

## **Tribunal Constitucional Alemão admite a existência de um terceiro gênero (comentário e tradução)**

Karina Nunes FRITZ\*

Recentemente, o Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) proferiu decisão que vem sendo considerada histórica pela mídia, órgãos e associações de defesa da identidade de gênero: a decisão do terceiro gênero (*drittes Geschlecht-Entscheidung*). Na sentença, o Tribunal reconheceu, pela primeira vez, a existência jurídica de uma terceira categoria de gênero, paralelamente aos gêneros masculino e feminino: o intersexo ou intergênero.

Publicada em 08.11.2017, a decisão, prolatada nos autos do processo 1 BvR 2019/16, foi recebida como uma vitória pelo movimento em prol da identidade de gênero e do reconhecimento de pessoas intersexuais. Até a Anistia Internacional<sup>1</sup> aplaudiu o julgado como um importante passo em direção à igualdade de gênero e ao reconhecimento de milhares de pessoas que geneticamente não possuem um alinhamento de todas as características sexuais por um só gênero, ou seja, não são totalmente masculinas, nem femininas, mas se reconhecem como pessoas ambíguas, portadoras de caracteres masculinos e femininos.

Em razão de sua heterogeneidade genética, os especialistas falam em um terceiro gênero, autônomo em relação aos outros dois. Segundo a ciência, existem várias síndromes que podem indicar o fenômeno da intersexualidade, como a síndrome de Turner (da qual a autora da queixa constitucional é portadora), a de Klinefelter e a androgenia. A intersexualidade não tem, contudo, nada a ver com a transexualidade, que é a sensação de ter nascido com o sexo errado.

---

\* Doutora em Direito Privado na Humboldt Universität (Berlim). LL.M na Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (Alemanha). Mestre em Direito (PUCSP). Assistente para América Latina do Prof. Dr. Stefan Grundmann (Humboldt Universidade). Secretária-Geral da *Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung* (Associação Luso-alemã de Juristas). Bolsista do *Max-Planck Institut* (Hamburg). Pesquisadora-visitante no *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Alemão). Professora. Advogada e parecerista. nunesfritzdoutorado@live.de

<sup>1</sup> *Urteil über drittes Geschlecht* – “Bei Toiletten gibt es nur zwei Türen, das darf nicht so bleiben”, 08.11.2017, Spiegel Online, in: [www.spiegel.de](http://www.spiegel.de), acesso em 15.12.2017.

No caso, Vanja nasceu em 1989 e foi registrada pelos pais como pertencente ao gênero feminino, mas se considera intersexual, porque não possui características definidas nem como masculinas, nem como femininas. Por isso, entrou com ação pedindo a averbação de seu registro de nascimento a fim de mudar seu gênero para a categoria “intersexual” ou “diverso”.

A pretensão da autora foi negada em todas as instâncias, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça alemão, o *Bundesgerichtshof* (BGH). Motivo: o direito registral não permite o registro positivo de uma terceira categoria de gênero, diversa do masculino/feminino. No máximo, ela poderia optar por cancelar o registro feminino e deixar em branco o campo da indicação do gênero, pois o § 22, inc. 3 da Lei do Estado Pessoal (*Personenstandsgesetz – PStG/2007*, com redação dada por lei de 2017) permite que não se indique o gênero de uma criança quando esse não puder ser identificado com clareza.

O Tribunal Constitucional, reconhecendo legalmente um terceiro gênero, fixou prazo até o final de 2018 para que o legislador regule a matéria por meio de lei. Segundo o BVerfG, a lógica binária do direito registral, que só reconhece positivamente duas categorias de gênero – masculino e feminino – viola a Lei Fundamental alemã, pois não permite que pessoas intergênero indiquem positivamente seu gênero, mas apenas omitam essa informação no registro civil. E um registro em branco não é o mesmo que a indicação positiva de um terceiro gênero, mas sugere, ao contrário, uma ausência de gênero (“opção negativa”).

Dessa forma, a normativa legal afronta o direito geral de personalidade (art. 2, inc. 1 c/c art. 1, inc. 1 da Lei Fundamental), que assegura o livre desenvolvimento da personalidade, o que passa necessariamente pelo reconhecimento e tutela da identidade de gênero, vez que essa identidade é um aspecto constitutivo da personalidade do indivíduo. Da mesma forma, violada restou a proibição de discriminação em razão do gênero (art. 3, inc. 3 da Lei Fundamental), que tutela não apenas homens e mulheres, mas também pessoas intersexuais.

A preocupação dos movimentos pela identidade de gênero é que o Parlamento alemão não regule ou não normatize adequadamente a matéria até 2018. Já tramita um projeto de lei apresentado pelo Instituto Alemão de Direitos Humanos, mas não se sabe se o Parlamento aceitará a proposta. Outra sugestão – ventilada na própria decisão do Tribunal

Constitucional – seria abolir por completo a indicação do gênero dos registros de nascimento. Mas, em qualquer caso, necessário faz-se uma adaptação em cascata de toda a legislação, que ainda se baseia na diferenciação binária (masculino/feminino), o que certamente não será tarefa fácil.

Mas a situação vem sendo regulada em outros países. Na Austrália, as pessoas intersexuais têm a opção de se registrar como “*non-specific*” e no Nepal, desde 2015, é possível colocar “outro” nos registros de nascimento e documentos identificadores. Na Inglaterra, o registro pode vir indicado como de sexo indefinido<sup>2</sup>. Mas a Alemanha pode ser o primeiro país na Europa a permitir a indicação positiva de uma terceira categoria de gênero nos registros pessoais se o legislador acatar a ordem do *Bundesverfassungsgericht*.

De qualquer forma, não são as dificuldades, nem os custos de implementação e muito menos interesses de terceiros que devem impedir essa importante alteração, segundo o Tribunal Constitucional. Estima-se que essa medida afetará a vida de cerca de 160.000 pessoas intersexuais na Alemanha, contribuindo para dar-lhes mais dignidade. Pela relevância do tema e pelo pioneirismo da decisão do Tribunal Constitucional Alemão, apresenta-se aqui uma tradução livre da decisão, proferida pelo 1º Senado do *Bundesverfassungsgericht*, em 10.10.2017.

---

<sup>2</sup> *Intersexualität: Bundesverfassungsgericht für drittes Geschlecht im Geburtenregister*, Zeit Online, 08.11.2017, in: [www.zeit.de](http://www.zeit.de), acesso: 15.12.2017.

Ementa da decisão do 1º. Senado, de 10 de outubro de 2017

• 1 BvR 2019/16 -

1. O direito geral de personalidade (art. 2, inc. 1 c/c art. 1, inc. 1 da Lei Fundamental) tutela a identidade de gênero. Ele protege também a identidade de gênero daqueles que permanentemente não se deixam enquadrar nem no gênero masculino, nem no feminino.
2. O art. 3, inc. 3, frase 1 da Lei Fundamental tutela também as pessoas, que permanentemente não se deixam enquadrar nem no gênero masculino, nem no feminino, contra discriminações por causa do seu gênero.
3. As pessoas não enquadráveis nem no gênero masculino, nem no feminino, são violadas em seus direitos fundamentais quando o direito do status pessoal obriga ao registro do gênero, mas não permite o registro positivo de outro gênero além do masculino ou do feminino.

Tribunal Constitucional Federal

• 1 BvR 2019/16 -

### **Em nome do povo**

### **No processo de queixa constitucional**

movido por ..., representado por ...

1. indiretamente contra:
  - a) a decisão do Superior Tribunal (Bundesgerichtshof), de 22 de junho de 2016 - XII ZB 52/15;
  - b) a decisão do Tribunal de Justiça de Celle, de 21 de janeiro de 2015 - 17 W 28/14;
  - c) a decisão do tribunal de primeira instância de Hannover, de 13 de outubro de 2014 - 85 III 105/14;
2. diretamente contra:

o § 21, inc. 1, n. 3 da Lei de Estado Pessoal (*Personenstandsgesetz* – PStG), de acordo com

a redação do art. 1 da Lei de Reforma do Direito do Estado Pessoal (*Personenstandsrechtsreformgesetz* – PStRG), de 19 de fevereiro de 2007 (BGBl I, p. 122); § 22, inc. 3 da Lei de Estado Pessoal, de acordo com a redação do art. 1, n. 6, letra b da Lei de Alteração dos Dispositivos sobre o Estado Pessoal (*Personenstandsrechts-Änderungsgesetz* – PStRÄndG), de 7 de maio de 2013 (BGBl I, p. 1122)

Decidiu o Tribunal Constitucional Federal – 1º. Senado – composto pelos juízes e juízas Kirchhof (Vice-Presidente), Eichberger, Schluchebier, Masing, Paulus, Baer, Britz e Ott – em 10 de dezembro de 2017:

1. O § 21, inc. 1, n. 3 da Lei de Estado Pessoal (PStG), de acordo com a redação do art. 1 da Lei de Reforma do Direito do Estado Pessoal (*Personenstandsrechtsreformgesetz* – PSTRG), de 19 de fevereiro de 2007 (Diário Oficial /BGBl I, p. 122) cominado com o § 22, inc. 3 da Lei de Estado Pessoal, de acordo com a redação do art. 1, n. 6, letra b da Lei de Alteração dos Dispositivos sobre o Estado Pessoal (*Personenstandsrechts-Änderungsgesetz* – PStRÄndG), de 7 de maio de 2013 (BGBl I, p. 1122), é inconciliável com o art. 2, inc. 1 c/c os arts. 1, inc. 1 e 3, inc. 3 da Lei Fundamental na medida em que eles criam um dever de indicação do gênero e, dessa forma, não permitem que pessoas que apresentam variações no desenvolvimento do gênero face a desenvolvimentos de gêneros masculino e feminino e que não se enquadram permanentemente nem no gênero masculino, nem no feminino, possam registrar-se positivamente fora dos padrões “feminino” ou “masculino”. O legislador é obrigado, até 31 de dezembro de 2018, a criar uma regra conforme a constituição.
2. A decisão do Superior Tribunal (*Bundesgerichtshof*), de 22 de junho de 2016 - XII ZB 52/15; do Tribunal de Justiça de Celle, de 21 de janeiro de 2015 - 17 W 28/14 e do juízo de primeira instância de Hannover, de 13 de outubro de 2014 - 85 III 105/14, violam o autor da queixa constitucional em seus direitos fundamentais oriundos do art. 2, inc. 1 c/c arts. 1, inc. 1 e 3, inc. 3 da Lei Fundamental. Ficam revogadas as decisões do Superior Tribunal (*Bundesgerichtshof*), de 22 de junho de 2016 - XII ZB 52/15 e do Tribunal de Justiça de Celle, de 21 de janeiro de 2015 - 17 W 28/14. Os autos devem ser devolvidos ao Tribunal de Justiça. O processo fica suspenso até uma nova regulamentação da matéria.
  1. A República Federal da Alemanha deve restituir as despesas necessárias para a pessoa que ingressou com a queixa constitucional.

## Motivos

### A.

A queixa constitucional questiona se as decisões atacadas e os § 21, inc. 1 n. 3 c/c o § 22, inc. 3 da Lei do Estado Pessoal (PStG), que as embasam, violam o autor da queixa em seus direitos fundamentais. A pessoa que moveu a queixa constitucional foi registrada, por ocasião do nascimento, como pertencente ao sexo feminino e registrada como menina na certidão de nascimento. Ela possui um atípico cromossomo (chamado síndrome de Turner) e não sente permanentemente pertencente ao gênero masculino ou feminino. Ela requereu o registro positivo na indicação de gênero “intermediário” ou “diverso” no registro de nascimento. O registro civil competente negou o pedido, porque o § 21, inc. 1 n. 3 e § 22, inc. 3 da PStG não permite esse tipo de registro. A pessoa, autora da queixa constitucional, considera essas regras inconstitucionais.

### I.

1. a) Após o nascimento de uma criança, deve-se, segundo o direito alemão do estado pessoal, indicar seu gênero no registro de nascimento. A criança deve ser qualificada ou como do sexo feminino ou masculino. Quando isso não for possível, o gênero não é registrado. As duas normas da Lei do Estado Pessoal, indiretamente atacadas, rezam que:

§ 21 Indicação no registro de nascimento

(1) No registro de nascimento são documentados

3. O gênero da criança

§ 22 Ausência de indicação

(3) se a criança não puder ser qualificada como do gênero masculino ou feminino, o estado pessoal deve ser registrado sem essa indicação na certidão de nascimento.

- b) O § 22, inc. 2 da PStG foi introduzido com a reforma do direito do estado pessoal no ano

de 2013. Antes, inexistia uma regra legal desde 1875 sobre pessoas, cujo sexo não é claramente masculino ou feminino. O direito estadual geral para os estados prussianos, de 1794 (ALR) continha regras sobre o enquadramento de hermafroditas: “Quando nascerem hermafroditas, os pais devem determinar em qual sexo eles devem ser educados” (§ 19 I 1 ALR). “Entretanto, essas pessoas, após atingido dezoito anos de idade, têm a livre escolha de determinar sob qual gênero elas querem se portar.” (§ 20 I 1 ALR). Após a introdução do registro civil e da gerência dos registros de nascimento através da Lei sobre o Registro do Estado Pessoal e de Casamento, de 6 de fevereiro de 1875 (RGrB I, p. 23), essa regra foi revogada sem qualquer substituição. Com isso, surgiu uma lacuna legal, que persistiu até a reforma do direito do estado pessoal no ano de 2013 (sobre isso, confira-se Wacke, in: *Festschrift für Kurt Rebmann*, 1989, p. 861, 868 ss.; Kolbe, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*, 2010, p. 81; Lettrari, *Aktuelle Aspekte der Rechtslage zur Intersexualität*, 2015, p. 6).

c) À nova regra do § 22, inc. 3 da PStG precederam as conclusões finais do Comitê das Nações Unidas para exclusão de quaisquer formas de discriminação da mulher, de 10 de fevereiro de 2009, nas quais o Comitê da República Federal da Alemanha exortou “... estabelecer um diálogo com organizações não governamentais de pessoas inter ou transexuais a fim obter uma melhor compreensão de seus interesses e de adotar medidas eficazes para a proteção de seus direitos humanos” (CEDAW/DEU/CO/6 nr. 62).

No ano de 2010, o Ministério de Educação e Pesquisa, juntamente com o Ministério da Saúde, conferiram ao Conselho de Ética Alemão a missão de, em diálogo com pessoas intersexuais, realizar um parecer sobre a situação dessas pessoas na Alemanha. Em fevereiro de 2012, o Conselho de Ética Alemão apresentou seu parecer, onde lê-se (BTDruck. 17/9088, p. 59), resumidamente, que:

“O Conselho de Ética Alemão entende que existe uma injustificável violação ao direito de personalidade e ao direito ao tratamento isonômico quando pessoas – que, em função de sua constituição corpórea, não podem ser qualificadas nem como do sexo feminino ou masculino – são legalmente obrigadas a se enquadrar em uma dessas categorias no registro civil.

1. Deve ser regulamentado que as pessoas, cujo gênero não seja claramente apurável, podem escolher a opção “outro” ao lado do registro como “feminino” ou “masculino”.

Adicionalmente deve ser regulado que nenhum registro deve ocorrer até que a pessoa

afetada decida livremente. O legislador deve fixar um prazo máximo, dentro do qual a pessoa deve tomar a decisão.

2. Além da já existente possibilidade de modificação do registro, deve ser adicionalmente regulado que a pessoa interessada altere seu registro quando o registro efetuado se mostrar incorreto.

4. Deve-se considerar, como base para as futuras decisões do legislador, os fins perseguidos com o dever de registro, segundo o direito atual. Deve-se analisar se o registro do gênero em registros de estado pessoal ainda é realmente necessário.”

d) O projeto de lei do governo para modificar as regras sobre o estado pessoal (PStTÄndG), de 25 de maio de 2012, não considera as sugestões do Conselho de Ética Alemão (BRDrucks. 304/12; BT-Drucks. 17/10489, p. 5 ss.). O Conselho Federal exaltou o governo, em parecer datado de 6 de julho de 2012, a examinar as sugestões do Conselho de Ética Alemão sobre o tema da intersexualidade, às quais aderiu por ocasião da elaboração do projeto de lei (BT-Drucks. 17/10489, p. 56). O governo manifestou, em suas considerações, tratar com seriedade os problemas dos afetados e a posição do Conselho de Ética. Não se poderia, contudo, encontrar a curto prazo uma solução dos complexos problemas, especialmente sob a consideração de aspectos médicos, nesse já adiantado processo legislativo. Antes de uma nova regulação, teriam sido aparentemente ouvidos os afetados e especialistas, onde se verificou quais mudanças em outras leis seriam necessárias (BT-Drucks. 17/10489, p. 72; BT-Plenarprotokoll 17/219, p. 27222). A comissão interna do Parlamento sugeriu a aceitação do atual § 22, inc. 3 PStG (BT-Drucks. 17/12192, p. 3, 11), tendo sido a versão da comissão aprovada por unanimidade na segunda e terceira discussões (confira-se BT-Plenarprotokoll 17/219, p. 27222).

e) No acordo de coalisção para a 18<sup>a</sup>. legislatura, de 27 de novembro de 2013, os partidos de coalisção se obrigaram à avaliação e à ampliação das alterações para pessoas intersexuais, nesse meio tempo ocorridas em tema de direito do estado pessoal, bem como a colocar no foco principalmente “a situação especial de pessoas trans e intersexuais” (confira-se o Acordo de Coalisção entre CDU, CSU e SPD, 18<sup>a</sup> Legislatura, p. 105). Para esse fim, foi criado entre os ministérios, em setembro de 2014, um grupo de trabalho interdisciplinar “Inter/Transexualidade”, cujo relatório conclusivo deveria ter sido apresentado no primeiro semestre de 2017, o que não aconteceu até agora (veja-se a resposta do Governo Federal ao questionamento da facção BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/7310, p. 14).



2. A imputação jurídica ou fática do gênero, como frequentemente também o registro do sexo e os documentos de natureza jurídica pessoal exercem um grande papel nas mais diversas situações da vida. De um lado, a pertença a um gênero tem determinadas consequências jurídicas; de outro, atribui-se à essa pertença no dia-a-dia relevância prática, dentre as quais a necessidade de registro para fins de identificação e validação de dados ou para fins de natureza estatal. Assim, por exemplo, o passaporte alemão (§ 4, inc. 1, frase 2, n. 6 da PassG) e o cartão eletrônico de saúde (§ 291, inc. 2, frase 1, n. 4 do SGB V) contém a indicação do sexo da pessoa. A apresentação de uma certidão de nascimento ou de uma declaração do registro de nascimento perante autoridade pública, tribunais ou terceiros está prevista em uma série de situações ou é praticamente obrigatória e ambos identificam o gênero da pessoa (§ 59, inc. 1, n. 2 e inc. 2, bem como § 55, inc. 1, n. 1 c/c § 21, inc. 1, n. 3 e § 22, inc. 3, todos da PStG). A apresentação da certidão de nascimento é necessária, dentre outros, para matrícula em curso superior, para provas universitárias, exame de ordem e doutorado, para concurso em serviço público, na relação de funcionalismo público assim como para a formação em determinadas profissões.
  
3. Sob uma ótica médica, não se sustenta uma concepção de gênero exclusivamente binária. O Conselho Federal de Medicina publicou em 2015, sob sugestão de seu conselho científico, parecer sobre “Cuidados de crianças, jovens e adultos com perturbações no desenvolvimento sexual (*Disorders of Sex Development, DSD*)”, segundo o qual as variações no desenvolvimento sexual constituem um grupo heterogêneo de desvios na determinação ou variação de gênero. Entende-se como variantes no desenvolvimento sexual quaisquer variações congênitas na constituição hormonal, gonadal e genitais de um ser humano, com a consequência de que o sexo de uma pessoa não corresponde claramente às categorias biológicas de “masculino” ou “feminino”. É inadequada qualquer equivalência com má-formação ou doenças (veja-se Bundesärztkammer, Deutsches Ärzteblatt, de 30 de janeiro de 2015, p. 1, 2). As “Linhas Fundamentais da Sociedade Alemã de Urologia, da Sociedade Alemã de Cirurgia Infantil e da Sociedade Alemã de Endocrinologia e Diabetologia Infantil constataram que seria necessária uma revisão da imagem normativa transmitida de homem e mulher, tendo em vista as conexões biológicas e o mundo de vivências das pessoas com variações no desenvolvimento de gênero. Variações no desenvolvimento sexual não são doença, segundo o estudo. Não se poderia cogitar de sua “cura”.

Nenhuma intervenção médica ou psicológica mudaria o estado de indeterminação per se. O trato com pessoas com variações no desenvolvimento sexual seria, em regra, um problema sócio-político e precisaria ser pensado num contexto social mais amplo (Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. - AWMF, S2k-Leitlinie Register Nr. 174/001, Stand: 07/2016, Varianten der Geschlechtsentwicklung, p. 4). Nas ciências médicas e psicossociais há vasta concordância de que um gênero não se deixa determinar ou sintetizar apenas por caracteres genético-anatômicos e/ou cromossômicos, mas é também determinado por fatores sociais e físicos (por exemplo: *Bundesärztekammer*, a.a.O., p. 5, 7; Psyhyrembel, *Klinisches Wörterbuch*, 266 ed., 2014, palavra-chave: gênero; Richter-Appelt, in: *Irrsinnig weiblich - Psychische Krisen im Frauenleben*, 2016, p. 107, 116).

4. Os dados sobre o número de pessoas na Alemanha que possuem variações no desenvolvimento no gênero variam conforme as formas de manifestação investigadas. Assim, por exemplo, há referências à uma frequência de 1:500 intersexuais na população (PSchyrembel, a.a.O., palavra-chave: intersexualidade), o que corresponde a um número de cerca de 160.000 pessoas na Alemanha (outros números em Schmidt am Busch, AÖR 2012, p. 441, 443; Böcker/Denk et al., *Pathologie*, 5a. Ed., 2012, p. 739; Johow/Voland, APuZ 2012, p. 9, 12 s.; Helms, *Brauchen wir ein drittes Geschlecht?*, 2012, p. 3, com outras indicações; Bundesärztekammer, a.a.O., p. 4; confira-se ainda Althoff/Schabram/Follmar-Otto, *Gutachten Geschlechtervielfalt im Recht - Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt*, BMFSFJ (coord.), 2017, p. 18 e nota de rodapé 39).

## II.

1. Mediante a apresentação de uma análise cromossômica, a pessoa que apresentou a queixa constitucional requereu a correção de seu registro de nascimento perante o registro competente, com a anulação da indicação de gênero “feminino” e a averbação como “inter/diverso” ou, alternativamente, apenas “diverso”. Segundo a análise cromossômica apresentada, ela (pessoa) possui uma acentuada sequência cromossômica numérica com um cromossomo x, com a ausência de um segundo genossomo. O registro civil indicou em sua decisão ser impossível indicar um terceiro gênero no registro de nascimento. O legislador optou por uma ordem de gênero

binária, conferindo apenas a possibilidade de não indicar nenhum sexo. A região de Hannover aderiu a tal entendimento e encaminhou a solicitação ao juízo competente.

2. O juízo de primeira instância também denegou o pedido de retificação sob a alegação de que o registro de um terceiro sexo não seria possível, mesmo após a entrada em vigor da Lei do Estado Pessoal (PStG). Segundo o § 22, inc. 1, n. 3 e § 22, inc. 3 da PStG, o registro do sexo de uma criança deve ser feito como “feminino” ou “masculino” ou sem indicação do gênero. Não seria prevista a indicação com “intermediário” ou “diverso” e não se conhece a inconstitucionalidade dessa regra.
3. O Tribunal de Apelação denegou a queixa interposta contra a decisão, pois o juízo de primeira instância negara o pedido de retificação do gênero de acordo com a literalidade dos §§ 21, inc. 1, n. 3 e 22, inc. 3 da PStG. A pessoa, autora da queixa constitucional, poderia apenas obter a anulação do registro como do gênero “feminino”. O suporte fático do “gênero”, do § 21, inc. 1, n. 3 da PStG, não precisaria ser interpretado conforme a constituição para se admitir a existência de um terceiro gênero “inter” ou “diverso” ao lado do “masculino” e “feminino”, vez que o § 22, inc. 3 da PStG não seria inconstitucional em sua atual redação.
4. O recurso interposto contra a decisão foi denegado pelo *Bundesgerichtshof* (BGH). Uma alteração do registro da certidão de nascimento para “inter” ou “diverso” não seria possível segundo o direito vigente, não sendo possível também uma outra interpretação do suporte fático do gênero, do § 21, inc. 1, n. 3 do PStG. Não haveria ainda razão para a submissão do caso perante o Tribunal Constitucional, já que o Senado (do Tribunal) não considerava os §§ 21, inc. 1, n. 3 e 22, inc. 3 da PStG inconstitucional. A autora só poderia conseguir, nos termos do §§ 48, inc. 1 e 47, inc. 2, n. 1 c/c § 22, inc. 3 da PStG, que a indicação do sexo fosse apagada da certidão de nascimento. Como a designação “inter” ou “diverso” no registro de nascimento não possui um conteúdo material, não faz, segundo o BGH, nenhuma diferença constitucionalmente significativa se o registro, indicador do gênero, não se efetiva ou se se faz um registro sem se poder indicar o sexo existente, ou seja, de natureza meramente declaratória. Até que ponto o legislador estaria obrigado pela Constituição a ter em conta a situação do afetado, através de uma alteração no direito de família material, não deve, segundo o Tribunal, ser objeto de análise no presente processo. Através da criação de um outro gênero, seriam afetados interesses do ordenamento

estatal, o que não seria o caso.

### III.

Com a queixa constitucional, censura a autora a violação de seus direitos de personalidade, decorrentes do art. 2, inc. 1 c/c art. 1, inc. 1, bem como uma discriminação em razão do sexo, nos termos do art. 3, inc. 3, frase 1 e uma ofensa ao mandamento da isonomia do art. 3, inc. 1, todos da Lei Fundamental (GG).

1. Porque sua identidade intersexual é clara e permanente, a autora teria uma pretensão ao reconhecimento igualitário de seu gênero como expressão de seu direito geral de personalidade. A imputação obrigatória ao gênero masculino ou feminino representaria uma interferência em seu direito de personalidade, pois ela seria obrigada a se enquadrar em um sistema binário que não corresponderia à sua própria percepção de identidade. Mesmo segundo a nova Lei do Estado Pessoal ela teria apenas a opção de se enquadrar entre as inadequadas categorias masculino ou feminino ou deixar em branco a certidão de nascimento e, dessa forma, não pertencer a nenhum gênero. Isso significaria ser um “nulo”. Por um lado, não faria diferença, sob o aspecto jurídico-material, se o registro do gênero fosse deixado em aberto ou se fosse indicado positivamente, pois o direito material ignora a existência de pessoas intersexuais. A função do registro do estado pessoal nas certidões de nascimento é bem mais ampla que a formação de importantes fatos de natureza jusfamiliar. Enquanto existir a indicação do gênero no direito do estado pessoal, isso é uma base sólida para a construção da identidade do indivíduo no contexto social. O ato estatal empresta a esse caractere uma importância adicional. Uma outra categoria de gênero “inter/diverso” não seria menos adequada do que a atual situação jurídica para esclarecer a situação. Com essa categoria não se estaria criando um “terceiro gênero”, como sugeriu o *Bundesgerichtshof*, mas uma categoria geral para todas as pessoas que não se enquadram nem sob o sexo masculino, nem sob o feminino, mas que não querem ser registradas permanentemente como “assexuadas”. E o dispêndio burocrático não aumentaria consideravelmente.
2. O tratamento diferenciado das pessoas intersexuais face a indivíduos masculinos ou femininos configura um tratamento diferenciado inadmissível por causa do sexo (art.

3, inc. 2 da LF). Enquanto pessoas masculinas ou femininas são indicadas respectivamente como pertencentes ao gênero masculino ou feminino no registro pessoal, não existiria uma indicação passível de registro jurídico para a identidade da autora da queixa constitucional.

#### IV.

No processo se manifestaram o Governo do Estado-Livre de Thüringen, o Conselho de Ética Alemão, o Conselho Federal de Medicina, Instituto Alemão de Direitos Humanos, a Associação Nacional Alemã dos Oficiais do Registro Civil (BDS), a Sociedade Alemã de Pesquisa Sexual (DGfS), Associação Profissional dos Psicólogas e Psicólogos Alemães (BDP), a Sociedade Alemã de Psicologia (DGPs), Sociedade Alemã para Transidentidade e Intersexualidade (dgti), Sociedade Alemã das Pessoas intersexuais, Sociedade das Lésbicas e Gays da Alemanha (LSVD), Comitê Central dos Católicos Alemães (ZdK), Centro de Estudos da Igreja Evangélica Alemã para Questões de Gênero na Igreja e Teologia, a Associação Nacional Trans (BVT), dos Trans-Interqueer (TrIQ), bem como, por iniciativa própria, a Associação de Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Intersexuais e Pessoas Queer na Psicologia (VLSP), bem como a Associação Livre das Estudantes.

1. O Governo do Estado de Thüringen apoia a “intenção da queixa constitucional”.
2. O Conselho de Ética Alemão cita um parecer do ano de 2012, onde propõe que pessoas, cujo sexo não seja claramente identificável, possam escolher registrar um “outro”, ao lado das opções feminino ou masculino e faz referencia também ao detalhado parecer sobre intersexualidade (BT-Druck. 17/9088), realizado a pedido do Governo Federal.
3. O Conselho Federal de Medicina faz referência ao seu parecer inicial (Deutsches Ärzteblatt, de 30 de janeiro de 2015, p. 1 ss.).
4. O Instituto Alemão de Direitos Humanos remete, em grande medida, ao parecer realizado a pedido do Ministério da Família, Idosos, Mulheres e Jovens (Althoff/Schabram/Follmar-Otto, a.a.O.). De modo geral, o Instituto considera necessário o reconhecimento jurídico de uma sexualidade não-binária. Em uma pesquisa com pessoas inter ou transexuais, cerca de um terço a um quarto dos

entrevistados indicaram uma identificação não-binária. A partir desse pano de fundo, a denegação do registro de categorias de gênero não-binárias mostra-se como indefensável. Deixar em branco o campo do gênero não gera um reconhecimento positivo do gênero, mas sim nega a imputação às categorias binárias de “masculino” e “feminino”. Sob uma perspectiva jusfundamental, não se trata da criação de gêneros pelo legislador, mas de um reconhecimento jurídico isonômico da sexualidade com base na constituição individual física e psíquica. A função de imputação e ordenação da categoria do gênero não poderia justificar, no direito positivo vigente, a denegação do registro de um gênero não-binário. Especialmente a recusa do registro não seria um meio adequado para o alcance desse fim, pois a insegurança jurídica, resultante do registro de pessoas como “inter/diverso”, existira da mesma forma com a atual regra do § 22, inc. 3 da PStG, que permite que se deixe em branco a indicação do sexo.

5. A Associação Nacional Alemã dos Oficiais do Registro Civil considera que a regra vigente exaure o campo de configuração do legislador. Ela assegura que o registro pessoal pode exercer, de forma confiável, sua função no comércio jurídico. Como o vigente direito material do estado pessoal e de família desconhece uma regra específica para o gênero “inter/diverso”, o registro desse respectivo gênero contrariaria a função e a tarefa do registro do estado pessoal. Através do registro se despertaria a falsa impressão de que, no contexto jurídico (do estado pessoal), faria diferença se alguém pertencesse ao gênero “inter/diverso” ou se tivesse um registro de gênero em aberto. Isso se oporia ao fins de segurança e clareza jurídica. Com a possibilidade de se registrar todas as identidades de gênero – existentes entre as categorias “masculino” e “feminino” – fora da categoria geral do registro em aberto, não se poderia mais garantir a clareza do estado pessoal, pois existe uma grande variedade de identidades de gênero. Quando o legislador abriu mão de uma designação arbitrária “inter” ou “diverso”, ele levou em consideração os interesses das pessoas intersexuais, que não se identificam com uma tal designação de gênero. O verdadeiro problema das pessoas intersexuais consiste no fato de que não há ainda, na realidade social, identidades de gênero aceitas em geral e papéis sociais para os intersexuais. Não é visível quais vantagens teria o registro de “inter” ou “diverso” na certidão de nascimento. Além disso, com a solução escolhida pelo legislador, a Alemanha já alcançara uma posição precursora no plano internacional.
6. A Sociedade Alemã de Pesquisa Sexual considera insuficiente a regra encontrada pelo

legislador. Revela-se falso o ponto de vista científico, defendido na segunda metade do século 20, segundo o qual se poderia “curar” pessoas com sexo indefinido através de uma adaptação, seja corporal, seja por meio de educação sexual, aos padrões homem ou mulher. Já chegara o tempo de se permitir o registro de outro gênero, além do masculino ou feminino.

7. Segundo a concepção da Associação Profissional das Psicólogas e Psicólogos Alemães, deve-se permitir a uma pessoa o registro de sua identidade de gênero como “inter/diverso”, alternativamente como “diverso” nos registros pessoais quando isso se basear em uma decisão autônoma, intensa e definitiva da pessoa em questão. A identidade de gênero, seu desenvolvimento e socialização representam uma importante área da vivência e do comportamento humanos. Sob o aspecto psicológico, deve-se permitir aos intergêneros fazer conhecer ao exterior essa sensação de pertencimento, caso sintam desejo ou necessidade para tal. Entretanto, algumas pessoas afetadas vêem nisso a possibilidade de uma nova discriminação. Esse risco fica, contudo, em segundo plano quando esse registro permanece como uma faculdade, ou seja, quando não representa uma obrigação e permanece possível optar-se por outro registro.
8. A Sociedade Alemã de Psicologia aprova o reconhecimento jurídico de pessoas intersexuais como “inter/diverso”, alternativamente como “diverso”. Segundo a mesma, não seria mais sustentável a ideia de que o sexo de uma pessoa só pode ser masculino ou feminino, nem sob o aspecto psicológico, nem biológico ou sob a ótica da sexologia. O gênero seria uma construção pluridimensional, cujo desenvolvimento é condicionado pela complexa interação de fatores corporais, psicossociais e psicosexuais. A queixa constitucional leva em conta conhecimentos psicológicos e sexuais atuais quando ela alerta que o reconhecimento jurídico e, com isso, social da própria existência sexual e identidade representa um pressuposto essencial para a capacidade de desenvolvimento do sentimento saudável de dignidade própria e de responsabilidade. Respectivamente nocivas para um desenvolvimento psíquico saudável poderiam ser as experiências de exclusão social e de “inexistência juspeçoal”. Riscos psicossociais, discriminações e tratamentos diferenciados conduziriam, dentre outros, a uma autoestigmatização e representariam potenciais riscos à saúde. Está comprovado, empiricamente, uma conexão disso com o aumento das taxas de suicídio e, através de um reconhecimento jurídico, todos esses riscos poderiam ser reduzidos.

9. Segundo a opinião da Sociedade Alemã para a Transidentidade e Intersexualidade deveria ser permitido o registro de “inter/diverso”. Pessoas, que não são nem femininas, nem masculinas, vivenciam a negação contínua de sua personalidade, na medida em que são privadas de sua identidade sexual. A experiência mostra que pessoas que tentaram viver conforme sua personalidade terminaram essa fase da vida através de um colapso interior, se recolheram totalmente da sociedade ou se isolaram nos círculos sociais em que foram aceitas. Por outro lado, também uma adaptação forçada tem frequentemente consequências fatais como a perda da confiança elementar em outras pessoas, perda da autoestima e da autoaceitação, depressão profunda e até suicídio. Além disso, pessoas não binárias são com muita frequência submetidas a agressões e atravessam um caminho de vida pedregoso. Para as pessoas que se identificam como “inter”, não é irrelevante se o registro do sexo foi deixado em aberto ou se o gênero foi descrito como “inter”, pois se o registro do gênero de um adulto for deixado em branco na certidão de nascimento, ele aparecerá externamente como uma pessoa que não teve seu desenvolvimento sexual concluído.
10. A Associação de Pessoas Intersexuais considera a solução jurídica do § 22, inc. 3 da PStG como insuficiente. O legislador teria perdido a oportunidade de instituir um outro estado pessoal, ao lado do “masculino” e “feminino”, o que teria profundas consequências para as pessoas intersexuais. A manutenção da construção social da dupla sexualidade seria desproporcional, pois ela torna impossível, para todo um grupo de pessoas nascidas com intersexualidade, a participação na vida e em uma assistência médica condizente ao gênero.
11. A Associação de Lésbicas e Gays na Alemanha é da opinião de que a atual redação do § 22, inc. 2 da PStG viola a pessoa, autora da queixa constitucional, em seu direito oriundo do art. 2, inc. 1 cominado com o art. 1, inc. 1 da Lei Fundamental. A possibilidade de cancelar o registro do sexo não é suficiente para fazer jus a seu direito de personalidade, pois, com isso, não se reconhece a sua verdadeira identidade de gênero, vez que a autora da queixa constitucional não se vê como “assexuada”, mas como uma pessoa do gênero “intersexual”.
12. O Comitê Central dos Católicos Alemães constatou que a associação católica por ele consultada posiciona-se contrária à dissolução da ordem de gênero binária, pois isso



contrariaria os ideais de valores da maioria das católicas e católicos. Segundo o Comitê, seria inegável que a intersexualidade é um fenômeno biológico. Eles não compartilham, contudo, a ideia parcialmente defendida de que isso seria um defeito corpóreo ou um desvio dos padrões, carente de tratamento ou de adaptação. A dignidade humana proíbe a discriminação em razão de características corporais. Através da alteração na Lei do Estado Pessoal (PStG) ter-se-ia, contudo, já considerado adequadamente a exigência de não discriminação de pessoas intersexuais. Não se pode, entretanto, excluir que no futuro haja uma mudança nos valores sociais, de forma que na Alemanha, como em outros estados, resulte uma maioria política favorável à opção de um terceiro sexo. Atualmente, contudo, pode-se dizer que o grupo social dos cristãos e cristãs, organizados nas associações e comunidades católicas, não votam a favor da criação dessa opção.

13. O Centro de Estudos da Igreja Evangélica Alemã para Questões de Gênero na Igreja e Teologia entende que as pessoas que, em função da autopercepção de sua identidade sexual, não podem ou não desejam ser enquadradas no gênero “feminino” ou “masculino” só experimentariam uma imputação equivalente a essas duas categorias se essa (categoria equivalente) fosse reconhecida como uma imputação de gênero. O princípio ordenador, institucional e culturalmente dominante, da dupla sexualidade representa uma considerável intervenção na autoimagem e no desenvolvimento conforme essa autoimagem de pessoas à margem da sexualidade binária. A identidade sexual é uma categoria tão essencial para a pessoa, que a sua falsa imputação produz gravíssimas consequências. Quem não pode ou não quer ser classificado claramente como feminino ou masculino não é um “nulo” sexual, mas um “aliud”.
14. A Associação Nacional Trans\* postula a criação de um terceiro estado pessoal que deve ser acessível, sem quaisquer obstáculos, a todas as pessoas e se basear apenas na autodeterminação individual e na autodefinição. A longo prazo, o registro do sexo deveria ser completamente abolido, pois o levantamento do gênero, enquanto categoria no direito do estado pessoal, não é, em sua maioria, apreendido por pessoas, cuja identidade corresponde ao gênero atribuído e só é necessário enquanto vigorar direitos diferentes para diferentes gêneros.
15. A TransInterQueer considera a introdução de uma terceira categoria de gênero como suficiente, porque não seria possível encontrar uma terminologia adequada para todas

as pessoas à margem das indicações binárias de gênero. A introdução de uma “terceira opção” fixa seria um desvio para adiar a abolição dos registros pessoais do sexo.

16. A Associação de Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans\*, Intersexuais e Queer na Psicologia, bem como a Associação Livre das Estudantes posicionaram-se favoravelmente por uma terceira opção do estado pessoal.

## **B.**

A queixa constitucional admitida deve ser provida. O § 21, inc. 1, n. 3 c/c § 22, inc. 3 da PStG são inconstitucionais na medida em que o § 21, inc. 1, n. 3 da PStG exige o registro jurídico do gênero e o § 22, inc. 3 da PStG não permite o cadastro positivo de outro gênero - além do “feminino” ou “masculino” - para pessoas, cujo desenvolvimento sexual apresenta variações face ao desenvolvimento sexual feminino ou masculino e que não se qualificam permanentemente nem como do gênero masculino, nem feminino. As decisões atacadas com a queixa constitucional baseiam-se nessas determinações. Elas violam a pessoa autora da queixa em seu direito geral de personalidade (art. 2, inc. 1 c/c art. 1, inc. 1 da Lei Fundamental) e afrontam a proibição de discriminação em razão do sexo (art. 3, inc. 3, frase 1 da Lei Fundamental).

## **I.**

O § 21, inc. 1, n. 3 c/c § 22, inc. 3 da PStG ofende o direito geral de personalidade (art. 2, inc. 1 c/c art. 1, inc. 1 da Lei Fundamental) na forma de proteção da identidade de gênero. O direito geral de personalidade tutela a identidade de gênero de todas as pessoas que não se enquadram como pertencentes ao gênero masculino ou feminino (1). Caracteriza-se uma ofensa ao direito fundamental, porque o direito vigente do estado pessoal obriga a registrar o gênero, mas não admite nenhum registro além do feminino ou masculino (2). A ofensa ao direito fundamental é injustificável (3).

1. O direito geral de personalidade tutela a identidade de gênero da pessoa, autora da queixa constitucional.

- a) o art. 2, inc. 1 da GG confere a cada um o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Esse direito fundamental compreende – ao lado da liberdade geral de ação – o direito geral de personalidade (art. 2, inc. 1 c/c art. 1, inc. 1 da GG). Este completa, enquanto um direito de liberdade “inominado”, os direitos especiais “nominados” de liberdade, que, em todo caso, tutelam elementos constitutivos da personalidade (confira-se BVerfGE 54, p. 148, 153). Uma das funções do direito geral da personalidade consiste em garantir condições elementares para que uma pessoa possa se desenvolver e defender sua individualidade autonomamente (BVerfGE 79, p. 256, 268; 99, p. 185, 193 e 120, p. 274, 303; decisões controvertidas). Ele não concede uma tutela contra tudo que possa prejudicar de alguma forma o desenvolvimento autônomo da personalidade, mas, de qualquer maneira, qualquer pessoa pode desenvolver sua individualidade independentemente de circunstâncias ou pertencimentos. A proteção do direito geral de personalidade atua, colmatando lacunas, sempre quando o desenvolvimento autônomo e a defesa da personalidade são ameaçados especificamente (BVerfGE 141, p. 186, 201 s., Rn. 32).
- b) O direito geral de personalidade protege, portanto, também a identidade de gênero (BVerfGE 115, p. 1, 14 ss.; 116, p. 243, 259 ss.; 121, p. 175, 190 ss. e 128, p. 109, 123 ss.), que é normalmente um aspecto constituinte da própria personalidade. O pertencimento a um gênero ganha importância marcante para a identidade individual, dentro das condições mencionadas. Ela ocupa normalmente uma posição central tanto no autocompreensão da pessoa como na forma como essa pessoa é percebida pelos outros. O pertencimento a um gênero tem um papel importante no dia a dia: em parte, o direito regulamenta deveres e pretensões em função do gênero; por vezes, o sexo forma a base para a identificação de uma pessoa e, também sob a ótica dos comandos jurídicos, o pertencimento a um gênero tem uma importância crucial na vida cotidiana. Ele determina ainda a forma como as pessoas são tratadas e quais expectativas podem ser dirigidas à aparência externa de uma pessoa, à sua educação ou a seu comportamento.

Também se tutela a identidade de gênero de qualquer pessoa que não seja enquadrável como pertencente ao sexo masculino ou feminino. Essas pessoas poderiam desenvolver sua personalidade sem obstáculos se a imputação de gênero tivesse, no geral, um significado menor. A imputação de gênero é, entretanto, dentro das condições existentes, um aspecto especialmente relevante da percepção alheia da mesma forma que da própria compreensão

da personalidade. A pessoa que agora move a queixa constitucional acentua a importância prática da imputação de gênero e pretende que a identidade sexual seja, nessas condições, parte constitutiva de sua personalidade.

2. A regra, alcançada através do § 21, inc. 1, n. 3 c/c § 22, inc. 3 da PStG, ofende o direito geral de personalidade enquanto forma de proteção da identidade de gênero (a) e põe em risco especificamente o desenvolvimento e a defesa da personalidade da autora da queixa constitucional em sua identidade de gênero (b).

a) As regras indiretamente atacadas afrontam o direito geral de personalidade na sua forma de tutela da identidade sexual. O direito do estado pessoal exige a que o sexo seja registrado, mas não permite que à autora - cujo desenvolvimento sexual apresenta variações face ao desenvolvimento feminino ou masculino e que, permanentemente, não se considera pertencente nem ao gênero masculino, nem ao feminino - um registro que corresponda à sua identidade de gênero (sobre o caráter ofensor, confira-se: BVerfGE 49, p. 286, 298; 60, p. 123, 132 ss.; 116, p. 243, 259 ss.; 121, p. 175, 190 ss. e 128, p. 109, 124). Segundo o § 21, inc. 1, n. 3 da PStG, deve-se atestar no registro de nascimento o sexo de uma pessoa. Como possibilidade de registro positivo encontra-se apenas à disposição o gênero “feminino” e o gênero “masculino”, mas nenhuma outra possibilidade de registro de gênero. Isso resulta do § 22, inc. 2 da PStG (“ausência de registro”), segundo o qual o campo do estado pessoal pode ficar sem indicação quando a criança não puder ser qualificada nem como feminina, nem como masculina. Mas não pode haver um registro positivo na certidão de nascimento. Em consequência disso, a autora da queixa constitucional precisa aceitar um registro que não corresponde à sua identidade de gênero, tutelada constitucionalmente.

É bem verdade que ela tem a possibilidade de cancelar a inscrição feminina em sua certidão de nascimento. Mas isso não afasta a ofensa ao direito fundamental: a autora não seria limitada em sua identidade de gênero apenas através da falta de imputação como mulher, mas também, de acordo com a situação jurídica atual, por meio da escolha da opção “ausência de registro” (§ 22, inc. 2 da PStG). Com o registro em aberto do gênero não se demonstraria que ela não se vê como homem ou mulher, nem como assexuada ou que ela possui, segundo sua autopercepção, um gênero além do masculino ou feminino. Com a “falta de indicação”, permanece-se com o único modelo binário fundamental de pertencimento a um gênero e desperta-se a impressão de que

não seria possível o reconhecimento jurídico de outras identidades de gênero e que o registro do sexo simplesmente não estaria esclarecido, nem levaria a uma solução ou que fora esquecido. Não há aqui o reconhecimento da pessoa, autora da queixa constitucional, em sua sexualidade, em correspondência à sua autopercepção. O registro permanece, a seu ver, inexato, porque o simples cancelamento de um registro de gênero binário desperta a impressão da ausência de gênero (confira-se Althoff/Schabram/Folmmar-Otto, a.a.O, p. 24, 44; veja-se, ainda, Vöneky/Wilms, *Stellungnahme our Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland im Deutschen Etikrat*, 2011, p. 3; Sieberichs, FamRZ 2013, p. 1180, 1181 e Gössl, NZFam 2016, p. 1122, 1123).

b) Ao mesmo tempo em que o direito do estado pessoal exige o registro do gênero, ele impede a uma pessoa o reconhecimento jurídico de sua identidade sexual e, com isso, põe em risco o desenvolvimento autônomo e a defesa da personalidade dessa pessoa.

aa) Nessas circunstâncias, o reconhecimento jurídico do gênero tem efeitos manifestos e atributivos de identidade. O estado pessoal não é algo marginal, mas sim, segundo a lei, a “posição de uma pessoa dentro da ordem jurídica” (§ 1, inc. 1 da PStG). Com o estado pessoal, uma pessoa é medida segundo os critérios previstos em lei. Ele descreve, em pontos centrais, a identidade juridicamente relevante de uma pessoa. Por isso, a negativa de reconhecimento jurídico da identidade sexual põe em risco o desenvolvimento e a defesa da personalidade de uma pessoa *per se*, ou seja, independentemente de quais consequências estão vinculadas ao registro do gênero, além daquelas previstas no âmbito do direito do estado pessoal.

O registro juspessoal só adquire significado específico para a identidade sexual, porque o direito do estado pessoal exige a indicação de pertencimento a um gênero. Não fosse isso, ele não poria em risco especificamente o desenvolvimento e a defesa da personalidade quando o concreto pertencimento de gênero de uma pessoa não se materializasse no registro. Não se trata, quanto ao gênero, de uma categoria de relevância jurídica. Não resulta do direito geral de personalidade uma pretensão, desconectada da situação jurídica concreta, ao reconhecimento jurídico de quaisquer caracteres da identidade.

Nos termos do § 21, inc. 1, n. 3 da PStG, compreende o estado pessoal atualmente também o gênero, vez que o legislador, apesar de várias reformas no direito do estado pessoal, não

abriu mão do registro do gênero como caractere jurídico ordenador. Na medida em que o legislador atribui ao gênero um significado considerável – além daquele existente no direito do estado pessoal – para a descrição de uma pessoa e sua posição jurídica, o reconhecimento jurídico do estado pessoal tem por si só o efeito de definir e expressar o pertencimento ao gênero, independentemente de quais consequências jurídico-materiais o registro pessoal possa ter fora do campo do direito do estado pessoal (sobre a relevância autônoma jufundamental do registro para o caso de transexualidade, confira-se BVerfGE 49, p. 286, 297 s.; confira-se sobre o uso do nome, BVerfGE 104, p. 373, 385; 256, p. 266 e 115, p. 1, 14). Se, nessas condições, a identidade sexual de uma pessoa não encontrar reconhecimento jurídico, em risco estão especificamente o desenvolvimento autônomo e a defesa da personalidade.

bb) A exigência jurídica de registro do sexo, combinado com a possibilidade limitada de registro, dificulta à pessoa afetada se movimentar na esfera pública e ser vista pelos outros como a pessoa que ela é sexualmente. A forma como uma pessoa é apresentada e como ela é percebida por outros na esfera pública é importante para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade e pode causar riscos específicos (veja-se BVerfGE 99, p. 185, 193; 114, p. 339, 346; 119, p. 1, 24; Kube, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 3a. ed., 2009, § 148 Rn, 29, 43 ss., principalmente Rn. 46; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2, Rn. 166 ss (setembro de 2016); Dreier, in: Dreier, GG, vol. 1, 3a. ed., 2013, Art. 2 I, Rn. 72 ss.). Como o direito do estado pessoal exige a inscrição do gênero, mas não permite às pessoas aqui afetadas o registro do gênero na certidão, em sintonia com a compreensão que elas têm de si mesmas, isso contribui para que elas não sejam percebidas em sua identidade individual na mesma medida e na mesma evidência que as pessoas femininas e masculinas, bem como não encontrem o mesmo reconhecimento que essas. Como a autora da queixa constitucional alega, o indivíduo não pode simplesmente ignorar o registro do sexo em suas atuações na esfera pública.

3. A violação [do direito geral da personalidade] não se justifica. A regra que embasa as decisões judiciais é inconstitucional, porque a exigência de registro jurídico do gênero, combinado com a denegação de outra possibilidade positiva de registro, além do “feminino” ou “masculino”, não tem finalidade legítima, que seria apropriada, necessária e adequada para o alcance da regra.

a) A Lei Fundamental não obriga a regular o estado pessoal, em relação ao gênero, apenas

de forma binária. Ela não obriga a normatizar o sexo como parte do estado pessoal e nem se opõe ao reconhecimento jurídico de uma outra identidade sexual ao lado dos sexos feminino e masculino. Embora o art. 3, inc. 2, frase 1 da Lei Fundamental (GG) fale em “homens” e “mulheres”, daí não resulta uma fixação terminológica exclusiva do sexo entre homens e mulheres. Do mandamento da isonomia do art. 3, inc. 2 da GG resulta que se deve afastar as desvantagens sociais existentes entre homens e mulheres. A direção precípua da norma é, principalmente, afastar a discriminação, em razão do sexo, em prejuízo das mulheres (confira-se BVerfGE 85, p. 191, 207; Heun, in: Dreier, GG, vol. 1, 3a. Ed., 2013, Art. 3, Rn. 107; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14a. ed., 2016, Art. 3, Rn. 79; Rufner, in: *Bonner Kommentar*, vol. 2, Art. 3, inc. 2 e 3, Rn. 550 (maio de 1996); Sacksofsky, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2a. Ed., 1996, p. 323 ss., especialmente p. 331), mas não estabelecer uma imputação de gênero no direito do estado pessoal ou excluir uma outra categoria de gênero, ao lado do “masculino” e “feminino”. Quando o Tribunal Constitucional formulou uma vez que a nossa ordem jurídica e a nossa vida social partiam do princípio de que toda pessoa seria ou do sexo “masculino” ou do “feminino” (cf. BVerfGE 49, p. 286, 298), não se tinha em mente já naquela época constatar que a binariedade sexual era pré-dada pela Constituição, mas tratava-se simplesmente de uma descrição da compreensão jurídica e social, à época reinante, acerca do pertencimento de gênero.

- b) O fato do § 22, inc. 3 da PStG não oferecer uma terceira possibilidade de se registrar um sexo positivamente na certidão de nascimento, não se deixa justificar com o interesse de terceiros. O status jurídico de homem e mulher permanece inalterado através da abertura de uma outra possibilidade de inscrição. Isso vale também para pessoas com variações no desenvolvimento sexual que, apesar disso, qualificam-se como pertencentes ao sexo masculino ou feminino e que são – e devem ser – assim respectivamente registradas. Através da simples possibilidade de inscrição de um outro gênero, ninguém fica obrigado a se imputar esse novo sexo. A possibilidade de registro de um outro gênero aumenta as opções para pessoas com variantes no desenvolvimento sexual, que não são retratadas através do registro como homem ou mulher, sem retirar a possibilidade que o direito lhes oferece até agora. Em um sistema de regras que prevê a indicação do sexo, é necessário conservar as possibilidades, atualmente existentes, das pessoas com variações em seu desenvolvimento sexual se registrarem como femininas ou masculinas ou ainda sem a indicação do gênero.

- c) Não se pode justificar a inexistência da possibilidade de registro de outro sexo com o argumento de que a introdução de uma terceira possibilidade de cadastro positivo poderia estar, em fase de transição, conectado com um aumento burocrático e financeiro. De fato, precisar-se-ia ainda criar os pressupostos formais e técnicos para o registro de um outro gênero. Mas esse aumento de despesas, ocasionado pela possibilidade de uma terceira designação uniforme, precisaria ser aceito diante da restrição jusfundamental que isso implica, qual seja a de ter sua identidade sexual ignorada pelo direito. Contudo, não resulta do direito geral de personalidade uma pretensão de registro jurídico de qualquer caractere identificador, que possa ter conexão com um sexo. Independente disso, o legislador é livre para renunciar totalmente ao registro do gênero em matéria de estado pessoal.
- d) Interesses de ordem estatal não podem justificar a recusa da possibilidade de um outro registro positivo uniforme. Enquanto a identificação jurídica da pessoa resultar de lege lata com base no gênero e deveres e pretensões jurídicas individuais forem imputadas com base no gênero, conforme o direito vigente, o registro jurídico do gênero contribui para que essa identificação e imputação possa ocorrer de forma segura e clara (BVerfGE 128, p. 109, 129 s.). Isso, contudo, não justifica que não se possa, com base no § 22, inc. 3 da PStG, indicar no registro pessoal um outro gênero diverso do masculino ou feminino.

Através da permissão do registro positivo de um outro sexo, sob uma terceira denominação uniforme (vejam-se as sugestões e pareceres do Conselho de Ética Alemão em BT-Drucks. 17/9088, p. 59), não surgem mais problemas de imputação do que os já existentes no direito vigente. Obscuridades poderiam surgir quando uma regra, fora do direito do estado pessoal, estiver vinculada ao gênero e pressupor que a pessoa seja do sexo feminino ou masculino. Seria realmente incerto como se deveria tratar, nesses casos, uma pessoa a quem fosse imputado um outro sexo. Mas essa dificuldade já existe, da mesma forma, no direito vigente quando o registro do gênero fica em aberto, segundo o § 22, inc. 3 da PStG, pois é impossível uma imputação do sexo masculino ou feminino. Dessa forma, nem o direito material disciplina quais dispositivos, relacionados ao sexo, devem vigorar, nem o legislador criou regras autônomas para pessoas sem indicação de sexo. Se for possível um outro registro positivo do gênero, devem-se esclarecer, desse modo, as mesmas questões que já se põem de lege lata na hipótese de ausência de indicação do sexo. A indicação positiva de



um outro sexo poderia trazer maior clareza, pois isso, ao contrário do registro permanente em aberto, não desperta a falsa impressão de que o registro ficou em aberto por descuido.

Também a permanência do estado pessoal não torna prejudicada pela opção de um outro registro de gênero, pois com a simples criação de uma outra possibilidade de registro do gênero não se toma nenhum posicionamento quanto aos pressupostos da mudança do status pessoal.

## II.

Enquanto o § 21, inc. 1, n. 3 c/c o § 22, inc. 3 da PStG impedem o averbamento de outro gênero ao lado das categorias “masculino” ou “feminino”, eles violam, ao mesmo tempo, a especial proibição de discriminação do art. 3, inc. 3, frase 1 da GG. As regras indiretamente impugnadas prejudicam pessoas não pertencentes ao sexo masculino ou feminino e que se consideram permanentemente pertencentes a um outro gênero (1). O art. 3, inc. 3, frase 1 da GG protege não apenas homens e mulheres contra discriminações em razão do gênero, mas todas as pessoas que não se enquadram, em sua identidade de gênero, em uma dessas duas categorias (2). A discriminação não se justifica (3).

1. O § 21, inc. 1, n. 3 combinado com o § 22, inc. 3 da PStG prejudicam, em razão do seu gênero, pessoas que não são do sexo masculino ou feminino e que se consideram permanentemente pertencentes a um outro gênero. Segundo o art. 3, inc. 3, frase 1 da GG, o gênero não pode, em princípio, ser fator de imputação de tratamento jurídico desigual. Isso vale ainda quando uma regra não tem como objetivo uma vedada discriminação, como o art. 3, inc. 3 da GG, mas persegue, em princípio, outros fins (BVerfGE 85, p. 191, 206; jurisprudência controvertida). O § 21, inc. 1, n. 3 c/c o § 22, inc. 3 da PStG tratam de forma diferente as pessoas que não são do sexo masculino ou feminino e, dessa forma, as prejudicam, em razão do gênero, na medida em que as mesmas, ao contrário de homens e mulheres, não podem ser registradas de acordo com seu gênero. O § 22, inc. 3 da PStG só admite expressamente o registro como feminino ou masculino. Outras pessoas precisam, no direito do estado pessoal vigente, aceitar uma imputação incorreta a um dos dois mencionados gêneros ou aceitar um registro que passa a impressão de que elas não teriam gênero.

2. O art. 3, inc. 3, frase 1 da GG não tutela apenas homens contra discriminações por causa de seu sexo masculino e mulheres contra discriminações de seu sexo feminino, mas protegem pessoas que não se enquadram, em sua identidade de gênero, nessas duas categorias contra discriminações em razão desse gênero, que não se qualifica totalmente como masculino, nem totalmente como feminino (confira-se Langenfeld, in: Maunz/Dürig, *GG*, Art. 3, inc. 2, Rn. 24, da mesma forma que Art. 3, inc. 3, Rn. 42 [setembro de 2016]; Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, 13<sup>a</sup>. ed., 2014, *GG*, Art. 3, Rn. 77; Jarass, in: Jarass/Pieroth, *GG*, 14<sup>a</sup>. ed., 2016, Art. 3, Rn. 120; Sachs, in: Isensee/Kirchhof, *HStR VIII*, 3<sup>a</sup>. ed., 2010, § 182, Rn. 42; Froese, *AöR* 2015, p. 598, 611; Lettrari, *Aktuelle Aspekte der Rechtslage zu Intersexualität*, 2015, p. 13; Kolbe, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*, 2010, p. 120 ss.; Schmidt, in: Schochow/Gehrmann/Steger, *Inter\* und Transidentitäten*, 2016, p. 231, 245 s., 251 s.; Adamietz, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, p. 246 ss.).

A finalidade do art. 3, inc. 3, frase 1 da GG consiste em tutelar os pertencentes a grupos, estruturalmente ameaçados por discriminações, contra discriminações (veja-se BVerfGE 88, p. 87, 96; Osterloh/Nußberger, in: Sachs, *GG*, 7<sup>a</sup>. ed., 2014, Art. 3, Rn. 236, 244). A vulnerabilidade de pessoas, cuja identidade de gênero não é mulher ou homem, ainda é bastante alta em uma sociedade que age prevalentemente segundo um modelo de gênero binário. A literalidade do art. 3, inc. 3, frase 1 da GG, permite sem dificuldades proteger essas pessoas, pois a norma mencionada fala, em geral, sem restrições, de “gênero”, o que bem pode ser um gênero ao lado do masculino ou feminino.

Sob uma perspectiva sistemática, não há contradição com o mandamento da isonomia do art. 3, inc. 2 da Lei Fundamental (GG), que apenas fala em homens e mulheres (confira-se Heun, in: Dreier, *GG*, vol. 1, 3<sup>a</sup>. ed., 2013, Art. 3, Rn. 127; Boysen, in: von Münch/Kunig, *GG*, vol. 1, 6<sup>a</sup>. ed., 2012, Art. 3, Rn. 155; Kischel, in: Epping/Hillgruber, *Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz*, 31<sup>a</sup>. ed., dezembro de 2016, Art. 3, Rn. 183, 219; Hufen, *Staatsrecht II – Grundrechte*, 5<sup>a</sup>. ed., 2016, § 40, Rn. 3; Manssen, *Staatsrecht II – Grundrechte*, 13<sup>a</sup>. ed., 2016, Rn. 831; confira-se ainda Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG*, vol. 1, 6<sup>a</sup>. ed., 2010, Art. 3, inc. 3, Rn. 383). Nesse sentido, o inciso 3 da norma, ao contrário do inciso 2, não fala mais literalmente em homens e

mulheres, mas apenas, de um modo geral, sobre gênero. Mas, sobretudo, o art. 3, inc. 2 da GG tem um significado autônomo em relação ao art. 3, inc. 3, frase 1 da GG, o que explica a estreita redação do inciso 2. O conteúdo da regra do art. 3, inc. 2 da GG, que é mais amplo que a proibição de discriminação do art. 3, inc. 3 da GG, consiste em que ele impõe um mandamento de isonomia e o amplia para a realidade social (BVerfGE 85, p. 191, 206 s.). Desde 1994, o art. 3, inc. 2, frase 2 da GG acentua a obrigatoriedade da igualdade de direitos na relação de gênero.

Em todo caso, a origem histórica [da norma] não se opõe à adoção da ideia de que o art. 3, inc. 3, frase 1 da GG abarca a discriminação de um outro gênero. O fato do constituinte de 1949 não ter tido em vista, em 1949, durante a formulação do art. 3, inc. 3, frase 1 da GG, pessoas de outros gêneros, não impede a interpretação constitucional de que essas pessoas – em razão do conhecimento atual acerca de outras identidades sexuais – devam ser incluídas na proteção contra a discriminação.

Também a decisão do legislador, modificador da Constituição, de não recepcionar a característica da “identidade sexual” no art. 3, inc. 3 da GG, não fala contra uma interpretação extensiva do caractere “gênero”, tendo em vista a diferença de significado entre identidade de gênero e identidade sexual. Por fim, a introdução do caractere da identidade sexual não foi recusada por causa de dúvidas substanciais acerca da pretendida proteção contra discriminação da identidade sexual, mas sim com o argumento de que essa [proteção] já fora realizada; a proteção contra discriminações em razão da identidade sexual do art. 3, inc. 1 da GG corresponde, nesse meio tempo, à tutela do art. 3, inc. 3 da GG, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional (veja-se BT-Drucks. 17/4775, p. 5).

Ademais, o Tribunal de Justiça Europeu também concebeu de forma ampla a proteção contra discriminação em razão do gênero quando ele inclui aí discriminações que tem suas causas na mudança de gênero de uma pessoa (em detalhes: EuGH, decisão de 30 de abril de 1996, P./S. e Cornwall County Council, C-13/94, 1996, I-2143, Rn. 20).

3. A discriminação é infundada. Como demonstrado, não há para tanto nenhum motivo justificado (acima I 3).

## C.

### I.

A inconstitucionalidade de um dispositivo legal, indiretamente atacado por queixa constitucional, conduz, em regra, à sua nulidade (§ 95, inc. 3, frase 2 do BVerfGG)<sup>3</sup>. Mas aqui só tem vez uma declaração de incompatibilidade, pois o legislador possui várias possibilidades à disposição para afastar as desvantagens do afetado/lesado (veja-se BVerfGE 133, p. 59, 99, Rn. 106; jurisprudência controvertida). Dessa forma, o legislador poderia simplesmente abdicar, em geral, do registro jurídico de gênero. Mas ele pode, ao invés disso, criar a possibilidade para a pessoa afetada – adicionalmente à opção de não registrar qualquer gênero (§ 22, inc. 3 da PStG) – de escolher uma designação uniforme e positiva do gênero que não seja masculino ou feminino. A opção de registro de um outro gênero deixa-se legalmente configurar de diversas formas. Mas, sobretudo, não está o legislador restrito à escolha de uma das designações pretendidas pelo requerente no processo judicial.

### II.

Tribunais e funcionários da Administração Pública não podem mais aplicar a norma na medida de sua constatada incompatibilidade. O legislador tem que formular uma nova regra até 31 de dezembro de 2018. Devem ser suspensos os processos nos quais uma pessoa – com variações no desenvolvimento de gênero e que não se qualifica permanentemente nem como masculino, nem como feminino – pretende o registro de uma outra designação de gênero, além de masculino ou feminino.

### III.

As decisões do *Bundesgerichtshof*, do Tribunal de Justiça de Celle e do juízo de Hannover baseiam-se em uma regra incompatível com os citados direitos fundamentais e atentam

---

<sup>3</sup> A *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, de 12.03.1951, é a lei que fixa a organização do Tribunal Constitucional Alemão, isto é, seu regimento interno.

contra os direitos fundamentais da pessoa autora da queixa constitucional. Revogam-se as decisões do *Bundesgerichtshof* e do Tribunal de Justiça de Celle. O caso deve ser devolvido ao Tribunal de Justiça. O processo está suspenso até nova regulação legal.

#### IV.

A decisão sobre as custas baseia-se no § 34<sup>a</sup>, inc. 2 da BVerfGG.

#### D.

A decisão foi proferida por 7 votos a favor e um contra.

Kirchhof / Eichberger / Schluckebier / Masing / Paulus / Baer / Britz / Ott

**Como citar:** FRITZ, Karina Nunes. Tribunal Constitucional Alemão admite a existência de um terceiro gênero (comentário e tradução). **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/tribunal-constitucional-alemao-admite/>>. Data de acesso.