



DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO: REFLEXÕES EM TORNO DA LEI Nº. 38/2018, DE 07 DE AGOSTO

Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa¹

RESUMO

O estudo que se apresenta pretende refletir sobre a existência de um pretense direito à autodeterminação da identidade de gênero. Recorrendo à noção de direito subjetivo e ao fundamento ético-axiológico do mesmo, concluiremos que este é um não-direito, tanto quanto surge revestido de um pendor ideológico que contraria a intencionalidade e a matriz da juridicidade. Além disso, o referido direito não tem em consideração direitos fundamentais de terceiros.

Palavras-chave: Direito à identidade de gênero. Direito à autodeterminação da identidade de gênero. Direito à identidade sexual. Ideologia de gênero.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº. 38/2018, de 07 de agosto, vem estabelecer o direito à autodeterminação da identidade de gênero, e expressão de gênero, e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa, nos termos do artigo 1º do citado diploma. Nas páginas que se seguem, pretendemos refletir sobre alguns dos tópicos mais controversos da nossa legislação.

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Designadamente, tentaremos perceber em que medida o direito que se pretende consagrar existe efetivamente.

É que os direitos subjetivos que sejam direitos de personalidade não podem resultar de uma construção artificiosa 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 não de ser expressão do entendimento antropológico e da valoração axiológico 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 gênero é, efetivamente, um direito no sentido próprio do termo. Para tanto, é relevante tecer algumas considerações acerca da ideologia que parece estar subjacente à nova disciplina normativa.

2 O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DA IDENTIDADE DO GÊNERO NA LEI Nº 38/2018

A Lei nº. 38/2018 consagra duas dimensões do direito à identidade do gênero: uma dimensão negativa e uma dimensão positiva. A dimensão negativa traduz-se na proibição de discriminação. Nos termos do artigo 2º, nº. 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 gênero e expressão de gênero 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 gênero, expressão de gênero e das características sexuais².

A dimensão positiva diz respeito ao chamado *direito à autodeterminação da identidade do gênero*, que é, nos termos do nº. 1 do artigo 3º: “assegurado, designadamente, mediante o livre desenvolvimento da respetiva personalidade de acordo com a sua identidade e expressão de gênero”.

² 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 gênero), como também o efetivo e positivo direito à autodeterminação do gênero. Cf. artigo 12º/1 al. b), c) e d).

Este direito à autodeterminação da identidade do gênero envolve inúmeros direitos que se reconduzem ao seu núcleo predicativo. O artigo 3º, nº. 2, da Lei nº. 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 gênero 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 gênero 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 gênero, que com aquele não tem de coincidir. Daí que, o que nos permite afirmar que o diploma em análise surge eivado pela ideologia do gênero que haveremos de caracterizar, se o sujeito manifestar uma identidade de gênero 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 gênero adotada.

Vai-se, porém, mais longe e admite-se, nos termos do artigo 6º e seguintes da Lei nº. 38/2018, o reconhecimento judicial da identidade de gênero. Nos termos do artigo 7º, nº. 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 gênero não corresponda ao sexo atribuído à nascença, na formulação da lei³.

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-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

³ A lei fala em interditos e inabilitados por anomalia psíquica. Contudo, a lei n.º49/2018, 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.

inscrito na Ordem dos Psicólogos, que ateste a sua capacidade de decisão e a vontade informada⁴.

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 gênero. Quanto a estes, dispõe também o artigo 5º da Lei nº. 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 gênero.

Embora, nos termos do artigo 11, nº. 1, da Lei nº. 38/2018, o Estado deva garantir o acesso, a quem o solicitar, de serviços de referência ou de unidades especializadas do Serviço Nacional de Saúde para efeito de tratamentos ou intervenções cirúrgicas que tenham por objetivo fazer corresponder o corpo à identidade de gênero 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 gênero.

3 EXISTE UM DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DO GÊNERO?

⁴ 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.

A Lei nº. 38/2018, de 07 de agosto (Lei da Identidade do Gênero), 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 identidade de gênero e expressão de gênero 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 gênero, expressão de gênero 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 gênero 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 gênero?

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 (CORDEIRO, 2004, 335; CORDEIRO, 2011, 405).

Sendo a determinação do sexo feita, ao nível cromossomático, no momento da concepção, ela é irreversível (CORDEIRO, 2004, 335, CORDEIRO 2011, 405), 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” (CORDEIRO, 2004, 334, CORDEIRO 2011, 415), que se repercute ao nível biológico e psicológico e releva ao nível profissional e social⁵.

Trata-se, portanto, de um aspeto identitário do indivíduo que o direito acolhe e não pode, nem deve modificar. 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 personalidade (SOUSA, 2011, 325); 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 psicológico (CORDEIRO, 2011, 416). 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 efeito (CORDEIRO, 2011, 416).

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

⁵ Menezes Cordeiro fala-nos, a este nível, de diversas componentes do sexo: cromossomático; morfológico ou anatómico; hormonal; psicológico e social – cf. CORDEIRO, 2004, 335, CORDEIRO 2011, 415.

O diagnóstico de perturbação de identidade de gênero, 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.º 38/2018, de 07 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.º 13343/87, 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 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 francófona⁶.

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 nome⁷.

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 gênero que escolheu, podendo ser reconhecida como mulher e podendo viver numa união de facto com outra⁸. Considerar-se-ia, portanto, inconstitucional a exigência da inexistência de um vínculo

⁶ Cf., sobre o ponto, CORDEIRO (2004), 347; CORDEIRO (2011), 417 s. e *Cour de Cassation*, 11 de Dezembro de 1992.

⁷ Cf. CORDEIRO (2004), 347; CORDEIRO (2011), 419.

⁸ Cf. DUNNE/MULDER (2018), 632.

matrimonial⁹. Também a decisão de 11 de janeiro de 2011¹⁰ 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 anos¹¹.

O ordenamento jurídico alemão foi, ainda, mais longe na dissociação entre sexo e gênero. Se a *Personenstandsgesetz*, no §22/3, permitia que as crianças 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)¹². Este gênero neutro diz respeito a pessoas que nascem com características que não se encaixam na definição do sexo feminino ou do sexo masculino¹³. 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 sexual¹⁴. 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 personalidade¹⁵, e o direito à não discriminação em função do sexo¹⁶. Acolhe-

⁹ Cf., em apreciação, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Report on reform of the Transsexuals Act*, Berlim, 2017, 7.

¹⁰ BVerfGE 128, 109.

¹¹ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Report on reform of the Transsexuals Act*, Berlim, 2017, 6 s.

¹² ww.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. DUNNE/MULDER (2018), 628 s.

¹³ 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. DUNNE (2016), 4 s.

¹⁴ DUNNE/MULDER (2018), 628 s.

¹⁵ 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

se, portanto, não só uma visão não binária do sexo, mas também uma visão não binária da identidade de gênero¹⁷.

O movimento germânico em torno da identidade do gênero 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 fundamentais¹⁸. 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 sujeito¹⁹.

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 gênero, 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 gênero²⁰.

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.

No âmbito do direito civil, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é analisado como uma das dimensões do direito geral de personalidade. Assim, SOUSA (2011), 352.

Sobre o ponto, cf., igualmente, MIRANDA/ MEDEIROS (2005), 286.

Para uma crítica à perspetiva de identificação entre o desenvolvimento da personalidade e a autonomia, por considerar (e bem) que ela implica tomar a parte pelo todo, confundindo-se um fim pessoal (a plenitude da pessoa) com um dos meios de a alcançar (a liberdade), e por entender que o tratamento oferecido ao direito em questão padece de um hipersubjectivismo que acaba conduzir à destruição do próprio ser, cf. Tomás Prieto ÁLVAREZ, “¿A qué «desarrollo de la personalidad» se refiere el artículo 10.1 de la constitución española?”, ainda em fase de publicação (pelo que se agradece ao autor a possibilidade de consulta de tão importante artigo). Veja-se, igualmente, MALDONADO (2012), 753 s.

¹⁶ 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, DUNNE/MULDER (2018), 626 s.

¹⁷ DUNNE/MULDER (2018), 634.

¹⁸ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Report on reform of the Transsexuals Act*, 7.

¹⁹ 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.

²⁰ Pode ler-se no Relatório tendente à reforma da *Transsexuellengesetz*, na Alemanha, que:

3.2 Da identidade sexual à identidade de gênero: 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” (CHARRO, 2016, 133 s.).

Enquanto o sexo é algo imutável, pelo menos na sua dimensão cromossômica, apontando-nos para uma dimensão natural, genética, biológica, fisiológica, hormonal, o gênero corresponde a uma representação cultural e social, sendo elaborado de maneira convencional, pelo que é mutável e transitório (CHARRO, 2016, 136)²¹. 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 complementares (CHARRO, 2016, 135-6). Cada um, absolutamente livre, deve viver de acordo com as suas pulsões, elegendo para si “uma ou outra coisa como natureza sua” (CHARRO, 2016, 137).

Para Maria Calvo Charro, que aqui acompanhamos de muito perto, a ideologia subjacente à identidade de gênero 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 vida (CHARRO, 2016, 137). Ser homem e ser mulher deixam de ter um sentido objetivo e real, para passarem a ser construções sociais feitas segundo estereótipos (CHARRO, 2016, 138), de tal modo que o gênero 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,

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, Berlin, 2017, 5-6).

²¹Referindo-se à imutabilidade do sexo cromossômico e referindo-se que a alteração do sexo anatómico corresponde a uma mutilação, cf. CORDEIRO (2011), 351.

com a abolição de qualquer norma moral que impeça o domínio absoluto da liberdade e da técnica (CHARRO, 2016, 148), os ideólogos do gênero deixam de procurar, apenas, a igualdade perante a lei, para buscarem, também, a igualdade biológica, algo que está fora do direito (CHARRO, 2016, 148).

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 cromossômica e anatômica com que nasceu. Cada um pode escolher configurar-se sexualmente como quiser e viver de acordo com essa configuração (CHARRO, 2016, 139). 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 gênero e, mais do que a defesa da não discriminação, deveria conduzir, na busca do (super-)homem novo, 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 ético (ÁLVARES PRIETO/SANCHÉZ, 2016, 163 s., 171, 172).

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 gênero e do direito à autodeterminação da identidade do gênero. 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 gênero, não se protege um aspeto conatural do ser humano, mas permite-se ao sujeito que se configure sexualmente, independentemente do seu sexo cromossômico e anatômico. 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 fundamentador 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 gênero como direitos 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 gênero se compatibilizam com o fundamento do reconhecimento dos direitos de personalidade.

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 contundentemente (CAMPOS, 2004, 110). 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 (CAMPOS, 2004, 110).

Simplemente, como explica, havia, à época, uma menor necessidade de tutela, fruto da compreensão do cosmos como uma ordem iluminada por Deus como causa suprema (CAMPOS, 2004, 112):

O outro, também elemento dessa ordem, era visto não como um limite ao eu, mas como um elemento solidário, colaborante do eu, imprescindível para a realização humana e a salvação espiritual de cada um (...) Direitos de personalidade, nesta

época? Antes deveres de cada um para com Deus, para com a família, para com os superiores, para com todos os outros. Cada ser humano representava-se como um espaço aberto a todos os outros, solidário para com estes, comunicando incessantemente (CAMPOS, 2004, 117).

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 cidadãos (CAMPOS, 2004, 121), e, nessa medida, urgia restabelecer um limite “a luta contra a onipotência legislativa do soberano absoluto da Idade Moderna levou à invenção dos direitos de personalidade, enquanto direitos naturais, meta-positivos” (CAMPOS, 2004, 123).

Dito de uma forma mais direta, a suposta neutralidade do direito, convertido em pura forma, a recusa de qualquer fundamento transpositivo e transtextual, 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.

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, perceber que os direitos de personalidade são reconhecidos (e não atribuídos) 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.

Ora, 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 eutanásia, 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* (NEVES, 1967, 725). 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 axiologia (NEVES, 1995,

287-310)²², 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 inexistência de um direito à autodeterminação e à identidade do gênero

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 gênero 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 gênero 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 pretensão²³.

²² Cf. também NEVES, 1994, 273.

²³ Embora num momento temporal anterior à aprovação da Lei n.º38/2018, cf. MIRANDA/MEDEIROS (2005), 285, considerando que: “na 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 gênero que pode não corresponder ao sexo anatómico e cromossômico.

Na verdade, não é possível considerar o direito à identidade de gênero enquanto dimensão do direito geral de personalidade, já que a ideia de gênero 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 falece²⁴. 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” (SOUSA, 2011, 352 s.), ou, de acordo com o verbo de Pais de Vasconcelos, o poder que cada ser humano tem de se autoconstituir (VASCONCELOS, 2006, 74). 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” (VASCONCELOS, 2006, 75). Ora, no que tange ao suposto direito à autodeterminação da identidade do gênero, 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.º 38/2018, de 07 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 gênero ao desenvolvimento de uma qualidade inerente ao modo de ser do sujeito²⁵.

Por outro lado, a lei pode ser fonte de graves problemas. Embora por referência a um quadro normativo diverso, Menezes Cordeiro questionava como resolver, no que respeita à

²⁴ Como vimos, na Alemanha, a invocação dos dois direitos acaba por, do ponto de vista constitucional, ser idêntica.

²⁵ CORDEIRO (2011), 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”.

Como ensina Oliveira Ascensão, o livre desenvolvimento da personalidade implica que o homem, no uso da sua liberdade responsável, se forma a si mesmo, desenvolvendo potencialidades que traz consigo. Ora, tal, por sua vez, pressupõe que a personalidade desenvolvida é positivamente valorada, não resultando do arbítrio do sujeito – cf. ASCENSÃO (2010), 50 s. Percebe-se, assim, que não é possível falar em desenvolvimento da personalidade, quando, ao nível da identidade de gênero, não se desenvolve uma potencialidade inerente ao sujeito, mas se altera a identidade sexual por arbitrária decisão da pessoa.

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 outro²⁶.

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 gênero) 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 profissional²⁷. 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 direitos de terceiros e a sujeitá-los a situações lesivas, sem que para isso haja fundamento bastante?

²⁶ CORDEIRO, 2004, 351; CORDEIRO, 2011, 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?.

²⁷ CORDEIRO, 2004, 351; CORDEIRO, 2011, 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.

4 CONCLUSÕES

A necessária compreensão do direito subjetivo à luz da axiologia que o fundamenta, a par da ancoragem ontológica que não pode ser esquecida, impede-nos de falar de um direito à autodeterminação da identidade de gênero em sentido próprio. Ademais, a proteção que o direito confere ao sexo e à identidade sexual tem implicações em relação a terceiros, que não podem ser ignoradas, pelo que não pode ser a mera vontade arbitrária do sujeito a determinar uma qualquer alteração do sexo morfológico.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ PRIETO, Tomas/ SÁEZ Antínio José Sánchez. Ideologia de gênero y libertad ideológica: estudio crítico de las recientes leyes autonómicas sobre orientación e identidad sexual. In ALVARES PRIETO, Tomas. **Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género**, Granada: Editorial Comares. 2016

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. In Aa.Vv. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque*, II. Coimbra: Coimbra Editora. 2010

CAMPOS, Diogo Leite. O direito e os direitos da personalidade. In CAMPOS, Diogo Leite. **Nós – Estudo sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina. 2004

CHARRO, Maria Calvo. La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia. In ALVARES PRIETO, Tomas. **Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género**, Granada: Editorial Comares. 2016

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, III**. Coimbra: Almedina, 2004

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil, IV**. Coimbra: Almedina, 2011

DUNNE, Peter. Enhancing sexual orientation and gender-identity protections in Strasbourg. **In The Cambridge Law Journal**. vol. 75, 1, p. 4-8, 2016

DUNNE, Peter/MULDER, July. Beyond the binary: towards a third sex category in Germany? **In German Law Journal**, v. 19, issue 3, p. 627-648, 2018

MALDONADO, Alejandro Ordóñez. Personalismo, livre desarrollo de la personalidad y disolución del bien común. **In Verbo**. v. 509-510, p. 753-778, 2012

MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora. 2005

NEVES, António Castanheira. **Questão de facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)**. A Crise. Coimbra: Almedina. 1967

NEVES, António Castanheira. O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito. In NEVES, António Castanheira. **Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outro**. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora. 1995

NEVES, António Castanheira. **O problema actual do direito. Um curso de Filosofia do Direito**. Coimbra-Lisboa: Faculdade de Coimbra. 1994

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O Direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina. 2006.

**SELF-DETERMINATION OF GENDER IDENTITY: REFLECTIONS TROUGH
LAW NO. 38/2018, OF THE 7TH OF AUGUST 2018****ABSTRACT**

The present paper intends to reflect on the existence of an alleged right to self-determination of gender identity. Taking into consideration the concept of subjective right and its axiological foundations, we conclude that such right does not exist, as much as it comes with an ideological basis that goes against the axiological intentionality of the juridical order. Furthermore, such alleged right does not take into account fundamental rights of third parties.

Keywords: right to gender identity. Right to self-determination of gender identity. Right to sexual identity. Gender ideology.