

Projeto Reescritas de decisões judiciais em perspectivas feministas

Sínteses de Reescritas Estrangeiras

Elaboração: Sabrina Galvonas Leon¹

Livro: FEMINIST JUDGMENTS: From Theory to Practice (Rosemary Hunter, Clare McGlynn and Erika Rackley)

Caso *Re G (Children) (Residence: Same-Sex Partner)*

Tema: Parentalidade

1. Sobre o caso

O caso *Re G (Children) (Residence: Same-Sex Partner)* gira em torno da disputa entre um casal de mulheres, G e W, pela guarda de suas filhas. A relação do casal durou de 1995 até 2002 - ano em que se separaram - e dela nasceram duas meninas, ambas frutos da inseminação artificial de G com gametas de doadores anônimos. Aproximadamente um ano após o rompimento, W propôs uma ação solicitando a guarda compartilhada das filhas, assim como o rodízio de finais de semana e de feriados com as meninas.

Em primeira instância, o pedido de guarda compartilhada foi negado em virtude da forte desavença ainda presente entre as partes (o que dificultaria a comunicação necessária nesse modelo de tutela). Apesar disso, o juiz concedeu o pedido de rodízio e também proibiu que G mudasse de residência sem a autorização de W ou de uma autoridade judicial. Insatisfeita com o deferimento parcial, W levou o caso ao Tribunal de Recursos (*The Court of Appeal*), onde todos os seus pedidos foram aceitos.

Ocorre que, pouco depois da decisão, G contrariou a ordem do juiz e, sem informar ninguém, se mudou para Cornwall com as crianças e com sua nova parceira. Diante disso, W propôs nova ação judicial solicitando que fosse fixada sua residência em Shropshire como a residência primária das meninas, tendo sido bem sucedida perante o Tribunal de Recursos. Na sequência, todavia, G recorreu à Câmara dos Lordes (*House of Lords*) e restabeleceu a residência primária das meninas em Cornwall, a qual tornou-se definitiva.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP) e estagiária do projeto “Reescrevendo Decisões Judiciais em Perspectivas Feministas”, coordenado pela Professora Fabiana Severi da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP-USP).

2. A decisão original

Como mencionado anteriormente, o embate acerca da residência primária das meninas tramitou em mais de uma instância e, em cada um dos tribunais, obteve uma decisão diferente. O Tribunal de Recursos, quando acatou o pedido de W, fez-o alegando que a mudança das meninas para Cornwall não estava de acordo com o princípio do melhor interesse do menor, tendo em vista que isso dificultaria o contato entre elas e W. A decisão redigida por Baroness Hale (da Câmara dos Lordes), por outro lado, critica o ponto de vista do tribunal inferior. A baronesa alega que a resolução do Tribunal de Recursos quis, em certa medida, punir G por ter desobedecido a ordem judicial de não mudar de residência. Segundo ela, se o bem-estar dos menores está no centro da tomada de decisão, não há espaço para resoluções que busquem punir uma das partes por mau comportamento. Dessa forma, a decisão da Câmara optou pela restauração da residência primária em Cornwall, junto à G.

Também cabe ressaltar que o fator biológico teve um papel significativo nesta última resolução. Na decisão, o Lorde Nicholls of Birkenhead destacou que é inegável o valor do vínculo biológico na criação do menor, de modo que este fator deve ser levado em consideração na defesa do bem-estar da criança (no caso em questão, o vínculo de G com as meninas).

3. Características da reescrita

Em grande parte, a reescrita elaborada por Alison Diduck está de acordo com a decisão da Baroness Hale que, por sinal, também é uma juíza feminista. A principal diferença entre ambas reside no debate acerca da igualdade formal e da igualdade substancial, principalmente no âmbito dos distintos cenários sociais e familiares de cada caso.

Em primeiro lugar, Diduck questiona a importância que o fator biológico teve na decisão da Câmara dos Lordes. Segundo ela, os instrumentos legais atuais que tratam de parentalidade e do bem-estar da criança foram desenvolvidos em um contexto no qual presumia-se o casamento entre sexos opostos. Nesse sentido, há de se questionar se ainda faz sentido aplicá-los em uma realidade com uma diversidade de modelos familiares cada vez maior - cada qual com suas particularidades. Para a autora, ao universalizar esses instrumentos legais para todos os modelos de família em nome de uma suposta igualdade formal, diferenças substanciais e indispensáveis são deixadas de lado. No caso de casais do mesmo sexo, por exemplo, o pai/mãe não biológico permanece em uma posição de vulnerabilidade no ordenamento jurídico, tendo em vista que as previsões legais se restringem à hipótese de que a parentalidade implica necessariamente uma relação biológica.

Nesse sentido, Diduck reforça que o ponto central da decisão deveria ser qual das mães pode proporcionar o melhor lar para as crianças, e não pela presença ou não de um vínculo biológico. Em sua reescrita, a autora afirma que não teria dado procedência ao pedido de fixação de residência primária com W, uma vez que não haviam elementos suficientes para justificar a retirada das meninas de Cornwall.

Além disso, Alison Diduck critica a restrição imposta à G quanto à mudança de residência. No geral, essa condição é imposta em casos onde a mudança tende a marginalizar o contato do menor com o pai/mãe sem a residência primária. Apesar de G ter desobedecido a ordem judicial, não houveram indícios de que sua intenção fosse marginalizar a participação de W na vida das meninas, até porque, posteriormente, ambas entraram em contato para arranjar a dinâmica da tutela naqueles moldes.

4. Resultados

O debate sobre o caso *Re G (Children) (Residence: Same-Sex Partner)* recaiu majoritariamente sobre o valor que o vínculo biológico entre o pai/mãe e a criança assume na tomada de decisão dos tribunais. Alguns juristas aplaudiram o “reconhecimento do valor da *parentalidade natural*² e sua importância nos primeiros momentos da vida de uma criança”, ao passo que outros criticaram tal posicionamento pela vulnerabilidade jurídica que o pai/mãe não biológico enfrenta nessas circunstâncias. Para os críticos, essa decisão, se tomada em linhas gerais, sustenta que “a paternidade/maternidade genética e gestacional superam a participação psicológica materna em qualquer hipótese”.

De toda forma, mesmo os críticos à decisão da Câmara dos Lordes reconheceram a importância dos fatores social e psicológico terem sido explicitamente incluídos no conceito de “parentalidade natural” por Hale. As ressalvas acerca desse ponto deram-se apenas no sentido de que, apesar da baronesa tê-lo feito, no restante de seu voto ela ainda utilizava termos que em certa medida “hierarquizavam” os tipos de paternidade, indo de encontro ao que havia sido sustentado.

² O uso do termo “parentalidade natural” como indicador de um vínculo biológico obrigatório foi criticado por Diduck e por outros comentaristas do caso.