

Reserva de lei parlamentar e autodeterminação de género
- Comentário ao Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional

Statutory reservations and gender self-determination
- Commentary on the Case 474/2021 of the Constitutional Court

Gonçalo Fabião

Vol. 10 No. 2
novembro 2023
e-publica.pt

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

fct Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

RESERVA DE LEI PARLAMENTAR E AUTODETERMINAÇÃO DE GÉNERO

- COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO N.º 474/2021 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STATUTORY RESERVATIONS AND GENDER SELF-DETERMINATION
- COMMENTARY ON THE CASE 474/2021 OF THE CONSTITUTIONAL COURT

GONÇALO FABIÃO¹

Assistente convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Investigador integrado assistente no Lisbon Public Law

Membro do Lisbon Legal Theory

goncalofabiao@fd.ulisboa.pt

Resumo: No Acórdão n.º 474/2021, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de normas sobre o direito fundamental à autodeterminação de género fundamentando-se na reserva de lei parlamentar. Neste artigo procura-se esclarecer o que compreende a reserva de lei parlamentar e, a partir daí, confrontar a decisão do Tribunal Constitucional com um conjunto de argumentos jurídicos que aquele não considerou na sua decisão.

Palavras-chave: reserva de lei; direitos fundamentais; direito à autodeterminação de género.

Abstract: In Case 474/2021, the Constitutional Court declared the unconstitutionality with general binding force of norms on the fundamental right to gender self-determination based on the statutory reservation clause. This paper aims to clarify what the statutory reservation clause comprises and, from there, to confront the decision of the Constitutional Court with a set of legal arguments that it did not consider.

Keywords: statutory reservations; fundamental rights; right to gender self-determination.

¹ Gonçalo Fabião agradece o apoio da FCT - Fundação para a Ciência e Tecnologia, I.P., através de fundos nacionais, para desenvolvimento da sua investigação no âmbito da Bolsa de Doutoramento com a referência UI/BD/154453/2022.

1. O caso

Um grupo de 86 deputados da Assembleia da República requereu² a declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas constantes dos n.ºs 1 e 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto.

A referida lei estabelece o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa³ (artigo 1.º da Lei n.º 38/2018). Consubstancia, por isso, uma regulação de direitos fundamentais, em especial, do direito ao desenvolvimento da personalidade, previsto no n.º 1 do artigo 26.º da Constituição^{4/5}. A referida regulação concretiza-se através de medidas legislativas que visam a conformação e a materialização do referido direito fundamental⁶.

A conformação, que implica “a criação de complexos normativos e de institutos jurídicos que conferem a exequibilidade ou aplicabilidade prática” dos direitos fundamentais (Novais, 2010: 181-82), é discernível, por exemplo, pelo procedimento de reconhecimento jurídico da identidade de género (artigos 6.º a 10.º da Lei n.º 38/2018). A aprovação deste tipo de normas é a manifestação do cumprimento de uma dimensão positiva do dever de respeito pelos direitos fundamentais que impende sobre o Estado (Novais, 2017b: 310-12).

A materialização manifesta-se, na presente lei, designadamente pelo conjunto de medidas que pretendem proteger contra a lesão do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, concretizado no direito à autodeterminação de género, por terceiros (Novais, 2010: 180). É o caso do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, que contém um conjunto de medidas que visam a proteção contra a lesão do direito à autodeterminação de género por terceiros. A aprovação destas medidas, enquanto materialização de um direito fundamental, é uma conduta devida⁷ do Estado ao abrigo do dever de proteção dos direitos fundamentais (Novais, 2018: 215 ss.).

Foi precisamente a propósito da materialização do direito fundamental que foram suscitadas, pelo grupo de 86 deputados, as questões de constitucionalidade. O objeto do pedido compreende os n.ºs 1 e 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, que rezam o seguinte:

² Fê-lo com a legitimidade prevista na alínea f) do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição.

³ Doravante este direito será referido por *direito à autodeterminação de género*.

⁴ Utiliza-se a expressão *regulação* no sentido dado por Jorge Reis Novais, i.e., de maneira a abranger qualquer atuação do Estado sobre um direito fundamental (2010: 178).

⁵ Quando seja citado um enunciado normativo sem referência ao seu ato jurídico, deve entender-se que pertence à Constituição.

⁶ Segue-se a terminologia de Jorge Reis Novais (2010: 180-82).

⁷ A conduta é devida, no sentido de se tratar de uma instanciação do dever de proteção. Não se quer com isto afirmar que há um desligamento da materialização de direitos fundamentais de uma avaliação e ponderação políticas sobre o como dessa materialização. Por outras palavras, a materialização é constitucionalmente devida; o como da materialização é matéria de avaliação e ponderação políticas. Referindo uma reserva do politicamente adequado, veja-se Novais (2018: 218).

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 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.

O referido grupo de deputados fundamentou o seu pedido em duas alegadas inconstitucionalidades: uma material e outra orgânica.

A inconstitucionalidade material residiria no n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018 e resultaria da violação da proibição de programar a educação segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas, constante do n.º 2 do artigo 43.º da Constituição. No entender daqueles deputados, “ao atribuir ao Estado o dever de garantir a adoção de medidas no sistema educativo, em todos os níveis de ensino e ciclos de estudo, que promovam o exercício do direito a autodeterminação da identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais das pessoas está a programar a educação segundo

diretrizes filosóficas, políticas e ideológicas, violando flagrantemente o artigo 43.º, n.º 2 da Constituição”⁸.

A inconstitucionalidade orgânica residiria nos n.ºs 1 e 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018 e resultaria da violação do princípio da determinabilidade, decorrente do princípio da reserva de lei parlamentar, previsto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º conjugado com o n.º 2 do artigo 18.º, que estabelece uma reserva de ato legislativo para as restrições a direitos, liberdades e garantias. Aqueles deputados entendem que “o artigo 12.º da Lei n.º 38/2018 é excessivamente vago e ambíguo sobre os limites e contornos das «medidas de prevenção e de combate», «mecanismos de deteção e intervenção», «condições para uma proteção adequada», ou sobre «formação adequada”, pelo que o mesmo artigo não ofereceria “uma medida jurídica apta a fixar orientações com densidade suficiente para balizar a adoção pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas da igualdade de género e da educação das medidas administrativas a adotar no prazo de 180 dias.”⁹

2. A decisão

O Tribunal Constitucional entendeu apreciar apenas a alegada inconstitucionalidade orgânica, por considerá-la uma questão prévia à apreciação da alegada inconstitucionalidade material¹⁰. Por ter concluído pela inconstitucionalidade das normas constantes dos n.ºs 1 e 3 da Lei n.º 38/2018, o Tribunal Constitucional nem chegou a apreciar a compatibilidade das normas com proibição de programar a educação segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas, constante do n.º 2 do artigo 43.º da Constituição.

⁸ Veja-se o ponto 33 constante do ponto 2 do relatório do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional.

⁹ Vejam-se os pontos 46 e 47 do ponto 2 do relatório do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional.

¹⁰ O Tribunal Constitucional considerou haver “toda a propriedade e conveniência em começar a apreciação” pela questão concernente ao fenómeno competencial. Cfr. o ponto 6 da fundamentação do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional.

A fundamentação é contextualizada numa tentativa de afinar conceitos usualmente referidos pela expressão reserva de lei ou por suas variáveis.^{11/12}. Para os efeitos da questão em apreciação, o Tribunal Constitucional identificou a modalidade da reserva de lei parlamentar como a relevante. Assim é, na medida em que o Tribunal Constitucional identifica o direito à autodeterminação de género como uma instanciação dos direitos ao desenvolvimento da personalidade ou à identidade, previstos no n.º 1 do artigo 26.º da Constituição. Trata-se, por isso, de um direito de liberdade, objeto da reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República (alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição).

Ora, na medida em que o n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018 impõe um conjunto de atuações ao Estado no sentido de proteger o direito à autodeterminação de género, e o n.º 3 impõe aos membros do Governo responsáveis pelas áreas da igualdade de género e da educação a aprovação das medidas administrativas necessárias para a implementação do disposto no n.º 1, o Tribunal Constitucional procura “saber se os preceitos legais em causa *não reenviam para o poder regulamentar matéria sob reserva de lei parlamentar*.”¹³

As referidas normas – tanto as do n.º 1 como a do n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018 – foram declaradas inconstitucionais com força obrigatória geral porque, no entender do Tribunal, violam a reserva de lei parlamentar. A argumentação do Tribunal pode resumir-se a quatro ideias, sem prejuízo de ulterior desenvolvimento.

Primeira, os direitos, liberdades e garantias, categoria onde se insere o direito à autodeterminação de género, são uma matéria sujeita à reserva total de lei parlamentar, *i.e.*, uma matéria cuja regulação deve ser completa e exclusivamente objeto de lei da Assembleia da República. Diz o Tribunal

¹¹ É feita uma enumeração de várias modalidades de reserva de lei na jurisprudência constitucional, que consta dos pontos 7 e 8 da fundamentação do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional.

Assim, haveria que distinguir entre reserva de lei formal e reserva de lei material, sendo a primeira o conjunto dos “domínios de vida em que se admite a regulação primária de certa matéria através de regulamento administrativo *habilitado por lei*” e a segunda o conjunto dos “domínios de vida [...] em que se exige que tal regulação conte do próprio ato legislativo.” Contudo, o mesmo Tribunal entende que o significado de reserva de lei material também é referido pela expressão *reserva de lei formal*... Efetivamente, diz o Tribunal Constitucional que o “nível mais exigente – «sob reserva de lei material», na terminologia do citado aresto – é o da *reserva de lei* propriamente dita, segundo a qual o regime material tem de constar de um ato legislativo, ou seja, de lei em sentido formal. Neste último sentido, deve falar-se em reserva de lei *formal*.” Já a reserva de lei material, afinal, não deveria ser entendida enquanto o conjunto de matérias que deveriam ser tratadas por ato legislativo, mas sim por norma jurídica. Finalmente, ainda seria pertinente assinalar um terceiro sentido que o Tribunal Constitucional atribuiu às mesmas expressões – reserva de lei formal e reserva de lei material. A reserva de lei material referiria o conjunto de matérias que só podem ser reguladas por ato legislativo; enquanto a reserva de lei formal referiria o conjunto de matérias que só podem ser reguladas por ato legislativo da Assembleia da República ou ato legislativo autorizado. São usualmente apelidadas respetivamente de reserva de função legislativa e reserva de lei parlamentar. Com esta distinção, cfr. Vaz (2013: 387 ss. e 471 ss.).

¹² Também a doutrina apresenta inúmeras modalidades de reserva de lei. Vejam-se, por exemplo, as classificações em Canotilho (2003: 724 ss.); Vaz (2013); Morais (2015, I: 200 ss.); Miranda (2019: 90 ss.).

¹³ Assim conclui o Tribunal Constitucional no ponto 8 da fundamentação do seu Acórdão n.º 474/2021.

que a “circunstância de o artigo 12.º [da Lei n.º 38/2018] regular o exercício de um direito de liberdade em todos os níveis do sistema educativo constitui, em boa verdade, razão suficiente para se concluir que a *matéria está sob reserva total de lei parlamentar*.”¹⁴ Contudo, o Tribunal admite que a circunstância de se verificar uma reserva total de lei parlamentar não prejudica a aprovação de regulamentos administrativos de execução do regime legal.

Segunda, o conjunto de atuações impostas ao Estado no cumprimento do seu dever de proteção (n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018) é incompleto e indeterminado, uma vez que os tipos de atuações impostas são “*exemplificativos*”, “muito vagos” e atribuem “ao poder regulamentar [...] uma faculdade de decisão largamente discricionária”.

Terceira, a incompletude do conjunto de atuações do Estado é demonstrada pelo conteúdo do Despacho n.º 7247/2019, de 16 de agosto, que, ao abrigo do n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, aprovou as medidas administrativas necessárias para a implementação das medidas de proteção do n.º 1 do mesmo artigo. Assim seria porque o referido despacho chumbou no teste que o Tribunal Constitucional apresentou para discernir se um regulamento administrativo é de execução para efeitos de compatibilização com a reserva total de lei parlamentar. Segundo o teste, “se, perante a questão de saber qual o *regime material* relativo a um certo sector [*sic*] ou objeto incluído na matéria reservada, a resposta encontra-se *também* em instrumentos regulamentares, é certo que estes extravasam o universo restrito da «mera execução» ou «simples execução», invadindo a reserva de lei.”¹⁵

Quarta – e última –, nem mesmo uma versão da teoria da essencialidade¹⁶, que o Tribunal Constitucional prontamente descartou¹⁷, mas acabou a aplicar¹⁸, preveniria a conclusão no sentido da inconstitucionalidade. Segundo o Tribunal Constitucional, “não [há] dúvidas de que as normas constantes nos n.ºs 1 e 3 do artigo 12.º da [Lei n.º 28/2018] são inconstitucionais, por violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República em matéria de direitos, liberdades e garantias”.

¹⁴ Assim conclui o Tribunal Constitucional no ponto 10 da fundamentação do seu Acórdão n.º 474/2021.

¹⁵ Cfr. o ponto 11 da fundamentação do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional.

¹⁶ Trata-se de uma referência à teoria da essencialidade alemã. A versão apresentada pelo Tribunal Constitucional é próxima àquela apresentada por Jorge Reis Novais (2010: 856 ss.; 2022, 278 ss.) e faz ponderar a aplicação da reserva de lei parlamentar à consideração de quatro fatores: (i) a circunstância da matéria reservada ser o “*objeto principal do diploma*” ou não; (ii) o nível de “*novidade política* ou o *carácter polémico* do objeto de regulação”; (iii) as “*qualidades procedimentais* do ato normativo”; e (iv) a necessidade “de uma *normação flexível*”.

¹⁷ Cfr. os pontos 9 e 10 da fundamentação do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional.

¹⁸ Cfr. o ponto 12 da fundamentação do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional.

3. Comentário

Neste comentário procurar-se-á apontar ao Tribunal Constitucional um conjunto de perspetivas jurídicas que a reserva de lei parlamentar convoca, mas que aquele não considerou. Essas perspetivas serão tratadas a propósito do n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, que contém a autorização expressa ao Governo para a aprovação de um regulamento administrativo sobre direitos fundamentais, mas também a propósito do n.º 1 do mesmo artigo, que, no entender do Tribunal, é indissociável do n.º 3.

Contudo, antes de iniciar o comentário aos vários argumentos do Tribunal Constitucional e de apontar as falhas cometidas, é relevante esclarecer o que é a reserva de lei parlamentar e o que não é a reserva de lei parlamentar.

3.1. A reserva de lei parlamentar

A reserva de lei parlamentar não é uma norma de competência,^{19/20}, uma vez que não é a reserva de lei parlamentar que atribui a capacidade institucional à Assembleia da República para aprovar leis.²¹ Essa capacidade institucional resulta da norma constante da alínea c) do artigo 161.º da Constituição.

A reserva de lei parlamentar regula a conduta *exercício de competências normativas*. Guastini sugere que da reserva de lei parlamentar decorrem três normas regulativas (1996: 380): uma permissão de a Assembleia da República aprovar uma lei sobre a matéria reservada, uma proibição de qualquer outra autoridade normativa aprovar um ato sobre a matéria reservada e uma proibição da Assembleia da República autorizar qualquer outra autoridade normativa a aprovar um ato sobre a matéria que lhe está reservada. O entendimento do Tribunal Constitucional é o mesmo, pelo menos quanto às normas proibitivas, ficando claro no seguinte excerto: “a reserva de lei traduz-se na *proibição* [...], quer da *invasão* pelo poder regulamentar da esfera reservada ao legislador, quer do *reenvio* legislativo para o poder regulamentar da matéria sob reserva.”²²

Estas normas não resultam todas da interpretação dos artigos da Constituição que se referem às reservas absoluta e relativa da competência

¹⁹ Entende-se por norma de competência uma norma constitutiva, que atribui ao(s) seu(s) destinatário(s) a capacidade institucional de introduzir alterações no ordenamento jurídico. Subscrevendo este sentido de norma de competência, Beltrán (2000); Lopes (2019a, I: 130 ss.).

²⁰ Entendendo em sentido diverso e defendendo tratar-se de uma “norma de competência parlamentar exclusiva”, cfr. Lopes (2019b, II e III: 134).

²¹ Entender a reserva de lei parlamentar enquanto norma de competência exclusiva da Assembleia da República e, paralelamente, enquanto norma de competência negativa das restantes autoridades normativas significaria que para determinadas matérias essas autoridades normativas não teriam a capacidade institucional de aprovar atos normativos. Esses atos normativos não existiriam se versassem sobre essas matérias. Note-se que não se trata aqui da inconstitucionalidade de um ato normativo, uma vez que para alguma coisa ser inconstitucional, tem de existir. Se não há capacidade para um resultado, esse resultado não existe.

²² Cfr. o ponto 8 da fundamentação do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional.

legislativa da Assembleia da República. Dir-se-ia mesmo que nenhuma dessas normas se retira exclusivamente desses artigos.

Pensa-se que o artigo 164.º e o n.º 1 do artigo 165.º resultam em normas definitórias,²³ que qualificam o conjunto das matérias nelas identificados como sendo, respetivamente, matérias da reserva absoluta da competência legislativa da Assembleia da República e matérias da reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República.

A permissão de a Assembleia da República legislar sobre as matérias que lhe são reservadas pelo artigo 164.º e pelo n.º 1 do artigo 165.º decorre da alínea c) do artigo 161.º da Constituição. Este último enunciado é um enunciado de competência, o que significa que, interpretando-o, dele se retiram duas normas (Lopes: 2019ª: I: 141; Guastini 2023: 125): (i) uma norma constitutiva de competência; e (ii) uma norma regulativa permitindo o exercício da competência.

A proibição de qualquer autoridade normativa aprovar atos cujo conteúdo verse sobre as matérias reservadas à Assembleia da República é, na verdade, um conjunto de três normas proibitivas: uma geral e duas específicas.

As normas específicas são aquelas que resultam da alínea a) do n.º 1 do artigo 198.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 227.º. Do primeiro enunciado, entre outras normas, resulta uma que proíbe o Governo de aprovar decretos-leis sobre as matérias reservadas à Assembleia da República. Do segundo enunciado, resulta uma proibição dirigida às Assembleias Legislativas da Regiões Autónomas – *ex vi* n.º 1 do artigo 232.º – de aprovar decretos legislativos regionais sobre matérias reservadas aos órgãos de soberania, onde, claro, se inclui a Assembleia da República (n.º 1 do artigo 110.º).

A alocação de matérias ao exercício das competências dos diferentes órgãos de soberania – ou, por outras palavras, as proibições constitucionais de aprovação de atos normativos sobre matérias reservadas à atividade normativa e, em especial, legislativa, dos órgãos de soberania – consubstancia uma manifestação da separação de poderes (Lopes 2019b, II e III: 96). Assim, a proibição geral resultará do n.º 1 do artigo 111.º da Constituição, que proíbe a não observação da separação e interdependência estabelecidas na Constituição.²⁴ Apesar de o n.º 1 do artigo 111.º literalmente apenas mencionar os órgãos de soberania como os destinatários da proibição, a doutrina tem interpretado o enunciado no sentido de abranger os órgãos das regiões autónomas e das autarquias locais (Miranda, 2006: 252; Pinheiro e Lomba, 2008: 55) ou genericamente os “órgãos de pessoas colectivas infra-estaduais” (Lopes, 2019b, II e III: 17). O mesmo dever de respeitar a separação dos poderes constante da Constituição também resultaria do princípio da legalidade, desta feita expressamente dirigido a todos os órgãos de todas as pessoas coletivas de direito público.²⁵

²³ Uma norma definitória é uma norma constitutiva que correlaciona o termo significante com o significado. Cfr. Alchourrón e Bulygin (2021).

²⁴ Em sentido semelhante, cfr. Canotilho e Moreira (2010, II: 45-46).

²⁵ Sobre os enunciados normativos constitucionais relevantes para se obter o princípio da legalidade e sobre a ação por si deonticamente modalizada, cfr. Lopes (2019b, II e III: 154-55).

A proibição da Assembleia da República autorizar qualquer outra autoridade normativa a aprovar um ato sobre a matéria reservada decorre do n.º 2 do artigo 111.º da Constituição.²⁶

Pensa-se que deste percurso se chegam a duas conclusões acerca da reserva de lei parlamentar. A primeira é a que identifica a expressão reserva de lei parlamentar com um termo intermédio que sumaria um conjunto de normas jurídicas através de uma ponte entre um conjunto de previsões e um conjunto de consequências ou estatuições.²⁷ A segunda é a necessidade de um esclarecimento terminológico. A reserva de lei parlamentar, em rigor, não consta dos artigos 161.º, 164.º e 165.º. Esta é uma confusão típica à qual o Tribunal Constitucional não escapa. Aliás, veja-se que, no acórdão em comentário, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade das normas sindicadas por entender que elas violavam a reserva de lei, que, por sua vez, vem identificada na decisão como constando, no caso, da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º. A reserva de lei parlamentar regula a atividade legislativa e também as restantes atividades estatais. Já as reservas absoluta ou relativa da competência legislativa da Assembleia da República são normas definitórias que não regulam a atividade do Estado.²⁸

3.2. A decisão do Tribunal Constitucional

3.2.1. (*Idem*): quanto ao n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018

O n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018 impõe aos membros do Governo responsáveis pelas áreas da igualdade e da educação a aprovação de um regulamento administrativo onde se adotem as medidas administrativas necessárias para o cumprimento do dever do Estado de garantir a adoção de medidas no sistema educativo que protejam²⁹ o exercício do direito à autodeterminação de género, tal como vem configurado no n.º 1 do artigo 12.º da mesma lei.

A norma legal que impõe aos membros do Governo a aprovação de um regulamento administrativo sobre um direito fundamental, ainda que no seguimento do regime legalmente estabelecido, está em evidente tensão com a proibição de qualquer autoridade normativa aprovar atos cujo conteúdo verse sobre as matérias reservadas à Assembleia da República e

²⁶ Sem prejuízo da exceção expressamente prevista pela Constituição, concernente à aprovação de leis de autorização legislativa.

²⁷ Sobre termos intermédios, cfr., entre outros, Wedberg (1951); Ross (1957); Lindahl (2004); Brožek (2015); Núñez Vaquero (2017).

²⁸ Têm, contudo, um papel fundamental na determinação da regulação do exercício das competências legislativas e administrativas de órgãos com competência normativa. Veja-se, a título de exemplo, a alínea a) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição. Deste enunciado resultam três normas distintas: (i) uma constitutiva, que atribui competência para aprovar decretos-leis ao Governo; (ii) uma regulativa, que permite a aprovação de decretos-leis pelo Governo; e (iii) uma regulativa, que proíbe a aprovação de decretos-leis pelo Governo que versem sobre matérias reservadas à Assembleia da República. Só é possível determinar o alcance da norma (iii) através das normas definitórias das reservas absoluta e relativa da competência legislativa da Assembleia da República.

²⁹ Embora a lei utilize a expressão “promovam”, na verdade trata-se de medidas enquadráveis no dever de proteção que o Estado tem perante os direitos fundamentais. Sobre a teoria dos deveres estatais de proteção, cfr. Novais (2018: 215 ss.); Silva (2015: 147 ss.).

com a proibição da Assembleia da República autorizar qualquer outra autoridade normativa a aprovar um ato sobre a matéria reservada.

De facto, e conforme o Tribunal Constitucional pressupõe, tratando-se de medidas concernentes a um direito fundamental, que, por decorrer do direito ao desenvolvimento da personalidade (n.º 1 do artigo 26.º), está integrado no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, o objeto das normas administrativas a aprovar é constitucionalmente qualificado como sendo da reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República (alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º). Por isso, são acionadas as proibições referidas: a Assembleia da República não pode autorizar nenhuma autoridade normativa a aprovar normas sobre esta matéria e nenhuma autoridade normativa pode aprovar normas sobre esta matéria.

Excetua-se, porém, desta afirmação categórica as situações dos decretos-leis autorizados, que o caso em análise não convoca, e também, de acordo com o Tribunal Constitucional, os regulamentos administrativos de execução, entendidos enquanto “normas sem conteúdo inovatório algum em relação ao diploma legal que se destinam a regulamentar.”³⁰

Ora, como o caso não convoca a relação entre lei de autorização legislativa e decreto-lei autorizado, o Tribunal Constitucional debruçou-se sobre a relação entre a lei a executar e o regulamento de execução. Para tal, e tentando desenvolver o critério doutrinário que comete à lei a regulação primária da matéria e ao regulamento de execução a regulação secundária da mesma³¹, apresentou um teste para discernir o que é primário daquilo que é secundário. O teste é o seguinte: “se, perante a questão de saber qual o *regime material* relativo a um certo sector [*sic*] ou objeto incluído na matéria reservada, a resposta encontra-se *também* em instrumentos regulamentares, é certo que estes extravasam o universo restrito da «mera execução» ou «simples execução», invadindo a reserva de lei”.

Neste seguimento, o Tribunal Constitucional vaticina de incompleto o regime legal do direito à autodeterminação de género; algo que comprova *a posteriori*, em confronto com o regulamento aprovado pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas da igualdade de género e da educação. Por isso mesmo, e como, nas palavras do Tribunal Constitucional, a lei “fica aquém do que constitucionalmente se lhe encontra reservado”, a maioria dos juízes decidiu declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma que impõe a aprovação de regulamento administrativo nos termos do n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018.

Pensa-se, contudo, que o Tribunal Constitucional cometeu um conjunto de erros que inquinaram a sua decisão. São eles os seguintes:

- a) O entendimento impraticável daquilo que sejam regulamentos de execução;

³⁰ Cfr. o ponto 11 da fundamentação do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional.

³¹ Fazendo apelo à distinção entre regulação primária e regulação secundária, cfr., por exemplo, Correia (1987: 254).

- b) A desconsideração da vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais;
- c) A falha em extrair consequências jurídicas da natureza de princípio da norma que suporta o direito fundamental em causa.

3.2.1.1. O entendimento impraticável daquilo que sejam regulamentos de execução

Em primeiro lugar, a) o entendimento impraticável daquilo que sejam regulamentos de execução é correlativo da inadequação do teste apresentado pelo Tribunal Constitucional. Subjacente ao mesmo está um entendimento muito repetido na doutrina administrativista, segundo o qual os regulamentos de execução são exclusivamente *secundum legem* e, por isso, não acrescentam nenhum tipo de regulação inovatória à regulação legal.³² Ora, tal entendimento condena os regulamentos de execução à redundância ou tautologia (Lopes, 2019b, II e III: 184-88), na medida em que nada sobraría ao regulamento de execução que não a reprodução do que já havia sido prescrito na lei habilitante.³³ Por isso mesmo, entende-se que o teste apresentado pelo Tribunal Constitucional é desadequado ao propósito. Nenhum regulamento que efetivamente estabeleça condições para a *boa execução da lei* seria qualificado como regulamento de execução à luz do teste do Tribunal Constitucional, pois uma lei que carece de execução é uma lei que carece de normas regulamentares que acrescentem ao regime legal. Fossem estas normas dispensáveis, a lei não careceria de execução. Refira-se, ainda, que um entendimento absoluto daquilo que é habitualmente designado por reserva de densificação total de lei é dificilmente compaginável com o espaço que as constituições fundadas na legitimidade democrática, como é a portuguesa, atribuem a cada função do Estado (Böckenförde, 2000: 57).³⁴

Assim, pensa-se que o ponto de partida do Tribunal Constitucional para tratar da relação entre lei a executar e regulamento de execução melhor seria, seguindo a sugestão de alguns autores, o “campo material” e o “modo de disciplina da lei regulamentada”, que servirão de “vinculação teleológica” às normas regulamentares (Correia, 1987: 253; Lopes 2019b, II e III: 185-88).³⁵

³² Cfr., paradigmaticamente, Amaral (2016, II: 151-52); Sousa e Matos (2009, III: 256-57); Almeida (2016: 154-58).

³³ Não se desconhece que o Tribunal Constitucional admite um entendimento menos estrito dos regulamentos de execução, consentindo que “os regulamentos podem ir além da lei que executam - nas matérias, bem se entenda, sob reserva total - no sentido de conterem normas técnicas ou outros pormenores de que dependa a plena exequibilidade do regime legal.” Cfr. o ponto 11 da fundamentação do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional. Mas não só o Tribunal Constitucional deixou por determinar o que possam ser “outros pormenores de que dependa a plena exequibilidade do regime legal”, como não relevou este entendimento menos estrito para os efeitos da apresentação do teste utilizado.

³⁴ Esta legitimidade democrática residiria na configuração, pelo legislador constituinte democrático, das várias funções do Estado, assim como dos órgãos que as exercem (Böckenförde, 2000: 57).

³⁵ Os critérios do “campo material” e do “modo de disciplina da lei regulamentada” são de J. M. Sérvulo Correia, servindo, pensa-se, de base ao entendimento de Pedro Moniz Lopes, que alude ao critério do “domínio material” e da “vinculação teleológica”.

Por outras palavras, os regulamentos de execução serão caracterizados pela sua funcionalização material e teleológica à lei que regulamentam.

Contudo, este entendimento, especialmente no que às matérias abrangidas pela reserva de lei parlamentar diz respeito, é confrontado com a proibição de delegação do tratamento dessas matérias para a função administrativa. Este problema coloca-se, desde logo, porque, ao defender um caráter necessariamente inovatório dos regulamentos de execução, admite-se também o surgimento de um espaço de regulação administrativa novo sobre matérias reservadas, no caso em análise, à Assembleia da República.

Ora, como o próprio Tribunal Constitucional aponta, a definição expressa das várias reservas de competência da Assembleia da República é o respaldo daquilo que o legislador constituinte entendeu essencial e, por isso, a ser regulado pelo órgão de soberania titular da função legislativa com maior legitimidade democrática.³⁶ Desta forma, a proibição da Assembleia da República autorizar qualquer outra autoridade normativa a aprovar um ato sobre a matéria que lhe é reservada serve o propósito de não transferir para outro órgão o papel de regular uma matéria que o legislador constituinte quis atribuir ao Parlamento em exclusivo. Parece, então, que o verdadeiro critério para determinar se um regulamento de execução vai para lá da lei que regulamenta será aquilo a que Böckenförde designou por “cadeia de legitimação ininterrupta” (2000: 58).³⁷ Verificar-se-á uma *cadeia de legitimação ininterrupta* quando as normas regulamentares de execução se apresentem numa relação de funcionalização às normas legais. Quando essa relação não exista, o resultado é a ilegalidade do regulamento de execução, mas não, como decidiu o Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade da lei habilitante. Só haverá inconstitucionalidade da lei habilitante quando não conste da lei nenhum elemento que possa delimitar o campo material e a teleologia das normas legais. Manifestamente, não foi esse o caso na situação do Acórdão n.º 474/2021, conforme se demonstrará *infra*.

3.2.1.2. A desconsideração da vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais

Em segundo lugar, *b)* a desconsideração da vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais refletiu-se na incompreensão do problema jurídico que o Tribunal Constitucional tinha para resolver.

As proibições associadas à reserva de lei parlamentar, às quais já se fez referência *supra*, não podem ser consideradas fora do contexto das

³⁶ Apelando também ao critério da essencialidade na organização das reservas de competência legislativa, cfr. Correia (1987: 53); Coutinho (2001: 537).

³⁷ Utiliza-se o conceito de Böckenförde, embora num contexto diferente do original. Efetivamente, o Autor apresentou a sua ideia de “cadeia de legitimação ininterrupta” a propósito de uma legitimidade orgânico-pessoal, que se reporta primariamente à designação de titulares de cargos políticos (Böckenförde, 2000: 58-62). A transposição do conceito para a relação entre normas jurídicas foi indicada por Tiago Fidalgo de Freitas, a quem se agradece a partilha.

restantes normas constitucionais. No domínio dos direitos fundamentais,³⁸ um entendimento absoluto da reserva de lei parlamentar, como aquele que é sufragado pelo Tribunal Constitucional, inviabilizaria normas constitucionais relevantes, como aquela que resulta da segunda parte do n.º 1 do artigo 18.º. A vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais implica que os deveres decorrentes dos direitos fundamentais tenham como destinatários todas as entidades públicas, abrangendo todas as funções do Estado – e, portanto, também a função administrativa.³⁹

A segunda parte do n.º 1 do artigo 18.º clarifica que os deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, quer na sua dimensão negativa, de abstenção, quer na sua dimensão positiva, de atuação, são dirigidos a todas as entidades públicas, independentemente da função do Estado.⁴⁰ Desta forma, a função administrativa deve cumprir com as dimensões positivas e negativas dos referidos deveres de respeito, proteção e promoção.

Verifica-se, assim, um potencial conflito entre uma reserva de lei parlamentar sobre direitos fundamentais, por um lado, e um dever de agir sobre os direitos fundamentais por parte do Estado-administração, por outro. Este conflito foi ignorado pelo Tribunal Constitucional, que teve visão curta no que respeita às normas convocadas pelo caso que tinha para decidir.⁴¹

3.2.1.3. A falha em extrair consequências jurídicas da natureza de princípio da norma que suporta o direito fundamental em causa

Finamente, no que concerne à c) falha em extrair consequências jurídicas da natureza de princípio que suporta o direito fundamental em causa, cumpre sublinhar o seguinte. O direito à autodeterminação de género decorre do direito ao desenvolvimento da personalidade, previsto no n.º 1 do artigo 26.º. Este é, aliás, o ponto de partida do Tribunal Constitucional. No fundo, significa que a autodeterminação de género compreende ações protegidas pelo direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade. Por outras palavras, a autodeterminação de género é também o desenvolvimento da personalidade.

Subjacente a este entendimento, está uma forma ampliativa de encarar o direito ao desenvolvimento da personalidade, *i.e.*, uma compreensão subjetiva daquilo que é o desenvolvimento da personalidade, no sentido de atribuir ao titular do direito o exclusivo da determinação do que é o desenvolvimento da sua personalidade (Pinto, 2018: 35 ss.; Canotilho e

³⁸ Referem-se direitos fundamentais, apesar de os enunciados que aqui se invocam referirem direitos, liberdades e garantias. O sentido da expressão que se adotou neste texto é o de revelar a subscrição à dogmática unitária dos direitos fundamentais. Sobre o assunto, cfr. Matos (2010); Novais (2017b: 299 ss.).

³⁹ O assunto é consensual na doutrina, pois não podia resultar outra coisa da interpretação de um texto constitucional tão claro. Veja-se, por exemplo, Canotilho e Moreira (2007, I: 383-84); Miranda (2018: 355 ss.); Silva (2018: 191 ss.); Alexandrino (2011: 95 ss.); Andrade (2012: 205 ss.).

⁴⁰ De forma semelhante, cfr. a declaração de voto do conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro.

⁴¹ Eventuais caminhos para a solução deste conflito ficarão para outra sede, uma vez que o propósito deste artigo não os convoca.

Moreira, 2007, I: 463-65; Lopes 2018: 138 ss.). Desta forma, o direito ao desenvolvimento da personalidade e, conseqüentemente, o direito à autodeterminação de género têm uma dimensão expansível significativa. Esta dimensão revela-se por genericamente o direito poder ser exercido em qualquer circunstância relativa à autodeterminação de género; circunstâncias essas que, de acordo com a referida compreensão subjetiva do direito, são determinadas pelo respetivo titular do direito.⁴²

Mas a realidade expansível do direito à autodeterminação de género não é uma característica dele exclusiva. A maioria dos direitos fundamentais previstos na Constituição são expansíveis em virtude de resultarem de normas-princípio constitucionais.⁴³, como é o caso do direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito à autodeterminação de género.

Concebido nestes termos, intervenções e interferências no direito à autodeterminação de género por parte do Estado são inevitáveis. É que a manutenção de normas jurídicas – legais ou regulamentares – que mantenham, por exemplo, a associação do género masculino e do género feminino à característica das pessoas terem órgãos reprodutores masculinos e órgãos reprodutores femininos, respetivamente, comporta uma interferência no direito à autodeterminação de género.⁴⁴. Ora, o Tribunal Constitucional, na fundamentação da sua decisão, também deveria ter tido em conta as características das normas-princípio que suportam o direito fundamental em causa. É que a inevitabilidade de intervenção no direito à autodeterminação de género, como se procurou demonstrar, aliada ao entendimento inflexível do Tribunal Constitucional no que respeita à reserva de lei parlamentar, condenaria à inconstitucionalidade toda e qualquer regulação não aprovada pela Assembleia da República que, mesmo lateralmente e/ou secundariamente, tocasse no referido direito.

Ressalve-se, porém, que a conceção ampla do direito à autodeterminação de género não é correlativa de um entendimento absoluto do mesmo direito. A única consequência jurídica que a referida conceção tem é a potenciação da sobreposição do direito à autodeterminação de género com outros direitos fundamentais ou outras normas constitucionais de sinal contrário. Será tarefa das autoridades normativas ponderar as normas constitucionais em conflito, à luz dos princípios constitucionais aplicáveis, e será tarefa dos

⁴² Sublinhando a relação entre o desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação de género, cfr. Marín e Osella (2020: 59). Sobre a autodeterminação de género enquanto direito fundamental, cfr. Osella (2021: 2022).

⁴³ Quer se adote uma distinção fraca, quer se adote uma distinção forte entre regras e princípios, facilmente se reconduz a maioria das normas de direitos fundamentais a princípios. Sobre a distinção entre regras e princípios, e apresentando diferentes critérios, cfr. Lopes (2017); Raz (1972); Alexy (2010: 44 ss.); Novais (2017^a: 203 ss.).

⁴⁴ Não se trata pura e simplesmente de uma omissão normativa na regulação do direito à autodeterminação de género. Além dessa omissão, verifica-se também a manutenção de normas jurídicas que, hoje, se têm como restritivas do direito à autodeterminação de género. Pense-se, por exemplo, nas normas sobre a utilização de casas de banho. Note-se que do que se afirma não decorre logicamente um juízo de inconstitucionalidade dessas normas restritivas. Esse juízo terá de resultar de um processo de aferição da legitimidade da(s) norma(s) jurídicas que servem de fundamento às normas restritivas e de ponderação entre aquelas e o direito à autodeterminação de género, à luz dos princípios constitucionais aplicáveis. Trata-se de um exercício que extravasa os propósitos deste artigo.

tribunais, em especial, do Tribunal Constitucional, verificar se a ponderação operada pelas autoridades normativas respeita os princípios constitucionais aplicáveis.

3.2.2. (*Idem*): quanto ao n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018

O Tribunal Constitucional focou-se no problema do reenvio para a função de administrativa da regulação do exercício do direito à autodeterminação de género no sistema educativo. Para tal, entendeu ser indissociável do n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, que determina a membros do Governo a aprovação das medidas administrativas necessárias para a implementação da proteção do exercício do direito à autodeterminação de género, o n.º 1 do artigo 12.º da mesma lei.

O n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018 impõe ao Estado a garantia da adoção de medidas no sistema educativo, em todos os níveis de ensino e ciclos de estudo, que protejam o exercício do direito à autodeterminação de género, dando exemplos de como essas medidas podem tomar forma. Assim, as medidas em causa podem ser, entre outras⁴⁵, (1) medidas de prevenção e de combate contra a discriminação em função da identidade de género, (2) 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 que não se identifica com o sexo atribuído à nascença, (3) condições para a proteção adequada da identidade de género contra todas as formas de exclusão social e violência do contexto escolar, (4) formação adequada dirigida a docentes e demais profissionais do sistema educativo no âmbito de questões relacionadas com a problemática da identidade de género.

Ora, o Tribunal Constitucional entendeu que este conjunto de imposições é indeterminado por duas razões:

- i) Porque são medidas exemplificativas e, por isso, não se trata de um elenco de deveres fechado, o que atribui à Administração Pública uma discricionariedade incompatível com a reserva de lei parlamentar;
- ii) Porque as medidas exemplificadas se baseiam em termos vagos ou indeterminados, o que atribui à Administração Pública uma discricionariedade incompatível com a reserva de lei parlamentar.

Por entender que estas medidas deveriam ser implementadas pela função administrativa do Estado, através da habilitação do n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018, o Tribunal Constitucional conclui que “[c]omo a lei não vai além da definição do *quadro* ou do *sentido* da regulação, deixando uma larga margem ao poder administrativo para o qual reenvia a sua regulamentação,

⁴⁵ O elenco legal é aberto, como se depreende da utilização do advérbio de modo “nomeadamente”.

é inevitável concluir que o vício é da própria lei, que fica aquém do que constitucionalmente se lhe encontra reservado.”⁴⁶

Julga-se que, neste domínio, o Tribunal Constitucional assumiu duas perspetivas erradas quanto à reserva de lei parlamentar na regulação do direito à autodeterminação de género.

Primeiro, o Tribunal Constitucional assumiu que o n.º 1 e o n.º 3 do artigo 18.º da Lei n.º 38/2018 são indissociáveis. Contudo, essa assunção, sem qualquer tipo de justificação ou fundamentação, suscita enormes dúvidas.

Embora não se negue que o n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 38/2018 tenha um propósito relevante no sentido de fixar o programa normativo que o regulamento de execução deveria seguir, haverá a considerar outras razões de ser dessas normas legais.

Por um lado, trata-se de uma densificação legal daquilo que está compreendido nos deveres positivos de proteção do Estado concernentes ao direito à autodeterminação de género. Em virtude desse direito resultar de um direito genérico ao desenvolvimento da personalidade, a Assembleia da República, no exercício da sua competência legislativa quanto a uma matéria que lhe é reservada, procurou densificar e especificar de que forma se concretizam os deveres do Estado – legislador e/ou administração – relativos ao direito à autodeterminação de género. É, assim, particularmente estranho o Tribunal Constitucional entender que esta densificação legal, a cargo da Assembleia da República, é inconstitucional “por violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República em matéria de direitos, liberdade e garantias.”⁴⁷

Por outro lado, a especificação daquilo que está compreendido nos deveres do Estado relativamente ao direito à autodeterminação de género tem como consequência a correlativa densificação daquilo que está compreendido no referido direito.

Mesmo que se adote o entendimento inflexível do Tribunal Constitucional quanto à proibição da Assembleia da República autorizar qualquer outra autoridade normativa a aprovar um ato sobre a matéria que lhe está reservada, esse entendimento refletir-se-ia na norma expressa que autoriza membros do Governo a adotar medidas administrativas para a concretização do programa normativo estabelecido na densificação do direito à autodeterminação de género, e não na densificação do direito.

O segundo erro do Tribunal Constitucional foi entender que subjacente à reserva de lei parlamentar existe um dever absoluto de determinabilidade.⁴⁸

Para o Tribunal Constitucional, a lei ficou “aquém do que constitucionalmente se lhe encontra reservado” por apenas estabelecer um regime geral ou regime-quadro da densificação do direito à autodeterminação de género. Por outras palavras, a densificação do direito

⁴⁶ Cfr. o ponto 11 da fundamentação do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional.

⁴⁷ Cfr. a última frase do ponto 11 da fundamentação do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional.

⁴⁸ De forma semelhante, cfr. a declaração de voto do conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro.

à autodeterminação de género não foi suficiente; seria, ainda, indeterminada, tendo em conta as exigências da reserva de lei parlamentar.

Essa indeterminabilidade seria discernível a dois níveis: (1.º) a lei seria indeterminada num sentido linguístico.⁴⁹, porque utilizou termos vagos, e (2.º) a lei seria indeterminada num sentido de conter um regime jurídico incompleto.

Quanto ao (2.º) nível de indeterminação, pensa-se que ele decorre do entendimento impraticável acerca dos regulamentos de execução que o Tribunal Constitucional adotou. Não se acrescentará mais ao que já foi avançado nos pontos anteriores. Mas insiste-se que o entendimento segundo o qual se uma lei contém um regime jurídico completo, dificilmente se concebe qualquer utilidade a um regulamento de execução.

Quanto ao (1.º) nível de indeterminação, cumpre apontar para uma falha relevante do Tribunal Constitucional. Mais uma vez, o Tribunal parece encarar um dever de determinação das leis em termos absolutos, que só é compreensível por não ter corretamente contextualizado esse dever com outros deveres constitucionais.

O dever de determinabilidade começa já a ser entendido enquanto princípio da determinabilidade, decorrente das exigências de um Estado de Direito (Novais, 2022: 289 ss.). No que respeita à sua relação com a reserva de lei parlamentar, e note-se que é especificamente esta relação que o Tribunal Constitucional trata, o dever de determinabilidade tem como função a não transferência da regulação de matérias reservadas à lei ou à Assembleia da República para autoridades normativas administrativas ou que não sejam a Assembleia da República.

São dados, no acórdão do Tribunal Constitucional, dois tipos de exemplos de termos vagos que contendem com o dever de determinabilidade.

O primeiro é a imposição “de medidas que desenvolvam «[c]ondições para uma proteção adequada»”. Pensa-se que a vagueza esteja nas expressões *condições* e *adequada*, embora isto seja já um puro exercício de especulação, uma vez que o Tribunal Constitucional não concretiza em que medida são estas expressões – ou qualquer outra – vagas.

Contudo, suscitam-se as maiores dúvidas quanto a um nível de vagueza inaceitável, do ponto de vista daquilo que é o Estado de Direito. O que a lei impõe ao Estado é o *desenvolvimento de 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* (alínea c) do n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018). Este enunciado só pode ser interpretado como uma concretização do dever de proteção do Estado perante o direito à autodeterminação de género. O Estado tem o dever de proteger contra a lesão deste direito por terceiros (Novais, 2018: 215 ss.).

⁴⁹ Sobre indeterminabilidade linguística e semântica, cfr. Duarte (2011).

É certo que a qualificação da proteção como *adequada* deixa uma margem de ponderação para a concretização do dever de proteção. Mas essa margem de ponderação é necessária, uma vez que a proteção deste direito - e de todos os direitos fundamentais - é concretizada de forma variável, porque as situações de lesão são elas também variáveis. Nas palavras de Jorge Reis Novais, “da exigência de densidade normativa não pode pretender extrair-se uma imposição de o legislador esgotar toda a ponderação que haja a fazer no domínio da aplicação e realização concreta dos direitos fundamentais e de retirar, conseqüentemente, à administração qualquer margem de decisão nesse domínio” (2022: 301).

A necessidade de flexibilizar o dever de determinabilidade, por forma a assegurar ao Estado-administração alguma margem de decisão, não foi sequer equacionada pelo Tribunal Constitucional.⁵⁰ Tivesse sido, o relevante da sua decisão estaria na procura de um nível de determinação do regime legal que satisfizesse a função do dever de determinabilidade. Pensa-se que essa procura terá de ter em conta a suscetibilidade da apreensão da teleologia das normas legais, que servirá posteriormente de limite à atuação administrativa.⁵¹

O segundo tipo de exemplos com que o Tribunal Constitucional avança são os termos *identidade de género*, *expressão de género* e *características sexuais*. Segundo o Tribunal Constitucional, “não se trata de noções minimamente estabilizadas no direito português ou em direitos estrangeiros próximos”.

Não se subscreve este entendimento do Tribunal Constitucional por duas razões.

A primeira prende-se com a circunstância destes termos não serem novos no ordenamento jurídico português, nem serem indeterminados ao ponto da inconstitucionalidade. Conforme demonstram os conselheiros Fernando Vaz Ventura, Mariana Canotilho e Assunção Raimundo, na sua declaração de voto conjunta, o termo *identidade de género* tem sido utilizado em diversa legislação. É o caso, por exemplo, do artigo 240.º do Código Penal, a propósito do crime de discriminação e incitação ao ódio e à violência, e do artigo 24.º do Código do Trabalho, que proíbe a discriminação dos trabalhadores em razão da sua identidade de género.

A segunda está alicerçada na compreensão subjetiva do conteúdo do direito à autodeterminação de género, a que se aludiu *supra*. A *identidade de género* é aquela que cada indivíduo quiser que seja, a *expressão de género* compreende qualquer forma de expressão do indivíduo relativamente ao seu género.

Estranha-se, por último, que o Tribunal Constitucional não compreenda o termo *características sexuais*. É que este último será, possivelmente, o termo mais determinado de todos os que o Tribunal Constitucional levanta

⁵⁰ Assim, por exemplo, Luís Pereira Coutinho identifica um conjunto de situações que podem justificar exceções à reserva de lei parlamentar e que teriam sido importantes testar no caso em apreço pelo Tribunal Constitucional. Cfr. Coutinho (2001: 565 ss.).

⁵¹ Parece ser também este o entendimento dos conselheiros Fernando Vaz Ventura, Mariana Canotilho e Assunção Raimundo, expresso no ponto 2.2. da sua declaração de voto conjunta.

dúvidas, já que se trata de um termo comum e com significado estabilizado na comunidade científica desde Darwin. Embora a educação sexual não seja o propósito deste artigo, as *características sexuais* referem-se aos órgãos reprodutores (características sexuais primárias) e referem-se à composição física da pessoa, como a estatura, tom de voz, massa muscular, entre outros (características sexuais secundárias).⁵²

Ora, o nível de indeterminação dos termos utilizados pelo legislador não parece prejudicar as exigências de determinabilidade que, segundo Gomes Canotilho, têm a função de “(1) alicerçar *posições* juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma *norma de actuação* para a administração; (3) possibilitar, como *norma de controlo*, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos [*sic*]” (2003: 258).

De facto, como se procurou demonstrar, o n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018 visou também concretizar o conteúdo do direito à autodeterminação de género. Adicionalmente, cometeu ao Estado-administração a implementação das medidas administrativas necessárias para o exercício protegido desse direito. Finalmente, ao deixar clara a teleologia das normas, a lei providenciou critérios de controlo, a aplicar à luz do princípio da legalidade.

3.2.3. (*Idem*): quanto ao “*método subsidiário*” da essencialidade

No último ponto da sua fundamentação, o Tribunal Constitucional ensaia aquilo a que designou “*método subsidiário* de solução de casos de fronteira”, assente em “alguns critérios ou fatores de ponderação da *essencialidade* da lei parlamentar”, mas apenas caso se adote “um conceito alargado e flexível de «execução».”

Este será, porventura, o principal contributo do Acórdão n.º 474/2021, uma vez que se ocupa de um conjunto de fatores que, segundo o Tribunal Constitucional, “devem ser *ponderados* na demarcação tão precisa quanto possível do domínio reservado à lei”.

Os fatores apresentados pelo Tribunal Constitucional são quatro e apresentam-se enquanto máximas de densificação:

- (1.º) Quanto mais a matéria reservada integre o objeto principal do diploma, maior a exigência de regulação legal;
- (2.º) Quanto maior for “a *novidade política* ou o *carácter polémico* do objeto de regulação”, maior a exigência de regulação legal;
- (3.º) Quanto menores forem “as *qualidades procedimentais*” do ato normativo, maior a exigência de regulação legal;
- (4.º) Quanto maior for a “necessidade (...) de uma *normação flexível*”, menor a exigência de regulação legal.

⁵² Sobre o assunto, cfr. Darwin (2009, 1: 253 ss.); Ghiselin (2010).

Subjacente ao elenco destas quatro máximas, está uma tensão entre o propósito da reserva de lei parlamentar e o papel do Estado-administração no Estado de Direito social. De um lado, a reserva de lei parlamentar pretende garantir que um conjunto de matérias sejam reguladas pelo órgão representativo máximo, a Assembleia da República, que, simultaneamente, é o órgão que assegura uma maior transparência, participação e escrutínio dos seus procedimentos. Do outro lado, a legitimidade democrática de que gozam todas as funções do Estado (Böckenförde, 2000: 57) e o papel prestador que a função administrativa conheceu no Estado de Direito social (Novais, 2019: 36 ss.). Este novo papel do Estado-administração tem sido, aliás, a razão apontada por alguma doutrina para demonstrar a inadequação de um entendimento absoluto, tipicamente liberal, da reserva de lei parlamentar.⁵³

No fundo, esta tensão surge porque é necessário determinar *quanto* deve a Assembleia da República regular uma determinada matéria e *quanto* deve a Assembleia da República deixar para a função administrativa (Möllers, 2013: 116). A busca desse *quantum* está na base da teoria da essencialidade alemã⁵⁴ e da doutrina da não-delegação americana.⁵⁵ É uma questão transversal a todos os ordenamentos constitucionais de Estado de Direito e com particular relevância na Constituição portuguesa, uma vez que não se encontra aí nenhum caminho claro para chegar ao *quantum*.⁵⁶ Por isso, não se pode acompanhar a perspetiva do Tribunal Constitucional, que encara as ponderações à luz dos papéis que o Estado-legislador e o Estado-administração têm em Estado de Direito como um método subsidiário. É que este tipo de ponderação é absolutamente central em qualquer situação que convoque a reserva de lei parlamentar.⁵⁷

Ora, o Tribunal Constitucional, aplicando as máximas apresentadas *supra* – e tentando convencer aqueles que têm um entendimento mais flexível que o seu no que respeita à relação entre lei e regulamento de execução –, ainda assim entendeu que os n.ºs 1 e 3 do artigo 12.º da Lei n.º 38/2018 seriam inconstitucionais. Porém, a aplicação das máximas do próprio Tribunal ao caso não é rigorosa.

⁵³ Cfr., ainda que com diferentes soluções, Otero (1995, II: 569 ss.); Marques (2019: 951-52).

⁵⁴ Sobre a teoria da essencialidade alemã, veja-se, por exemplo, Borowski (2022: 113-14). Não é, contudo, uma teoria isenta de críticas. Desde logo, a circunstância de ser uma construção jurisprudencial baseada numa ideia de *essencialidade* sem grandes densificações fez merecer um conhecido desabafo quanto à inevitabilidade que será a determinação dos contornos da essencialidade pelo Tribunal Constitucional e só por este Maurer (2006: 127).

⁵⁵ Sobre a doutrina da não-delegação, veja-se, por exemplo, Levy (2006: 123 ss.). No entanto, tendo esta doutrina igualmente uma base jurisprudencial, reconhecida expressamente pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, o que é certo é que há muitas décadas que o Supremo deixa por definir o que é essencial e é bastante flexível na quantidade e intensidade da delegação que o Congresso faz ao Executivo, o que motivou alguma doutrina a questionar a relevância da doutrina da não-delegação (Posner e Vermeule, 2002; Whittington e Iuliano, 2017; Sunstein, 2018).

⁵⁶ De facto, a Constituição esclarece quais as matérias sobre as quais só a Assembleia da República pode legislar, mas deixa por determinar até onde a Assembleia da República deve ir e deixa também por determinar quanto deve a Assembleia da República deixar, mesmo no que respeita às matérias reservadas.

⁵⁷ O desenvolvimento do percurso que auxilia à determinação do *quantum* a que se alude ficará para trabalhos futuros, uma vez que já extravasa o âmbito deste artigo.

Quanto à primeira máxima, o Tribunal Constitucional conclui que a reserva de lei parlamentar será de aplicar, uma vez que o diploma tem por objeto único o exercício de direitos fundamentais, mais especificamente o direito à autodeterminação de género. Mas é que foi precisamente isso que a Assembleia da República fez quando aprovou uma lei sobre o assunto. Aqui, o Tribunal Constitucional parece estar toldado por já conhecer o conteúdo do regulamento de execução do Governo. Mas, nesse caso, o vício, a existir, será do regulamento e não da lei. É que a máxima que o Tribunal Constitucional invoca em primeiro lugar só faz sentido quando a regulação de matérias reservadas em causa tenha tido forma diferente da de lei da Assembleia da República.

Quanto à segunda máxima, o Tribunal Constitucional também conclui que a reserva de lei parlamentar será de aplicar, uma vez que é regulada “uma *matéria nova* que tem provocado *debate público*”. Mas, mais uma vez, o Tribunal Constitucional parece ter-se esquecido que a regulação da “*matéria nova*” consta da lei da Assembleia da República objeto deste pedido de fiscalização.⁵⁸

Quanto à terceira máxima, mais uma vez, o Tribunal Constitucional entendeu que a reserva de lei parlamentar será de aplicar, uma vez que a lei “reenvia para simples *despacho ministerial* a sua regulamentação”. De facto, esta é uma questão relevante e que já foi abordada nos pontos anteriores. A relação entre lei e regulamento de execução é um dos pontos essenciais desta decisão e discorda-se profundamente da posição do Tribunal, nos termos *supra* expostos.

Contudo, o curioso é que aqui a razão invocada pelo Tribunal Constitucional para entender que a terceira máxima não foi cumprida prende-se com a seguinte conclusão: “as soluções que se impõem neste domínio, como revela o conteúdo do despacho, têm um *âmbito geral* e uma *vocação de permanência* perfeitamente compagináveis com a sua inclusão numa lei.” O Tribunal Constitucional parece estar a fundamentar a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de normas legais porque entendeu que o respetivo regulamento de execução é inconstitucional. Contudo, o regulamento de execução não fazia parte do objeto do pedido.

Finalmente, quanto à quarta máxima, que representa a essencial ponderação entre o *quanto* da Assembleia da República e o *quanto* do Estado-administração, o Tribunal Constitucional não a considerou. É um esquecimento que deixa um silêncio ensurdecedor a respeito do essencial da reserva de lei parlamentar.

⁵⁸ Por referência às duas primeiras máximas, poder-se-á dizer que, no caso, o Tribunal Constitucional fazia recair as exigências da reserva de lei na determinabilidade da regulação. Tomando esta perspetiva, remete-se para o que se referiu nos pontos anteriores.

4. Conclusões

Nas páginas anteriores procurou-se, antes de tudo e a propósito do Acórdão n.º 474/2021 do Tribunal Constitucional, densificar o conjunto de comandos normativos que acompanham a expressão *reserva de lei parlamentar*. Reafirma-se tratarem-se de normas regulativas sobre o exercício de competências.

Uma dessas normas é dirigida à Assembleia da República, no sentido de a proibir de autorizar qualquer autoridade normativa a aprovar atos normativos sobre as matérias definidas pela Constituição como *reserva absoluta da competência legislativa da Assembleia da República* e como *reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República*. Naturalmente que as permissões da Assembleia da República em aprovar leis de autorização legislativa consubstanciam exceções a esta proibição.

A outra norma é dirigida a todas as autoridades normativas, com exceção da Assembleia da República, e proíbe-as de aprovar atos normativos sobre as matérias definidas pela Constituição como *reserva absoluta da competência legislativa da Assembleia da República* e como *reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República*. Uma evidente exceção a esta proibição é a aprovação, por parte da Administração Pública, de regulamentos administrativos de execução. Foi nesta exceção, concretizada na regulação do direito fundamental à autodeterminação de género, que o principal do comentário ao Acórdão n.º 474/2021 se focou.

Assim, entendeu-se que a definição de regulamentos administrativos de execução apresentada pelo Tribunal Constitucional é impraticável, porque os condena à redundância. Ademais, confrontou-se o entendimento do Tribunal quanto aos regulamentos administrativos de execução com a vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais e com o carácter expansivo desses direitos, em virtude de resultarem, na maioria das vezes, de normas-princípio. Desta forma, expôs-se a inevitabilidade do conflito entre a proibição do Estado-administração aprovar atos normativos sobre direitos fundamentais e a vinculação que o Estado-administração tem perante os direitos fundamentais, que o obriga a atuar no contexto dos deveres de respeito, proteção e promoção.

Ademais, suscitaram-se dúvidas quanto à indeterminação que o Tribunal Constitucional atribuiu ao regime legal, por se entender que os termos utilizados pelo legislador seriam determinados o suficiente para conferir um sentido à regulação. Apontou-se, ainda, a desconsideração do contexto em que a imposição de determinabilidade à regulação dos direitos fundamentais surge. Efetivamente, o Tribunal Constitucional não teve em consideração o espaço que o Estado-administração deve ter para que possa, em concreto, realizar os direitos fundamentais.

Finalmente, confrontou-se a concessão que o Tribunal Constitucional fez à teoria da essencialidade, enquanto "*método subsidiário*", com a sua concretização no caso.

Bibliografia

- Alchourrón CE, Bulygin E. Definiciones y normas. In: Alchourrón CE, Bulygin E. Análisis lógico y derecho. Madrid: Editorial Trotta; 2021
- Alexandrino JM. Direitos fundamentais: introdução geral. Cascais: Príncipe; 2011
- Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Traduzido por Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press; 2010
- Almeida MA de. Teoria Geral do Direito Administrativo. 3.^a edição. Coimbra: Almedina; 2016
- Amaral DF do. Curso de direito administrativo. 3.^a edição. Vol. II. Coimbra: Almedina; 2016
- Andrade JCV de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 5.^a edição. Coimbra: Almedina; 2012
- Beltrán JF. Las normas de competencia: Un aspecto de la dinámica jurídica. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales; 2000
- Böckenförde EW. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta; 2000
- Borowski M. Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch; 2022
- Brožek B. On Tû-Tû. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija Za Ustavno Teorijo in Filozofijo Prava* 27: 15–23. 2015
- Canotilho JJG. Direito constitucional e teoria da constituição. 7.^a edição. Coimbra: Almedina; 2003
- Canotilho JJG, Moreira V. Constituição da República Portuguesa anotada. 4.^a edição. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora; 2007
- Canotilho JJG, Moreira V. Constituição da República Portuguesa anotada. 4.^a edição. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora; 2010
- Correia JMS. Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina; 1987
- Coutinho LP. Regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias e determinação normativa: reserva de parlamento e reserva de acto legislativo. *Revista Jurídica da AAFDL*. n.º 24: 533–95. 2001
- Darwin C. The Descent of Man and Selection in Relation to Sex. Vol. 1. Cambridge Library Collection - Darwin, Evolution and Genetics. Cambridge: Cambridge University Press; 2009
- Duarte D. Linguistic objectivity in norm sentences: Alternatives in literal meaning. *Ratio Juris* 24 (2): 112–39. 2011
- Ghiselin MT. The distinction between primary and secondary sexual characters. In: Leonard JM, Córdoba-Aguilar A, editors. The evolution of

primary sexual characters in animals. Oxford: Oxford University Press; 2010. pp. 9-14

Guastini R. Fragments of a Theory of Legal Sources. *Ratio Juris* 9 (4): 364-86. 1996

Guastini R. Causas de inconstitucionalidad. El caso italiano. In: Guastini R. *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Lima: Zela; 2023

Levy RE. *The power to legislate: A reference guide to the United States Constitution*. 17. Connecticut: Praeger; 2006

Lindahl L. Deduction and justification in the law. The role of legal terms and concepts. *Ratio Juris* 17 (2): 182-202. 2004

Lopes PM. The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles. *Ratio Juris* 30 (4): 471-90. 2017

Lopes PM. Implicações Da Genericidade Na (in)Consistência e Na (in)Compleitude Dos Sistemas Jurídicos. In: Lopes PM. *Estudos de Teoria Do Direito*. I:105-62. Lisboa: AAFDL Editora; 2018

Lopes PM. Derrotabilidade normativa e normas administrativas: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos. Vol. I. Lisboa: AAFDL Editora; 2019a

Lopes PM. Derrotabilidade normativa e normas administrativas: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos. Vol. II e III. Lisboa: AAFDL Editora; 2019b

Marín RR, Osella S. El nuevo derecho constitucional a la identidad de género: entre la libertad de elección, el incremento de categorías y la subjetividad y fluidez de sus contenidos. Un análisis desde el derecho comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 118: 45-76. 2020

Marques FP. *Conflitos Entre Particulares de Oposição Reversível no Contencioso Administrativo*. Coimbra: Almedina; 2019

Matos AS. O direito ao ensino: Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais. In: Miranda J et al., editors. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha*. Vol. III. Coimbra: Almedina; 2010

Maurer H. *Direito administrativo geral*. Traduzido por Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole; 2006

Miranda J. Artigo 111.º. In: Miranda J, Medeiros R. *Constituição Portuguesa anotada*, Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora; 2006

Miranda J. *Direitos fundamentais*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina; 2018

Miranda J. *Atos Legislativos*. Coimbra: Almedina; 2019

Möllers C. *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford Constitutional Theory. Oxford: Oxford University Press; 2013

Morais CB de. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ª edição. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora; 2015

- Novais JR. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora; 2010
- Novais JR. Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional. Lisboa: AAFDL Editora; 2017a
- Novais JR. Direitos sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Lisboa: AAFDL Editora; 2017b
- Novais JR. Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Coimbra: Almedina; 2018
- Novais JR. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. 2.^a edição. Lisboa: AAFDL Editora; 2019
- Novais JR. Princípios estruturantes de Estado de Direito. Coimbra: Almedina; 2022
- Osella S. The Court of Justice and Gender Recognition: A Possibility for an Expansive Interpretation?. *Women's Studies International Forum* 87 (julho): 102493. 2021
- Osella S. Reinforcing the binary and disciplining the subject: The constitutional right to gender recognition in the Italian case law. *International Journal of Constitutional Law* 20 (1): 454-75. 2022
- Otero P. O poder de substituição em Direito Administrativo. Vol. II. Lisboa: Lex; 1995
- Pinheiro AS, Lomba P. Artigo 111.º. In: Otero P, editor. Comentário à Constituição Portuguesa. Vol. III, 1.º tomo. Coimbra: Almedina; 2008
- Pinto PM. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: *Direitos de personalidade e direitos fundamentais - Estudos*, 7-122. Coimbra: Gestlegal; 2018
- Posner E, Vermeule A. Interring the Nondelegation Doctrine. *University of Chicago Law Review* 69 (janeiro): 1721. 2002
- Raz J. Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal* 81 (5): 823-54. 1972
- Ross A. Tú-Tú. *Harvard Law Review* 70 (5): 812-25. 1957
- Silva, JP da. Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Silva, JP. Direitos fundamentais: teoria geral. Lisboa: Universidade Católica Editora; 2018
- Sousa MR de, Matos AS de. Direito administrativo geral. Vol. III. Lisboa: D. Quixote; 2009
- Sunstein CR. The American Nondelegation Doctrine. *Geo. Wash. L. Rev.* 86: 1181. 2018

Vaquero ÁN. Conceptos dogmáticos: una visión iusrealista. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, n.º 31: 111-33. 2017

Vaz MA. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*. 2.^a. Coimbra: Coimbra Editora; 2013

Wedberg A. Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science. *Theoria* 17 (1-3): 246-75. 1951

Whittington K, Iuliano J. The Myth of the Nondelegation Doctrine. *University of Pennsylvania Law Review* 165 (2): 379. 2017