valor de igualdade senão ao valor da solidariedade ou fraternidade.

No seio da *sociedade idadista* (aliás, discriminadora dos idosos) os direitos das pessoas idosas encontram-se continuamente expostos a serem violados quer por preconceitos, mitos, estereótipos, quer simplesmente pelo desconhecimento dos traços que caracterizam este período da vida. Partindo da teoria das capacidades desenvolvida por Sen e Nussbaum, especialmen-

³⁹ Vid. UN, *The Yogyakarta Principles*, Geneve, 2007. Disponível em: http://yogyakarta-principles.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf (Acesso a 1/2/2021).

⁴⁰ Vid. UN, *The Yogyakarta Principles Plus 10*, Geneve, 2017. Disponível em: http://yogyakarta-principles.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf (Acesso a 1/2/2021).

⁴¹ CRISTINA AMICH, *Cultura homosexual, sujeto homosexual y Derechos Humanos...* p.216.

te na versão desta última,⁴² evidencia-se a pertinência de todas as nações elaborarem “um consenso social no que diz respeito a que tipo de atendimento é suficientemente essencial para as pessoas idosas para contarem com um direito básico que apenas poderia ser limitado na emergência mais extrema”. No entanto, a filósofa norte-americana admite que “uma vez que nenhuma nação tem deliberado em profundidade acerca dos direitos dos idosos, tal compreensão não existe”⁴³. De facto, ainda não temos uma Convenção Internacional que poderia permitir uma *mudança de paradigma* que viesse substituir a conceção historicamente predominante das pessoas idosas enquanto *objetos de direitos* para passarem a ser vistas como *sujeitos de direitos*⁴⁴.

Neste sentido “uma abordagem baseada nos direitos humanos funda-se no princípio da participação e no empoderamento dos indivíduos e das comunidades na promoção de mudanças, procurando reforçar a sua capacidade de exercer e reivindicar os seus direitos”⁴⁵.

Sendo o princípio de não discriminação um dos elementos essenciais desta abordagem⁴⁶, permite reconhecer não só as necessidades específicas que resultam do envelhecimento, mas outras características e circunstâncias que tornam certas pessoas idosas mais vulneráveis à violação dos seus direitos, permitindo desta forma e pela aplicação daquele princípio que as leis e políticas públicas tenham sempre em consideração os grupos mais marginalizados ou excluídos. Destarte, a abordagem interseccional parece-nos incontornável no caso em estudo de uma perspectiva de direitos humanos.

⁴² A autora explica que fala em capacidades no intuito de ressaltar a eleição e a iniciativa. Assim “as pessoas têm direito na apenas a uma satisfação passiva, mas a um conjunto de oportunidades para escolherem”. Deste jeito “a diferença de outros planeamentos baseados na ideia de um contrato social para benefício mútuo, o enfoque das capacidades começa com a ideia básica de que as políticas sobre direitos fundamentais devem respeitar a igual dignidade humana de todos os cidadãos, independentemente da sua atual produtividade económica e, portanto, independentemente de se resultar economicamente vantajoso colaborar com eles”. MARTHA C. NUSSBAUM, *Vejez y capacidades humanas*, in *Envejecer con sentido*, Paidós, Barcelona, 2018, p.262.

⁴³ MARTHA C. NUSSBAUM, *Vejez y capacidades humanas...* p.277.

⁴⁴ LUIS RODRIGUEZ-PIÑERO, *El valor y la necesidad de una Convención internacional. Los derechos de las personas mayores*, *Materiales de estudio y divulgación*, 4, CEPAL, 2011, p.11-12.

⁴⁵ APAV; Fundação Calouste Gulbenkian, *Portugal mais velho...* p.110.

⁴⁶ Por razões de espaço não vamos abordar com profundidade a questão do princípio de igualdade e não discriminação, mas merece a pena lembrar que aparece em vários dos principais diplomas de direitos humanos (artigo 2 Declaração Universal dos direitos humanos, artigos 2 e 3 Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais, artigo 14 Convenção Europeia dos Direitos Humanos, entre outros) A maioria não fala explicitamente da idade nem da orientação sexual, mas devem ficar incluídas na menção a quaisquer outras formas de discriminação. No caso dos direitos fundamentais constitucionalizados, essa proibição de discriminação aparece, por exemplo, no artigo 14 da Constituição Espanhola (doravante CE) e no caso da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) no artigo 13. Ambos os textos constitucionais ibéricos não fazem uma referência específica à idade, no entanto devemos destacar como a CRP, diferentemente da CE, inclui no seu artigo 13 entre as causas elencadas de proibição da discriminação a orientação sexual.

Um exemplo de aplicação desta abordagem pode ser encontrado na legislação nacional espanhola, num conjunto de leis antidiscriminatórias do coletivo LGTBI que foram aprovadas por algumas comunidades autónomas no exercício das suas competências⁴⁷. Este conjunto de leis autonómicas espanholas partilham como objetivo garantir a igualdade e não discriminação em razão da orientação sexual, expressão ou identidade de género de pessoas LGTBI. Abrangem medidas voltadas para áreas específicas como saúde, trabalho, educação, família, desporto e, também, comunicação⁴⁸. A maioria delas incluem alguma referência geral às pessoas idosas, assim como especificamente à igualdade de tratamento e de acesso aos serviços sociais e à rede residencial, aspeto que será analisado na parte final deste texto com alguns exemplos concretos⁴⁹.

5. Cuidado e idosos LGTBI

De maneira geral, define-se a atividade de cuidar como a ação social dirigida a garantir a sobrevivência social e orgânica das pessoas que carecem ou perderam a autonomia e precisam da ajuda de outrem para realizarem os atos essenciais do quotidiano⁵⁰. A experiência de cuidar e de sermos cuidados está a marcar a forma de nos autodefinirmos, assim como os nossos relacionamentos sociais. Atualmente, o cuidado constitui uma parte integral do processo através do qual a sociedade mantém e reproduz a sua saúde física e a força de trabalho. Como nos relembra Pérez Orozco, o cuidar apresenta uma dupla dimensão: material, corporal - aliás, realizar tarefas concretas com re-

⁴⁷ A primeira lei autonómica de igualdade e não discriminação LGTBI foi aprovada na Galiza a 14 de abril de 2014. Depois dessa lei autonómica pioneira nove Comunidades Autónomas têm aprovado leis semelhantes (Galicia, Cataluña, Extremadura, Illes Balears, Murcia, Madrid, Navarra, Andalucía, Comunitat Valenciana e Aragón). *Vid.* ADOLFO CARRATALÁ; BEATRIZ HERRERO-JIMÉNEZ, La regulación contra el discurso de odio hacia el colectivo LGTBI en los medios: análisis comparado de diez leyes autonómicas, *RAEIC, Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, vol 6, No 12, 2019, p. 66.

⁴⁸ ADOLFO CARRATALÁ; BEATRIZ HERRERO-JIMÉNEZ, La regulación contra el discurso de odio hacia el colectivo LGTBI en los medios... p.66.

⁴⁹ Apenas como exemplo dessa referência mais geral, o artigo 9, alínea 1 da *Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid*, consagrado ao apoio e proteção das pessoas LGTBI em situação de vulnerabilidade ou exclusão social, dispõe: "... La Comunidad de Madrid llevará a cabo medidas activas de prevención de la discriminación, promoción de la inclusión social y la visibilidad de las personas LGTBI que se encuentren en situación o riesgo de vulnerabilidad o exclusión social, tales como menores, jóvenes, personas mayores, personas con discapacidad, dependientes, etcétera, así como medidas de apoyo a las víctimas de la discriminación en el ámbito familiar, vecinal, educativo, laboral, residencial, entre otros".

⁵⁰ SANDRA HUENCHUAN, ¿Qué más puedo esperar a mi edad? Cuidado, derechos de las personas mayores y obligaciones del Estado, in *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores (LC/L.3942)*, Santiago de Chile: CEPAL, 2014, p. 153. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/39570> (Acesso a 1/2/2021).

sultados tangíveis que visam atender o corpo e as suas necessidades fisiológicas – e imaterial, afetiva ou relacional – relativa ao bem-estar emocional⁵¹.

A esse respeito, Tronto⁵² argumenta que, se considerarmos que existem boas razões nas democracias para entender o cuidado como um bem público, então devemos fazer uma suposição tripla: primeiro, que as pessoas terão o direito de receber cuidados adequados ao longo da vida; em segundo lugar, que o direito ao cuidado também deve ser reconhecido, o que capacita as pessoas a participarem de relações de cuidado que tenham significado em suas vidas; terceiro, deve-se favorecer a participação na discussão pública, na qual é abordado como as duas premissas anteriores devem ser postas em prática. Desde a abordagem dos direitos, o cuidado pode ser definido como um direito subjetivo, aliás, como uma expectativa que a pessoa formou acerca da ação do Estado, dos poderes fáticos e do resto das pessoas⁵³. A obrigação do Estado perante a procura de cuidados é garantir o acesso aos serviços sociais para todas aquelas pessoas que se encontrem em situação de dependência, quer de forma temporária quer permanente⁵⁴. Todavia, o modelo de provisão de cuidados em países como Portugal e Espanha continua a estar muito focado na família e pouco desenvolvido no espaço público.

Esse modelo corresponde à descrição que faz Joan Tronto⁵⁵ da concepção neoliberal de cuidado, na qual a referida autora identifica três formas possíveis de resposta: primeiro, a responsabilidade individualizada (cada um deve cuidar de si); A segunda resposta que parte da compreensão do cuidado como uma questão que o mercado deve resolver (uma vez que o cuidado é uma necessidade e se espera que os mercados atendam às necessidades, a resposta comercial aparecerá imediatamente, pois o cuidado é apenas outra mercadoria); a terceira resposta, de certa forma antecipada pelas anteriores, considera a família como o local adequado para o cuidado. O que implica, como nos lembra María Jesús Izquierdo, que:

“si no formamos parte de una familia, cuando necesitamos cuidados quedamos abandonadas a nuestra suerte. La responsabilidad para con el sufrimiento y la dependencia se convierte en un asunto privado. Así, el cuidado de las personas no recae en una colectividad, sino en la posibilidad de disponer de una familia, y más precisamente, en las mujeres de la familia”⁵⁶.

⁵¹ AMAIA PÉREZ OROZCO, Amenaza tormenta: la crisis de los cuidados y la reorganización del sistema económico, *Revista de Economía Crítica*, nº 5, 2006, p.10

⁵² JOAN TRONTO, *Caring democracy: Markets, equality and justice*, New York, NY: NYU Press, 2013, pp. 153-154

⁵³ Luis Daniel Vazquez; Sandra Serrano, Los principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad. Apuntes para su aplicación práctica, *Biblioteca Jurídica Virtual UNAM*, pp. 137-138. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf> (Acesso a 1/2/2021).

⁵⁴ SANDRA HUENCHUAN, ¿Qué más puedo esperar a mi edad?...p.158

⁵⁵ JOAN TRONTO, There is an alternative: *homines curans* and the limits of neoliberalism. *International Journal of Care and Caring*, 1(1), 2017, pp. 27-43.

⁵⁶ MARÍA JESÚS IZQUIERDO, Consideraciones recientes del debate sobre cuidados. In: Ferreyra, M., coord., *El trabajo de cuidados: una cuestión de derechos humanos y políticas públicas*, Ciudad de México, ONU Mujeres, 2018, p.45

Assim, por exemplo no caso de Portugal, o recém-aprovado Estatuto do cuidador informal pela Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, define, no seu artigo 2, dois tipos diferentes de cuidador informal (principal e não principal) mas, nos dois casos, limita a dita consideração legal para “o cônjuge ou unido de facto, parente ou afim até ao 4.º grau da linha reta ou da linha colateral da pessoa cuidada”. De facto, ficam fora deste estatuto os cuidadores não familiares como vizinhos e amigos. Aliás, a “limitação da definição de cuidador informal a familiares da pessoa cuidada vem ignorar a representatividade dos cuidados prestados por cuidadores não familiares”⁵⁷. Isto é especialmente relevante no caso das pessoas idosas LGTBI já que, embora, como acontece com os idosos heterossexuais, dependam, quando precisam de cuidado, do suporte de companheiros/as, familiares e amigos, esta dependência é maior no seu caso relativamente a outros indivíduos também LGTBI ou que conheçam a orientação sexual da pessoa que precisa desses cuidados⁵⁸. Acresce o facto de que as pessoas idosas LGTBI muitas vezes carecem de uma família e, portanto, vão depender mais do que outros coletivos dos cuidados informais fornecidos por não familiares, e, quando não disponíveis ou rejeitados, dos cuidados formais fornecidos tanto pelo Estado quanto pelo mercado.

Como demonstram algumas avaliações⁵⁹, pelo menos em Espanha, os serviços dedicados ao cuidado de longa duração dos idosos estão mal preparados para esses desafios de integração. A necessidade de institucionalização, acesso a residência ou outros dispositivos de cuidado geriátrico em alguns processos de envelhecimento é especialmente complexa para idosos LGTBI que, em geral, demonstram pouca confiança de que, se revelarem sua condição, serão tratados adequadamente e respeitados no seu modo de vida. Num contexto em que, na melhor das hipóteses, se desconhece a sua mera existência e, na pior, o preconceito se encontra presente entre os profissionais ou entre outros residentes, é fácil sentir a pressão de voltar ao armário na velhice no intuito de se protegerem e para receberem a atenção e os cuidados necessários. Neste sentido, não existem demasiados estudos acerca das políticas de cuidados e as preferências, assim como acerca da natureza e extensão do receio que as pessoas idosas LGTBI podem enfrentar quando precisam de cuidados formais. A maioria dos estudos empíricos disponíveis provém dos EUA. No entanto, em Espanha, encontramos alguns trabalhos de investigação muito interessantes nesta linha.

É o caso de um estudo qualitativo realizado a partir de uma amostra de residentes e funcionários em cinco lares de terceira idade de Catalunha

⁵⁷ APAV; Fundação Calouste Gulbenkian, *Portugal mais velho...* p.85.

⁵⁸ ANNE K. HUGHES *et al.*, *Awareness of LGBT Aging Issues Among Aging Services Network ...* p.262.

⁵⁹ *Vid.* FELICIANO VILLAR *et al.*, *Sexualidad y personas mayores institucionalizadas: la perspectiva del residente y la perspectiva del profesional*, Barcelona, IMSERSO, Universitat de Barcelona, 2017 Disponível em: <http://www.acpgerontologia.com/documentacion/villaretal-sexualidadresidencias.pdf>

(Acesso a 29/1/2021)

(Espanha)⁶⁰, questionados acerca da homossexualidade nestes contextos institucionalizados entre residentes, que encontrou grandes diferenças entre a reação dos profissionais e utentes. Enquanto que os funcionários e profissionais relatam que a situação lhes pareceria normal e que a aceitariam sem dificuldades, a grande maioria dos utentes refere reações negativas, que vão desde o desconforto ou desagrado com a situação até à rejeição mais aberta. Os profissionais, por outro lado, também referem algumas reações mais específicas à situação, como oferecer algum tipo de ajuda ou apoio ao residente, comentar a situação com a equipa, ou atuar em caso de deteção de que o relacionamento não é mutuamente consentido.

Desta forma, os investigadores concluem que:

"no estar dispuesto a desvelar la propia orientación sexual se puede traducir en verse obligado a hacer una serie de sobreesfuerzos para comportarse heteronormativamente, que entre muchas otras cosas implicaría renunciar a llevar una vida coherente con los propios deseos y necesidades. En este tipo de contextos, recordemos, a la preocupación por las posibles reacciones de los profesionales se le suma la preocupación por las del resto de los compañeros"

Numa linha muito semelhante, com uma amostra equivalente, mas focados apenas nas reações dos residentes heterossexuais face à hipótese de existirem casais do mesmo sexo dentro dos lares a conviver com eles⁶¹, praticamente a mesma equipa elaborou outro trabalho de investigação cujos resultados mostraram como a maioria dos residentes expressou algum tipo de reação negativa. Estas reações iam desde ficar longe do residente em questão até à rejeição extrema, embora também tenham surgido reações positivas e neutras. Os participantes estavam muito mais relutantes em partilhar um quarto com aquele residente do que em partilhar espaços comuns. Além disso, os autores consideraram que a prevalência de atitudes homofóbicas entre os idosos que vivem em lares parece ser alta. Isso pode ser uma barreira para residentes LGBTBI, tornando a expressão de diversidade afetivo-sexual mais difícil e levando a práticas discriminatórias.

Alias, até assumindo, no melhor dos mundos possíveis, que apenas enfermeiros, médicos e funcionários sensíveis e educados tratem das pessoas idosas nos lares e outros dispositivos, as pessoas idosas que no passado

⁶⁰ Participaram no estudo, através de entrevistas semiestruturadas, 47 utentes de 5 instituições residenciais diferentes (27 mulheres e 20 homens). FELICIANO VILLAR *et al.* *Sexualidad y personas mayores institucionalizadas...*

⁶¹ Trata-se de um estudo misto em que a mesma amostra (47 residentes em 5 lares da Catalunha) é entrevistada para averiguar como reagiriam se outro residente lhes dissesse que se sentia sexualmente atraído por pessoas do mesmo sexo e que ele/ela manteve relações sexuais com outro homem/mulher, e se eles teriam qualquer problema em partilhar espaços comuns ou um quarto com este residente.

FELICIANO VILLAR *et al.*, *As Long as They Keep Away From Me: Attitudes Toward Non-heterosexual Sexual Orientation Among Residents Living in Spanish Residential Aged Care Facilities*, *Gerontologist*, Vol. 55, No. 6, 2015, pp. 1006–1014.

tenham experienciado discriminação podem ter medo de que isto volte a acontecer no futuro⁶². Destarte, utentes LGBTI podem estar mais receosos de aceitar acudir a estes serviços do que utentes heterossexuais, devido ao temor a serem vitimizados o ridiculizados mais uma vez ou a perderem a sua muito valorizada independência⁶³.

Por isso resulta fulcral a adaptação das estruturas, que deve passar por intervenções muito diversas: revisão dos protocolos e documentos que são utilizados na gestão administrativa para atender às possíveis diversidades afetivas e sexuais; políticas que permitam que casais do mesmo sexo continuem a vida juntos quando institucionalizados; políticas de saúde que considerem a existência e os direitos na tomada de decisões críticas das chamadas famílias de escolha; compreensão na conceção de programas de apoio aos cuidadores da experiência do envelhecimento e da vida das pessoas não heterossexuais.

Outra medida possível pode ser a criação de espaços e lares voltados especificamente para as necessidades de cuidados de longa duração dos idosos não heterossexuais. Trata-se de uma medida que pode ser contestada socialmente por se considerar que fomenta a criação de *ghettos* e, se ficar nas mãos do mercado, ser acessível apenas a pessoas com elevado poder de compra. Esta possibilidade de serviços especializados não nos deve fazer perder de vista a necessidade de os critérios antidiscriminação penetrarem e informarem a rede pública de serviços dedicados a idosos. Neste sentido, algumas das leis autonómicas espanholas acima mencionadas contemplam previsões específicas relativamente às condições em que os cuidados prestados em instituições devem fomentar a igualdade e a não discriminação das pessoas idosas LGBTI ⁶⁴. Ao abrigo destas leis tem havi-

⁶² NICK C. JACKSON *et al.*, *The Potential Impact of Discrimination Fears of Older Gays...* p. 329.

⁶³ LOREE COOK - DANIELS, *Lesbian, Gay male, Bisexual and Transgendered elders...*p-46.

⁶⁴ Por exemplo, no caso da Comunidad Autónoma de Madrid, a alínea 3 e alínea 5 do artigo 9 da *Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid* dispõe:

(...) 3. *La Comunidad de Madrid adoptará las medidas necesarias para garantizar la protección de los derechos de las personas LGBTI con discapacidad, en situación de dependencia o especialmente vulnerables por razón de edad. Los centros, residencias y servicios de atención a estas personas, públicos o privados, adoptarán las medidas necesarias para que los espacios o equipamientos identificados en función de sexo puedan utilizarse sin que se produzca ningún tipo de discriminación.* (...) 5. *La Comunidad de Madrid velará porque no se produzcan situaciones de discriminación de las personas LGBTI especialmente vulnerables por razón de edad, fomentando el respeto a la diversidad en lo relativo a la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género entre los usuarios de los servicios sociales. Las residencias de la tercera edad, tanto públicas como privadas, garantizarán el derecho a la no discriminación de personas LGBTI, ya sea tanto en su individualidad como en su relación sentimental. Así como la garantía de la continuidad de los tratamientos hormonales de las personas transexuales que así lo requieran.*

Por seu turno, no caso da Comunidad Autónoma de Aragón a *Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón*. Establece no artigo 35, alíneas 2) e 3) especificamente referido as pessoas trans: *social y asistencial.*

do iniciativas como a cedência de um edifício público destinado a acolher a primeira estrutura residencial para pessoas idosas LGTBIQ+ na Comunidad de Madrid e em Espanha⁶⁵.

São exemplos promissórios de um direito anti discriminatório com perspectiva interseccional que precisam ir além da mera retórica e cuja implementação em políticas concretas deve garantir o pleno gozo dos direitos para coletivos que tradicionalmente têm sido invisíveis para os poderes públicos, como acontece com as pessoas idosas LGTBI, em aspetos tão relevantes como o acesso aos serviços de cuidado, garantido em condições de igualdade real e de não discriminação.

6. Conclusões

Uma das formas mais insidiosas de discriminação é pensar que o coletivo que é alvo de preconceito é homogêneo, como um bloco sólido e desinteressante incapaz de ir além das características negativas que se presumem próprias do mesmo. Decerto esse é um dos aspetos mais evidentes do persistente idadismo social que coloca as pessoas idosas numa situação de opressão e vulnerabilidade acrescida. As pessoas idosas são diversas e, certamente, nem todas elas são heterossexuais.

Em primeiro lugar, devemos estar conscientes de que as pessoas idosas existem e são, como todas as pessoas, sujeitos de direitos. Os idosos LGTBI compartilham muitas das circunstâncias e necessidades do resto dos idosos, mas a sua experiência faz com que apresentem também traços diferenciais e necessidades específicas. A sua discriminação é uma discriminação complexa em que diferentes eixos de subordinação se entrecruzam. A forma em como os seus direitos são postos em questão em algumas ocasiões é, portanto, também específica e precisa de intervenções legais e políticas adequadas desde uma perspectiva interseccional.

Esta necessidade resulta especialmente relevante para os idosos LGTBI nas questões que têm a ver com a provisão e acesso aos cuidados formais

2. Las personas trans mayores, las que tengan discapacidad y las dependientes tendrán derecho al acogimiento en residencias adecuadas a su identidad de género y a recibir un trato que respete su individualidad e intimidad, y especialmente dicha identidad de género. En todo caso, la identificación de la persona trans residente ante el personal del centro, las demás residentes o frente a terceras personas habrá de respetar su identidad de género con independencia del nombre y sexo reflejados en su expediente, aun cuando no hubiese procedido a la rectificación en Registro Civil de la mención de sexo.

3. Las residencias para personas mayores, con discapacidad o dependientes, tanto públicas como privadas, garantizarán el derecho a la no discriminación de personas en atención a su identidad o expresión de género.

⁶⁵ A inauguração da estrutura residencial estava prevista para o final de 2020, com capacidade para 62 lugares para residentes e 15 para centros de dia. Vid. *Ya tenemos residencia LGTBIQ+ en Madrid*. Disponível em: <https://fundacion26d.org/ya-tenemos-residencia-especializada-lgtbi-en-madrid/> (Acesso a 1/2/2021).

em condições de igualdade e não discriminação. Portanto, é imprescindível desenvolver e promover ações que combatam a *LGTBifobia* nas instituições, serviços dedicados aos idosos e entre profissionais e utentes. A intervenção deve centrar-se em três eixos diferenciados: a formação e sensibilização dos profissionais envolvidos para facilitar a melhor adaptação das estruturas sociais, sanitárias e residenciais; a necessidade de criar espaços próprios e áreas de visibilidade para o grupo; e, de forma mais geral, a luta contra a discriminação que implica tanto a *LGTBifobia* quanto o idadismo, por meio da promoção da mudança social e da construção de sociedades mais abertas à diversidade.

AS IMPLICAÇÕES LINGUÍSTICAS DA IDENTIDADE

THE LINGUISTIC IMPLICATIONS OF IDENTITY

Rui Sousa-Silva*
(FLUP)

RESUMO: Nós somos a linguagem que usamos e essa linguagem alicerça a nossa identidade. No entanto, porque somos seres sociais em constante interação, essa identidade é fluida. Assim, mais do que uma identidade, cada falante da língua adota performances de identidade. Assente nesta perspetiva, o presente trabalho discute os conceitos de identidade, vulnerabilidade, género e discurso(s), aplicando estes conceitos a um ramo da linguística aplicada designado linguística forense. Baseando-se em casos práticos, mostra, por um lado, de que modo a análise linguística forense contribui para identificar problemas na realização linguística da identidade, decorrentes da reprodução dos discursos dominantes, enquanto, por outro lado, revela como a identificação de características identitárias idiossincráticas – ou seja, a análise do idioleto de cada falante – permite identificar suspeitos de crimes, contribuindo, assim, para uma administração adequada da justiça. O artigo termina com uma exploração das implicações linguísticas da identidade e a explanação de desafios futuros.

PALAVRAS-CHAVE: Linguagem; identidade; discurso; vulnerabilidade; linguística forense.

ABSTRACT: *We are the language we use, and that language scaffolds our identity. However, that identity is fluid, not the least because we are permanently interacting social beings. Therefore, more than an identity, each speaker of a language adopts*

* Universidade do Porto – Faculdade de Letras e CLUP-Centro de Linguística da Universidade do Porto, Via Panorâmica, s/n, 4150-564 Porto (rssilva@letras.up.pt)

identity performances. This study builds upon this perspective to discuss the concepts of identity, vulnerability, gender and discourse(s), and applies them to an area of applied linguistics called forensic linguistics. It resorts to linguistic casework to show, on the one hand, how forensic linguistic analysis contributes to identifying problems with linguistic identity acceptance, arising from the reproduction of mainstream discourses, and, on the other hand, illustrates how the identification of idiosyncratic identity features – that is, the analysis of a speaker's idiolect – enables the positive identification of perpetrators of crimes, hence contributing to a more appropriate administration of justice. The article ends by furthering the linguistic implications of identity and explaining the new challenges.

KEYWORDS: Language; identity; discourse; vulnerability; forensic linguistics.

1. Introdução

Nós somos a linguagem que usamos e essa linguagem alicerça a nossa identidade. Ela faz parte do nosso estilo pessoal, que nos caracteriza – já que, como escreve GEORGES LOUIS LECLERC BUFFON¹, *le style est l'homme même*. É essa linguagem que adaptamos aos nossos interlocutores, conforme se trate de amigos, familiares, superiores hierárquicos ou colegas, ao tipo de texto ou género textual; é com ela que marcamos a nossa pertença a uma comunidade de prática composta pelos nossos semelhantes profissionais, e é com ela que, pragmaticamente, fazemos coisas. A linguagem reflete, por isso, a nossa identidade (ou as versões performativas que dela fazemos, dependendo das circunstâncias); porém, a mesma linguagem também oprime: ao trazer consigo traços da nossa identidade, a mesma linguagem que tão bem nos define também nos torna vulneráveis socialmente, sujeita-nos a estereótipos de todos os tipos – traços desfavorecidos de estatuto socioeconómico, nível educativo, proveniência geográfica ou género – que até os melhores elevadores sociais dificilmente ultrapassam. E a par dessas assimetrias sociais provocadas pelo espelhamento da nossa identidade na linguagem que utilizamos surgem, frequentemente, desigualdades incompatíveis associadas a uma administração de justiça que se pretende igualitária, senão equitativa. Paradoxalmente, porém, é na área da justiça que as vulnerabilidades decorrentes da utilização da linguagem mais se evidenciam, pois é aqui que a linguagem tem o poder de incluir ou de excluir, de centrar ou de marginalizar, tal é o seu poder.

Este artigo discute as implicações linguísticas da identidade, desde o seu poder para suscitar a discriminação e para acentuar a(s) vulnerabilidade(s) de cidadãos e cidadãs já vulneráveis, até à sua capacidade para combater – ou, pelo menos, atenuar – essa discriminação, identificando criticamente os problemas que ela suscita, passando pelo seu potencial para auxiliar os operadores do Direito na garantia de uma administração adequada da justiça.

¹ GEORGES LOUIS LECLERC BUFFON, *Discours sur le style prononcé à l'académie française*, Paris, Librairie Classique Eugène Belin, 1753.

Este trabalho encontra-se, assim, estruturado do seguinte modo: na próxima secção, discute-se vulnerabilidade(s), direito(s), género e diversidade, numa perspetiva linguística. De seguida, o trabalho aborda as questões de linguagem e sociedade, discutindo, em particular, como a linguagem molda a sociedade ao mesmo tempo que é moldada por ela. Examina, ainda, a relação entre o género gramatical e o género social em línguas de género marcado. A secção que se segue ilustra algumas das implicações linguísticas da identidade no contexto específico da linguagem e do direito, socorrendo-se de casos e exemplos práticos. Seguidamente, discute-se os desafios da análise de identidade e suas implicações linguísticas, nomeadamente de que modo é que os perfis de identidade linguística podem ser utilizados para reproduzir a já existente vulnerabilidade. O artigo termina sintetizando os temas abordados e fazendo uma previsão para o futuro.

2. Vulnerabilidade(s), Direito(s), Género e Diversidade

O conceito de identidade tem sido abordado de diferentes perspetivas ao longo do tempo, entre aquelas que assentam no construtivismo social e que defendem que os "significados" são mediados culturalmente, e aquelas que argumentam que as identidades como as de género são materializadas interacionalmente², assentando estas últimas, em grande parte, no conceito de performatividade de JUDITH BUTLER³, para quem o género, especificamente, se materializa através da replicação de um conjunto de práticas dominantes previamente existente. DEBORAH CAMERON⁴ transpõe para o campo da linguística os pressupostos de JUDITH BUTLER, propondo que o conceito de "estilizações repetidas do corpo" também é aplicável à linguagem, o que faz com que existam "estilizações" da voz e de escolhas lexicais, gramaticais e interacionais cuja repetição contribui para aquilo a que chama uma identidade social e pessoal do falante "solidificada". Por sua vez, DEBORAH TANNEN⁵, baseando-se no trabalho de ERVING GOFFMAN⁶, argumenta que discurso e género estão relacionados, não com o sexo, mas sim com a "classe sexual", isto é, o modo de falar não está associado a cada pessoa individual, mas sim à sua noção, ainda que inconsciente, de pertença a uma classe sexual, alinhando com ela. De tal modo que, segundo SHARI KENDALL / DEBORAH TANNEN⁷, o modo de falar indicia o género.

² SHARI KENDALL / DEBORAH TANNEN, *Discourse and Gender*, in *The Handbook of Discourse Analysis*, Malden, MA, Oxford e Victoria, Blackwell Publishing, 2001.

³ JUDITH BUTLER, *Bodies that Matter*, Nova Iorque, Routledge, 1993.

⁴ DEBORAH CAMERON, *Verbal Hygiene*, Londres e Nova Iorque, Routledge, 1995.

⁵ DEBORAH TANNEN, *Gender and Discourse*, Oxford e Nova Iorque, Oxford University Press, 1994.

⁶ ERVING GOFFMAN, The arrangement between the sexes, *Theory and Society*, 4, 1977, pp. 301–31.

⁷ Shari Kendall / Deborah Tannen, *Discourse*.

Propostas mais recentes, contudo, tendem a perspetivar a variação no comportamento linguístico como sendo a norma, como defendem TIM GRANT / NICCI MACLEOD⁸, que alegam, com base em ANNA DE FINA⁹, que o enfoque passa das variáveis linguísticas isoladas para as práticas discursivas, e da homogeneidade para a variabilidade. Os autores propõem, por isso, uma perspetiva da relação entre linguagem e identidade que assenta no pressuposto de que as verdadeiras práticas performativas que os falantes adotam são altamente complexas e fluidas, em contraponto com uma perspetiva rígida e redutora assente na crença de como determinados grupos sociais falam e agem¹⁰. Efetivamente, ao considerarem as “estilizações” uma forma de realçar e de exagerar associações ideológicas, MARY BUCHOLTZ / KIRA HALL¹¹ defendem que a prática é habitual e optam pelo conceito de “performatividade”: uma manifestação social altamente deliberada e autoconsciente que decorre em momentos de interação, frequentes e fugazes.

É este conceito de identidade, assente numa combinação de sedimentação de práticas – i.e., de “atividade social habitual”¹² – e de atos de performatividade (que permitem que os falantes de uma língua se envolvam mais em determinadas atividades sociais ou criem laços de afiliação com determinados grupos sociais¹³) que é aqui adotado: a identidade, na perspetiva da linguística, é aqui vista, não como uma cristalização consolidada, repetição ou replicação das características de uma classe à qual pertence determinado falante de uma língua, mas antes como uma atividade performativa fluida, que é moldada (e contribui para moldar) interacionalmente os grupos sociais com os quais o falante interage. Por outras palavras, e recorrendo a BARBARA JOHNSTONE¹⁴, o termo “identidade” é utilizado como referência ao resultado de processos através dos quais os falantes indiciam as suas semelhanças e as suas diferenças relativamente a outros falantes, umas vezes estratégica e conscientemente, outras vezes através da inculcação de hábitos.

Não obstante a existência de uma componente de performatividade associada ao conceito de identidade, parece inegável que as identidades que desempenhamos são determinadas, pelo menos em grande parte, pelo “Discurso”. NORMAN FAIRCLOUGH¹⁵ define “Discurso” como uma configuração de discursos, i.e., como uma configuração de estruturas duradouras e transferíveis entre campos diferentes, face a “discurso”, que o autor define como uma perspetiva particular da linguagem em uso, i.e., como um de diversos elemen-

⁸ TIM GRANT / NICCI MACLEOD. Assuming identities online: experimental linguistics applied to the policing of online paedophile activity, *Applied Linguistics*, 37, 1, 2016, pp. 50–70.

⁹ ANNA DE FINA, Discourse and identity, in *Discourse and Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

¹⁰ MARY BUCHOLTZ / KIRA HALL, Language and identity, in *A Companion to Linguistic Anthropology*, Oxford, Wiley, 2004, pp. 369–94.

¹¹ MARY BUCHOLTZ / KIRA HALL, *Language*.

¹² MARY BUCHOLTZ / KIRA HALL, *Language*, 377.

¹³ MARY BUCHOLTZ / KIRA HALL, *Language*, 378.

¹⁴ BARBARA JOHNSTONE, *Discourse Analysis*, Oxford, Blackwell, 2008.

¹⁵ NORMAN FAIRCLOUGH, *Critical Discourse Analysis: The Critical Study of Language*, Londres, Longman, 1995.

tos da vida social, com os quais a própria linguagem interage¹⁶. Assim se explica a importância paradoxal da linguagem: por um lado, enquanto elemento da vida social, ela contribui para moldar (e cristalizar) as diversas categorias de poder hegemônico, reproduzindo-as, normalizando-as e perpetuando-as, ao mesmo tempo que é moldada por elas¹⁷; por outro lado, é a análise dessa mesma linguagem, através de uma abordagem crítica do discurso, que permite compreender, desconstruir e desvelar esses discursos, e, em última instância, contribuir para a sua mudança¹⁸.

Um dos elementos da vida social é a vulnerabilidade, um elemento que transcende diferentes grupos sociais. Efetivamente, embora as minorias (os grupos que possuem menos defesas e que, por conseguinte, estão expostos a situações de maior fragilidade) sejam normalmente os grupos vulneráveis mais evidenciados, o conceito de vulnerabilidade, que se estende a grupos que, por razão das suas características intrínsecas, são colocados em situações de fragilidade, é difícil de definir e de processar. No domínio jurídico, consideram-se nesta categoria menores, pessoas idosas, estrangeiros ou mulheres, sendo conhecidos os mecanismos existentes, por exemplo, para proteger testemunhas que se encontrem nestas situações, bem como outros grupos como pessoas com deficiência ou em situação de dependência familiar ou financeira. Porém, em contexto social, o conceito de vulnerabilidade é mais complexo, uma vez que sujeita a situações de fragilidade minorias étnicas e minorias culturais, bem como pessoas sujeitas ao fenómeno de "idadismo" (do inglês *ageism*), i.e., atos de estereotipificação e/ou de discriminação contra pessoas ou grupos com base na sua idade¹⁹. Os fatores de vulnerabilidade estendem-se, ainda; a minorias linguísticas, i.e., a pessoas ou grupos de pessoas que não possuem competências linguísticas próximas daquelas que possuem os falantes nativos de determinada língua; a cidadãos nacionais que, por não possuírem um nível educativo e capacidades cognitivas suficientes para assegurar um nível adequado de compreensibilidade, são sujeitos a situações de desigualdade (um problema comum a muitas sociedades contemporâneas)^{20/21/22}; e, obviamente, a indivíduos sujeitos a discriminação com base em questões de género, incluindo transgénero e género não-binário.

¹⁶ NORMAN FAIRCLOUGH, *Analysing Discourse: Textual analysis for social research*, Londres, Routledge, 2003.

¹⁷ NORMAN FAIRCLOUGH, *Discourse and Social Change*, Cambridge e Malden, MA, Polity, 1992.

¹⁸ NORMAN FAIRCLOUGH, *Critical*.

¹⁹ ROBERT N. BUTLER, Age-ism: Another Form of Bigotry, *The Gerontologist*, 9, 4, Part 1, 1969, pp. 243–46.

²⁰ Ver e.g. JANET AINSWORTH, Miranda rights: Curtailing coercion in police interrogation: the failed promise of *Miranda v. Arizona*, in *The Routledge Handbook of Forensic Linguistics*, 2.ª ed., Abingdon e Nova Iorque, Routledge, 2021.

²¹ MICHELLE ALDRIDGE-WADDON, Vulnerable witnesses in police investigative interviews in England and Wales, in *The Routledge Handbook of Forensic Linguistics*, 2.ª ed., Abingdon e Nova Iorque, Routledge, 2021.

²² FRANCES ROCK, Witnesses and suspects in interviews: Collecting oral evidence: the police, the public and the written word, in *The Routledge Handbook of Forensic Linguistics*, 2.ª ed., Abingdon e Nova Iorque, Routledge, 2021.

3. Linguagem e sociedade

Embora o termo "igualdade de gênero" seja muitas vezes utilizado por referência à igualdade entre homens e mulheres, esta associação não é, nem rigorosa, nem desejável, uma vez que resume a problemática a uma questão biológica binária, ao invés de refletir a complexidade, a multiplicidade e a diversidade de materializações de gênero enquanto questão de identidade social²³, incluindo pessoas transgênero e de gênero não-binário. Esta é uma distinção importante, quer social, quer linguisticamente. Se, do ponto de vista social, parece evidente que a adoção de uma classificação binária não responde a uma concepção de gênero consonante com as questões identitárias suscitadas pelas realizações identitárias LGBTQI+, do ponto de vista linguístico essa resposta é ainda mais complexa.

A exemplo de outras línguas, a gramática do Português contempla dois gêneros gramaticais: o masculino e o feminino. Contrariamente a outras línguas, não possui um gênero neutro. Esta classificação é relativamente consensual ("relativamente" porque, como iremos ver, também aqui se refletem as diferenças entre "sexo" e "gênero") sempre que o referente é categorizado como sendo do sexo masculino ou do sexo feminino, respetivamente (adiamos, por agora, a discussão sobre todos aqueles – ou, para utilizar uma linguagem mais inclusiva, *todxs aquelxs* – que se posicionam identitariamente num posicionamento de gênero não-binário); a discussão é menos consensual quando se trata da utilização daquilo a que, gramaticalmente, designamos por "masculino genérico".

O termo "masculino genérico" é utilizado para designar a utilização do gênero gramatical masculino como gênero não marcado, isto é, como forma de referência a homens e mulheres. Neste sentido, o feminino assume-se como uma forma marcada, utilizada para assinalar os nomes habitualmente considerados femininos, ou seja, "como uma particularização mórfico-semântica do masculino"²⁴; o masculino, pelo contrário, é considerado uma forma não marcada, e, portanto, sem qualquer pretensão de refletir o gênero biológico²⁵. Por outras palavras, considera-se gramaticalmente feminino o que é feminino e gramaticalmente masculino o que é sexualmente irrelevante. Esta regra gramatical é reforçada pelo argumento de que o masculino neutro, em línguas como o português ou o francês, terá sido uma decisão meramente arbitrária²⁶ adotada para substituir o gênero neutro do latim.

²³ DEBORAH CAMERON, *Verbal*.

²⁴ JOAQUIM MATTOSO CÂMARA, Considerações sobre o gênero em português, in *Dispersos de J. Mattoso Câmara Jr.*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Serviço de Publicações, 1972, p. 119.

²⁵ JOSÉ BORGES NETO, Sobre línguas, mundos, gêneros etc., in *Língua, texto, sujeito e (inter)discurso*, São Carlos, SP, Pedro & João Editores, 2013, p. 11.

²⁶ JOSÉ BORGES NETO, Sobre, p. 11.

Efetivamente, “uma multidão” continua a ser género gramatical feminino, mesmo que essa multidão seja composta exclusivamente por homens.

Não obstante, raramente parece questionar-se por que motivo o género neutro foi substituído por um “masculino genérico” e não por um “feminino genérico”; do mesmo modo, parece não se questionar uma regra básica da gramática do português, que estipula que, sempre que um grupo de pessoas for constituído exclusivamente por homens, deverá recorrer-se ao género masculino como referência a esse grupo; paralelamente, se um grupo for constituído apenas por mulheres, utiliza-se como referência o género feminino; se, porém, um grupo for constituído integralmente por mulheres, à exceção de um homem, então a regra é que se utilize o masculino. CARMEN ROSA CALDAS-COULTHARD²⁷ argumenta que, para além deste, o português apresenta ainda um outro mecanismo de primazia do masculino quando recorre a pares de palavras, como nos exemplos “senhores e senhoras”, “homens e mulheres”, “rapazes e raparigas”, para concluir: “a mulher vem sempre ‘depois’ do homem” (p. 237).

Para as abordagens críticas ao discurso, estes argumentos são geralmente infundados, sobretudo porque o uso da linguagem é uma forma de exercício de poder²⁸ e as escolhas entre masculino e feminino não são irrelevantes²⁹. Posicionamento idêntico adota CARMEN ROSA CALDAS-COULTHARD, que argumenta que “há séculos que as mulheres são sistematicamente excluídas dos textos, já que a referência genérica sempre foi a masculina”³⁰, concluindo que, ao ignorar as dimensões de domínio e subordinação, uma análise explicará muito pouco.

Os apelos à mudança têm decorrido um pouco por todo o mundo e, em Portugal, a Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género procurou fornecer orientações para assegurar essa igualdade na linguagem. Um dos enfoques desta proposta é a eliminação do uso do masculino genérico³¹, que MARIA ISABEL BARRENO³² designou “falso neutro”, por, ao invés de assegurar o uso de uma linguagem imparcial, privilegiar o uso do masculino em detrimento de formas inclusivas, sob uma aparência de neutralidade.

No entanto, se acreditarmos que a linguagem deve refletir a identidade de cada falante de uma língua, ou, pelo menos, oferecer alternativas que lhes permitam rever-se identitariamente na língua que falam, então a discussão não pode esgotar-se numa escolha binária masculino/feminino; antes, é

²⁷ CARMEN ROSA CALDAS-COULTHARD, *Caro Colega: Exclusão lingüística e invisibilidade*, *Discurso & Sociedad*, 1, 2, 2007, pp. 230–46.

²⁸ ANDREA MAYR, *Language and Power*, Londres e Nova Iorque, Continuum, 2008.

²⁹ DEBORAH CAMERON, *Verbal*.

³⁰ CARMEN ROSA CALDAS-COULTHARD, *Caro*, p. 232.

³¹ GRAÇA ABRANCHES, *Guia para uma Linguagem Promotora da Igualdade entre Mulheres e Homens na Administração Pública*, Lisboa, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2009, p. 13.

³² MARIA ISABEL BARRENO, *O Falso Neutro: Um estudo sobre a discriminação sexual no ensino*, Lisboa, Instituto de Estudos para o Desenvolvimento, 1985.

necessário naturalizar escolhas prenominais que reflitam essas múltiplas identidades. Como refere DEBORAH CAMERON³³, têm sido vários os obstáculos colocados por linguistas em resistência à mudança para assegurar uma linguagem mais inclusiva. Entre elas, encontra-se o contra-argumento da autorregulação, segundo o qual a linguagem evoluirá naturalmente se os falantes da língua assim o desejarem; aliada a este encontra-se a explicação, mais ou menos consensual entre linguistas, de que a linguística deve assumir um papel descritivo, e não um papel prescritivo, ou seja, deve deixar a evolução da linguagem seguir o seu curso, e não interferir com ela, encontrando-se o papel dos linguistas limitado à descrição dos eventos linguísticos. Outro argumento, ainda que algo obsoleto atualmente, é que a linguagem e a sociedade são estanques, e que, portanto, cada uma delas não exerce qualquer influência sobre a outra.

Paradoxalmente, os mesmos linguistas que tanto defendem o papel descritivista da linguística não raras vezes condenam os "atentados" contra a gramática ou a ortografia da língua, seja por falta de competência linguística, seja por influência interlinguística, impondo sem hesitação formas de falar e de escrever corretamente. Igualmente, os mesmos linguistas aceitam com naturalidade a prescrição do designado "novo Acordo Ortográfico", cuja implementação nas comunidades de língua portuguesa está longe de ser consensual. Efetivamente, é inegável que muito do que acontece na linguagem assenta numa base prescritivista; como exemplo, basta pensarmos, por exemplo, em operações de planeamento linguístico ou na criação e implementação de terminologia, um processo que tão frequentemente implica uma imposição de léxico técnico ou científico que, sem uma abordagem prescritiva, nunca poderia ser executado. Por outro lado, como defendem as perspetivas de análise crítica do discurso, a linguagem reflete a sociedade, e se essa sociedade é assimétrica, será de esperar que a linguagem também o seja; se aqueles que querem mudar a sociedade não têm poder para o fazer, também não terão poder para operar mudanças linguísticas. Por isso mesmo, não é viável acreditar-se que, numa sociedade inigualitária, caracterizada por vulnerabilidades e assimetrias de poder, a mudança linguística ocorrerá naturalmente na hora de integrar as múltiplas materializações da identidade. Pelo contrário, tal mudança só será de prever através de uma operação de "higienização verbal", como designa CAMERON³⁴, não no sentido de "limpar" a linguagem de insultos, calão ou impropérios, mas sim no sentido de operar mudanças que contribuam para o uso de uma linguagem tão diversa quanto a sociedade que a utiliza.

É legítimo questionar-se, portanto, se deverá a linguagem estar ao serviço da sociedade, ou se, pelo contrário, a sociedade é que deve estar ao serviço

³³ DEBORAH CAMERON, *Verbal*.

³⁴ DEBORAH CAMERON, *Verbal*.

da linguagem. As mais diversas perspetivas sociolinguísticas^{35/36} parecem defender a primeira hipótese, afirmando que a linguagem, sendo um sistema dinâmico e não um sistema estático, varia; como tal, parte significativa dessa variação, para além da variação geográfica, decorre de variáveis sociais, nomeadamente classe social, nível educativo, faixa etária, comunidades de prática, etc., que permitem identificar identidades sociais associadas à raça, ao género, à etnicidade e à nacionalidade. No entanto, como defende BARBARA JOHNSTONE³⁷, não podemos esquecer que estas categorias podem ser aplicáveis em alguns casos, mas irrelevantes noutros. Também as perspetivas da análise crítica do discurso privilegiam a relevância social da linguagem, pois não só é através dela que se manifesta a hegemonia e se estabelecem as relações de poder³⁸, como, do ponto de vista da pragmática, ela é utilizada para “executar atos”³⁹, incluindo discriminar, incitar à violência, insultar, promover discursos de ódio – em suma, praticar crimes através da linguagem – bem como acolher, confortar e promover a justiça e a igualdade (pelo menos, social).

Paralelamente a esta discussão, é habitual decorrer uma outra, assente na falácia de que o debate sobre as questões de género na linguagem é irrelevante, quando comparado com problemas como falta de recursos (humanos, económicos e financeiros) para enfrentar problemas sociais, bem como injustiças sociais e laborais e desigualdade socioeconómica, entre outras. Este argumento possui uma natureza falaciosa porque parte do pressuposto de que a discussão de problemas sociais só pode ocupar-se de um problema de cada vez, desprezando a capacidade de gerir diferentes problemas em simultâneo. Esse é, no fundo, o cerne da questão: assegurar a garantia dos mais essenciais direitos fundamentais, idealmente através de uma “Educação e(m) Democracia”, como lhe chamou LUÍSA NETO⁴⁰. Inevitavelmente, todos estes fatores trazem implicações para a análise linguística dos atos de performance de identidade, muitas delas na relação entre a Linguagem e o Direito.

4. Linguagem e Direito

Como refere JANET AINSWORTH⁴¹, a linguagem é, de entre todas as faculdades, aquela que nos torna mais humanos; além disso, mantém uma re-

³⁵ WILLIAM LABOV, *Sociolinguistic Patterns*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1972.

³⁶ PETER TRUDGILL, *The social differentiation of English in Norwich*, Cambridge studies in linguistics, London, Cambridge University Press, 1974.

³⁷ BARBARA JOHNSTONE, *Discourse*.

³⁸ e.g. NORMAL FAIRCLOUGH, *Discourse*.

³⁹ JOHN LANGSHAW AUSTIN, *How to do things with words*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

⁴⁰ LUÍSA NETO, *Educação e(m) Democracia*, Porto, U.Porto Edições, 2015.

⁴¹ JANET AINSWORTH, How I Got Started, *Language & Law / Linguagem e Direito*, 7, 1–2, 2021, 30.

lação de inseparabilidade com a área do Direito^{42, 43}, tendo inclusivamente suscitado a emergência de uma nova área de estudos designada “linguística forense”. A linguística forense é uma área relativamente recente cujo objeto de estudo é precisamente a interação entre a Linguagem e o Direito, e pode definir-se em dois sentidos: num sentido lato e num sentido restrito. Num sentido lato, a linguística forense estuda a linguagem escrita da lei, a interação verbal em contextos legais e a linguagem como prova; num sentido restrito, o termo é usado como referência apenas à terceira área, a da linguagem como prova^{44/45}.

Um dos conceitos teóricos fundamentais do trabalho desempenhado pela linguística forense é o princípio do idioleto, por estabelecer a ligação entre identidade e linguística. Este princípio teórico assenta no pressuposto de que, embora em teoria qualquer falante de uma língua possa utilizar qualquer palavra ou qualquer estrutura gramatical a qualquer momento, e não obstante o facto de esses falantes se guiarem pelos mesmos dicionários e pelas mesmas gramáticas, cada falante possui uma versão individual e distintiva da língua que fala e escreve, o seu próprio idioleto; esse idioleto, por conseguinte, manifesta-se através de escolhas distintivas e idiossincráticas nos textos produzidos por cada falante⁴⁶. Este pressuposto teórico é fundamental em diversas aplicações da linguística forense, especialmente na vertente da linguagem como prova (também designada por linguística forense em sentido restrito), por exemplo para identificar o autor (ou o autor mais provável) de determinado texto anónimo (como uma carta de ameaça) ou de um texto suspeito de autoria forjada (por exemplo, uma nota de suicídio falsa), entre um grupo de possíveis autores.

Num caso de partilha ilegal de conteúdos, por exemplo, esta análise linguística forense foi essencial para confirmar que o estilo de escrita do(s) autor(es) de um conjunto de textos anónimos publicados numa rede social eram idênticos aos apresentados por um conjunto de textos publicados num website português, cujos autores eram conhecidos. Entre os padrões mais marcantes, por serem idiossincráticos, encontram-se a utilização de maiúsculas e minúsculas (nomeadamente a utilização de minúscula em início de frase e em nomes próprios), a utilização errática de acentos e diacríticos, a utilização não padronizada de preposições, a utilização de contrações comuns na oralidade mas não na escrita, a substituição de palavras por outras com o mesmo valor homofónico, a troca de conjugações verbais (e.g. formas

⁴² e.g., JANET AINSWORTH, *Miranda*.

⁴³ PETER TIERSMA, *Legal Language*, Chicago e Londres, The University of Chicago Press, 1999.

⁴⁴ MALCOLM COULTHARD *et al.*, *The Routledge Handbook of Forensic Linguistics*, 2.^a ed., Abingdon e Nova Iorque, Routledge, 2021.

⁴⁵ MALCOLM COULTHARD / ALISON JOHNSON, *An Introduction to Forensic Linguistics: Language in Evidence*, Londres e Nova Iorque, Routledge, 2007.

⁴⁶ MALCOLM COULTHARD, Author Identification, Idiolect and Linguistic Uniqueness, *Applied Linguistics*, 25, 4, 2004, pp. 431–47.

do pretérito imperfeito do modo conjuntivo do verbo por conjugações pronominais e vice-versa), falta de acordo em género e número, abreviaturas, pontuação e espaços não padronizados e utilização de marcas do Português do Brasil em textos escritos maioritariamente em Português europeu. O que permite, neste caso, confirmar a atribuição de autoria aos autores suspeitos é a identificação de aspetos da linguagem (marcadores linguísticos) que, no seu conjunto, são utilizados de forma consistente nos textos dos mesmos autores e de modo distintivo face à norma e/ou a textos de outros autores, constituindo assim um conjunto idiossincrático e individualizante.

Uma outra área da análise de autoria forense com importantes implicações da identidade é a análise de perfis sociolinguísticos, que consiste em determinar, não o tipo de pessoa psicológica, mas sim o tipo de pessoa sociolinguística responsável pela autoria de determinado texto anónimo. Esta aplicação é essencial, por exemplo, em situações nas quais exista um texto anónimo de natureza forense, mas não existam autores suspeitos com os quais comparar a autoria. Nesses casos, procura-se, por conseguinte, reduzir a gama de suspeitos a um grupo maior ou menor de possíveis autores, no sentido de ajudar a orientar a investigação policial. Esta análise consiste em assinalar padrões da linguagem utilizada nos textos que permitam identificar traços da identidade do/a autor/a do texto, como classe social, faixa etária, nível educativo, origem geográfica, sexo e/ou género, entre outros.

Num caso sob investigação, tinham sido enviadas mensagens SMS anónimas através de um número pré-pago, não registado. Apesar de o número de mensagens ser relativamente reduzido, essas mensagens incluíam linguagem marcada indicativa da variedade angolana do português, para além de uma expressão absolutamente idioletal: "homem de sida". No seu conjunto, os marcadores linguísticos de identidade nos textos indiciavam tratar-se de uma mulher adulta de origem angolana. Porém, a determinação de perfis sociolinguísticos é francamente dificultada pela fluidez inerente à performatividade das identidades, sobretudo em casos de identidade de género, cujo objetivo é ir além do binarismo masculino/feminino e considerar toda a gama de possíveis identidades, incluindo pessoas transgénero e de género não-binário.

Uma terceira área na qual a linguística forense, em sentido restrito (i.e., enquanto linguagem como prova) tem desempenhado um papel crucial é na análise de casos plágio. Embora um dos principais argumentos utilizados regularmente por pessoas acusadas de plágio seja o facto de escreverem sobre factos, e que os factos não têm propriedade autoral, todos os textos revelam traços da identidade do seu autor (ou, em casos de plágio, a falta deles). Um dos princípios subjacentes à análise nestes casos é o princípio da singularidade linguística, ou seja, o pressuposto de que não é possível duas pessoas, ou a mesma pessoa em dois momentos distintos, produzirem exatamente os mesmos enunciados linguísticos. Num estudo

sobre memória e retenção de enunciados linguísticos, ERLAND HJELMQUIST⁴⁷ concluiu que, numa conversa de 5 minutos entre duas pessoas, os participantes retinham no máximo 25% da ideia geral e 5% do fraseamento, o que reforça, empiricamente, o princípio da singularidade linguística. O estudo do autor tem implicações, não só para casos de análise de plágio, mas também em situações de conluio, como é o caso de falsificação de depoimentos em que duas ou mais testemunhas usam a mesma formulação linguística para descrever determinado facto: uma utilização textual idêntica será indicativa, mais de falsificação, do que de veracidade.

As implicações linguísticas da identidade, porém, não se esgotam na vertente da linguística forense que aborda a linguagem como prova, desempenhando antes um papel fulcral nas outras duas áreas da linguística forense, em sentido lato: a linguagem escrita da lei e a interação verbal em contextos legais.

Segundo PETER TIERSMA⁴⁸, a linguagem escrita da lei tem sido, muitas vezes, vista como desnecessariamente hermética e complexa, com o objetivo de privilegiar uma classe, conferindo-lhe a capacidade de exercício de poder através da sofisticação da linguagem, e permitindo aos seus operadores justificar os seus honorários. Embora o autor admita que, em determinadas situações, a linguagem escrita da lei deverá ser intencionalmente complexa para ser interpretada pelo cidadão comum, de modo a preservar a sua própria proteção em situações nas quais o cidadão poderia sentir-se tentado a dispensar a intermediação de um especialista, também argumenta, numa perspetiva funcionalista, que a linguagem da lei poderia em muitos casos ser simplificada. Essa complexidade da linguagem jurídica revela-se, segundo PETER TIERSMA, na sintaxe, na morfologia e na semântica da linguagem da lei. Do ponto de vista sintático, essa complexidade é evidenciada pela utilização de: frases extremamente longas; frases sintaticamente complexas (com várias orações); orações subordinadas e encadeadas; elevado número de enumerações e longas listas de sinónimos (ou quase sinónimos), de modo a cobrir todas (ou quase todas) as possibilidades, e prever todos os casos, alargar ou limitar definições; utilização de formas impessoais e voz passiva; e preferência por nomes ou formas nominalizadas, em vez de construções verbais. Na morfologia, essa complexidade está patente na utilização de sufixos arcaicos. Do ponto de vista lexical, a linguagem jurídica é caracterizada por possuir um volume elevado de vocabulário técnico, comparativamente à linguagem geral, bem como homónimos jurídicos, i.e., muitas palavras que possuem um sentido na linguagem geral diferente daquele que é o seu sentido na linguagem jurídica, o que potencia interpretações erradas entre leigos. Estilisticamente, a linguagem jurídica é complexificada, segundo o autor, por possuir palavras e frases arcaicas que não exercem qualquer função ou que poderiam ser satisfeitas por um termo mais corren-

⁴⁷ ERLAND HJELMQUIST, *Memory for conversations*, *Discourse Processes*, 7, 1984, pp. 321–36.

⁴⁸ PETER TIERSMA, *Legal Language*, Chicago e Londres, The University of Chicago Press, 1999.

te, por apresentar uma ordem de palavras por vezes arcaica, utilização de expressões (ou sua tradução literal) do latim, um elevado grau de formalidade e características literárias e poéticas (rima e aliteração).

A complexidade da linguagem jurídica tem sido apontada por diversos autores como contribuindo para acentuar, em vez de colmatar, situações de vulnerabilidade. JANET AINSWORTH⁴⁹, por exemplo, mostra como a redação complexa da advertência de Miranda, utilizada nos EUA para (supostamente) informar pessoas sujeitas a detenção dos seus direitos, tem levantado problemas sérios na administração da justiça. A autora alega que, se, por um lado, os tribunais americanos têm mostrado alguma relutância em assegurar as garantias de Miranda, ao insistirem que apenas a formulação da advertência, sem alterações, pode ser considerada para efeitos de exercício das garantias constitucionais, por outro existem problemas de compreensibilidade que impedem os detidos de exercer os seus próprios direitos. Esses problemas são frequentemente ampliados quando os suspeitos não são falantes nativos de inglês, como relata ASHLEY ROSE KEATON⁵⁰ no seu estudo com agentes policiais em situações de detenção de falantes nativos de espanhol. A complexidade da linguagem jurídica também é abordada, noutra contexto, por BETHANY K. DUMAS⁵¹, que identifica problemas linguísticos na formulação das indicações fornecidas aos jurados em tribunais de júri nos EUA, advogando a correção desses problemas de modo a permitir julgamentos mais justos.

As implicações linguísticas da identidade também são evidentes na interação verbal em contextos legais. Em interrogatórios e entrevistas policiais, FRANCES ROCK⁵² aponta alguns dos problemas inerentes à utilização de formulações complexas, concluindo que são necessárias melhorias nesta área, uma vez que o processo e o contexto podem influenciar os resultados dos interrogatórios e das entrevistas. Por sua vez, na sua análise de um caso de violação no Canadá, NICOLE HILDEBRAND-EDGAR / SUSAN EHRLICH⁵³ discutem de que modo a construção identitária da vítima, através da linguagem que ela usa, como sendo uma pessoa assertiva teve um impacto negativo para a vítima. As autoras começam por discutir de que modo vítimas, testemunhas e acusados são frequentemente vistos pelos tribunais como estando a mentir quando, ao depor, revelam hesitações, fazem pausas ou não adotam um fio condutor lógico. No entanto, no caso analisado pelas autoras,

⁴⁹ JANET AINSWORTH, *Miranda*.

⁵⁰ ASHLEY ROSE KEATON, "You Have the Right to Keep Quiet": Translation Inadequacies in Nevada's Spanish Miranda Warnings, *Language and Law / Linguagem e Direito*, 7, 1–2, 2020, pp. 56–76.

⁵¹ BETHANY K. DUMAS, US pattern jury instructions: problems and proposals, *International Journal of Speech Language and the Law*, 7, 1, 2000, pp. 1350–1771.

⁵² FRANCES ROCK, Witnesses and suspects in interviews: Collecting oral evidence: the police, the public and the written word, in *The Routledge Handbook of Forensic Linguistics*, 2. ed., Abingdon e Nova Iorque, Routledge, 2021.

⁵³ NICOLE HILDEBRAND-EDGAR / SUSAN EHRLICH, She was quite capable of asserting herself, *Language and Law / Linguagem e Direito*, 4, 2, 2017.

a vítima, durante o seu depoimento, utilizou uma linguagem assertiva, sem hesitações nem pausas reveladoras de insegurança, o que levou o juiz a minimizar os atos do violador, alegando que a vítima demonstrou possuir um comportamento assertivo e que, portanto, querendo, poderia ter-se defendido do violador.

Como sugerido anteriormente, posicionamentos discursivos como os descritos por HILDEBRAND-EDGAR / EHRLICH encontram-se inculcados no Discurso dominante, hegemónico, refletindo-se por isso na construção e reprodução das relações de poder, pelo que a perceção das identidades pelo outro é inevitavelmente condicionada por estes posicionamentos discursivos. Em Portugal, a Ficha de Avaliação de Risco⁵⁴ que é utilizada pelos agentes policiais para avaliar o risco das vítimas em situação de violência doméstica é disso um bom exemplo. Ao longo do formulário, são utilizadas as formas masculina e feminina para se referir, quer às vítimas, quer aos ofensores, deixando margem para as diferentes possibilidades de sexo dos agressores e das vítimas, incluindo ofensor masculino/vítima feminina, ofensor feminino/vítima masculina, ofensor feminino/vítima feminina, ofensor masculino/vítima feminina. Contudo, a primazia atribuída ao género masculino na construção sintática das perguntas, em que aquele é apresentado em primeiro lugar e o género feminino em segundo, para além de estabelecer um paralelismo com a colocação ofensor/vítima em que a primazia é dada ao ofensor, associa claramente o papel do ofensor ao sujeito do sexo masculino e o papel da vítima ao sujeito do sexo feminino. Esta construção de identidade, em que o ofensor é representado como sendo do sexo masculino e a vítima como sendo do sexo feminino, é reforçada pela formulação da pergunta número 8 do formulário, onde pode ler-se:

8. Acredita que o/a ofensor/a seja capaz de a/o matar ou mandar matar (está convicta de que ele/a seja mesmo capaz)?

Nesta pergunta, os géneros masculino e feminino são utilizados três vezes nos possíveis papéis identitários de ofensor e de vítima. Porém, na expressão parentética, a utilização da flexão de género no feminino em "convicta" (sublinhados meus) revela claramente, do ponto de vista discursivo, a identificação identitária da mulher com o papel de vítima, ou seja, a pergunta não deixa margem para a existência de uma vítima do sexo masculino, que tenha razões para estar "convicto". Situação idêntica ocorre na pergunta 15:

15. O/A ofensor violou ordem do tribunal destinada a proteger a vítima?

A formulação da pergunta começa por permitir que o papel de ofensor seja desempenhado por homem ou por mulher, através da utilização do artigo masculino e do artigo feminino antes do nome, "ofensor". Porém, esta opção é inconsistente com a ausência de flexão no feminino ("/a") no nome

⁵⁴ Disponível em: https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/ficha_rvd_11.pdf, data de acesso: 31/01/2021.

“ofensor”, contrariamente ao que acontece na maioria das perguntas, que apresentam a formulação “ofensor/a”.

As aplicações da análise linguística forense discutidas nesta secção revelam de que modo as implicações linguísticas da identidade podem ser profundas, não só do ponto de vista social, mas também do ponto de vista legal. A linguagem que se usa, ou a forma como essa linguagem é utilizada, não é indiferente. Se, por um lado, na formulação da linguagem da lei e na formulação de perguntas em casos de interação verbal em contextos forenses, a complexidade da linguagem pode contribuir significativamente para ampliar vulnerabilidade(s), em vez de a(s) atenuar, por outro a linguagem utilizada revela construções discursivas frequentemente prejudiciais da identidade.

Diferentes implicações linguísticas são aquelas exercidas nas tarefas de análise de autoria forense ou de determinação de perfis sociolinguísticos, através das quais a análise linguística permite identificar traços de identidade de determinado ou determinada falante de uma língua. O potencial e a relevância desta vertente da análise linguística forense são enormes, sobretudo para atenuar a vulnerabilidade das vítimas em situações de crimes praticados online, por via do combate de atividades ciber criminais como usurpação de identidade, *cyberbullying*, assédio, discursos de ódio e partilha ilegal de conteúdos, entre outros crimes praticados com recurso à linguagem. Porém, a aplicação deste tipo de análise linguística não está isenta de complexidades, problemas e desafios, como veremos brevemente na próxima secção.

5. Os desafios da análise de identidade e suas implicações linguísticas

O trabalho de análise da identidade numa perspetiva linguística apresenta um potencial muito significativo para realçar assimetrias sociais e legais, bem como para auxiliar os agentes do direito, ao contribuir para identificar suspeitos de crimes praticados através da linguagem. Uma dessas aplicações é a determinação de perfis sociolinguísticos, que permite, através da análise da linguagem utilizada pela pessoa suspeita, identificar padrões identitários que ajudem a restringir o número de possíveis suspeitos. Porém, este é também um dos maiores desafios da análise linguística forense. A determinação de perfis sociolinguísticos assenta na identificação de padrões identitários de natureza dialetal, partilhados por cada falante em cada um dos diferentes tipos de classe, pelo que esta tarefa pode ser tão facilitada quanto os padrões de cada classe estiverem mais bem definidos, ou tão mais dificultada quanto mais fluidos forem os padrões de cada uma dessas classes.

Será, por isso, de esperar que qualquer higienização da linguagem no sentido de contribuir para a diversidade de identidades contribuirá para dificultar uma tarefa já de si complexa, uma vez que, quanto maior for a gama de identidades possíveis e a fluidez dessas identidades, menor será o número de padrões partilhados em cada uma das classes. Este é, indubitavelmente,

um dos desafios impostos à determinação de perfis sociolinguísticos. Em contrapartida, é previsível que essa mesma fluidez de identidades contribua para aproximar a tarefa de determinação de perfis sociolinguísticos de um exercício de análise idioletal e não dialetal, ou seja, ao invés de contribuir para identificar o falante ou autor por via das suas características de pertença a um grupo, através da análise das suas características de classe, contribuirá para identificar um conjunto de padrões resultante da soma de diferentes características individuais.

Uma outra implicação linguística da identidade é a utilização de modelos matemáticos e estatísticos, juntamente com mecanismos de aprendizagem automática, para efeitos de prever crimes, criminosos, vítimas de crime e as identidades dos infratores, permitindo assim prever tendências de criminalidade e destacar as forças policiais para onde são mais necessárias (poupan-do, assim, recursos e, simultaneamente, contribuindo para a diminuição da incidência de crime). A prática, contudo, está longe da teoria e, nos últimos anos, os métodos de previsão policial têm sido criticados, por diversas razões. Um dos argumentos contra a utilização destes métodos é que o recurso a uma análise puramente matemática e estatística não só não assegura uma precisão total em todos os casos, como também os resultados não são, muitas vezes, estatisticamente significativos⁵⁵. O outro argumento contra a previsão policial está relacionado com a qualidade dos dados utilizados para treinar esses sistemas. KRISTIAN LUM E WILLIAM ISAAC⁵⁶ analisaram as consequências da utilização de dados enviesados para treinar esses sistemas, enquanto a AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION manifestou a sua preocupação com a tendência das atividades de previsão policial para incentivar a criação de perfis raciais⁵⁷. Embora, como referi anteriormente⁵⁸, alguns dos problemas apontados possam ser resolvidos complementando a previsão policial com uma análise linguística forense, como fazem GRANT E MACLEOD⁵⁹, qualquer abordagem automática, de base matemática e estatística, estará condenada a reproduzir os discursos dominantes na respetiva sociedade.

O percurso mais justo, contudo, é o inverso: se o objetivo é proteger as minorias, promover a diversidade, garantir o direito à própria identidade, então os sistemas de aprendizagem automática dificilmente contribuirão para mais do que reproduzir – e, porventura, ampliar – as já significativas assimetrias e vulnerabilidades. Essa mudança faz-se, ao invés, pela higienização verbal.

⁵⁵ JESSICA SAUNDERS *et al.*, Predictions put into practice: a quasi-experimental evaluation of Chicago's predictive policing pilot, *Journal of Experimental Criminology*, 12, 3, 2016, pp. 347–71.

⁵⁶ KRISTIAN LUM / WILLIAM ISAAC, To predict and serve?, *Significance*, 13, 5, 2016, pp. 14–19.

⁵⁷ AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, Statement of Concern About Predictive Policing by ACLU and 16 Civil Rights Privacy, Racial Justice, and Technology Organizations, American Civil Liberties Union, 2016.

⁵⁸ RUI SOUSA-SILVA, Computational Forensic Linguistics: An Overview of Computational Applications in Forensic Contexts, *Language and Law / Linguagem e Direito*, 5, 2, 2018, pp. 118–43.

⁵⁹ TIM GRANT / NICCI MACLEOD, Assuming.

6. Conclusões

O presente trabalho apresentou uma breve discussão sobre as implicações linguísticas da identidade, começando por uma definição de “identidade” e por uma descrição de algumas das vulnerabilidades, das suas implicações sociais e legais. Para o efeito, discutiu-se, inevitavelmente, a diferença entre sexo (biológico) e género (social), bem como de que modo essas manifestações de identidade de género (social) se refletem na linguagem utilizada. Como vimos, a língua portuguesa, a exemplo do que acontece com outras línguas, possui marcação de género, manifestando-se essa genderização, quer na forma como a linguagem é utilizada, quer na forma como as identidades são construídas (muito embora este posicionamento não seja consensual).

Para os defensores mais acérrimos da língua, o género gramatical não é um reflexo do género biológico nem do género social; antes, esse género gramatical preconiza a utilização do feminino gramatical para marcar aquilo que é do género feminino, enquanto marca como género gramatical masculino aquilo que é do género masculino e aquilo que não tem género. Nessa marcação do género gramatical feminino pela diferença, poderíamos ser levados a crer que o destaque dado ao feminino poderia estar correlacionado com a importância atribuída socialmente ao feminino, mas, infelizmente, os resultados das abordagens da análise crítica do discurso mostram o contrário; de facto, nem sempre destacar significa valorizar. Simplesmente (ou não), a linguagem é um reflexo da sociedade e, como tal, qualquer análise crítica do discurso revela configurações discursivas que reproduzem as configurações sociais, em vez de promoverem, linguisticamente, a diversidade. Convém aqui lembrar que, como defende NORMAL FAIRCLOUGH⁶⁰, a linguagem contribui para modelar a sociedade, mas também é modelada por ela. A linguagem reflete, por isso, a identidade do falante – ou, para sermos mais coerentes com a heterogeneidade de que falam MARY BUCHOLTZ / KIRA HALL⁶¹, a fluidez de identidades dos falantes da língua.

As implicações linguísticas da identidade manifestam-se, por isso, e sem surpresas, na performance identitária que cada um de nós, enquanto falante da língua, adota no quotidiano, consciente ou inconscientemente. Não obstante, porque nós somos aquilo que falamos e a forma como falamos, a linguagem que utilizamos no dia a dia revela o nosso idioleto, i.e., a forma individual e distintiva como utilizamos uma língua que é partilhada por todos os falantes dessa mesma língua. Poderemos, por isso, afirmar que as possibilidades de anonimato dos falantes de uma língua são drasticamente reduzidas pela performance de identidade que adotamos enquanto falantes da língua, o que é benéfico para as atividades de análise linguística forense. Efetivamente, quanto maior for a capacidade de identificar sujeitos pela

⁶⁰ NORMAL FAIRCLOUGH, *Analysing*.

⁶¹ MARY BUCHOLTZ / KIRA HALL, *Language*.

linguagem que usam, maior será o contributo da análise linguística forense para uma administração de justiça mais adequada.

Não obstante, muitos dos desenvolvimentos que têm em vista a análise das identidades dos falantes, seja para, legitimamente, ajudar a identificar os autores de atividades criminosas, seja para promover a diversidade e igualdade, de género ou outra, e diminuir a incidência de vulnerabilidade, também poderão contribuir, ainda que involuntariamente, para o desenvolvimento de aplicações que promovem o seu contrário. Esse é o caso da previsão policial, que assenta em modelos matemáticos e estatísticos robustos focados no centro da sociedade, desconsiderando as margens. Ou, do mesmo modo, os modelos assentes em aprendizagem automática, que mais não fazem do que reproduzir as desigualdades e os enviesamentos da sociedade. Essas são, afinal, as implicações linguísticas da identidade.

O QUE SOU E QUEM SOU? *SELF*, PESSOALIDADE E IDENTIDADE PESSOAL

WHAT AM I AND WHO AM I?

SELF, PERSONHOOD AND PERSONAL IDENTITY

Rui Vieira da Cunha*
(FLUP E UCP)

RESUMO: A importância das noções de self e de pessoa em diversas disciplinas, além de nas nossas próprias indagações existenciais, é inegável: a diversidade histórica e disciplinar da especulação teórica em torno destes e conceitos próximos é abismal. Uma forma de ganhar algum entendimento sobre o tópico passa por distinguir as diferentes perguntas que se podem colocar acerca de self e de pessoa (e as diferentes perguntas que podem incluir estes conceitos como parte da resposta). Nesse sentido, este ensaio tem dois principais objetivos: 1) contribuir para essa forma de inquérito, identificando e delineando as diferentes perguntas da pessoalidade, da nossa natureza metafísica, da identidade pessoal e da individualidade/singularidade e 2) apresentar um breve esboço das principais abordagens teóricas sobre a identidade pessoal, nomeadamente as abordagens psicológica e somática, ilustradas pelas perspetivas animalistas e neo-lockeanas.

PALAVRAS-CHAVE: Animalismo; Identidade Pessoal; Neo-Lockeanismo; Pessoalidade; *Self*.

* Investigador do Instituto de Filosofia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto (Via Panorâmica, s/n, 4150-564 Porto); docente da Católica Porto Business School (Rua de Diogo Botelho, 1327, 4169-005 Porto) (rfcunha@ucp.pt)

ABSTRACT: *There is no denying the significance of the notions of self and person in different disciplines, in addition to our own inquiries about existence: the historical and disciplinary diversity of theoretical speculation on these and similar concepts is abysmal. One way to gain some understanding of the topic is to distinguish the different questions that can be asked about self and person (and the different questions that may include these concepts as part of the answer). In this sense, this essay has two main objectives: 1) to contribute to this form of inquiry, identifying and outlining the different questions of personhood, of our metaphysical nature, of personal identity and of individuality/uniqueness and 2) to present a brief outline of the main theoretical approaches to personal identity, namely the psychological and somatic approaches, illustrated by the animalistic and neo-lockean perspectives.*

KEYWORDS: *Animalism; Neo-Lockeanism; personal identity; personhood; Self.*

1. Sumário

As perguntas sobre *o que sou* e *o quem sou*, sobre *o que somos* e *quem somos*, são perguntas intemporais e interdisciplinares. Além das nossas próprias indagações existenciais, são lugar comum de várias disciplinas e empreendimentos humanos, da arte à política. A diversidade histórica e disciplinar da especulação teórica em torno destes e conceitos próximos é abismal e impossível de abarcar num único ensaio. A forma aqui adotada para ganhar algum entendimento sobre o tópico passa por distinguir as diferentes perguntas que se podem colocar acerca de self e de pessoa (e as diferentes perguntas que podem incluir estes conceitos como parte da resposta).

A primeira parte deste ensaio passa em revista, de forma resumida, as perguntas da personalidade, da identidade pessoal e da individualidade/singularidade, contribuindo dessa forma para iluminar as relações entre as questões e para essa forma de inquérito filosófico. Não se tentará elencar todas as questões possíveis, nem esclarecer todas as relações possíveis entre as questões identificadas, mas pelo menos far-se-á uma identificação das principais questões e uma reflexão sobre algumas das relações entre elas. A partir daí, na segunda parte do ensaio, e focando-nos na literatura tradicional da identidade pessoal, descrever-se-á em traço largo as principais abordagens teóricas ao problema da identidade pessoal, as abordagens psicológica e somática, ilustradas pelas perspectivas animalistas e neo-lockeanas, com o foco nas teorias de SYDNEY SHOEMAKER, LYNNE RUDDER BAKER, PETER VAN INWAGEN e ERIC OLSON.

2. Self e Pessoa – Identificação das questões principais

Parece certamente um truísmo dizer que somos pessoas ou que seres humanos são pessoas. Não se trata de uma afirmação que à partida encontre, fora do discurso filosófico, grande contestação. Pelo contrário, poder-se-á

dizer até que, para o não-filósofo, a surpresa surge precisamente quando se depara com o âmbito e a profusão das discussões e disputas filosóficas acerca do que somos, a diversidade de posições teóricas acerca da natureza humana, já para não falar da problematização da (aparentemente simples) relação entre seres humanos e pessoas.

Perguntar "o que somos?" é perguntar pela nossa natureza metafísica, perguntar por aquilo de que somos feitos, de que matéria (se é que é matéria) somos compostos, que partes temos (se as temos), se somos objetos¹ abstratos ou concretos, particulares ou universais, substâncias ou apenas aspetos ou modos de existência de algo maior. A resposta a esta pergunta tem tido as mais diversas respostas, pois o interesse da humanidade por aquilo que somos não é certamente recente e não escasseiam os termos para nos referirmos à particular classe que nos inclui como objetos. Da alma de PITÁGORAS, EMPÉDOCLES ou PLATÃO ao centro de narratividade dennettiano, da *psyche* aristotélica à unidade de aperceção transcendental kantiana, da pessoa lockeana ao conjunto de eventos impessoais e indeterminados mentais e físicos de PARFIT, da monada leibniziana ao feixe de perceções humeano, os exemplos abundam. Isto já para não falar do *homo economicus*, do indivíduo da antropologia ou do *self* da psicologia.

Não parece por isso muito arriscado afirmar que não deve haver uma única disciplina interessada no homem ou na natureza humana que não se tenha interrogado sobre o sentido e o alcance dos termos e expressões mais comumente usados nas respostas a esta questão, como "pessoa" ou *self* ou "identidade pessoal".²

Assim, a esta questão filosófica sobre "o que somos?"³, sobre qual a natureza metafísica de seres como nós, que podemos designar como a pergunta

¹ Utiliza-se aqui, preferencialmente e de forma equivalente, os termos "coisa" ou "objeto" para evitar qualquer enviesamento da análise decorrente de se iniciar a indagação sobre o tema assumindo *a priori* um dos termos alternativos possíveis ("ser", "ente", "entidade", "existente", "coisa", etc.). Conceda-se: mesmo "objeto" não será de todo isento de qualquer carga teórica. Mas, na impossibilidade de uma linguagem pura e a-histórica, e no sopesar das alternativas possíveis, "objeto", no sentido de objeto de estudo, surge como um termo razoavelmente neutro para pelo menos se iniciar uma investigação filosófica.

² *Infra* se remeterá, por exemplo, para estudos da psicologia social sobre a perspetiva popular acerca da identidade pessoal. E se dúvidas houver sobre a relevância destes tópicos para a sociologia ou a antropologia, uma mera leitura das obras de ERVING GOFFMAN, de CLIFFORD GEERTZ ou de MARCEL MAUSS seria esclarecimento mais do que suficiente.

³ Ao perguntar aqui pela nossa natureza última, a nossa natureza metafísica, estou a assumir os contornos do problema conforme delimitado em ERIC OLSON, *What Are We A Study in Personal Ontology*, Oxford University Press, Oxford, 2007. Embora muito próxima, não equivale ao tradicional problema mente-corpo, pois que, *ab initio*, se concebe um leque muito mais amplo de respostas àquilo que é a nossa natureza metafísica do que as proporcionadas unicamente pela consideração dos termos "mente" e "corpo". Por outro lado, esta forma de colocar a questão não é a mesma que a tradicional pergunta da "natureza humana", pelo menos no aspeto em que esta questão costuma ser colocada assumindo à partida um excecionalismo da espécie humana que o inquirido posterior (filosófico, sociológico, biológico, etc.) procura apenas confirmar.

sobre a nossa natureza, segue-se quase imediatamente a questão sobre pessoas, sobre o que são pessoas, qual o sentido e alcance do termo.

Uma forma de colocar o problema pode ser a seguinte: "*Quais as propriedades ou capacidades conotadas pela pessoalidade⁴ e/ou pelo conceito de pessoa?*". Uma forma menos refém da filosofia da linguagem para transmitir a mesma questão é a pergunta sobre o que um objeto deve ter para que se diga pertencer à classe das pessoas.

O empreendimento toma então frequentemente a forma de uma indagação pelas características distintivas das pessoas, geralmente englobando na resposta traços como racionalidade, consciência de si próprio, livre arbítrio, existência de estados mentais sobre outros estados mentais, existência de volições de segunda ordem ou a capacidade de usar a linguagem, entre outros⁵.

Note-se já aqui então uma distinção: perguntar sobre o que são pessoas ou o que faz de algo uma pessoa não é o mesmo que perguntar sobre o que somos ou o que faz de nós aquilo que somos. Assumir essa equivalência seria assumir à partida que objetos como nós têm a natureza metafísica de pessoas, eventualmente assumindo que não existem outros tipos de pessoas, o que é contestável⁶. O mesmo é dizer que temos já duas questões distintas, ainda que sobrepostas de algum modo: a questão da nossa natureza metafísica e a questão da pessoalidade.

Ainda que bastante discutidas na filosofia contemporânea, mesmo se nem sempre claramente delimitadas, estas questões não esgotam tudo o que se pode perguntar acerca de nós e acerca de pessoas. Em particular na filosofia analítica, talvez o mais fértil fórum para a discussão do que somos, do que são objetos como nós, e que costuma envolver frequentemente na resposta a noção de *self*, encontra poiso numa terceira pergunta ainda não considerada especificamente, a conhecida literatura sobre o problema da identidade pessoal.

Eis uma forma vívida de apresentar este problema. Lance mãos o leitor de uma das fotografias mais antigas que de si mesmo tenha disponível, provavelmente de criança, e pergunte-se: o que é que faz com aquele objeto re-

⁴ Do inglês *personhood*: por oposição a personalidade, que será própria e individual, de cada um, pessoalidade será algo de genérico, universal, e partilhado por todos os objetos com a qualificação de *pessoa*.

⁵ Na bioética, em particular, esta é uma forma de abordagem comum: veja-se PETER SINGER, *Applied Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 1986, com o critério da senciência a propósito do estatuto moral dos animais. Cf. também MARY ANNE WARREN, *Moral Status. Obligations to Persons and Other Living Things*, Clarendon Press, Oxford, 1997, e MICHAEL TOOLEY, *Abortion and Infanticide*, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, 1972, pp. 37-65, na discussão sobre a permissibilidade do aborto.

⁶ Historicamente, de resto, o próprio termo "pessoa" surge na teologia como forma de designação das pessoas divinas (Deus, anjos), além de que, como é sabido, no direito se admite a existência de pessoas não humanas, as meras pessoas jurídicas – cf. GERALD GLEESON, *Speaking of Persons, Human and Divine*, *Sophia*, vol. 43, n.º 1, 2004, pp. 45-60, e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral da Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

presentado na fotografia seja idêntico, seja o mesmo objeto, que aquele que agora segura na fotografia? É porque as memórias são as mesmas? Porque o corpo é o mesmo? Ou talvez porque se trata do mesmo organismo? Ou porque um e outro têm o mesmo ponto de vista sobre o mundo, a mesma perspectiva de primeira pessoa?

Há uma miríade de respostas possíveis a esta investigação sobre as condições que devem ser cumpridas para que se possa dizer que uma pessoa existe como a mesma pessoa em diferentes momentos no tempo. Na formulação paradigmática de HAROLD NOONAN, "The problem of personal identity over time is the problem of giving an account of the logically necessary and sufficient conditions for a person identified at one time being the same person as a person identified at another."⁷

Trata-se por isso de uma questão metafísica acerca de persistência no tempo, uma questão acerca do que faz com que o objeto sob consideração persista de um momento para o outro como o mesmo objeto, acerca do que faz com que haja identidade. Tipicamente, pergunta-se o que é que faz com x em t1 seja idêntico a y em t2.

A este propósito, de resto, importa desde já anotar as necessárias distinções entre identidade qualitativa e identidade quantitativa (ou numérica)⁸. Se pensarmos no que une, por exemplo, gémeos monozigóticos, enquanto possuidores, em grande medida, das mesmas características, estaremos muito próximos daquilo que se designa por identidade qualitativa. Por outro lado, ainda que incrivelmente semelhantes, gémeos monozigóticos nunca poderão ser considerados os mesmos no sentido da identidade numérica ou quantitativa, pois que nunca serão o mesmo objeto, isto é, não serão um só objeto, não poderão ocupar a mesma posição no tempo e no espaço⁹.

⁷ HAROLD NOONAN, *Personal Identity*, 2ª edição, New York, Routledge, 2003, p. 2. Note-se que, na definição do problema por NOONAN, já se está a assumir que o objeto em causa é uma pessoa nos dois momentos, excluindo-se a possibilidade de algo ser uma pessoa mas deixar de o ser no decurso da sua existência. No mesmo sentido, da tendenciosidade de se considerar que os *relata* da situação devem ser à partida pessoas, cf. PEDRO GALVÃO, *Identidade Pessoal*, in *Compêndio em Linha de Problemas de Filosofia Analítica*, Lisboa, 2013, disponível em <http://compendioemlinha.letras.ulisboa.pt/identidade-pessoal-pedro-galvao/>, consultado em 2021-01-31. Para uma crítica deste tipo de formulação da questão da identidade pessoal, v. a posição de ERIC OLSON, *What are We*, melhor explicitada *infra*.

⁸ Esta é a apresentação usual da diferença entre identidade qualitativa e identidade numérica, assente na partilha de propriedades pelos objetos – para um exemplo desta frequência, cf., por exemplo, DEREK PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, Oxford University Press, 1987, reimpr., pp. 201-202.

⁹ Note-se as assunções metafísicas já presentes numa afirmação aparentemente tão inocente: a de que existem objetos, que esses objetos perduram no espaço e no tempo, que nesses objetos inerem propriedades (ou que propriedades são de alguma forma instanciadas nos objetos), que é possível ter-se mais ou menos identidade qualitativa (por muito parecidos que possam ser, gémeos monozigóticos estarão ainda assim muito longe da identidade qualitativa que outro tipo de objetos podem atingir, particularmente num mundo de produção industrial standardizada) e que identidade numérica é uma relação que ape-

A identidade pessoal é por isso um caso especial de um problema mais geral, de identidade numérica, relativo à mudança e à persistência. E, desde logo, um problema adicional a notar: será que há diferentes condições de persistência para este tipo de objeto (pessoa) ou as condições são exatamente as mesmas que outros tipos de objetos (rochas, plantas, animais, artefactos)? Se se assumir que a resposta a uma questão destas (“*Quais são as condições necessárias e suficientes para uma pessoa existir como a mesma pessoa em diferentes momentos no tempo?*”) envolverá a enunciação de um critério de identidade específico, para o tipo de objeto em questão (pessoas), então a resposta a este problema metafísico envolve necessariamente uma explicitação do que significa ser uma pessoa ou, colocado de outra maneira, uma enunciação das condições de pessoalidade.

Especificando: ao responder que x em t_1 é idêntico a y em t_2 por apelo a um determinado critério de identidade pessoal (seja o critério psicológico seja o critério somático, como veremos *infra*), está-se a utilizar essa resposta, o critério utilizado, para determinar o sentido de pessoa, para responder à questão da pessoalidade. O que o mesmo é dizer que a pergunta sobre a pessoalidade e a pergunta sobre a identidade pessoal, não sendo a mesma, sobrepõem-se de maneira significativa. Acresce que, não sendo obrigatório, é evidentemente muito comum que a isto se acrescentem considerações sobre o tipo de objetos que somos e sobre a existência ou não de outro tipo de pessoas além das que possuam as mesmas características que nós, o que demonstrará igualmente a sobreposição com a primeira das questões, acerca da nossa natureza metafísica.

Na identificada literatura da identidade pessoal, é usual encontrar ainda um outro termo, o *self*, frequentemente usado ou como sinónimo de “pessoa” ou como resposta autónoma para a questão da persistência no tempo¹⁰. A título de exemplo, veja-se a diversidade de adjetivos qualificadores que a este termo se pode apor, em resultado das diferentes abordagens teóricas e que, como afirma STRAWSON¹¹, apenas a paciência nos permite suportar:

nas ocorre entre um objeto e esse mesmo objeto, sendo a única relação de identidade apta para, entre outras coisas, contar os objetos no mundo.

¹⁰ A tradição analítica não despertou tão cedo para o problema da pessoalidade como para o problema da identidade pessoal. Por oposição, a tradição personalista, nascida do idealismo alemão, apresentou certamente uma caracterização mais complexa da pessoalidade (mas menos atenção, por sua vez, ao problema da identidade pessoal). Cf., numa perspectiva pessimista sobre a visão da filosofia analítica sobre a pessoalidade, AARON PRESTON, *Personhood in Twentieth- and Twenty-First-Century Anglophone Philosophy*, in ANTONIA LOLORDO (ed.), *Persons: A History*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 263-300. O presente ensaio pretende precisamente dar um contributo para o entendimento da pessoalidade a partir das discussões da identidade pessoal. Nesse sentido, pode entender-se como um contributo para o despertar da filosofia analítica para o problema da pessoalidade.

¹¹ GALEN STRAWSON, *Selves: An Essay in Revisionary Metaphysics*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 18.

"(...) the autobiographical self, the cognitive self, the conceptual self, the contextualized self, the core self, the dialogic self, the ecological self, the embodied self, the emergent self, the empirical self, the existential self, the extended self, the fictional self, the full-grown self, the interpersonal self, the inviolable self, the material self, the metasef, the narrative self, the nuclear self, the philosophical self, the physical self, the private self, the proto-self, the representational self, the rock-bottom essential self, the semiotic self, the social self, the transparent self, the true self, the verbal self, and the working self – to name only a few."

Esse uso, porém, não colhe a aceitação de todos. Com efeito, a profusão de definições de *self* é tal que OLSON¹², indo mais longe que STRAWSON, defende que, na suposição de que não existe uma utilização minimamente consensual do termo, das suas características ou mesmo de casos paradigmáticos¹³, seria preferível não falar em *selves* mas sim nos efetivos problemas ou perguntas específicas que costumam ter o *self* como resposta ou que em geral envolvam o termo.

Evidentemente, além das duas questões já identificadas, nossa natureza metafísica, da pessoaalidade e da identidade pessoal, várias outras, de menor ou maior relevância, poderiam ser reconhecidas¹⁴. A questão da *unidade* da pessoa, por exemplo, formulada como "*Quais são as condições que explicam que algo é uma e apenas uma pessoa em um determinado momento no tempo?*"¹⁵. Este problema é muitas vezes caracterizado como um problema de identidade sincrónica, por oposição ao problema da identidade pessoal, que será um problema de identidade diacrónica. Isto é assim porque, enquanto no problema da identidade pessoal são considerados momentos diferentes no tempo, no problema da unidade da pessoa lida-se apenas com um momento específico no tempo e nada mais. Os *relata* de qualquer relação metafísica que seja preciso analisar não são aqui separados por um qualquer lapso temporal.

¹² ERIC OLSON, There is no problem of the self, *Journal of Consciousness Studies*, 5, 1998, pp. 645-657.

¹³ E supondo ainda que tal consenso é necessário para a introdução de um termo no vocabulário filosófico, o que é controverso e por si só mereceria discussão própria...

¹⁴ Para uma listagem ainda mais detalhada e completa das diferentes questões e das relações entre si das mesmas, cf. RUI VIEIRA DA CUNHA, Personhood and Personal Identity in the Online World, *Perspectives – International Journal of Philosophy*, special issue, 2014. Ver também, com apresentação de outra categorização das questões, SOFIA MIGUENS, Problemas de Identidade Pessoal, *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 18, 2001, p. 140, ou ERIC OLSON, Personal Identity, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/identity-personal/>, consultado em 2021-01-31.

¹⁵ Como praticamente todas as outras questões aqui consideradas, também este problema encontra antecedentes na história da filosofia, mormente nas discussões da filosofia medieval e moderna sobre o princípio da individuação. Para uma resenha, cf. UDO THIEL, *The Early Modern Subject: Self-Consciousness and Personal Identity from Descartes to Hume*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Mais comum será talvez aquilo que se designa como problema da individualidade e singularidade da pessoa e que se pode expressar interrogativamente assim: "Quais as características que distinguem uma pessoa da outra e a tornam única?" Esta é uma pergunta sobre o que torna uma pessoa essa pessoa específica, sobre a nossa individualidade de uma maneira 'existencial', se quisermos, sobre o que torna qualquer pessoa única, diferente de todas as outras pessoas. A resposta pode incluir – e inclui frequentemente – a maneira como nos vemos, a nossa narrativa pessoal, a nossa estrutura de crenças, a nossa personalidade, etc. Perguntar sobre a minha individualidade dessa maneira existencial é imaginar quem eu sou, o que me define e me diferencia de outras pessoas¹⁶. BRIAN GARRETT¹⁷, por exemplo, caracterizando este problema em termos de auto-imagem ou valores e crenças fundamentais de uma pessoa, considera-o como o mais próximo do entendimento coloquial da expressão "identidade pessoal" e também ele o distingue claramente do problema da identidade pessoal (enquanto persistência no tempo). Outras questões podem surgir em relação direta com esta: Como poderia eu ser? Ainda seria eu se minha personalidade tivesse sido diferente por algum motivo? Ou se eu tivesse nascido alguns momentos antes ou depois? Existe uma conexão estreita entre essa questão e as questões da pessoalidade e da identidade pessoal, que se pode ver, por exemplo, na maneira como MARYA SCHECHTMAN¹⁸ entrelaça essas duas questões sobre o que torna uma coisa no mundo uma pessoa (pessoalidade) e o que a torna essa pessoa única, distinta de qualquer outra (individualidade/singularidade).

Resumindo, se a pergunta sobre a identidade pessoal não se confunde nem com a pergunta sobre a nossa natureza metafísica nem com as perguntas sobre a pessoalidade ou a individualidade/singularidade, estas não deixam ainda assim de ser relevantes. Enquanto no problema da identidade pessoal se incluem muitas vezes também questões cognitivas, relativas à consciência, ao nosso acesso de primeira-pessoa, à natureza do Eu ou do *self*, no problema da pessoalidade incluem-se questões metafísicas, sobre o tipo de objeto que somos (se somos uma alma, uma mente, um animal...). Simplificando, poderíamos dizer que a pergunta sobre a nossa natureza metafísica é uma pergunta sobre o que sou, enquanto a pessoalidade é uma pergunta sobre o que são pessoas, sendo que uma das respostas mais comuns àquela é a de que somos, precisamente, pessoas. Por outro lado, a pergunta sobre a identidade pessoal é uma pergunta sobre o que faz de mim o mesmo ao longo do tempo, enquanto a pergunta sobre a individualidade ou singularidade é uma pergunta sobre quem sou, sobre o que faz mim este específico objeto e não outro qualquer. As sobreposições das diversas

¹⁶ Um excelente ponto de entrada para este problema em particular, em língua portuguesa, é CARLOS JOÃO CORREIA, *Sentimento de Si e Identidade Pessoal*, C

¹⁷ BRIAN GARRETT, *Personal Identity and Self-Consciousness*, Routledge, New York, 2002, reimp., p. 1.

¹⁸ MARYA SCHECHTMAN, *The Constitution of Selves*, Cornell University Press, Ithaca, 1996.

questões são inúmeras mas, agora que estão minimamente delimitadas, é possível proceder no inquérito filosófico com maior clareza¹⁹.

A próxima parte deste ensaio dedica-se, por isso, a descrever as principais posições teóricas na literatura sobre a identidade pessoal, *i.e.*, sobre a persistência de pessoas no tempo. Como se verá, servirá esse breve resumo também como forma de ilustrar o que até aqui se defendeu sobre a sobreposição daquelas questões. Com efeito, ao responder à pergunta sobre o que somos, dirão alguns autores também o que entendem por pessoas, enquanto outros manterão as questões separadas, ainda que reconhecendo a sua proximidade.

3. A identidade pessoal: animalistas e neo-lockeanos

Talvez a mais popular²⁰⁻²¹ das respostas à questão da identidade pessoal seja a perspectiva psicológica, que faz a persistência de objetos como nós depender de uma qualquer relação psicológica. Um defensor da perspectiva psicológica terá que especificar que tipo de relação psicológica é necessária e suficiente para a persistência de objetos como nós, certamente, e essa poderá assumir diferentes formas, mas será sempre um qualquer tipo de propriedade mental. Assim, na perspectiva psicológica, y em t_2 é idêntico a x em t_1 se aquele herdar deste alguma espécie de propriedade mental, como crenças, memórias, preferências, etc.

É relativamente comum usar-se o termo neo-lockeana para referir qualquer posição que defenda perspectivas psicológicas sobre a identidade pessoal e, nesse sentido, encarar neo-lockeano como sinónimo de “psicologista” ou defensor da perspectiva psicológica. E é um facto que as perspectivas psicológicas têm um antecedente forte em LOCKE, que definiu pessoa como um “*thinking*

¹⁹ Fará sentido perguntar ainda qual destas questões tem prioridade sobre a outra? Em rigor, dir-se-ia que sim, metodologicamente, que a questão da pessoaalidade é prioritária, pelo menos em relação às questões da identidade pessoal e da individualidade/singularidade – nesse sentido, cf. RUI VIEIRA DA CUNHA, *Personhood and Personal Identity in the Online World, Perspectives – International Journal of Philosophy*, special issue, 2014.

²⁰ Por uma vez, esta é uma afirmação sobre a popularidade de opiniões filosóficas que pode ser sustentada quantitativamente: segundo um inquérito de 2013, 33,6% dos filósofos suportam (*i.e.*, aceitam ou inclinam-se para) a perspectiva psicológica, vs. 16,9% para a perspectiva biológica. DAVID BOURGET & DAVID J. CHALMERS, *What do Philosophers Believe, Philosophical Studies*, vol. 170, 2014, pp. 465-550.

²¹ No seguimento da nota anterior, importa lembrar que inquéritos tendo como amostra não-filósofos, curiosamente, obtêm resultados semelhantes, no sentido de algum predomínio da perspectiva psicológica – cf. SHAUN NICHOLS & MICHAEL BRUNO, *Intuitions about personal identity: An empirical study, Philosophical Psychology*, vol. 23:3, 2010, pp. 293-312. A ressalva, porém, é que essa intuição é elicitada apenas quando as questões colocadas aos participantes são abertas e abstratas, parecendo dar alguma razão a BERNARD WILLIAMS na sua crítica seminal das experiências de pensamento como metodologia, quando apontou a importância do enquadramento para elicitarem intuições diferentes. – cf. BERNARD WILLIAMS, *The Self and The future, The Philosophical Review*, 79, pp. 161-180.

intelligent being, that has reason and reflection, and can consider itself as itself, the same thinking thing, in different times and places."²² Convém, contudo, lembrar que não só existem "psicologistas" cuja específica relação psicológica defendida como critério de identidade pessoal não se resume à memória lockeana (por exemplo, SHOEMAKER e RUDDER BAKER, a ver a seguir) como também, em rigor, a perspetiva lockeana é matéria de interpretação complexa e a muito divulgada descrição da tese de LOCKE como simplesmente equacionando identidade pessoal com memória é tudo menos controversa²³.

Uma das perspetivas psicológicas mais relevantes é a de SYDNEY SHOEMAKER. Sendo uma perspetiva funcionalista acerca do mental²⁴, defende que estados mentais devem ser vistos como estados funcionais (definíveis em termos das suas relações causais com os inputs funcionais, definíveis em termos das suas relações (primordialmente causais) com *inputs* sensoriais, com *outputs* comportamentais e, em particular, com outros estados funcionais). É, de resto, o específico lugar que um estado mental ocupa nesta complexa rede que o individua e constitui como o particular estado mental que é.

Deixando em aberto a questão da natureza intrínseca desses estados mentais, ou seja, não tomando partido na querela dualismo-materialismo, esta perspetiva funcionalista dá uma resposta muito clara ao que faz a unidade de uma qualquer pessoa (ou *self*) num determinado momento (a tal questão da identidade sincrónica): a unidade psicológica sincrónica explicar-se-á sempre pela co-pessoalidade, isto é, pela instanciação no mesmo momento dos estados mentais numa única rede complexa em virtude do que em conjunto causam ou podem causar. Consequentemente, também a identidade diacrónica (a tal questão da persistência no tempo) será sempre co-pessoalidade, unida pelas relações causais entre os diferentes estados mentais, desde que não haja qualquer fissão ou ramificação no desenvolvimento dos estados sucessivos²⁵.

²² JOHN LOCKE, *An Essay concerning Human Understanding*, ed. Peter H. Nidditch, Clarendon Press, Oxford, 1975, II.xxvii.9, p. 335.

²³ Cf., a este último respeito, GALEN STRAWSON, *Locke on Personal Identity: Consciousness and Concernment*, Princeton University Press, Princeton, 2011. Além disso, convém lembrar que LOCKE pode ser incluído também nos antecedentes do animalismo, no sentido em que defendeu a distinção entre pessoa e homem, com diferentes critérios de identidade para cada, e é possível compatibilizar teoricamente uma resposta animalista à pergunta sobre a nossa natureza metafísica com uma resposta lockeana à pergunta sobre a pessoalidade.

²⁴ SYDNEY SHOEMAKER, *Self and Substance*, *Nous*, vol. 31, Supplement: Philosophical Perspectives, 11, Mind, Causation, and World, pp. 283-284: "[...] the psychological continuity view of personal identity, the contemporary heir to Locke's memory theory, can usefully be seen as complementary to - the "reverse side of the coin of" - a functionalist view about the nature of mental states."

²⁵ Naturalmente, para se identificar os estados mentais como o tipo de propriedades que interessam para a discussão da identidade pessoal já se operou previamente uma escolha acerca do tipo de objetos que as pessoas são, privilegiando claramente o aspeto mental. Cf. SYDNEY SHOEMAKER, *Functionalism and Personal Identity - A Reply*, *Nous*, vol. 38:3, 2004, p. 527: "Here I am taking it that the persistence of things over time is a causal matter, the later states of a thing being states that stand to its earlier states in appropriate relations of causal dependence. There is an internal relation between the properties a thing is capable of having and the persistence conditions for things of the sort it is [...]"

Se em SHOEMAKER temos uma teoria que tenta resolver, principalmente, o problema da identidade pessoal (sincrónica, de persistência no tempo, mas também diacrónica), na perspetiva igualmente psicológica de LYNNE RUDDER BAKER encontramos uma teoria que se demarca desde logo por ter como propósito responder primeiro às questões da nossa natureza metafísica e da pessoaalidade e só depois à questão da identidade pessoal (sincrónica, de persistência no tempo). É, por isso, uma exceção à norma na filosofia analítica contemporânea de que a pessoaalidade só interessa de forma instrumental, para ajudar a responder à questão da identidade pessoal, ou de forma acessória, como resultado espúrio depois de se ter encontrado a resposta a esta questão.

Para RUDDER BAKER, o que faz de algo um humano é pertencer à espécie biológica *Homo Sapiens*, enquanto o que faz de algo uma pessoa é a capacidade de ter uma perspetiva de primeira pessoa. Por perspetiva de primeira pessoa entende-se a capacidade de se conceber a si mesmo como si mesmo, a partir de dentro, tendo pensamentos acerca de si mesmo e concebendo-se como o sujeito desses pensamentos.²⁶

Para se ser uma pessoa, o que é exigível, segundo RUDDER BAKER, é essa capacidade para a perspetiva de primeira pessoa e essa capacidade é algo que uma pessoa tem essencialmente, isto é, faz parte da essência daquela pessoa, não podendo ser duplicada. Além disso, RUDDER BAKER entende que a pessoa humana é constituída pelo organismo ou animal humano, não descartando a possibilidade de existirem outros tipos de pessoas, como pessoas divinas ou de baseadas em silício. A constituição é uma relação metafísica, tal como a identidade, mas não se confunde com esta. É uma relação de unidade: se x (o animal) constitui y (a pessoa) em t , então toda e qualquer propriedade que y tenha de forma não derivativa (como sentir-se triste) é tida por x de forma derivativa e toda e qualquer propriedade que x tenha de forma não derivativa (pesar 70 kilogramas) é tida por y de forma derivativa.

A outra resposta concorrente²⁷ para o problema da identidade pessoal é

²⁶ A mera existência de estados mentais como crenças e desejos é por isso uma condição necessária mas não suficiente para se ser uma pessoa, pois a perspetiva de primeira pessoa vai para além da mera existência de estados mentais – cf. LYNNE RUDDER BAKER, *Persons and Bodies: A Constitution View*, Cambridge University Press, New York, 2000, pp. 59-88.

²⁷ Acresce que as abordagens psicológica e somática são, por sua vez, sub-conjuntos de um grupo mais amplo de perspetivas sobre identidade pessoal, normalmente apelidado de perspetiva complexa (*complex view*) e que se distingue da perspetiva simples (*simple view*) - esta última sustentada, por exemplo, por RODERICK CHISHOLM, *Person and Object: A Metaphysical Study*. Open Court, La Salle, 1976 e RICHARD WINBURNE – cf. SYDNEY SHOEMAKER & RICHARD SWINBURNE, *Personal Identity*, Blackwell, Oxford, 1984. – Segundo GASSER, GEORG & STEFAN, MATHIAS, *Personal Identity: Complex or Simple?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 3, a distinção entre a perspetiva complexa e a perspetiva simples é que enquanto a primeira está literalmente a tentar descobrir os termos ou condições em que consiste a identidade pessoal, geralmente procurando as condições necessárias e/ou suficientes da mesma, a perspetiva simples nega que a identidade pessoal possa ser (analiticamente) redutível a qualquer coisa além de si mesma, encarando-a mais como um facto bruto da existência e, quando muito, encarando os critérios somático ou psicológicos como meros critérios epistémicos.

a resposta ou abordagem somática²⁸, cujo expoente atual maior se encontra na perspetiva dita *animalista*. Ainda que em espírito o animalismo possa ser considerado Aristotélico, no debate sobre a identidade pessoal esta posição é relativamente recente. Só nos anos 80 do século XX é que começaram a surgir as primeiras posições animalistas suficientemente articuladas, nos EUA com BILL CARTER e PETER VAN INWAGEN e no Reino Unido com DAVID WIGGINS, MICHAEL AYERS, PAUL SNOWDON e ERIC OLSON.

A afirmação unificadora das diferentes posições animalistas é a de que somos animais (humanos). Ou seja, objetos como nós são animais. Quando dizemos de um objeto como nós que "é um animal" o "é" é o "é" de identidade. E por "animais (humanos)" pretendem os animalistas referir as características de organismos biológicos da espécie *Homo Sapiens*. Para um animalista, a identidade pessoal (enquanto persistência no tempo) de objetos como nós não depende de qualquer continuidade ou sequer de qualquer propriedade psicológica. Nada disso é necessário, porque cada animal humano começa a existência como um embrião, portanto sem propriedades psicológicas, e pode até terminar a existência sem essas propriedades também – pense-se, por exemplos, nos casos de coma profundo - para a persistência de algo como nós. Por outro lado, as propriedades psicológicas podem perfeitamente não ser suficientes: a resposta do animalista a casos imaginários (os ditos *puzzle cases* de PARFIT ou outras experiências de pensamento em geral) em que há continuidade psicológica sem persistência do mesmo animal é o de negar qualquer continuidade da pessoa²⁹.

²⁸ A perspetiva somática, por sua vez, pode caracterizar-se como tendo o denominador comum de fazer apelo a factos biológicos ou físicos, pelo menos. Note-se que a perspetiva corporal (*bodily view*) de JUDITH JARVIS THOMPSON, *People and their Bodies*, in *Reading Parfit*, J. Dancy (ed.), Blackwell, Oxford, 1997, contaria, tal como o animalismo que analisaremos em maior detalhe, como uma perspetiva somática. No entanto, enquanto a perspetiva corporal tem que enfrentar a objeção mais óbvia de que nossos corpos mudam constantemente, o animalismo, usando como principal critério a vida do organismo, pode responder mais facilmente a essa objeção. A perspetiva de BERNARD WILLIAMS, apesar de parecer ser essencialmente epistémica, tende a favorecer o corpo e, nesse sentido, está claramente do lado das abordagens animalistas ou, pelo menos, biológicas – cf. BERNARD WILLIAMS, 'Personal Identity and Individuation', *Proceedings of the Aristotelian Society*, 57, 1956-57, pp. 229-252; Já mais dúvidas existem sobre a qualificação, por exemplo, de uma abordagem baseada no cérebro, como a de THOMAS NAGEL, *The View From Nowhere*, Oxford University Press, New York, 1986, p. 40, porquanto, se é verdade que o elemento distintivo é uma parte do corpo (e, portanto contaria como somática), o certo é que as específicas razões para se eleger essa parte do corpo relacionam-se, no fundo, com o papel do cérebro na preservação e continuação da nossa vida mental. A favor da qualificação como biológica da teoria de NAGEL v. GASSER & STEFAN, *ob. cit.*, p. 4. A favor da qualificação da teoria de NAGEL como psicológica cf. ERIC OLSON, *Personal Identity*.

²⁹ Em termos mais técnicos, um conhecido argumento em favor do animalismo em geral, trabalhado ao longo dos anos por diferentes autores (AYERS, CARTER, MCDOWELL, SNOWDON e OLSON) é o designado "*thinking animal problem*": assumindo que existem animais humanos (o que parece ser incontestável), segue-se que existirá sempre um animal humano em qualquer sítio e momento em que haja uma pessoa humana. Acresce que, se nos tomarmos como sendo a pessoa humana, não podemos ainda assim negar que o animal humano, no mesmo sítio e no mesmo momento, parece ter todas as característi-

Uma defesa mais assumida do animalismo pode encontrar-se, primeiro, em PETER VAN INWAGEN, interessado em apresentar uma teoria sobre a natureza das coisas materiais que leve a sério as características aparentemente paradoxais da sua unidade e persistência³⁰. Tentando responder à questão ontológica mais genérica da composição ("quando é que é verdade que, para cada y , os x compõem y ?")³¹, VAN INWAGEN defende que, para toda e qualquer objeto ou ente material, este deve ser ou um simples (i.e., algo que faz parte da composição de outro objeto) ou um organismo. No caso de objetos como nós, a única qualificação possível é a segunda.

Isto é assim porque, tentando responder à pergunta da composição, uma outra maneira de formular a resposta de VAN INWAGEN é que muitos simples só compõem algo quando as atividades de partículas físicas constituem uma vida. A composição, por isso, é um fenómeno ontológico que não existe onde não haja vida e os entes compostos são todos seres vivos, ainda que VAN INWAGEN não explique em detalhe o que é uma vida (apesar de algumas analogias com chamas ou ondas, e uma genérica qualificação como "evento", no essencial essa tarefa é deixada para os biólogos)³².

A perspetiva de VAN INWAGEN não só resulta numa ontologia relativamente esparsa (tudo o que existe ou é um simples ou é um organismo) mas também tem como consequência que muito do que habita o nosso quotidiano, como por exemplo meros objetos como uma cadeira ou uma mesa, não têm realmente existência ou dignidade ontológica. Ainda assim, temos uma resposta perfeitamente plausível à questão da nossa natureza metafísica e da nossa identidade pessoal (somos organismos e persistimos enquanto essa vida orgânica durar), embora talvez uma resposta menos satisfatória à questão da pessoaalidade, pois que *pessoa* deixa de designar uma categoria de entes ou objetos ontologicamente relevantes.

Uma outra defesa da teoria animalista é feita por ERIC OLSON e começa com uma observação inatacável: o problema da identidade pessoal, conforme a literatura dos séculos anteriores o tinha vindo a colocar, estava mal formulado. Não se pode perguntar o que é necessário para que objetos como nós persistam como pessoas mas sim o que é necessário para que objetos como nós persistam *simpliciter*.³³ Ou seja, a indagação de OLSON começa precisa-

cas psicológicas da pessoa humana: pensa os mesmos pensamentos, tem as mesmas memórias, os mesmos desejos. Aliás, como saber se somos de facto a pessoa humana e não o animal humano? Perante este argumento, ou se aceita a tese do animalismo ou se corre o risco de multiplicar os pensadores – daí que por vezes o mesmo ponto seja referido como "*too many thinkers problem*". Cf., por exemplo, STEPHAN BLATTI, A New Argument for Animalism, *Analysis*, vol. 72, n.º4, 2012, pp. 685-690.

³⁰ PETER VAN INWAGEN, *Material Beings*, Cornell University Press, Ithaca, 1990, p. 18.

³¹ Uma formulação mais prática: "Suppose one had certain (nonoverlapping) objects, the x s, at one's disposal; what would one have to do – what could one do – to get the x s to compose something?" (PETER VAN INWAGEN, *Material Beings*, Cornell University Press, Ithaca, 1995, p. 31.

³² PETER VAN INWAGEN, *Material Beings*, p. 84.

³³ Cf. o que se afirmou *supra* sobre a importância de escolher termos (relativamente) neutros no início da indagação filosófica e sobre a formulação tradicional da questão da identidade pessoal, por exemplo, por NOONAN.

mente desta constatação de que só estamos interessados no problema da identidade pessoal (e da pessoalidade) por pressupormos que somos pessoas, *i.e.*, que a resposta à pergunta sobre a nossa natureza metafísica é a de que somos pessoas. Mas, em última análise, aquilo que realmente queremos saber, afirma OLSON, é o que somos, que tipo de entidade somos. Esse é o nosso interesse principal e o interesse na identidade pessoal e na pessoalidade surge apenas secundariamente.

OLSON parte então desta correção metodológica para começar com a afirmação que lhe parece apoiada simultaneamente pelos resultados científicos e pelo senso comum: o que nós somos, objetos como nós, é organismos biológicos, animais humanos. Se assim é, se é esse o tipo de objetos nos quais nos inserimos, então a nossa identidade no tempo não consiste em qualquer espécie de continuidade psicológica, que não é nem necessária (cada animal humano começa como um embrião, sem quaisquer estados mentais, e pode terminar num estado vegetativo, também sem quaisquer estados mentais) nem suficiente.

Mais especificamente, e com base na sua leitura de DAVID WIGGINS³⁴, OLSON assume que qualquer objeto se enquadra num tipo ou conceito (*substance concept*), que nos diz o que o objeto é, ao invés de simplesmente nos dizer o que ele faz, ou onde está localizado ou qualquer outra característica accidental do mesmo. Além disso, esse tipo ou conceito determina as condições de persistência que se aplicam necessariamente a todas as coisas ou objetos desse tipo³⁵.

Substance concepts podem ser distinguido de *phase sortals*, ou *sorts*, tais como criança ou atleta ou filósofo. Estes conceitos não nos dizem o que o objecto é mais fundamentalmente, mas antes o que é em algum momento da sua existência³⁶. Ora, de acordo com a abordagem biológica defendida por OLSON, o nosso *substance concept*, o conceito que melhor responde à questão sobre o que nós somos mais fundamentalmente, sobre a nossa natureza metafísica, não é pessoa, mas sim *Homo sapiens* ou animal ou organismo vivo³⁷.

A rejeição de OLSON de pessoa como um *substance concept* é baseada tanto no facto de que a pessoalidade "é meramente uma capacidade ou habilidade de uma coisa" e não algo intimamente ligado às "características

³⁴ DAVID WIGGINS, *Sameness and Substance*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, p. 15.

³⁵ Dois objetos sob o mesmo *substance concept* partilham as mesmas condições de persistência e qualquer objeto sob um *substance concept* terá sempre essas condições de persistência, *i.e.*, "uma coisa não pode alterar o seu critério de identidade a meio do seu percurso" (ERIC OLSON, *The Human Animal: Personal Identity Without Psychology*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 29).

³⁶ O facto de sermos animais humanos, organismos biológicos, não impede que sejamos também pessoas. A diferença, para OLSON, é que somos animais humanos essencialmente, enquanto apenas somos pessoas temporária e contingentemente.

³⁷ "Animal (ou organismo ou animal humano) é um caso paradigmático de um *substance concept*, e assim é um candidato ideal para determinar as condições de persistência de uma coisa." Cf. ERIC OLSON, *The Human Animal*, p. 36.

internas, estruturais ou intrínsecas" dessa coisa³⁸, como no facto de que entidades biológicas como nós podem persistir nas mesmas condições que muitas não-pessoas, como embriões humanos e vegetais humanos. Um embrião humano ou um feto humano ou um vegetal humano não podem ser contados como pessoas, mas eles ainda são animais humanos e assim, OLSON argumenta, isso é o que mais fundamentalmente somos: animais³⁹.

Note-se que esta perspetiva, rejeitando o conceito de pessoa como resposta à pergunta sobre a nossa natureza metafísica, não exclui a existência de outros tipos de pessoas além das humanas: pessoas totalmente imateriais, como deuses ou anjos ou egos cartesianos, ou mesmo pessoas artificiais ou de outras espécies biológicas. E, claro, também não exclui, pelo contrário, que estes diferentes tipos de pessoas tenham condições de persistência diferentes; de facto, implica isso mesmo. O animalismo é agnóstico quanto à questão da pessoaalidade, de certa forma.

Importa também não confundir esta perspetiva animalista de OLSON com a perspetiva corporal que afirma que somos idênticos aos nossos corpos, ou que persistimos apenas no caso de os nossos corpos continuarem a existir, ou com qualquer versão modificada da mesma que se baseie em algum tipo de critério físico da identidade pessoal, que de alguma forma se foque no cérebro e responda a qualquer pergunta simplesmente procurando pela localização do cérebro⁴⁰.

Tal como na perspetiva de VAN INWAGEN, o busílis da questão é o que se entende por vida. Isto porque, segundo OLSON, somos organismos e as características relevantes de um organismo vivo incluem ter um metabolismo, uma teleologia e uma complexidade organizada mas, para explicar as condições de identidade de um organismo (*i.e.*, já não a identidade pessoal mas a identidade animal ou orgânica, digamos), OLSON refere-se constantemente ao tronco cerebral, o órgão que dirige funções de sustentação vitais do organismo⁴¹.

³⁸ ERIC OLSON, *The Human Animal*, p. 34. Podemos, é claro, interrogarmo-nos por que razão não está a capacidade ou a habilidade de uma coisa intimamente ligada às suas características intrínsecas e qual a legitimidade de se distinguir entre o que algo é e o que algo faz e, até, se animal humano, animal ou organismo não são também eles conceitos funcionais – cf., nesse sentido, PETER NICHOLS, Substance Concepts and Personal Identity, *Philosophical Studies*, 150, (2), pp. 255-270.

³⁹ Dizer que somos animais é uma excelente resposta para a pergunta sobre o que algo é. No caso, uma resposta à pergunta sobre a nossa natureza metafísica. Pessoa, por outro lado, é apenas um *phase sortal*, no sentido em que dizer que algo é uma pessoa não nos diz o que esse algo é, mas o que faz e também no sentido em que algo (no nosso caso, um animal humano) pode existir antes de vir a ser uma pessoa e pode continuar a existir (como um animal humano) mesmo após deixar de ser uma pessoa.

⁴⁰ ERIC OLSON, *The Human Animal*, p. 144, oferece várias razões contra a ideia de que corpo possa ser um *substance concept* – o facto de que um objeto poderia ser o corpo de alguém por um tempo e depois o corpo de outro e continuar a existir, por exemplo. Ou o facto de que um objeto pode cessar de ser um corpo humano e continuar a existir. A questão principal, todavia, é colocada mais claramente por ERIC OLSON, *What are We*, pp. 25-26, da seguinte forma: "I have never seen a good account of what makes something someone's body (...). I am unable to complete the formula 'necessarily, x is y's body if and only if...'.

⁴¹ ERIC OLSON, *The Human Animal*, p. 140

4. Conclusão

As duas resenhas que este ensaio se propôs apresentar não só, de todo, exaustivas. Não só as questões da nossa natureza metafísica, da pessoalidade, da identidade pessoal e da individualidade/singularidade estão longe de exaurir todas as questões sobre este assunto, como também, e principalmente, no que toca às possíveis respostas e teorias, ficaram de fora, como era inevitável num curto ensaio, autores e teorias absolutamente basilares para se compreender a atual discussão sobre identidade pessoal. Ficaram de fora, desde logo, autores como DEREK PARFIT, talvez o mais inovador pensador do problema da identidade pessoal das últimas décadas, bem como a perspetiva quadri-dimensionalista de DAVID LEWIS, a perspetiva narrativa de MARYA SCHECHTMAN ou a teoria do continuador mais próximo, de ROBERT NOZICK. Qualquer uma delas mereceria, por si só, tanta atenção quanta a dedicada aos autores *supra*.

O ponto, porém, é que esta exposição não intentava ser exaustiva mas antes ilustrativa. Pretendeu-se, por um lado, mostrar as teorias que refletem, de uma maneira muito direta, as intuições e as inclinações que a maioria das pessoas naturalmente, pré-filosoficamente, terá a este respeito: a de que somos objetos que se definem pela sua vida mental ou de que somos objetos cuja principal característica é a sua pertença a uma espécie biológica. As perspetivas neo-lockeanas e animalistas, como representantes das abordagens psicológicas e somáticas, cumprem esse desiderato. Por outro lado, ao apresentar as teorias de SYDNEY SHOEMAKER, LYNNE RUDDER BAKER, PETER VAN INWAGEN e ERIC OLSON, ofereceu-se uma oportunidade para ver como diferentes teorias podem oferecer diferentes respostas àquelas perguntas e como se podem ou não compatibilizar.

Cumprir deixar uma última nota, para investigações futuras. Seria um erro pensar que estas perspetivas sobre a identidade pessoal são puras especulações metafísicas, desligadas de quaisquer implicações práticas. Com efeito, a resposta a vários problemas eminentemente práticos depende da perspetiva adotada a propósito da identidade pessoal – ou não tivesse Locke famosamente apelidado “pessoa” como um termo forense, capaz de apropriar ações e os seus méritos...

A principal questão que se coloca a partir daqui é, portanto, que implicações para os nossos interesses práticos resulta de se adotar uma ou outra perspetiva sobre a nossa natureza metafísica ou sobre a pessoalidade? Quais as consequências para a ética ou para o direito, por exemplo, de se defender que somos essencialmente organismos, por comparação com defender que o que nos distingue é uma perspetiva de primeira-pessoa?

A DISCUSSÃO DO RECONHECIMENTO JURÍDICO

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.

OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA EM RELAÇÃO A CONTEÚDOS EDUCATIVOS

CONSCIENTIOUS OBJECTION TOWARDS EDUCATIONAL CONTENT

João Pacheco de Amorim* · Margarida Góis Moreira**
(FDUP) (PA ADVOGADOS)

RESUMO: O artigo debruça-se sobre a articulação entre o dever de Educação que compete ao Estado português e a liberdade de aprender no ensino público sem sujeição a diretrizes de cariz filosófico ou ideológico. Em especial, analisa a compatibilidade da disciplina "Cidadania e Desenvolvimento" com as normas constitucionais e denota que os conteúdos curriculares da mesma justificam um direito dos educadores à objeção de consciência, no tocante à frequência da mesma pelos seus filhos. Mais ainda, invoca que a obrigação dos alunos frequentarem dita disciplina viola a Constituição, por atentar contra o direito-dever dos pais na educação dos seus filhos. Por fim, sugere uma integração analógica da lei para preencher uma lacuna legislativa nesta matéria, analisando também os limites da integração analógica nas normas de Direito administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de educação; objeção de consciência; educação cívica; cooperação; integração analógica

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto, jamorim@direito.up.pt).

** Jurisconsulto (PA Advogados, Av. Antunes Guimarães, 628, 4100-075 Porto, mgmoreira@pa-advogados.pt).

ABSTRACT: *The article focuses on the tension between the Portuguese state's duty to educate its citizens and the citizens' freedom to receive a public education without being subject to philosophical or ideological guidelines. In particular, it analyzes the compatibility of the course "Citizenship and Development" and Portuguese constitutional norms by arguing that the curricular content of the course itself justifies the educators' and students' rights to conscientious objection. Furthermore, this article argues that requiring students to attend this course violates the Constitution as well as the right-duty of parents to educate their own children. Finally, it suggests an analogical integration of the law to fill a legislative gap in this matter and analyzes the limits of analogical integration in the rules of administrative law.*

KEYWORDS: *Freedom of education; objection of conscience; civic education; cooperation; analogue integration*

1. A liberdade de consciência e a liberdade de aprender no ensino público sem sujeição a diretrizes estaduais de cariz filosófico, estético, político, ideológico ou religioso, e a objeção de consciência

A liberdade de consciência encontra-se prevista no n.º 1 do artigo 41.º («*Liberdade de consciência, de religião e de culto*») da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP): "*A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável*" (n.º 1). E consagra a lei fundamental no n.º 6 do mesmo artigo 41.º um direito instrumental daquela, o direito à objeção de consciência: "é garantido o direito à objeção de consciência, nos termos da lei" (n.º 6).

A objeção de consciência é, pois, um direito indissociável da liberdade de consciência e consiste, em geral, numa recusa legitimada pela Constituição em obedecer a disposições de autoridade por motivos de consciência. Este direito corresponde à "posição subjetiva constante do Direito Constitucional, pela qual se isenta de quaisquer sanções o incumprimento de um dever jurídico específico, por razões relacionadas com as convicções do respetivo titular, desde que realizado de um modo individual, pacífico e privado"¹.

Distingue-se a liberdade de consciência da liberdade de religião e culto pelo seu objeto. Como explica RUI MEDEIROS, "[a] liberdade de consciência – indissociável da liberdade de pensamento – é a liberdade de formar a consciência, de decidir em consciência e de agir em consciência. E revela-se mais ampla do que a liberdade de religião, pois tem por objeto tanto as crenças religiosas como quaisquer convicções morais e filosóficas"².

O fundamento da objeção de consciência reside na dignidade da pessoa humana, pilar do Estado de Direito e do ordenamento jurídico português (artigo 1.º CRP): "*a dignidade da pessoa humana exige que a sua dimensão mais*

¹ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Objeção de Consciência (direito fundamental à)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Livraria Arco-Íris (Lisboa: 1994), p. 8.

² JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Almedina (Coimbra: 2010), 2.ª ed., p. 893.

específica, a sua consciência, seja respeitada, mesmo se invencivelmente errónea. É este o fundamento da Objecção de Consciência"³. Pelo que o exercício do direito à objecção de consciência pode ser considerado como um corolário do respeito pela integridade moral das pessoas, que é definido na Constituição da República Portuguesa como "inviolável" (artigo 25.º CRP)⁴.

É sintomático da importância atribuída pelo nosso ordenamento jurídico (e muitos outros) a este direito fundamental o facto de a objecção de consciência ter começado por ser regulada em relação ao serviço militar obrigatório, que é um dever cívico particularmente necessário em razão da sobrevivência da comunidade política.

Mas as razões de consciência merecem ser atendidas, pois são, também elas, deveres que impendem sobre os cidadãos.

Como se referiu, na legislação ordinária a objecção de consciência encontra-se regulamentada para situações específicas, nomeadamente, a objecção de consciência de qualquer cidadão perante o serviço militar obrigatório (Lei n.º 7/92, de 12 de maio), a objecção de consciência dos médicos perante atos da sua profissão que entrem em conflito com a sua consciência (artigo 12.º do Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho) ou a objecção de consciência dos enfermeiros perante atos da sua profissão que estejam em oposição com as convicções religiosas, éticas, morais ou religiosas dos mesmos (artigo 4.º do Regulamento n.º 344/2017, de 25 de março).

É certo que o n.º 5 do artigo 41.º CRP, depois da consagração do direito ("É garantido o direito à objecção de consciência..."), acrescenta um inciso final problemático (... *nos termos de lei*").

A razão de ser de tal expressão («*nos termos de lei*») parece ter sido, analisando os trabalhos preparatórios que orientaram a redação da norma em causa, um convite ao legislador para explicitar e desenvolver este direito, como aclara distintamente FRANCISCO PEREIRA COUTINHO: "verificamos ter havido a intenção de não deixar para o legislador ordinário a possibilidade de restringir a existência do direito à objecção de consciência ou constituir qualquer espécie de exceção ao mesmo, mas apenas a função de, caso a situação o justifique, possibilitar o exercício da objecção de consciência em concreto"⁵.

Aquando da discussão na Assembleia da República sobre as alterações a introduzir ao artigo 41.º CRP, na primeira vez em que o novo parlamento assumiu poderes constituintes derivados (revisão constitucional de 1982), vários deputados fizeram o reparo de que as normas de remissão para a lei ordinária constantes do título dos direitos liberdades e garantias, como a então proposta para o atual n.º 5 do referido artigo da lei fundamental, não poderiam ser interpretadas como normas conformadoras desta categoria de direitos fun-

³ J. A. SOARES, *Objecção de Consciência*, in *Polis*, IV, Lisboa, 1986, p. 741.

⁴ JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Almedina Coimbra: 2010, 2.ª ed., p. 450.

⁵ FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência, In *Revista da FDUNL*, n.º 6 (2001), p. 16 (disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/223.pdf>).

damentais, já que a própria Constituição, no seu artigo^o 18.^o, não admitia tais cláusulas: “a Constituição faz uma distinção muito clara quanto diz salvo as restrições previstas na lei, nos termos a definir na lei ou nesta forma mais restrita nos termos da lei, admitindo a regularização das formas de exercício, mas não o estabelecimento de exceção ou restrição à própria existência deste direito”⁶.

Por conseguinte, e como bem explica MIGUEL GALVÃO TELES, terá tal remissão para a lei, “antes de mais, o alcance de permitir a esta que estabeleça restrições no direito de objeção de consciência (artigo 18.^o, n.^o 2)”, significando do mesmo passo “o reconhecimento de que o direito de objeção de consciência implica uma ponderação de bens, legitimando-se o legislador para, no âmbito de parâmetros constitucionais, a efetuar”⁷.

Ora, diferentemente do que sucede nos subordenamentos administrativos a que se fez acima referência (direito administrativo militar, direito administrativo da medicina e direito administrativo da enfermagem), não está regulado por lei o direito à objeção de consciência no direito administrativo do ensino público básico e secundário, para salvaguarda das liberdades consagradas nos artigos 41.^o e 43.^o CRP, tema objeto da nossa comunicação.

Mas como sublinha MANUEL AFONSO VAZ, nesta matéria (direitos, liberdades e garantias) “[a] norma constitucional constitui-se em medida e garantia do direito do cidadão, impondo aos juízes e aos demais operadores jurídicos o dever de aplicarem os preceitos constitucionais e de os interpretarem nos termos gerais da aplicação de normas jurídicas”⁸.

Inexistindo, pois, legislação que regule o procedimento e os meios de ação pública nesta matéria, esclarece ainda MANUEL AFONSO VAZ, “a aplicabilidade direta de tais preceitos constitucionais implica que o juiz pode conhecer (incidentalmente) a existência constitucional do direito individual”, não podendo esta conclusão “ser enfraquecida pela utilização, em alguns preceitos constitucionais de «direitos, liberdades e garantias», da expressão «nos termos da lei» ou semelhantes”⁹. “Se bem se repara”, continua MANUEL AFONSO VAZ, “essas expressões têm caráter regulamentar e instrumental do direito e não um caráter constitutivo do direito”; na verdade, se “o sentido do preceito fosse diferir para a lei a definição do direito, não estaríamos perante um direito constitucional, ou seja, perante um preceito constitucional diretamente aplicável. É, assim, admissível que o juiz possa dar procedimento ao «direito à objeção de consciência» (artigo 41.^o, n.^o 6, da CRP), não condenando o «refratário», mesmo na ausência de regulamentação («nos termos de lei») legal”¹⁰.

Por seu turno, frisa MIGUEL GALVÃO TELES, e bem, que “as próprias razões de ser e estrutura da objeção de consciência mostram que a mesma, enquanto

⁶ VITAL MOREIRA, *apud* F. P. COUTINHO, *ob. cit.*, p. 16, ndr 36.

⁷ Liberdade de consciência e liberdade *contra legem*, in *Prof. Inocêncio Galvão Teles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 929.

⁸ *Lei e reserva de lei. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, ed. Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1992, p. 306

⁹ *Lei e reserva de lei...*, *cit.*, p. 308, texto e nota 66.

¹⁰ *Lei e reserva de lei...*, *cit.*, p. 308, nota 66; negrito nosso.

ato de consciência, é independente de se encontrar legalmente reconhecida”¹¹. Também JORGE BACELAR GOUVEIA frisa que “a objecção de consciência não se aplica só às questões de religião, podendo ser aplicada quando estão em causa imperativos morais ou filosóficos para quem a evoca”, defendendo hoje este autor que, não obstante inexistir regulamentação para a objecção no caso da educação, “tal não significa que este direito não exista”, sendo ele “um direito de exercício direto que não precisa da intermediação da lei”¹².

Na verdade, a relevância e o peso relativo dos direitos de respeito pela liberdade de consciência e religião e pela integridade moral, de que é corolário o direito à objecção de consciência, não se compadecem com uma interpretação restritiva do alcance do direito à liberdade de consciência, que redundaria em excluí-lo de todos os âmbitos não cobertos por uma legislação específica.

Como refere ainda JORGE MIRANDA¹³, o direito à objecção de consciência abrange potencialmente “áreas em que se verifiquem conflitos entre deveres de consciência e deveres cívicos comuns (vacinação, escolaridade, juramento, etc.) ou entre deveres de consciência e deveres particulares de certas categorias de pessoas, desde jornalistas (artigo 38.º, nº 2, b), 2ª parte) a profissionais de saúde”. Ainda segundo este ilustre constitucionalista, também relações contratuais de trabalho privadas se encontram sujeitas ao eventual exercício da objecção de consciência, pois, de acordo com o artigo 18.º, nº 1, da Constituição, os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias também vinculam entidades privadas (o que significa que um trabalhador poderá invocar a objecção de consciência perante o seu empregador).

Ora, a exigência de uma lei específica frustra inequivocamente um tão grande e potencial alcance do direito à objecção de consciência.

Para além disso, enquadra-se o direito geral à objecção de consciência no título da Constituição respeitante aos Direitos, Liberdades e Garantias, estando, por isso, sujeito ao respetivo regime. Significa isto que lhe é aplicável o regime do artigo 18.º, da Constituição, que dispõe que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (18.º, nº 1 CRP). A não ser seguido este entendimento, poderá ser esvaziado o conteúdo e o alcance da própria norma constitucional que consagra o direito à objecção de consciência, que ficaria nas mãos do legislador ordinário e, no limite, poderia este abster-se de legislar sobre a objecção de consciência em qualquer domínio específico, anulando por completo os ditos conteúdo e alcance.

Tal entendimento parece encontrar respaldo na Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de junho). Assim, estatui o artigo 12.º, nº 1 da referida lei que “A liberdade de consciência compreende o direito de objetar ao cumprimento de leis que contrariem os ditames impreteríveis da própria consciência,

¹¹ *Liberdade de consciência e liberdade contra legem*, cit., p. 922.

¹² Em declarações ao jornal «Público» de 25/07/2020 (citadas pela jornalista Clara Viana, em artigo publicado nesse dia, sob o título *Tribunal de Braga suspende decisão de chumbar dois alunos por excesso de faltas*).

¹³ Ob. e loc. cit.

dentro dos limites dos direitos e deveres impostos pela Constituição e nos termos da lei que eventualmente regular o exercício da objeção de consciência". Ora, esta referência à lei que "eventualmente regular e exercício da objeção de consciência" há de significar que a existência dessa lei é uma eventualidade, não uma necessidade, não uma condição *sine qua non* do exercício da objeção de consciência.

Poder-se-ia contudo objetar que por esta via se abre a porta a abusos, à invocação da objeção de consciência sempre que um cidadão discorde de uma lei. Contudo, não é assim, pois, como refere JORGE MIRANDA, "objeção de consciência não equivale a cláusula de recusa de cidadania, de recusa de pertença à comunidade política"¹⁴.

Também sob este aspeto pode servir de auxílio a Lei da Liberdade Religiosa, que delimita os imperativos que poderão justificar a objeção de consciência. Assim, e depois de, no citado n.º 1 do seu artigo 12.º, considerar que "*a liberdade de consciência compreende o direito de objetar ao cumprimento de leis que contrariem os ditames impreteríveis da própria consciência*", no n.º 2 do mesmo artigo estarei que se consideram "*impreteríveis aqueles ditames de consciência cuja violação implica uma ofensa grave à integridade moral que torne inexigível outro comportamento*".

Afigura-se, por conseguinte, claro que a objeção de consciência não se confunde com a simples divergência política ou ideológica em relação às opções do legislador, nem mesmo com uma divergência com algum relevo ético. Como já acima se salientou e se reflete neste último preceito legal, está em jogo a integridade moral da pessoa, sujeita à eventual prática de um ato que fere gravemente a sua consciência.

É claro que o reconhecimento do direito à objeção de consciência supõe o controlo da autenticidade dos motivos em questão: a objeção de consciência traduz-se uma postura de grande elevação no plano ético e não pode, como tal, confundir-se com qualquer oportunismo ou com qualquer *objeção de conveniência*¹⁵.

Por isso mesmo as leis que regulam a objeção de consciência em âmbitos específicos estabelecem geralmente formas de controlo e garantia dessa autenticidade. É o caso da Lei n.º 7/92, de 12 de maio, relativa à objeção de consciência perante o serviço militar, que considera, no seu artigo 2.º "*objetores de consciência os cidadãos convictos de que, por motivos de ordem religiosa, moral, humanística ou filosófica, lhes não é legítimo usar de meios violentos de qualquer natureza contra o seu semelhante, ainda que para fins de defesa nacional, coletiva ou pessoal*".

Exige-se, assim, uma postura de autenticidade e coerência: quem recuse o serviço militar para fins de defesa nacional, há-de recusar também o uso de violência para fins de defesa pessoal. Quando a invocação da objeção de consciência é autêntica, o objetor de consciência "assume riscos muito maio-

¹⁴ Ob. e loc. cit.

¹⁵ PEDRO VAZ PATTO, *O desafio da liberdade de consciência*, in «Voz da Verdade», 03/02/2013, http://www.vozdaverdade.org/site/index.php?id=3101&cont_=ver3

res (de eventuais sanções) do que quem se conforma com as normas vigentes”, sendo “este facto sinal de autenticidade”¹⁶.

Respeitar ao máximo a liberdade de consciência não é, portanto, um abrir de porta a qualquer tipo de desobediência anárquica à lei e à autoridade do Estado, nem é a justificação de uma qualquer discordância em relação às opções do legislador: nos termos do já citado n.º 1 do artigo 12.º da Lei da Liberdade Religiosa, reitera-se, estão em jogo “*ditames impreteríveis da própria consciência [...] cuja violação implica uma ofensa grave à integridade moral que torne inexigível outro comportamento*”. Não se trata, não se pode tratar, de uma opinião política ou subjetiva, mas de um ditame de consciência, um ditame a que a pessoa se considera vinculada e que não depende de si e das suas opiniões.

Ora, nos casos em que estejam em causa matérias de que constitui paradigmático exemplo a que é objeto da presente comunicação – a do ensino a crianças, em disciplinas transversais de formação moral e cívica, de temas controversos como os que, no nosso sistema de ensino, constam atualmente do programa da disciplina de «Cidadania e Desenvolvimento» –, poder-se-ão os pais (e os seus educandos) deparar-se com tais “*ditames impreteríveis da própria consciência*”, “*cuja violação implica uma ofensa grave à integridade moral*”, constatação inevitável quando se verifique uma recusa fundada de frequência de disciplina, por parte dos pais e reiterada pelos seus filhos menores, desde que ajam uns e outros (sobretudo os primeiros) livremente e em consciência para defenderem convicções que considerem, fundadamente, irrenunciáveis.

Uma tal atitude, porventura qualificável como intransigente ou intolerante, pode ser uma manifestação do que foi referido mais acima: desde logo, a de que, quando a invocação da objecção é autêntica, o objetor, pela força que têm para ele os imperativos de consciência que estão na sua base, estar desde logo disposto a suportar todas as consequências que a negação desse seu direito lhe possa acarretar. Importa, pois, aferir nesses casos de que lado está a intransigência: se dos pais e dos seus educandos, se das autoridades educativas que por princípio se recusem a aceitar a legitimidade da invocada objecção de consciência.

2. A disciplina de «Cidadania e Desenvolvimento» e o indeclinável direito dos pais a educar os seus filhos

Do mesmo modo que outra disciplina que consta dos currículos do nosso ensino básico e secundário, a saber a de «Religião e Moral Católicas», a disciplina de «Cidadania e Desenvolvimento» rege-se por uma visão própria do mundo e do homem, como se pode verificar, nomeadamente, nos guiões de “Educação Género e Cidadania”, elaborados pela Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, dependente do Conselho de Ministros; nas orientações

¹⁶ PEDRO VAZ PATTO, *ibidem*.

do programa PRESSE¹⁷, habitualmente implementado nas escolas públicas. Por sua vez, o programa PRESSE segue o modelo abrangente para o desenvolvimento curricular em Educação Sexual, proposto pela UNESCO em 2009¹⁸: *International Technical Guidance on Sexuality Education*, cuja versão mais recente é de 2018¹⁹.

Pois bem, e a título de exemplo, estes programas, que seguem, nomeadamente, a corrente desconstrucionista da Filosofia, assentam numa mesma visão do homem, que é indiscutivelmente oposta aos princípios e valores em que os pais cristãos possam pretender educar os seus filhos. Na verdade, a dita escola filosófica promove a desconstrução dos conceitos recebidos através da linguagem, desligando-os de qualquer relação com a realidade²⁰; as palavras existiriam unicamente em virtude de convenções sociais, criadas para permitirem aos seres humanos a comunicação entre si, chegando-se mesmo a questionar conceitos básicos da formação da identidade, como a dualidade homem-mulher, com a afirmação de princípio de que a identidade pessoal não depende do sexo com o qual a pessoa nasce, mas sim de uma escolha do indivíduo condicionada pela cultura e pela Sociedade.

Assim, de uma breve análise do guião de “Educação Género e Cidadania”, elaborado pela Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género para o terceiro ciclo²¹, encontram-se afirmações como as que se seguem:

- “Ainda que nos primeiros meses de vida as crianças de ambos os sexos tenham características físicas semelhantes, a mãe e o pai começam logo a construir o género do/a bebé”²²;
- “o termo sexo é usado para distinguir os indivíduos com base na sua pertença a uma das categorias biológicas: sexo feminino e sexo masculino”²³;
- “O termo género é usado para descrever inferências e significações atribuídas aos indivíduos a partir do conhecimento da sua categoria sexual de pertença. Trata-se, neste caso, da construção de categorias sociais decorrentes das diferenças anatómicas e fisiológicas”²⁴.

O que se infere destas três breves citações de um documento com 388 páginas (!) é que a teoria de género questiona todas as representações e significados que se costumam atribuir aos homens e às mulheres, “desmontando”

¹⁷ O PRESSE é o Programa Regional de Educação Sexual em Saúde Escolar, promovido pela Administração Regional de Saúde do Norte, I.P. (ARSN).

¹⁸ Como se vê no sítio *online* do PRESSE (disponível em <http://www.presse.com.pt/programa/>).

¹⁹ Disponível em https://popdesenvolvimento.org/images/documentos/ONU2018_OrientacoesTecnicasSobreEducacaoSexual.pdf

²⁰ Exemplos de filósofos desconstrucionistas são Jacques Derrida e Michel Foucault.

²¹ Disponível em <http://www.cig.gov.pt/documentacao-de-referencia/doc/cidadania-e-igualdade-de-genero/>.

²² Guião de “Educação Género e Cidadania”, elaborado pela Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género para o terceiro ciclo, p. 21.

²³ *Idem*, p. 24.

²⁴ *Idem*, p. 24.

a dualidade homem-mulher, como se se tratasse de uma construção social, sem sustento científico. Ora, o que também se infere é que esta corrente de pensamento não passa disso mesmo: de uma mera forma de ver a realidade, e não certamente a única, pois não assenta em qualquer base científica – podendo-se muito legitimamente qualificá-la como uma ideologia, ou seja, como um “[c]onjunto de ideias, convicções e princípios filosóficos, sociais, políticos que caracterizam o pensamento de um indivíduo, grupo, movimento, época, sociedade (ex.: ideologia política)”²⁵.

Note-se que noutras disciplinas, como a História e a Filosofia, ainda que o estudo de ideologias faça parte delas, as teorias são sempre apresentadas a par com outras correntes alternativas de pensamento: veja-se, por exemplo, no programa da disciplina de Filosofia, a confrontação entre idealismo e materialismo ou entre racionalismo e empirismo.

Mas no guião em análise, ao contrário, os autores referidos são todos adeptos da teoria de género, não sendo apresentado nenhum estudioso que os contrarie. Refira-se, por exemplo, os casos de Judith Butler, Ann Oakley, Jeanne Block ou Joan Scott, que são investigadoras em estudos de género que partilham a mesma ideia: as diferenças entre homens e mulheres provêm de construções sociais, que devem ser desconstruídas pelas novas gerações. Deparamo-nos, pois, com um programa ideologicamente orientado e obrigatório, o que contraria a nossa Constituição.

Mas, como se isso não bastasse, o que esta ideologia propugna pode afetar a identidade pessoal das crianças e jovens que são “bombardeados” pelos seus conteúdos, sem o imprescindível contraditório. Ora, é bom de ver que a conceção da identidade pessoal (do que é o ser humano, em suma) não é um conceito abstrato, desligado da vida real, mas sim um elemento fundamental, mais, constitutivo, do desenvolvimento psicológico e moral de uma criança ou jovem, à semelhança, pois, da Educação Religiosa e Moral Católica, que comporta elementos de formação da identidade pessoal, assente na tomada de posição perante determinadas propostas. Acresce que se trata de uma disciplina transversal, que pretende, claramente, transmitir valores, dos quais alguns serão universais, mas outros não.

Diferentemente, reitere-se, do que sucede com outras disciplinas, como a História ou a Filosofia, que transmitem conteúdos já objeto da crítica histórica e que são, pois, sempre apresentados com um certo distanciamento: sendo uma visão do passado ou uma comparação entre pontos de vista diferentes, a sua força não é comparável com uma visão do presente, que facilmente pode ser confundida pelos menores como a única conceção da realidade.

Afigura-se-nos evidente, pois, por tudo quanto vem de se expor, que aos pais deve ser dada a possibilidade de escolherem se querem, sim ou não, que estes conteúdos ideologicamente orientados sejam lecionados, ou não, aos seus filhos, como sublinha de resto a mais autorizada doutrina: “[o]s pais têm, em especial, o direito e o dever de educação dos filhos. A lei, em matéria de

²⁵ Cfr. *Ideologia*, in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* (disponível em <https://dicionario.priberam.org/ideologia>).

educação, não pode, por isso, impor aos pais um determinado modelo de educação ou circunscrever o papel educativo dos pais a certos domínios parcelares", incluindo o papel destes, "concretamente, a dimensão filosófica, estética, política, ideológica e religiosa (artigo 43.º, n.º 2)", o que torna inadmissível "neste domínio a imposição aos pais da adoção de uma educação pluralista ou de um agnosticismo valorativo na educação dos filhos", assim como "em matéria de educação sexual" (RUI MEDEIROS)²⁶.

E continua o mesmo autor: "Se a escola coexiste e complementa a educação dos filhos pelos pais, ela não pode, em face do disposto no artigo 36.º, n.º 5, e da norma constitucional que determina que incumbe ao Estado cooperar com os pais na educação do filhos [artigo 67.º, n.º 2, alínea c)], substituir os pais na sua tarefa educativa. Assim, e a título meramente exemplificativo, se nada impede que, em vista a uma maternidade e paternidade conscientes [artigo 67.º, n.º 2, alínea d)] e ao pleno desenvolvimento da personalidade da criança, o Estado introduza uma disciplina de educação sexual no ensino básico numa escola pública, não pode o programa e a lecionação de uma tal disciplina ser efetivado em termos de doutrinação – direta ou indireta – da criança segundo uma determinada visão"²⁷.

3. Da Inconstitucionalidade da legislação que integra no currículo do ensino básico e secundário a disciplina com as características da «Cidadania e Desenvolvimento» (alínea g) do artigo 3.º, alínea i) do n.º 2 do artigo 6.º, n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 13.º e artigo 15.º, todos do Decreto-Lei n.º 55/2018, de 6 de julho)

A «componente» de «Cidadania e Desenvolvimento», nos termos do Decreto-Lei n.º 55/2018, de 6 de julho, parece ser de ensino obrigatório, e não facultativo, isto não obstante tal atributo não estar expresso no referido diploma (onde se refere apenas no artigo 6.º, n.º 2, alínea i), a "*Oferta a todos os alunos da componente de Cidadania e Desenvolvimento*"), mais precisamente nos preceitos que preveem e regulam tal «componente», e que são a alínea g) do artigo 3.º, a alínea i) do n.º 2 do artigo 6.º, os n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 13.º e o artigo 15.º.

Não é clara a lei, num ou noutro sentido (toda ela está redigida no difícil idioma do «eduquês»): segundo o n.º 4 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 55/2018, constitui *opção* de cada escola a sua (dela, «componente de Cidadania e Desenvolvimento») "*oferta como disciplina autónoma*", adiantando, todavia, o mesmo número, como alternativas possíveis a essa «oferta», a "*prática de coadjuvação, no âmbito de uma disciplina*" (vá-se lá perceber o isso significa...), "*o funcionamento em justaposição com outra disciplina*" (como se faria isso?), ou ainda "*a abordagem, no âmbito das diferentes disciplinas da ma-*

²⁶ JORGE MIRANDA & RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra 2010, 2.ª ed., p. 831.

²⁷ *Idem*.

triz, de temas e projetos, sob coordenação de um dos professores da turma ou grupo de alunos" (opção praticamente inexecutável...). Inexiste, todavia, e de facto, qualquer referência a um carácter facultativo, diferentemente do que ocorre com a disciplina da Educação Moral e Religiosa.

Por outro lado, o Decreto-Lei n.º 55/2018, de 6 de julho estabelece o currículo dos ensinos básico e secundário. O artigo 13.º elenca as matrizes curriculares-base do ensino básico, sendo que no n.º 4, primeira parte, estabelece: "*Nos 2.º e 3.º ciclos, as matrizes curriculares-base integram a componente de Cidadania e Desenvolvimento*".

Por "*matriz curricular-base*" entende-se o que se encontra explicitado na alínea h) do artigo 3.º do mesmo Diploma, a saber: "*o conjunto de componentes de currículo, áreas disciplinares e disciplinas, que integram os planos curriculares de âmbito nacional, por ciclo e ano de escolaridade ou por ciclo de formação, bem como a carga horária prevista para cada um deles, que serve de suporte ao desenvolvimento do currículo concretizado nos instrumentos de planeamento curricular, ao nível da escola e da turma ou grupo de alunos*".

É certo que, ao abrigo dos princípios de autonomia e flexibilidade curricular, gozam as escolas de certa faculdade para gerir o currículo, seguindo as normas deste diploma legislativo, em especial, no caso do ensino básico, os anexos I a V do Decreto-Lei n.º 55/2018. Mas, e considerando a hipótese (mais provável) da obrigatoriedade da disciplina, a autonomia não vai ao ponto de poder eliminar a componente da «Cidadania e Desenvolvimento», apenas permitindo às instituições de ensino, no que aqui interessa, que façam a gestão de até 25% do total da carga horária por ano de escolaridade (artigo 12.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 55/2018). Subsistirá, pois, a obrigação de a escola incluir a disciplina "Cidadania e Desenvolvimento" na oferta curricular-base da escola.

Diversamente, "*as matrizes curriculares-base inscrevem a Educação Moral e Religiosa como componente de oferta obrigatória e de frequência facultativa*" (artigo 13.º, n.º 2 Decreto-Lei n.º 55/2018).

Ora, a lei deveria ter incluído uma menção semelhante ("*frequência facultativa*") respeitante à disciplina Cidadania e Desenvolvimento, alterando paralelamente os anexos do Decreto-Lei n.º 55/2018.

Esta opção redundou a nosso ver na criação de uma solução jurídica inconstitucional, por violação do artigo 43.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, cujo texto estabelece que "*O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas*" (artigo 43.º, n.º 2 CRP).

De facto, estabelece o artigo 43.º da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe "Liberdade de aprender e ensinar", que: *1. É garantida a liberdade de aprender e ensinar. 2. O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas. 3. O ensino público não será confessional. 4. É garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas.*

Ao Estado compete, pois, a promoção do princípio da liberdade de aprender e ensinar, devendo ele abster-se nomeadamente, de programar a educação e a cultura segundo diretrizes ideologicamente orientadas. Este direito à liberdade de aprender e ensinar insere-se nos direitos, liberdades e garantias da nossa Constituição, em concreto, nos direitos, liberdades e garantias pessoais. Encontra-se também consagrado em lei de valor reforçado, a Lei de Bases do Sistema Educativo (Lei n.º 46/86, de 14 de outubro), no n.º 3, do artigo 2.º: *"No acesso à educação e na sua prática é garantido a todos os portugueses o respeito pelo princípio da liberdade de aprender e de ensinar, com tolerância para com as escolhas possíveis, tendo em conta, designadamente, os seguintes princípios: a) O Estado não pode atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas; b) O ensino público não será confessional"*.

Subjacente a princípio em causa encontra-se outro princípio transversal do nosso ordenamento jurídico, que se resume no serem os pais serem a "entidade" fundamental no processo educativo dos filhos, devendo o Estado garantir a efetivação do direito/dever dos pais, e que vem consagrado na Constituição: *"Os pais têm o direito e o dever de educação [...] dos filhos"* (artigo 36.º, n.º 5 CRP).

Pois bem, é bom de realçar que este dever do Estado para com os cidadãos progenitores corresponde a uma garantia de um direito fundamental dos mesmos, que se encontra consagrado na Constituição, no artigo 67.º, n.º 1: *"A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado"*.

Insiste a Constituição, mais do que uma vez, no direito e no dever dos pais na educação dos seus filhos, e declara ela expressamente que esse direito/dever é insubstituível, atribuindo ao Estado tão só da missão de secundar as famílias na sua tarefa educativa: *"Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação"* (artigo 68.º, n.º 1 CRP); *"Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família cooperar com os pais na educação dos filhos"* (artigo 69.º, n.º 2, alínea c) CRP).

O papel do Estado na educação é pois, supletivo do dos pais; e, para além de supletivo, é também subsidiário: não deve o Estado fazer aquilo que instâncias inferiores podem e sabem fazer mais e melhor (artigo 6.º, n.º 1 CRP).

O princípio da subsidiariedade manifesta-se também na relação entre direitos fundamentais e direitos sociais: *"na garantia e no apoio aos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, que é a sua função essencial, o Estado é subsidiário, e por isso nunca pode atropelar estes direitos e liberdades, invocando (falsamente) a satisfação de outros direitos, ditos sociais. Porque os direitos sociais são concebidos para dar efetividade aos direitos de liberdade, não para diminuir ou substituir o exercício das liberdades, como concebeu e defendeu a doutrina soviética"*²⁸.

²⁸ MÁRIO PINTO, "Não matem a democracia", *Jornal Observador* 23.07.2020 (disponível em <https://observador.pt/opiniao/nao-matem-a-democracia/>).

Não quer isto dizer, claro, que os pais sejam os únicos educadores, nem que o seu poder seja absoluto; também o Estado tem direitos e deveres na educação dos cidadãos, pelo facto de a educação ser um bem público: “Nos nossos dias, a escola tem vindo a assumir um papel decisivo de coesão social. A sociedade necessita de uma escola que responda por esta exigência e pela constatação de que a desigualdades sociais de início se associam vivências de insucesso na escola e na vida socioprofissional posterior. Falamos, então, de uma educação moderna apostada na formação de cidadãos autónomos, responsáveis e solidários[...]. A educação, como processo de nos tornarmos pessoas ou de nos fazermos a nós próprios, exige contextos ou espaços favoráveis, desde logo espaços pautados pelo exercício da autonomia, da liberdade e da responsabilidade”²⁹.

Compete, de facto, ao Estado, a promoção das condições que favoreçam o processo educativo, criando, por exemplo, espaços idóneos à aprendizagem, bem como currículos que preparem as crianças e jovens para o seu papel na sociedade.

Mas é nesta perspetiva de *cooperação* com os pais que se entende a instauração de redes públicas escolares, como bem sublinha MÁRIO PINTO: “Não se pense portanto que, quando a Constituição atribui ao Estado um dever de cooperação com os pais na educação dos filhos, a Constituição dá ao Estado um poder educativo, isto é, um poder paralelo e da mesma natureza do direito dos pais, ou uma função de estrita ação educativa. Esta expressão conceitual, ação educativa, é usada na Lei de Bases do Sistema Educativo, precisamente para distinguir a educação daquilo que, na mesma lei, se designa como estruturas e outros complementos e apoios educativos”³⁰.

De facto, explica o mesmo autor, a Lei de Bases inclui a rede escolar, o financiamento do ensino, e outros apoios complementares e de ação social, no conjunto de estruturas e complementos educativos: “Esta distinção é claríssima na Lei de Bases. E é assim, e com a sua autoridade de lei de valor reforçado, que esta lei ilumina a interpretação restritiva do artigo 75.º da Constituição, onde se incumbe o Estado de [apenas] criar e manter uma rede de estabelecimentos escolares”³¹.

Existe, pois, a obrigatoriedade de a educação e a cultura serem neutras no plano programático, isto é, não programadas segundo orientações específicas, em prol do direito dos pais à escolha do tipo de educação que queiram dar aos filhos. Tal também se encontra plasmado em Documentos Internacionais, como no Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (artigo 13.º, n.º 3); no Protocolo adicional n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 2.º) ou na Carta Fundamental dos Direitos da União Europeia (artigo 14.º, n.º 3).

²⁹ Conselho Nacional de Educação, Parecer n.º 2/2004, Publicado no Diário da República n.º 41/2004, Série II de 2004-02-18 (disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/3611039/details/maximized>).

³⁰ MÁRIO PINTO, “Não matem a democracia”, *Jornal Observador* 23.07.2020 (disponível em <https://observador.pt/opiniao/nao-matem-a-democracia/>).

³¹ MÁRIO PINTO, *ob. cit.*

Destes documentos sobressai que o conteúdo do direito à educação se traduz, durante a menoridade dos filhos, em direitos dos pais, pois, a lei pres-supõe que serão eles os principais interessados no bem-estar dos filhos e saberão o que é melhor para eles. Nomeadamente, porque serão os pais as pessoas mais idóneas para assegurar uma educação completa ou, num termo que se tem usado bastante em Portugal, mais *humanista*.

Os filhos têm, por conseguinte, e até à maioridade, o direito a serem educados de acordo com as convicções dos seus pais, proibindo-se nessa mesma medida ao Estado o dirigismo da educação segundo quaisquer princípios. Pelo que a disciplina de «Cidadania e Desenvolvimento» põe de facto, e a nosso ver, em sério risco a liberdade de educação.

Na verdade, e possuindo esta disciplina um carácter formativo geral, não pode ser imposta a respetiva frequência, atentos os riscos implicados de ser ela utilizada como veículo para a emanação das diretrizes proibidas pelo artigo 43.º, n.º 2 CRP. Isto porque este tipo de disciplinas, pela sua vocação formativa geral, é muito mais permeável a qualquer orientação política provinda dos poderes constituídos. Já nas demais disciplinas, podendo existir alguma instrumentalização, será ela impossível de evitar; mas a margem de manobra nesse sentido é, em contrapartida, inferior, pelas razões já expostas.

Veja-se bem, quanto aos conteúdos desta «componente», que a lei é por demais vaga: segundo o n.º 3 do artigo 15.º, a componente de currículo de Cidadania e Desenvolvimento "*Integra as matrizes de todas as ofertas educativas e formativas: a) Constitui -se como uma área de trabalho transversal, de articulação disciplinar, com abordagem de natureza interdisciplinar; b) Mobiliza os contributos de diferentes componentes de currículo ou de formação, áreas disciplinares, disciplinas ou unidades de formação de curta duração, com vista ao cruzamento dos respetivos conteúdos com os temas da estratégia de educação para a cidadania da escola, através do desenvolvimento e concretização de projetos pelos alunos de cada turma*".

Também pouco adianta o disposto na alínea g) do n.º 3 («Definições»), onde se define a «*Estratégia Nacional de Educação para a Cidadania*» como "*a estratégia que visa o desenvolvimento de competências para uma cultura de democracia e aprendizagens com impacto na atitude cívica individual, no relacionamento interpessoal e no relacionamento social e intercultural, através da componente de Cidadania e Desenvolvimento*"

Como se pode constatar, trata-se de «tudo e de nada», de um saco *completamente vazio*, que os poderes públicos poderão "encher" segundo o seu livre alvedrio: não havendo uma absoluta certeza de uma implementação, em todo o lado e em todos os anos, designadamente no ensino público, de conteúdos programáticos onde os poderes públicos veiculem "*diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas*" (ou *inestéticas* ou *antirreligiosas*), esta «tábua em branco», por não ter qualquer conteúdo específico, pelo elevado risco que comporta, condena a um imediato juízo de inconstitucionalidade a opção do legislador de prever tal «componente» letiva no ensino secundário.

Do ponto de vista constitucional, o *risco ou perigo de tal suceder* é por conseguinte suficientemente elevado para ferir de inconstitucionalidade normas como as referidas, sobretudo no *caso de atribuírem a essa componente um carácter inderrogavelmente obrigatório* (ou a inconstitucionalidade da leitura dos referidos normativos nesse sentido da obrigatoriedade de tal componente), com um dever de frequência ademais inafastável pelo exercício do direito à objecção de consciência nos termos acima enunciados – inconstitucionalidade dos referidos preceitos (alínea *g*) do artigo 3.º, a alínea *i*) do n.º 2 do artigo 6.º, os n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 13.º e o artigo 15.º) por violação dos artigos 41.º, n.ºs 1 e 6, e 43.º, n.ºs 1 e 2 da Constituição, e que inquina de invalidade os atos impugnados que os aplicam.

Tal risco, note-se, no momento presente, no caso de Portugal, e do seu direito escolar, tornou-se de resto evidente, por ser a referida componente letiva o recetáculo vazio onde seguramente despejarão os mesmos governo e maioria parlamentar de suporte – e agora a título de exemplo – conteúdos como o do já referido guião de “Educação Género e Cidadania”, elaborado pela Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género para o terceiro ciclo³², e que foram inclusive vazados, entretanto, para a legislação. Veja-se o disposto no artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, que se passa a transcrever: “Artigo 12.º («Educação e ensino»): “1 – O Estado deve garantir a adoção de medidas no sistema educativo, em todos os níveis de ensino e ciclos de estudo, que promovam o exercício do direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais das pessoas, nomeadamente através do desenvolvimento de: a) Medidas de prevenção e de combate contra a discriminação em função da identidade de género, expressão de género e das características sexuais; b) Mecanismos de deteção e intervenção sobre situações de risco que coloquem em perigo o saudável desenvolvimento de crianças e jovens que manifestem uma identidade de género ou expressão de género que não se identifica com o sexo atribuído à nascença; c) Condições para uma proteção adequada da identidade de género, expressão de género e das características sexuais, contra todas as formas de exclusão social e violência dentro do contexto escolar, assegurando o respeito pela autonomia, privacidade e autodeterminação das crianças e jovens que realizem transições sociais de identidade e expressão de género; d) Formação adequada dirigida a docentes e demais profissionais do sistema educativo no âmbito de questões relacionadas com a problemática da identidade de género, expressão de género e da diversidade das características sexuais de crianças e jovens, tendo em vista a sua inclusão sexuais de crianças e jovens, tendo em vista a sua inclusão como processo de integração socioeducativa; 3 – Os membros do Governo responsáveis pelas áreas da igualdade de género e da educação adotam, no prazo máximo de 180 dias, as medidas administrativas necessárias para a implementação do disposto no n.º 1.”³³

³² Disponível em <http://www.cig.gov.pt/documentacao-de-referencia/doc/cidadania-e-igualdade-de-genero/>.

³³ Um grupo de 85 deputados requereu ao Tribunal Constitucional em 2018 (no fim da passada legislatura) a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória e geral, destes nor-

4. Face à exigência do artigo 41.º/5 CRP, a existência de uma lacuna no ordenamento jurídico-administrativo educativo, e a necessidade da respetiva integração com recurso a um regime similar

Não se ignora o problema da (in)exequibilidade prática da norma constitucional consagradora da objeção de consciência. Com efeito, e dada a omissão legislativa, falta de uma lei reguladora que proceda ela própria (antecipadamente, e por via geral e abstrata), neste específico domínio do ensino público básico e secundário, à solução de possíveis colisões entre o bem salvaguardado por aquela norma jusfundamental e os bens assegurados por outras normas jusfundamentais (ou seja, outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados).

Ou seja, subsiste a dificuldade prática de o juiz e, sobretudo (e antes dele), a Administração, procederem, caso a caso, aos juízos de concordância prática exigidos em cada concreta situação, ponderações estas indispensáveis à tomada de uma decisão fundada e fundamentada sobre o modo e as condições de exercício do direito fundamental em causa.

Trata-se, com efeito, de um direito fundamental atípico: seguindo o legislador constitucional, por norma, um modelo de tipificação na regulação dos âmbitos de atuação dos direitos fundamentais, tal não ocorreu no caso do direito de objeção de consciência, isto com a exceção do serviço militar obrigatório (em que o direito está especificamente previsto no artigo 276.º, n.º 4 CRP).

O facto é que se verifica uma ausência de lei que regule os casos de objeção de consciência dos Encarregados de Educação em relação ao tipo de educação ministrada nos estabelecimentos públicos de ensino básico

mativos. Na fundamentação jurídica do pedido, defenderam os signatários que "a Constituição da República Portuguesa não só garante 'a liberdade de aprender e ensinar' (artigo 43.º, n.º1), como protege a escola portuguesa da intromissão do Estado, e do poder político, na programação da educação e da cultura, "segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas" (artigo 43.º, n.º2)", e que "o uso doutrinário e ideológico da sustentação teórica para determinadas abordagens às questões da identidade de género configura, por conseguinte, o exemplo de conteúdos que não são permissíveis nas escolas portuguesas à luz das proteções conferidas pela Constituição, violando o seu artigo 43.º".

Mais afirmaram os referidos deputados no seu requerimento que o artigo 12.º da lei sobre a identidade de género "deixa por determinar o campo de ação da Administração e do Ministério da Educação na execução das disposições legais", ou seja, "confere uma latitude por balizar ao braço administrativo e executivo do Estado, violando o princípio constitucional da determinabilidade da lei". "Em nosso entender, o uso político que é dado aos chamados 'estudos de género' constitui uma ideologia, em todos os seus aspetos, e, portanto, goza de todos os direitos de apresentação, discussão, crítica e exortação no espaço público que as demais ideologias também gozam", acrescentam, salientando que o que está em causa é a inclusão destes conteúdos "nas escolas portuguesas no percurso de toda a escolaridade obrigatória". E ressaltaram também que aquilo que a "ideologia de género" nada tem a ver com o valor político, constitucional, moral e legal da igualdade entre homens e mulheres "na sociedade, no mercado de trabalho, na política, nas oportunidades e no acesso em geral".

e secundário, em disciplinas de formação geral ou transversal, como são entre nós os casos das disciplinas de «Educação Moral e Religiosa» e de «Cidadania e Desenvolvimento».

Tal lacuna do nosso ordenamento jurídico deve-se, provavelmente, ao facto de o problema não se ter colocado entre nós até aos dias de hoje. Recuando no tempo, no Regime do Estado Novo reinava uma certa conceção do mundo que se transmitia nas escolas; mas sob a égide da Constituição de 1976 os poderes constituídos não mais permitiram uma programação da educação segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas (artigo 43.º, n.º 2 CRP), perdendo de então para cá atualidade a questão da programação da educação, designadamente no ensino público – em razão da rotura total e completa operada pela Constituição de 1976 relativamente a essa prática deletéria, e de que a norma constitucional do artigo 43.º, n.º 2 da CRP constitui a mais viva expressão.

Contudo, nos dias de hoje estão a reaparecer disciplinas escolares que não têm caráter neutro, mais precisamente, e como já referido, as disciplinas de «Educação Moral e Religiosa» e de «Cidadania e Desenvolvimento», pelo que a inexistência jurídica de normas que regulem a objecção de consciência no campo da educação gera vazios de regulação reconduzíveis a lacunas.

Ora, para a integração de lacunas prevê a nossa lei o recurso à analogia: *“os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos”* (10.º, n.º 1 CC).

Para a definição de analogia, recorre a lei ao critério de uma idêntica racionalidade justificativa: *“há analogia sempre que no caso omissa procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei”* (10.º, n.º 2 CC).

Importa, pois, identificar o caso legislado que se assemelhe em maior medida à conjuntura omissa. Pois bem, “a circunstância de o Direito Administrativo ser um ramo autónomo da ciência jurídica determina que a analogia se busque sempre, em primeiro lugar, dentro do ordenamento jurídico-administrativo [...]. No âmbito de ramos especiais de Direito Administrativo, a analogia deve sempre começar por se indagar dentro de soluções normativas próprias desse mesmo ramo”³⁴.

Precisamente, existe uma regulação no campo do Direito da Educação para situação semelhante à dos Recorrentes, que é a da matrícula na disciplina de Educação Moral e Religiosa Católica (EMRC), cujos normativos se passam a referir.

O artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 70/2013, de 23 de maio, configura a frequência da disciplina como um direito (e não um dever ou ónus), posição jurídica essa cujo exercício tem lugar anualmente no ato de matrícula no estabelecimento de ensino, pelo encarregado de educação ou pelo próprio

³⁴ PAULO OTERO, Os limites à analogia em Direito Administrativo, In FILIPA LEMOS CALDAS, (coord.), *Analogia em Direito Administrativo: os limites à integração analógica de normas administrativas*, AAFDL (Lisboa: 2016), p. 12.

educando, consoante este tenha uma idade menor, ou igual ou superior a 16 anos – dependendo uma posterior anulação da matrícula na disciplina de EMRC de pedido expresso de um ou outro, consoante o caso, pedido este que será decidido pelo Diretor (não podendo este todavia indeferi-lo, por ser a sua competência neste caso vinculada).

Mais dispõe o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 70/2013 o não serem considerados os resultados obtidos na avaliação da disciplina nem para efeitos de retenção nem para efeitos de cálculo de média dos resultados dos alunos, não se aplicando à disciplina também a realização de provas e exames de âmbito nacional para efeitos de progressão ou de candidatura ao ensino superior – apenas constando a frequência e os resultados nela obtidos das certidões de estudo quando tal for especificamente demandado.

Por seu turno, dispõe o artigo 6.º da Portaria n.º 333/86, de 2 de julho (em vigor em tudo o que não contrarie o Decreto-Lei n.º 70/2013) o ser a disciplina de EMRC *“ministrada aos alunos cujos pais ou encarregados de educação não tiverem feito declaração expressa em contrário, competindo ao próprio aluno, quando maior de 16 anos, decidir fazer ou não esta declaração”*.

A disciplina de EMRC foi instituída pelo Decreto-Lei n.º 323/83, de 5 de julho (já revogado), estando hoje regulada, como já referido, pelo Decreto-Lei n.º 70/2013, de 23 de maio.

A sua existência assenta no princípio da prioridade dos pais à escolha do género de educação a dar aos seus filhos (preâmbulo do Decreto-Lei n.º 70/2013). Como refere, e bem, o preâmbulo do DL n.º 323/83, *“Interessa, por outro lado, salientar que, reconhecendo de igual modo aos pais «o direito e o dever da educação dos filhos» (artigo 36.º, n.º 5), a Constituição impõe ao Estado a obrigação de cooperar com os pais na educação dos filhos [artigo 67.º, alínea c)], havendo de incluir-se prioritariamente no âmbito dessa cooperação, a criação das condições necessárias para que os pais possam livremente optar, sem agravamento injustificado de encargos, pelo modelo educativo que mais convenha à formação integral dos seus filhos”*.

Ora, a cooperação com os pais na educação dos filhos para a religião é equiparável ao dever do Estado de cooperar com os pais na educação para a cidadania dos seus filhos. E de facto, o ensino da Religião e da Moral Católicas pretende inculcar nas crianças e jovens uma visão do mundo e do homem baseada nos princípios da Religião e Moral Católicas.

5. Os limites à integração analógica no ordenamento jurídico-administrativo

A analogia da disciplina de «Cidadania e Desenvolvimento» com a disciplina de «Educação Religiosa e Moral Católicas» a que acima já fizemos alusão, e por consequência a pertinência da aplicação do regime desta, afigura-se adequada, dispensando-se por essa via a necessidade de declaração *erga omnes* de inconstitucionalidade das normas legais em causa, porquanto a objecção de consciência exige o objeto do cumprimento de um dever legal, sem que isso lhe acarrete qualquer sanção, mas não põe necessariamente em causa a legitimidade da fonte desse dever.

É certo que a analogia obedece a limites, pois “importa não esquecer [que] integrar uma lacuna pelos órgãos da Administração Pública expressa ainda (e sempre) o exercício de uma competência. Trata-se de uma competência que se fundamenta num princípio geral do ordenamento jurídico: perante uma lacuna da disciplina jurídica de uma situação concreta, o decisor tem o poder de encontrar uma solução integrativa dessa mesma lacuna”³⁵.

E um dos limites à analogia reside no respeito pelos princípios da igualdade e da imparcialidade se, “face a anteriores casos idênticos identificativos de lacuna ou de solução analógica por aquele órgão em concreto, foi adotada uma determinada conduta administrativa, criando-se uma situação reconduzível a um precedente que, assumindo uma força autovinculativa, apenas uma “justa causa” fundamentada poderá validamente alicerçar o seu afastamento”³⁶.

Este limite não se apresenta aqui, precisamente porque o princípio da igualdade permite comparar este caso ao das pessoas laicas, agnósticas ou ateias que não querem que os seus filhos participem nas aulas de Religião e Moral Católicas: estas podem exercer a sua liberdade de consciência expressando, no início do ano letivo, que não autorizam os seus filhos a frequentarem ditas aulas – em termos que consubstanciam uma verdadeira e própria objecção de consciência.

Pela mesma ordem de razão, pessoas com uma conceção da vida incompatível com os valores e princípios (éticos, espirituais etc.) veiculados pela disciplina de Cidadania e Desenvolvimento, não podem ser forçadas a que os seus filhos frequentem a referida disciplina. É, de resto, e como vimos, o que expressamente estabelece a Lei de Bases do Sistema Educativo, nomeadamente, na alínea *n*), do artigo 7.º, que inclui dentro dos objetivos do Ensino Básico, numa concretização do artigo 43.º da CRP, o de “*proporcionar, em liberdade de consciência, a aquisição de noções de educação cívica e moral*”.

³⁵ PAULO OTERO, *Ob. cit.*, p. 15.

³⁶ PAULO OTERO, *Ob. cit.*, p. 15.

Esta referência à “liberdade de consciência” em temas de educação cívica e moral, demonstra patentemente que as disciplinas de educação cívica, como “Cidadania e Desenvolvimento”, foram consideradas pelo legislador como potencialmente ofensivas da consciência individual.

Requer-se, desta feita, especiais medidas de garantia da liberdade de pensamento, sobretudo das crianças e jovens, sob pena de se cair num totalitarismo estadual nestas matérias, com a criação de uma espécie de “religião de Estado”.

Outro limite à aplicação da analogia reside no princípio da unidade do sistema jurídico: “todos os princípios gerais da atividade administrativa e todas as demais soluções normativas imperativas nunca podem deixar de estar presentes na identificação da solução analógica a encontrar: a integração de lacunas não confere ao decisor administrativo uma competência discricionária, nem o recurso à analogia o habilita, por força do postulado da unidade do sistema jurídico, a encontrar uma solução *contra legem*”³⁷.

Ora, o princípio da unidade do sistema jurídico permite apoiar o recurso à analogia, pois esta solução encontra fundamento nos restantes princípios do ordenamento jurídico, nomeadamente, no princípio da proporcionalidade, que é pressuposto material da restrição de direitos constitucionalmente protegidos.

Assim sendo, se o direito à objeção de consciência e o direito à educação pelos pais, como os demais direitos, liberdades e garantias, podem ser restringidos por lei, deverá o legislador assegurar-se que os bens jurídicos que pretende acautelar não poderiam ter sido defendidos de outra maneira ou de uma maneira menos lesiva para os direitos, liberdades e garantias objeto da restrição: é o que estabelece o princípio da adequação ou idoneidade (as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei); o princípio da exigibilidade ou necessidade (as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias, porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias), e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa «justa medida», impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos).

Restringindo o direito à objeção de consciência e o direito à primazia da educação pelos pais, poderá a Administração, é certo, temer que este direito se alastre de forma desmesurada, pondo em causa quer os fins que a lei pretende alcançar com a disciplina de Cidadania e Desenvolvimento, que serão os da educação para a cidadania e valores cívicos, quer o direito das próprias crianças em geral a essa educação. Pois bem, para prevenir esse risco, poderão no caso concreto as autoridades educativas apreciar e ponderar o empenho demonstrado pelos pais na educação dos filhos, assim

³⁷ PAULO OTERO, *Ob. cit.*, p. 15.

como o perfil do comportamento das crianças (p.ex., se estas demonstram atitudes cívicas e educadas, refletindo um bom ambiente familiar). Se assim for, não ficará em risco nem a missão dos poderes públicos, nem o putativo direito das crianças a uma educação para a cidadania e para os valores cívicos. Caso contrário, será, em *ultima ratio*, legítima a emissão de uma decisão pelo Diretor da Escola, desde que fundada e fundamentada, contrária à pretensão de não frequência da disciplina.

Note-se, de todo o modo, que esse risco está à partida muito circunscrito, já que são poucas as disciplinas que veiculam uma mundividência específica, mais precisamente apenas duas: as disciplinas de «Educação Moral e Religiosa» e de «Cidadania e Desenvolvimento». Também não é posto em causa por tal fundada objecção de consciência o regular funcionamento das escolas: se o não põe o regime vigente de inscrição e matrícula na disciplina de «Educação Moral e Religiosa», também o não porá a aplicação de tal regime à disciplina de «Cidadania e Desenvolvimento», assim se acautelando, desde logo, o princípio da proporcionalidade.

Os normativos que regulam a inscrição e matrícula na disciplina de «Educação Moral e Religiosa» apresentam-se, pois, como normativos idóneos para se proceder a uma integração analógica da lacuna em questão.

Esta aplicação analógica confere exequibilidade a um direito, liberdade e garantia, para conforto sobretudo de quem entenda ser o direito à objecção de consciência um direito procedimentalmente dependente ou condicionado, a requerer fixação legal para o respetivo exercício. De todo o modo, tal aplicação analógica liberta a Administração e os tribunais de terem que ser eles a dirimir eventuais colisões, criando a norma para o caso concreto.

De acordo com esta perspectiva, o exercício do direito à objecção de consciência levará o Estado a permitir aos encarregados de educação a possibilidade de determinarem no início do ano letivo a dispensa de frequência pelos seus filhos das aulas de Cidadania e Desenvolvimento.

Em suma, e por tudo quanto se expôs, caso se entenda inexistir, face ao quadro constitucional e legal existente, seja por que razão for, lugar a um legítimo exercício do direito à objecção de consciência, então as normas ínsitas no artigo 3.º, alínea g), no artigo 6.º, número 2, alínea i), no artigo 13.º, números 3, 4 e 5, e no artigo 15.º, do Decreto-Lei n.º 55/2018, de 6 de julho, na parte em determinam a obrigatoriedade da frequência da componente letiva de «Cidadania e Desenvolvimento», ou quando interpretadas nesse sentido, não escaparão a um juízo de inconstitucionalidade material, por violação do artigo 43.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

Para o caso de se entender não estarem os supracitados normativos legais que determinam a obrigatoriedade de frequência da «componente» de «Cidadania e Desenvolvimento» feridos de inconstitucionalidade, então não pode a nosso ver deixar de ser reconhecido direito à objecção de consciência: *tertium non datur!*

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

IS THERE A RIGHT TO SELF-DETERMINATION OF GENDER IDENTITY?
A CIVILISTIC PERSPECTIVE

Mafalda Miranda Barbosa *
(FDUC)

RESUMO: Apesar de ser amiúde proclamado um direito à autodeterminação da identidade de género, ele não pode ser concebido como um verdadeiro direito de personalidade, na medida em que o suposto direito viola os dados ontológicos e os fundamentos axiológicos da juridicidade. Ao invés, devemos falar de um direito à identidade sexual e à não discriminação com base no sexo.

PALAVRAS-CHAVE: identidade de género; direitos de personalidade; direito ao livre desenvolvimento da personalidade; autonomia.

* Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pátio das Escolas, 3004-528, Coimbra (mcnmb@fd.uc.pt)

ABSTRACT: *Although it is proclaimed in many legal texts as a fundamental right, in a legal order, we cannot conceive a right to gender identity and to self-determination of gender, as that right violates the ontological data and the axiological foundations of the juridicity. We must therefore speak of a right to sexual identity and to non-discrimination on the basis of sex.*

KEYWORDS: *gender identity; personality rights; right to free development of the personality; autonomy.*

1. Introdução

A Lei n.º38/2018, de 7 de Agosto, vem estabelecer o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa, nos termos do artigo 1º do citado diploma. Ao fazê-lo, assume claramente a ideologia do género, por um lado, e estabelece sanções para o caso de violação de algum dos direitos ou princípios que consagra, por outro lado.

A questão que se coloca é a de saber se o direito que se invoca pode ter efetiva expressão num ordenamento jurídico de direito e do direito. É que os direitos subjetivos que sejam direitos de personalidade não podem resultar de uma construção artificial e arbitrária de um legislador que, transformando a lei num instrumento de uma engenharia social, procure através dela a imposição de uma ideologia. Pelo contrário, eles hão de ser expressão do entendimento antropológico e da valoração axiológica do ser humano, que não está na dependência de uma qualquer vontade arbitrária. Assim, haveremos de questionar em que medida o direito à autodeterminação da identidade de género é, efetivamente, um direito no sentido próprio do termo.

2. O direito à autodeterminação da identidade do género na Lei n.º38/2018

A Lei n.º 38/2018 consagra duas dimensões do direito à identidade do género: uma dimensão negativa e uma dimensão positiva.

A dimensão negativa traduz-se na proibição de discriminação. Nos termos do artigo 2.º/1 do citado diploma, "todas as pessoas são livres e iguais em dignidade e direitos, sendo proibida qualquer discriminação, direta ou indireta, em função do exercício do direito à identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais". Como reforço da dimensão negativa, o diploma prevê medidas programáticas que, destinando-se aos diversos graus de ensino, garantam a prevenção

e o combate contra a discriminação em função da identidade de género, expressão de género e das características sexuais¹.

A dimensão positiva diz respeito ao chamado direito à autodeterminação da identidade do género, que é, nos termos do n.º1 do artigo 3.º, "assegurado, designadamente, mediante o livre desenvolvimento da respetiva personalidade de acordo com a sua identidade e expressão de género".

Este direito à autodeterminação da identidade do género envolve inúmeros direitos que se reconduzem ao seu núcleo predicativo. O artigo 3.º/2 Lei n.º 38/2018 estabelece, neste âmbito, que se, para um determinado ato ou procedimento, se tornar "necessário indicar dados de um documento de identificação que não corresponda à identidade de género de uma pessoa, esta ou os seus representantes legais podem solicitar que essa indicação passe a ser realizada mediante a inscrição das iniciais do nome próprio que consta no documento de identificação, precedido do nome próprio adotado face à identidade de género manifestada, seguido do apelido completo e do número do documento de identificação".

De acordo com a valoração da lei, a identidade do sujeito deixa de ser determinada em função do seu sexo cromossomático e anatómico, para passar a ser definida em torno da noção de género, que com aquele não tem de coincidir. Daí que, o que nos permite afirmar que o diploma em análise surge eivado pela ideologia do género que haveremos de caracterizar, se o sujeito manifestar uma identidade de género que não corresponda aos seus dados de identificação, apenas é obrigado a fornecer as iniciais do nome próprio que conste do documento de identificação, precedendo-lhes o nome próprio adotado em face da identidade de género adotada.

Vai-se, porém, mais longe e admite-se, nos termos do artigo 6.º e seguintes da Lei n.º 38/2018, o reconhecimento judicial da identidade de género. Nos termos do artigo 7.º/1, a mudança da menção do sexo no registo civil e a consequente alteração de nome próprio das pessoas pode ser requerida, no registo civil, por cidadãos de nacionalidade portuguesa, que sejam maiores de idade e não estejam sujeitos a uma medida de acompanhamento limitativa da esfera pessoal, quando a identidade de género não corresponda ao sexo atribuído à nascença, na formulação da lei².

Os menores entre os 16 e os 18 anos podem requerer o procedimento de mudança da menção do sexo e a consequente alteração do nome próprio, no registo civil, através dos seus representantes legais. Porém, o menor deve ser ouvido presencialmente pelo conservador do registo, de modo a apurar-

¹ Estas medidas destinadas aos diversos operadores de ensino são, porém, mais amplas, visando não só prevenir a discriminação (e, portanto, o reforço da vertente negativa do direito à identidade de género), como também o efetivo e positivo direito à autodeterminação do género. Cf. artigo 12.º/1 al. b), c) e d).

² A lei fala em interditos e inabilitados por anomalia psíquica. Contudo, a Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, revogou o regime da interdição e da inabilitação, substituindo-os pelo regime do acompanhamento de maiores, razão pela qual adaptámos, em texto, a solução legal ao novo quadro normativo.

-se se o seu consentimento é expresso, livre e esclarecido, e exige-se, ainda, o relatório de um médico inscrito na Ordem dos Médicos ou de um psicólogo inscrito na Ordem dos Psicólogos, que ateste a sua capacidade de decisão e a vontade informada³.

Tratando-se de uma pessoa *intersexo* (hermafrodita), o procedimento só pode ter lugar a partir do momento em que se manifeste a sua identidade do género. Quanto a estes, dispõe também o artigo 5.º Lei n.º 38/2018 que “salvo em situações de comprovado risco para a sua saúde, os tratamentos e as intervenções cirúrgicas, farmacológicas ou de outra natureza que impliquem modificações ao nível do corpo e das características sexuais da pessoa menor *intersexo* não devem ser realizados até ao momento em que se manifeste a sua identidade de género”.

Embora, nos termos do artigo 11.º/1 Lei n.º 38/2018, o estado deva garantir o acesso, a quem o solicitar, de serviços de referência ou de unidades especializadas do SNS para efeito de tratamentos ou intervenções cirúrgicas que tenham por objetivo fazer corresponder o corpo à identidade de género adotada pelo sujeito, em nenhum caso é exigido à pessoa que se tenha submetido a procedimentos médicos, a uma cirurgia de reatribuição do sexo, a uma terapia hormonal ou a tratamentos psicológicos ou psiquiátricos para que possa requerer a alteração da menção do sexo.

Havendo lugar ao procedimento de mudança da menção de sexo, pode ser lavrado um novo assento de nascimento, no qual não pode ser feita qualquer referência à mudança de sexo. A pessoa passa a ser identificada com um novo nome e com um novo sexo, independentemente de ele corresponder ou não ao seu sexo cromossomático e anatómico ou de, em casos de desconformidade medicamente comprovada, a situação ter sido corrigida. Não são, contudo, afetados os direitos constituídos e as obrigações jurídicas assumidas antes do reconhecimento jurídico da identidade de género.

3. Existe um direito à autodeterminação do género?

A Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto (Lei da Identidade do Género), suscita-nos inúmeros reparos e levanta-nos diversos problemas. A par de uma formulação legislativa infeliz, é duvidoso o acerto constitucional de algumas medidas particulares. Pense-se, por exemplo, na previsão da adoção de “medidas no sistema educativo, em todos os níveis de ensino e ciclos de estudo, que promovam o exercício do direito à autodeterminação da

³ A solução legal afigura-se estranha. Na verdade, se se admite que o menor presta de forma livre e esclarecida o seu consentimento e se atesta a sua capacidade para entender o alcance do ato que está a praticar, não se entende por que razão se há de fazer intervir o representante legal no caso. Verdadeiramente, a cautela espelha a convicção de que, numa matéria deste melindre, talvez o consentimento possa não corresponder a um ato maturado e esclarecido do menor.

identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais das pessoas”, entre as quais se conta a “formação adequada dirigida a docentes e demais profissionais do sistema educativo no âmbito de questões relacionadas com a problemática da identidade de género, expressão de género e da diversidade das características sexuais de crianças e jovens, tendo em vista a sua inclusão como processo de integração socioeducativa”.

Ora, tendo em conta que a formação dirigida aos docentes terá como objetivo a modelação do processo socioeducativo das crianças e jovens e sendo-se consciente de que a questão da identidade de género corresponde a uma verdadeira ideologia, então facilmente percebemos que estas diretrizes podem contender com o direito fundamental dos pais de definirem as linhas mestras da educação que querem dispensar aos seus filhos.

Mas, o que se revela ainda mais perturbador é a consagração de um direito que não corresponde a uma posição subjetiva justa, porquanto contrarie os dados ontológicos e axiológicos de compreensão do ser humano, entendido como pessoa. Daí que se imponha de forma inelutável a questão: existe um direito à autodeterminação da identidade de género?

3.1. O sexo como elemento da identidade pessoal

Entre os vários elementos que fazem parte da identidade de um sujeito (encarado como pessoa) está o seu sexo. Consoante explica Menezes Cordeiro, “o ser humano é uma espécie sexuada. Os indivíduos de cada um dos sexos distinguem-se, fácil e imediatamente, pelo aspeto geral, pela postura, pelos gestos. (...) A diferenciação dos sexos constitui um dos grandes sortilégios da humanidade”⁴.

Sendo a determinação do sexo feita, ao nível cromossomático, no momento da conceção, ela é irreversível⁵, pelo que “o direito limita-se a acolher os dados da natureza. O ser humano é homem ou mulher, num facto anatómico constatado aquando do parto”⁶, que se repercute ao nível biológico e psicológico e releva ao nível profissional e social⁷.

Trata-se, portanto, de um aspeto identitário do indivíduo que o direito acolhe e não pode, nem deve modificar.

⁴ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, tomo III, Coimbra, Almedina, 2004, p. 335.; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 405.

⁵ Novamente, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, p. 335, apontando, porém, como referência temporal o nascimento; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, p. 405.

⁶ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, p. 344; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, p. 415.

⁷ Menezes Cordeiro fala-nos, a este nível, de diversas componentes do sexo: cromossomático; morfológico ou anatómico; hormonal; psicológico e social – cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, p. 344 s.; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, p. 415.

Daí que a intervenção do direito a este nível deva ser residual, operando em três planos: por um lado, protegendo a identidade sexual do sujeito, como dimensão identitária dele, ao nível do direito geral de personalidade⁸; por outro lado, solucionando problemas jurídicos que resultam de disfunções que podem ocorrer; numa terceira vertente, garantindo a igualdade entre homens e mulheres e proscrevendo qualquer forma de discriminação entre sexos.

Entre as disfunções a que nos reportamos, Menezes Cordeiro refere situações como a má conformação dos órgãos sexuais externos; casos em que o sujeito assume condutas próprias do sexo oposto; distúrbios anatómicos ou hormonais; não correspondência entre o sexo cromossomático, anatómico e hormonal com o sexo psicológico⁹. São, sobretudo, o primeiro e o terceiro caso que, levantando problemas relativos à identidade sexual do sujeito, reclamam a intervenção do ordenamento jurídico. Correspondendo a situações marginais de hermafroditismo ou a situações de transsexualismo, a solução dispensada pelo direito era, ainda assim, fácil.

De acordo com os ensinamentos do jurista, mais recuadamente, ocorrendo um distúrbio anatómico ou hormonal, que a medicina pudesse corrigir, ou se verificava um erro no assento de nascimento, que seria falso por indicar um facto que não tinha existido, tendo de ser corrigido; ou a pessoa mudava, efetivamente, de sexo, havendo de recorrer a uma ação de Estado para o efeito¹⁰.

Com a Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, regulava-se o procedimento de mudança de sexo, junto das Conservatórias de Registo Civil, podendo a alteração ser requerida por qualquer pessoa maior, que não fosse interdita ou inabilitada por anomalia psíquica e revelasse uma perturbação de identidade de sexo, vulgo, transsexualismo. Para tanto, era necessária a apresentação de um relatório que comprovasse “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” (artigo 3º/1/b)).

Ora, foram exatamente estas soluções que foram postas de lado pela Lei n.º38/2018, de 7 de Agosto. Prescinde-se do relatório médico, que passa a ser exigido apenas no caso dos menores, e assume-se que a mudança da menção de sexo no registo configura um direito de cada um dos sujeitos, a qualificar como direito de personalidade.

A nova disciplina parece estar em linha com o sentido evolutivo (ou involutivo) que tem vindo a ser delineado internacionalmente.

Em 1992, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no Proc. n.º13343/87, condenou o Estado francês, por a *Cour de Cassation* não ter permitido a mudança de sexo a um indivíduo que a reclamava, com fundamento na indisponibilidade dos estados civis, por entender que assim se violava

⁸ Cf. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 325 ss.

⁹ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, p. 416.

¹⁰ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, p. 416.

o artigo 8º Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que consagra o direito à intimidade da vida privada. Tratava-se, segundo a visão do tribunal europeu, de um assunto do foro privado, numa posição que, posteriormente, viria a ser acolhida pela jurisprudência francófona¹¹.

Na Alemanha, com a *Transsexuellengesetz* (1980), passou-se a admitir a mudança de sexo, exigindo-se, contudo, que a pessoa se tenha submetido a uma intervenção cirúrgica. No caso em que a pessoa se encontrasse em estado de pressão por querer viver de acordo com a sua representação psicológica do sexo, que não corresponderia ao seu sexo anatómico, a única solução admitida era a solução pequena de alteração do nome¹².

O Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) veio, então, mostrar-se muito favorável à mudança de sexo, admitindo-a mesmo sem que a pessoa se submetesse a uma intervenção cirúrgica ou mesmo que não requeresse o divórcio. Isso mesmo se constata numa decisão de 27 de maio de 2008, na qual se considerou que uma mulher lésbica, que tinha nascido homem, tem direito a viver de acordo com a identidade de género que escolheu, podendo ser reconhecida como mulher e podendo viver numa união de facto com outra¹³. Considerar-se-ia, portanto, inconstitucional a exigência da inexistência de um vínculo matrimonial¹⁴. Também a decisão de 11 de janeiro de 2011¹⁵ acabaria por ser fundamental na alteração do *status quo*, deixando, a partir dela, de se exigir que a pessoa que requer a mudança de sexo fosse infértil e que se tivesse submetido a uma cirurgia.

No fundo, conviviam duas soluções no quadro do ordenamento jurídico alemão: a *kleine Lösung* (solução pequena), a envolver a mudança de nome; e a *große Lösung* (solução grande), a permitir a alteração de sexo no registo, quando a pessoa se haja submetido a uma cirurgia. Mas esta dualidade acabou por ser considerada inconstitucional, de tal modo que as duas soluções ficam, agora, dependentes dos mesmos pressupostos, quais sejam a disposição transsexual do sujeito, ou seja, o sentimento de falta de coincidência entre o sexo cromossomático e anatómico e o sexo psicológico, e a pressão a que a pessoa está sujeita por querer viver de acordo com a sua representação mental, que tem de durar há, pelo menos, três anos¹⁶.

O ordenamento jurídico alemão foi, ainda, mais longe na dissociação entre sexo e género. Se a *Personenstandsgesetz*, no §22/3, permitia que as crian-

¹¹ Cf., sobre o ponto, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, p. 347 e *Cour de Cassation*, 11 de Dezembro de 1992; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, pp. 417 ss.

¹² A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, p. 347; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, p. 419.

¹³ Cf. PETER DUNNE/JULY MULDER, Beyond the binary: towards a third sex category in Germany?, *German Law Journal*, 3, 2018, p. 632.

¹⁴ Cf., em apreciação, BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, *Report on reform of the Transsexuals Act*, Berlim, 2017, 7.

¹⁵ BVerfGE 128, 109

¹⁶ BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, *Report on reform of the Transsexuals Act*, Berlim, 2017, 6 s.

ças nascidas fossem registadas sem referência ao sexo, em outubro de 2017, o Tribunal Constitucional determinou que ou se eliminaria a obrigatoriedade de registo do sexo, ou se permitiria o registo de um terceiro sexo (neutro)¹⁷. Este género neutro diz respeito a pessoas que nascem com características que não se encaixam na definição do sexo feminino ou do sexo masculino¹⁸. Correspondem ao que tradicionalmente se designava por hermafroditas. Mas não só. No caso concretamente discutido no *Bundesverfassungsgericht*, estava em causa uma mulher, que, tendo nascido mulher e tendo sido registada como tal, não se identificava como mulher, nem como homem, entendendo que o Estado a forçava a um entendimento binário que não respeitava a sua experiência sexual¹⁹. E a decisão acabou por dar razão à demandante, por se considerar que estava a ser violado o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito geral de personalidade²⁰, e o direito à não discriminação em função do sexo²¹. Acolhe-se, portanto, não só uma visão não binária do sexo, mas também uma visão não binária da identidade de género²².

¹⁷ www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/10/rs20171010_1bvr201916.h

Para uma análise das implicações que a decisão do Tribunal Constitucional alemão teve e das influências que sofreu, cf. PETER DUNNE/JULY MULDER, *Beyond the binary: towards a third sex category in Germany?*, p. 628 s.

¹⁸ Foi também reconhecido pelo Tribunal de Tours, numa decisão de 20 de agosto de 2015.

Para outras considerações acerca da tutela da identidade de género no contexto internacional, cf. P. DUNNE, *Enhancing sexual orientation and gender-identity protections in Strasbourg*, *The Cambridge Law Journal*, 75/1, 2016, pp. 4 s.

¹⁹ Novamente, PETER DUNNE/JULY MULDER, *Beyond the binary: towards a third sex category in Germany?*, pp. 628 s.

²⁰ Considera o aresto que o direito geral de personalidade protege o direito à identidade sexual e também o direito à identidade sexual daqueles que não pertencem de modo permanente ao sexo masculino ou ao sexo feminino – “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) schützt die geschlechtliche Identität. Es schützt auch die geschlechtliche Identität derjenigen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen”.

Repare-se que, na Alemanha, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem vindo a ser considerado, do ponto de vista constitucional, como acolhendo um direito geral de personalidade, por um lado, e, por outro lado, um direito à liberdade de ação.

Entre nós, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é analisado como uma das dimensões do direito geral de personalidade. Assim, CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 352.

Sobre o ponto, cf., igualmente, Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 286. Veja-se, ainda, MAFALDA MIRANDA BARBOSA/TOMÁS PRIETO ÁLVAREZ, *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sentido e limites*, Gestlegal, Coimbra, 2020.

²¹ Em causa estava o reconhecimento da importância do registo do sexo para efeitos legais, pelo que as pessoas *intersexo*, as únicas que, para respeitar a sua identidade, não podiam registar o seu sexo corretamente, seriam discriminadas. Pode ler-se no aresto que “Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt auch Menschen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts”.

Cf., para uma análise do argumento, PETER DUNNE/JULY MULDER, *Beyond the binary: towards a third sex category in Germany?*, pp- 626 s.

²² PETER DUNNE/JULY MULDER, *Beyond the binary: towards a third sex category in Germany?*, p. 634.

O movimento germânico em torno da identidade do género não se queda, porém, por aqui. Um relatório sobre o tema com a chancela do *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, datado de 2017, pode ler-se que a disciplina normativa nesta matéria viola direitos humanos fundamentais²³. Em causa está a apreciação do requisito legal que exige que o processo de mudança da menção de sexo no registo seja acompanhado do parecer de dois avaliadores independentes, de forma a evitar decisões precipitadas e garantir o aconselhamento, por se entender que põe em causa a autodeterminação do sujeito e por ser demasiado invasivo da privacidade do sujeito²⁴.

O direito já não intervém só para resolver pontuais situações disfuncionais relacionadas com a identidade sexual dos sujeitos, mas é chamado a acolher a ideia de género, mutável de acordo com a representação do próprio sujeito. E com isto percebe-se que acaba por ser contaminado por uma ideologia que vem ganhando terreno, a ideologia do género²⁵.

3.2. Da identidade sexual à identidade de género: a ideologia subjacente

Na verdade, mais do que resolver situações patológicas, é imputado ao direito o papel de sufragar uma ideologia que visa subverter a natural diferenciação sexual. De acordo com a explicitação de Maria Calvo Charro, "a meta é chegar a uma sociedade sem classes de sexo, por meio da desconstrução da linguagem, das relações familiares, da reprodução, da sexualidade e da educação"²⁶.

Enquanto o sexo é algo imutável, pelo menos na sua dimensão cromossomática, apontando-nos para uma dimensão natural, genética, biológica, fisiológica, hormonal, o género corresponde a uma representação cultural e social, sendo elaborado de maneira convencional, pelo que é mutável e

²³ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Report on reform of the Transsexuals Act*, 7.

²⁴ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Report on reform of the Transsexuals Act*, 8 s. Designadamente, considera-se no relatório que estaria em causa a violação do direito geral de personalidade, o direito à igualdade, o direito à privacidade, o direito à autodeterminação sexual. Mais se aduz que a tendência no mundo é a de se prescindir dos relatórios de avaliação da situação de transsexualidade. Outros pontos de crítica da disciplina legal passam pela necessidade de o processo ser proposto num tribunal (pág. 10), pela dificuldade que os menores têm de levar a cabo a mudança de sexo,

²⁵ Pode ler-se no Relatório tendente à reforma da *Transsexuellengesetz*, na Alemanha, que "First of all, the Transsexuals Act is based on a medical and diagnostic notion of 'transsexuality' as a psychological condition that is no longer valid in light of contemporary sexual research. 'Transsexuality' relates to a medical diagnosis developed in the 1970s that presupposes rejection of the genitalia as being inconsistent with the individual's identity, an urgent desire for gender reassignment surgery, and asexual or heterosexual orientation. With these diagnostic criteria now seen to be medically and psychiatrically misconceived⁹, the term 'transsexuality' has increasingly fallen out of use when referring to gender identity independently of such criteria" – Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, , *Report on reform of the Transsexuals Act*, Berlim, 2017, pp. 5-6.

²⁶ MARIA CALVO CHARRO, La ideología de género y su repercussion en el ser humano y la familia, in *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género* (Tomás Prieto Álvarez, ed.), Granada, Editorial Comares, 2016, pp. 133 s.

transitório²⁷. A alteração da linguagem não é aqui inócua. A ideia é a de, com a mutação, se desconstruir a bipolaridade entre os sexos, proclamando-se a inexistência do feminino e do masculino, como polos diversos e complementares²⁸. Cada um, absolutamente livre, deve viver de acordo com as suas pulsões, elegendo para si “uma ou outra coisa como natureza sua”²⁹.

Para Maria Calvo Charro, que aqui acompanhamos de muito perto, a ideologia subjacente à identidade de género postula que ambos os sexos são idênticos, que a feminilidade e a masculinidade são construções sociais, produto da imposição de uma cultura que é necessário erradicar, para conseguir garantir a plena igualdade em todos os planos da vida³⁰. Ser homem e ser mulher deixam de ter um sentido objetivo e real, para passarem a ser construções sociais feitas segundo estereótipos³¹, de tal modo que o género masculino pode desenvolver-se num corpo feminino e vice-versa. Numa ideologia que, partindo do marxismo freudiano e do liberalismo individualista, conjugáveis num tecno-niilismo, submete a pessoa a um poder totalitário sobre si mesma, com a abolição de qualquer norma moral que impeça o domínio absoluto da liberdade e da técnica³², os ideólogos do género deixam de procurar, apenas, a igualdade perante a lei, para buscarem, também, a igualdade biológica, algo que está fora do direito³³.

Na verdade, se tudo é permitido e se torna possível através da técnica, caminhando-se para um transhumanismo, o homem pode superar a própria determinação sexual cromossomática e anatómica com que nasceu. Cada um pode escolher configurar-se sexualmente como quiser e viver de acordo com essa configuração³⁴. A emancipação do homem em relação à sua corporeidade – numa afirmação radical da liberdade (mal compreendida, entenda-se) que não encontraria limites, sequer na ontologia do ser – implicaria a liberdade de decidir o próprio género e, mais do que a defesa da não discriminação, deveria conduzir, na busca do (super-)homem novo,

²⁷ MARIA CALVO CHARRO, *La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia*, p. 136.

Referindo-se à imutabilidade do sexo cromossomático e referindo-se que a alteração do sexo anatómico corresponde a uma mutilação, cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, p. 351.

²⁸ MARIA CALVO CHARRO, *La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia*, pp. 135-136.

²⁹ MARIA CALVO CHARRO, *La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia*, p. 137.

³⁰ MARIA CALVO CHARRO, *La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia*, p. 137.

³¹ MARIA CALVO CHARRO, *La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia*, p. 138.

³² MARIA CALVO CHARRO, *La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia*, p. 148.

³³ MARIA CALVO CHARRO, *La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia*, p. 148.

³⁴ MARIA CALVO CHARRO, *La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia*, p. 139.

à afirmação de um modelo de sociedade em que o sujeito decide não só sobre as suas ações, como também sobre a sua ontologia, um modelo de sociedade subjetivista e sentimental, dominada pelo individualismo e pelo relativismo ético³⁵.

É este homem indivíduo, que vive de acordo com as suas paixões, que pode ultrapassar, compossibilitado pela técnica, todas as limitações que a natureza lhe comunica, mesmo ao nível sexual, que está na base da consagração do direito à identidade do género e do direito à autodeterminação da identidade do género. As diferenças em relação ao direito à identidade sexual são assinaláveis. Neste caso, do que se trata(va) é/era de tutelar um aspeto identificador da pessoa, de tal modo que ela não fosse associada a uma característica que não lhe pertencesse. No caso do direito à identidade do género, não se protege um aspeto conatural do ser humano, mas permite-se ao sujeito que se configure sexualmente, independentemente do seu sexo cromossomático e anatómico. No fundo, aparta-se a sexualidade humana da sua componente natural, exatamente porque se entende que é a sociedade e a cultura dominantes que impõem determinadas visões sobre o modo de ser e de se comportar do ser humano. Seria a sociedade que obrigaria o homem a ser homem e a mulher a ser mulher, de tal modo que a plena igualdade só se obteria através da emancipação contra uma cultura opressora. Ao homem oferece-se a emancipação relativamente à própria limitação que a cultura estabelece e permite-se que supere as próprias barreiras que a natureza demarca, quanto tal seja compossibilitado pela técnica. O limite do humano deixa de ser a ética para ser a técnica. Daí que, ao contrário da tutela da identidade sexual, se abandone como pilar fundamental da proteção a axiologia alicerçadora do ser pessoa, para se passar a radicar o discurso no desagregador pulsar sensitivo do sujeito.

3.3. O direito à autodeterminação e à identidade do género como direito de personalidade?

Em face do que se concluiu, pergunta-se se se podem configurar os direitos em questão como direitos de personalidade. A resposta que se procura fundamentada para esta questão requer uma dupla tarefa: primeiro, compreender os direitos de personalidade como direitos que têm como objeto a pessoa, nas suas múltiplas dimensões, zonas, refrações; segundo, perceber em que medida o direito à autodeterminação e à identidade do género se compatibilizam com o fundamento do reconhecimento dos direitos de personalidade.

³⁵ TOMÁS PRIETO ÁLVAREZ/ANTÍNIO JOSÉ SÁNCHEZ SÁEZ, Ideologia de género y libertad ideológica: estudio crítico de las recientes leyes autonómicas sobre orientación e identidad sexual, *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género* (Tomás Prieto Álvarez, ed.), Granada: Editorial Comares, 2016, 163 s., 171, 172.

3.3.1. Os direitos de personalidade e o seu fundamento ético-axiológico

Os direitos de personalidade – aliás, como o direito subjetivo – não existiram desde sempre, o que não significa que, no período anterior ao iluminismo jusracionalista, não se protegesse adequadamente a pessoa. Leite Campos afirma-o contundentemente³⁶. O autor, na sua referência à sociedade tradicional e na tentativa de perceber por que razão é que os direitos de personalidade só surgem depois do século XVIII, afirma, depois de perguntar “será que a sociedade tradicional ignorava os direitos da pessoa, nomeadamente os direitos civis da pessoa?”, que “evidentemente que não os ignorava, protegendo-os, em muitos casos, através de medidas mais completas e mais eficazes do que hoje; ou tutelando-os em situação em que hoje são agredidos (caso do direito à vida: aborto voluntário e eutanásia)”³⁷. Simplesmente, como explica, havia, à época, uma menor necessidade de tutela, fruto da compreensão do cosmos como uma ordem iluminada por Deus como causa suprema³⁸.

É, portanto, com a desagregação da ordem natural tradicional, pelo individualismo e pelo nominalismo, e com a absolutização do sujeito, convolado em indivíduo, que se torna urgente a tematização dos direitos de personalidade. É que, como explicita o autor, o abandono do fundamento axiológico da vontade coletiva conduziria (como conduziu) a soluções totalitárias, já que a vontade geral transcende as vontades individuais dos cidadãos³⁹, e, nessa medida, urgia restabelecer um limite⁴⁰.

Dito de uma forma mais direta, a suposta neutralidade do direito, convertido em pura forma, a recusa de qualquer fundamento transpositivo e trans-textual, que nos conduziu à afirmação do direito como lei, determinaram que o direito, reduzido à norma, fosse afinal produto de um subjetivismo absoluto e de um decisionismo que, ferindo de morte o próprio direito (porque deixa sem sustentáculo a resposta para o problema do encontro no mundo), pode conduzir a uma de duas concretizações históricas: o absoluto poder do homem sobre o homem (que deixa de ter limites, já que a sua liberdade vazia implica poder fazer tudo), ou o absoluto poder do Estado sobre o homem. Em qualquer das hipóteses, porque o direito se reduz ao que o legislador determina (tudo determinando, num regime absolutista, ou nada determinando, porque, no mais primário liberalismo, acaba por ser proibido proibir), o ser humano torna-se indefeso. E é exatamente para escapar a essa vulnerabilidade que se passa dar ênfase aos direitos de personalidade – direitos do homem sobre si mesmo, para proteção das suas dimensões fundamentais.

³⁶ DIOGO LEITE CAMPOS, O direito e os direitos da personalidade, in *Nós – Estudo sobre o direito das pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 110 s.

³⁷ DIOGO LEITE CAMPOS, O direito e os direitos da personalidade, p. 110.

³⁸ DIOGO LEITE CAMPOS, O direito e os direitos da personalidade, p. 112.

³⁹ DIOGO LEITE CAMPOS, O direito e os direitos da personalidade, p. 121.

⁴⁰ DIOGO LEITE CAMPOS, O direito e os direitos da personalidade, p. 123.

Se isto se torna simples, e explica por que razão é que a dogmática dos direitos de personalidade tem tendência a recrudescer na sequência de épocas de horror (pense-se no pós-segunda guerra mundial), nem por isso os problemas se atenuam.

Em primeiro lugar, o limite que os direitos de personalidade estabelecem salutarmente só cumpre a sua função se eles se impuserem ao próprio Estado. Há que, portanto, tentar perceber se os direitos de personalidade são atribuídos ou reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, os direitos de personalidade só garantem a não degradação da pessoa se eles não puderem ser invocados pelo seu titular contra si mesmo, legitimando comportamentos atentatórios da sua dignidade. Esta é, aliás, uma das razões que leva parte da doutrina a mostrar-se cética em relação à categoria.

A posição que sustenta que os direitos de personalidade são atribuídos pelo ordenamento corresponde a uma conceção positivista/normativista do direito que o fazia equivaler ao direito positivo, impondo, sempre, a intervenção do legislador para criar a normatividade e considerando que para lá do direito positivo não existia nenhum fundamento extratextual que se impusesse ao próprio órgão legiferante. A partir do momento em que consideramos que no centro do direito (e também do direito civil) está o homem entendido como pessoa, não podemos deixar de reconhecer que o direito positivo tem um fundamento axiológico. À Pessoa, por ser Pessoa, não podem deixar de ser reconhecidos determinados direitos, mínimo imprescindível para que a sua dignidade seja tutelada. Quer isto dizer que os direitos de personalidade são reconhecidos e não atribuídos ao ordenamento jurídico. Em rigor, importa, aliás, sublinhar que os autores anteriormente citados, embora vinquem o papel do ordenamento na efetivação do direito de personalidade, acabam por admitir que existem determinados princípios fundamentais que vinculam o próprio legislador.

O direito subjetivo (seja ou não um direito de personalidade) radica na pessoa e não no indivíduo, pelo que ele nunca encerrará o seu titular sobre si mesmo (antes o fazendo comunicar com os seus semelhantes). Na verdade, o direito subjetivo não é apenas fonte de poderes, exercidos de acordo com uma vontade arbitrária, mas é também fonte de deveres; em segundo lugar, o direito subjetivo tem um determinado fundamento ético-axiológico (tal como o direito objetivo). No caso dos direitos de personalidade, não só o fundamento ético-axiológico como a sua teleologia primária reconduzem-se à ideia de dignidade ética da pessoa humana, donde nunca o direito subjetivo de personalidade pode ser invocado para legitimar comportamentos atentatórios da dignidade. Acresce que, sendo o homem um ser relacional, que apenas se realiza no encontro do «eu» com o «tu», a tutela dos direitos de personalidade não pode senão espelhar essa dimensão.

No fundo, a compreensão do direito como materialmente conformado impede-nos de assumir como lícitas situações como a eutanásia⁴¹, a prostituição, a mutilação, a escravatura.

O poder de vontade que caracteriza em termos definitórios o direito subjetivo não nos condena à contemplação de uma vontade arbitrária e desenraizada de qualquer sentido ético-axiológico que a predique. Por outro lado, não podemos deixar de, na invocação de um concreto direito, pensá-lo à luz do fundamento e da teleologia do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, donde jamais o exercício de um direito de personalidade pode pôr em causa a dignidade da pessoa que o forja.

Na verdade, o direito é uma ordem normativa. Tem como finalidade ordenar condutas, para o que assume uma determinada intencionalidade, a traduzir uma validade. E, para que essa validade não resvale num sem sentido ordenador do encontro no mundo, ela não pode deixar de convocar – para ser verdadeiramente válida – uma axiologia fundamentante. Que vem a encontrar-se, afinal, naquele sentido de *dignitas* que a ética descobre no encontro – entendido no sentido do reconhecimento e do respeito – do *eu* com o *tu*⁴². Dito de uma forma mais direta, o fundamento último da juridicidade e, portanto, do reconhecimento ou da atribuição de direitos pelo ordenamento jurídico há-se encontrar-se na ideia de dignidade da pessoa, a implicar o salto para o patamar da axiologia⁴³, axiologia essa que funcionará sempre como um limite para a própria constituição normativa. Daí que um direito não exista ou não possa ser invocado contra a axiologia que o tem de fundamentar.

3.3.2. A pessoa como fundamento da juridicidade. A axiologia fundamentante da normatividade

Importa, então, perceber quem é, afinal, a pessoa⁴⁴.

De facto, se o homem enquanto tal existe desde sempre, o olhar que, reflexivamente, sobre si derramou nem sempre foi coincidente. Da imersão no

⁴¹ Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Autonomia e dignidade a propósito do fim da vida*, *O Direito*, ano 148º, II, 2016, pp. 233 s.

⁴² Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. *A Crise*, Coimbra: Almedina, 1967, pp. 725 s.

⁴³ A. CASTANHEIRA NEVES, *O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito*, in *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outro*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 287 a 310 ; ID., *O problema actual do direito. Um curso de Filosofia do Direito*, Coimbra-Lisboa, 1994

⁴⁴ Sobre o ponto, cf. o estudo de D. COSTA GONÇALVES, *Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica*, in *Estudos de Direito da Bioética*, 2, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 125 s. Veja-se, ainda, em resposta à questão DIOGO COSTA GONÇALVES, *O que é o homem?*, in *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 38 ss.

Em sentido concordante, Oliveira Ascensão, *Prefácio* da obra anteriormente citada, considerando que hoje a autonomia surge desligada da sua finalidade essencial, que é a realização da pessoa, transformando-se a dignidade num conceito vazio.

cosmos ao tempo hodierno, passando pela individualização iluminista, muitas foram as formas como se compreendeu até à afirmação contundente da personalidade como categoria ética capaz de captar a essência informadora do ser humano⁴⁵.

E se o mundo de oitocentos foi dominado pela ideia de individualidade, o ficcionismo que imbuía a forma de autoconhecimento do *eu* – isolado e solitário no confronto com os demais – acabou por ser ferido de morte pelos contributos de filósofos como Heidegger⁴⁶, Lévinas⁴⁷, Max Scheler⁴⁸ e pela sempre presente influência do pensamento cristão.

O homem já não é identificado com o dessolidário *eu*, mas passa a ser compreendido na pressuposição de um *tu*. Como nos diz Cabral de Moncada, “a ideia de personalidade reclama a de outras personalidades (...). O *Eu* pressupõe e reclama o *Outro*; o *ego*, o *alter*. Ninguém pode sentir-se plenamente *eu*, pessoa, senão em frente de outros *eus*, outras pessoas ou personalidades”^{49/50}. Porque o homem encerrado na sua identidade não é capaz de desenvolver a sua personalidade, ele só é pensável no encontro com o seu semelhante – através do qual se reconhece. Ao *Dasein* (ser aí) heideggeriano alia-se sempre o *Mitsein* (o ser com os outros). Simplesmente, o outro a quem me dirijo não pode ser visto numa perspetiva instrumental. Como diria Castanheira Neves, o outro de que aqui se cura não é mera “condição de existência (pense-se na *Lebenswelt* e na linguagem)”, “condição empírica (pense-se na situação de carência e a necessidade da sua superação pela complementaridade e a participação dos outros)” ou “condição ontológica (pense-se no nível cultural e da existência, no nível de possibilidade do ser, que a herança e a integração histórico-comunitárias oferecem)”⁵¹.

Pois, se todas estas dimensões são relevantes na vivência da individualidade, elas por si só não arredam da conformação da ipseidade a recusa ética,

⁴⁵ Cf. V. DUARTE DE ALMEIDA, Sobre o valor da dignidade da pessoa humana, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2005, pp. 623-648, aqui 626. Cf., ainda, D. COSTA GONÇALVES, Pessoa e ontologia, pp. 127 ss.

⁴⁶ Cf., para maiores desenvolvimentos, FREDERICK A. OLAFSON, *Heidegger and the grounds of Ethics. A study of Mitsein*, Cambridge University Press, 1998.

Cf., igualmente, para uma perspetiva generalista, NICOLA ABBAGNANO, *História da Filosofia*, XIV, Lisboa, Editorial Presença, 1978, pp. 192 s.

⁴⁷ Cf. JONATHAN CROWE, Levisian Ethics and Legal Obligation, *Ratio Juris*, vol. 19, issue 4, 2006, pp. 421-433.

⁴⁸ Como já afirmámos a outros propósitos, entendemos não ser possível fundar a juridicidade – e concretamente o sentido positivo da liberdade tal como ela vem pensado – na pura descoberta fenomenológica do ser humano.

Abona a favor dela, no entanto, o apego ao dado concreto, fugindo do racionalizante modelo de pensamento típico da modernidade.

⁴⁹ CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito*, I, p. 39.

Cf., para mais desenvolvimentos sobre o ponto, CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, p. 725.

⁵⁰ Cf. D. COSTA GONÇALVES, Pessoa e ontologia, pp. 155 ss.

⁵¹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, Pessoa, Direito e Responsabilidade, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 6, 1996, p. 34.

pelo que só o respeito e o reconhecimento do outro como um fim em si mesmo podem permitir a plena assunção da dignidade de cada um. Com o que se encontra a dignidade do ser humano, não por derivação de uma qualquer característica ontológica, mas porque as exigências de sentido que lhe são comunicadas inculcam a necessidade do salto para o patamar da axiologia⁵²⁻⁻⁵³.

O homem como pessoa transforma-se, portanto, no centro gravitacional do jurídico.

Importa ainda perceber por que razão não pode o direito quedar-se num puro plano antropológico e reivindicar uma nota de alteridade que se esgote no respeito do outro enquanto outro diverso de mim, senhor dos seus destinos, como nós dos nossos. Isto é, por que razão se acolhe ao nível da juridicidade uma perspectiva fundamentante colimada na dignidade do ser pessoa?

Responder a tal questão implica uma árdua tarefa. É todo o mundo em que mergulhamos que assim vai questionado. Mas, em detrimento de uma complexa formulação do porquê e para quê do direito, podemos optar por apontar as linhas mestras de inteligibilidade da assunção previamente anunciada.

Estribam-se em três pontos: insusceptibilidade de se apreender e realizar o direito se reduzido a uma pura forma orientadora das condutas em sociedade; inaceitabilidade de uma recondução daquele a um sistema que obnubile a centralidade do sujeito. A estes dois alia-se um último a mexer com a própria conceção de ser humano com que temos de jogar.

Se, por um lado, há argumentos suficientemente seguros no sentido de mostrar a imprestabilidade de um ponto de vista estritamente individualista⁵⁴, quer pelo ficcionismo intelectualizante que comporta, quer pelo autismo desagregador dos laços comunitários em que verte, por outro lado, há que explicitar por que razão se opera aquele salto do plano ontológico para o plano axiológico⁵⁵.

⁵² Cf. Castanheira NEVES, Pessoa, Direito e Responsabilidade, p. 34.

⁵³ Cf., a este propósito, a interessante perspectiva comunicada por Bento XVI ao Parlamento Federal da Alemanha na sua viagem apostólica, a 22 de setembro de 2011

⁵⁴ Esta imprestabilidade redundaria, afinal, na insusceptibilidade de com base nele se criarem vínculos normativos, quaisquer que eles sejam.

⁵⁵ Não queremos, com isto, inculcar no leitor a ideia da autoria do salto axiológico de que se trata. Tempestivamente, tivemos oportunidade de, através da exigível citação, o atribuímos ao seu verdadeiro autor: Castanheira Neves.

Sobre esse salto do patamar ontológico para o plano axiológico importa tecer algumas considerações, a refratarmos em dois níveis: no exercício da liberdade e na fundamentação da juridicidade.

Dir-se-á, no que ao segundo denominador diz respeito, que o encontro de subjetividades não garante a validade de uma ordem normativa. Só o olhar axiologicamente conformado, pelo reconhecimento do outro como pessoa, portadora de uma ineliminável dignidade ética, a reivindicar o meu análogo estatuto, garante que se alcance tal desiderato. Mais se diga que, a ser assim, a liberdade de que se fala – como valiosa do ponto de vista jurídico – não pode ser a mera autodeterminação ontologicamente predicada, mas há de ser axiologicamente informada. Donde resulta uma matização própria que, em texto, caracterizaremos.

Se partimos exclusivamente do dado onto-antropológico não conseguimos, concludentemente, aceder ao agir ético porque ele, colocando-se no plano do dever ser, não pode ser colhido dedutivamente – à semelhança do que pretendia uma visão dedutiva jusnaturalista – do ser. O que este nos transmite é a impertinência racionalizante dos extremos: a solidão atomizante do individualismo e a sufocante hipertrofia socializante. Mas, se o plano do ser nos permite, logo, afastar determinadas mundividências jus-culturais, ela não logra, só por si, fundar a normatividade. A necessidade do outro não é impreterivelmente, como nos mostrou Castanheira Neves, a necessidade do agir ético, podendo cumprir-se na indiferença da sobreposição adjacente de existências que não se abrem ao outro nem atuam no âmago da sua dignidade humana.

Do plano filosófico e metodológico, a conclusão não será diversa. A fundamentação do jurídico no ontológico, do dever ser no ser não pode ser aceite na medida em que o direito não pode cumprir a sua função de validade “com o seu simples ser na realidade e com a realidade, mas mediante o transcender a realidade pressuposta numa intenção de validade que visa justamente realizar”⁵⁶.

Dá-se o salto do plano ontológico para o plano axiológico para, fundamentamente, sustentar que uma validade que o queira ser não pode extrair do puro encontro de subjetividades o critério da sua fundamentação, pois que nada garante que o outro seja visto na sua total dignidade⁵⁷. De outro modo, dir-se-á, acompanhando o ensinamento dos mestres em que nos estribamos e que oportunamente citámos, que, ao situarmo-nos nessa dimensão do ser, não conseguiremos nunca determinar qual das posições subjetivas – eventualmente em conflito – deve prevalecer, posto que só na pressuposição de uma intencionalidade, colhida numa ordem valorativa também pressuposta,

⁵⁶ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, p. 668.

Aliás, se não resistíssemos à tentação de deduzir a validade a partir da realidade do ser, poderíamos ser condenados a um modelo de juridicidade aparentado com o dedutivismo criticado em outros tempos e ficar enredados num conceptualismo que olvida o caso concreto.

Note-se, porém, que ao lançarmos mão do contributo fenomenológico, acabamos por negar, de todo o modo, uma mera referência cognitiva ao real e o formalismo – cf. *Questão de facto*, 696.

Cf. SIMONE GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 5 s., para a caracterização da tradição jusnaturalista, quer de base onto-teológica, quer de base obsessivamente individualista, mostrando-se, assim, a distância que dessa impositação do jurídico nos separa.

⁵⁷ Por isso, considera-se também inconcludente a perspetiva filosófica de responsabilidade proposta por HABERMAS, decorrente da edificação das condições transcendentais da comunicação. Cf. HABERMAS, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, 2003 (original: *Faktizität und Geltung. Beitrag zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechststaats*, 4ª ed., Frankfurt, Ed. Suhrkamp, 1994).

Não é a definição das regras que viabilizem a situação discursiva ideal que logram a obtenção do reconhecimento ético entre iguais, no qual se pudesse fundar a responsabilidade.

é possível salvaguardar uma em detrimento da outra, sem resvalar no puro arbítrio. O fundamento da normatividade não pode deixar de ser colhido na ética, exceto se – posição que liminarmente rejeitamos – entendermos ver na juridicidade uma mera forma ordenadora de condutas.

Não é o encontro do *Eu* com o *Tu* que permite fundar o dever ser. Mas já o será o encontro do *Eu* que olha para o *Tu* no sentido do respeito, o encontro do *Eu* que, reconhecendo-se como pessoa, dotada de uma ineliminável dignidade ética, vê no *Tu* um semelhante igual a si⁵⁸.

3.3.3. A inexistência de um direito à autodeterminação e à identidade do género

Se o direito não pode prescindir do salto para o patamar axiológico, também é certo que não pode ignorar o dado ontológico e antropológico. Assim sendo, não será possível configurar um direito de personalidade que incida sobre uma ficção e não sobre um modo de ser pessoa.

Por outro lado, se a configuração de um direito à autodeterminação e à identidade do género conduz à destruição da pessoa, ao fazer avultar o indivíduo e ao endeusá-lo como escravo dos seus próprios desejos, no mais radical individualismo niilista, que recusa toda a pressuposição axiológica, então haveremos de concluir que aquele é um não direito, por perder o sustentáculo ético-axiológico que se reclama para o reconhecimento ou a atribuição de cada direito.

De uma forma mais direta, podemos afirmar que, sendo o fundamento último dos direitos de personalidade a pessoa e a sua ineliminável dignidade, então, é impensável a configuração de um especial direito de personalidade que contrarie o próprio fundamento em que se deveria radicar.

Pelo que uma conclusão simples se extrai: o suposto direito à autodeterminação e à identidade do género que se invoca (apenas alicerçado num querer arbitrário) inexistente. E, inexistindo, a norma que o prevê não pode ser senão compreendida como uma norma injusta, a determinar a possibilidade de desaplicação por parte do jurista que seja chamado a mobilizá-la. O que se deve tutelar é, sim, o direito à identidade sexual, o que significa que, em rigor, ainda que em casos muito particulares se possa ter de atender às situações de disfuncionalidade que possam ocorrer, perante um requerimento de mudança da menção de sexo, a entidade competente pode rejeitar a pretensão⁵⁹.

⁵⁸ Nesse reconhecimento do *tu* interpõe-se a comunidade ética onde ambos se inserem e por meio da qual se responsabilizam eticamente com os outros. Cf., sobre o ponto, CASTANHEIRA NEVES, O direito interrogado pelo tempo presente na perspetiva do futuro, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXXIII, Coimbra, 2007, pp. 52 s. É que o reconhecimento da personalidade do outro implica um referente de sentido – e, portanto, o salto do plano ontológico para o plano axiológico – através do qual a presença dele como um igual se torna visível. A experiência solipsista – a mera consciência do *eu* – não logra garantir tal desiderato, pelas idiossincrácias e por vezes perturbantes perceções individuais. Daí a referência ao terceiro de que nos fala Castanheira Neves.

⁵⁹ Embora num momento temporal anterior à aprovação da Lei n.º38/2018, cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, I, 285, considerando que, “na

Na verdade, não é possível considerar o direito à identidade de género enquanto dimensão do direito geral de personalidade, já que a ideia de género contraria a pessoalidade que funda o reconhecimento daquele direito, abrindo as portas à individualidade. E também a invocação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade falece⁶⁰. Em causa está, agora, nas palavras de Capelo de Sousa a “garantia de meios e condições existenciais e convivenciais, tanto naturais como sociais, suficientes para todo o homem se poder desenvolver”⁶¹, ou, de acordo com o verbo de Pais de Vasconcelos, o poder que cada ser humano tem de se autoconstituir⁶². Simplesmente, como adverte Pais de Vasconcelos, “quem quiser desenvolver-se e realizar-se com desrespeito pelo outro, seu semelhante, pelos outros que são a sua comunidade, e pelas leis morais (...) será um bruto”⁶³. Ora, no que tange ao suposto direito à autodeterminação da identidade do género, não só não está em causa a tutela da liberdade de desenvolvimento segundo um projeto pessoal, ligado a uma determinada capacidade inerente à pessoa, sob pena de termos, igualmente, de admitir, como já vem sendo reivindicado em algumas latitudes, casos de transespecismo, como se contrariaria, com o seu reconhecimento, a qualidade de ser pessoa, razão pela qual ele não se integra no conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Se do ponto de vista fundacional (ético-axiológico) estamos diante de um não direito, do ponto de vista prático-normativo, não são poucos os argumentos que podem ser avançados contra a modelação concreta oferecida pela Lei n.º38/2018, de 7 de Agosto.

Desde logo, não podemos esquecer que o suposto direito não se integra nem no conteúdo do direito à identidade, por não estar em causa um aspeto constitutivo da pessoa, mas uma visão que ela tem sobre si mesma, nem no conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por não corresponder a definição do género ao desenvolvimento de uma qualidade inerente ao modo de ser do sujeito⁶⁴.

Por outro lado, a lei pode ser fonte de graves problemas. Embora por referência a um quadro normativo diverso, Menezes Cordeiro questionava como

ausência de razões contrárias atendíveis, o direito à identidade pessoa parece postular que se possa mudar de nome, não sendo admissível que uma pessoa com um determinado sexo tenha de se identificar civilmente com um nome do sexo oposto”. Ora, o que se acolhe aqui é a possibilidade de mudança de nome, em virtude de uma mudança de sexo, mas não a mudança de nome em função de uma determinação arbitrária de um género que pode não corresponder ao sexo anatómico e cromossómico.

⁶⁰ Como vimos, na Alemanha, a invocação dos dois direitos acaba por, do ponto de vista constitucional, ser idêntica.

⁶¹ CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, pp. 352 s.

⁶² PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, pp. 74 s.

Cf., igualmente, PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, *Studia Iuridica*, Coimbra, 1999, pp. 148 s.

⁶³ PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 75.

⁶⁴ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, p. 424, considerando que “o direito tem de ser autêntico: não pode proclamar o que, de facto, não seja ou não seja totalmente. Por fim: o direito é uma ordem social; não é um tratamento psicológico ou psiquiátrico”.

resolver, no que respeita à tutela dos terceiros, o caso em que uma pessoa casasse com outra, julgando que ela tinha um sexo correspondente ao nome que apresentava, constatando-se, depois, que, tendo sido ou não submetida a uma intervenção cirúrgica, cromossomáticamente o sexo era outro⁶⁵.

O exemplo avançado mostra que a identidade sexual não releva do puro ponto de vista da intimidade do sujeito, interessando externamente. E a asserção é válida, também, para o plano patrimonial. O dado compreende-se se atentarmos que a identidade sexual (dita de género) anda associada a um determinado nome que se assume masculino ou feminino. Por isso, a alteração da menção de sexo no registo civil coenvolve, igualmente, a alteração do nome pelo qual a pessoa é identificada. Donde, apesar de não se alterarem os direitos constituídos e as obrigações assumidas antes da modificação, podem surgir dificuldades, no futuro, não obstante a manutenção dos números de identificação civil e fiscal, na efetivação da responsabilidade dos devedores. Percebe-se, por isso, que Menezes Cordeiro, em crítica à solução do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, sustente que ela não tem credibilidade, por o sexo da pessoa não pertencer exclusivamente à sua esfera privada, mas também à esfera pública, social e profissional⁶⁶. Pense-se, ainda, na importância da determinação do sexo para a inserção de um sujeito numa determinada categoria de uma prova desportiva ou para a identificação de um determinado sujeito no quadro de um processo de responsabilidade.

Acresce que, porque homens e mulheres são, apesar da igual dignidade, diferentes, há determinadas situações onde a segregação dos sexos deve ser mantida. Pense-se, por exemplo, nas hipóteses de utilização de sanitários ou balneários públicos ou abertos ao público. Dever-se-á, em nome de uma ficção, sujeitar uma pessoa do sexo feminino a ver o seu espaço invadido por um sujeito de sexo oposto, apenas e só porque este resolver autodeterminar-se como uma mulher? Não estaremos com isto a violar di-

⁶⁵ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, p. 351; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, p. 424, sublinhando que "não faria sentido substituir uma (porventura) hipocrisia por uma (clara) hipocrisia de sinal contrário. A hipocrisia de princípio seria a de admitir, sem distinções, que existe apenas o sexo cromossomático, condicionante dos restantes. A nova hipocrisia seria a de publicitar, sem mais, como sendo de determinado sexo seres que, na realidade, apresentam um balanço controverso. No limite, haveria erros clamorosos, por que o Estado seria responsável: por exemplo: *quid iuris* quanto à pessoa que, baseada nas aparências e, sobretudo, no registo civil, contraísse casamento com um transexual?"

⁶⁶ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, p. 351; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, pp. 423 s, considerando que "antes de contratar um(a) educador(a) para a escola de crianças, um(a) empregado(a) doméstico(a) ou um(a) apresentador(a) de um produto ou, até, antes de iniciar uma relação de namoro, cada um tem o direito (porventura: o dever) de conhecer o sexo da contraparte. Dizer que o sexo não interessa a não ser no foro íntimo seria negar a evidência e pretender retirar, à espécie humana, uma das suas mais impressionantes riquezas".

reitos de terceiros e a sujeitá-los a situações lesivas, sem que para tanto haja fundamento bastante?

4. Conclusão

Não só não é possível considerar o direito à identidade de género enquanto dimensão do direito geral de personalidade, já que a ideia de género contraria a pessoalidade que funda o reconhecimento daquele direito, abrindo as portas à individualidade, como a invocação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade falece.

A dignidade axiologicamente compreendida torna-se fundamental para que o homem não faça do seu desenvolvimento um espaço de degradação e de despersonalização. Daí que seja também à luz destes limites axiológicos que devem ser compreendidos os limites ontológicos do direito. Significam estes que o direito não pode ser invocado “para além das capacidades dinâmicas de cada personalidade individual, nem quando o que está em causa não é o desenvolvimento de uma potencialidade inerente (de forma não ficcional) ao próprio sujeito.

DIVERSIDADE DE SEXOS NAS RELAÇÕES JURÍDICO-FAMILIARES

FAMILY LEGAL RELATIONSHIPS AND SEX DIVERSENESS

Rossana Martingo Cruz *
(EDUM E JUSGOV)

RESUMO: A perceção das relações jurídico-familiares e daqueles que podem ser seus integrantes foi evoluindo ao longo dos anos. Algumas alterações neste contexto ocorreram após um longo caminho de discussão doutrinal e jurisprudencial, bem como de paulatina aquiescência social. Nesta breve comunicação apresentaremos marcos de evolução legal em algumas relações jurídico-familiares e a atual conceção maioritariamente inclusiva, independentemente do sexo dos seus destinatários.

PALAVRAS-CHAVE: relações jurídico-familiares; adoção; casamento; igualdade em razão do sexo; união de facto.

ABSTRACT: *The perception of legal-family relationships and of those who can be its members has evolved over the years. Some changes in this context occurred after a long path of doctrinal and jurisprudential discussion, and also after a gradual social acceptance. In this brief communication we will address some milestones of the legal evolution in legal-family relations, and the Portuguese mostly inclusive current conception in this regard.*

KEYWORDS: *Family-legal relationships; adoption; marriage; gender equality; cohabitation.*

* Professora equiparada a Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho e Professora Adjunta convidada na ESG/IPCA. Membro integrado do JusGov – Centro de Investigação para a Justiça e Governação; Escola de Direito da Universidade do Minho, Campus de Gualtar, 4710-057, Braga, (rmartingocruz@direito.uminho.pt)

1. Nota prévia¹

Aproveitamos o ensejo da iniciativa deste seminário para analisar a evolução que tem ocorrido no âmbito das relações jurídico-familiares, no que diz respeito ao sexo dos seus integrantes².

No Código Civil as relações jurídico-familiares estão consagradas no artigo 1576.º, sendo estas que o legislador ordinário parece considerar como familiares: o casamento, a adoção, o parentesco e a afinidade. Todavia, existem outras ligações que, embora não constem naquele artigo, podem ser igualmente consideradas como familiares. Durante algum tempo, estas ligações vinham sendo denominadas de relações *parafamiliares*. A união de facto e o apadrinhamento civil são exemplos de figuras jurídicas que eram apelidadas de relações *parafamiliares*. Hoje entendemos que ambas são consideradas como relações familiares³.

Nesta comunicação iremos atentar, mais concretamente, na evolução que ocorreu no seio do casamento, da adoção, do laço filial decorrente das técnicas de procriação medicamente assistida, da união de facto e do apadrinhamento civil.

Vejam, sumariamente, os avanços legislativos em cada uma destas relações familiares.

¹ Este texto corresponde, com parcas alterações, à nossa intervenção no Seminário “Vulnerabilidade e Direitos: Género e Diversidade” que teve lugar no dia 30 de outubro de 2020, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Como tal, a forma adotada no presente texto assume, fundamentalmente, um caráter de discurso oral (sem prejuízo de algumas remissões e completudes feitas em notas de rodapé que, por uma questão de precisão científica, sentimos necessidade de incluir). Todavia, já fomos trabalhando estes temas – ainda que separadamente – noutros estudos publicados, tais como em: ROSSANA MARTINGO CRUZ, *União de Facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 181-194; 368-408; e CRISTINA DIAS e ROSSANA MARTINGO CRUZ, Algumas notas em torno do casamento no ordenamento jurídico português – diversidade religiosa, igualdade, diversidade cultural, étnica e idade núbil, *Revista de Direito de Família e das Sucessões* (RDFAS), São Paulo, Associação de Direito da Família e das Sucessões, jan/mar 2019, Vol. 19, pp. 156-182; textos para onde remetemos para um estudo científico mais completo e aprofundado.

² Usaremos a expressão que consta nos diferentes diplomas nacionais em análise, que aludem ao ‘sexo’.

³ Como ilustrativo desta evolução, veja-se que, na edição de 2008, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira consideravam a união de facto como relação *parafamiliar* - cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, volume I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 93 e ss. Na edição posterior (de 2016), a união de facto e o apadrinhamento civil já são enquadradas como relações familiares *Idem*, *Curso de Direito da Família*, volume I, 5.ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 55 e 110, respetivamente. Exemplos apontados como relações *parafamiliares* serão a economia comum; a relação entre esposados (relação que se estabelece entre aqueles que estão para casar); a relação entre tutor e tutelado (relação que se estabelece entre tutor e tutelado quando o tutor não seja da família do tutelado), a relação entre ex-cônjuges, entre outras. *Idem*, pp. 112 e ss. Em 2020 Guilherme de Oliveira admite, igualmente, que a união de facto e o apadrinhamento possam ser consideradas relações familiares. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 37-38.

2. Casamento

Começamos por uma questão já mais antiga que se refere ao casamento no ordenamento jurídico português e a sua evolução no âmbito da igualdade e não discriminação em razão do sexo – em particular, a revisão constitucional de 2004 e a alteração da noção de casamento com a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio.

A Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho, acrescentou a “orientação sexual” às circunstâncias referidas n.º 2 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, contemplando a proibição de alguém ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da orientação sexual. Em consequência, esta introdução levantou a dúvida sobre se a heterossexualidade deveria deixar de ser condição de existência do casamento (como era, na alínea e) do artigo 1628.º, na versão do então Código Civil), por - assim - se questionar se se passaria a considerar inconstitucional vedar o acesso a esse direito a pessoas do mesmo sexo.

No Acórdão n.º 359/2009 do Tribunal Constitucional, de 9 de julho, o tribunal considerou não haver inconstitucionalidade do artigo 1577.º do Código Civil ao definir o casamento como um contrato entre pessoas de sexo diferente. Após análise de outros ordenamentos jurídicos sobre a matéria, bem como da evolução da legislação em Portugal, concluiu, por maioria (com dois votos de vencido), que a Constituição da República Portuguesa não impunha a conformação do casamento como um contrato entre pessoas do mesmo sexo, não tendo seguido os argumentos alegados quanto à invocada violação do direito a contrair casamento, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, além da violação da garantia de constituição e tutela da família. No entanto, o tribunal esclareceu que a questão em análise era a de saber se era determinada na Constituição a figura do casamento de forma a abranger as uniões entre pessoas do mesmo sexo e não, propriamente, a de saber esta admitia o estabelecimento de um regime de casamento entre pessoas do mesmo sexo: “Importa fazer notar, na sequência do que já se disse, que a questão que, no âmbito do presente recurso, se coloca ao Tribunal não reside em saber se a Constituição permite o estabelecimento de um regime de casamento homossexual. A questão é mais acutilante, pois consiste em saber se é constitucionalmente imposta, como pretendem as recorrentes, a configuração do casamento de forma a abranger uniões entre pessoas do mesmo sexo.”

A alteração veio a ocorrer com a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que, alterando o artigo 1577.º do Código Civil, passou a definir o casamento como o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida. Nessa medida, foram alteradas outras disposições legais (os artigos 1591.º e 1690.º do Código Civil) e foi

revogada a alínea e) do artigo 1628.º, também do Código Civil, que considerava inexistentes os casamentos celebrados entre pessoas do mesmo sexo.

Todavia, a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, vedava a possibilidade de adoção por casados do mesmo sexo ao consagrar, no então n.º 1 do artigo 3.º, que: "1 - As alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. 2 - Nenhuma disposição legal em matéria de adoção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior."

Só mais tarde, com a Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, tal veio a ser alterado, passando a redação a ser: "1 - O regime introduzido pela presente lei implica a admissibilidade legal de adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. 2 - Nenhuma disposição legal ou regulamentar em matéria de adoção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior."

Além da alteração no domínio da adoção, este diploma de 2016 também provocou alterações no âmbito do apadrinhamento civil, como veremos de seguida.

3. Adoção e apadrinhamento civil

Conforme já aludido, desde a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, passou a ser admitido o casamento entre duas pessoas, independentemente do sexo. Porém, a equiparação entre pessoas casadas - do mesmo sexo e de sexo diferente - não foi total. Pois, até 2016, o artigo 3.º daquele diploma de 2010 não permitia a adoção por casais homossexuais (aliás, fossem eles casado ou unidos de facto – cfr. também o artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, na redação anterior à Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro).

O caminho para a adoção entre pessoas do mesmo sexo teve alguns episódios dignos de breve nota. Não podemos, por isso, deixar de referir – ainda que sumariamente – o trajeto traçado em 2015, após o projeto frustrado da chamada "coadoção".

A Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro, veio permitir que, se verificadas determinadas circunstâncias, as responsabilidades parentais pudessem ser atribuídas ao cônjuge ou unido de facto de um dos progenitores ou a qualquer familiar (*vide* artigos 1903.º e 1904.º-A do Código Civil). Esta Lei surge antes da possibilidade da adoção por pessoas do mesmo sexo (Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro) e algum tempo após ter sido chumbada a iniciativa da "coadoção" (Projeto de Lei n.º 278/XII). No fundo, parece ter permitido a entrada 'pela janela' a uma realidade que, na altura, tinha a 'porta fechada'.

O mote da iniciativa presente no Projeto da "coadoção" era o de dar uma veste legal a situações que já se verificavam na realidade. Nos termos da exposição de motivos daquele Projeto de Lei: "Está em causa evitar, por exemplo, situações conhecidas e dolorosas de descrever pela sua crueldade"

de: basta imaginar uma criança, educada por dois homens casados, até aos 10 anos de idade, morrendo nessa data o pai biológico num acidente. Aquela criança, que não distingue a nenhum nível qualquer dos pais, não tem, no entanto, o mais ténue vínculo jurídico com o, para si, pai sobrevivente.”

Na época, a “coadoção” não seguiu adiante mas, em 2015, o legislador - com esta Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro - acabou por acautelar a situação concreta em causa (dando-lhe outra veste jurídica e fugindo do vocábulo “adoção”). Pouco depois, em 2016, surge a Lei que vem permitir a adoção conjunta por casais do mesmo sexo⁴.

A Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, passou a prever o recurso à adoção por casados ou unidos de facto, independentemente do sexo. No caso da união de facto importa atentar à redação dada, por este diploma de 2016, ao artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio.

Também na figura do apadrinhamento civil ocorreram modificações na senda da Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro. Nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, “[o] apadrinhamento civil é uma relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil.” Ou seja, a figura do apadrinhamento civil possibilita que crianças vivam num ambiente familiar em que os padrinhos assumem, em regra, o exercício das responsabilidades parentais numa vivência de afetividade e cuidado, sem que tal implique um corte (jurídico e de facto) com os pais biológicos.

O Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro, procedeu à regulamentação do regime jurídico do apadrinhamento civil e o artigo 3.º desse diploma determina os fatores de habilitação dos padrinhos (designadamente: “a) Personalidade, maturidade, capacidade afectiva e estabilidade emocional; b) Capacidades educativas e relacionais para responder às necessidades específicas da criança ou do jovem e para promover o seu desenvolvimento integral; c) Condições de higiene e de habitação; d) Situação económica, profissional e familiar;” etc.) A versão originária deste Decreto-Lei de 2010, no n.º 4 do artigo 3.º, determinava que “4 - Para efeitos da ponderação a que se refere o n.º 1, é, ainda, aplicável à habilitação dos padrinhos, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 3.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Março, e no artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio”, ou seja, a limitação a que já aludimos sobre a adoção por casais do mesmo sexo também influía na habilitação dos padrinhos. Com a Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, este n.º 4 foi revogado.

⁴ Sem prejuízo, a Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro, mantém a sua pertinência sendo aplicável a uma miríade de situações que vão muito para além da acima enunciada a título exemplificativo.

4. União de Facto

Tal como já analisado, antes da alteração legislativa dada pela Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não era admitido entre nós. Todavia, já existia alguma esfera de proteção a casais do mesmo sexo desde 2001, através do diploma legal da união de facto. Desde a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, que a lei protege a união de facto independentemente do sexo dos seus membros (n.º 2 do art. 1.º do referido diploma). Mas nem sempre foi assim.

O primeiro diploma que regulou a união de facto entre nós, a Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, não reconhecia as uniões de facto homossexuais⁵. O n.º 1 do artigo 1.º daquela lei, estabelecia que "A presente lei regula a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivem em união de facto há mais de dois anos"⁶.

Só com a entrada em vigor da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, é que se passam a reconhecer e proteger também as uniões entre pessoas do mesmo sexo ("A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos." – n.º 1 do artigo 1.º, na sua versão originária⁷)

Nem todos os ordenamentos têm a mesma postura face às uniões de facto homossexuais. Aliás, ocorrem diferenças dentro da Europa.⁸ Por exemplo, em França também não se distingue entre o *Pacte Civil de Solidarité* (que será o correspondente a uma união civil registada) hetero ou homossexual⁹. Todavia, situação distinta ocorria na Alemanha. Pois, a *Eingetragene*

⁵ Sem prejuízo de já existir, por exemplo, a Resolução do Parlamento Europeu aprovada em 8 de fevereiro de 1994, que incitava os Estados Membros a suprimir o tratamento desigual face aos homens e mulheres homossexuais. No ensejo dos diplomas internacionais contra a discriminação sexual, vide, por exemplo, TERESA COELHO MOREIRA, *Igualdade e não discriminação*, Coimbra, Almedina, 2013, *passim*. Ainda, na senda dos textos europeus, cfr. CRISTINA DIAS, O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!)), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 369 e ss.

⁶ Curiosamente, no diploma 1999 e na versão inicial do diploma de 2001, não havia qualquer aproximação do que se entenderia por "união de facto". Tal só veio a ser corrigido em 2010 com a referência à vivência em condições análogas às dos cônjuges (alteração dada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, ao n.º 2 do artigo 1.º).

⁷ Preceito alterado em 2010 (Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto), mantendo-se, contudo, a proteção inclusiva da versão de 2001.

⁸ Hoje não podemos dizer que a lei já não quer saber dos concubinos (expressão que, outrora, se atribuiu a Napoleão). As formas de proteger ou legalizar estas uniões são disformes nos diferentes países, mas a maioria tenta conferir alguma proteção a estas uniões à margem do casamento. Neste sentido, SALVATORE PATTI, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 114.

Sobre o enquadramento das relações homossexuais no âmbito do TEDH, cfr. 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, Coimbra Editora, 2001, pp. 82 e ss.

⁹ "Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune." artigo 515-1 do Código Civil francês.

Lebenspartnerschaft dirigia-se, unicamente, a uniões entre pessoas do mesmo sexo. Na verdade, esta foi a forma que – durante muito tempo – o ordenamento jurídico alemão encontrou de se *desviar* do casamento homossexual (atualmente já aceite – mas só desde 2017), criando um regime similar mas com terminologia diversa. Não sendo, no entanto, o único ordenamento que optou por essa via. Note-se que só em 2016 é que em Itália surge a regulamentação da união civil entre pessoas do mesmo sexo e que disciplina a sua convivência (*Legge 20 maggio 2016, n.º 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*). O ordenamento italiano não admite o casamento de pessoas do mesmo sexo. Dessa forma, este diploma – que regula e protege a união de facto homossexual – é uma espécie de sucedâneo legal, uma vez que consagra uma proteção idêntica à conferida pelo instituto do casamento, esquivando-se da possibilidade de permitir o casamento. Aliás, nestes ordenamentos que consagram um regime de união homossexual protegida, o ímpeto terá sido o de responder às pressões sociais e políticas decorrentes de o Estado não conferir proteção legal à convivência em condições análogas às do casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁰. Por curiosidade, podemos mencionar que nos antípodas do regime italiano (que só legislou esta matéria em 2016), encontra-se o dinamarquês, tendo sido o primeiro país a consagrar uma união registada para os casais homossexuais, em 1988¹¹.

Durante vários anos a união de facto era o único acolhimento jurídico para a convivência análoga à do casamento por pessoas do mesmo sexo em Portugal, sendo um importante marco legal na efetivação dos direitos dos homossexuais.

Na verdade, o nosso país tem feito uma paulatina caminhada no que concerne aos direitos dos casais homossexuais no entorno do Direito da Família. É importante considerar que a união de facto independentemente do sexo dos membros, em 2001, contribuiu para uma concepção de normalização na sociedade face a estas uniões, o que abriu caminho para o casamento homossexual em 2010.

O nosso sistema acolhe a percepção que a escolha entre casamento e união de facto deve ser inteiramente livre e não a única alternativa legal para alguns casais (como sucede noutros sistemas que acabam por perpetuar, deste modo, a discriminação).

Nessa medida, enalteçemos a solução portuguesa nesta questão. O legislador acabou por apelar à função pedagógica da lei quer aquando o alargamento do regime das uniões de facto aos casais homossexuais (em 2001), quer quando veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (em 2010).

¹⁰ Alertando para esta situação, MILTON C. REGAN JR., *Calibrated commitment: the legal treatment of marriage and cohabitation*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 76, n.º3, 2001, p. 1464.

¹¹ “Le 26 mai 1988, le Parlement danois votait la loi concernant le partenariat enregistré, considérée comme la première législation au monde – du moins à notre époque – qui donnait aux couples homosexuels l’opportunité de tirer profit des mêmes avantages juridiques que les couples hétérosexuels.” JENS DINESEN, *L’initiative scandinave: le partenariat enregistré, Les Concubinages: Approche socio-juridique*, Tome I, Paris, Ed. Centre National de la Recherche Scientifique, Centre de droit de la famille, 1986, p. 419.

Porém, como sabemos, a equiparação não foi total. De acordo com o exposto supra, até 2016, o artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, não permitia a adoção conjunta entre unidos de facto homossexuais (criando aqui uma diferença entre unidos de facto heterossexuais e homossexuais, à semelhança do que veio depois a suceder no casamento, nesta matéria da adoção). Como já aludido, a Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, veio acabar com essa impossibilidade prevendo o recurso à adoção por casados ou unidos de facto, independentemente do sexo.

5. Procriação Medicamente Assistida

Por fim, passamos agora à questão no entorno da Procriação Medicamente Assistida (doravante "PMA").

O direito a constituir família - direito fundamental previsto no n.º 1 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa - implica não só a possibilidade de estabelecer uma vida em comum, mas também um direito a estabelecer laços de parentesco. Desse modo, haverá também um direito a concretizar um projeto parental (seja através da procriação, seja através da adoção)¹². Por vezes, a procriação só será atingível através de práticas médicas: - a procriação medicamente assistida.

O recurso à procriação medicamente assistida levanta questões de índole médica, jurídica e ética. Como tal, o legislador português decidiu atribuir - pelo menos à primeira vista - um cunho de subsidiariedade à procriação medicamente assistida e não um carácter alternativo (n.º 1 do artigo 4.º da Lei da PMA)¹³. A utilização da PMA só podia verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doença (n.º 2 do mesmo artigo 4.º). Todavia, a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, veio permitir que todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade, pudessem recorrer a estas técnicas (n.º 3 do artigo 4.º da Lei da PMA)¹⁴. Ou seja, com esta possibilidade há um breve desvio à subsidiariedade com o alcance que anteriormente lhe era dado.

¹² Porém, este direito a constituir família não pode ser encarado de forma demasiado ampla, sob pena de suscitar dificuldades de harmonização com as regras de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida e da adoção. A este respeito, cfr. J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 567.

¹³ "O regime da subsidiariedade fundamenta-se, por um lado, no princípio da não instrumentalização do ser humano e dos seus órgãos reprodutivos, e, por outro, no princípio da precaução, perante a taxa de mortalidade infantil e de nascimentos prematuros verificados em crianças fruto do recurso a estas técnicas e o risco de a utilização das técnicas de PMA, com o objectivo de reduzir a incidência de doenças genéticas, levar a aplicações impróprias, como seja a selecção genética, suscitando complexos problemas ético-sociais." MARTA COSTA e PAULA MARTINHO SILVA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 21.

¹⁴ Sobre a subsidiariedade antes da alteração de 2016: "Nesta perspectiva, o legislador não deixou de privilegiar a correspondência entre a progenitura social e a progenitura biológi-

Hoje, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 6.º daquela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, podem recorrer à PMA: os casais de sexo diferente ou casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges; e todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. Esta foi umas das significativas alterações feitas pela mão da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho. Até à entrada em vigor desta “Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.” (artigo 6.º na versão originária da Lei da PMA). Só casais de sexo diferente (casados ou unidos de facto) podiam aceder a estas técnicas. Ou seja, o legislador baseava-se na biparentalidade biológica para justificar a restrição outrora existente¹⁵.

Note-se que o instituto da adoção já vinha permitindo a adoção singular e alguns autores invocavam este facto como fator de incongruência face à ‘biparentalidade’ exigida no entorno da PMA. Todavia, alguma doutrina foi rejeitando estas comparações, entendendo que “[i]sto é, dado que a adoção não é tanto um instituto concebido para encontrar um filho para uma família, mas sobretudo para dar uma família ao adoptando, de acordo com o seu superior interesse, permanecerá como uma solução para um problema verdadeiramente existente, pois a criança já vive, reclamando o amor de uma família. Diversamente, em caso de recurso a técnicas de PMA, a criança ainda não foi concebida, pelo que o legislador se encontra em posição de determinar o ideal

ca, apenas admitindo a procriação heteróloga nos casos excepcionais em que não seja possível superar uma situação de infertilidade sem o recurso a um terceiro dador, encontrando-se esses casos excepcionais suficientemente justificados pela superioridade do interesse em ter filhos protegido pelos direitos constitucionais ao desenvolvimento da personalidade e à constituição de família.” JOÃO CURA MARIANO, O Direito de Família na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português – Uma breve crónica, *Julgar*, n.º 21, 2013, p. 42

¹⁵ Carlos Pamplona Corte-Real a este respeito concluía pela “incompletude e a infelicidade jurídica” da solução legal, criticando “a notória dificuldade da nossa lei em superar o preconceito biologista, ou seja, a ideia perfeitamente ultrapassada de uma complementaridade heterossexual para um adequado exercício da função parental”. CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, Relance crítico sobre o Direito da Família português, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 129.

Ainda a propósito da biparentalidade/monoparentalidade, é inegável a evolução que estas realidades têm vindo a sofrer, essencialmente no que concerne à sua aceitação social. “De facto, até à pouco tempo, as famílias monoparentais eram um acidente – resultado de mortes precoces ou das pequenas taxas de divórcio. (...) Ou seja, o aumento da monoparentalidade, fruto das altas taxas de divórcio, terá provavelmente modificado o modo como entendemos o conceito de ‘interessa da criança’, no âmbito da utilização das técnicas de reprodução assistida. E, porventura as consequências vão mais longe. De facto, no momento em que se abandona a imitação da natureza e a biparentalidade tradicional, e entendemos que a monoparentalidade não prejudica a criança, então as sociedades ficam abertas para admitir variações da monoparentalidade.” GUILHERME DE OLIVEIRA, Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do ‘Panjurisme’ iluminista ao ‘fragmentarische charakter’), *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 19, Coimbra, 2013, p. 18.

âmbito de aplicação subjectivo das mesmas, sem as pressões advenientes da existência de uma criança 'orfã' e vulnerável"¹⁶.

Atualmente, a nossa lei permite o recurso a estas técnicas a mulheres sozinhas e casais heterossexuais ou só de mulheres. Poder-se-á pensar na diferença de tratamento que os casais de homens e homens sozinhos têm neste contexto, mas tal deve-se à inevitabilidade da gestação de substituição que uma situação dessas criaria e que o nosso legislador quis evitar. Assim, no que à PMA concerne, a equiparação não é total. O carácter excecional que o nosso legislador quer continuar a imprimir à gestação de substituição assim o exige.

6. Nota Final

Mais do que encetar uma demanda por diplomas nacionais e internacionais que apelam ao tratamento igual e ao fim da discriminação, optámos por demonstrar que o nosso ordenamento foi evoluindo no que respeita à não discriminação em razão do sexo no âmbito das relações jurídico-familiares.

Hoje em dia - no que se refere à liberdade de eleger a via do casamento ou da união de facto - no que aos destinatários concerne, consideramos que o nosso ordenamento é um exemplo a seguir, permitindo uma escolha livre para os casais (se preferem optar pelo casamento ou pela união de facto). Na verdade, esta escolha pode assentar na configuração jurídica de cada uma destas relações familiares e não na limitação dos seus destinatários.

Também na adoção e no apadrinhamento civil não existe embaraço no que concerne à orientação sexual dos candidatos, atendendo à alteração legislativa de 2016.

Por fim, no âmbito da procriação medicamente assistida existiu uma evolução digna de nota, ainda que não se possa falar de uma equiparação total, pelas razões já aduzidas.

O objetivo desta sucinta explanação foi o de evidenciar marcos legislativos na esfera das relações jurídico-familiares e demonstrar a perspectiva atual no Direito da Família. A contínua evolução é inerente a este ramo do Direito que é, por natureza, dinâmico e indissociável dos constantes desenvolvimentos sociais.

¹⁶ MARTA COSTA e PAULA MARTINHO DA SILVA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, p. 32. Para um estudo aprofundado sobre os beneficiários destas práticas, cfr. *Idem*, pp. 25 e ss..

AS IMPLICAÇÕES REGISTRAS

THE PUBLIC REGISTER IMPLICATIONS

Rute Pinheiro*

RESUMO: A evolução do reconhecimento jurídico da identidade de género, no registo civil português. A mudança de sexo e a consequente alteração do nome próprio, no registo de nascimento. O sistema vigente anteriormente à publicação da Lei n.º 7/2011, de 15 de março - a rutura total que a mesma veio consagrar em relação ao direito anterior. A Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto - nova abertura conducente à autodeterminação e expressão da identidade de género. Análise dos diversos *iters* processuais registrais que se sucederam, decorrentes da publicação destes diplomas legais.

PALAVRAS-CHAVE: Reconhecimento jurídico da identidade de género; mudança de sexo; alteração do nome próprio; registo de nascimento; *iters* processuais.

ABSTRACT: *The evolution of the legal recognition of gender identity in the Portuguese Civil Registry. Sex change and the consequential change of the first name in the birth record. The system in place before the publication of the Law n.º 7/2011, 15 March – the rupture it caused with previous legislation. The Law n.º 38/2018, 7 August – the new approach to self determination and expression of gender identity. Analysis of the various registry procedures borne of the publication of this legislation.*

KEYWORDS: *Legal recognition of gender identity; sex Change; first name change; birth record; procedure iters.*

* Conservadora dos Registos na 4ª Conservatória do Registo Civil do Porto, exercendo em regime de exclusividade desde 12 de março de 2015, as funções de Inspectora Extraordinária do Instituto dos Registos e do Notariado (rute.a.pinheiro@irn.mj.pt)

1. Introdução: contextualização da temática no âmbito do registo civil português

O direito à autodeterminação da identidade de género e a sua expressão ou reconhecimento jurídico foi desde sempre um tema que tocou particularmente o registo civil, por ser o órgão da administração pública com a responsabilidade direta de corporizar juridicamente e publicitar uma série de atos e factos transversais a todos os cidadãos ao longo da sua vida, referentes quer a direitos individuais, quer familiares, e também patrimoniais, e que por esse motivo desde sempre manteve um contato muito próximo e direto com os cidadãos.

A sua vertente relacionada com a identificação civil, cujo ponto de partida é sempre o registo de nascimento – emissão do bilhete de identidade e atualmente do cartão do cidadão, determinou necessariamente um especial envolvimento das conservatórias de registo civil e dos serviços de identificação civil com as pessoas que de alguma forma se sentiam estigmatizados pela sua diversidade de género, e que pela ausência de disposições legais que salvaguardassem e reconhecessem de forma expedita o direito à afirmação da sua identidade e expressão de género, as quais era no registo civil que particularmente transmitiam essa discriminação, pela incapacidade de juridicamente conseguirem ultrapassar, modificando o seu registo de nascimento, donde decorria se verem impedidos de obter um documento de identificação condizente com a sua efetiva identidade, e que permanentemente as expunha a situações de vulnerabilidade.

2. Evolução histórica: o processo de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil português anteriormente à publicação da Lei n.º 7/2011, de 15 de março

Fazendo uma breve abordagem histórica da evolução do tratamento registral deste tema, necessariamente se deverá começar por referir que, se a personalidade jurídica das pessoas singulares se adquire no momento do nascimento completo e com vida, tal como resulta do n.º 1, do artigo 66.º do Código Civil português, este só se prova juridicamente a partir do momento em que é inscrito no registo civil.

Por esse motivo, elegeu o legislador, o nascimento, como o primeiro facto que figura como objeto sujeito a registo no [Código do Registo Civil](#), (doravante “CRC”), na alínea a), do n.º 1, do artigo 1.º. Uma norma vincadamente de interesse público, de carácter obrigatório, como de resto a generalidade das normas do registo civil, que pese embora respeitem a grande maioria das vezes a direitos individuais e da família, não deixa a sua regulamentação na disponibilidade dos particulares, revestindo por isso uma natureza imperativa, mas que,

não obstante esse cunho, não deixa também de ter uma função participativa ou integrativa, na medida em que acolhe as declarações de vontade prestadas formalmente perante o oficial ou o conservador de registos e participa com o cidadão na formação dos atos do qual é objeto.

O conteúdo do assento de nascimento é densificado no CRC no artigo 102.º, onde podemos verificar e com relevo para o tema em análise, que os 3 primeiros requisitos especiais que ali encontramos, nos termos das alíneas a) e b), do n.º 1, são desde logo:

- o nome próprio
- os apelidos
- e o sexo do registando

ao que se seguem os demais requisitos especiais e naturalmente também fundamentais – a data e hora do nascimento, a naturalidade, filiação, avoenga, etc., – e que corporizam a identidade e individualidade de todos e cada um dos cidadãos.

Porém, sendo o nascimento um facto sujeito a registo obrigatório, só pode, por um lado, ser invocado depois de registado (artigo 2.º do CRC) e, por outro lado, a prova que do mesmo resulta não pode ser ilidida por qualquer outra, a não ser nas ações de estado e de registo, e a sua impugnação em juízo depende do pedido simultâneo do seu cancelamento ou retificação (artigo 3.º do CRC).

A distinção que na técnica registral se faz entre estes dois tipos de ações ou processos, não está no âmbito desta intervenção, mas introduzo apenas esta questão, e *estritamente no âmbito do tema em análise – a mudança de sexo e conseqüentemente do nome próprio no registo civil*, para explicitar que até à publicação da [Lei n.º 7/2011, de 15 de março](#), os referidos elementos que compunham o registo de nascimento – o nome e o sexo – se fixavam no momento em que o mesmo era declarado.

Quanto ao nome, próprio ou apelidos, a lei permitia e continua a permitir, em determinadas circunstâncias, a sua alteração, por recurso ao processo especial de alteração de nome, cuja decisão é da competência do Conservador da Conservatória do Registos Centrais (n.º 1, do artigo 104.º, e artigos 278.º e ss do CRC), ou através de simples requerimento apresentado pelo interessado, na Conservatória do Registo Civil, nas exceções previstas no n.º 2, do referido artigo 104.º. Em ambas as situações, contudo, nunca perdendo de vista que, relativamente ao nome próprio, o CRC impõe que não suscite dúvidas sobre o sexo do registando - alínea a), do n.º 2, do artigo 103.º.

Já quanto ao sexo, somente por via do recurso a um processo judicial - a já referida ação de estado -, e só obtendo a prolação de sentença favorável, poderia ser a sua menção alterada no assento de nascimento, o que concomitantemente arrastava também consigo a alteração do nome próprio do titular do registo de nascimento.

Estes processos eram consabidamente muito morosos, e motivavam por vezes por parte dos seus requerentes enquanto não eram decididos, ou mesmo que não encetassem a via judicial, pedidos de alteração de nome na conservatória do registo civil, com os elevados custos ao mesmos inerentes

(e eventualmente, também, a possibilidade de insucesso), por forma a que pudessem conformar, ainda que de forma aproximada, o nome próprio, com o género com o qual a pessoa se identificava – estou a pensar por exemplo:

- no vocábulo “Ananias”, admitido na onomástica portuguesa para o género masculino, requerido em sede de processo de alteração de nome, para cidadão registado com a menção de sexo masculino, mas que se identificava com o género feminino, para poder utilizar na sua vida social a abreviatura “Ana”;
- ou então o vocábulo “Gil” (grafado com “G”), que em Portugal é atribuído a registandos do sexo masculino, mas que por ter uma conotação homófona com vocábulo idêntico de uso nos países anglo-saxónicos, para o género feminino – “Jill”, também requerido em sede de processo de alteração de nome para a pessoa que se identificava com o género feminino.

Estas situações sempre foram particularmente sentidas e impactantes nas Conservatórias do Registo Civil, onde os requerentes se dirigiam quer para renovar os seus documentos de identificação, quer para solicitar as referidas alterações de nome próprio, porque a sua aparência física não se conformava com o seu nome civil, constatando-se situações de grande trauma e discriminação, por não estar ao alcance destas pessoas, nessa época, a modificação do seu *status*.

3. A Lei n.º 7/2011, de 15 de março: o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e a rutura total com o anterior sistema

Com a publicação da Lei nº 7/2011, de 15 de Março, que veio criar o ‘Procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil’, a admissibilidade destas alterações passou a ter consagração legal pela via administrativa, operando-se uma rutura total com o sistema anterior, e o abandono definitivo da via jurisdicional, passando a ser possível, com base em simples requerimento apresentado em qualquer Conservatória do Registo Civil, o cidadão conformar a sua identidade jurídica, com a sua efetiva identidade e expressão de género.

3.1. Requisitos

Ainda assim, não obstante, a Lei n.º 7/2011, fez depender a decisão favorável do pedido do preenchimento de alguns requisitos, decorrentes do disposto no seu artigo 2.º, requisitos de capacidade e legitimidade:

1. ser o requerente maior de idade e de nacionalidade portuguesa
2. não se encontrar interdito ou inabilitado por anomalia psíquica
3. demonstrar que lhe tenha sido diagnosticada perturbação de identidade de género

3.2. A prova documental

A demonstração do diagnóstico de perturbação de identidade de género deveria ser efetuada através da apresentação de relatório elaborado por equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica, em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro, subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo – alínea b), do n.º 1, e n.º 2 da Lei n.º 7/2011.

Esta exigência de prova documental motivou alguma perturbação nos primeiros meses de vigência do diploma, atendendo à diversidade de documentos que começaram a ser apresentados como relatórios de diagnóstico nas Conservatórias, e que suscitavam dúvidas aos Srs. Conservadores quanto à prova que deveriam produzir, tendo havido necessidade de o Conselho Consultivo do IRN, em articulação com a Ordem dos Médicos, vir definir o modelo de relatório a ser utilizado, e bem assim a serem elencados pela Ordem dos Médicos, os clínicos habilitados a assinar aqueles relatórios.

Consultar a este propósito:

- o Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado, IP, doravante «"IRN, IP"», de 29 de junho de 2011, no [Processo CC nº 29/2011 SJC-CT](#), cuja deliberação foi homologada por despacho de 4 de julho de 2011, do Exmo. Senhor Presidente do IRN, IP, referente ao modelo de relatório e listagem de clínicos que podiam emitir os relatórios, e
- a [Deliberação do Conselho Técnico do IRN, IP, de 28 de setembro de 2012, no Processo CC nº 69/2011 SJC](#), homologada por despacho de 1 de outubro de 2012, do Exmo. Senhor Presidente do IRN, IP, referente aos relatórios clínicos provenientes do estrangeiro.

3.3. Tramitação e decisão da competência exclusiva do conservador; Reconhecimento das alterações de sexo perante autoridades estrangeiras

O processo foi sempre da competência exclusiva do Conservador, de natureza secreta, o qual, no prazo de oito dias a contar da data da apresentação do pedido, ou da resposta a pedido de aperfeiçoamento, deveria proferir decisão (artigos 1.º e 4.º da Lei n.º 7/2011).

Na sequência dessa decisão, tal como ainda hoje sucede, era averbado ao assento de nascimento do requerente, a alteração do nome próprio e a mudança de sexo (alínea o), número 1, artigo 69.º do CRC), e a requerimento do interessado, de imediato lavrado novo registo de nascimento (n.º 1, artigo 123.º do CRC), naturalmente com a menção do novo nome próprio escolhido, e sexo, salvaguardando assim o legislador a proteção da reserva da vida privada e familiar, e possibilitando aos interessados a ocultação da sua situação anterior.

Foram também previstos averbamentos a lavrar aos assentos de nascimento dos filhos do requerente, ao assento de nascimento do cônjuge e ao assento de casamento do requerente, nos termos do artigo 5.º, da Lei n.º 7/2011, preceito que não foi revogado pela [Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto](#), portanto um regime que se mantém, e que adiante se referirá.

Na mesma linha da proteção da reserva da vida privada, o legislador limitou e ainda limita o acesso à emissão de certidões de cópia integral ou fotocópias referentes a estes assentos, restringindo a legitimidade na sua obtenção ao próprio, aos seus herdeiros, e às autoridades judiciais ou policiais para efeitos de investigação ou instrução criminal (n.º 3, artigo 214.º, do CRC).

Finalmente, a Lei n.º 7/2011, no n.º 2 do seu artigo 6.º, aliás como a Lei atual, reconheceu também as alterações efetuadas por pessoas de nacionalidade portuguesa, que tendo outra nacionalidade, tenham modificado o seu registo do sexo perante as autoridades desse Estado, fazendo-se não obstante depender a produção dos seus efeitos em Portugal e ingresso no registo civil português da revisão e confirmação das correspondentes decisões, conforme o disposto no artigo 980.º do Código de Processo Civil e artigo 7.º, do CRC (a este propósito pode ser consultado o Parecer do Conselho Consultivo do IRN, IP, de 26 de fevereiro de 2015, no [Processo nº 17/CC/2015](#), cuja deliberação foi homologada na mesma data pelo Exmo. Senhor Presidente do IRN, IP).

3.4. Vertente emolumentar

Após a publicação da Lei n.º 7/2011, que entrou em vigor no dia 20 de março de 2011, e por falta de previsão emolumentar, o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil foi gratuito, durante cerca de um ano e meio, até à alteração do Regulamento Emolumentar dos Registos e do Notariado (doravante "RERN"), operada pelo [Decreto-Lei n.º 209/2012, de 19 de setembro](#), passando a ser tributado a partir da publicação desse diploma, nos termos do artigo 18.º, n.º 6.12, no valor de 200€, a partir do dia 1 de outubro de 2012.

4. A Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto: alterações face à Lei n.º 7/2011, de 15 de março.

Chegamos finalmente à publicação da [Lei nº 38/2018, de 7 de agosto](#).

Este diploma altera ligeiramente a designação do processo, que continua a correr os seus termos em qualquer Conservatória do Registo Civil, para 'Procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da consequente alteração de nome próprio'.

Mantém a sua natureza confidencial, pese embora preveja agora que o possa não ser, a pedido da própria pessoa, dos seus herdeiros, ou das autoridades judiciais ou policiais para efeitos de investigação ou instrução criminal, ou mediante decisão judicial (n.º 2 do artigo 6.º).

4.1. Requisitos: alterações face à Lei n.º 7/2011, de 15 de março - a eliminação genérica da prova documental e a possibilidade de o pedido ser efetuado por menores de 18 anos

Em relação ao diploma anterior, registam-se novamente alterações fundamentais e que resultam essencialmente do disposto nos artigos 6.º e 7.º, mantendo-se os requisitos de capacidade e legitimidade, designadamente:

1. ser o requerente maior de idade e de nacionalidade portuguesa
2. não se encontrar interdito ou inabilitado por anomalia psíquica
3. acrescentando agora a lei, cuja identidade de género não corresponda ao sexo atribuído à nascença.

Porém, em primeiro lugar, e certamente a alteração mais disruptiva em relação à Lei n.º 7/2011, deixou de ser necessário por parte dos requerentes a apresentação de prova documental – do referido relatório diagnóstico que comprovasse a perturbação de identidade de género.

Basta agora a simples invocação por parte do requerente, de que a sua identidade de género não corresponde ao sexo atribuído à nascença. Parece-nos que esta declaração deverá ser meramente verbal, com vista à instauração do respetivo procedimento, ou seja, no requerimento que vier a formalizar o pedido bastará que, invocando o disposto nos artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 38/2018, seja solicitada a mudança da menção do sexo e alteração do nome próprio, sem mais qualquer outro tipo de consideração, referência ou fundamentação.

Aliás, o legislador cuidou mesmo de expressamente afastar como requisito para a prolação da decisão do Conservador, nos termos do n.º 2 do artigo 9º, a junção ao procedimento de prova de que a pessoa requerente *"foi submetida a procedimentos médicos, incluindo cirurgia de reatribuição do sexo, esterilização ou terapia hormonal, assim como a tratamentos psicológicos e ou psiquiátricos"*.

Em segundo lugar, mantendo-se a legitimidade para requerer o procedimento, às pessoas de nacionalidade portuguesa, maiores de 18 anos e que não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica, passou a ser possível a concretização do pedido, a pessoas com idade compreendida entre os 16 e os 17 anos, naturalmente através dos seus legais representantes nos termos previstos no Código Civil.

Nestes casos, o legislador impôs (n.º 2 do artigo 7.º):

- Por um lado, ao Conservador, a audiência presencial do menor quanto à conformação da sua vontade com o pedido formulado pelos seus representantes legais; donde decorre que, no âmbito do procedimento, o Conservador deve ouvir presencialmente o menor e reduzir a escrito as suas declarações - no sentido de que presta o seu consentimento expresso, livre e esclarecido, relativamente à alteração da menção do sexo no seu registo de nascimento, e conseqüente alteração do seu nome próprio;
- Por outro lado, obrigou a que o pedido fosse acompanhado por relatório emitido por Médico inscrito na Ordem dos Médicos, ou Psicólogo inscrito na Ordem dos Psicólogos, a atestar a capacidade de decisão e vontade informada do menor, relatório este que não pode conter qualquer referência a diagnósticos de identidade de género.

Quanto às pessoas maiores de idade abrangidas pelo regime do maior acompanhado, apesar de a lei não o prever expressamente, *parece-nos* que poderão requerer o procedimento, excepto se o tribunal tiver declarado que a pessoa não pode fazer a mudança da menção de sexo e de nome próprio.

Em terceiro lugar, introduz este diploma mais uma novidade em relação ao anterior, ao prever a possibilidade de a pessoa intersexo requerer o procedimento, a partir do momento em que se manifeste a respetiva identidade de género; estas situações, que seguramente serão mais raras, *parece-nos* que deverão cumprir também cumprir quanto à idade mínima para a sua formulação, os mesmos requisitos acabados de enunciar, e que resultam do disposto no n.º 1 e 2, do artigo 7.º, portanto dependerem da idade mínima de 16 anos.

Finalmente, impôs o artigo 6.º da Lei n.º 38/2018, que novos requerimentos com vista à mudança da menção do sexo e do nome próprio, já só podem ser deduzidos mediante autorização judicial.

Somos de opinião que esta limitação imposta pela lei foi prudente e acertada, pois que se verificou que ao abrigo da Lei n.º 7/2011, chegaram a ocorrer situações de apresentação de sucessivos requerimentos, instruídos com novos relatórios diagnóstico, revertendo à situação inicial publicitada pelo registo de nascimento, a denotar que a primeira decisão tomada não tinha sido ainda suficientemente amadurecida, o que não podia deixar de se considerar grave, estando em causa a identidade das pessoas, que não pode naturalmente ser objeto de sucessivas alterações, até por questões de segurança jurídica.

4.2. Tramitação e decisão da competência exclusiva do conservador

A decisão do procedimento continua a ser da competência exclusiva do Conservador, o qual, no prazo máximo de oito dias úteis, a contar da data da apresentação do requerimento, ou da resposta a pedido de aperfeiçoamento, deverá proferir decisão, e ordenar a realização do averbamento da mudança da menção do sexo e da alteração do nome próprio, nos termos da alínea o) do n.º 1 do artigo 69.º do CRC (artigo 9.º da Lei n.º 38/2018), e a requerimento do interessado, de imediato lavrar novo registo de nascimento, conforme o n.º

1 do artigo 123.º do CRC, de resto, corolário lógico de todo o procedimento e extraordinariamente importante para o requerente, como já referido anteriormente, para salvaguarda da proteção da reserva da sua vida privada.

Expressamente previu também no seu artigo 10.º o direito a ver reconhecido nos documentos de identificação da menção do nome próprio e sexo, impondo concomitantemente à pessoa que tenha requerido o procedimento, a obrigatoriedade de no prazo de 30 dias a contar do averbamento ao seu assento de nascimento, dar início às alterações necessárias dos seus documentos de identificação.

A Lei n.º 38/2018, como anteriormente referido, não revogou o artigo 5.º da Lei n.º 7/2011, mantendo-se assim a possibilidade de ser averbada a alteração de nome da pessoa que requereu o procedimento:

- ao assento de nascimento de filhos maiores e a requerimento dos mesmos;
- ao assento de nascimento de filhos menores, a requerimento de ambos os progenitores (conforme Orientação Técnica e/ou Jurídica n.º 1/CD/2020, de 15.01.2020, da Exm.ª Senhora Presidente do Conselho Diretivo do IRN, IP, sem publicação disponível na internet);
- e ao assento de nascimento do outro cônjuge, no caso de requerentes casados, assim como ao seu assento de casamento, em ambos os casos desde que com o consentimento desse cônjuge, prestado através de declaração perante o oficial de registos ou de documento autêntico ou autenticado.

Igualmente se manteve a possibilidade de ser reconhecida em Portugal, a decisão final proferida por uma autoridade ou tribunal estrangeiro, sobre a identidade de género de uma pessoa, de acordo com a legislação desse país, conforme dispõe o n.º 4, do artigo 6.º, "*nos termos da lei*", o que nos leva a concluir que continuará a ser necessário, conforme anteriormente já referido a propósito do artigo 6.º da Lei n.º 7/2011, a revisão e confirmação das correspondentes decisões, conforme o disposto no artigo 980.º do Código de Processo Civil e artigo 7.º do CRC.

4.3. Vertente emolumentar

O procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da consequente alteração de nome próprio, manteve a tributação prevista no artigo 18º, n.º 6.12 do RERN (200,00€), até à publicação da [Lei n.º 2/2020, de 31 de março](#), que aprovou o Orçamento de Estado para o ano de 2020, e que entrou em vigor no dia 1 de abril de 2020, a qual revogou pelo seu artigo 400.º, o referido artigo 18.º, aditando às gratuitidades previstas no artigo 10.º, n.º 1, do RERN, a alínea d), passando assim a ser gratuito o procedimento.

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

THE DEMANDING CHALLENGE OF THE (DIFFICULT) MATERIALIZATION
OF EQUALITY BETWEEN SPOUSES

Rute Teixeira Pedro *
(FDUP-CIJE)

RESUMO: A entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa provocou uma transformação profunda do direito da família, inaugurando-se então uma nova ordem jusmatrimonial assente no princípio da igualdade entre os cônjuges. Apesar desta mudança de paradigma no plano jurídico, constata-se ainda várias décadas depois que, no plano dos factos, existe uma distribuição desigual das tarefas de cuidado do lar e da família entre os cônjuges. Esta realidade pode conduzir, em caso de dissolução do casamento por divórcio, à oneração do cônjuge que se dedicou mais a essas tarefas com desvantagens económicas causalmente conexionadas com esse facto. Neste trabalho averiguamos se há, entre nós, mecanismos jurídicos aptos a operar a correção necessária à concretização da igualdade substancial entre os cônjuges.

PALAVRAS-CHAVE: Casamento; princípio da igualdade; dever de assistência; trabalho doméstico; compensação de desvantagens.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP) e Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica da mesma Faculdade (CIJE-FDUP). Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto. (rpedro@direito.up.pt)

ABSTRACT: *The entry into force of the Constitution of the Portuguese Republic led to a wide change of family law. A new legal framework was enacted to govern marriage upon the principle of equality between spouses. Despite this paradigm shift at the legal level, it is evident nowadays, when several decades have already elapsed, that facts do not mirror that marriage model. There is still an uneven distribution of household and family care tasks between spouses. In the event that marriage ends by divorce, the depicted reality may lead to the burden of the spouse who was more dedicated to those tasks. Economic disadvantages causally related to that fact may materialize. In this paper, it is assessed whether there are, within Portuguese legal system, mechanisms that are able to produce the necessary correction in order to achieve substantial equality between spouses.*

KEYWORDS: Marriage; principle of equality; duty to support; housework; compensation of disadvantages.

1. A proclamação da igualdade entre os cônjuges *de iure* e a subsistente desigualdade material *de facto*

A ordem jusmatrimonial reflete na sua configuração atual a vigência do princípio da igualdade entre os cônjuges. A irrupção da igualdade na família (matrimonial), no plano jurídico, é um fenómeno recente, tendo-se dado, entre nós, com a entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa¹ de 1976.

Para além da consagração do princípio da igualdade, no seu artigo 13.º, a Constituição procedeu à aplicação desse princípio “a zonas mais sensíveis ou mais importantes na perspetiva da sua ideia de direito”², como acontece com a área familiar. Assim, a igualdade entre os cônjuges consagrada no artigo 36.º, n.º 3³ da CRP apareceu, então, como um dos “corolários imediatos” do princípio da igualdade⁴.

¹ Doravante referenciada como CRP.

² Usamos aqui palavras de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I. Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1.º a 79.º, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, anotação ao artigo 13.º, p. 239. LEONOR BELEZA destacou, pouco depois da entrada em vigor da Constituição, a circunstância de o texto constitucional considerar, de modo expresse, a questão da igualdade referindo-se, particularmente, à “igualdade de sexos” em dois domínios em que a falta de igualdade de manifestava de forma mais intensa: no âmbito familiar e no âmbito laboral. O estatuto das mulheres na Constituição, in *Estudos sobre a Constituição*, coordenação de Jorge Miranda, I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, pp. 64 e 65. Escrevendo num momento em que apenas se admitia a celebração de casamento entre pessoas de sexo diferente, a autora, sublinhava que a inclusão no texto constitucional de uma norma como a do n.º 3 do artigo 36.º consubstanciava “um reforço e uma explicitação” da proibição de discriminações em função do sexo, que já seriam proscritas pela disposição, de «âmbito geral» do n.º 2 do artigo 13.º (*Ob. cit.*, p. 67).

³ Faz-se notar que, na área da família, o texto constitucional consagrou, expressamente, outro corolário importante do princípio da igualdade: a igualdade entre os filhos nascidos dentro e fora do casamento (no n.º 4 do artigo 36.º).

⁴ Neste sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, anotação ao artigo 13.º, p. 239.

Inaugurou-se, portanto, também em Portugal, nesse momento, um novo modelo de casamento estruturado sobre a igualdade entre os dois cônjuges, rompendo-se com o figurino anterior do consórcio conjugal em que o marido era o chefe de família detentor do poder marital e do poder paternal e em que à mulher era reservado o governo doméstico com reconhecimento de um poder consultivo em matérias relacionadas com os filhos. O direito ordinário sofreu, conseqüentemente, alterações importantes.

Por um lado, e em primeira linha, ainda antes da entrada em vigor do Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de novembro, que alterou profundamente a fisionomia da disciplina matrimonial, as modificações decorreram da caducidade automática de muitas normas anteriores como resultado de um juízo de desconformidade material com o novo texto constitucional⁵. Na verdade, foi a previsão expressa do princípio da igualdade no âmbito matrimonial que ditou a caducidade do maior número de normas do direito ordinário pré-constitucional⁶.

As alterações do direito ordinário⁷ produziram-se depois com intervenção legislativa destinada a adequar o direito infra-constitucional ao novo quadro constitucional, para que se refletisse na disciplina civil o novo modelo matrimonial⁸. Destacou-se, com esse fim, a denominada reforma de 1977 operada no Código Civil pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro⁹. A

⁵ À luz do previsto no, agora, n.º 2 do artigo 290.º da CRP, correspondente ao n.º 1 do artigo 293.º do texto originário. Sobre o fenómeno de cessação de vigência para o que não foi necessário "qualquer acto de vontade especificamente dirigido à sua eliminação", vide JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 290.º, pp. 964 e 965. Sobre o fenómeno no âmbito do direito da família por força da entrada em vigor do art. 36.º da CRP, Heinrich Ewald Hörster, Breves apontamentos a propósito da elaboração do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro (Reforma do Código Civil), e da vigência imediata do artigo 36.º da Constituição de 1976, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1976 (1978), pp. 63 e ss..

⁶ Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I: art.º 1.º a 107.º, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, reimpressão em 2014, observação V da anotação ao artigo 36.º, p. 564. Por efeito do fenómeno referido em texto, caducaram todas aquelas normas em que se traduzia o modelo familiar desnivelado.

⁷ O direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, se e na medida em que não seja contrário "à Constituição ou aos princípios nela consignados". Aliás, o alcance da norma do n.º 2 do artigo 290.º da CRP é essencialmente positivo, segundo JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, pp. 967 e 968.

⁸ Sabemos que na interpretação das normas infra-constitucionais, cuja vigência perdurou por não merecem um juízo de desconformidade ao novo texto constitucional, e ainda que não tenham sofrido alteração legislativa, se deveriam considerar os novos valores constitucionalmente protegidos. Na verdade, mesmo que permaneçam formalmente inalteradas, elas "são novadas no seu título ou na sua força jurídica, pela Constituição; e sistematicamente deixam de ser as mesmas". JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, pp. 961 e 962.

⁹ As alterações introduzidas no Código Civil pelo Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de novembro afetaram, em particular, os livros de Direito da Família e de Direito das Sucessões. E essas alterações eram perspetivadas como o início de um processo reformador mais vasto. Na verdade, no preâmbulo, lia-se que, na reforma operada por este diploma se procurou ir além do estrito cumprimento do "mínimo constitucionalmente exigido" pelo n.º 1

propósito das mudanças então concretizadas, podemos chamar à colação as palavras de Pereira Coelho quando afirma que a consagração “irrestrita” do princípio da igualdade dos cônjuges foi “de longe, a mais importante das alterações introduzidas no nosso direito matrimonial”¹⁰.

Em consonância com os ditames constitucionais, verte-se, então, no n.º 1 do artigo 1671.º do Código Civil¹¹, a afirmação de que o casamento se baseia “na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Como consequência da idêntica posição jurídica ocupada pelos dois cônjuges no seio da sociedade conjugal, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, a direção da vida familiar passou a caber aos dois, devendo assentar no encontro de vontades de ambos. Por isso, a celebração de um contrato de casamento dá origem a uma relação jurídica que passa a ser regulada, em parte, através de múltiplos e diversos acordos entre os cônjuges. Desse modo se deu, como já tivemos ocasião de o afirmar, o florescimento das convenções matrimoniais¹² que não se reconduzem apenas às convenções antenupciais.

A afirmação da igualdade foi também acompanhada pela eliminação da previsão jurídica de um modelo de organização familiar matrimonial baseado na apriorística distribuição legal de papéis. Abandona-se, então, a divisão de funções que, anteriormente, ditava a atribuição à mulher do governo doméstico e a investidura do marido no poder marital com a representação externa da família a seu cargo e – como consequência do figurino adotado pela lei – com a assunção, por ele, na prática, da missão de principal contribuidor para os encargos da vida familiar¹³. Com a reforma de 1977, a lei deixou, portanto, de impor a obediência da organização familiar ao modelo denominado como “*breadwinner-housewife marriage*”.

A possibilidade de trabalhar fora da casa de morada de família sem peias é reconhecida aos dois cônjuges em condições de igualdade. Afirma-se, pois, a liberdade de exercício de profissão ou de outra atividade por ambos (artigo 1677-D), eliminando-se as restrições aplicáveis à mulher relativas ao

do artigo 293.º (na versão inicial, hoje correspondente ao n.º 1 do artigo 291.º) da C.R.P, iniciando-se um labor de “adequação global do Código Civil à filosofia e à doutrina político-social dimanante da Constituição” que, depois, teria que ser completado por ulteriores intervenções legislativas. Veja-se, em particular, o n.º 1 do preâmbulo. Diário da República de 25 de novembro, p. 2818 (1).

¹⁰ O autor escrevia em 1986, referindo-se, em particular à Reforma de 77. Casamento e família no Direito Português, in *Temas de Direito da Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, p. 13.

¹¹ Doravante usaremos a abreviatura CC para nos referirmos ao Código Civil português. Advertimos também, de imediato, que todas as normas que, neste trabalho, sejam citadas sem referência do diploma a que pertencem são normas do Código Civil Português, na versão vigente no momento presente, a menos que se dê indicação que nos referimos a uma outra versão.

¹² A esta figura dedicamos o nosso estudo *Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018.

¹³ Ainda que a contribuição para as despesas domésticas, nos termos da redação anterior à reforma de 1977 do n.º 1 do artigo 1676.º, vinculasse ambos os cônjuges, resultava da conjugação com outras normas que ao marido, no plano dos factos, incumbia, especialmente, essa missão.

exercício de certas atividades lucrativas (anteriormente constantes do n.º 2 do artigo 1676.º) e ao exercício do comércio (como resultava do anterior artigo 1686.º).

Simultaneamente, reconheceu-se juridicamente relevância à prestação de trabalho doméstico como modo de cumprimento do dever de assistência a que a ambos os cônjuges estão vinculados nos termos dos artigos 1672.º e 1676.º. Atribuiu-se, para esse efeito idêntica relevância à afetação de recursos pecuniários à cobertura dos encargos da vida familiar e ao desempenho de trabalho no lar ou na manutenção e educação dos filhos: são duas modalidades de cumprimento do dever de assistência que aparecem, juridicamente, parificadas como meios solutórios do dever de assistência em caso de comunhão de vida familiar¹⁴. Perspetivando-se de modo neutro em relação ao género dos cônjuges a realização desse trabalho (tarefas relativas ao cuidado do lar e dos filhos), procurou-se, aliás, combater as práticas que se revelavam, então, preponderantes – e como veremos ainda hoje muito comuns –, na sociedade portuguesa, de esse trabalho recair, muito frequentemente de forma principal (ou mesmo exclusiva) sobre um dos cônjuges: a mulher¹⁵. Pretendeu-se, por isso, assinalar, no texto legal, que não se tinha em vista o cumprimento do dever de assistência por cada um dos cônjuges de modo alternativo, apenas por uma das duas formas enunciadas – em dinheiro ou em espécie – com a exclusão da outra.

Visando a promoção da igualdade, sob o ponto de vista material ou fáctico, queria-se que ficasse claro, em letra de forma legal, que os dois cônjuges podiam – e deviam¹⁶ – cumprir o dever de assistência pelas duas formas enunciadas. As tarefas domésticas deveriam, pois, ser desempenhadas por ambos e não apenas por um deles. Consequentemente, num casamento em que os dois cônjuges trabalhem remuneradamente fora de casa – o que, nos nossos dias, é muito frequente –, ambos deverão contribuir para os encargos da vida familiar, não apenas pela afetação dos recursos obtidos na sua atividade profissional àqueles encargos, mas também pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos¹⁷.

Ainda que esta tenha sido a diretriz subjacente à formulação legal, os factos vêm demonstrando que a realidade não lhe dá cumprimento, recaindo

¹⁴ Sabemos que se houver rutura da vida familiar ganhará expressão a obrigação de alimentos. Sobre o dever de assistência e as duas componentes em que o mesmo se desdobra, veja-se PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Volume I: Introdução. Direito Matrimonial, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, 416 e ss. e JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, pp. 453 e ss..

¹⁵ À época só o casamento formado por pessoas de sexo diferente era admitido. A possibilidade de o casamento ser celebrado por pessoas do mesmo sexo foi introduzida no ordenamento jurídico português pela Lei n.º 9/2010, de 31 de maio.

¹⁶ Atribui-se esse objetivo à escolha da conjunção copulativa “e” que figura no n.º 1 do artigo 1676.º. Assim, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, pp. 418 e 419.

¹⁷ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, pp. 418 e ss.

estas últimas tarefas, mais intensamente sobre um dos cônjuges¹⁸, no caso do casamento celebrado por pessoas de sexo diferente, sobre o cônjuge do sexo feminino, como revelam os dados empíricos¹⁹.

¹⁸ Sobre este fenómeno e a necessidade de eliminar as desigualdades decorrentes dessa prática frequente, considere-se GUILHERME DE OLIVEIRA, *Dois numa só carne, Ex aequo*, n.º 10, 2004, p. 42.

¹⁹ Para o ilustrar, vamos trazer, aqui, à colação dados empíricos que assentam na diferenciação com base no sexo, o que permitirá confirmar a existência do problema em análise. Fazemos notar que os dados que vamos expor respeitam à divisão das tarefas em termos de sexo, não tendo por base a (eventual) relação de convivência (matrimonial ou não) entre homem e mulher. Assim, por um lado, atentemos nos dados disponíveis no site do Instituto Nacional de Estatística relativamente à duração média diária do trabalho remunerado (trabalho profissional) e do trabalho não remunerado (trabalho doméstico e cuidados com a família) por sexo, com base num Inquérito à ocupação do tempo, considerando a população com 15 ou mais anos, que efetivamente, realizou cada uma das duas espécies de atividade. Trata-se de dados que se reportam ao ano de 1999 (acessível no endereço https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0001648&contexto=bd&selTab=tab2 consultado pela última vez em 30 de janeiro de 2021). Da sua leitura resulta que os homens dedicavam, em média, diariamente, 7,9 horas ao trabalho remunerado e 1,9 horas ao trabalho não remunerado e que as mulheres dedicavam, em média, diariamente, 7 horas ao trabalho remunerado e 5 horas ao trabalho não remunerado. Faz-se notar, portanto, a proximidade do número de horas dedicadas ao trabalho remunerado e a acentuada diferença quanto ao trabalho não remunerado. As mulheres dedicavam ao trabalho não remunerado mais do dobro do tempo dedicado pelos homens ao mesmo trabalho. Acresce que se somarmos o tempo dedicado às duas espécies de trabalho por sexo percebemos que isso traduz uma média de trabalho diário de 9,8 horas para o homem e de 12 horas para a mulher. Pode, aqui, ver-se, de algum modo, uma expressão do que se denominou a dupla jornada de trabalho das mulheres. Consideremos, agora, alguns dados mais recentes que se reportam ao ano de 2015 e que resultam do Inquérito Nacional aos Usos do Tempo. Pode aceder-se ao documento "Os Usos do Tempo de Homens e de Mulheres em Portugal", no endereço http://cite.gov.pt/assts-cite/downloads/publics/INUT_Policy_Brief.pdf. Da leitura dos dados, conclui-se que, no que respeita ao trabalho de cuidado (onde se incluem tarefas como as de "«cuidar de filho/a(s), neto/a(s) ou outra(s) criança(s): dar de comer, dar banho, etc.»; «acompanhamento escolar de filho/a(s), neto/a(s) ou outra(s) criança(s): ajudar nos trabalhos de casa, dar apoio nos estudos, ajudar a fazer outras tarefas escolares»; «ler, brincar, conversar com filho/a(s), neto/a(s) ou outra(s) criança(s)»; «acompanhar filho/a(s), neto/a(s) ou outra(s) criança(s) a atividades diárias ou não: ginástica, música, escuteiros, cinemas, festas, consultas médicas, etc.»; «cuidar de pessoas adultas com dependência ou incapacidade pertencentes ao agregado familiar»; e «dar apoio a outros agregados nas tarefas acima descritas»". *Ob. cit.*, p. 20), o tempo médio desse trabalho não pago no último dia útil é de 2 horas e 19 minutos para os homens e de 3 horas e 14 minutos para as mulheres; já no que concerne às tarefas domésticas (onde se incluem tarefas como as de "«preparação de refeições: cozinhar, pôr a mesa, lavar a louça, etc.»; «limpar a casa: arrumar, limpar o pó, fazer as camas, levar o lixo, etc.»; «cuidar da roupa: lavar, passar a ferro, etc.»; «jardinagem (incluindo tratar das plantas de interior) e/ ou tratar da horta»; «cuidar de animais domésticos»; «reparações em casa»; «fazer compras»; «tratar de serviços comerciais e/ou administrativos: pagar as contas, seguros, bancos, pagar a renda, etc.»; e «dar apoio a outros agregados: reparações domésticas, jardinagem, cuidados a animais, etc.»". *Ob. cit.*, p. 20), o tempo médio desse trabalho não pago no último dia útil, é de 1 hora e 54 minutos para os homens e de 3 horas e 6 minutos para as mulheres; finalmente quanto ao trabalho não pago no último dia útil, para as pessoas com atividade profissional, o tempo médio era de 2 horas e 37 minutos para os homens e 4 horas e 17 minutos para as mulheres. Como se vê, apesar de se poder concluir que haverá uma aproximação do tempo médio dedicado às tarefas não remuneradas por ambos os sexos, o problema de que nos ocupamos subsiste.

De qualquer modo, sabemos, no entanto, que o problema que, aqui, vamos analisar se pode colocar, igualmente, no âmbito de um casamento celebrado por pessoas do mesmo sexo. Ele surgirá, aliás, sempre que, no seio de uma relação matrimonial, ocorra uma oneração das tarefas domésticas unilateralmente sobre um dos cônjuges ou uma distribuição desequilibrada dessas tarefas entre eles²⁰. Este cenário demandará a intervenção do direito para corrigir os efeitos patrimoniais causalmente determinados pela desigualdade material subsistente.

2. O desafio da concretização da igualdade material em caso de ruptura da relação matrimonial

A evolução no plano legal no sentido de que os dois modos de cumprimento do dever de contribuir para os encargos da vida familiar têm relevância idêntica no plano jurídico não permite olvidar que as duas formas de contribuição para esses encargos têm repercussões diversas, sob o ponto de vista económico, para os cônjuges que optem (mais) por uma ou por outra dessas formas.

Na verdade, o trabalho doméstico prestado por um dos cônjuges na respetiva casa de morada de família não importa a perceção por ele de um montante pecuniário que sirva de corresponsivo para as atividades desenvolvidas, a disposição de tempo e de capacidades humanas para o efeito e o desgaste associado à sua execução. E é assim, ainda que o desempenho das atividades da vida do lar e do cuidado de familiares que carecem de assistência (crianças, idosos, por exemplo) tenha um valor económico inequívoco que pode até ser contabilizado por referência ao montante pecuniário que seria necessário para retribuir a execução das mesmas tarefas por um terceiro. Não existe, em regra, também a contribuição para algum sistema especial que proporcione assistência social em caso de ocorrência de alguma vicissitude negativa que não permita o desempenho do trabalho doméstico. Acresce que o significado económico que se liga a estas atividades estará, em regra, associado apenas à economia daquela família e perdurará, em regra²¹, apenas enquanto a mesma perdure. Não se repercute, portanto, pelo menos de forma direta, no exterior da família, nem se prolonga para um período posterior à sua dissolução.

Diversamente se passam as coisas quando se perspetiva o trabalho prestado de forma remunerada fora de casa. Um caso muito comum é o da atividade profissional ser executada ao abrigo de um contrato de trabalho²², pe-

²⁰ O problema poderá surgir mesmo quando aquele que se dedique menos às tarefas domésticas contribua mais intensamente com dinheiro para os encargos da vida familiar, como procuraremos demonstrar na próxima secção deste trabalho.

²¹ Sempre prejuízo do relevo previsto no n.º 1 do art. 2016.º-A, a propósito da medida da obrigação de alimentos, a que nos referiremos *infra*.

²² Pensamos, aqui, num contrato de trabalho, mas não é a única hipótese, já que a atividade remunerada fora de casa pode ocorrer ao abrigo de outras espécies contratuais, nomeadamente de um contrato de prestação de serviço.

rante uma entidade empregadora, que, como contrapartida, por ele paga, uma determinada retribuição, em regra, de natureza pecuniária e a que se associa o reconhecimento de um conjunto de direitos sociais. Os benefícios que decorram, direta ou indiretamente, do vínculo laboral persistirão, independentemente da subsistência da relação matrimonial. Acresce que os investimentos (nomeadamente de formação e especialização) que sejam feitos tendo em vista a progressão profissional – muitas vezes com reflexos negativos na vida familiar –, podem repercutir-se nesses benefícios que se ligam, pessoal e singularmente²³, ao cômjuge que contratualmente está vinculado à prestação do trabalho.

Consequentemente, se é verdade que a sobrecarga indevida²⁴ de um dos cônjuges com o trabalho doméstico representará *per se* um problema que o direito não pode ignorar, do que acabamos de descrever resulta um outro problema que vai além desse e tem que ver com as repercussões futuras, sob o ponto de vista patrimonial, que a contribuição diferenciada por uma das duas vias de cumprimento do dever de contribuir para os encargos da vida familiar apresenta.

Este problema de que falamos tem particular relevo num contexto como o presente, em virtude da conjugação de dois fenómenos: o da “*desfamiliarização do capitalismo*”²⁵ e o da precarização do vínculo matrimonial.

Na verdade, quanto ao primeiro desses fenómenos, importa recordar que as funções económicas da família se têm transformado ao longo do tempo, configurando-se a célula familiar, hoje, como uma entidade consumidora de bens e serviços, mais do que como uma unidade económica produtiva. A este facto acresceu a atenuação da importância dos elementos fundiários da riqueza com o concomitante acréscimo do relevo de bens mobiliários e mesmo de bens intangíveis. Como já referimos noutra obra, “os principais elementos do património da família passam a ser o rendimento do trabalho (“*entitlements to job*”), as competências profissionais, a capacidade de gerar retribuições²⁶, as pensões e demais benefícios sociais de que os seus membros são titulares²⁷. É nestes elementos – que se ligam individualmente a cada um dos

²³ Mesmo que a concreta retribuição percebida pelo trabalho desenvolvido na constância do casamento se comunique ao abrigo do regime de bens de comunhão vigente. É o que acontece se vigorar o regime de comunhão de adquiridos (artigo 1724.º, al. a)) e de comunhão geral (artigo 1732.º).

²⁴ O que ocorrerá, desde logo, quando ambos os cônjuges têm uma atividade remunerada fora de casa que lhes ocupa a jornada normal de trabalho e depois se dá o caso de o trabalho no lar recair (acrescendo ao outro trabalho), exclusivamente ou principalmente, sobre um deles.

²⁵ A expressão “*defamiliasation of capitalism*” é usada por JOHN EEKELAAR, *Post divorce Financial Obligations*, in *Cross Currents. Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 405.

²⁶ Reflete-se, aqui, também a importância do denominado “capital humano”. Sobre esta noção, veja-se, por todos, GARY S. BECKER, *Human Capital. A theoretical and empirical analysis, with special reference to education*, 3.ª ed., The University of Chicago Press, 1993.

²⁷ Analisando alguns dos problemas jurídicos que esta nova forma de riqueza coloca, considere-se entre nós, MARIA JOÃO TOMÉ, O direito da Segurança Social e a mulher divorciada em Portugal: limites e insuficiências, in *Direito da Família e Política Social - Actas do Congresso Internacional organizado de 1 a 3 de outubro de 1998 pela Faculdade de Direito da Universidade Católica (Porto)*, Publicações Universidade Católica, 2001, pp. 123 e da mesma

membros da família – associados à atividade produzida no mercado de trabalho, complementados ou não com apoios estaduais, que as pessoas buscam a garantia contra as vicissitudes da vida e não tanto na família”²⁸. MARY ANN GLENDON sintetizou esta transformação, referindo-se a um movimento que deslocou o centro gravitacional da base de assistência individual da família para o mercado laboral. Segundo a Autora, como consequência das alterações referidas, “*individual’s economic security against illness and old age or family disruption by death or divorce will no longer, in principle, be provided by the family, and that it will, in principle, be provided through her own work and work-related benefits, with government as a back-up system*”²⁹.

Paralelamente ao “*residual «social security» role*”³⁰ que passa a ser acoметido à família, e muito particularmente à família matrimonial³¹, verificou-se o já referido movimento de precarização do vínculo familiar. Na verdade, a par da irrupção da igualdade no âmbito familiar, deu-se uma alteração com uma idêntica amplitude transformadora da ordem matrimonial: a da ampliação da liberdade dos cônjuges, desenvolvida, especialmente, quanto à possibilidade de desvinculação da relação conjugal.

O sentido das sucessivas reformas operadas nas últimas décadas quanto ao regime de divórcio – a última grande intervenção legislativa sobre a matéria foi produzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro³² – aponta para um alargamento da liberdade e facilidade de dissolução do casamento por divórcio. Admite-se, hoje, a possibilidade de pôr fim ao casamento por vontade concordante dos dois cônjuges sobre o fim do casamento (divórcio por mútuo consentimento) ou por vontade unilateral de um deles (divórcio sem consentimento de um dos cônjuges), exigindo-se neste último caso que o pedido se funde na demonstração da rutura definitiva do casamento, nos termos do art. 1781.º. Assim, apesar de se continuar a exigir a intervenção de uma entidade dotada de fé e autoridade públicas (do Conservador de Registo Civil

Autora, *O Direito à Pensão de reforma enquanto bem comum do casal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997 em especial, pp. 203 e ss, pp. 299 e ss e pp. 420 e ss.

²⁸ Para a explicitação desta transformação, veja-se MARY ANN GLENDON, *The New Family and the new property*, Toronto, Butterworths, 1981.

²⁹ MARY ANN GLENDON, *The New Family and the new property*, pp. 1 e 2.

³⁰ JOHN EEKELAAR, *Post divorce Financial Obligations*, p. 405.

³¹ A fragilização do papel assistencial no casamento reflete-se na evolução do regime jurídico previsto para a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges. Para além das referências constantes das notas 63 e 73, sobre essa obrigação, considerando essa evolução, veja-se PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, pp. 770 e ss.; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 295 e ss.; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, pp. 620 e ss e DIOGO LEITE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família*, 3.ª ed., Almedina, 2016, pp. 355 e ss.

³² Sobre o sentido da reforma de 2008 e as suas principais alterações, veja-se GUILHERME DE OLIVEIRA, *Linhas Gerais da Reforma do Divórcio*, in *Nova Lei do Divórcio*, Grupo Parlamentar do Partido Socialista, 2008, pp. 49 e ss; *Linhas gerais da reforma do divórcio*, in *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, 2008, pp. 83 e ss.; *Linhas gerais da reforma do divórcio*, in *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 6, n.º 12, 2009, pp. 63 e ss e *A Nova Lei do Divórcio*, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 13, 2010, pp. 5 e ss..

ou do Tribunal na primeira modalidade de divórcio e do Tribunal na segunda modalidade de divórcio), verificou-se uma atenuação de algumas dificuldades que tradicionalmente se colocavam ao exercício do correspondente direito³³, com a erosão dos requisitos constitutivos do direito ao divórcio em qualquer das modalidades que ele pode revestir, com a desjudicialização, simplificação e agilização de procedimentos correspondentes, e mesmo com a redução do pendor litigioso do divórcio e eliminação da carga sancionatória associada ao seu decretamento.

A transformação no plano legal – que é manifestação de um fenómeno que pode ser apelidado de desinstitucionalização jurídica do casamento³⁴ – vem sendo acompanhada, ao longo do tempo, por um aumento do número de divórcios³⁵. Ultrapassada a conceção institucional do casamento que, no passado, poderia perdurar até que a morte separasse os cônjuges³⁶, ainda que contra a vontade de um deles ou mesmo dos dois (atentos os requisitos apertados para o decretamento do divórcio), no presente, a constatação da fragilidade das relações matrimoniais importa que se considere a dissolução do casamento por divórcio como um *risco* que não pode ser negligenciado, desde logo no plano jurídico, no percurso biográfico de uma pessoa.

Ora, o que se verifica é que, na hipótese de ocorrência de um divórcio³⁷, manifestam-se também os riscos que se encerram na configuração fáctica

³³ Para uma exposição da evolução do regime jurídico do divórcio, vide PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, pp. 681 e ss. Considere-se também o trabalho de NUNO SALTER CID, *O divórcio em Portugal. Política, Direito e Demografia*, Húmus, 2018, que traz importantes dados que ultrapassam a mera perspetiva jurídica.

³⁴ Sobre este fenómeno, veja-se o nosso *Convenções Matrimoniais*. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento, pp. 122 e ss..

³⁵ Pode trazer-se à colação, por um lado, o número de divórcios no ano de 1974 (o ano que se marca o início do processo de transformação do regime do divórcio ainda antes da Constituição da República Portuguesa vir prever o direito universal ao divórcio) que se situava em 777 divórcios e, por outro lado, o número de divórcios no ano de 2019 (o ano mais recente de que a base PORDATA apresenta dados, e que, no momento em que escrevemos, são ainda provisórios) que se situa nos 20.421 (<https://www.pordata.pt/Portugal/Div%c3%b3rcios-323>). O aumento do número de divórcios é significativo, considerando-se também a redução ocorrida no mesmo período no número de casamentos (81.724 casamentos em 1974 e 33.272 casamentos em 2019: <https://www.pordata.pt/Portugal/Casamentos-16>). Mais significativo ainda o crescimento da taxa bruta de divorcialidade que subiu de 0,1 divórcios por mil residentes para 2 divórcios por cada mil residentes entre o ano referido da década de 70 do século passado e o ano de 2019 (<https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+bruta+de+divorcialidade-651>). No mesmo período a taxa bruta de nupcialidade desceu de 9,3 casamentos por cada mil residentes em 1974 para 3,2 casamentos por cada mil residentes no ano de 2019 (<https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+bruta+de+nupcialidade-530>).

³⁶ No passado, o fim do casamento (e a possibilidade de mais do que um casamento celebrado por uma dada pessoa, ao longo da sua vida) era efeito “de um golpe do destino vindo de fora” (“*ein äusserer Schicksalsschlag*”) – a morte de um dos cônjuges – enquanto, hoje, o fim do casamento (e a possibilidade de uma sucessão de casamentos) pode decorrer – e decorre, frequentemente – de “um ato voluntário que se funda na decisão individual (de pelo menos um dos elementos)” (“*ein willentlicher Akt, auf eigener Entscheidung (zumindest eines der Partner)*”). ELISABETH BECK-GERNSHEIM, *Was kommt nach der Familie? Alte Leitbilder und neue Lebensformen*, 3.^a ed., C. H. Beck, 2010, p. 30.

³⁷ Consideramos, aqui e ao longo deste trabalho, a situação de ocorrência de divórcio. Não esquecemos que problemas idênticos podem advir de outras crises matrimoniais, nomeada-

que a comunhão de vida concretamente tenha assumido. Assim, quando se tenha dado a oneração exclusiva ou principal de um dos cônjuges com o desempenho das tarefas domésticas (da vida do lar e do cuidado dos filhos), há consequências desvantajosas que vão também onerar, a título exclusivo ou principal, esse cônjuge, com repercussões que, potencialmente, se prolongarão para o futuro, manifestando-se ao longo do tempo, já depois da dissolução do casamento.

Na verdade, quando o casamento se dissolve, os riscos advenientes da configuração concreta que a vida conjugal tomou convertem-se em desvantagens económicas que, sendo de difícil "reversão"³⁸, parecem perder a causa jurídica (comunhão de vida assente no vínculo do casamento) que as justificava. O divórcio aparece, assim, como uma "bomba-relógio"³⁹ para a emergência de resultados patrimoniais indevidos, segundo a correta ordenação jurídica, à luz da ordem jusmatrimonial vigente. Num tal cenário, à falta de mecanismos jurídicos corretores, a igualdade material entre os cônjuges pode ser, gravemente, sacrificada⁴⁰.

Ora, depois de se ter consumado, também entre nós⁴¹, no regime do divórcio, a substituição do ideário sancionatório ("*Verschuldensprinzip*") por um ideário de constatação da rutura matrimonial ("*Zerrütungsprinzip*", sistema "*non-fault*" ou de "*irretrievable breakdown*")⁴², não pode o nosso ordenamento jurídico olvidar uma outra diretriz que se desenvolveu, concomitantemente, nas últimas décadas, no direito da família. Assim, a intervenção tuteladora do direito, no domínio matrimonial, numa altura de recuo do paternalismo jurídico nessa área, deve, também entre nós, ser dirigida à concretização da igualdade

mente daquelas em que se dê o decretamento da separação de pessoas e bens, até por, neste caso, apesar do vínculo matrimonial não se extinguir, relativamente aos bens, se produzirem os efeitos que se produziram em caso de dissolução do casamento (artigo 1795.º-A).

³⁸ Este perigo era assinalado pelo o Supremo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*, ie, BGH) na decisão proferida em 11 de fevereiro de 2004, e emblemática no direito matrimonial germânico: "*Mit der Aufgabe ihrer Berufstätigkeit hat die Antragsgegnerin ein Risiko auf sich genommen, das sich mit dem Scheitern der Ehe der Parteien zu einem Nachteil verdichtet, wenn die Betreuungsbedürftigkeit der gemeinsamen Kinder endet und sich erweisen sollte, daß der Antragsgegnerin ein «Wiedereinstieg» in ihren erlernten Beruf nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Konditionen möglich ist*". Decisão XII ZR 265/02 do BGH de 11 de fevereiro de 2004, acessível in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2004-2-11-&nr28453=&pos-14&anz=15>, acedido a última vez a 30 de janeiro de 2021, p. 32.

³⁹ Inspiramo-nos, aqui, numa expressão de BARBARA DAUNER-LIEB, *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht* (Zugleich Vortrag vor der Kölner Juristischen Gesellschaft am 26. April 2001), *Archiv für die civilistische Praxis*, 201, 2001, p. 321.

⁴⁰ Como destaca LENORE J. WEITZMAN, a ideia de "*partnership*" que subjaz à relação quebra-se no momento da dissolução se as desvantagens suportadas por um dos cônjuges não forem considerados aquando da extinção da relação. *Legal Regulation of Marriage: Tradition and Change. A proposal for individual contracts in Lieu of Marriage*, in *California Law Review*, Vol. 62, 1974, pp. 1191 a 1196.

⁴¹ Espelhado fundamentalmente, no artigo 1781.º, que na sua redação reflete um sistema de divórcio constatação da rutura do casamento.

⁴² Sobre os dois modelos de conformação do regime do divórcio, vide ERNST WOLF, GERHARD LÜKE e HERBERT HAX, *Scheidung und Scheidungsrecht. Grundfragen der Ehescheidung in Deutschland*, Tübingen, Mohr (Paul Siebeck) Verlag, 1959, pp. 298 a 310.

substancial entre os cônjuges com a conseqüente e necessária compensação das desvantagens provocadas, assimetricamente, pela vida matrimonial ("*marriage-related imbalances*" / "*onera matrimonii*"). Conseqüentemente, o objetivo de correção da desigual distribuição, entre os cônjuges, das conseqüências desvantajosas associadas ao casamento deve ser chamado a iluminar a configuração legal dos efeitos decorrentes da dissolução do mesmo⁴³.

Nas duas próximas secções vamos, portanto, considerar alguns mecanismos jurídicos que podem ser chamados a concretizar a correção de algumas desvantagens geradas pelo casamento e, portanto a promover a igualdade material entre aqueles que formaram uma sociedade conjugal entretanto desfeita. Consideraremos, primeiro (na secção 3), aqueles mecanismos que foram precipuamente configurados para atuar no âmbito matrimonial, nomeadamente em contexto de crise do casamento⁴⁴ e, nessa medida, poderão ser considerados como respostas legais de natureza especial⁴⁵. Consideraremos depois (na secção 4), institutos jurídicos que, sendo de direito civil comum, não foram conformados, no plano legislativo, de modo especial para a sua aplicação no âmbito matrimonial⁴⁶, mas podem também aí ser convocados a atuar.

⁴³ Tenha-se presente que (como já o destacámos no nosso *Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, pp. 686 e ss.) a ideia de promoção de uma divisão igual das vantagens e desvantagens geradas pelo casamento é uma das marcas mais significativas da evolução do direito matrimonial contemporâneo. A concretização da correção das desigualdades produzidas pelo casamento ("*Ausgleichgedanken*") é um dos critérios usados na apreciação das convenções matrimoniais pelos Tribunais alemães (*Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, p. 690, nota 1753). Veja-se, também, emblematicamente, o princípio 1.27 (sob epígrafe *Equal division*) do *Model Family Code* em que se prevê que "*Partnership-related benefits are to be equally divided and detriments equally borne between the partners upon dissolution of the partnership*". Vide INGEBORG SCHWENZER e MARIEL DIMSEY, *Model family code: from a global perspective*, European family law series n.º 12, Antwerpen e Oxford, Intersentia, 2006, pp. 57 e ss..

⁴⁴ Como já referimos em nota 38, vamos considerar o cenário de decretamento de divórcio.

⁴⁵ Note-se que mesmo a disciplina legal da obrigação de alimentos foi conformada pelo legislador, especialmente, para o contexto da crise matrimonial. Por isso, o legislador no título V do livro IV do Código Civil dedicado ao Direito da Família, depois de um primeiro capítulo contendo disposições gerais aplicáveis à obrigação de alimentos, autonomiza um segundo capítulo que, significativamente, nomeia com a expressão "Disposições especiais", onde verte normas que se aplicam, entre outras situações, à obrigação de alimentos entre ex-cônjuges. É, precisamente, neste sentido que incluímos a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges na secção dos mecanismos especiais, apesar de ela traduzir um vínculo de natureza obrigacional (ainda que constituindo uma obrigação não autónoma).

⁴⁶ Note-se que a aplicação da responsabilidade civil nas situações do n.º 1 do artigo 1792.º se faz, sintomaticamente "nos termos gerais da responsabilidade civil". Não houve, portanto, uma reconfiguração legal particular do instituto para atuar no âmbito matrimonial. Diversa será a hipótese prevista no n.º 2 do artigo 1792.º em que o legislador contemplou, recortando, uma hipótese particular para a qual previu uma responsabilidade independentemente de culpa em desvio à regra geral consagrada no n.º 2 do artigo 483.º.

3. As respostas especialmente consagradas para o âmbito matrimonial

Vamos, portanto, primeiramente, considerar alguns⁴⁷ mecanismos jurídicos que se encontram legalmente predispostos para funcionar em caso de divórcio, averiguando das suas virtualidades para dar resposta ao problema *supra* identificado e aquilatando da suficiência para, na sua aplicação articulada, oferecerem uma resolução cabal para o mesmo.

Com esse propósito precípuo⁴⁸, começaremos por nos referir ao instituto do regime de bens, seguidamente, ao crédito compensatório previsto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 1676.º e, finalmente, à obrigação de alimentos disciplinada nos artigos 2016.º e seguintes.

3.1. A resposta proporcionada pelo regime de bens

Como sabemos, entre nós, não há casamento que se celebre sem que ao mesmo se associe a vigência de um regime de bens em sentido estrito⁴⁹. Pode ele resultar de uma escolha feita pelos cônjuges na convenção antenupcial (artigo 1710.º) como manifestação da sua autonomia privada que, neste âmbito, é reconhecida com grande amplitude (artigo 1698.º)⁵⁰. Pode decorrer da aplicação do disposto no artigo 1717.º, quando essa autonomia não é exercida de todo ou quando não é exercida através de um ato jurídico válido e eficaz para o efeito em causa, aplicando-se nesse caso o regime supletivo da comunhão de adquiridos. Pode também resultar da imposição pela lei da vigência de um regime determinado, como acontece nas situações previstas no artigo 1720.º em que se dita a vigência imperativa do regime de separação de bens.

Haverá, então, um conjunto de normas de onde se extraem os critérios para a definição da titularidade dos direitos, *maxime* dos direitos reais, sobre os bens de que os cônjuges são titulares ao tempo dessa celebração e aqueles que eles venham a adquirir no futuro, permitindo pois determinar a configu-

⁴⁷ Sabemos também que o regime primário de bens é composto por um conjunto de normas em que se vê refletido o objetivo de preservação da igualdade (material) entre os cônjuges. No entanto, não pretendemos (por ultrapassar os limites e o objetivo deste trabalho) fazer uma reflexão sobre todos os mecanismos que podem ser chamados para a resolução do problema identificado. Centramos a nossa análise naqueles que me parecem mais relevantes com esse fito.

⁴⁸ Não se pretende, pois, fazer uma análise sistemática e aprofundada de cada um dos institutos que vão ser considerados. Tal análise ultrapassa a economia e os propósitos deste trabalho. A visão, necessariamente panorâmica dos mesmos, será orientada pelo fim que nos guia neste trabalho.

⁴⁹ Também denominado regime de bens secundário. Sobre a noção e a sua distinção em relação ao regime primário de bens, veja-se, entre outros, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, pp. 558 e ss.

⁵⁰ Sobre a liberdade de convenção e os seus limites, veja-se PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, pp. 562 e ss. e JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, pp. 477 e ss. e 517 e ss..

ração das massas patrimoniais existentes: as dos patrimónios próprios de cada um dos cônjuges e, no caso de vigorar um regime de comunhão (típico ou atípico), a do património comum do casal. Tratar-se-á de normas que importarão, em vários pontos, resultados patrimoniais diversos daqueles que decorreriam da aplicação das regras de direito comum, *maxime* do direito das coisas, em homenagem aos valores que o direito da família, como direito especial, visa prosseguir.

A prossecução desses objetivos é mais visível quando se considera um regime de comunhão⁵¹, já que através dele se formará uma massa patrimonial que a ambos pertencerá⁵² e que será, potencialmente⁵³, alimentada com concurso de ambos os cônjuges. E a cada um deles se reconhece, nos termos do n.º 1 do artigo 1730.º, uma participação por metade no ativo e no passivo desse património comum.

Assim, em caso de divórcio, cessadas as relações patrimoniais entre os cônjuges, importa proceder à liquidação da situação patrimonial anterior conformada à luz do regime jurídico matrimonial, onde pontificarão as regras que compõem o regime de bens. Em caso de vigência de um regime (típico ou atípico) de comunhão de bens, haverá lugar à partilha do património comum, que conduzirá à concretização da quota de que cada ex-cônjuge é titular nesse património. Revela-se, portanto, nesse momento, uma função importante do regime de bens que é a de *distribuição* do acervo patrimonial existente a essa data⁵⁴. Quando vigorar um regime de bens de comunhão, o desempenho dessa função passará, então, pela operação de partilha do património comum⁵⁵.

Poderia, assim, pensar-se que a existência de uma massa patrimonial comum e a obediência na sua partilha à regra da metade prevista no artigo

⁵¹ Como sabemos no regime de separação de bens não há um património comum, não havendo, portanto, uma operação correspondente à da sua partilha. Nem, por isso, a operação de liquidação das relações patrimoniais do casamento deixa de colocar vários problemas jurídicos, havendo a necessidade de praticar uma multiplicidade de atos para proceder a essa liquidação. Sobre esta problemática e a complexidade que apresenta, vide RITA LOBO XAVIER, Regime de Separação de bens e sua liquidação, in *Atas das Jornadas Internacionais "Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares"*, Escola de Direito da Universidade do Minho - Centro de Investigação em Justiça e Governança, 2020, pp. 159 e ss..

⁵² Sobre a natureza do património comum, desde logo como tradutor de uma espécie de comunhão muito particular e que se extrema da compropriedade, veja-se PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, pp. 595 e ss.. e JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, pp. 503 e ss..

⁵³ Dizemos potencialmente, pois ambos os cônjuges poderão ser partícipes ou beneficiários do ato aquisitivo que conduzirá ao ingresso de um determinado bem no património comum. E é assim mesmo que, no caso concreto, tenha sido apenas através de um dos cônjuges (pelo menos diretamente) que os bens integraram esse património.

⁵⁴ Para além desta função, o regime de bens desempenha, uma outra função importante, na constância da relação matrimonial: a função de *organização* patrimonial (o regime de bens é assim "*eine reine Ordnung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten für die Dauer der Ehe*", nas palavras de JOACHIM GERNHUBER e DAGMAR COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 6.ª ed., Munique, C.H. Beck, 2010, p. 350.

⁵⁵ Sobre a liquidação quando vigore um regime de separação, veja-se o que deixámos dito na nota 52.

1730.º seria garantia suficiente de que a igualdade material entre os cônjuges seria eficazmente concretizada. Existem, no entanto, alguns obstáculos a que assim seja. Vamos referir-nos, neste trabalho, apenas a três.

Por um lado, note-se que a vigência de um regime de comunhão de bens não cauciona que, na operação de partilha, sejam abrangidos, desde logo, considerando o ativo patrimonial, todos os bens que tenham sido adquiridos com o concurso de ambos os cônjuges durante o casamento. A maior ou menor aproximação a esse resultado variará em função das regras que concretamente formam o regime de comunhão e de que, portanto, depende a composição do património comum. Há, no entanto, um obstáculo que é difícil de ultrapassar e a que os regimes de comunhão tipificados na lei – comunhão de adquiridos (artigos 1722.º e ss) e comunhão geral (artigos 1732.º e ss) – não dão ainda resposta. Na verdade, as normas em que assenta a definição da composição do património comum não se acomodam à nova forma de configuração de uma parte importante da riqueza das famílias, no momento em que vivemos. Na verdade, hoje, essa riqueza não se compõe apenas ou principalmente de bens que se reconduzam ao binómio bens móveis-bens imóveis, em que assenta ainda muito a disciplina jurídica vigente. Escapam, portanto, às malhas do regime de bens, mesmo que de comunhão, um conjunto de bens intangíveis que têm conquistado importância, como sejam os direitos relativos ao funcionamento de sistemas de previdência e protecção social⁵⁶. O ordenamento jurídico português, desde logo nas regras que compõem os regimes de bens tipificados na lei, não contempla de forma apropriada esta "new-property"⁵⁷ como já foi apelidada.

Por outro lado, e também (ainda que não apenas) como consequência do que se acaba de referir, outra debilidade do sistema pode identificar-se, paradoxalmente, na vigência imperativa da regra da metade prevista no art. 1730.º se ela for entendida em termos puramente formais e se não se admitir que, na sua aplicação, se busque, através dela, a concretização de um cumprimento material da igualdade entre os cônjuges. Na verdade, em caso de decretamento de divórcio, a repartição, *ex post*, das vantagens e desvantagens patrimoniais associadas à relação matrimonial poderá passar, em concreto por uma divisão do património comum em quotas desiguais. A desigualdade aritmética no momento da liquidação das relações patrimoniais pode ser um instrumento que sirva concretização da efetiva igualdade ao corrigir os desequilíbrios que se foram produzindo ao longo da vida da relação e que a aplicação cega

⁵⁶ "More often than not, this "new property" is the only asset available for distribution upon dissolution of the partnership", como se sublinha no comentário ao Título 4 do *Model Family Code supra* citado na nota 44. INGEBORG SCHWENZER e MARIEL DIMSEY, *Model family code: from a global perspective*, p. 41. Considerando o problema relativo à necessidade de consideração dos direitos relacionados com a Previdência Social, prevê-se, no artigo 1.22 do *Model Family Code*, a inclusão no activo gerado pelo casamento, não só dos bens tangíveis ("tangible property"), mas também dos direitos a pensões de que os cônjuges sejam titulares. *Ob. cit.*, pp. 47- 48.

⁵⁷ A designação é avançada por MARY ANN GLENDON que a usa, também, pela sua capacidade sintética, no título da sua obra *The new family and the new property*, Toronto, Butterworths, 1981.

das normas consolidará, deixando sem a devida resposta compensatória, no momento da extinção das relações patrimoniais entre os cônjuges⁵⁸.

Finalmente, queremos destacar uma norma saída da reforma de 2008, que nos parece poder conduzir a um afastamento do objetivo da concretização da igualdade material entre ex-cônjuges. Falamos do art. 1790.º que prevê hoje que “em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos”. Assim, mesmo que os nubentes tenham escolhido o regime de comunhão geral⁵⁹, em caso de divórcio, o resultado patrimonial da partilha, em termos quantitativos⁶⁰, deve ser dado pelas normas que compõem o regime de comunhão de adquiridos. E desta forma, o legislador, inviabiliza de uma forma cega, um instrumento importante de redistribuição de riqueza que poderia servir para promover a concretização da igualdade material entre os cônjuges. O resultado patrimonial que resultaria, em caso de partilha, por aplicação das normas da comunhão geral poderia proporcionar a correção dos desequilíbrios que a oneração exclusiva ou mais intensa de um dos cônjuges com as tarefas domésticas importou⁶¹.

3.2. O Crédito Compensatório previsto no artigo 1676.º, n.º 2 e 3

Importa, agora, averiguar, se, através do crédito compensatório previsto nos n.º 2 e 3 do artigo 1676.º⁶², se podem minimizar as insuficiências da resposta que nos parece ser dada através do instituto do regime de bens.

⁵⁸ Não ignoramos, no entanto, que a prossecução da igualdade material por esta via pode sacrificar o valor de certeza e de segurança que deve ser associado ao regime de bens.

⁵⁹ Ou outro regime (atípico) de comunhão mais intensa do que a comunhão de adquiridos.

⁶⁰ Sobre a norma e como ela opera, veja-se o nosso A partilha do património comum do casal em caso de divórcio – reflexões sobre a nova redacção do art. 1790.º do Código Civil, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 429 e ss.; CRISTINA ARAÚJO DIAS, A partilha dos bens do casal nos casos de divórcio. A solução do art. 1790.º do Código Civil, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 8, n.º 15, 2011, pp. 19 e ss.; RITA LOBO XAVIER, RITA LOBO XAVIER, Regime de Comunhão geral de bens e partilha subsequente ao divórcio à luz do novo art. 1790.º do Código Civil, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 545 e ss.

⁶¹ Para uma crítica à bondade da norma em si e na sua aplicação a relações matrimoniais constituídas antes da sua entrada em vigor, veja-se o nosso trabalho citado na nota anterior.

⁶² Sobre crédito compensatório, veja-se, entre outros, PAULA TÁVORA VÍTOR, *Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreensão de um sistema bimodal*, Almedina, 2020; CRISTINA ARAÚJO DIAS, O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado na Constância do Matrimónio (a Contribuição Consideravelmente Superior de um dos Cônjuges para os Encargos da Vida Familiar – o art. 1676.º do Código Civil), in *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Actas do Congresso de 23, 24, e 25 de Outubro de 2008*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, 2010, pp. 199 e ss. e *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª edição, Almedina, 2009, pp. 57 e ss.; RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das Responsabilidades parentais*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 45 e ss e Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade do novo regime do divórcio, in *Estudos em homenagem ao Professor*

Trata-se de um regime que foi reformado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, e a que não foi alheia a preocupação de eliminar as desigualdades que, na prática, se continuam a concretizar por força da, ainda muito frequente, desigual dedicação dos cônjuges ao trabalho doméstico e de cuidado dos filhos, mesmo quando ambos desenvolvem uma atividade profissional remunerada fora do lar⁶³.

Iluminado por esse objetivo, a lei reconhece um crédito compensatório ao cônjuge que tenha contribuído para os encargos da vida familiar numa medida consideravelmente superior àquela que resulta do n.º 1 do artigo 1676.^o⁶⁴. A titularidade do direito de crédito dependerá, portanto, em primeira linha, da demonstração de que o cônjuge que dele seja credor contribuiu para os encargos da vida em comum⁶⁵, excedendo as possibilidades de contribuição de que dispunha, desde que o excesso se dê numa medida "consideravelmente superior" a essas possibilidades. Exige-se também que essa contribuição excessiva resulte do facto de ele ter renunciado "de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional". Demanda-se, assim, uma renúncia qualificada ("de forma excessiva") e umnexo causal da mesma com o excesso de contribuição de modo que este seja a causa daquela ("renúncia excessiva"). Se tudo o que se acaba de enunciar ficar provado poderá, então, ser exigida uma compensação pelos prejuízos patrimoniais importantes⁶⁶

Doutor Heinrich Ewald Hörster, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 499 e ss; MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, Anotação ao art.1676.^o, *Código Civil Anotado. Livro IV*, coordenado por Clara Sottomayor, Almedina, 2020, pp. 218 a 227; Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais do divórcio na lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, in *E Foram Felizes Para Sempre...?*, pp. 147 e ss e Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, pp. 425 e ss.; SANDRA PASSINHAS, O crédito compensatório previsto no artigo 1676.^o, n.º 2 do Código Civil Português: o que o legislador disse e o que realmente quis dizer, in *Actualidad Jurídica Ibero-Americana*, 2017, n.º 6, pp. 71 e ss; PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, p. 420; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 144 e JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Coimbra, Gestlegal. 2020, pp. 459 e ss..

⁶³ Encontra-se, de forma clara e inequívoca, nos trabalhos preparatórios da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro o objetivo que se busca com a nova solução. A *ratio legis* está patente, desde logo, na exposição de motivos do projeto-lei 509-X apresentado por deputados do grupo parlamentar do PS com que se iniciou o processo legislativo que conduziu à aprovação daquela lei (a atividade parlamentar que precedeu a publicação da mesma, encontra-se disponível para consultada in <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=33847>, acedido pela última vez no dia 30 de janeiro de 2021).

⁶⁴ Nos termos do n.º 3 do artigo 1676.^o, o crédito só será exigível no momento da partilha dos bens do casal, quando vigorar um regime de comunhão de bens.

⁶⁵ Note-se que não se faz depender o funcionamento deste mecanismo de uma contribuição excessiva para os encargos da vida familiar em espécie. Ie, pelo menos na letra legal, não se demanda que o excesso de contribuição decorra de uma oneração excessiva com as tarefas domésticas.

⁶⁶ Deixando-se de fora outros danos, nomeadamente os de natureza não patrimonial e não se abrangendo todos os danos patrimoniais, demandando-se que esses para relevar atinjam uma medida que os permita qualificar como importantes.

sofridos. Será, aliás, pelos montantes desses prejuízos que se mede o *quantum* compensatório devido. Note-se ainda que o funcionamento do instrumento corretor de que agora falamos pressupõe que se verifique e prove a ocorrência de prejuízos de natureza patrimonial⁶⁷ e que os mesmos revistam um relevo que permita qualificá-los como importantes.

Pela enunciação breve dos requisitos de que depende o reconhecimento do crédito compensatório ao abrigo do n.º 2 do art. 1676.º, parece poder concluir-se que também esse crédito compensatório, na configuração legal que lhe foi dada em 2008, se revela insuficiente para a cabal efetivação do objetivo de correção dos desequilíbrios ocorridos durante a vida da relação matrimonial.

Nesse sentido depõe, desde logo, a profusão de requisitos de que depende a afirmação do direito à compensação. Acresce que, sendo esses requisitos perspetivados como factos constitutivos do direito em análise, caberá ao cônjuge, que pretende ver reconhecida a titularidade do mesmo, o ónus de demonstrar a factualidade que permita dá-los por verificados. Soma-se ainda, no que pode ir contida uma dificuldade acrescida para esse cônjuge, a fluidez dos contornos dados à figura traduzida no recurso abundante a conceitos indeterminados (a contribuição “consideravelmente superior”; renúncia “de forma excessiva”; os “prejuízos patrimoniais importantes”) para a conformação dos pressupostos de que se faz depender o reconhecimento do direito.

Dos termos fluídos em que foi configurada a figura resulta patente a falta de clareza na definição da sua natureza jurídica. Estaremos perante uma manifestação do instituto da responsabilidade civil?⁶⁸ Ou será uma expressão da correção que é operada através do instituto do enriquecimento sem causa?⁶⁹ A falta de uma resposta inequívoca contribuirá para um défice de

⁶⁷ No que nos parecem contidos danos patrimoniais das duas espécies em que eles se costumam desdobrar: danos emergentes e lucros cessantes. Sobre a distinção das várias espécies de danos, veja-se RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, atualização e ampliação por MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS e RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, pp. 458 e ss..

⁶⁸ Nesse sentido se poderá convocar a referência aos “danos” que, em regra, são ressarcidos através do instituto da responsabilidade civil. Se assim for parece estar, aqui, a admitir-se a hipótese de se corporizar uma situação responsabilidade por factos lícitos já que, sendo o outro cônjuge devedor da compensação, não se exige em nenhum momento, pelo menos em letra de forma, que o mesmo tenha praticado um ato ilícito. Só assim seria se se concluísse que a contribuição em excesso de um dos cônjuges importaria, necessariamente, que houvesse uma contribuição deficitária do outro cônjuge. Temos dúvidas que essa conclusão se imponha sempre.

⁶⁹ A figura é construída sobre o objetivo de compensação de deslocações patrimoniais que é o objetivo que ilumina o funcionamento do enriquecimento sem causa. Note-se, no entanto, que um dos requisitos do enriquecimento sem causa é o da ocorrência de um enriquecimento. Ora, a afirmação da existência de um crédito compensatório nos termos do n.º 2 do artigo 1676.º, considerando os termos legais usados, abstrai da situação do cônjuge que dele seja devedor, não demandando que se tenha concretizado na sua esfera jurídica uma vantagem que possa ser qualificada como “enriquecimento”. Pode contrapor-se que à contribuição em excesso de um dos cônjuges corresponde, necessária e inevitavelmente, uma contribuição deficitária do outro cônjuge que traduzirá sempre um enriquecimento

robustez da figura e acentuará a nebulosidade do objetivo que a fórmula literal, a final vertida, na lei visa prosseguir⁷⁰.

Todas estas razões parecem contribuir para a atenuação (inviabilização?) da eficácia do regime previsto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 1676.⁷¹ para prosseguir a concretização da igualdade material entre os cônjuges, eliminando as desigualdades que decorrem de uma distribuição desigual das tarefas domésticas.

A falta de traço significativo, na jurisprudência publicada, de aplicação do mecanismo reformado, volvidos mais de 10 anos sobre a sua entrada em vigor parece ser disso testemunha.

3.3. A Obrigação de Alimentos

Tradicionalmente, a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges⁷² servia uma multiplicidade de funções que ultrapassavam em muito o desempenho de um mero fim assistencial ou alimentar.

Na verdade, à luz do regime anterior à reforma de 2008, para além da concretização de uma ideia de solidariedade que se prolongava para o período pós-conjugal em homenagem à comunhão de vida pretérita, ganhava protagonismo a ideia de prossecução de um objetivo sancionatório. No regime anterior, em que se consagrava o divórcio-sanção assente (como causa autónoma do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, nos termos da anterior redação do artigo 1779.º) na violação culposa dos deveres conjugais e em que se previa, como regra, a emissão, na ação de divórcio, de uma declaração de culpa do cônjuge único ou principal culpado pelo fim do casamento, tal repercutia-se no regime jurídico da obrigação de alimentos

deste último. Como deixámos dito na nota anterior não estamos convencidos da valia absoluta desse argumento.

⁷⁰ Afastando-se do objetivo que se propalava nos trabalhos preparatórios e a que nos referimos *supra* na nota 64.

⁷¹ O Presidente da República então em funções destacou as dificuldades que a aplicação do novo regime parecia arrastar na mensagem que dirigiu à Assembleia da República a propósito da promulgação do diploma que alterava o Regime Jurídico do Divórcio. Veja-se ANÍBAL CAVACO SILVA, *Roteiros III. Intervenções do Presidente da República no ano de 2008-2009*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2009, n.º 5, 6 e 7, pp. 319 e 320. Apontando as debilidades da solução consagrada, veja-se CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª edição, Almedina, 2009, pp. 50 e ss, RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das Responsabilidades parentais*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 45 e ss, e TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *O Divórcio e questões conexas. Regime Jurídico Actual*, Lisboa, Quid Iuris, 2011, pp. 109 e ss.

⁷² Sobre a obrigação de alimentos, veja-se, para além das referências bibliográficas constante da nota 63, MARIA JOÃO TOMÉ, Reflexões sobre a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 625 e ss; PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, pp. 770 e ss; RITA LOBO XAVIER, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, pp. 38 e ss; TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *O Divórcio e questões conexas. Regime Jurídico Actual*, 3.ª edição, Lisboa, Quid Iuris, 2011, pp. 91 e ss.

entre ex-cônjuges no período posterior ao decretamento do divórcio. Na verdade, a própria legitimidade para requerer alimentos dependia, em princípio, do sentido da referida declaração de culpa. Assim, podia apenas, em regra, peticionar alimentos o cônjuge não culpado ou menos culpado pela dissolução do casamento por divórcio.

Associada à função sancionatória de que falamos surgia também um outro reflexo da ideia de culpa ou de mais culpa que se imputava ao ex-cônjuge devedor de alimentos em contraposição à falta de culpa ou à menor medida de culpa do cônjuge credor dos alimentos. Falamos do reflexo ao nível do *quantum* da pensão de alimentos. Na verdade, tributária da ideia de culpa de um dos cônjuges para o fim do casamento, defendia-se doutrinalmente e os nossos Tribunais aplicavam nas suas decisões, uma medida de alimentos que correspondia à manutenção, para o credor deles, do nível de vida que tinha antes do divórcio. Desta forma, por via deste iter de raciocínio, o ex-cônjuge credor poderia continuar a beneficiar da riqueza que o seu ex-consorte continuasse a adquirir depois do fim do casamento, muitas vezes por força de causas formadas na sua constância. Para essa riqueza assim adquirida (e distribuída) *ex post facto* poderia ter sido decisiva a oneração (exclusiva ou principal) do outro ex-cônjuge, agora credor de alimentos, com as tarefas domésticas.

O legislador cortou cerce a possibilidade de se alcançar, através da obrigação de alimentos, de modo indireto, esse resultado, dado que, no n.º 3 do artigo 2016.º-A, na sequência da reforma de 2008, hoje se prevê que “o cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio”.

De qualquer modo, também tradicionalmente, se assinalou à obrigação de alimentos uma função de compensação de desequilíbrios produzidos na vigência do casamento e de distribuição da riqueza obtida por força de factos constitutivos ocorridos no mesmo período. Sabemos que estas últimas funções podem continuar a ser prosseguidas. Note-se, aliás, que, de entre as circunstâncias que, segundo o n.º 1 do artigo 2016.ºA devem ser atendidas para determinar o montante da obrigação de alimentos, consta “a colaboração prestada à economia do casal” pelo ex-cônjuge que peticiona os alimentos. Pode (deve), portanto, atentar-se na dedicação que esse ex-cônjuge tenha devotado, no passado, às lides domésticas e de cuidado da família. Pode, por isso, esse ex-cônjuge peticionar alimentos, sendo hoje reconhecida a qualquer dos cônjuges independentemente do tipo de divórcio a legitimidade para os requerer (n.º 2 do artigo 2016.º).

Note-se, no entanto, que o sentido da reforma aponta para um objetivo de atenuar o funcionamento da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges. Esse sentido pode ser extraído, não só da norma já referida do n.º 3 do artigo 2016.º-A, mas sobretudo da acentuação do princípio de auto-suficiência

dos cônjuges que o legislador decidiu reforçar⁷³ ao vertê-lo no n.º 1 do artigo 2016.º (“Cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio”)⁷⁴. Fica, portanto, claro que a obrigação de alimentos será convocada a desempenhar uma função assistencial de um ex-cônjuge somente em casos de necessidade alimentar que não possam ser resolvidos autonomamente pelo sujeito carecido de alimentos. Conclui-se, assim, que a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges tem um caráter excecional.

Em qualquer caso, a prossecução da finalidade compensatória a que nos vimos referindo, ficará dependente de o cônjuge que desempenhou, exclusiva ou mais acentuadamente, as tarefas domésticas, carecer de alimentos. Na verdade, a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges está sujeita à verificação dos requisitos gerais de que depende a afirmação de uma obrigação alimentar, a saber as possibilidades de o devedor prestar alimentos e a necessidade de alimentos do seu credor⁷⁵.

Parece-nos, pois, que a obrigação de alimentos, podendo contribuir para corrigir os desequilíbrios detetados, não garante, necessariamente, a adequada solução para o problema colocado, mais ainda, na configuração presente, à luz do regime reformado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

4. As respostas de direito civil comum

Depois do périplo pelos mecanismos de direito matrimonial, constatámos a insuficiência dos mesmos para corrigir os efeitos resultantes de uma distribuição desigual no despenho das tarefas domésticas e que podem consubstanciar resultados patrimoniais atentatórios da igualdade material que, na relação matrimonial, deve ser garantida. Não podemos terminar este nosso trabalho, sem considerar, ainda que muito brevemente, a valia dos instrumentos de direito civil comum para a prossecução do mesmo objetivo.

A consideração, aliás, desses outros instrumentos que não foram precipuamente configurados para serem aplicados no âmbito de uma relação matrimonial está, aliás, em linha com o movimento, que se deteta no denominado direito da família horizontal – em que se insere a disciplina jurídica

⁷³ Já resultaria, desde logo, das disposições gerais aplicáveis à obrigação de alimentos, se se atentar no disposto no n.º 2 do artigo 2004.º.

⁷⁴ No mesmo sentido aponta a ideia de concentração temporal do funcionamento da obrigação de alimentos, ideia que, não tendo sido vertida em letra de forma, corresponde, no entanto, ao ideário de “*clean break*” que a reforma de 2008 procurou satisfazer. Para além da excecionalidade de que se reveste o reconhecimento do direito a alimentos entre ex-cônjuges, como se refere em texto, o novo regime aponta para a sua natureza subsidiária e para o caráter transitório do direito a alimentos. Veja-se, nesse sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de março de 2016 (Processo 2836/13.3TBCSC.L1.S1), acessível na base de dados no endereço www.dgsi.pt.

⁷⁵ Para a aferição das necessidades dever-se-á atender ao resultado patrimonial da partilha e do crédito compensatório.

do casamento –, de aproximação às soluções de direito civil comum⁷⁶. Trata-se, aliás, de um fenómeno que constitui reação ao recuo das respostas especiais de direito da família para problemas carecidos de solução jurídica⁷⁷.

De entre as soluções de direito civil comum que podem ser convocados no âmbito agora em análise está, por um lado, a responsabilidade civil e, por outro lado, o enriquecimento sem causa. Vamos considerá-los, de uma forma brevíssima e por essa ordem fazendo assim jus à natureza subsidiária do último instituto.

Sabemos, hoje, que não há óbices de monta à aplicação da responsabilidade civil no âmbito familiar. Aliás, na reforma de 2008, o legislador veio afirmar no n.º 1 do artigo 1792.º que “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”.

Divergências existem, antes, quanto ao exato alcance desta norma, havendo uma parte da doutrina que entende que ela aponta apenas para a aplicação do regime da responsabilidade extracontratual⁷⁸. Assim sendo, para que um (ex)cônjuge demande com sucesso o outro, peticionando uma indemnização, tornar-se-á necessário que o primeiro demonstre os factos de que o n.º 1 do artigo 483.º faz depender a constituição de um direito indemnizatório. Para o propósito em análise, destaca-se a necessidade da verificação (demonstração) da prática um ato ilícito delitual pelo ex-cônjuge que se pretende responsabilizar. Assim, haverá que identificar um ato (que pode ser omissivo) adotado pelo mesmo que traduza uma violação de um direito absoluto do outro ex-cônjuge, ou a violação de uma norma de proteção ou, finalmente, um ato que possa ser qualificado como abusivo relevando nos termos do artigo 334.º.

Outra parte da doutrina⁷⁹ admite, no entanto, que não há qualquer impedimento ao funcionamento da responsabilidade contratual (artigo 798.º), pelo que o pedido de ressarcimento se poderá fundar também na violação dos deveres conjugais pelo outro cônjuge. Assim, o pedido poderá proceder se, para além dos outros requisitos, se demonstrar que a inexistência ou me-

⁷⁶ Fomos confrontados com esse fenómeno no nosso *Convenções Matrimoniais*. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento, em especial pp. 424.

⁷⁷ Veja-se o nosso *A responsabilidade Civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais?*, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (2.ª Secção) de 12.5.2016, Proc. 2325/12.3TVLSB.L1.S1, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 61, abril/junho de 2018, pp. 55 e ss..

⁷⁸ Neste sentido, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO nas páginas da *Revista de Legislação e Jurisprudência*. “S.T.J. – Acórdão de 12 de maio de 2016: Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, pp. 54 e ss e “Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais”, pré-publicação in <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violac%CC%A7a%CC%83o-dos-deveres-conjugais.pdf>.

⁷⁹ Nesse sentido, veja-se, o nosso entendimento exposto em *A responsabilidade Civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais?*, pp. 52 e ss, com abundantes referências bibliográficas.

nor dedicação do outro cônjuge nas tarefas de cuidado do lar ou da família consubstancia a violação de um dever conjugal a cujo cumprimento ambos os cônjuges estão vinculados (artigo 1672.º). Pode ocorrer que assim seja, verificando-se, desde logo, uma violação do dever de assistência (artigo 1676.º) por esse cônjuge.

Finalmente, se nenhum dos institutos acima considerados permitir corrigir os resultados patrimoniais resultantes de uma desigual oneração dos cônjuges com as tarefas de cuidado do lar e da família, não pode afastar-se a consideração da aplicação, também nesta área, do regime do enriquecimento sem causa regulado nos artigos 473.º e ss⁸⁰.

Necessário se tornará averiguar se existe um enriquecimento (que se manifeste atualmente) do ex-cônjuge que se dedicou menos às tarefas domésticas e de cuidado familiar e se se pode afirmar que esse enriquecimento se deu à custa do outro ex-cônjuge que se dedicou maioritariamente a essas mesmas tarefas. É necessário ainda aferir se tal resultado patrimonial carece de causa justificativa à luz da correta ordenação dos bens jurídicos, no que irá contida uma apreciação global para o que se convocarão também os valores que o direito da família visa servir.

Atentando na natureza subsidiária do instituto haverá também que ter presente o disposto no artigo 474.º, importando considerar, nesse juízo, os outros mecanismos (de que já falámos) que podem permitir a correção dos resultados patrimoniais que sejam tidos por indevidos. É preciso concluir que não deve negar-se correção à parte desses resultados que escape às malhas desses outros institutos.

Trata-se de uma tarefa complexa e no seu âmbito não pode ser olvidada a complexidade da *causa familiar*⁸¹. Como já o dissemos noutra estudo "as deslocações patrimoniais, no seio da relação matrimonial, têm que ser entendidas no âmbito da densa teia de relações que se vai desenvolvendo entre os cônjuges e que assenta nos deveres conjugais que os vinculam. Assim, as atribuições entre os cônjuges serão, em regra, motivadas por uma *causa familiar* que não se confunde com a *causa donandi* característica das liberalidades, nem se pode reconduzir a uma *causa solvendi* geral, antes merecendo um tratamento autónomo radicado na regulação concreta das relações recíprocas dos cônjuges advenientes da convivência conjugal". Desta especificidade podem resultar dificuldades para a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa neste domínio e a afirmação de um crédito compensatório por essa via.

⁸⁰ Sobre os requisitos do enriquecimento sem causa em geral, veja-se, com referências bibliográficas abundantes, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, pp. 363 e ss..

⁸¹ Referindo-se à especificidade da causa familiar, vide CINZIA CRIACO, *Liberalità e rapporti patrimoniali tra coniugi*, Milão, Giuffrè Editore, 2008, pp. 101 e ss.

5. Observações Conclusivas

Apesar da consagração constitucional da vigência do princípio da igualdade no âmbito matrimonial, especialmente, *ex vi* do artigo 36.º da CRP e da correspondente reforma do direito positivo ordinário para corresponder a essa diretriz constitucional, os dados empíricos permitem concluir que há ainda uma grande distância entre o plano jurídico e o plano dos factos.

Na verdade, constata-se ainda, frequentemente, uma considerável diferença no tempo dedicado ao desempenho das tarefas domésticas de cuidado do lar e da família entre ambos os cônjuges. Nos casamentos formados por pessoas de sexo diferente, existe ainda uma considerável oneração do cônjuge do sexo feminino com esse trabalho doméstico não remunerado. Tal realidade demanda uma resposta por parte do direito.

A reflexão sobre as desvantagens geradas pelo casamento e distribuídas desigualmente pelas esferas jurídicas dos cônjuges ganha um relevo particular no contexto social presente em que há um enfraquecimento da estabilidade das relações matrimoniais. Com o desaparecimento da violação culposa dos deveres conjugais como fundamento autónomo do divórcio, e com a alteração da configuração dos efeitos jurídicos que a ele se associavam, deu-se a fragilização da eficácia dos mecanismos jurídicos que, tradicionalmente, promoviam a correção de algumas desvantagens geradas pelo casamento.

Nas últimas décadas ganha protagonismo na definição da evolução do direito da família a ideia de promoção da igualdade material entre os cônjuges, traduzida desde logo numa divisão igual entre ambos das vantagens e desvantagens geradas pelo casamento. Esta ideia deve, pois, ser chamada a iluminar o direito positivo e a reformá-lo, quando se revele necessário, para que se consigam corrigir os resultados patrimoniais indevidos, porque atentatórios do princípio da igualdade.

O périplo que fizemos pelos instrumentos jurídicos que o nosso ordenamento jurídico contém para responder ao problema detetado permite-nos concluir que ainda não se encontrou solução bastante para o desafio da (difícil) concretização da igualdade material entre os cônjuges.