

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 100, I DO CPC FRENTE AOS NOVOS ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Victor Daniel Tonheiro Ferro Souza¹

RESUMO

Este trabalho aborda a questão do foro privilegiado conferido a mulher pelo Artigo 100 inciso I do Código de Processo Civil em vigor, considerando o Princípio da Isonomia e os novos entendimentos dos tribunais superiores. Verifica a necessidade ou não de uma proteção objetiva para a mulher, considerando que gênero feminino encontra-se em condição econômica distinta à época da promulgação do referido código. Pretende-se salientar que a nova definição de família que o Supremo Tribunal Federal vem adotando, não condiz com a ideia de 'sexo frágil", devendo o foro privilegiado conferido pelo artigo em questão, proteger a todos os hipossuficientes, conforme o princípio da Isonomia sejam eles de que sexo for.

PALAVRAS-CHAVE

Foro Privilegiado. Igualdade. Homoafetivo. Hipossuficiente. Princípio de Isonomia.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of special jurisdiction conferred by Article 100 section I of the current Code of Civil Procedure taking into account the the Principle of Isonomy and new understandings of the higher courts. It takes into account in this analysis as to whether or not an objective protection for women specifically, whe-

1. Pós-graduando em Processo Civil e Direito Civil da Universidade Tiradentes. victor.tonheiro@gmail.com

reas female is in distinct economic condition at the time of the promulgation of the Code. The aim is to point out that the new definition of family that the Supreme Court has taken does not match the outdated idea of 'weaker sex' should the special jurisdiction conferred by Article being studied protect all hyposufficient as the principle of Isonomy, whether that sex is .

KEYWORDS

Privileged Forum. Homo affective. Hipossuficiente. Equality. Principle Isonomy.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema a (in) constitucionalidade do foro privilegiado da mulher diante do princípio da isonomia e novos entendimentos dos tribunais superiores.

O foco da investigação foi levantado com o seguinte problema: A aplicação do foro privilegiado para a mulher nas ações de divórcio fere o princípio da isonomia e vai de encontro com o contexto de casamento atual?

A pesquisa teve por objetivo geral verificar a necessidade de uma proteção objetiva para a mulher, em contrapartida a uma proteção subjetiva ao hipossuficiente, seja ele de que sexo for. Sendo delimitados os seguintes objetivos específicos: mostrar o que é foro privilegiado, explicar porque a mulher necessitava de foro privilegiado, dizer o que era e é casamento atualmente, bem como o que era e é divórcio, apresentar os motivos pelo qual o art. 100, I fere o princípio da Isonomia e agride o atual entendimento de casamento. Como também, demonstrar a melhor forma de aplicação do artigo frente os entendimentos e conjectura atual.

A escolha desse tema deu-se em face à sua relevância na atualidade e, também, sua relação com a disciplina de Direito Processual Civil no que tange ao foro privilegiado da mulher nas ações de divórcio, bem como por meio do estudo do Direito Constitucional ao tratar dos Princípios da Iso-

nomia e Igualdade. Sendo assim, não só estaria contribuindo tanto para uma melhor adequação do Código de Processo Civil (CPC) aos tempos atuais, quanto para a sua eventual atualização. Além disso, ajudar-se-ia para a garantia dos direitos relativos ao matrimônio, visando reduzir as desigualdades sociais e regionais, erradicar a distinção discriminatória dos indivíduos, garantir a proteção à individualidade, estes últimos sendo inclusive objetivos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

A investigação adotou o método indutivo, no qual partimos de questões elementares e dados singulares para atingir a uma conclusão global. Dessa forma, tem como ponto de partida as relações de divórcio nas relações heterossexuais, passando pela hipossuficiência do marido e, chegando até o divórcio homossexual, visando atingir os objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelecidos no art. 3º da Carta Magna e discriminados anteriormente. No procedimento foi, também, utilizado o método histórico haja vista que a pesquisa expõe o panorama histórico do Movimento Feminista e da participação crescente da mulher na sociedade laborativa e a conquista cada vez maior do sexo feminino de independência, bem como da maior aceitação do homossexualismo por parte da sociedade, alcançando seu ápice com o advento da decisão jurisprudencial de aceite ao casamento homoafetivo.

Em relação à técnica de levantamento de dados, a pesquisa teve por base o levantamento de fontes secundárias, por meio de pesquisa bibliográfica da literatura aberta e fontes seguras de sites da internet dedicadas ao tema, ressaltando a Constituição Federal. No que tange ao método de abordagem final foi empregado o método qualitativo, desenvolvido por meio da leitura, análise e interpretação das fontes bibliográficas, com a finalidade de reflexão e entendimento dos elementos que orbitam o objeto de estudo por meio da avaliação subjetiva e interpretação dos dados.

Com o intuito de mostrar a verdadeira abrangência do artigo 100, inciso I do CPC no tocante ao foro privilegiado, exploram-se, no segundo

capítulo dessa pesquisa, as questões referentes à realidade da mulher quando da criação do foro privilegiado, tanto à época de sua criação quanto na conjectura atual, inclusive demonstrando o contexto de separação judicial e divórcio.

Num segundo momento, explana-se no terceiro capítulo o que é Isonomia e Igualdade perante a Constituição Federal. Tendo por base a concepção de Igualdade sendo diferente de Isonomia Formal, por José Afonso da Silva (2009), o qual integra ao conceito a noção de Isonomia Formal e Material, aponta ainda quais são as divergências sobre o tratamento igualitário e isônomo no âmbito da aplicação do artigo em estudo.

Nesse contexto, contudo sem esgotar o objeto investigado, conclui-se o presente trabalho, mostrando como se deve interpretar o artigo 100 diante das novas conjecturas jurisprudenciais, tanto no tocante a hipossuficiência quanto a definição de família dada pelo Supremo nos moldes da união homoafetiva.

2 FORO PRIVILEGIADO: CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL

O privilégio criado pelo artigo 100, I não é, como diz o dito popular, 'um diabo tão feio quanto o pintam'. Veio ele de um contexto histórico-social reflexo da luta do Movimento Feminista por maior proteção ao sexo feminino, em meados dos anos 1970, época em que a mulher era alvo de poucos direitos que acolhiam ao homem e quase nenhum próprio.

O Código de Processo Civil, elaborado em 1973, não continha a redação atual do artigo 100, I. O foro privilegiado fora implementado pela Lei nº 6.515/77, que veio para regular os casos de dissolução conjugal e de casamento. Tal ano se relaciona com a chamada 'Segunda Onda do Movimento Feminista', movimento tal que se divide em três momentos: a primeira onda, ocorrida no início do século XX, na década de 1910; a segunda onda, ocorrida nos anos de 1960 a 1980 e a terceira onda, surgida após os anos 1990.

Na primeira onda ocorreu a origem da luta feminina por igualdade de direito, em especial pelo direito contratual, matrimonial e de propriedade. Questionava-se principalmente a necessidade dos casamentos serem 'arranjados', sendo os maridos escolhidos pelos pais da mulher e não por sentimentos afetuosos dela mesma. Ainda nesse sentido, havia discussão sobre o fato da mulher não ter o que hoje chamaríamos de capacidade jurídica plena, pois em muitos casos a manifestação de vontade da esposa isolada da mulher poderia gerar uma nulidade do negócio jurídico, como por exemplo, os contratos e disposições que ela fizesse sobre os bens do casal que seriam somente válidos com aval do cônjuge.

O CC/16, criado na época da primeira onda do feminismo, tratava o homem e a mulher de forma tão distintas que trazia os direitos de cada um em capítulos diferentes. No título II do Código tínhamos 'Dos direitos jurídicos do casamento', trazendo entre outras determinações 'a criação da família legítima' – daí inclusive se extrai a ultrapassada ideia de filhos legítimos e filhos bastardos – a irrevogabilidade de regime de bens e a busca por culpa de um dos cônjuges na dissolução do casamento.

No mesmo título, tínhamos os capítulos II e III, sendo respectivamente 'Dos direitos e deveres do Marido' e 'Dos direitos e deveres da Mulher'. Nota-se como o homem adquiria um status diferenciado, 'Marido' enquanto a mulher nem a isso competia, ser chamada de 'Esposa', e sim apenas de 'Mulher'. O art. 1.647 do CC/2002 faz referência aos artigos 235 e 242 do código civil de 1916, constantes respectivamente nos capítulos II e III. Porém é de salientar não só estes, mas também outros artigos de importância para o entendimento do contexto de surgimento do artigo 100, I do CPC atual. Ressalta-se, portanto, no código de 2002:

Art. 1.647 – Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

- I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
- II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
- III - prestar fiança ou aval.

E no CC/16:

Art. 233 – O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

- I – a representação legal da família;
- II – a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado ou do pacto antenupcial;
- III – o direito de fixa e mudar o domicílio da família;
- IV – o direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do pacto conjugal.

Art. 235 – O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:

- I – Alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou seus direitos reais sobre imóveis alheios;
- II – Pleitear como autor ou réu acerca desses bens e direitos;
- III – Prestar fiança;
- IV – Fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns.

Art. 237 – Cabe ao juiz suprir a outorga da mulher, quando esta a denegue sem motivo justo ou lhe seja impossível dá-la.

Ar. 242 – A mulher não pode, sem autorização do marido:

- I – Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher;
- II – Alienar ou gravar em ônus real, os imóveis do seu domínio particular, qualquer que seja o regime de bens;
- III – Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem;
- IV – Contrair obrigações que possam importar em alheação dos bens do casal.

O artigo 1.647 do atual código civil é, portanto um resquício do comportamento do início do século XX e consagra o que ainda chamamos hoje de Outorga Marital/Uxória. Em que pese ser um dispositivo tanto quanto desatualizado, este é um avanço considerável no tocante aos direitos femi-

nicos. Não haveria de ser diferente, afinal o código civil de 2002 é muito mais avançado, tanto cronologicamente quanto principio logicamente do que o código de processo civil de 1973. O artigo 100 do Código de Processo Civil é uma quebra de paradigmas que somente pode ser mais bem entendida se verificarmos sua correlação ao código ao qual ele originalmente e amoldava, a saber, o código civil de 1916 e não aos preceitos constitucionais da CRFB/88 muito menos ao CC/2002.

Fica bem evidente a influência da primeira onda e segunda onda do feminismo no histórico da legislação brasileira se observados o CC/16 e o CPC/73. Os artigos relativos ao matrimônio no código mais antigo mostram bem a superioridade masculina sobre a feminina existente no início do século XX. Os direitos patrimoniais e matrimoniais eram exercidos pelo homem; a mulher servia de companheira. Havia sim atos que somente poderiam ser feitos pelo homem com consentimento da mulher, mas como demonstrado, este consentimento poderia ser suprido pela decisão judicial. É até interessante notar que quando se falava da mulher, dizia-se ‘consentimento da mulher’ – o homem tomava uma decisão e a mulher aceitava ou não, e quando se falava do homem, dizia-se ‘autorização do marido’ – o homem concedia liberdade ou não para a mulher agir.

Já, no código de processo civil de 1973, a lei que trouxe o foro privilegiado mostra que a mulher, também, deve ser alvo de direito e não apenas de deveres, um claro reflexo da segunda onda do movimento feminista. Nesse momento histórico, as mulheres protestavam principalmente pelo direito ao voto e pela reforma nas leis de família. Tanto é assim que nessa época, em 1965, na França, por exemplo, as mulheres receberam o direito de trabalhar sem a necessidade da permissão dos maridos. O foro privilegiado vem, portanto, para proteger a mulher do art. 36 do Código Civil de 1916 e do contexto de busca de culpa pela dissolução conjugal criada pelo mesmo código.

No que tange o artigo 36, transcreve-se primeiramente abaixo:

Art. 36 – Os incapazes têm por domicílio o de seu representante.

Parágrafo único. A mulher casada tem por domicílio o do marido, salvo se estiver desquitada ou lhe competir administração do casal.

Nota-se que a mulher é quase que equiparada a um incapaz. Combinando este artigo 36 com o 233 do mesmo código vemos, portanto, que ao homem cabia dizer qual seria o domicílio da família e consequente o da mulher. A mulher só teria foro próprio depois que adquirisse a situação de 'desquitada', ou seja, após o trâmite da separação. Enquanto separados de corpos, ainda assim, a ação correria no domicílio do marido, tendo que a mulher no mínimo deslocar-se até lá e no máximo continuar a conviver com ele. Quaisquer das duas situações demonstram a fragilidade, principalmente político-econômica da mulher em relação ao homem.

Por outro lado, a regra geral de competência territorial do CPC é que a ação fundada em direito pessoal corre no domicílio do réu (artigo 94 do CPC). Se a mulher quisesse se separar, demonstrando a culpa do marido, consequentemente tornaria o marido como réu, já que ela seria autora da ação, e esta correria no domicílio dele. Porém, como visto, quem administrava os bens e, em regra, supria o lar era o homem, portanto a mulher ficava novamente fragilizada quando na defesa de seu direito de separação.

O artigo 100, portanto, com o advento da lei de 1977 veio para tirar esses encargos excessivos da mulher e fazer com que a ação corresse, ao menos, mais próximo de onde ela se estabelecesse no seu período de separação, tentando trazer um tratamento mais igualitário e isônomo para as mulheres daquela época e diminuindo as diferenças entre os cônjuges.

O cenário social atual, entretanto, mostra um maior fortalecimento da mulher em relação ao homem. Quando falamos na independência feminina progressiva temos que levar em conta que as pesquisas atuais mostram que o mercado de trabalho está mais propenso a aceitação da mulher

no seu meio. Como exemplo disso pode-se dizer quem em 1970 a mulher americana com 25 anos ou mais constituía cerca de 8% da força de trabalho da nação. Em 30 anos esse número mais que triplicou, chegando a 29% de participação do sexo feminino na atividade laborativa. Na Inglaterra, em 2007, 56% dos candidatos a vagas em faculdades eram mulheres. Lá, atualmente, quando se fala em corrigir a disparidade de acesso ao ensino superior, estão preocupados em estimular os homens a ir à universidade e não o contrário.

No Brasil houve uma tendência protecionista na promulgação de suas leis nos anos de 1970 que, como já visto, foram influenciadas pelo Movimento Feminista. Também já fora demonstrado que não é difícil encontrar no Código de Processo Civil e no Código Civil de 1916, artigos que tratam homens e mulheres de formas distintas. Em paralelo a isso, tínhamos uma marginalização do homossexualismo, onde aqueles que optavam por essa opção sexual acabavam omitindo tal decisão para não serem discriminados pela sociedade.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988, a sociedade deu uma reviravolta brusca. O texto constitucional buscou, de todas as formas, acabar com as segregações, trazendo expresso que perante a lei todos são iguais, sejam eles homens ou mulheres e que nenhuma distinção pode ser feita independentemente, dentre outros fatos, de sexo ou orientação sexual.

Sendo assim, coube aos operadores do Direito garantir uma melhor aplicação dos institutos que ainda persistem no nosso ordenamento. Em exame, já se deixou claro que o art. 100, I do CPC tem um resquício gritante da época de hipossuficiência da mulher e conceito de família tradicional, duas realidades que hoje não se fazem absolutas. Não se tem mais a imagem da mulher como a 'dona de casa'. Hoje temos mulheres nos mais diversos ramos de mercado de trabalho e cargos públicos, muitas vezes tendo uma situação econômica superior a do marido.

Além disso, temos que o divórcio hoje não se aplica somente a homens e mulheres, haja vista o

casamento homoafetivo ter conseguido sua validade ante a decisão do Supremo Tribunal Federal da ADI 4277-DF e ADPF 132-RJ – que deu reconhecimento à união estável de casal homoafetivo, afastando a interpretação restritiva de “Homem e Mulher” do artigo 1.723 do Código Civil/2002 – e R.Esp. 1.183.378-RS – que reconheceu a casal de mesmo sexo o direito de requerer a habilitação direta para o casamento. Nestes casos, portanto, se levada em conta a interpretação literal do art. 100, I do CPC, o casal homoafetivo masculino não teria direito a foro privilegiado e o casal homoafetivo feminino possuiria foro dúplice.

Atualmente há uma divergência que tenta demonstrar que a ideia de “mulher com foro privilegiado” não mais tem cabimento na nossa sociedade e sim que o “hipossuficiente com foro privilegiado” deve prevalecer, seja ele homem ou mulher, marido ou esposa, companheiro ou companheira.

3 A ISONOMIA E A IGUALDADE FACE O ART 100, I CPC

Visto o breve contexto histórico-social que abarca o tema, necessário se faz agora entender os dispositivos constitucionais a que ele afronta.

Resguardado, dentre outros, no artigo 5º “caput” e I da CRFB encontramos instituído, como já dito, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Sobre estes termos, ainda pode-se anotar o parágrafo 5º do artigo 226 da CRFB, que traz expresso: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Os artigos citados são, portanto, o respaldo constitucional aos princípios que rotulamos de Princípio da Isonomia e Princípio da Igualdade. A esse respeito, de acordo com jurista Jose Afonso da Silva, especialista em direito constitucional, “igualdade constitui o signo fundamental da democracia”. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. (SILVA, 1996, p.206)

Tendo em vista que a CRFB/88 teve como norte a busca pelo Estado Democrático de Direito, é de primordial importância que não haja tratamentos diferenciados entre indivíduos que possam ser considerados iguais. O princípio prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais e é por meio dele que são vedadas as diferenciações arbitrárias. Onde há democracia não pode, portanto, haver privilégios arbitrários.

A ideia de “tratamento desigual”, portanto, é uma adequação do Princípio da Igualdade ao Princípio da Isonomia. Deve-se lembrar de que a busca pela igualdade de tratamento é uma forma de alcançar aquilo que todo Estado Democrático de Direito tenta quando da promulgação de sua Carta Magna, a busca pela Justiça. Esta, inclusive, não é algo novo. Aristóteles vinculava a ideia de justiça com a ideia de igualdade; porém essa igualdade gerava uma justiça relativa, que dava a cada um o que é de cada um.

A igualdade plena, portanto, ficava impossível sem que houvesse uma desigualdade complementar, uma desigualdade que delimitasse o porquê de um “receber o que é seu” e outro não. Essa desigualdade complementar é satisfeita quando o legislador trata de maneira igual os iguais, e desigual os desiguais com base em um Fator Diferenciador.

O raciocínio aparentemente confuso se torna de fácil compreensão sob a égide dos ensinamentos de Perelman. Para ele, na busca pela Justiça – objetivo máximo do Direito – existem dois tipos de justiça: a formal e a material. A justiça formal consistiria no Princípio da Igualdade em si, sua nomenclatura, seu título. O princípio seria o que ele aparenta ser – um tratamento igualitário para todos os que se encaixarem na situação fática em questão. A justiça material por sua vez seria a especificação da justiça formal, indicando a característica constitutiva dos privilégios. Não poderia apenas ter como critério de igualdade a adequação à situação fática. Para haver justiça material deverá haver um elemento diferenciador entre os iguais que gerará um tratamento específico a cada um segundo a sua necessidade.

Não se deve confundir, contudo Igualdade com Isonomia. A Isonomia na verdade engloba a Igualdade. Esta é parte daquela. Em verdade, Jose Afonso da Silva (2009) disciplina que a Igualdade é o que tratamos como Isonomia Formal. Apesar disso, não é erro crasso igualar os dois institutos. As constituições brasileiras, por meio de seus constituintes, desde a época do império viciaram-se em escrever o Princípio da Igualdade confuso com ao da Isonomia; entretanto, a igualdade se faz perante a lei e na lei, enquanto a isonomia se perfaz em toda e qualquer relação tendo, portanto, uma abrangência muito maior que unicamente a aplicação das leis.

Por igualdade perante lei entende-se o dever de aplicar o direito no caso concreto. Não importa contra quem a lei está sendo aplicada, pois todos são iguais perante ela e todos podem e devem sofrer suas sanções. Enquanto isso, igualdade na lei pressupõe que as normas jurídicas não devem conhecer distinções, exceto as constitucionalmente autorizadas. É vedado que a lei traga distinções por mero capricho. Somente com respaldo constitucional é que uma lei poderá fazer diferenciação entre pessoas.

É de salientar que a igualdade aqui suscitada opera, segundo a constituição, em dois planos distintos. Em uma primeira fase a igualdade se impõe perante o legislador quando da criação da lei e em outra ao operador de direito diante de sua interpretação. Francisco Campos fala em sua obra que o legislador é o destinatário principal do princípio da igualdade, pois somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. A igualdade, portanto, seria neste caso uma determinação legal, deve sempre estar intrínseca às intenções do legislador quando da criação de seus projetos legais.

Tanto é assim que a Constituição, conforme vimos anteriormente, procurou aproximar os dois tipos de Isonomia, não tendo se limitado ao simples enunciado de 'todos são iguais perante a lei', mas também, mencionando situações particulares, a exemplo do artigo 5º inciso I, no tocante a homens e mulheres e no art. 226, parágrafo 5º, com relação a marido e esposa. Pelos ensina-

mentos de Francisco Campos entendemos que a lei em si deve trazer o tratamento igualitário, pois cabe ao executor da lei aplicá-la de acordo com os critérios constantes na própria lei. A lei é fria e como tal deve ser para que não haja privilégios e prerrogativas injustas.

Por outro lado temos a interpretação do operador do direito. Este não possui em regra contato direto com o legislador e por isso acaba tendo que presumir suas intenções por meio do texto legal. O operador do direito deve, ao interpretar o texto que lhe é apresentado, trazer consigo a lembrança de que todo o ordenamento jurídico é banhado pelos princípios que o regem e, assim deve saber que aquelas disposições estão encobertas pelo manto da Isonomia e Igualdade. Não deve o interprete usar de sua exegese, negligenciando esses princípios, pois eles não foram negligenciados pelo legislador.

O processo de interpretação e aplicação das leis deve ser contínuo e concatenado, tendo, portanto, aquele que for interpretar os dispositivos legais seguir uma sequência lógica. De nada irá adiantar o legislador criar leis igualitárias e isônomas se aqueles que forem interpretá-las e aplicá-las não fizerem o mesmo.

A isonomia, com isso, vem para amparar aquelas situações em que o legislador atua de forma negligente. Em que pese seja observado que ele, o legislador, objetivou um tratamento igualitário quando da criação da lei, se, na aplicação dos critérios desta, vier a ocorrer a necessidade de um tratamento desigual para que ao final ocorra um tratamento mais 'justo', portanto, a Isonomia prevalecerá perante a Igualdade contida no dispositivo legal. Em suma, é o que diz o jargão de 'tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente'; é a subjugação da Igualdade pela Isonomia.

A Igualdade é uma realidade criada a partir de uma situação que necessita da aplicação de uma lei, a Isonomia por outro lado é uma regra de tratamento que perfaz não só em dispositivos legais, mas em procedimentos administrativos, relações entre indivíduos particulares, relações de trabalho

etc. A Isonomia Formal seria a igualdade na lei e perante a lei, contida na lei e demais dispositivos normativos, enquanto a Isonomia Material se relacionaria com o indivíduo e suas condições, suas necessidades diante da afronta a seus direitos.

Assim sendo não é de se estranhar a discussão acerca do tratamento diferenciado imposto pelo CPC quanto ao foro da mulher nas ações de divórcio. A busca mais específica pela isonomia ainda era uma vertente nova à época da criação do código. Luta por igualdade nada mais era do que o corriqueiro. O legislador buscou como deve ser sua atuação, amparar os anseios daquelas que eram desiguais, as mulheres.

A desigualdade daquele momento segue a teoria colocada por Jose Afonso da Silva, onde igualdade possui duas ramificações: a igualdade física – diferença de idade, de saúde, de força, de sexos – e a igualdade política – advinda do consentimento entre os homens para existir, riqueza e pobreza por exemplo. Mais especificamente, a distinção encontrada no CC/16 traz a desigualdade de sexos, onde o fator diferenciador era o sexo. O que gerava a diferença política-econômica-social entre mulheres e homens era justamente o sexo. O fator vinha antes do acordo social, a diferença física vinha antes da diferença política.

Hoje o quadro está invertido. A busca pela igualdade, que ainda existe, gerou um patamar mais equilibrado entre homens e mulheres. Deve se entender que hoje a busca não é pela Igualdade, mas pela Isonomia. O tratamento isonômico, portanto nada mais seria do que a operacionalização da igualdade que por tanto tempo foi pleiteada. Deve-se “desintoxicar” o raciocínio das constituições imperiais nas quais igualdade e isonomia seria a mesma coisa. A igualdade está expressa na nossa Constituição Federal, não é mais necessário discutir se homens e mulheres são iguais em virtude de seus sexos, isso já é sabido.

Atualmente as diferenças entre homens e mulheres são mais políticas do que físicas. Hoje se deve discutir, dentre outras coisas, as condições econômicas, principalmente diante do di-

vórcio, realidade criada pelo modo de vida em sociedade que a todos os indivíduos se submetem. Não são diferenças oriundas de fatos naturais que precisam ser acordadas para serem consideradas iguais. São realidades criadas pela própria sociedade, como dito, riqueza e pobreza, e que em que pesam para que ocorra um verdadeiro tratamento isonômico.

4 A VERDADEIRA INTERPRETAÇÃO DO ART 100 DO CPC DIANTE DAS NOVAS JURISPRUDÊNCIAS

Tendo por base então toda essa ideia atual de isonomia e igualdade, os tribunais superiores vêm se pronunciado de forma inovadora no tocante aos assuntos referentes ao Direito de Família e o Processo Civil. Tal pode ser demonstrado pela análise do R. Ex. 227.114 SP que teve como relator o então Ministro Joaquim Barbosa e demais julgadores os Ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski. No voto o relator fez referências às três vertentes doutrinárias que se formaram acerca do tema aqui estudado. Segue transcrito:

Em relação ao art. 100, inciso I do CPC, observa-se que, ao longo de mais de duas décadas de vigência da Constituição, a doutrina e a jurisprudência se alinharam segundo três concepções distintas acerca do referido dispositivo legal: (i) a primeira corrente preconiza a sua não-recepção pela Constituição; (ii) a segunda corrente, a sua recepção e (iii) a terceira corrente, a recepção condicionada às circunstâncias específicas do caso, em especial levando-se em conta o fato de a mulher se encontrar em posição efetivamente desvantajosa em relação ao marido. (Barbosa, 2011, Recurso Extraordinário 227.114 SP, fls.4).

Não se fala em extinção do foro privilegiado, e sim numa comprovação preliminar da fragilidade masculina perante o privilégio feminino. A ideia de uma presunção *luris Tantum* de debilidade da mulher é um argumento que vai contra “o espírito que inspirou o princípio da igualdade jurídica da mulher brasileira como um todo”, como pensa Sálvio de Figueiredo Teixeira em voto proferido no R.Esp. 327.086/PR.

Fredie Didier Jr. (2008, p. 147) fala ainda sobre as divergências acerca do artigo 100, I que este é “irrazoável e inconstitucional”, notadamente por ser uma presunção e não levar em conta a situação de fato, pois “se um dado caso concreto um cônjuge estiver em uma posição mais fragilizada do que o outro, é possível imaginar um foro privilegiado, mas sempre *in concreto*, jamais *a priori*”.

Vê-se que o próprio STF reconhece a inconsistência que circunda o assunto. No R.Ex. supracitado Joaquim Barbosa coloca os ensinamentos de Yussef Said Cahali e o interpreta dizendo que não mais prevalece o foro privilegiado da mulher casada, a que se refere o art. 100 e complementa, dizendo que o preavalecimento do foro gera uma validade meramente formal do Princípio da Igualdade de Direitos e Obrigações dos Cônjuges, haja vista não haver a já demonstrada Igualdade – ou Isonomia – material. Haveria a igualdade na lei e perante a lei, mas não haveria equalização nas situações de fato, ficando em total desconformidade com a realidade social brasileira.

O Ministro continua trazendo seu entendimento onde afirma que o marido tem a faculdade de demonstrar a igualdade de condições socioeconômicas, sendo, portanto uma relativização a regra do foro privilegiado, podendo fazer prevalecer a regra geral do artigo 94 caput do CPC. Faz isso, citando para tanto, Elcio Trujillo e Lauro Mens de Mello.

Apesar de tais posicionamentos e discussões, optou o Relator pelo não provimento do referido recurso, fundamentando para tanto em dois motivos. Em primeiro lugar diz o Ministro que “a regra do artigo 100 não se trata de um privilégio dado em favor das mulheres e sim de uma norma que visa dar tratamento menos gravoso à parte que, em regra, se encontrava e ainda se encontra em situação menos favorável econômica e financeiramente” (BARBOSA, 2011, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 227.114 SP, FLS.4).

Tal visão, com base em tudo que fora demonstrado, é inconsistente. A mulher tem sim uma participação ainda menor que o homem, mas não a um patamar que chegue a considerá-la desfavorecida.

Por diversas vezes, neste estudo, fora demonstrado o quanto a mulher não só ganhou espaço como conseguira sobrepujar o homem. A atual presidente da república é uma prova viva disso. Se o fato da pessoa que está na posição de maior importância da esfera do poder executivo ser uma mulher não representar uma equalização na diferença entre sexos, é de se questionar o que mais será preciso fazer para que se alcance tal objetivo.

O segundo argumento do Relator é que a regra do art. 100, I é uma regra processual de competência relativa. Caso a mulher não venha a apresentar exceção de incompetência em tempo hábil, a competência se prorrogaria. Fala ainda que a própria mulher, se quiser, pode preferir ajuizar a ação no foro do domicílio do marido. É um raciocínio bastante técnico, mas que não é suficiente para afastar a possibilidade de foro privilegiado *in concreto*. Em seu raciocínio o Ministro ampara apenas o lado da mulher esquecendo-se da outra parte que pode vir ser encontrada em situação de fragilidade.

Além disso, a competência do art. 100, I CPC é territorial, e decorrente de uma presunção *iuris tantum*, logo é uma competência relativa, ou seja, passível de ser afastada por prova em contrário. O entrave aqui se faz em decorrência da presunção do art. 100, I CPC. O *onus probandi* continua sendo do homem, ainda que seja este no caso concreto, a parte mais fraca na relação processual, situação na qual à parte menos favorecida incumbiria maior encargo, o que vai de encontro com o Princípio da Isonomia. O ministro em seu voto negligenciou a dificuldade que a posição de fragilidade geraria no âmbito probatório para o homem, tendo em vista que ele ainda teria que provar ser o verdadeiro portador do privilégio de foro.

A entrega da escolha no foro por parte da mulher, como dito, se fazia perfeitamente aceitável há 30, 40 anos atrás. Atualmente é muito arriscado, inclusive para o respeito ao Princípio do Devolvido Processo Legal entregar indiscriminadamente tanto poder a uma pessoa por mera liberalidade legal. Deve-se lembrar que o Direito de Família é um dos ramos do direito, se não o ramo do direito,

que mais trata com sentimentos e emoções dos indivíduos e que estas se refletem nos atos de cada parte, principalmente os processuais.

Outros ramos, tal como o Direito Empresarial, Direito das Coisas, Direito do Trabalho não sofrem com esta interferência de forma tão gritante. Uma parte processual rancorosa pode muito bem se utilizar de suas prerrogativas para dificultar o andamento do processo, não por querer agir de má fé, mas meramente para tentar agredir a parte contrária. Neste momento a regra de competência relativa deixa de ser uma forma de equalizar partes e passa a ser apenas uma forma de afronta indireta.

A relativização do foro privilegiado já possui inclusive julgados neste sentido, como ocorre no R.Esp. 327.086/PR:

Processual civil. Ação de divórcio direto. Competência. Casal estrangeiro. Casamento celebrado na argentina.

I - a norma do art. 100, 1, CPC, não é absoluta. se a mulher não oferecer exceção de incompetência do juízo, em tempo hábil, a competência territorial estará prorrogada por vontade das partes.

II - consoante a doutrina e jurisprudência 'em se tratando de cônjuges estrangeiros, com um deles domiciliado no exterior, não tem prevalência o foro privilegiado da regra processual, eis que preponderam para serem, observadas as normas de sobre direito em seu caráter geral". tal privilégio assim estabelecido a benefício da mulher casada, já não mais prevalece, porquanto conflita com o princípio da igualdade entre cônjuges, proclamado no art. 266, par. 5., da CF/1988. incidência da norma inscrita no art. 94, do CPC.

III - recurso conhecido e provido

Indo mais além, é de salientar que hoje vivemos numa sociedade onde não apenas homens e mulheres são alvos de ações de divórcio. Os casamentos entre homossexuais já são prática cotidiana. Com o advento das ADI 4277-DF e ADPF 132-RJ e R.Esp. 1.183.378-RS o casamento gay se tornou

uma realidade, e também o divórcio gay. Nestes casos, portanto, como já questionado, fica difícil determinar a quem caberia o foro privilegiado. Por uma interpretação literal do artigo 100, I seria necessário haver uma determinação de quem seria 'a mulher da relação". Se não ridículo, seria no mínimo ofensivo tal atitude. A própria jurisprudência já esteve em situação conflituosa quanto a isso. O Agravo de Instrumento 2013.00.2.0194678 DF trouxe em seu voto um norte para essa situação:

[...]

4. Objetivando equilibrar o poder dos litigantes nas ações que visam reconhecer o estabelecimento das uniões estáveis homoafetivas, **cabe analisar o art. 100, I, do CPC conforme a constituição federal para que seja interpretado à luz do princípio da isonomia**, aplicando-o também na fixação de competência das ações de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

5. Atualmente, tendo sido conferido às uniões homoafetivas os mesmos direitos dos relacionamentos heteroafetivos, também deve ser garantido aos envolvidos em relacionamentos familiares de pessoas do mesmo sexo, **o foro privilegiado conferido à parte mais vulnerável financeira ou juridicamente nessas relações, quando, examinando cada caso concreto, de fato, verificar-se que a pretensão da parte menos favorecida ficará manifestamente prejudicada caso tenha que litigar em local diferente da sua residência.**

6. Na hipótese, tendo em vista que o aludido consorte sobrevivente se mostrou vulnerável, financeira e juridicamente, mormente em caso de remessa dos autos à comarca do interior do país, levando-se em consideração ainda os princípios da celeridade e da economia processuais, haja vista que as provas do relacionamento, aparentemente, deverão ser colhidas no distrito federal, local da última residência dos supostos companheiros, 'data vênica" o entendimento do eminente juiz de primeiro grau, a ação de reconhecimento de união estável homoafetiva 'post mortem" deve permanecer no juízo de origem,

privilegiando a regra do art. 100, i, do CPC, em ordem ao princípio constitucional da isonomia, a fim de garantir o equilíbrio entre as partes.

7. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada

Louvável a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. O agravo veio a interpretar de forma perfeita o artigo 100 I do CPC sobre os prismas da Isonomia e Igualdade, conferindo ao hipossuficiente na relação homoafetiva o foro privilegiado da mulher nas relações hetero. A interpretação dada pelo egrégio tribunal mostra o quanto o CPC/73 é desconexo com a visão doutrinária e jurisprudencial da atualidade, quem busca uma resolução mais princípio lógica do que meramente legal das lides.

Nesse sentido, nota-se que as atuais decisões no tocante ao foro privilegiado nas relações homem-mulher seguem tendo como fator diferenciador unicamente o sexo – mesmo raciocínio da época da criação do CC/16, como demonstrado – enquanto as relações de divórcio entre cônjuges do mesmo sexo tem como fator diferenciador a capacidade econômica. Enquanto as decisões acerca do casamento gay acompanharam a evo-

lução da doutrina, as relativas ao casamento hetero estagnaram no tempo. Não se trata de fazer um grande estudo acerca das novas tendências jurisprudenciais, mas sim de se adaptar o antigo ao novo. O raciocínio para o foro privilegiado do hipossuficiente já existe e já é usado pelos julgadores em sede de divórcio em casamentos homoafetivos, cabe fazer, portanto, a adequação do mesmo raciocínio agora aos julgados heteros.

5 CONCLUSÃO

O foro privilegiado da mulher *a priori* é uma situação superada. Hoje vivemos sob o prisma da hipossuficiência e do foro privilegiado in concreto. As partes processuais atuam sob a ideia da Igualdade de direitos e obrigações e Isonomia de tratamento. A regra para concessão ou negação de tal privilégio deve ser a análise da situação fática das partes e não meramente seu sexo. Para uma melhor justiça, é essencial que as decisões nas relações heterossexuais sigam o raciocínio dos tribunais mais inovadores quanto ao foro privilegiado no divórcio homoafetivo. Em que pese esta ser uma situação muito mais nova que o divórcio convencional, os julgados sobre separações homoafetivas mostram-se muito mais avançadas do que os julgados dos divórcios heteroafetivos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Raquel Pereira de Castro. Aprovado o casamento gay no Brasil. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/100519433/aprovado-o-casamento-gay-no-brasil-raquel-castro>>. Acesso em: 6 jun. 2014.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ANALISTAS JUDICIÁRIOS DA UNIÃO. Princípio Constitucional da Igualdade. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade>>. Acesso em: 6 set. 2014.

BARBOSA, Joaquim. **Recurso Extraordinário 227.114 SP**, 2011, fls.4

BRASIL. **Vade Mecum Saraiva**. 16.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. 2038p.

CAPEZ, Fernando et al. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIMENTI, Marisa. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 639p.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2008. p.122.

GUNN, Dwyer; STEVENSON, Betsey; WOLFERS, Justin. O paradoxo da tristeza. **Revista Veja**, maio 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/especiais/mulher/paradoxo-tristeza-feminina-p-044.html>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

GINU, Eurípedes Eduardo Moraes. O STF permitiu o casamento gay no Brasil. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9930&revista_caderno=11>. Acesso em: 6 jun. 2014.

GUILAUMIN, Colette. **Racism, Sexism, Power, and Ideology**. [S.l.: s.n.], 1994. p.193-195.

JR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 12.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 2286p.

MELTZER, Françoise. **Hot Property**: The Stakes and Claims of Literary Originality. [S.l.: s.n.], 1995. p.88.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Processo civil**. 6.ed. São Paulo: Método, 2009.

MORAIS, Maykol Robson de. Princípio da Isonomia e foro privilegiado da mulher. **Escola de Direito**. Disponível em: <<http://escola-de-direito.blogspot.com.br/2012/07/principio-da-isonomia-e-foro.html>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

O ART. 100, I, do CPC é constitucional? **Dizer Direito**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2011/12/o-art-100-i-do-cpc-e-constitucional.html>>. Acesso em: 2 jun. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, José Ronemberg Travassos da. **O foro privilegiado da mulher. Breve análise dogmática da norma disciplinada no art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil**. Jusnavigandi, nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13813/o-foro-privilegiado-da-mulher>>. Acesso em: 6 set. 2014.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Voto**. (STJ) REsp 327.086/PR.

WIKIPÉDIA A enciclopédia livre. **Feminismo**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Feminismo>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

Recebido em: 13 de Novembro de 2014
Avaliado em: 20 de Novembro de 2014
Aceito em: 15 de dezembro de 2014
