

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**UM BREVE DIÁLOGO ENTRE TEORIA QUEER E DIREITO: UMA ANÁLISE DO
CASO DO PAI GRÁVIDO À LUZ DAS GARANTIAS ENQUANTO ATOS
PERFORMATIVOS**

IANA GONÇALVES SOARES

**Rio de Janeiro
2019/ 2º SEMESTRE**

IANA GONÇALVES SOARES

**UM BREVE DIÁLOGO ENTRE TEORIA QUEER E DIREITO: UMA ANÁLISE DO
CASO DO PAI GRÁVIDO À LUZ DAS GARANTIAS ENQUANTO ATOS
PERFORMATIVOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a. Dra^a. Mariana Trotta Dallalana Quintans.

**Rio de Janeiro
2019/ 2º SEMESTRE**

CIP - Catalogação na Publicação

SS676b Soares, Iana Gonçalves
b Um Breve Diálogo Entre Teoria Queer E Direito:
Uma Análise Do Caso Do Pai Grávido À Luz Das
Garantias Enquanto Atos Performativos / Iana
Gonçalves Soares. -- Rio de Janeiro, 2019.
60 f.

Orientadora: Mariana Trotta Dallalana Quintans.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Naciona de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Teoria Queer. 2. Transfobia. 3. Homens trans.
4. Direito. 5. Parentalidade. I. Quintans, Mariana
Trotta Dallalana, orient. II. Título.

IANA GONÇALVES SOARES

**UM BREVE DIÁLOGO ENTRE TEORIA QUEER E DIREITO: UMA ANÁLISE DO
CASO DO PAI GRÁVIDO À LUZ DAS GARANTIAS ENQUANTO ATOS
PERFORMATIVOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a. Dra^a. Mariana Trotta Dallalana Quintans.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Prof^a. Dra^a. Mariana Trotta Dallalana Quintans

Orientadora

Rio de Janeiro

2019/ 2º SEMESTRE

A todes que a justiça clama não poder ajudar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que eu acredito ser Mãe e Pai e representante de tudo que é bom e justo e fluido no universo.

Agradeço a todes que vieram antes de mim. Sem todes que lutaram, sofreram, morreram pela defesa de um mundo mais terno e justo, eu não estaria aqui escrevendo. Gostaria de saber nomear todes que o fizeram pela comunidade LGBTQ+, mas infelizmente o preço do tempo é inclemente com os que se foram e a maior lista de nomes não conseguiria cumprir sua função. Mas saibam que sua memória é honrada a cada vez que um LGBTQ+, no caso uma boa e velha sapatão como eu, se forma. Nossa vigília por direitos permanecerá sempre atenta.

Obrigada a Freddy McConnell, pela coragem e exemplo.

Aos meus pais e meus avós. Meus avós que já se foram sem que os conhecesse, Pedrolina e Raimundo, que criaram meu pai Manoel Aroucha, para saber apoiar e amparar suas crias no que quer que fosse. Ao meu avô Nivaldo, falecido em meio a esse processo de escrita, e que, embora silencioso, sempre explodia de orgulho dos netos. A minha avó Aparecida, que sonha que eu consiga ir muito mais alto do que eu mesma sonho. Aos meus pais, Manoel e Márcia, que me ensinaram a me perdoar sempre que possível e a fazer meu melhor sempre que possível.

Aos meus irmãos Iago, Igor e Gustavinho por me amarem incondicionalmente e me arrastarem para prestar atenção na vida de vez em quando.

Ao Sávio, Giza, Maiara e Caetano, que formam a metade da maior felicidade herdada do semestre realizado em Direito na UFPA. E ao Rafael e a Gabi, que formam a segunda metade dessa felicidade.

Ao Elenco (Drauzio, Peposa, Pai João, Fifi, Cavala e Isabebe), por terem entrado na minha vida quando eu já não estava esperando fazer amizades tão profundas e felizes. Por terem sido meu porto seguro mesmo sem saberem que eu estava me debatendo no mar.

As minhas mestras Cristiane Brandão, Mariana Assis Brasil Weigert, Juliana Cesario Alvim Gomes e Livia Paiva. Sem ter tido a oportunidade de estudar com vocês hoje eu não seria nem metade.

A minha orientadora Mariana Trotta que sofreu comigo, aguentou meu silêncio com a paciência de uma santa e nunca me deixou desistir. Que acreditou que eu era capaz, mesmo em meio a um processo doloroso em que muitas vezes eu fiz tudo que pude para tornar as coisas mais difíceis para mim mesma.

A Maria Luiza e Bruna Amaral, por serem as melhores amigas que eu poderia ter no Rio e estarem dispostas a me tirar de dentro da minha própria cabeça quando necessário.

E, por último e nunca menos importante, a Larissa Barbosa e Tuanne Guedes sem as quais isso não estaria terminado e eu provavelmente teria envelhecido mais uns dez anos a cada mês. Muito obrigada por me convencerem a ir página por página, parágrafo por parágrafo até terminar. Obrigada por não me deixarem deixar pra trás algo em que eu acreditava, queridas.

RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma breve análise sobre um segmento específico da interação entre teoria queer e suas realidades fáticas e o campo do Direito. O caso escolhido para a reflexão faz parte da tradição da common law e se trata de uma decisão que impede que um homem trans de que deu a luz seja reconhecido enquanto pai da criança, determinando-o a ser entendido enquanto mãe da mesma. A decisão é analisada não apenas frente a tratados internacionais de Direitos Humanos firmados pelo país onde ela se dá mas também pelo conceito de Direito enquanto ato performativo: o Direito não regula o gênero apenas, ele também o constrói. Neste trabalho a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e a pesquisa documental.

Palavras-chave: Teoria Queer, Transfobia, Homens Trans, Direito, Parentalidade

ABSTRACT

This paper aims to make a brief analysis about a specific segment of the interaction between queer theory and its factual realities and the field of law. The case chosen for reflection is part of the common law tradition and it is a decision that prevents a trans man who gave birth to being recognized as the father of the child, determining him to be understood as the mother of the child. The decision is analyzed not only against international human rights treaties signed by the country where it takes place but also by the concept of law as a performative act: law not only regulates gender, but also builds it. In this work the methodology used was the literature review and documentary research.

Key-words: Queer Theory, Transphobia, Trans Men, Law, Parenting

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITO E TEORIA QUEER	12
1.1 A teoria queer ou “Como as palavras podem não ser boas o suficiente?”	12
1.2 A linguagem binária do Direito ou “As Caixinhas”	15
1.3 A linguagem não-binária da Teoria Queer ou “a chamada <i>fluidéz</i> ”	18
1.4 Homens Transexuais e Órgãos Reprodutivos	19
2 ESTUDO DE CASO - COMO O DIREITO ESTÁ DESCOBRINDO QUE O MUNDO NÃO É FEITO APENAS DE PESSOAS CIS-HETERONORMATIVAS	23
2.1 Caso número FD18F00035 na Corte Superior de Justiça, Divisão de Família e Corte Administrativa do Reino Unido	23
2.1.1 Resumo do caso	23
2.1.2 Uma breve análise crítica dos argumentos do caso	25
2.2 “O gênero adquirido não interfere no status parental”	28
2.3 “A clínica de fertilização determinará o status parental”	29
2.4 “A lei britânica não define os conceitos de ‘pai’ e ‘mãe’”	30
2.5 “O status parental não acompanha a transição de gênero”	32
2.6 Os atores institucionais do processo	34
2.7 Argumento em favor de YY	35
3 UMA DESCONSTRUÇÃO POSSÍVEL DOS ARGUMENTOS TRANSFÓBICOS DA DECISÃO	37
3.1 Os argumentos da defesa de TT	37
3.2 Tribunal Europeu de Direitos Humanos	38
3.3 Conclusões finais do juiz	50
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

O objetivo desta monografia é realizar uma breve discussão sobre problemas fáticos apresentados por sujeitos LGBT's ao campo do Direito e como, nesses casos, a linguagem do Direito, se demonstra insuficiente para dar conta da proposta liberal do Direito de regular relações sociais. Essa insuficiência se dá porque o Direito opera numa linguagem binária que determina padrões de identidade de gênero e de sexualidade de maneira supostamente fixada.

A proposta é realizar uma análise de caso de um julgado de segunda instância da Corte Superior da Inglaterra e do País de Gales. A decisão nega a possibilidade de um homem transexual registrar seu filho biológico enquanto pai. Mesmo sendo legalmente considerado homem no país e tendo feito o tratamento hormonal, a decisão o obriga a ser registrado enquanto mãe.

Serão utilizados conceitos da chamada Teoria Queer e de teorias feministas contemporâneas. Através da teoria queer, buscar-se-á analisar como demandas feitas em uma linguagem fluida, portanto não-binária, são entendidas dentro do campo do Direito, primordialmente binário.

Também serão discutidos os conceitos de maternidade/paternidade e a forma como esses conceitos são empregados de forma extremamente rígida e tornam argumentos pela mudança dessas definições fechadas praticamente impossíveis.

Ao classificar o Direito como uma linguagem principalmente binária entende-se que o Direito trabalha dentro de um método cartesiano e racional, com comandos de “sim” e “não” bastante claros. Ou inocente ou culpado. Ou é proibido ou não é. Ou é permitido ou não é. Dessa forma, ainda que não haja leis específicas determinando certa situação, casos sempre serão analisados a partir de conceitos fechados que aceitem essa linguagem binária, pois esta é a decodificação que o campo do Direito aceita em seus discursos. Utilizando um exemplo ordinário, é como se um operador de Direito falasse somente russo e os casos apresentados a ele estivessem todos em hebraico. Parece não haver ferramentas suficientes inicialmente para que tais casos sejam “traduzidos” de uma linguagem para a outra.

Ao encarar situações fáticas de fluidez, que seguem uma linguagem não-binária, o Direito se encontra em uma encruzilhada. Ao mesmo tempo que é entendido pela perspectiva liberal como meio de solução de conflitos e regulação da vida em sociedade, não consegue cumprir este papel ao se ver enfrentando situações que não cabem em suas “caixinhas” pré-determinadas. Porém, torna-se necessário enfrentar essas questões a partir do momento que as mesmas se apresentam em sociedade, demandando judicialização em casos como Direito à Saúde, Direito à Maternidade/Paternidade/Filiação reconhecidos e Direito ao Casamento. Todos campos que o Direito alega ser capaz de resolver através de suas ferramentas jurídicas. A história do movimento LGBTQ+¹ é marcada por momentos de revolta contra o campo judiciário e, por vezes, de controversa aliança ao mesmo. Independentemente das posições adotadas pelo movimento, é importante ressaltar que em uma sociedade regulada pelo Direito, a falta de acesso à justiça implica no aumento da vulnerabilização da população LGBTQ+.

Para a realização desta pesquisa foi elegido o método do estudo de caso através de pesquisa documental. Essa abordagem permitiu que a coleta e o registro de dados do caso viabilizassem a organização de um relatório ordenado e crítico. A avaliação analítica desta experiência possibilita que se analise o discurso empregado em decisões referentes à direitos especificamente de homens transexuais e mais concretamente quanto a Direitos de esfera privada que deve ser protegida pelo Estado enquanto Direito Humano.

O estudo de caso, sem pretensões generalizantes, possibilita a investigação empírica e permite ao pesquisador entender a complexidade de certo fenômeno ou situação. Nesta pesquisa em especial, os casos escolhidos se referem a um discurso corriqueiro que busca invisibilizar tanto as necessidades das pessoas LGBTQ+ que se encontram fora do espectro dito cisgênero² quanto suas próprias identidades, não apenas colocando suas vidas em risco, como também negando-lhes o direito de serem reconhecidas por quem são e ainda sim terem suas necessidades atendidas.

¹ Sobre a história do movimento LGBTQ, ver: NOGUEIRA, L.; HILÁRIO, E.; PAZ, T. T.; MARRO, K. (Orgs.) Hasteemos a bandeira colorida: diversidade sexual e de gênero no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018 e GREEN, J. N.; QUINALHA, R.; CAETANO, M.; FERNANDES, M.. História do Movimento LGBTQ no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Alameda, 2018

² Por cisgêneras se entende que são pessoas que identificam seu gênero de acordo com o que lhes foi designado ao nascer.

A utilização da técnica de pesquisa documental possibilitou o mapeamento de demandas com a finalidade de responder à pergunta: “como o Judiciário, em países que já tiveram essas demandas judicializadas, tratam pessoas LGBTQ+ que não se enquadram no seu espectro binário de Direito?”

De acordo com Yin (2001)

Em contraste, questões do tipo “como” e “por que” são mais explanatórias, e é provável que levem ao uso de estudos de casos, pesquisas históricas e experimentos como estratégias de pesquisa escolhidas. Isso se deve ao fato de que tais questões lidam com ligações operacionais que necessitam ser traçadas ao longo do tempo, em vez de serem encaradas como meras repetições ou incidências. (YIN, 2001, p. 16).

A primeira etapa foi constituída da seleção e delimitação do caso, para que se definam os aspectos que serão abordados com o objetivo de definir os limites do trabalho. O caso judicial em questão analisado chegou à atenção desta pesquisadora por ser extremamente recente. Visto que era o único caso encontrado pela pesquisadora já com uma decisão, foi o escolhido para ser analisado.

Após realizar pesquisas buscas em site de pesquisa com as palavras-chave “*trans case*”³, “*trans case go to court*”⁴ e “*trans legal issues*”⁵, o *google* sugeriu o presente caso que já havia transitado em julgado na instância superior, motivando a escolha. É importante advertir que o fato de ser um caso da *common law* britânica não foi relevante para a escolha. A pesquisa foi feita primariamente com termos em inglês porque retornavam maior quantidade de resultados.

Alguns marcos analíticos foram estabelecidos para que o relatório crítico do caso fosse realizado: o primeiro era o teor da decisão, se ela foi favorável ou desfavorável à pessoa trans. O segundo era qual o argumento utilizado para que o resultado da decisão tenha sido aquele. E o segundo foi a análise do Direito que estava sendo requisitado pela pessoa trans e se o mesmo direito (nesse caso uma demanda específica quanto ao resguardo da vida privada) se requisitado por uma pessoa cisgênera, teria maior probabilidade de ser acatado.

³ Caso trans, tradução livre

⁴ Caso trans sobe à corte superior, tradução livre

⁵ Problemas jurídicos de pessoas trans, tradução livre

Necessário destacar que o presente caso foi selecionado de acordo com sua relevância para a discussão apresentada neste trabalho e o intuito da sua análise não é fazer um estudo de Legislação Comparada ou estabelecer regras gerais para como as situações são observadas em cortes (mesmo porque não há ainda casos o suficiente para isso), mas sim ilustrar de forma prática as discussões apresentadas no capítulo anterior.

Desse modo, o primeiro capítulo traz uma breve exposição dos conceitos da Teoria Queer e apresenta uma crítica à binariedade da linguagem jurídica. Assim, torna-se possível pensar em interseções entre Teoria Queer e o Direito relevantes para a análise do caso.

No capítulo dois, o caso a ser trabalhado é resumido, destacando-se os argumentos da Corte que demonstram a dificuldade em reconhecer direitos de pessoas não-heteronormativas. Especificamente se dá atenção a argumentos com teor transfóbico.

O capítulo três trata dos principais argumentos realizados tanto pela defesa de TT quanto pela argumentação do registrador geral e do Estado sobre o porquê a decisão é contrária ao pleito de TT. A partir da análise dos argumentos busca-se demonstrar como eles são baseados em uma lógica transfóbica e que não se demonstra disposta a dialogar com as realidades que não correspondem expectativas sociais.

É importante frisar que são utilizadas teorias recentes, trabalhadas com maior profundidade nos últimos 50 anos, que dialogam com os últimos avanços da medicina. No entanto, as barreiras de determinação de gênero e comportamento social são uma construção da própria sociedade e que isso sempre existiu, de uma forma ou de outra, mesmo que com critérios variáveis. Essas expectativas sociais quanto à conformidade dos sujeitos às suas “caixinhas” pré-determinadas (suas posições socialmente designadas) resultam em punições aos sujeitos que não se encaixam nas mesmas.

1 DIREITO E TEORIA QUEER

1.1 A teoria queer ou “Como as palavras podem não ser boas o suficiente?”

Uma das questões que a teoria queer propõe é justamente a que se encontra neste subtítulo. Sendo assim, é relevante questionar: O que exatamente é queer? O que não é? Quem exatamente determina as normas para que a teoria queer se contraponha? É apenas queer aquele que está em aberta rebelião? Ou o que assume papéis heteronormativos para “disfarçar” sua essência diferente da norma também é queer?

Pode-se resumir o pressuposto da teoria queer a definição presente no livro “*A Critical Introduction to Queer Theory*”, Nikki Sullivan (2003) com a seguinte proposta: a sexualidade não é natural, ao contrário, é discursivamente construída. Para além disso, em suas palavras, “a sexualidade, como veremos, é construída, experimentada, e entendida em modos culturalmente e historicamente específicos.” (SULLIVAN, 2003, p.1)

É interessante notar como isso se contrapõe ao que é defendido por parte do movimento LGBTQ+ desde momentos pré-Rebelião de Stonewall⁶ até os dias de hoje. Esses ativistas tiveram grande mérito por sua importante atuação na contraposição ao discurso psiquiátrico de conversão da época com uma mensagem clara de “ser gay é bom”⁷. Ainda assim, a “diferença” de sexualidades e identidades de gênero que não coincidem com a norma socialmente estabelecida foi defendida de forma biológica, como algo que foi determinado pela natureza nos corpos daqueles que se destacam dessa forma do dito comum. O dito “Eu nasci assim e não sou capaz de mudar”.

Kenji Yoshino (2007) faz um apelo muito claro nesse sentido em seu livro sobre direitos civis “*Covering*”. Para ele, é bastante perigoso se fiar em uma dita “defesa biológica” para defender os direitos da população LGBTQ+. Ora, argumenta ele, de fato se uma identidade for considerada “imutável” (como sugere a dita defesa biológica), não existiria alternativa, e então pessoas questionariam menos se é válida ou não. Mas, em realidade, o oposto deve ser verdade.

⁶ A Rebelião de Stonewall foi um marco histórico dentro do movimento homossexual americano. Ocorreu em 28 de junho de 1969, em Nova Iorque, onde em uma das habituais batidas policiais em um bar com frequentadores LGBTQ+, liderados por lésbicas e mulheres trans negras, os frequentes brutalizados membros da comunidade LGBTQ revidaram e deram início a uma revolta contra a polícia que durou três dias.

⁷ Como se transcreve no original em inglês: “gay is good”, com tradução livre acima.

Se uma identidade for considerada válida *por si mesma*, independentemente de determinação biológica, as pessoas não *precisariam* questionar se é imutável ou não. O discurso se torna “Eu não vou mudar”.

Essa discussão é importante para o presente trabalho porque envolve dois pontos-chave: o primeiro diz respeito à validade do reconhecimento de sexualidades e identidades de gênero divergentes da norma e de onde provém essa validade. No caso do presente estudo, a defesa será de que essa validade deverá prover de si mesma, a partir de um sujeito performativo que possui direitos em uma sociedade que requer judicializações para que esses direitos possam ser efetivados.

O segundo ponto é que essas experiências são discursivamente construídas e, assim, essas narrativas humanas servirão de ponto basilar na discussão que será feita quanto à necessidade do Direito se adaptar a demandas extremamente vitais para pessoas da comunidade LGBTQ+. Não porque essas pessoas o desejem por alguma espécie de capricho, como é defendido por grupos reacionários, mas sim porque os direitos humanos básicos fornecidos a grupos que conformam com as normas sociais hegemônicas são devidos a todos, inclusive aos sujeitos considerados desviantes.

Em seu livro “Argonautas”, Maggie Nelson (2017) cita Judith Butler em um comentário sobre o seu hoje clássico “Problemas de Gênero”:

Mas toda minha argumentação era que a própria formação dos sujeitos, a própria formação das pessoas, pressupõe o gênero de certa maneira – que o gênero não se pode escolher e que a “performatividade” não é uma escolha radical e não é um voluntarismo. (...) **A performatividade tem a ver com a repetição, quase sempre com a repetição de normas de gênero opressoras e dolorosas para forçar sua resignificação.** Isso não é liberdade, mas uma questão de como administrar a armadilha na qual o sujeito inevitavelmente se encontra (NELSON, 2017, p. 20) (Grifos da autora).

Na passagem acima, Butler não está se posicionando de forma a defender que a performatividade de gênero é imbuída na formação biológica do ser humano, como a “defesa biológica” prega. Tampouco alega que a performatividade é uma escolha plenamente consciente e livre do indivíduo. A partir do momento que o indivíduo se forma enquanto sujeito em determinada sociedade, ele não tem escolha senão desempenhar um “papal”, pois isso é de

fato participar da sociedade. A grande questão é quão louvado ou quão punido este sujeito pode vir a ser dependendo do papel empregado.

Monique Wittig, teórica lésbica, no livro “The Straight Mind”, afirma que a linguagem molda o corpo (WITTIG, 1980 *apud* BUTLER, 2017). Butler reafirma isso ao dizer que o sexo é um efeito, assim como o gênero e dessa forma categoriza uma série de características e atributos que de outra forma seriam descontínuos, como Salih discorre no livro “Judith Butler e a Teoria Queer” (SALIH, 2012, p. 87). O que isso significa na prática? Para a discussão que iremos empreender, significa principalmente que as características físicas/biológicas que a sociedade designou a um determinado gênero não são uma condição inalienável daquele gênero. E vice-versa: um determinado gênero não necessita de forma imprescindível de uma determinada característica física/biológica para que pertença ao gênero.

As palavras não são boas o suficiente na medida em que é necessário que a linguagem se adapte para além das palavras formadoras do poder. Para que faça isso, as palavras precisam ser reconstruídas e validadas, da forma que mais se encaixem na situação. Elas precisam ser ressignificadas, no sentido do dicionário de dar um sentido diferente a algo. Quando não se é escutado por não se estar dentro de uma “caixinha”, é necessário que a caixinha se expanda ou deixe de existir.

A grande questão é que, para se fazer escutar, é necessário um movimento que seja capaz de fazer pressão o suficiente para que suas vozes sejam ouvidas. A chamada “comunidade queer” (*Queer Community*) é importante justamente para que se observe as demandas de suas membras, membros e *membres*⁸. Porém, há grandes problemas dentro dessa própria ideia de comunidade.

Linnell Secomb (2000, *apud* SULLIVAN, 2003, p. 146) argumenta que uma das questões com esse “ideal” de comunidade queer se dá justamente porque assume que a subjetividade dos sujeitos ou sua identidade é estática e exclui automaticamente outras identidades. Para ele, a subjetividade é constituída através de relações com outros e dessa forma nunca é autônoma ou estática, mas sim sempre relacional, heterogênea, fraturada (CHANG

⁸ Uma vez que essa monografia trabalha com noções de expandir categorias, o sufixo -e é utilizado para representar pessoas não-binárias da comunidade, que não se sentem confortáveis definidas em conceitos fechados de masculino e feminino conforme os sufixos -a e -o dão a entender.

HALL, 1993 *apud* SULLIVAN, 2003, p. 146). Assim, para que se trabalhe com essas ideias de comunidade, é necessário que se trabalhe com o conceito de Spivak (2010) de “essencialismo estratégico” no qual, mesmo com grandes diferenças, debates e discordâncias dentro do próprio grupo, minorias políticas devem se juntar e “simplificar” a identidade do grupo de forma a fazer demandas coletivas.

Esse essencialismo não busca apagar as diferenças entre os privilégios de gênero, raça, passabilidade⁹, classe social ou tantas outras circunstâncias que privilegiam ou desprivilegiam o indivíduo. E de maneira nenhuma deve. Mas ele é pontual e por vezes imprescindíveis para que se apresente uma frente unida por Direitos.

1.2 A linguagem binária do Direito ou “As Caixinhas”

Em seu artigo “Sujeitos do Performativo Jurídico II: uma releitura do “povo” nos marcos de gênero e raça”, Camilla de Magalhães Gomes (2018) defende que o próprio Direito é performativo uma vez que opera por *atos de linguagem performativos*. Construir o Direito, falar o que o Direito é, em si é agir. Para ela (e esta será a ideia adotada neste trabalho), o próprio Direito cria os chamados *sujeitos de direito* ao determinar quem os mesmos são. Por conseguinte, a própria Constituição é um *ato performativo* e os termos que são utilizados na mesma também o são.

Em seguida, Gomes (2018) discute se as categorias de “gênero” e “raça” dentro da Constituição da República Brasileira seriam *verdades autoevidentes*¹⁰ nas quais o *ato performativo* se baseia ou se elas mesmas seriam por si só atos performativos. Dentre suas críticas à própria concepção de povo na Constituição, está precisamente aquela a que interessa a discussão deste trabalho: que exclusão se opera na constituição de povo a partir de uma matriz branca e cis-heteroconforme¹¹? E como essa exclusão opera na noção de cidadania daqueles que não correspondem a “norma” sobre o humano?

⁹ Por passabilidade se entende a capacidade de ser entendido e lido na sociedade enquanto uma pessoa cujo sexo biológico corresponde ao gênero que lhe foi designado no nascimento.

¹⁰ Por verdades autoevidentes se entende como conceitos que se auto explicam, sem a necessidade de explicitação do que se pretende dizer, pois já é dito por si mesmo. São utilizadas como recurso, já que consistem em constatativos. Com o Direito não é diferente, já que como ato performativo ele funda a si próprio, mas utiliza como instrumento uma verdade autoevidente que o sustente. (GOMES, 2018)

¹¹ Cis-heteroconforme consiste em um espectro de caracterizações que seguem o modelo heterossexista da sociedade, traduzindo um ideal de pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi designado ao nascimento

Ela argumenta que homem, mulher e sexo são atos performativos e, portanto, sujeitos a uma abertura hermenêutica de discussão, ou seja, é possível pensar e desconstruir tais conceitos e seus significados. E, a partir daí, ela sustenta uma possibilidade de leitura para além do contexto do sujeito para o qual lhe foi designado (branco, cis-hétero). Para isso, ela analisa a violência que a *linguagem binária* transmite a todos aqueles que não se enquadram dentro do conceito de povo presente na dicotomia homem/mulher nem nas normas sociais da heteronormatividade e cisgeneridade.

Como argumentado anteriormente, se o gênero é uma construção e não algo dado, a própria noção do Direito ao realizar atos performativos que tenham o poder de determinação do que é ou não a imagem do “povo” ao qual a Constituição se aplica limita de sobremaneira qualquer tipo de definição mais aberta sobre o que corresponde esse “povo” ao qual a Constituição busca servir, além de imediatamente invalidá-la enquanto ato performativo. Para além de agregar características fechadas para o que é “homem” e o que é “mulher”, exclui os não presentes nesse espectro binário.

Como Camilla de Magalhães Gomes, citando Butler, confirma:

Gêneros inteligíveis são aqueles que, em certo sentido, instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo. Em outras palavras, os espectros de descontinuidade e incoerência, eles próprios só concebíveis em relação a normas existentes de continuidade e coerência, são constantemente proibidos e produzidos pelas próprias leis que buscam estabelecer linhas causais ou expressivas de ligação entre o sexo biológico, o gênero culturalmente constituído e a “expressão” ou “efeito” de ambos na manifestação do desejo sexual por meio da prática sexual (GOMES, 2018, p. 19 *apud* BUTLER, 2003, p. 38).

Porém, Gomes afirma que, se como ela defende, a Constituição é um ato performativo, não pode limitar o próprio *fazer* do gênero. Dessa forma, utilizando o exemplo dado neste artigo quanto à Constituição Federal da República, a ideia de que a importância maior se encontra em ampliar as definições de “povo” e, assim, também aumentar o campo no qual os direitos básicos daqueles que ordinariamente não estão incluídos na definição extraoficial de “povo”.

(pessoas cis); que são heterossexuais (se relacionam com membros do gênero oposto) e que seguem as determinações de expressão de gênero de acordo com estereótipos de feminino e masculino.

Ao ter como ponto de partida o pensamento de Gomes anteriormente mencionado, busca-se determinar como o Direito - com sua linguagem fechada construída pelos legisladores, magistrados e “doutrinas” - pode vir a se expandir e aprender outros tipos de linguagem, sem necessariamente perder sua forma atual. Ao interpretar o Direito como sendo um ato performativo, entra-se na seara do performativo enquanto capacidade de criar e expandir.

Desse modo, o principal obstáculo a essa leitura são os próprios operadores do Direito, que nada mais são do que um reflexo da sociedade de igual modo resistente a mudanças. Ou seja, o Direito, operacionalizado por sujeitos também presentes no corpo social, funciona como instrumento de manutenção do *status quo*.

Assim, as chamadas “caixinhas” acabam por influenciar o modo como o Direito se comporta. O primeiro impulso do legislador é sempre etiquetar, classificar e colocar padrões que permitam à sociedade manter um status quo do que é ou não “povo”, do que é ou não “cidadão”, do que é ou não “gênero”, “masculino”, “feminino” e, no caso a ser analisado, noções específicas do que é ser “pai” ou ser “mãe”.

Um resultado quase que direto das recentes decisões quanto a direitos LGBTQ+ no Brasil e no mundo vieram através do Poder Judiciário. Porém o mesmo problema que se aplica no Brasil se aplica a lugares como o Estados Unidos, por exemplo: o Poder Judiciário se move lentamente e muitas vezes de acordo com o clima político. Da mesma forma que não se pode confiar necessariamente que o Judiciário sempre interpretará a Constituição da mesma forma, de modo que todo avanço obtido em face dele pode ser perdido.

Juliana Cesario Alvim Gomes (2016), em seu livro “Por um Constitucionalismo Difuso”, ressalta a importância da participação e inclusão popular nos processos decisórios. Os três poderes são espaços em que o Direito é criado, interpretado e aplicado, além de fundamental importância quanto ao sentido da Constituição. É necessário que esses espaços estejam sempre abertos ao “povo”, para que possam apontar problemas e também agir como uma espécie de “vigia” de um comportamento responsável advindo dos três poderes (GOMES, 2016, p. 151).

Para que isso aconteça, é necessário que o povo tenha acesso às informações de procedimentos e decisões e o que está sendo decidido em seu nome. Para além de ter acesso às

informações, é ressaltado também pela autora que é necessário que as decisões possuam uma linguagem acessível, ao contrário do vocabulário excessivamente rebuscado tão frequentemente empregado por membros do Judiciário (GOMES, 2016, p. 151).

Ainda, é apontada a necessidade do maior número de instrumentos de permeabilidade nas instâncias judiciais, como as audiências públicas e o *amicus curiae* (GOMES, 2016). E, ao rejeitar o acesso à jurisdição constitucional de diversas associações, o STF busca se fechar cada vez mais em si mesmo (GOMES, 2016). O acesso ao Supremo Tribunal Federal (instância máxima do Judiciário brasileiro) demonstra-se consideravelmente seletivo, o que dificulta de sobremaneira o acesso de movimentos sociais a ele (GOMES, 2016).

1.3 A linguagem não-binária da Teoria Queer ou “a chamada *fluidez*”

Paul Beatriz Preciado declara “não quero o gênero que me foi atribuído quando nasci. Também não quero o gênero masculino que a medicina transexual pode fornecer e que o Estado vai me garantir se eu me comportar da maneira correta. Não quero nada disso.” (NELSON, 2017, p. 60).

Na declaração acima, Preciado representa muito do que o não-binarismo é. A noção da *fluidez* não se restringe à teoria e, na verdade, é muito mais prática. O Direito desempenha o papel de *ato performativo*, o qual diz respeito à criação de categorias no instante em que as regulamenta. Na discussão em análise, mais precisamente, o faz com relação a corpos não-binários, oferecendo-lhes a alternativa de “pular” de uma “caixinha” para a outra. O legislativo não se mostra capaz de permitir uma terceira via.

Seu caso é extremamente interessante de ser considerado, uma vez que Preciado de fato não se considera um homem transexual na atual concepção dessa categoria, assim como também não se considera uma mulher cis lésbica. Ao se recusar fazer um “pacto” com o Estado e ser reconhecido, também ganha a vantagem de não necessariamente ser colocado dentro de “caixinhas”, como a de um homem trans. Preciado se permite ser fluido.

Entretanto, uma vez que o Direito de fato rege a sociedade, essa perspectiva, de certa forma, também limita o que Preciado pode ou não se considerar dentro de uma sociedade jurídica. Temos o próprio exemplo do parceiro de Maggie Nelson, protagonista do livro de sua

autoria, denominado Argonautas (que é parte memória autobiográfica, parte discussão de teoria queer). Maggie e seu parceiro (que foi designado enquanto “mulher” ao nascer) resolvem ter um bebê através de inseminação artificial. Durante as peripécias legais para serem ambos reconhecidos enquanto figuras parentais¹² da criança, o parceiro precisa por diversas vezes entrar em “caixinhas” que não lhe pertencem e não lhe significam enquanto corpo. Exemplo disso foi a constituição de um casamento entre pessoas do “mesmo sexo”, embora não sejam duas mulheres.

Da mesma forma, ainda que assuma o papel de “pai” para o bebê, o parceiro de Nelson não é assim identificado nos documentos da criança, justamente por não ter uma espécie de “contrato” com o Estado que o permita ser designado dessa maneira. Assim como Preciado (PRECIADO, 2013), seu gênero é fluido e o Direito parece incapaz de comportar essa linguagem dentro do que concebe enquanto categorias.

1.4 Homens Transexuais e Órgãos Reprodutivos

Este capítulo abordará os principais argumentos de uma decisão que obrigou um homem trans a registrar seu filho biológico enquanto mãe, e não como pai, conforme sua identidade de gênero. Para isso, inicialmente serão analisadas as definições de homens transexuais tanto de uma perspectiva legal quanto de uma perspectiva médica. Será discutido como tais definições podem violentar as existências desses indivíduos. No caso da legal, através de invisibilizações e uma quebra na garantia de Direitos Humanos básicos; e, no caso da médica, patologizações de existências trans. Para partir então à referida análise dos argumentos trazidos pelo juiz no caso e como eles são atravessados pelas problemáticas anteriormente frisadas.

Primeiramente, é preciso esclarecer quem são os homens trans, um segmento específico dentro do movimento LGBTQ+. Pessoas transexuais são aquelas que não se identificam com o gênero que lhes foi designado ao nascer. Homens trans são pessoas que foram designadas com o gênero feminino no nascimento, porém se identificam com o espectro do gênero masculino,

¹² Como o caso analisado foi lido originalmente em inglês, em vários momentos o termo *parents* foi utilizado com o intuito de significar os responsáveis pela criança. Em português, seria traduzido como “pais”, mas pela própria ligação desse termo em português com a palavra masculina “pai”, decidiu-se por adotar ao longo do texto de análise o termo “figura parental” para evitar privilegiar determinado gênero.

buscando transições legais e/ou físicas para que sejam respeitadas dentro da sociedade como realmente são.

Por órgãos reprodutivos se entenderá qualquer resquício de seu sexo biológico que permanecer no seu corpo, quais sejam (mas não exclusivamente): mamas, ovários e úteros. Alguns homens transgêneros¹³ passam por tratamentos hormonais e/ou por cirurgias que podem inviabilizar a gravidez, porém muitos mantêm sua capacidade de engravidar, sem que essa questão e suas consequências sejam abordadas pelos profissionais de saúde durante os procedimentos médicos. Assim, o desejo de ter filhos biologicamente pode estar presente em pessoas transgêneras da mesma forma que em pessoas cisgêneras. No entanto, o processo de gestação por uma pessoa transgênera, segundo um setor da medicina que estuda o assunto, pode vir a acentuar uma possível “disforia” com seus corpos.

É importante frisar para compreensão desta discussão que “disforia” enquanto termo médico é utilizado junto ao conceito de “transtorno disfórico”, o qual é entendido pela comunidade médica como uma doença. Essa “doença” se caracteriza por uma forte aversão à imagem do próprio corpo enquanto representativo de um gênero ao qual a pessoa não pertence. Por exemplo, um homem trans que nasceu com características biológicas do sexo feminino passará a se sentir “preso”, como se seu corpo não pertencesse a ele.

Uma enorme ressalva que o movimento trans faz a isso, é a utilização dessa etiqueta de doença como forma de patologização da existência das pessoas trans. Como se a transgeneridade de alguém só fosse confirmada a partir do momento em que ela é diagnosticada com o transtorno disfórico. A partir dessa patologização, no Brasil, por exemplo, é que se autoriza o acesso de pacientes trans a tratamentos hormonais e/ou através do sistema público de saúde.

Dessa forma, para o movimento trans, o tratamento das pessoas trans pela comunidade médica através da categoria “disforia” é um instrumento de violência institucional. Isso pois, nega-se direitos àqueles que não aderem a burocracia patologizante, fazendo do diagnóstico uma condição para o processo transexualizador que aquele indivíduo pretende se submeter.

¹³ Não necessariamente homens trans sentirão a necessidade de fazer tratamento hormonal ou realizar procedimentos cirúrgicos para que se sintam confortáveis em seus corpos.

Para romper com esse cenário, despatologizando e rompendo com a ideia de “disforia”, é necessário que sejam criados mecanismos institucionais que possibilitem o processo transexualizador, sem tratar a transexualidade enquanto uma doença a ser tratada/curada.

É necessário, então, fazer a ressalva que se utiliza o termo “disforia” neste trabalho entendendo-se que é dessa forma que os artigos médicos tratam a transexualidade. Frisa-se que o movimento entende essa dita “disforia” enquanto uma violência que a sociedade perpetua contra seus corpos representando uma patologização de suas existências, padrão este que já é questionado e deve ser rompido.

Prosseguindo, é importante ressaltar que esta seção trata de homens trans que se submeteram a tratamentos médicos e as consequências disso para seus desejos de serem pais de filhos biológicos, mas de maneira nenhuma se busca usar isto como um exemplo determinístico de que todos os homens trans desejam esses tratamentos.

Segundo os autores Bachmann *et al.* (2019), são observadas possíveis depressão e piora em sintomas de “disforia” desses homens que engravidam. Desse modo, seria necessário realizar o planejamento de um monitoramento constante em homens que engravidam para impedir o aparecimento de tais fenômenos.

Ao construir o argumento acima, a comunidade médica acaba por reforçar padrões patologizantes para com a comunidade trans. Nesse caso, ao tratar da “disforia” de pessoas trans na gravidez, eles acabam analisando-a como um problema para essas pessoas e não situando-a como um evento normal na vida de pessoas que desejam ter filhos biológicos. Em realidade, a associação da maternidade a um ideal de feminilidade e a uma imposição jurídica acaba por gerar angústia nessas pessoas.

Assim, as pessoas trans, ao se recusar seguirem os padrões das cisheternormas, têm determinados para si a posição que devem ocupar. Conseqüentemente, uma criança só pode ser gerada por uma “mãe” com um útero. A falta de alternativas na sociedade para que essa criança seja gerada por uma pessoa dentro do espectro do gênero masculino é o que causa as aflições daquele que não terá sua identidade respeitada ao engravidar.

Tomando essas questões como pano de fundo, iniciei uma pesquisa de casos que envolvessem questões envolvendo pessoas trans e o Direito numa relação de não-reconhecimento por meio da linguagem jurídica que funciona num paradigma binário. Assim, encontrei o caso número FD18F00035 julgado no Reino Unido em que um homem é obrigado a registrar seu filho como mãe biológica somente porque gestou a criança, objeto de estudo desta monografia e que será sintetizado a seguir.

2 ESTUDO DE CASO - COMO O DIREITO ESTÁ DESCOBRINDO QUE O MUNDO NÃO É FEITO APENAS DE PESSOAS CIS-HETERONORMATIVAS

2.1 Caso número FD18F00035 na Corte Superior de Justiça, Divisão de Família e Corte Administrativa do Reino Unido

2.1.1 Resumo do caso

No caso em análise, um homem transexual que deu à luz com a ajuda de um tratamento de fertilidade perde sua luta legal para ser registrado como pai da criança, ao invés de como sua mãe, em decisão da Corte Superior do Reino Unido (*UK High Court*) no dia 25 de setembro de 2019.

Freddy McConeell é o homem transexual autor da ação, que foi designado com o gênero com o qual não se identifica ao nascer, tendo sido tratado como “mulher” pelo Estado e sociedade nos primeiros anos da sua vida. Ele realizou a transição para o gênero masculino e foi legalmente reconhecido como tal em 2017 e no mesmo ano ficou grávido, dando à luz em 2018. Ele tomou providências judiciais depois que um cartório disse que a lei no Reino Unido requeria que a pessoa que concebeu fosse registrada como mãe na certidão de nascimento. Além disso, pleiteou que, caso seu pedido fosse negado, o Tribunal britânico emitisse uma Declaração de Incompatibilidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, nos termos da Lei dos Direitos Humanos de 1998 (HRA 1998).

A Lei dos Direitos Humanos de 1998 é uma medida legislativa passada pelo Parlamento Britânico que tem como objetivo principal cumprir com a preservação dos Direitos Humanos no país. Dessa forma, juízes do Reino Unido deverão se apoiar em julgados da Corte Europeia dos Direitos Humanos em casos que concernam a Direitos Humanos.

Essa legislação possui uma subseção específica quanto à possibilidade de uma lei do Reino Unido ir diretamente de encontro com um julgado da Corte Europeia de Direitos Humanos e em tal caso, se o julgado da Corte não for respeitado no Reino Unido, seria obrigação do Tribunal Superior emitir uma declaração de incompatibilidade com a legislação que nega. Neste caso, o senhor Freddy McConeell argumenta que ao ter seu direito de ser registrado enquanto “pai” negado, o judiciário do Reino Unido deve-se declarar incompatível

com uma seção da própria Convenção Europeia de Direitos Humanos, quais sejam os artigos 8 e 14, que tratam da privacidade e bem-estar de pessoas transexuais.

Neste processo foi estabelecida a primeira definição legal do termo “mãe” na Common Law inglesa. Ao tomar a decisão, Andrew McFarlane, o presidente da Divisão de Família da Corte Superior, decidiu que ser uma “mãe” era definido por estar grávido e dar à luz, indiferente se aquela pessoa, de acordo com a lei, fosse um homem ou uma mulher.

Apesar de ter negado o status de pai ao autor do caso, o magistrado Sir Andrew McFarlane reconhece a importância do mesmo e o descreve da seguinte forma (Case nº FD18F00035, 2019, p. 3):

“Neste caso a corte é requerida a definir o termo ‘mãe’ para a lei na Inglaterra e País de Gales. Através dos séculos, nenhuma corte previamente havia sido instada a categorizar uma definição de ‘mãe’ para o common law inglês e, aparentemente, há poucas decisões comparáveis feitas em cortes em outros lugares do mundo ocidental. Até aqui, uma pessoa que tenha dado à luz a uma criança sempre foi considerada com a mãe da criança. A questão surge nos tempos modernos quando um indivíduo, que nasceu com o sexo feminino, faz a transição de gênero e se torna legalmente reconhecido como do sexo masculino antes de engravidar, carregar e dar à luz a uma criança, com o resultado de que a figura parental que deu à luz é legalmente um homem ao invés de uma mulher. A questão direcionada a essa Corte é: este homem é a “mãe” ou o “pai” de sua criança?”¹⁴.

Freddy McConeell, o autor do pleito, emitiu um comunicado, pela rede social Twitter com a seguinte declaração¹⁵:

“Estou entristecido pela decisão da corte de não permitir que homens transexuais sejam registrados como pais nos registros de nascimento de seus filhos. Temo que essa decisão tenha consequências angustiantes para muitos tipos de famílias. Eu tentarei recorrer e não darei entrevistas neste momento.” (tradução livre).

¹⁴ Tradução livre, do original: *In this case the court is required to define the term ‘mother’ under the law of England and Wales. Down the centuries, no court has previously been required to determine the definition of ‘mother’ under English common law and, it seems, that there have been few comparable decisions made in other courts elsewhere in the Western World. Hitherto, a person who has given birth to a child has always been regarded as that child’s mother. The issue arises in modern times where an individual, who was born female, undergoes gender transition and becomes legally recognised as male before going on to conceive, carry and give birth to a child, with the result that the parent who has given birth is legally a man rather than a woman. The question posed to this court is: Is that man the ‘mother’ or the ‘father’ of his child?”*

¹⁵ Twitter: @freddymcconnell. Disponível em: <https://twitter.com/freddymcconnell/status/1176871597141090304>. Acesso em: 03 de outubro de 2019. MCCONELL, Freddy. *I’m saddened by the court’s decision not to allow trans men to be recorded as father or parent on their children’s birth certificates. I fear this decision has distressing implications for many kinds of families. I will seek to appeal and give no more interviews at this stage.* Londres, 25 de setembro de 2019.

Segundo McFarlane “há uma diferença substancial entre o gênero de uma pessoa e seu status enquanto pai”. Ser uma “mãe”, ainda que até agora tenha sempre sido associado com ser mulher, é o status dado a uma pessoa que passa pelo processo físico e biológico de carregar uma gravidez e dar à luz.

“É agora legalmente e através da medicina possível para um indivíduo, cujo gênero é reconhecido na lei como masculino, ficar grávido e dar à luz. Ainda que o gênero dessa pessoa seja masculino, seu status como responsável pela criança, que deriva do processo biológico de dar à luz, é o de mãe.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 60)

Freddy McConnell, que é um jornalista para o jornal The Guardian do Reino Unido, começou a tomar testosterona com 25 anos e um ano depois fez uma cirurgia para remover suas mamas. Em 2016 ele parou de tomar testosterona e seu ciclo menstrual recomeçou antes que ele ficasse grávido utilizando um doador de esperma.

Ao elogiar McConnell, o juiz disse que o caso era um importante assunto de interesse público e que havia uma necessidade urgente para que o legislativo no Reino Unido enfrentasse o status legal de um homem transexual que havia ficado grávido e dado à luz.

Segundo McFarlane, leis já existentes no Reino Unido e na Europa quanto a casos de Direitos Humanos não lidariam diretamente com a questão central.

McFarlane decidiu que a questão que foi levantada por McConnell é uma questão de política pública e não do judiciário. É uma questão importante de interesse público e uma causa nobre para debate público.

Em julho de 2019, McFarlane removeu o direito ao sigilo de McConnell (2019) depois que organizações argumentaram com sucesso que a publicidade advinda de um documentário que McConnell estava fazendo sobre sua gravidez e o interesse público quanto a como o Estado reconheceria paternidade/maternidade significava que a identidade dele deveria ser pública.

2.1.2 Uma breve análise crítica dos argumentos do caso

Adrienne Rich, famosa feminista lésbica, analisa o que ela vê como a “instituição da maternidade”. Antes de se assumir enquanto lésbica, Rich tivera três filhos e essa experiência

moldou a forma como direcionou seu ativismo e levantou questões dentro do movimento feminista de sua época.

Rich faz um apanhado sobre como ao longo da história as mulheres foram colocadas em posições nas quais se era esperado que elas providenciassem um tipo de “amor” perfeito e constante, que incluía uma necessidade de 24 horas de atenção para as crianças. A partir do momento em que a civilização humana se constituiu tendo como base o patriarcado, essas expectativas colocadas sobre as mulheres apenas assumiram novas formas conforme mudanças superficiais na sociedade ocorriam. Um exemplo disso é como a divisão moderna do trabalho coloca como papel da mãe o de criar a criança quase que exclusivamente, sendo esperado do pai apenas uma eventual “ajuda”, ao invés de uma parcela igual de responsabilidade. (RICH, 1977).

O argumento de Rich, em verdade, acaba sendo de que a maternidade deveria ser apenas mais uma faceta da vida de uma mulher, ao invés de ser vista como pilar absoluto da vida da mesma pelo patriarcado, ao qual a maior parte, se não toda sua atenção deve ser devotada. A maternidade é uma instituição dentro da sociedade porque é um mecanismo social estabelecido e uma prática cultural significativa, que regula o comportamento humano de acordo com as necessidades da comunidade e não do indivíduo. Assim, maternidade não é simplesmente biológico ou “inata”. É uma instituição social que funciona ideologicamente e politicamente com um propósito. Assim, a instituição da maternidade possui um ideal do que é ser mãe. (RICH, 1977)

Embora Rich não enfrente em seu trabalho questões fora do espectro de mulheres cis, ela enfrenta questões extremamente pertinentes para o caso em questão. O problema da maternidade ser uma instituição social impede que ela seja vista de outra forma que não seja a biologizante. A própria Rich comete esse erro ao determinar que toda produção biológica de vida advém de mulheres cis. Ao questionar o que deve ou não ser considerado maternidade de acordo com os desejos da pessoa que deseja gerar a vida, Freddy produz uma quebra nessa instituição ao afirmar que não deseja ser considerado mãe embora tenha gerado vida.

Lara Karaian, em seu artigo “Gestantes: repronormatividade, teoria crítica das trans e re-concepção do sexo e gravidez na lei” de abril de 2013, já argumentava que era extremamente necessária uma re-concepção crítica de sexo e gravidez na lei. Com base no

duplo significado de conceber – tanto no sentido de “engravidar” quanto no sentido de “imaginar ou formar uma representação mental” o artigo trabalha como novas formulações para que pessoas trans não tenham seus direitos reprodutivos negados, a partir do reconhecimento de suas identidades de gênero e as proteções contra leis de discriminação na gravidez. Até que ponto os discursos biológicos e “repronormativos” (aqueles que materializam e “maternalizam” a identidade feminina) sustentam as determinações legais do sexo dos sujeitos trans e sua capacidade de acessar a documentação emitida pelo estado. Ela alerta sobre como esforços feministas podem associar pessoas grávidas á “mulheres reais” e como isso pode fazer com que homens trans grávidos sejam excluídos.

Em seu artigo publicado em 2012 no Harvard Journal of Law and Gender, “Unsex Mothering: Toward a New Culture of Parenting”, Darren Rosenblum fala exatamente disso que tanto o juiz no caso de TT e YY bateu. Qual é o papel de “mãe”, qual o papel de “pai”? A lei deveria determinar isso? Da forma como se deu o processo, no qual a partir do momento em que decidiu ficar grávido TT sem saber “condenou” a si mesmo a um papel de mãe, qual era a outra escolha dele? Nunca engravidar, nunca ter filhos biológicos ou aceitar um papel que a sociedade e o Direito lhe impuseram?

No final, a decisão que o juiz toma é que era razoável que TT abrisse mão de seu direito à privacidade e se resignasse a seu próprio sofrimento com sua disforia para que representasse tal papel para a sociedade.

Rosenblum argumenta que é necessária uma metodologia para desbiologizar esses papéis, para que se tornem cada vez mais fluidos:

Aqui, converto o termo “unsex” (dessexualizar) em uma espécie de metodologia – um meio de atacar a ligação entre sexo biológico (“biosex) e papéis sexuais. Neste artigo, observo que “maternidade” e “paternidade” foram inadequadamente amarradas ao biosexo. A maternidade deve ser “dessexualizada” como principal relação parental. “Paternidade”, de modo correspondente, não deve ter sexo como seu status de chefe de família. Em um mundo ideal, as pessoas que se consideram agora “mães” e “pais” seriam “figuras parentais” primeiro, uma categoria que inclui todas as formas de cuidados. Pode-se até imaginar um mundo andrógino no qual a paternidade não tem subcategorias de sexo, ligadas ou não ao biosexo. Duvido que nosso mundo esteja perto disso. Também me pergunto se a androginia universal é um ideal utópico que vale a pena perseguir. Em vez disso, concentro-me (...) nos papéis de “mãe” e “pai”, elevando-os ao conceito biodeterminista para classificações ou funções escolhidas. (...) A Suprema Corte disse em Mississippi University for Women v Hogan “não deve haver noções fixas sobre os papéis e habilidades dos homens e fêmeas” incorporadas

na aplicação da lei. Esse ideal permeia os direitos civis na sociedade: deve-se permitir que ambos os sexos desempenhem todos os papéis.

2.2 “O gênero adquirido não interfere no status parental”

Em nenhum momento o magistrado se utiliza de pronomes incongruentes para lidar com a questão e no início do seu trabalho de decisão o mesmo ressalta a importância dessa questão para a comunidade transexual: “Ao ouvir o caso, e agora preparando esse julgamento, eu sempre tive consciência da importância do caso para o Requerente e para todos aqueles que são afetados por questões relacionadas a comunidade trans em geral.” (Case nº FD18F00035, 2019, p.3)

Para além da ênfase que o relator dá, em mais de 60 páginas de decisão, o mesmo considera cuidadosamente os argumentos trazidos pela parte do reclamante (que na decisão é chamado de TT como um pseudônimo e seu filho, cujo nome está em sigilo, é chamado de YY) e pela parte do Governo. Ao fazer a análise do caso em questão, o que buscamos é tentar compreender e discutir como uma decisão legal pode impedir o bem-estar tanto do pai quanto do filho.

O primeiro argumento do magistrado já demonstra uma dificuldade em reconhecer a transexualidade como um questionamento das normas binárias do Direito. A alteração do registro civil produz efeitos legais em todas as searas do Direito. Desse modo, uma pessoa trans reconhecida pelo Estado será considerada um homem ou uma mulher para qualquer fim, reproduzindo uma lógica binária de que bastaria a troca do status civil para o reconhecimento de uma identidade. Nas palavras do juiz, o argumento é colocado da seguinte forma

“O efeito legal de um certificado de GR é que a pessoa a quem o certificado se refere 'se torna para todos os fins o sexo adquirido (de modo que, se o sexo adquirido for o sexo masculino) gênero, o sexo da pessoa se torna o de um homem ...)” [GRA 2004, s 9 (1)] (Case nº FD18F00035, 2019, p. 4)

O chamado Ato de Reconhecimento de Gênero (“GRA”) de 2004 representou um enorme avanço na forma como pessoas transexuais eram vistas no Reino Unido. Tendo entrado em efeito em 2005, permitia que pessoas que possuíam a chamada “disforia de gênero”, ou seja, pessoas que não se identificavam com o gênero que lhes foi determinado ao nascimento muito menos com as características físicas de seu sexo biológico, pudessem legalmente alterar seu gênero em documentos, no que é chamado no caso aqui analisado como “gênero adquirido”.

Elas recebiam o chamado “Certificado de Reconhecimento de Gênero” (“GRC”). Aqui a expressão “gênero adquirido” é utilizada para diferenciar uma pessoa que ao nascer não tinha inicialmente o gênero que hoje consta em seus documentos. Para TT, como veremos em seguida, isso significa que mesmo tendo legalmente alterado seu gênero, não terá os mesmos direitos em princípio de alguém que não “adquiriu” um outro gênero.

Dentro do Ato de Reconhecimento de Gênero (GRA), existe uma série de consequências legais para essa alteração da identificação social do gênero ao qual a pessoa pertence. No que se refere à paternidade, faz com que na prática, seja ignorado que na sociedade os papéis de “mãe” e “pai” são extremamente restritivos aos papéis dos gêneros masculino e feminino em si. O que isso significa? Principalmente que independentemente de uma mulher trans se considerar mãe de um filho seu, a sociedade exige que legalmente ela seja o seu pai.

Nos termos da decisão:

Parágrafo 17. A segunda disposição que é de relevância central para este caso é o GRA 2004, s 12, que se refere à "paternidade": "12. O fato de o sexo de uma pessoa ter se tornado o gênero adquirido nos termos desta Lei não afeta o status da pessoa como pai ou mãe de uma criança." (Case nº FD18F00035, 2019, p. 7)

2.3 “A clínica de fertilização determinará o status parental”

Outro argumento da decisão que será pontuado refere-se à questão dos serviços do tratamento de fertilização artificial disciplinados pela Autoridade de Fertilização Humana e Embriologia do Reino Unido (“HFEA”) que determinam certos termos para os tratamentos realizados. Tal argumento foi suscitado pelo advogado do governo e rebatido pela defesa, no entanto o juiz se nega a analisar a questão sob o fundamento de que o tema deve ser tratado pelo Poder Legislativo.

Segundo o advogado do governo, o regulamento da HFEA determina que esses tratamentos são oferecidos a mulheres, ainda que nesse caso o usuário tenha sido um homem trans. Assim, os advogados do governo argumentam que, a partir disso, pode-se inferir que esses homens trans são de fato tratados como mulheres durante seu tratamento de fertilidade e, desse modo, podem ser tratados como mulheres no registro de nascimento do filho.

De acordo com a defesa do litigante, a Lei de Igualdade inglesa de 2010 faz com que as clínicas de tratamento de fertilização sejam obrigadas a atender tanto homens quanto mulheres. Portanto, TT, em realidade, não foi “tratado como mulher” como argumentam os advogados e sim tratado como o homem que é, não se sustentando o argumento do governo. (Case nº FD18F00035, 2019, p. 7 – 8)

A observação feita nesse ponto é importante para a questão dos direitos trans embora não seja um problema especificamente dentro do processo. Existe um órgão no Reino Unido que regula clínicas de fertilização humana, o HFEA. Dessa forma, todo procedimento de inseminação feito deve em alguma medida receber o aval do governo. O próprio advogado do governo, que deveria conhecer as leis de seu país e aparentemente não o faz porque ignora a Lei da Igualdade de 2010, argumenta durante o processo que, para que sejam inseminados, os homens trans precisam ser tratados como “mulheres”.

Esse argumento não apenas nega o reconhecimento de gênero desses homens, como também demonstra que em certa medida o advogado acredita que os órgãos reprodutivos de TT fazem dele uma espécie de meio-homem/meio-mulher. Explico: durante o processo de concepção, gravidez e o parto, todos processos associados com o mundo feminino, TT “era como mulher”. Legalmente, para o governo, ele pode ser o que quiser, porém esses procedimentos delimitam até que ponto ele pode ser considerado como homem para o governo.

2.4 “A lei britânica não define os conceitos de ‘pai’ e ‘mãe”

Outro argumento baseado na perspectiva biologizante trata sobre as definições de pai e mãe de acordo com a *common law* inglesa. O juiz deixa claro que não existe na legislação inglesa uma definição exata e definitiva sobre o que é ser mãe. Assim, ao longo do caso, o que é feito é uma espécie de “recorte” de outras regulações para que este caso em específico seja definido. Nesse sentido, o juiz recorta do regulamento da HFEA os conceitos de “pai” e “mãe” definidos supostamente para garantir uma segurança jurídica aos filhos gerados através da fertilização; porém, ao fazer isso, faz com que esses conceitos sejam limitantes ao invés de cada vez mais expansivos como condiz com a nossa sociedade.

O juiz, ao julgar o caso, traz a definição de “mãe” e de “pai” nos seguintes termos:

“(1) A mulher que está carregando ou teve um filho como resultado da colocação de um embrião ou esperma e óvulos, e nenhuma outra mulher, deve ser tratada como a mãe do filho.

Parágrafo 24. HFEA 2008, ss 35 a 41, prevê extensivamente a definição de 'pai' em uma variedade de circunstâncias diferentes; em cada caso, o status de pai é definido com relação ao relacionamento de um homem com uma mulher que teve um embrião ou esperma e óvulos colocados nela ou onde a concepção ocorre por inseminação artificial. Aceita-se que nenhuma dessas circunstâncias estatutárias declaradas se aplique ao TT em relação a YY.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 8-9)

Nos dois parágrafos acima temos óbvia demonstração de categorização com a qual o Direito trabalha, aquilo que chamo de “caixinhas”. Ora, se há hipóteses concretas nas quais uma ideia de “mãe” é definida e uma ideia de “pai” também o é, tudo que resta ao Judiciário parece ser tentar enquadrar TT em uma das caixinhas. O grande problema é justamente o qual já foi determinado previamente. Qual caminho tomar quando as “caixinhas” parecem não dar mais conta?

No fim das contas, embora muito há de ser defendido nos parágrafos a frente quanto à necessidade de registros padronizados em uma sociedade moderna, são “pequenas” batalhas como essa que demonstram o quanto uma sociedade está ou não disposta a mudar. O caso diz respeito a uma certidão de nascimento. Se o supostamente mais difícil já foi feito, que é o reconhecimento do gênero adquirido, por que o grande incômodo com a alteração das categorias dentro das caixinhas previamente designadas?

De acordo com a Lei da Criança de 1989, na Inglaterra, a mãe de uma criança tem automaticamente responsabilidade parental pela mesma, desde o seu nascimento. Em outras palavras, o registro ao nascimento serviria especificamente para não deixar a criança desamparada. Essa mesma lei, apenas coloca atribuição automática semelhante de responsabilidade parental a determinadas categorias de pai.

Assim, se TT for considerado a “mãe” de YY, ele terá a responsabilidade automática pela criança de acordo com a lei acima. Se, por outro lado, TT for considerado “pai” de YY, ele não teria automaticamente responsabilidade parental por YY, porque essa seria uma categoria de responsabilidade que de acordo com a lei poderia ser fornecida apenas ao marido da “mãe” da criança, que teria presunção automática de responsabilidade perante a mesma.

Porém, essa mesma lei, em sua seção 4, parágrafo 1, letra c, deixa claro que por ordem judicial é possível que TT seja determinado como pai da criança e, portanto, possa assumir

responsabilidade parental por YY, mesmo que essa atribuição de responsabilidade parental não seja automática.

Os parágrafos 33 e 35 da decisão, que remetem a Lei descrita acima, são uma lembrança de uma determinação muito clara na sociedade: quando uma criança nasce, o papel de “mãe” é aquele responsável por ela. (Case nº FD18F00035, 2019, p. 10 - 13). A assim chamada responsabilidade parental tem alvo definido e uma alteração desse alvo que implica na perda da figura maternal é praticamente inconcebível. Mesmo com alternativas legais que transfiram essa responsabilidade de uma figura para outra, a dificuldade em fazê-lo corresponde a uma clara relutância em alterar papéis pré-definidos.

2.5 “O status parental não acompanha a transição de gênero”

No parágrafo 36 da decisão, o juiz remete a uma decisão que pode ser citada como jurisprudência afim do caso em questão, por remeter a uma pessoa transexual que deseja mudar seu status parental (Case nº FD18F00035, 2019, p. 13). Essa decisão de primeira instância do Tribunal Administrativo da Hickinbottom J.

“Parágrafo 36. O impacto da mudança de gênero em relação à paternidade é uma área nova e em desenvolvimento da lei, não apenas no mercado interno, mas também em todo o mundo. Há pouca jurisprudência relatada sobre o assunto, exceto, nesta jurisdição, uma decisão de primeira instância no Tribunal Administrativo da Hickinbottom J, como ele era então:

R (JK) contra The Registrar General (Secretário de Estado do Departamento do Interior e outros intervenientes) [2015] EWHC 990 (Admin); [2016] 1 Todos os ER 354.”

Dado o nexos factual relativamente próximo do caso em apreço, a escassez de outra autoridade e o respeito a ser concedido a um juiz com grande experiência nessas questões, a decisão em JK merece muita atenção.

Uma mulher transgênero britânica, chamada no caso de “JK” para preservar sua identidade era casada com uma mulher e considerada “pai biológico” de duas crianças. À época do nascimento da primeira criança, JK era lido pela sociedade enquanto “homem cis” e não havia realizado a transição de gênero, então foi registrado na certidão de nascimento enquanto “pai”.

No caso do segundo filho, a transição de gênero já estava sendo realizada antes de seu nascimento. JK entrou com uma ação judicial contra a RG (o Registrador Geral que

emite as certidões de nascimento no Reino Unido, o mesmo contra o qual TT entra contra), alegando que, uma vez que sua transição de gênero estava completa e ela já era lida pela sociedade enquanto mulher, o fato de seu nome permanecer enquanto na certidão de nascimento dos filhos com o status de “pai” representava uma violação do direito dela e de seus filhos de ter sua vida privada respeitada de acordo com a CEDH, art. 8º.

O Tribunal Administrativo acabou por decidir que também deveria ser levado em conta nesse caso a vontade da cōnjuge de JK e o direito das crianças de conhecerem e terem reconhecido seu “pai biológico”. E, ao final, que o interesse público em ter sistemas administrativos coerentes era a base do sistema de registro estatutário e que era de suma importância. Abaixo encontra-se os parágrafos da decisão que fazem referência a isso:

“Parágrafo 37. A recorrente em JK era uma mulher transgênero [‘JK’] casada com uma mulher e pai biológico de dois filhos. O problema no caso estava relacionado à maneira como o relacionamento de JK com cada criança deveria ser mostrado em suas respectivas certidões de nascimento.

O primeiro filho nasceu antes da transição de gênero e, após o nascimento, JK, que ainda não havia feito a transição, havia sido registrado como pai. A transição de gênero estava em andamento após a concepção do segundo filho, mas antes do nascimento.

Parágrafo 38. JK tentou uma ação judicial contra a RG, alegando que a certidão de nascimento completa de seus filhos revelaria que ela era transgênero e que a exigência de que ela fosse mostrada como ‘pai’ era, portanto, uma violação do direito dela e de seus filhos de respeitar à vida privada sob a CEDH, artigo 8. ‘pai’ era arbitrário. A título subsidiário, JK argumentou que o RG agiu de maneira discriminatória em violação do artigo 8.º, adotado com o artigo 14.º, e que o RG era obrigado a justificar essa discriminação contra ela.

Parágrafo 39. No curso de um julgamento completo e cuidadoso, Hickinbottom J aceitou que exigir que uma pessoa transexual divulgue seu sexo anterior, não permitindo que uma alteração nos documentos oficiais para mostrar que o gênero escolhido do indivíduo afetou seu direito à vida privada pelo Art. 8 e potencialmente afetados os direitos do Art 8 de seus filhos de manter em segredo o fato de que seu pai era transgênero. Dada a importância atribuída pelo TEDH ao reconhecimento do gênero escolhido por uma pessoa, a interferência nos direitos do Artigo 8 foi material. A interferência foi, no entanto, de acordo com a lei e, embora o formato do Formulário 1 apresentasse uma opção aparente entre ‘pai / figura parental’, esses eram, por uma questão de lei, dois termos mutuamente exclusivos. O termo “mãe” é restrito em seu uso, de acordo com o HFEA 2008, a uma segunda mulher que deve ser tratada como mãe de uma criança nos termos específicos dessa lei.

Parágrafo 40. Hickinbottom J sustentou que o esquema do BDRA 1953 e do RBDR 1987 não concedia ao registrador o poder de escolher entre ‘figura parental/ pai’ ou excluir um ou outro desses termos; nas circunstâncias de JK, o registrador foi obrigado a excluir ‘figura parental’ e deixar ‘pai’. O juiz concluiu, na questão da proporcionalidade e da necessidade, que era necessário encontrar um equilíbrio entre o dano causado ao indivíduo, por um lado, e os direitos e interesses de outros (incluindo o interesse público), por outro. Dentro da balança, o interesse público em ter sistemas administrativos coerentes era uma consideração importante. A identidade

sexual e a escolha do gênero representavam elementos importantes da identidade de um indivíduo. No entanto, a paternidade também foi um elemento vital na identidade. O esquema de registro estatutário buscava o objetivo legítimo de respeitar o direito da criança de conhecer e reconhecer adequadamente a identidade de seu pai biológico. Tendo em conta a margem relativamente ampla de apreciação que Hickinbottom J detinha seria aplicada por Estrasburgo, ele concluiu que o governo do Reino Unido tinha o direito de concluir que a interferência nos direitos do Art. 8 inerente ao esquema era superada pela interferência nos direitos, obrigações e interesses de outros indivíduos e o interesse público que seria causado por não ter essa restrição.

Parágrafo 41. Há várias diferenças significativas a serem observadas entre JK e o presente caso. Em primeiro lugar, em JK, o tribunal teve que ter em conta os interesses do art. 8 do cônjuge de JK, que era a mãe dos dois filhos; nenhum interesse de indivíduo colocado da mesma forma é relevante no presente caso. Em segundo lugar, ao contrário de JK, TT obteve reconhecimento legal de sua identidade masculina através da concessão de um certificado GR antes do nascimento de YY. O desafio em JK foi inteiramente baseado na análise da CEDH, enquanto o principal desafio da TT se baseia nas consequências inevitáveis da emissão do Certificado GR e GRA 2004, ss 9 e 12 com o resultado, argumenta-se, que, por uma questão de direito interno e independentemente da CEDH, após a emissão de um certificado GR, os pais devem receber o status de 'mãe' ou 'pai', dependendo do sexo adquirido ou, pelo menos, não deve ter o status específico de gênero contrário.

Daqui resulta que, embora a decisão em JK possa muito bem informar a análise focada no âmbito da CEDH, se necessário no presente caso, o julgamento não será diretamente relevante para a questão da interpretação estatutária nacional.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 13 - 15)

Esse caso é extremamente importante porque, ao fim e ao cabo dessa decisão que aqui é analisada, a mesma argumentação será utilizada para não garantir a TT o direito de ter o registro de “pai” na certidão de nascimento do seu filho. JK tinha um caso extremamente parecido com o de TT, porém não com tantos argumentos legais. Não havia na época questões de Direito Interno que permitissem a ela afirmar que no Reino Unido precisava ser associada sempre ao papel de seu gênero feminino. No fim de seu processo, o que ocorre é um interesse público em burocracia acaba superando o interesse de um indivíduo de poder ser aceito com seu “gênero adquirido” em todos os espaços e com todos os direitos daqueles que tiveram o gênero com o qual se identificam designados ao nascer.

2.6 Os atores institucionais do processo

O Secretário de Estado da Saúde e Assistência Social, o ministro da Mulher e da Igualdade e o Secretário de Estado do Departamento do Interior se tornaram partes interessadas. É interessante notar como o Estado foi conclamado para defender a concepção de família tradicional na sociedade. Quando os secretários se tornaram partes interessadas, suas pastas passaram a representar os interesses diretos do governo no caso. Então para além de uma lei

antiga de registro de certidões de nascimento, é interessante observar que o juiz recebe informações e opiniões em como o governo gostaria que ele procedesse.

“Parágrafo 53. (...) Como resultado desta última solicitação, o Secretário de Estado da Saúde e Assistência Social, o Ministro da Mulher e da Igualdade e o Secretário de Estado do Departamento do Interior [os Secretários de Estado] se tornaram partes interessadas.

Parágrafo 54. A Autoridade de Fertilização Humana e Embriologia [HFEA] foi notificada desses procedimentos, mas indicou que não pretendia intervir (embora se reservasse o direito de intervir em qualquer apelação). Embora as ações do HFEA e da clínica não sejam diretamente relevantes para as questões legais que devem ser determinadas quanto ao status da TT em relação a YY, teria sido valioso que o tribunal tivesse recebido assistência através de envios em nome do HFEA no funcionamento da legislação HFEA e, em particular, na questão de a clínica estar ou não agindo sob sua licença na prestação de serviços de tratamento à TT.”

Ao solicitar a anulação da decisão do Registrador Geral, TT buscou legalmente colocar o Direito para valer. Para isso, para além de ser considerado um pioneiro na questão da reivindicação de arranjos legais para documentação de pessoas trans, ele se dispôs a se colocar na linha de frente de uma discussão que é extremamente necessária. Conforme o mundo se altera e pessoas que antes não se sentiam nem seguras nem confortáveis se permitem viver da maneira que desejam, mais e mais casos como esse irão aparecer.

2.7 Argumento em favor de YY

Clare Brooks, agindo enquanto advogada interessada especificamente de YY, faz uma sustentação perante o tribunal aconselhando especificamente sobre os melhores interesses da criança. Ela defende que da mesma forma que

“Parágrafo 59. Clare Brooks aconselhou o tribunal sobre os melhores interesses de YY da seguinte forma: “Quanto ao conteúdo da certidão de nascimento, a meu ver, é importante para a identidade e auto-estima de YY que sua certidão de nascimento reflita a realidade de sua vida. A pessoa que deu à luz era e é do sexo masculino. "Pai" significa "pai do sexo masculino". Isso é exatamente o que TT é. A certidão de nascimento pode refletir essa realidade, listando TT como "pai" ou "ascendente". Qualquer outra coisa dá a impressão de algo secreto ou vergonhoso. Isso poderia levar YY a se sentir excluído da sociedade e a ser diferente ou estranho. Observo que na certidão de nascimento de YY terá apenas um pai listado, o que inevitavelmente convidará perguntas sobre o pai 'ausente'. Embora muitas crianças possam não ter um pai listado, atualmente uma mãe desaparecida é incomum e isso pode ser percebido. No entanto, se TT for listado como "mãe", as perguntas provavelmente serão ainda mais intrusivas, pois T é claramente um nome masculino. Isso causaria angústia em YY e mais uma vez causaria sentimentos de ser diferente.”

Brooks também aconselhou que o TT ser registrado como 'mãe' o colocaria de volta à estaca zero em sua luta pelo reconhecimento como homem, e isso provavelmente teria um impacto adverso indireto em YY.

Parágrafo 60. Em uma declaração adicional, a Sra. Brooks aconselhou que YY tivesse que usar sua certidão de nascimento curta seria 'evasão' e indicaria a YY que ele e TT tinham algo a esconder e que algo estava errado. Ela considerou que YY 'está sendo penalizado pelas atuais regras arcaicas sobre registro de certidões de nascimento [que] não acompanharam as mudanças nas ciências médicas e nos costumes sociais.' 'Brooks concluiu a opinião de que isso era' esmagadoramente 'nos melhores interesses de YY para TT para ser registrado como seu pai.' (Case nº FD18F00035, 2019, p. 17 – 18)

3 UMA DESCONSTRUÇÃO POSSÍVEL DOS ARGUMENTOS TRANSFÓBICOS DA DECISÃO

3.1 Os argumentos da defesa de TT

A defesa de TT faz aqui três principais argumentos extremamente razoáveis: o primeiro deles é que se trata de um regresso no seu processo de ser reconhecido enquanto homem que seja chamado de “mãe”, um papel que constantemente na história sempre foi associado a um papel feminino e isso não parece inclinado a se alterar. O segundo argumento é que para a própria criança seria constrangedor ter uma mãe com um nome dito “masculino” em sua certidão de nascimento. Isso causaria perguntas e intromissão nas vidas tanto de TT quanto de YY e uma tentativa de esconder a certidão de nascimento apenas causaria embaraço para a família, uma vez que se esconde o que é vergonhoso, e por fim que as regras arcaicas sobre registro de certidão de nascimento estão punindo TT ao serem incapazes de se adaptarem às novas realidades da sociedade.

“Parágrafo 64. Além disso, argumenta-se que, como GRA 2004, o s 9 (2) tem termos igualmente inequívocos ao estabelecer que o s 9 (1) 'não afeta as coisas feitas ou os eventos que ocorrem antes da emissão do certificado', pode-se supor com segurança que o reconhecimento do novo gênero afetará todas as coisas que ocorrerem após a emissão do certificado. O GRA 2004, s 9 (2), é apresentado, inteiramente prospectivo em seu foco e de maneira alguma retrospectivo.

Parágrafo 65. A RBDR 1987, regra 7 (2) exige que "os dados a serem registrados em relação aos pais de uma criança sejam aqueles apropriados na data de seu nascimento" [grifo nosso]. O caso de Miss Markham é que, desde que o nascimento de uma criança ocorra após a emissão do certificado GR, GRA 2004, s 12, relativo à paternidade, não restrinja ou modifique o efeito de s 9, pois, na hora do nascimento, o pai terá se tornado o gênero adquirido e, em razão do número 9, seu status de 'mãe' ou 'pai' será determinado por referência àquele gênero adquirido. O caso da TT a esse respeito baseia-se, portanto, no pressuposto de que, para todos os fins, o sexo de um dos pais determina se esse pai é uma 'mãe' ou um 'pai', sem exceção, de modo que os termos 'figura parental masculina' e 'pai' são totalmente sinônimos.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 18 – 19)

A partir do momento que se entende a figura de “mãe” associada a uma figura feminina, dentro da sociedade binária em que ainda se vive, isso força uma situação em que o papel de “pai” será associado a uma figura masculina. Uma vez que TT se reconhece enquanto homem e se associa enquanto uma figura masculina, isso implica na associação automática de que, a partir do momento que ele terá um filho, será um pai. De acordo com o GRA de 2004, o reconhecimento do gênero adquirido permitirá que todas as coisas feitas após a emissão do

certificado sejam realizadas conforme o gênero em questão. Isso deve incluir, por pura definição, o papel parental a que esse gênero corresponde, no caso, o de “pai”.

“Parágrafo 66. A alegação secundária do Reclamante é de que, se o caso apresentado pelo RG e pelos Secretários de Estado estiver correto, e TT deve, de acordo com a lei inglesa, ser registrada como a “mãe” de YY, esse resultado é uma clara violação das informações pessoais e familiares de TT .(Direitos da vida sob a CEDH, artigo 8º). Nessas circunstâncias, TT seria considerado, nos termos da lei, como vivendo em 'uma zona intermediária', sendo considerado masculina para todos os fins, exceto para a paternidade quando, como 'mãe', ele seria considerado como feminino. Esse resultado colocaria o TT, e pessoas como ele em circunstâncias semelhantes, em um dilema impossível de ter que escolher entre ter uma família ou permanecer sem filhos, mas reconhecido plenamente na lei e para todos os fins em seu gênero adquirido.

Parágrafo 67. No contexto do artigo 8 da CEDH, TT acredita que a interpretação do governo é desnecessária, desproporcional e falha em encontrar um equilíbrio justo entre os interesses concorrentes dos indivíduos envolvidos e da comunidade em geral. Na medida em que se argumenta que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ['TEDH'] daria ao Reino Unido uma 'margem de apreciação' sobre esta questão, Miss Markham alega que essa margem seria interpretada de maneira restrita à luz do princípio , que se diz estar firmemente estabelecido em toda a Europa, que as pessoas trans devem receber pleno reconhecimento legal em todas as áreas da vida.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 19)

TT decidiu engravidar e ter um filho, acreditando plenamente que poderia ser reconhecido enquanto pai daquela criança. Ao tomar a decisão de “condená-lo” a ser considerado feminino nesse aspecto da sua vida, o Judiciário inglês permite que precedentes se abram nos quais os direitos individuais das pessoas transgêneras sejam constantemente ignorados em busca de um dito “conforto” e “razoabilidade” da sociedade como um todo.

3.2 Tribunal Europeu de Direitos Humanos

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconhece que as pessoas trans devem receber pleno conhecimento legal em todas as áreas da vida. O que fazer quando não se sabe em quais áreas o governo vai ou não legitimar esse reconhecimento legal?

“Parágrafo 68. Separadamente, argumenta-se que a diferença de tratamento que resulta em TT, um homem, sendo registrado como 'mãe', decorre de seu status de transgênero, que é uma 'característica identificável' que torna as diferenças de tratamento devido ao status de transgênero análoga a diferenças de tratamento com base em raça, nacionalidade, gênero e orientação sexual, na medida em que são particularmente graves e requerem uma justificativa particularmente importante.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 19)

Esse caso não estaria em discussão exceto pelo fato de TT ser um homem transgênero. As especificações desse caso, baseadas na sua totalidade na identidade de gênero de TT, singularizam-no de modo a considerar como as diferenças nos tratamentos entre pessoas se altera quando o diferente é aquele que está sendo julgado.

“Parágrafo 69. Miss Markham e Miss Benitez resumiram claramente o caso essencial da TT no parágrafo 128 do seu Argumento do Esqueleto: "Tendo em devida conta os fatos completos deste caso e os princípios enaltecidos na jurisprudência deste tribunal e do TEDH, uma vez que o Estado permitiu o TT para se submeter a tratamento hormonal, viver sua vida como homem por uma parte significativa de sua vida adulta e, depois de passar pelo procedimento exigido e obter um certificado de reconhecimento de gênero, permitiu que ele sofresse inseminação artificial que levou ao nascimento de YY, deve razoavelmente esperar que o Estado aceite as consequências e tome todas as medidas necessárias para permitir que TT viva: [a] uma vida normal, livre de discriminação em qualquer circunstância, sob sua nova identidade e com respeito ao [seu] direito à vida privada e familiar.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 19)

Se o Estado, direta ou indiretamente, supervisionou em todos os momentos as decisões de TT, tanto de seu tratamento hormonal, quanto sua vivência enquanto homem, quanto seu gênero adquirido e sua inseminação, deve também garantir que TT possa viver uma vida com direito à vida privada e familiar, livre de discriminação em qualquer circunstância.

“Parágrafo 77. A submissão central do Centro AIRE é apresentada sucintamente no parágrafo 6 do argumento do esqueleto preparado em seu nome pela Srta. Broadfoot e pelo Sr. Powell: “Em resumo, é a alegação do Centro AIRE que, se a construção doméstica do réu for realizada para ser correto, o atual quadro legislativo para o registro de crianças nascidas em famílias transgêneros não concede aos direitos da criança importância e respeito suficientes. Alega-se que há uma profunda incongruência com a realidade familiar da criança sob o sistema atual que tem o potencial de ter um impacto prejudicial sobre os filhos de pais transgêneros devido à incapacidade do estado de reconhecer os pais da criança adequadamente. O especialista dos réus, Peter Dunne, afirmou anteriormente, em um artigo publicado no International Family Law em 2015 que, sob o esquema atual, os filhos de pais transgêneros são 'confrontados com um sistema que é confuso, obscuro e incapaz de atender a sua dinâmica familiar específica "e, além disso, qualquer solução oferecida pelos tomadores de decisão relevantes deve respeitar" a dignidade, a integridade e as realidades práticas das famílias transgêneros ". O Centro AIRE concordaria respeitosamente com essas conclusões.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 21)

Os direitos dos filhos das pessoas transgênero estão sendo extremamente desrespeitados. Se o Estado tem uma incapacidade em reconhecer os pais dessas crianças adequadamente, qual impacto que se espera que isso tenha em sua vida familiar? Um sistema arcaico de burocracias e registros, que se recusa a cooperar com novidades e configurações modernas de família precisa urgentemente ser alterado.

“Parágrafo 78. O RG e os secretários de Estado convidaram o tribunal a recusar a permissão ou a negar provimento ao pedido substantivo por razões resumidas no parágrafo 6 do argumento do esqueleto preparado por Ben Jaffey, QC, e por Sarah Sarah Hannett, como segue:

i) O dever da RG é registrar o requerente como mãe de YY. Especificamente, o RG não tem o poder de registrar o reclamante como pai de YY ou como pai dele. De acordo com a seção 12 do GRA 2004, um GRC não afeta o status de uma pessoa trans como mãe ou pai de um filho, mesmo se o filho nascer após a emissão de um GRC.

ii) Quanto à alegação da HRA 1998, o caso levanta questões complexas de políticas públicas sobre a melhor forma de proteger os direitos e interesses das pessoas trans e suas famílias na legislação. É uma área em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconhece que o Reino Unido deve ter uma ampla margem de apreciação e em que as decisões do legislador devem receber considerável respeito.

iii) O RG e os secretários de Estado aceitam (apenas para a audiência desta reivindicação) que o esquema legislativo interfere com os direitos do reclamante e da YY nos termos do artigo 8 (1) da CEDH e, portanto, exige justificativa nos termos do artigo 8 (2).

iv) A interferência é justificada pela necessidade de (i) ter um esquema administrativamente coerente e certo para o registro de nascimentos e (ii) dos direitos e interesses de outras pessoas, principalmente, mas não exclusivamente, o direito de uma criança saber - e reconhecerem adequadamente - a identidade da pessoa que a carregou e deu à luz. Esse é um princípio importante e consistente que se aplica a toda a legislação de registro de nascimento, inclusive em relação à barriga de aluguel, adoção e em relação às crianças nascidas pela concepção de doadores. A interferência é proporcional, especialmente considerando o respeito a ser dado ao legislador nesse contexto, as medidas introduzidas pela legislação para proteger contra a discriminação e o assédio e manter a confidencialidade, a ausência de alternativas viáveis e uma vez que não há decisão do TEDH exigindo que um progenitor seja registrado como pai de seu filho em seu sexo adquirido.

v) Pelas mesmas razões, não há violação do artigo 14.º da CEDH em relação ao requerente ou ao AA. »79. Com base no facto de uma declaração de paternidade ser meramente declarativa dos direitos legais existentes, o RG e os secretários Estado declara que o pedido de declaração da YY deve logicamente ser determinado após a determinação do pedido de revisão judicial do Requerente.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 21 – 22)

O governo argumenta que seu Registrador Geral não tem poder para registrar TT enquanto “pai”, apenas enquanto “mãe”. Isso se dá porque existe o direito e interesse de outras pessoas no meio, especificamente nesse caso, os direitos e interesses de uma criança saber quem lhe deu à luz e o direito a um esquema administrativamente coerente e correto na hora de registrar nascimentos. É importante frisar que esse argumento utilizado é uma repetição do argumento utilizado no caso de JK exposto no capítulo anterior, no qual também foi alegado que uma criança tinha direito a saber quem seria seu pai biológico.

“Parágrafo 80. O caso do Reclamante é apresentado firmemente com base em que há apenas uma interpretação sustentável do GRA 2004, ss 9 e 12 e essa interpretação exige que TT seja considerado pelo RG como o pai de YY. A submissão é baseada em duas proposições: a) No GRA 2004, s 9 (1), 'onde um certificado de reconhecimento de gênero completo foi emitido para uma pessoa, o sexo da pessoa se torna para todos os propósitos o gênero adquirido' [grifo nosso]. b) pelo s 9 (2), a subseção (1) 'não afeta as coisas feitas ou os eventos que ocorreram antes da emissão do certificado'. Portanto, pode-se supor com segurança que o reconhecimento do novo gênero afetará todas as coisas feitas após a emissão do certificado GR.

Parágrafo 81. Interpretada com base nisso, Miss Markham alega que o GRA 2004, s 12, que trata da paternidade, não restringe nem qualifica o requisito obrigatório do s 9, desde que sejam satisfeitas duas condições, a saber: a) A mãe ou o pai adquiriram o gênero designado por meio de um certificado GR completo; e b) O Certificado GR foi emitido antes do nascimento da criança e, portanto, a aquisição do status parental.

Parágrafo 82. Quando essas duas condições são satisfeitas, o caso da TT é que, como consequência do GRA 2004, s 9, uma pessoa nomeada no certificado GR deve ser tratada legalmente em conformidade com o sexo adquirido ou com o parental. status, deve ser considerado como 'mãe', se o gênero adquirido for feminino, ou 'pai', se o gênero adquirido for masculino. Essa proposição que vincula o status parental ao gênero está no centro do caso da TT.” (Case n° FD18F00035, 2019, p. 22 – 23)

É notório que o grande argumento utilizado pela defesa do Reclamante TT é justamente o mais simples: existe uma cláusula dentro do Ato de Reconhecimento de Gênero que diz que a partir da emissão do certificado, para todos os atos legais aquele é o gênero designado. De fato, qual maior ato legal do que clamar parentalidade de um filho? TT em momento algum está buscando não assumir a responsabilidade pela criança, inclusive sua Defesa faz menção a uma ordem judicial que pode comprometê-lo a tal. Mas por que isso é necessário? Se enquanto “mãe” TT tem uma obrigação enorme e implícita, enquanto “pai” ele precisaria se encaixar em categorias específicas para que pudesse de fato ser “responsável” pela criança. Famílias trans são requisitadas a seguir tradições arcaicas simplesmente porque é o que corresponde a papéis previamente designados. Mesmo subvertendo o gênero o máximo possível até onde ele vai, no instante em que se lida com o Estado, está-se obrigado a seguir uma posição que já lhe foi designado como masculina ou feminina.

“Parágrafo 123. A tarefa de discernir a abordagem do direito interno para a questão neste caso não é fácil. As circunstâncias de TT, e seu papel, como homem, na concepção e nascimento de seu filho YY, não estão expressamente previstas na legislação que rege a inseminação artificial nem na de reconhecimento de gênero. Embora o HFEA 2008 tenha passado quatro anos após o GRA 2004, o HFEA 2008 mantém as definições básicas de 'mãe' e 'pai' que apareceram no HFEA 1990 e que estão expressamente ligadas a 'uma mulher' ou 'um homem', respectivamente. O conceito adicional de um segundo 'pai' que foi introduzido pela Lei de 2008 é, como foi aceito nas observações, restrito a um segundo pai feminino nas circunstâncias específicas da HFEA 2008, ss 42 e 43 e não tem aplicação aos fatos de este caso.

Parágrafo 124. Uma outra dificuldade para entender o funcionamento do esquema doméstico decorre do fato de o TT ter sido artificialmente inseminado em uma clínica licenciada pelo HFEA para fornecer serviços de tratamento nos termos dos 1990 e 2008 do HFEA, quando a clínica sabia que ele era homem e, de fato, registrou seu sexo como masculino em seus registros. As licenças emitidas para clínicas sob o HFEA 1990 são limitadas à prestação de 'serviços de tratamento', conforme definido no item 2 da referida lei e, portanto, limitada a serviços 'com a finalidade de ajudar as mulheres a carregar filhos' (grifo nosso). Embora a legalidade das ações da clínica e a operação do regime de licenciamento da HFEA ao autorizar clínicas a prestar serviços de tratamento para mulheres e homens estejam fora do foco preciso deste caso, é lamentável e surpreendente que a Fertilização Humana e Embriologia A Authority

recusou o convite deste tribunal para se envolver no processo, a fim de ajudar o tribunal a entender o funcionamento do regime legal na medida em que se aplique, se houver, à prestação de 'serviços de tratamento' para homens que desejam conceber por inseminação artificial no útero de seus próprios óvulos.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 32)

O tribunal claramente faz distinção entre qual pessoa, com qual órgãos reprodutivos, deve ser autorizada ou não a receber ajuda para que tenha filhos. O incômodo do magistrado com o fato de que a clínica de reprodução sabia que TT era homem e mesmo assim prestou-lhe um procedimento que de início é reservado apenas para mulheres cis causa espanto e desconforto.

“Parágrafo 125. Finalmente, por meio de observação preliminar, é claro que a decisão que agora está sendo solicitada a este tribunal é aquela que: a) não é expressamente prevista pelo Parlamento na legislação; b) não foi diretamente objeto de qualquer decisão anterior de um tribunal na Inglaterra e no País de Gales; e c) não tenha sido diretamente objeto de qualquer decisão anterior da CEDH. A questão que foi mais apropriada e corajosamente levantada pelo Reclamante nesta Reivindicação é, em sua essência, uma questão de ordem pública e não de direito. É uma questão importante de interesse público e uma causa adequada para o debate público. Embora esse julgamento busque determinar a questão com referência à legislação existente e à legislação nacional e da CEDH existente, já que essas fontes não se envolvem diretamente com a questão central, parece haver uma necessidade premente do governo e do parlamento de abordar questões quadradas. - sobre a questão do status de um homem trans que engravidou e deu à luz um filho. (2) Caminho para a decisão.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 32)

O juiz faz questão de frisar que um caso como este nunca foi julgado antes na Inglaterra e no país de Gales. Não é de maneira nenhuma previsto pelo Parlamento na legislação. E não foi objeto direto de nenhuma decisão anterior da Comissão Europeia de Direitos Humanos. Ele frisa que vai decidir com base nas legislações existentes, mas que é necessário que haja um debate público e o Parlamento precisa debater e decidir sobre. Parece inquestionável que, ao fazer essa ressalva, o juiz busca se blindar de sua obrigação de proteger direitos humanos inalienáveis como o direito à privacidade e de cumprir obrigações legais já existentes no solo europeu, como o de reconhecer pessoas trans em todas as esferas legais. A decisão segue um caminho chamado “legalista” mesmo ao reconhecer diversos pontos feitos pelo Reclamante TT.

“Parágrafo 126. Por três razões distintas, é necessário abordar a determinação da questão sob o direito interno a partir de dois pontos de partida diferentes: (a) com base na aplicação da legislação HFEA e (b) com base que não.

Parágrafo 127. A primeira razão para isso é que, embora de perspectivas diferentes, as partes perante o tribunal alegam que a prestação de serviços de tratamento à TT pela clínica era uma atividade legal dentro da legislação da HFEA e que, dependendo de sua posição, que a legislação, lida com o GRA 2004, determina a questão central

de saber se o TT é ou não o 'pai' de YY, há, na minha opinião, algumas dúvidas de que o tratamento foi legalmente fornecido pelo regime HFEA.

Parágrafo 128. A segunda razão é que, mesmo que os serviços de tratamento tenham sido legalmente prestados à TT sob o HFEA 1990, é, como demonstraram as alegações nesse caso, é pelo menos discutível que as disposições do HFEA 2008 não forneçam um resposta definitiva ao problema.

Parágrafo 129. A terceira razão é que, em outro caso e em fatos diferentes, seria possível para um homem trans, por exemplo, casado com um homem não trans, conceber um filho por meio de relações sexuais comuns e sem qualquer recurso a um Clínica licenciada HFEA. Ao determinar a base para a atribuição do status parental, seja "mãe" ou "pai", deve-se considerar o direito comum e o impacto sobre ele no GRA 2004, independentemente das disposições do regime HFEA. Seria claramente indesejável que a resposta à atribuição do status de 'mãe' ou 'pai' ative o método de concepção." (Case nº FD18F00035, 2019, p. 33)

O exemplo utilizado é interessante porque o juiz menciona um casal de homens, um trans e o outro não-trans, que concebem um filho por meio de relações sexuais comuns e sem qualquer recurso de uma clínica de fertilidade HFEA. Para o juiz, a decisão que ele vai tomar no presente caso repercutirá também na forma como a criança desse casal de homens poderá ser ou não registrada. Isso significa que o juiz tem dimensão da repercussão que o caso tomará e mais do que isso, como outros casos serão decididos a partir desse. O que apenas deixa mais confuso o fato de que o juiz decide ao mesmo tempo que alega que isso é uma questão de ordem pública. Porém, o juiz coloca:

“Parágrafo 130. Além disso, esse é um caso que pode muito bem prosseguir e pode ser útil se eu apresentar meu raciocínio em uma base alternativa. Proponho, portanto, abordar a posição no direito comum primeiro, levando em consideração o GRA 2004, mas não o HFEA 2008, antes de considerar a questão no contexto da Lei de 2008.

Parágrafo 131. Como as pesquisas de advogados revelaram, existe uma escassez de autoridade no direito comum sobre a definição de 'mãe'. Que isso não seja surpreendente, pois até tempos recentes não haverá dúvida de que uma mulher que dá à luz uma criança é a mãe dessa criança. Nenhum outro meio de alcançar a gravidez, salvo através da concepção pela fertilização de um óvulo pelos espermatozoides dentro do útero, era possível, e uma pessoa cuja composição física estava configurada para facilitar essa concepção e levar a gravidez ao nascimento sempre foi considerado feminino. Embora a observação de Lord Simon em *The Amphill Peerage* deva ser abordada com cautela e certamente não seja definitiva por uma questão de lei, ela só pode ter sido vista, na época 40 anos atrás, como uma declaração do que era então, o óbvio: "[m] a outra parte, embora seja uma relação jurídica, baseia-se em um fato, sendo comprovada comprovadamente pelo parto.

Parágrafo 132. O advento do tratamento de fertilização in vitro e da barriga de aluguel gerou, pela primeira vez, a possibilidade de haver uma diferença entre uma mãe genética, cujo óvulo foi fertilizado fora do útero, e uma mãe gestacional, que, embora não esteja relacionada geneticamente com a criança, teve um embrião implantado no útero e que, no devido tempo, deu à luz a criança resultante. Scott Baker J, ouvindo um dos primeiros casos de barriga de aluguel [Re W (Menores) (barriga de aluguel) [1991] 1 FLR 385] observou: 'Até recentemente, quando o avanço da ciência médica criou a possibilidade de fertilização in vitro, não era previa que a mãe genética e a

mãe portadora pudessem ser outra que a mesma pessoa. O advento da fertilização in vitro apresentou à lei um dilema: a quem a lei deve considerar a mãe?

Parágrafo 133. Na ausência de qualquer definição estatutária de 'mãe', a posição na lei comum deve ser o ponto de partida essencial em qualquer análise. É necessário deixar claro que, ao declarar qual deve ser a posição no direito comum, neste momento não faço mais do que olhar para os tempos anteriores, antes de meados do século XX, quando concepção e gravidez que não sejam através da relação sexual era desconhecido e onde o sexo era determinado principalmente pelo exame genital no nascimento e depois mantido por toda a vida. Nesse contexto, a falta de autoridade abundante sobre a questão não indica, dada a natureza da questão, que há alguma dúvida quanto à resposta. Naqueles tempos, no direito comum, uma pessoa que engravidou, através da inseminação de um óvulo no útero e que posteriormente deu à luz uma criança deve ter sido a mãe dessa criança. Nisso, a lei não fazia mais do que refletir o bom senso, a experiência comum e os fatos básicos da vida; a maternidade foi estabelecida pelo ato de dar à luz, ou "parto" para usar a frase de Lord Simon, e uma pessoa que ficou grávida e deu à luz era uma "mãe".

Parágrafo 134. Além disso, é de notar que, ao determinar a questão a que Scott Baker J se referiu em Re W, o Parlamento optou por sustentar que a mãe "portadora" ou gestacional, e nenhuma outra, deve ser tratada como a mãe de a criança [HFEA 2008, s 33 (1)]. A posição padrão estabelecida no nascimento em um caso de barriga de aluguel está sujeita a um tribunal que posteriormente concederá o status de pai aos pais ou encarregados de educação por meio de uma ordem dos pais segundo a HFEA 2008, ss 54 e 54A, que prevê que a criança seja tratada em lei como filho do (s) comissário (s) e de nenhuma outra pessoa.

Parágrafo 135. A posição no direito consuetudinário, antes de recentes alterações legislativas, é, portanto, que a pessoa que dá uma gravidez e dá à luz um filho é a "mãe" dessa criança. A atribuição da maternidade é uma consequência do papel único do indivíduo no processo biológico da gravidez e nascimento." (Case nº FD18F00035, 2019, p. 33 – 34)

Aqui, o juiz de fato declara sua posição conservadora. Ao definir o que é mãe a partir de princípios dos séculos anteriores, ele deixa claro o caminho que pretende seguir: mãe será aquela que carregou no ventre e deu à luz. O Parlamento Britânico, também conservador declarou definições de mãe durante reformas feitas no órgão que regulamenta fertilidade humana. Tudo isso para afirmar que, mesmo que a identidade de gênero do indivíduo seja outra durante todo o restante da sua vida. No momento mais puro, mais "sagrado", mais inerentemente associado com feminilidade, o indivíduo não pode evitar ser uma mulher. É quase como se dissessem: "apenas mulheres tem o segredo, apenas elas podem gerar vida". E a partir do momento que você gera uma vida de alguma forma você automaticamente se torna mãe.

"Parágrafo 136. A questão central levantada no caso da TT é se as disposições do GRA 2004, e em particular os ss 9 e 12, desalojam a posição de direito comum em que a pessoa que concebe, dá à luz e dá à luz uma criança é, no momento de nascimento, masculino.

Parágrafo 137. A submissão de Miss Markham é curta e poderosa. O GRA 9 9 (1) é inequívoco e exige que, uma vez emitido um certificado GR, o indivíduo relevante seja considerado como tendo o sexo adquirido 'para todos os fins' e que, segundo ela,

inclua a determinação seu status como pai. É aqui que o pressuposto central no caso de TT é implantado, a saber: se um pai é homem no momento do nascimento de seu filho, ele deve ser o 'pai' ou alternativamente reconhecido como 'pai' para não se ofender com o sexo. adquirido por meio de um certificado GR. Essa suposição é, na verdade, o ponto principal do caso do Requerente, portanto, requer cuidadosa consideração.

Parágrafo 139. É pertinente perguntar se o papel de 'mãe' é tão específico quanto ao gênero, conforme exige a suposição de Miss Markham. É indubitavelmente o caso de, ao longo da história, o papel de ser mãe gestacional ter sido desempenhado por mulheres, mas ser mulher é o atributo essencial ou determinante da maternidade? Há um argumento forte para o papel de "mãe" ser atribuído à pessoa, independentemente do sexo, que empreenda a gravidez e dê à luz um filho. Nesse sentido, ser "mãe" é descrever o papel de uma pessoa no processo biológico de concepção, gravidez e nascimento; não importa o que mais uma mãe possa fazer, esse papel certamente está na essência do que uma 'mãe' assume com relação a um filho a quem eles dão à luz. É uma questão do papel assumido no processo biológico, e não do sexo ou gênero específico da pessoa.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 34 – 35)

Aqui o magistrado tenta se distanciar do link previamente feito entre feminilidade e gravidez. Para ele, o termo “mãe” pode de fato ser masculino assim como o termo “pai” pode de fato ser feminino. Quase que a essência de uma mãe está presente justamente no parto em que ela dá a luz. A partir do momento que você dá à luz, você é uma mãe.

“Parágrafo 140. Nos últimos tempos, a lei reconheceu prontamente mães, que devem ser consideradas como homens, e pais, que devem ser consideradas como mulheres. Muito antes do GRA 2004, os pais transgêneros foram aceitos nos tribunais de família em seu sexo adquirido.

Parágrafo 141. Com base nos fatos de JK, a mulher transgênero que era pai dos dois filhos e que permaneceu registrada como 'pai' após a decisão do tribunal deve, logo após o nascimento do segundo filho, ser reconhecida por todos fins como feminino. É aceito nesses procedimentos que o efeito do GRA 2004, s 12, foi que o certificado de GR de JK não afetou seu status de "pai" para esses filhos; JK é, portanto, um pai do sexo feminino. O mesmo seria verdade se fosse o contrário e, posteriormente, uma mãe tivesse recebido um certificado de GR reconhecendo um sexo masculino adquirido, essa pessoa seria uma mãe.

Parágrafo 142. O conceito de mãe do sexo masculino não é, portanto, desconhecido pela lei. De fato, independentemente de GRA 2004, s 12 ser prospectivo, é claramente retrospectivo e o efeito de s 9 e s 12 em um pai que, após o nascimento de um filho, recebeu um certificado GR é que ele realmente seja uma mãe masculina ou um pai feminino.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 35)

Aqui o juiz remete novamente ao caso de JK, uma mulher trans que teve seu registro mantido enquanto pai biológico de duas crianças. Ao alegar que JK é um pai do sexo feminino, afirma categoricamente que o conceito de mãe do sexo masculino não é desconhecido pela lei. Porém, essa de fato não é a discussão aqui. A discussão que talvez devesse estar sendo feita já nessa decisão é o porquê das pessoas trans desejarem tanto que tenham seu gênero reconhecido nas certidões de nascimento de seus filhos? Bom, principalmente porque é o gênero delas. A

lei hoje pode afirmar que existem mães masculinas e pais femininos porém essa não é a categoria desejada pela grande maioria das pessoas trans.

As pessoas transexuais lutam todos os dias cada vez mais cedo para que possam ser reconhecidas a partir do seu gênero verdadeiro. E elas desejam ser reconhecidas em sua totalidade, não através de partes que são separados ao bel-prazer do legislador e do judiciário. Ao fragmentarem pessoas trans, tudo que é demonstrado é que o judiciário está preparado para flexibilizar algumas instâncias (como aceitar pais femininos e mães masculinos) contanto que no registro formal essas pessoas sejam registradas como eles acreditam que deve ser feito.

“Parágrafo 146. Rejeito, portanto, a afirmação central da senhorita Markham, segundo a qual, como resultado da GRA 2004, s 9, como TT era legalmente masculino no momento do nascimento de YY, ele deve, por uma questão de lei, ser "pai" em vez de 'mãe' para seu filho. O impacto da Lei de 2004 não altera a posição do direito comum, que se baseia no processo biológico / gestacional no sentido de que uma pessoa que dá à luz e dá à luz uma criança é a mãe dessa criança, independentemente de seu sexo legal no momento do nascimento.

Parágrafo 147. Devo enfatizar que a questão estreita, mas obviamente importante, que deve ser determinada nesse caso é o status legal de paternidade da TT. Para todos os outros propósitos, sejam eles sociais, psicológicos ou emocionais, o TT será pai ou mãe do filho e, portanto, seu 'pai'. Essa será a realidade social e psicológica de seu relacionamento. A consequência desta conclusão preliminar sobre o direito interno é que, portanto, é provável que exista uma tensão entre a paternidade legal e a paternidade social / psicológica em casos de transgêneros como o presente. A consideração dessa tensão e suas consequências em termos do impacto sobre os direitos humanos de TT e YY devem ser avaliadas na seção a seguir deste julgamento.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 36)

O juiz faz uma ressalva quanto a diferença entre a realidade “legal” e a realidade “social/psicológica” entre TT e YY. Ao argumentar que apenas para questões legais seria TT a “mãe” de YY, ele considera que esse âmbito legal não teria qualquer influência na relação psicológica e social entre pai e filho e mais que isso, como se isso não fosse ter repercussões na relação de TT consigo mesmo.

“Parágrafo 148. Portanto, é apropriado não expressar uma conclusão final sobre o resultado da legislação nacional antes de considerar as disposições sob medida da legislação HFEA e, principalmente, os direitos da CEDH da TT e da YY. As disposições domésticas devem, na medida do possível, ser efetivadas de maneira compatível com os direitos da Convenção [HRA 1998, s 3]. Portanto, voltarei ao direito interno depois de considerar os direitos da Convenção nas seções posteriores deste julgamento, mas, nesta fase, é possível expressar uma visão preliminar e é útil fazê-lo para avaliar a pedido de declaração de incompatibilidade na seção CEDH deste acórdão e, mais imediatamente, o impacto da legislação HFEA a que voltarei em breve.

Parágrafo 149. Minhas conclusões preliminares no contexto do direito interno são, portanto, as seguintes: a) No direito comum, uma pessoa cujo óvulo é inseminado no

útero e que fica grávida e dá à luz um filho é a 'mãe' dessa criança) b) O status de "mãe" surge do papel que uma pessoa assumiu no processo biológico de concepção, gravidez e nascimento; c) Ser 'mãe' ou 'pai' no que diz respeito à concepção, gravidez e nascimento de um filho não é necessariamente específico de gênero, embora até décadas recentes sempre fosse assim. Agora é possível, e reconhecido pela lei, que uma 'mãe' tenha um gênero adquirido de homem e que um 'pai' tenha um gênero adquirido de mulher; d) O GRA 2004, s 12, pode ser retrospectivo e prospectivo. Nesse caso, o status de uma pessoa como pai ou mãe de um filho não é afetado pela aquisição de gênero nos termos da Lei, mesmo quando o nascimento relevante ocorreu após a emissão do certificado GR. (4) A legislação da HFEA altera o resultado da legislação nacional nesse caso? (a) Serviços de tratamento [2] Direitos ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. (Case nº FD18F00035, 2019, p. 36 – 37)

Parágrafo 186. Os principais artigos da CEDH que são relevantes no presente caso são os artigos 8 e 14: Artigo 8: direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Todos têm o direito de respeitar sua vida privada e familiar, seu lar. e sua correspondência. 2. Não haverá interferência de uma autoridade pública no exercício desse direito, exceto se estiver de acordo com a lei e for necessário em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança pública ou do bem-estar econômico do país, para a prevenção de desordem ou crime, para a proteção da saúde ou moral, ou para a proteção dos direitos e liberdades de terceiros. Artigo 14: Proibição de discriminação O gozo dos direitos e liberdades estabelecidos nesta Convenção será assegurado sem discriminação em qualquer área, como sexo, raça, cor, língua, idade, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, associação com uma minoria nacional, propriedade, nascimento ou outro status.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 44)

Ao reconhecer que todos tem direito a vida privada, o juiz falha apenas em reconhecer que no caso de pessoas Trans esse direito à vida privada é intimamente conectado com um direito à segurança física e psicológica. A partir do conhecimento de que uma pessoa é trans, várias situações que passam desde constrangedoras até ameaçadoras até vias de fato podem ocorrer simplesmente porque de fato vivemos em uma sociedade transfóbica.

“Parágrafo 188. No processo AP, Garçon e Nicot / França (petições nº 79885/12, 52471/13 e 52596/13), o TEDH considerou solicitações de três cidadãos franceses contestando várias condições prévias que foram colocadas em solicitações feitas para reconhecimento de seus respectivos sexos adquiridos. O TEDH, nos parágrafos 121 a 125, no contexto da aplicação da margem de apreciação, observou que houve um movimento entre e através de vários estados membros durante a década anterior, longe de exigir esterilização ou procedimentos cirúrgicos irreversíveis antes de reconhecer um sexo adquirido da pessoa. É de notar que, contando com Van Kück v. Alemanha, não. 35968/97, no parágrafo 75, o tribunal declarou (no parágrafo 123) que 'o direito à identidade de gênero e ao desenvolvimento pessoal é um aspecto fundamental do direito ao respeito pela vida privada'.

Parágrafo 189. O Centro AIRE chamou a atenção de maneira útil para o pedido no YP / Rússia (pedido no: 8650/12). YP, que nasceu do sexo feminino, deu à luz um filho e foi registrada como a mãe da criança na certidão de nascimento. O pai do menino foi registrado como "pai". Posteriormente, YP passou por uma transição médica e legal de gênero. Ele recebeu uma certidão de nascimento e passaporte em seu novo nome masculino e mostrou seu sexo como "masculino". YP entrou com uma ação solicitando que os tribunais russos o reconhecessem como o pai de seu filho, com as consequentes correções nos registros oficiais e na certidão de nascimento do filho. Os tribunais russos recusaram o pedido de YP. O pedido da YP ao TEDH foi, em 23

de fevereiro de 2017, comunicado às partes e aguarda novos progressos perante o tribunal de Estrasburgo.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 44 – 45)

No caso em questão, o juiz utiliza uma decisão em “primeira instância” dos tribunais russos para fundamentar seus argumentos. Como previamente mencionado, ele acredita que em qualquer outro país da Europa em que um caso como esse venha a ocorrer, em todos o resultado será o mesmo como efetivamente comprovado através desse exemplo. Ao se utilizar de uma possibilidade de decisão parecida, o juiz se fia na falta de jurisprudência em toda a Europa quanto a casos desse tipo.

“Parágrafo 191. No presente caso, o Governo aceita que o requisito de um homem trans, que deu à luz um filho, seja nomeado como 'mãe' na certidão de nascimento do filho, interfere tanto no Art. 8 do Requerente quanto no da criança. direitos. A questão, de acordo com o artigo 8.º, é, portanto, se essa interferência está de acordo com a lei, persegue um objetivo legítimo e é proporcional ou, de outro modo, atinge um equilíbrio medidas estão em conformidade com a lei ou se perseguem um objetivo legítimo; o foco de suas observações foi, portanto, na proporcionalidade e no equilíbrio justo.

Parágrafo 193. O Centro AIRE enfatizou a importância para uma criança de entender quem são seus pais. É, em parte, importante entender sua linhagem em geral, e mais particularmente para fins médicos. Nesse sentido, ressalta-se que algumas condições médicas passam apenas pela linha materna (por exemplo, distúrbios mitocondriais) e, portanto, pode ser importante que as crianças conheçam a identidade de seus pais biológicos. Sugere-se que uma pessoa biologicamente do sexo feminino, mas que mais tarde fez a transição, mas manteve sua capacidade de se reproduzir, possa passar uma condição genética para uma criança, mas, se o histórico completo da transição não for divulgado, onde a criança poderá estar na ignorância de sua verdadeira identidade biológica.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 45)

De novo, aqui o juiz utiliza o argumento biológico para alegar a importância para a criança de conhecer seu histórico genético, no caso em questão, principalmente de uma “via materna”, como distúrbios mitocondriais. Ressalta-se que em nenhum momento o reclamante alegou que esconderia históricos médicos de seu filho ou mesmo que esconderia as circunstâncias de sua concepção, muito pelo contrário. Argumenta-se que há formas de manter esse conhecimento disponível para a criança sem que seja necessário que o pai e o filho sofram.

“Parágrafo 211. O Reclamante alega que, independentemente do número limitado de ocasiões em que a certidão de nascimento completa de YY pode ser exigida, geralmente existe um impacto adverso gerado pelo potencial de divulgação que inclui: a) O atual esquema de registro como 'mãe' é um claro impedimento e causa ansiedade para os homens trans ao planejar uma gravidez e pode levar a uma disforia de gênero aumentada; b) Registrar-se como 'mãe' significa que a transição de um homem trans não é mais confidencial; c) Para um homem ter que se declarar como 'mãe' é um requisito profundamente angustiante, subjetivamente traumático e processual. Assim, alega-se que, embora as chances de divulgação indesejada possam ser pequenas (o que não é aceito), o impacto de haver potencial de divulgação é significativo e, para

muitos, atua como um impedimento intransponível para fundar uma vida familiar em sua vida com seu gênero adquirido.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 49)

Nesse ponto o juiz reconhece três pontos primordiais: que ser chamado de “mãe” poderia piorar a disforia de gênero do pai; que a atual situação do caso poderia vir a fortemente desestimular homens trans a ficarem grávidos no futuro; e por fim que para um homem, ligado emocionalmente e de forma identitária com a construção de um subjetividade pela qual teve que batalhar com toda a sociedade para assumir, é pessoalmente traumático e angustiante acatar o papel de “mãe”, socialmente feminino assim como o papel ao qual o impuseram desde a mais tenra idade.

“Parágrafo 246. Em primeiro lugar, a necessidade de analisar as circunstâncias desta reivindicação através do prisma da CEDH e da HRA 1998 gerou observações substanciais e abrangentes de cada parte. O fato de ser assim pode ser uma consequência do fato de que não há decisão do TEDH, ou mesmo qualquer outra decisão relevante, diretamente relacionada ao processo que está atualmente perante o tribunal. Embora todos os pedidos apresentados tenham sido úteis, eles demonstraram claramente que não há uma autoridade clara sobre o assunto, de uma maneira ou de outra. Portanto, é necessário que esse tribunal realize sua própria análise com base nos primeiros princípios, informados, na medida do possível, pela autoridade tangencial ou ilustrativa à qual foi feita referência.” (Case nº FD18F00035, 2019, p.54 - 55)

“Parágrafo 247. Em segundo lugar, as observações das partes também foram, em parte, ampliadas para incluir referência a uma variedade de situações factuais diferentes, com a atribuição de paternidade e gênero caindo, diz-se, de uma maneira ou de outra. Que esta é uma área complicada e em desenvolvimento da compreensão humana e jurídica, que levanta questões difíceis de política social, é muito clara. No entanto, não achei útil ou necessário analisar cada um desses exemplos apresentados para uma conclusão. É bem possível que questões complicadas sejam geradas por circunstâncias factuais diferentes daquelas atualmente perante o tribunal, mas não é função desse julgamento resolvê-las. O foco desses procedimentos é unicamente a atribuição ou não do status de 'mãe' a um pai do sexo masculino que tenha nascido e deu à luz um filho.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 55)

O tribunal declara que não busca definir de forma clara o que é paternidade ou o que é gênero, nem resolver questões pendentes quanto á essa questão. Ele busca apenas resolver a situação fática em questão. Isso demonstra que o juiz não se sentia obrigado a decidir de uma forma ou de outra porque não considerava os casos afins que foram citados como jurisprudência que o prendesse a uma decisão. Embora ele declare que não quer definir o que é paternidade ou o que é gênero, ele o faz. Ele determina que paternidade não é a mesma coisa que maternidade e que a geração de uma criança pelo ventre da pessoa a transforma automaticamente em mãe. Que a não ser em casos específicos de adoção pela lei, uma dita “mãe” não tem direito a paternidade da criança que gerou. Assim, ele está sim definindo, ao menos nessa situação.

“Parágrafo 248. Em terceiro lugar, embora as partes tenham feito várias referências à 'margem de apreciação' e tenham sustentado que ela pode ser ampla ou estreita, essas considerações não cabem a um tribunal doméstico determinar (R (Steinfeld e Keidan) / Secretário de Estado para o desenvolvimento internacional [2018] UKSC 32; [2018] 3 WLR 415 no parágrafo 28). Este tribunal deve realizar sua própria análise. Mas, no caso em apreço, fá-lo, como já observei, sabendo que atualmente não há autoridade direta do TEDH nos pontos em questão.

Parágrafo 250. As principais reivindicações de TT e YY nos termos da CEDH são que exigir que TT seja registrado como 'mãe' de YY é uma violação dos direitos que cada um deles deve respeitar por sua vida privada e familiar, conforme o Artigo 8 (1). O Governo admite que, se a lei interna exigir, como eles exigem, esse registro, esse resultado interferiria com os direitos do Artigo 8 de pais e filhos. Essa concessão é bem feita. A realidade psicológica e social de TT e YY é e será que TT é o pai masculino de YY, seu pai. Exigir que o TT seja registrado como 'mãe' é totalmente contrário à visão de TT de si mesmo, seu gênero e seu papel na vida de seu filho, e isso, à medida que cresce, também pode ser o caso de YY.” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 55)

3.3 Conclusões finais do juiz

No parágrafo 251 da decisão, o juiz ressalta que “TT” argumenta que “mãe” é um termo específico para um determinado gênero. Entretanto, o juiz considera que o argumento de “TT” em favor do termo “pai” também é direcionado para um gênero específico (nesse caso o masculino). A conclusão preliminar do juiz é de que em uma questão de Direito o termo “mãe” é “solto” e separado de uma consideração legal de gênero, portanto no Direito poderiam haver “mães” do gênero masculino e “pais” do gênero feminino. Ele observa que essa não é a perspectiva de “TT” e que não deve ser a perspectiva de outras pessoas transgêneras, que como “TT” sofrem de disforia de gênero. Requerer que ele seja registrado enquanto “mãe” é visto por ele como um assalto frontal na sua integridade do seu gênero masculino adquirido.

O juiz no parágrafo 253, entretanto, entende que o requerimento de ser registrado enquanto mãe está em concordância com o Direito inglês, especificamente o BDRA de 1953 junto com o GRA de 2004 e tem um objetivo válido para a sociedade, que é o de estabelecer um sistema de registro coerente. Contra isso especificamente o juiz não encontra argumentos (Case nº FD18F00035, 2019, p. 56).

O foco, no parágrafo 254, permanece em saber se essa insistência no registro enquanto “mãe” é necessário, ou seja, se é proporcional a uma necessidade social importante e se mantém um balanço aceitável entre as necessidades da sociedade e necessidades de indivíduos, como o caso de “TT” e seu filho (Case nº FD18F00035, 2019, p. 56) .

O ponto mais importante em mensurar proporcionalidade é avaliar a importância dos direitos que estão submetidos a interferência, como está explícito nos parágrafos 255 – 258 da decisão. A Corte Europeia de Direitos Humanos defende a posição de que “o direito a identidade de gênero e desenvolvimento pessoal é um aspecto fundamental do direito ao respeito pela vida privada” (Van Kuck). Quanto aos Direitos de YY presentes no art.8, parece haver uma contradição. Ao mesmo tempo que existe o direito da criança estabelecer a sua identidade, esse estabelecimento da identidade normalmente deveria incluir o direito a conhecer quem deu à luz a ela. O Centro AIRE identifica esse direito de traçar sua linhagem materna mesmo para que a criança tenha acesso a registros médicos que possam implicá-la. Também são levantados casos (como Jaggivs Suíça e Godellivs Itália) em que o direito da criança é levado em consideração contra os direitos de uma mãe de permanecer anônima. Por fim, é levantada a questão que YY não terá tido e nunca obterá, uma “mãe” (legalmente falando). Ele “apenas” terá um pai. O juiz argumenta que isso irá diferenciar YY de qualquer outra criança no Reino Unido, o que também deve ser visto como ruim para os seus melhores interesses (Case nº FD18F00035, 2019, p. 56 - 57).

O Parlamento Britânico, ao determinar que, mesmo com um certificado de gênero adquirido, isso não afeta o status dessa pessoa enquanto pai ou mãe de uma criança, fez um julgamento social e político quanto como interesses que competem entre si deveriam ser acomodados. Fazendo isso, estabeleceu a necessidade maior de especificação de um status “parental”. O juiz defende o ponto de vista do Parlamento no parágrafo 263 ao afirmar que isso de fato é no melhor interesse das crianças, mesmo que em casos particulares isso possa vir a ser questionado. (Case nº FD18F00035, 2019, p. 58)

Dentro de um contexto de “melhores interesses”, cada uma das opções apresentadas colocará dificuldades para uma criança, coloca o magistrado no parágrafo 264. Ele utiliza como exemplo o registro de uma figura parental masculina como aquele que gerou a criança faz com que se conclua que tal figura parental é transgênera e seu registro enquanto “pai” deixaria a criança sem uma “mãe (como é exatamente o caso discutido em questão) (Case nº FD18F00035, 2019, p. 58).

A principal justificativa dada pelo Governo é a necessidade de uma administração coerente e que haja um esquema coeso para o registro de nascimentos em que a pessoa que

carregou a criança e deu à luz para a mesma sempre será a “mãe” dela. A ideia seria justamente sempre haver o elemento de que a pessoa que dá a luz é a mãe, independentemente de ser um homem ou uma mulher. No parágrafo 265, o juiz defende o ponto de vista acima. (Case nº FD18F00035, 2019, p. 58).

O juiz argumenta no parágrafo 266 que a existência humana é marcada pelo nascimento no primeiro momento de vida e pela morte em seu último instante. A importância em uma sociedade moderna de ter um sistema consistente entre esses dois eventos é inegável. Também argumenta que tal importância é tal grande que em praticamente todos os países dentro do Conselho Europeu um homem trans que dê à luz será considerado “mãe” (Case nº FD18F00035, 2019, p. 58).

Não é uma relutância em registrar o papel no nascimento da criança, mas sim uma ofensa (completamente compreensível) quanto ao termo “mãe”, dada a natureza extremamente específica disso em relação a um gênero. Caso o termo fosse, por exemplo, “figura parental gestacional” ou outra expressão que empreste um sentido de gênero mais neutro, o problema não existiria. Nesse ponto, se a Corte Europeia de Direitos Humanos considera se o termo “mãe” é exclusivamente feminino ou se é um termo “solto” que, no contexto de um parto se aplica àquela pessoa que carregou a criança no ventre, independente do seu gênero legal. O juiz considera que a posição da Corte é de que independe do gênero. (Case nº FD18F00035, 2019, p. 58 - 59).

O juiz, no parágrafo 272, aceita que existe substancial interferência nos direitos representado pelo art.8 na perspectiva de TT e em um degrau menor na perspectiva de YY. Porém, ele considera que os argumentos realizados pelo governo de que as circunstâncias em que o certificado de nascimento seria produzido e o status de TT enquanto “mãe” de YY (e, portanto, sua identidade como homem transgênero) seria descoberto seriam pequenas. O impacto adverso em TT, mesmo significativo para o mesmo, seria substancialmente sopesado pelo interesse de terceiros e a sociedade como um todo no funcionamento de um sistema de larga escala que registra e consistentemente guarda informações quanto a quem deu à luz em cada ocasião sendo a “mãe”. (Case nº FD18F00035, 2019, p. 59).

O juiz considera que é necessário, proporcional e justo. (Case nº FD18F00035, 2019, p. 59). Para ele, um esquema de registro que requer que toda e qualquer pessoa que dá a luz seja

registrado enquanto “mãe” da criança não discrimina entre ou contra um grupo ou outro. Exemplos foram dados de requerimentos de outras figuras parentais divergentes da norma, seja de casais do mesmo sexo ou pais transgêneros mas nenhum desses exemplos se relaciona com a pessoa que deu à luz. É especificamente esse elemento, e a necessidade de registrar essa peça de informação essencial, que singulariza esse caso comparado a outros (Case nº FD18F00035, 2019, p. 59).

Como conclusão, o juiz determina que de acordo com a *common law* do Reino Unido uma pessoa cujo óvulo foi inseminado no seu útero e que em seguida fica grávida/a e dá à luz a uma criança deve ser considerada a “mãe” dessa criança. Que esse status de “mãe” deriva diretamente no papel que essa pessoa teve no processo de conceber, engravidar e dar à luz. Que ser “mãe” ou “pai” a respeito da concepção, gravidez e nascimento de uma criança não é necessariamente específico de um gênero ou de outro, ainda que algumas décadas atrás o tivesse sido. É hoje possível, e reconhecido pelo Direito, para uma “mãe” ter um gênero “adquirido” masculino e para um “pai” ter um gênero “adquirido” feminino. O GRA 2014, s12 é tanto retrospectivo quanto prospectivo. O status de uma pessoa enquanto pai ou mãe de uma criança não é afetado por um gênero adquirido pelo GRA, mesmo quando o nascimento relevante acontecer após a emissão do certificado do gênero adquirido. A conclusão obtida foi que de acordo com as leis atualmente em uso no Reino Unido, não haveria brecha legal possível para que TT fosse considerado pai de YY. Portanto, a decisão final no parágrafo 280 é de que para propósitos legais e de registro, TT é a “mãe” de YY (Case nº FD18F00035, 2019, p. 60).

CONCLUSÃO

Esta monografia não possui como objetivo exaurir a questão da Teoria Queer e nem como esta se relaciona com instituições. Tampouco busca analisar como um todo como a mesma se relaciona especificamente com o campo do Direito e em que momentos se inter cruzam e conseguem diálogo ou não. Porém, o caso analisado nos dá pistas sobre a forma como o Direito opera ao enfrentar questões que fogem de seus conceitos pré-determinados.

Assim, buscou-se trabalhar com a hipótese de que a linguagem do Direito não consegue corresponder ao papel que se propõe de regular relações sociais uma vez que entra em uma perspectiva fora de sua linguagem binária. Nesse sentido, o caso de TT e YY é emblemático de ser analisado porque pessoas transexuais de uma maneira geral não estão inseridas nas regras legais as quais o Direito está acostumado e o Direito possui uma grande relutância em dar decisões que possam alterar instituições tradicionais como as ideias de maternidade e paternidade, que são consideradas supostos pilares da vida em sociedade.

Ao se trabalhar com a teoria queer para analisar decisões tomadas dentro do campo jurídico, se nota a possibilidade distinta de maior proteção a esses direitos caso as definições trabalhadas possam ser ampliadas, como traz Magalhães (2018). Quando se deixa a possibilidade da “pessoa” e do “povo” possuírem definições mais amplas, as pessoas que são incluídas podem batalhar pelos seus direitos.

Ao analisar o caso, o que se percebe é que o juiz coloca continuamente a questão do gênero adquirido como se fosse uma escolha posterior de TT, de que ele possa ser considerado pai ou mãe da sua criança. Ele é exatamente considerado menos homem, no sentido de que em todos os sentidos de sua vida legal ele pode ser considerado um, exceto no campo de “pai”.

A partir do momento que se nasce, o indivíduo está constantemente sendo colocado em um espaço de performatividade, um exercício auto-gerador em si mesmo e reativo com a sociedade, que o faz fundar sua própria subjetividade. Essa fundação não é de maneira nenhuma estática e daí provém muito do problema que o Direito encontra ao lidar com questões dessa forma. Quando o juiz decidiu que o caminho mais acertado era dar prioridade para um sistema

arcaico de registro, ele estava sendo incapaz de ver em TT uma pessoa com os mesmos direitos que ele tinha de ser chamado de pai pelos seus filhos.

Não é uma escolha de TT se encontrar em meio a uma encruzilhada jurídica que ameaça os direitos dele e de seu filho a privacidade e bem-estar. Enquanto o judiciário considerar que a identidade de gênero é uma escolha, não conseguirá dar efetividade a todos os direitos que uma transição legal deve conter.

O que se propõe aqui é que o próprio conceito jurídico e social de homem transexual seja ampliado. Ao adotar uma perspectiva extremamente biologizante, a partir do momento que TT decidiu gerar seu filho em seu ventre, ele deixa de ter todos os direitos dados a ele enquanto homem e passa a ter esses direitos apenas de forma parcial para o judiciário britânico.

O argumento do juiz de que é uma discussão que deve ser debatida em sociedade também não traz uma solução para o caso. A partir do momento que a Corte Europeia dos Direitos Humanos decide que a mudança legal de gênero deve ser válida para todos os âmbitos da vida do indivíduo, ao colocar em uma balança o bem-estar e segurança de TT e sua criança e considerar um sistema de registros de nascimento mais importante, na realidade o juiz está se utilizando de uma lei arcaica para colocar em prática o que ele pensa que deve definir a maternidade e o que deve definir a paternidade.

O próprio argumento do juiz de que se deve na verdade adicionar uma nova concepção de “maternidade masculina” acaba sendo um falso progressismo nesse caso. Ele não está verdadeiramente defendendo que pais devem ser vistos na sociedade com o mesmo papel social de mães, que as tarefas e as exigências devam ser as mesmas ou que não deve haver diferença entre a maternidade e a paternidade. Ele está utilizando isso como argumento para tentar defender o que ele vê como uma verdade mais fundamental, ou seja, a partir do momento que se dá o nascimento de um ventre, a pessoa de cujo ventre saiu a criança é a mãe dela.

A importância da maternidade enquanto instituição social não pode ser mensurada. É a partir da obrigação imposta a quem tem bebês e ao seu papel de responsabilidade que o trabalho não pago de renovar as fileiras da sociedade se dá. Qualquer abalo a essa definição é sentido

como um ataque à própria sociedade. É por isso que órgãos do Estado sentiram a necessidade de entrar na decisão a favor do Estado e do Registrador Geral.

Ao mesmo tempo, é inevitável a necessidade de que o Direito expanda seus próprios conceitos para que consiga dar conta dessas novas situações fáticas da sociedade. No próprio caso demonstrado, o fato de várias organizações sociais em prol dos Direitos Humanos terem se posicionado ao lado de TT e YY permite perceber o quanto questões que exijam cada vez mais flexibilidade em conceitos serão necessárias no andamento do judiciário.

É importante frisar que o que discuto aqui não é especificamente a questão trazida pelo juiz de que podem existir mães masculinas ou pais femininos. De fato, Rosenblum mesmo trabalha com essa hipótese em seu artigo. A questão mais importante aqui é o critério utilizado para que o juiz “determinasse” que TT seria “mãe” de sua criança, critério que em nenhum momento passou pela própria vontade ou escolha de TT.

Ao determinar que por ter carregado a criança no ventre e dado à luz, TT seria obrigado a ser “mãe” porque a lei assim o categorizava, a decisão judicial trabalhada nessa pesquisa entrou precisamente no chamado critério biodeterminista. Para além de significantes culturais (embora sem sombras de dúvidas critérios culturais entraram na determinação daquela lei), a decisão que TT tomou a partir de seu corpo e de seus órgãos reprodutivos anulou sua vontade e sua autonomia de autodefinição perante o Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme. Identidade de gênero com ênfase nas pessoas trans: particularidades e acesso à saúde, trabalho e educação in HILÁRIO, Erivan, et al. (orgs.) **Hasteemos a bandeira colorida: diversidade sexual e de gênero no Brasil**. São Paulo: Expressão Popular, 1ed. 2018.

BACHMANN, Gloria A. *at al.* Transgender men, pregnancy, and the “new” advanced paternal age: A review of the literature.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CHANG HALL, L. K. “Bitches in solitude: identify politics and lesbian community” *in* STEIN (ed.) *Sisters, Sexperts, Queer: Beyond the Lesbian Nation*. New York: Penguin Books, p. 218-229 *apud* SULLIVAN, Nikki. **A critical introduction to queer theory**. New York: NYU Press, 1962.

GOMES, Camilla de Magalhães. Sujeitos performativos do jurídico II: uma releitura do "povo" nos marcos de gênero e raça. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 3, n. 1, 2018.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: cidadão, movimentos sociais e o significado da Constituição**. Salvador: Juspodvm, 2016.

LEWIS, Aimee. **Transgender man who gave birth loses court battle to be registered as father**. Disponível em <<https://edition.cnn.com/2019/09/25/uk/transgender-man-high-court-gbr-intl/index.html>>. Acesso em: 08 out. 2019.

NELSON, Maggie. **Argonautas**. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

PRECIADO, Beatriz. **Pharmacopornography: An Interview with Beatriz Preciado**. Disponível em <<https://www.theparisreview.org/blog/2013/12/04/pharmacopornography-an-interview-with-beatriz-preciado/>>. Acesso em: 10 out. 2019.

PRECIADO, Paul. **Texto junkie**. Tradução de Maria Paula Ribeiro. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

RICH, Adrienne. **Of Woman Born: Motherhood as Experience and Institution**. New York: W. W. Norton & Company, 1986.

ROSENBLUN, Darren. **Unsex Mothering: Toward A New Culture of Parenting**. Disponível em <<<http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/827/>>>. Acesso em: 08 out. 2019.

ROYAL COURTS OF JUSTICE. *Case No: FD18F00035. TT and YY judgment*. Disponível em <[https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/in-the-matter-of-tt-and-yy-2019-ewhc-2384-\(fam\)](https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/in-the-matter-of-tt-and-yy-2019-ewhc-2384-(fam))>. Acesso em: 10 out. 2019.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

SPIVAK, G. **Pode o subalterno falar?** Trad. Sandra Regina Goulart, Marcos Pereira Feitosa e Andre Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010

SULLIVAN, Nikki. *A critical introduction to queer theory*. New York: NYU Press, 1962.

TAMSIN, Spargo. **Foucault e a teoria queer: seguido de Ágape e êxtase: orientações pós-seculares**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

YIN, R. **Estudo de caso: planejamento e métodos I**. Robert K. Yin; trad. Daniel Grassi- 2.ed.- Porto Alegre: Bookman, 2001.

YOSHINO, Kenji. *Covering: the hidden assault on our civil rights*. New York: Random House Trade, 2007.