
O fim do foro privilegiado da mulher e a necessidade de proteção às novas entidades de família no contexto do novo Código de Processo Civil

Flávio Luís de Oliveira*

Marcela Silva Almendros**

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa discutir e criticar a ação de divórcio, já com as alterações no artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal trazidas pela Emenda nº 66 do ano de 2010.

O que trazemos para o centro de nossas atenções é justamente a questão territorial, pela qual é garantido à mulher o foro privilegiado de sua residência nas ações de divórcio e de anulação de casamento (art. 100, I, Código de Processo Civil), num benefício procedimental análogo ao aplicado no subsequente inciso II, do art. 100, Código de Processo Civil (e que é mantido intocado no “Novo” Código de Processo Civil, no

*Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor dos cursos de mestrado e doutorado do Centro Universitário de Bauru/SP, mantido pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Coordenador do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Bauru/SP.

Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Consultor Ad Hoc da Capes - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Advogado.

**Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Bauru. Monitora de Direito Constitucional do professor Dr. Pietro de Jesús Lora Alarcón na Instituição Toledo de Ensino.

art. 53, II) para o alimentando nas ações em que se pedem alimentos. Abordou-se também a questão dos hipossuficientes, independente do gênero.

Num primeiro momento, destacamos que temos a vigência do Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 100, I, com redação determinada pela Lei nº 6.515, de 1977, e, com a promulgação da Constituição Federal pós-ditatorial, em 1988, dispôs-se no art. 5º, caput, da Lei Maior, que “todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*”. No inciso I, do artigo 5º, que “homens e mulheres são *iguais em direitos e obrigações*”, e no art. 226, §5º, que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos *igualmente* pelo homem e pela mulher”.

Há relevância desse estudo na atualidade, pois existe relação com a disciplina de Direito Processual Civil no que tange ao foro privilegiado da mulher nas ações de divórcio, bem como com Direito Constitucional ao tratar dos Princípios da Isonomia e Igualdade. Sendo assim, não só estaria contribuindo tanto para uma melhor adequação do Código de Processo Civil aos tempos atuais, quanto para a sua eventual atualização.

O objetivo geral deste artigo é verificar a necessidade de uma proteção objetiva para a mulher, em contrapartida a uma proteção subjetiva ao hipossuficiente, sendo delineados os seguintes objetivos específicos: mostrar o que é foro privilegiado, explicar porque a mulher necessitava de foro privilegiado, dizer o que era e é o casamento atualmente, bem como o que era e é divórcio, apresentar os motivos pelo qual o art. 100, inciso I fere o princípio da Isonomia e agride o atual entendimento de casamento, tendo em vista as novas entidades familiares.

2 CONTEXTO HISTÓRICO: A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS CONQUISTADOS PELA MULHER E A MUDANÇA DE PARADIGMA NO CONCEITO DE FAMÍLIA

O privilégio criado pelo artigo 100, inciso I, do Código de Processo Civil, carrega um contexto histórico desde 1970, que decorre das inúmeras lutas feministas de uma sociedade em que pouco se averiguava direitos para a mulher. Sendo assim, este inciso não estava no Código de Processo Civil da época. 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.

Num primeiro momento de luta feminina por igualdade de direito, tem-se em especial a questão do direito contratual, matrimonial e de propriedade. Havia grande insatisfação da mulher com relação aos “casamentos arranjados”, bem como a discussão sobre o direito à atual capacidade jurídica plena, uma vez que era considerado nulo o negócio jurídico em que a “esposa” fizesse sobre os bens do casal de forma unilateral. O Código Civil vigente era o de 1916, e tratava o homem e a mulher de forma tão distintas que trazia os direitos de cada um em capítulos diferentes:

Título II:

Capítulo II “DOS DIREITOS E DEVERES DO MARIDO”

Capítulo III “DOS DIREITOS E DEVERES DA MULHER”.

O artigo 100 do Código de Processo Civil é uma quebra de paradigmas em que fica evidente a influência da luta feminista por direitos no histórico da legislação brasileira se observados o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973, época em que os direitos patrimoniais e matrimoniais eram exercidos apenas pelo homem, com alguns atos que necessitavam do consentimento da mulher, todavia este consentimento poderia ser suprido pela decisão judicial.

Em 1973, o Código de Processo Civil trouxe o foro privilegiado, evidenciando que a mulher, também deve ser alvo de direito. Nesse momento histórico, as mulheres protestavam principalmente pelo direito ao voto e pela reforma nas leis de família. O foro privilegiado vem, portanto, para proteger a mulher do artigo 36 do Código Civil de 1916 e do contexto de busca de culpa pela dissolução conjugal criada pelo mesmo código:

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.

As discussões que se extraem do artigo 100, inciso I do Código de Processo Civil são amplíssimas, passando, dentre outros, desde sua aplicação para os casos de reconhecimento ou dissolução de união estável, até seu alcance às ações não elencadas em seu desatualizado rol (antes, “ação de separação dos cônjuges”, “conversão desta em divórcio” e “anulação do casamento”; agora, apenas “ação de divórcio” e “anulação de casamento”).

Sob argumento que a mulher é historicamente a parte mais fraca da demanda torna-se fundamental protegê-la tanto numa relação casamentária como noutra próxima disso. A proteção processual qualificada é o mínimo que se pode fazer para a convivente, desta forma.

Interessante é o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 162), que parecem sugerir ser o art. 100, I, do Código de Processo Civil uma espécie de norma constitucional em trânsito de inconstitucionalidade:

O art. 100, I, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, em tese, é ainda constitucional. Havendo efetiva igualdade entre homem e mulher, no entanto, tem de ser afastado no caso concreto, por inconstitucional (art. 5º, I, CRFB). Do contrário, verificando-se desigualdade entre os cônjuges, prevalece o foro da mulher. (grifei).

Há quem defenda pela inaplicabilidade do inciso I, do artigo 100, do código de processo civil, para outras ações que não estão elencadas em seu rol, assim como para o reconhecimento ou dissolução de união estável. Neste prumo, significa dizer que sua proteção não se dá apenas por questões de gênero, mas também por ser a mulher vulnerável à espécie de ação que pode ajuizar.

A regra geral de competência territorial do código de processo civil é que a ação fundada em direito pessoal corre no domicílio do réu (artigo 94 do código de processo civil). E, no tocante ao foro privilegiado, há se observar a evolução do instituto procedimental de beneficiamento da mulher. No Código de Processo Civil de 1939, a regra era prevista da seguinte maneira:

Art. 142. Nas ações de desquite e de nulidade de casamento, será competente o foro da residência da mulher; nas de alimento, o do domicílio ou da residência do alimentando.

No Código de Buzaid, bipartiu-se o dispositivo anterior, colocando a mulher em um dispositivo e o alimentando em outro, ficando aquele que nos interessa da seguinte maneira:

Art. 100. É competente o foro: I - da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento; [...]

Com o advento da Constituição Federal de 1988, este inciso I foi alvo de celeuma doutrinária. Segundo CAHALI (1995), houve quem dissesse que o mesmo não havia sido recepcionado em razão dos dispositivos constitucionais que equipararam homem e mulher e que, do contrário, estar-se-ia ferindo o Princípio Constitucional da Igualdade de Gênero (ou da Isonomia).

O artigo 100, do código de processo civil, 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 isonômico 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.

No Brasil houve uma tendência protecionista na promulgação de suas leis nos anos de 1970 que, como já visto, foram influenciadas pelo Movimento Feminista. 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 daqueles que tinham diferente opção de afeto perante a sociedade, chegando a omitirem tal decisão para não serem discriminados pela sociedade.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988, e com o passar do tempo a sociedade mudou de paradigmas.

A Carta Magna 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, dentre outros fatos, com o intuito de garantir a igualdade entre as novas entidades familiares. Ocorre que coube aos operadores do Direito garantir uma melhor aplicação dos institutos que ainda persistem no nosso ordenamento.

Se por um lado houve avanço dos direitos históricos da mulher, por outro, criou-se uma lacuna no que diz respeito as novas entidades de família.

Para o Pós-Doutor Rui Piva, existe uma séria necessidade de “atuar com força representativa no cenário nacional e internacional”, ou seja, de promoção de um Judiciário mais adequado às demandas da contemporaneidade, valor este fundamental trazido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Nas palavras de PIVA:

atuar como força representativa nos cenários nacional e internacional, e como força de intervenção político-científica no intento de promover um Judiciário mais adequado às demandas da contemporaneidade, porque nele está contida a mais significativa vocação do IBDFAM e um dos melhores argumentos para o reconhecimento da sua legitimidade para defesa de direitos difusos por meio da ação civil pública, independentemente da pertinência temática do objeto da respectiva ação com temas tratados como exclusivamente de Direito de Família. (PIVA, 2015)

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 PRINCÍPIO DA ISONOMIA; PRINCÍPIO DA IGUALDADE; PLURALISMO; NOVAS ENTIDADES DE FAMÍLIA

No Brasil houve uma tendência protecionista na promulgação de suas leis nos anos de 1970 devido as influências 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 tratem homens e mulheres de formas distintas. Paralelo a isso, tínhamos aqueles com opção de afeto diferente dos padrões habituais à época, que eram declaradamente marginalizados na sociedade.

Na Carta Magna de 1988, pela primeira vez se falou em direito de família, passando a se levar em consideração o afeto, bem como deixou-se para traz os casamentos “arranjados”, fato este que eram impostos pelos pais às filhas. Passou-se a imperar a igualdade entre os cônjuges bem como sua proteção de forma equilibrada. Surge também a família monoparental.

Resguardado, dentre outros, no artigo 5º “caput” e inciso I da Constituição Brasileira 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”. Neste prumo, imperioso destacar que o parágrafo 5º do artigo 226 da Constituição Federal, 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)

Em 2002 surge o Código Civil, que entra em vigor em 11 de janeiro de 2003, passando por inúmeras emendas com a tentativa de melhor adequação à sociedade, mas mesmo assim não atingiu a clareza necessária para regê-la nos dias de hoje (DIAS, 2013).

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 isonômicas se aqueles que forem interpretá-las e aplicá-las não fizerem o mesmo.

Ora, se de um lado temos a proteção da mulher e toda conquista histórica de seus direitos, por outro temos os hipossuficientes, as novas entidades familiares que também merecem proteção.

Assim sendo, não é de se estranhar a discussão acerca do tratamento diferenciado imposto pelo código de processo civil 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.

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 divórcio, 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.

Os tipos de entidades familiares explicitados no artigo 226 da CF são exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. Essa flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade (DIAS, 2007)

A Constituição de 1988 elenca como entidades familiares o casamento, a união estável e a família monoparental, no entanto, a interpretação constitucional acerca do pluralismo familiar leva a crer que existem outras entidades familiares, além daquelas expressamente indicadas no dispositivo constitucional, até porque não há indicação de que o rol da previsão constitucional seja taxativo. O conceito de família é plural e abrange as entidades especificadas no artigo 226 da Constituição Federal, bem como todas aquelas que possuam um vínculo afetivo e busquem objetivos de vida comuns (RENON, 2009. P. 99).

4 A CONSTITUCIONALIDADE DESTE FORO E A VALIDADE DO NOVO REGRAMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM VACATIO LEGIS

É cediço que o “Novo” código de processo civil tem como premissa ser principiológico e, sobretudo, consonante com a Lei Maior pátria. Há um fenômeno de adequação das legislações nacionais ao Texto Constitucional. É o que se pode extrair, a título ilustrativo, analisando o Código Civil, de 2002; o Código de Defesa do Consumidor, de 1990; os diversos Estatutos - da Criança e do Adolescente (1990), do Idoso (2003), das Cidades (2001); e os Projetos do “Novo” Código de Processo Penal e do “Novo” Código de Processo Civil, este último aqui em debate.

Isso só objetiva manter consonância com as diversas “funções sociais” que existem, como a “função social da propriedade”, a “função social da posse”, a “função social da empresa”, a “função social da falência”, a “função social do homem”, dentre outras.

Na área específica do Processo Civil, há se observar os doze primeiros artigos do “Novo” código de processo civil, todos principiológicos e que têm como ponto de partida o art. 1º, que dispõe que o Processo Civil será regido, disciplinado e valorado conforme os “princípios fundamentais” estabelecidos na Constituição Federal. Ao analisar trechos da Exposição de Motivos do Código de Fux:

Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais [...]. 5 Esta Exposição de Motivos obedece à ordem dos objetivos acima alistados. 1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual [...].

Obtempera-se que este não foi um processo instantâneo, imediatista, mas decorrente de um ciclo doutrinário e judicial evolutivo (vide as chamadas “ondas reformistas”), que clamava por este Processo Civil Constitucional. Neste sentido, oportunas as palavras de Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 39):

A meu ver a primeira dessas bases é a constitucionalização do direito processual civil, a que já fiz anteriormente referência. É preciso que o novo Código de Processo Civil seja destinado a desenvolver os princípios que compõem o modelo constitucional de processo civil brasileiro.

Em frequência congruente, a opinião de Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 383):

A realidade material, destarte, impõe a inadiável reflexão sobre um “direito processual civil” que realize adequadamente os valores do Estado Democrático de Direito brasileiro e que, ao mesmo tempo, realizem adequadamente os anseios dispersos pelo e no ordenamento jurídico substancial, sendo indiferente que ele se mostre individual (como é da tradição e do desenvolvimento histórico do direito) ou coletivamente.

Trazendo toda a questão para a abolição do foro privilegiado da mulher no código de processo civil em elaboração, bem como analisando esse fenômeno de adequação das legislações infraconstitucionais ao estritamente previsto na Carta Constitucional, infere-se que partiu aquela Comissão de Juristas designada para uma posição de não compatibilidade do art. 100, I, com o texto constitucional, justamente em razão desta constitucionalização do processo. Ora, em afirmando que o atual dispositivo processual fere o Princípio da Igualdade, previsto constitucionalmente, ilógico seria que a “Nova” Lei Adjetiva, que tem como escopo-mor a adequação e a unidade constitucional, o mantivesse.

Num segundo argumento, que já foi falado no capítulo anterior, é que medidas como as previstas no art. 100, I, código de processo civil, e na Lei “Maria da Penha”, visam assegurar a igualdade substancial que é, obviamente, muito mais abrangente que a igualdade formal. Traduz-se no popular “tratar desigualmente os desiguais”.

Contudo, essa medida tem validade temporária, durando enquanto persistir a desigualdade. Assim, no caso do alimentando (art. 100, II, código de processo civil), a sua manutenção na Lei Adjetiva em processo legislativo (no art. 53, II) se justifica, pois a probabilidade de que o alimentando adquira igualdade plena como parte, em relação a outras partes, é ínfima. Disso conclui-se, portanto, que a supramencionada Comissão de Juristas entendeu que, entre o código de processo civil de 1973 (e a inclusão do inciso I ao art. 100, em 1977), e o Novo código de processo civil, decorreu tempo suficiente para que a mulher já seja, neste aspecto, equiparada ao homem.

Patrícia Miranda Pizzol (2003, p. 192) faz uma proposta para tentar conciliar a questão com a Constituição Federal, dando um “efeito útil” ao art. 100, I:

Em outras palavras, se se verificar, no caso concreto, que a mulher é a parte mais fraca (porque não tem independência financeira ou porque ficou com a guarda dos filhos, sendo esta última hipótese bastante comum), contará ela com a prerrogativa de foro, garantindo-se, assim, a igualdade real. Se, contudo, ela se encontrar em condições iguais às do marido, a regra do art. 100, I, do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL será considerada inconstitucional, devendo incidir a regra geral, prevista no art. 94 do mesmo Código (o foro competente será o do domicílio do réu). (grifei).

Trata-se de proposta louvável, porém insuficiente sob o ponto de vista aqui defendido. Isto porque, o código de processo civil atual prevê regra especial de competência que, por ser territorial e relativa, pode perfeitamente ser excepcionada: a) pela própria mulher, caso não seja vulnerável e/ou opte pelas outras regras de competência; b) ou, mediante exceção de competência que pode ser levantada pela parte contrária caso se verifique que a mulher não é a parte “mais fraca da relação jurídica”.

Observa-se, pois, que o art. 100, I, da Lei Adjetiva confere opção à mulher pela privilegiadora jurisdicional. Não se trata de obrigação a ser necessariamente cumprida pelo sexo feminino, tão menos da parte contrária em acatá-la.

O problema é que o “Novo” código de processo civil retira essa opção, colocando, para as ações de divórcio e anulação de casamento (e também para reconhecimento e dissolução de união estável), o foro do “último domicílio do casal”, ou “do guardião do filho menor”, ou “em último caso, o domicílio do réu”, nessa ordem. Daí indaga-se: e se a mulher for vulnerável (ou porque é ameaçada pelo marido, ou porque está com a guarda dos filhos, ou porque simplesmente não tem condições econômicas) e estiver residindo em local que não o último domicílio do casal, ficará ela prejudicada no seu acesso à justiça?

Veja-se que, se ela não estiver residindo no último domicílio do casal, mas possuir a guarda de filhos menores será beneficiada pelo art. 53, I não por ser mulher, mas por ter o filho menor sob seus cuidados. Isso quer dizer que, se a mulher vulnerável e ameaçada pelo parceiro não estiver residindo no último domicílio do casal e seus filhos estiverem com o parceiro, e essa mulher quiser manejar ação de divórcio, p. ex., terá de promovê-la no domicílio do marido – como guardião ou como réu - onde quer que ele se encontre? E se essa mulher apenas está distante dos filhos porque seu parceiro a ameaça para impedir que chegue perto deles?

No atual código de processo civil, há a opção da ação tramitar ou não no foro da residência da mulher, de modo que questionamentos como os vistos acima podem ser resolvidos casuisticamente. No novo código de processo civil, ainda em *vacatio legis* não há mais essa opção, o que pode prejudicar - e muito - o acesso à justiça, fato que, aí sim, contrariaria a Constituição Federal no que diz respeito ao direito ao “acesso à justiça” e a um “processo justo”. Teríamos, pois, um conflito de princípios entre a igualdade e o acesso à justiça, nos parecendo que deva prevalecer, neste tipo de caso, o segundo.

Neste prumo, destacamos o “ponto negativo” do “Novo” código de processo civil, que merece modificação prévia, antes mesmo de vigência ou da *vacatio*, para que se efetive a permanência, na nova legislação, da regra da atual Lei Adjetiva.

5 A DISTINÇÃO ENTRE A IGUALDADE FORMAL E MATERIAL

Quando falamos em igualdade formal, logo temos a ideia de que: “todos são iguais perante a lei”. Esta ideia surgiu no Estado liberal uma vez que não havia atuação estatal. Neste patamar, influenciados pelas ideias de Locke, Montesquieu e Rousseau as Declarações do século XVIII consagraram a ótica contratualista liberal que por sua vez reduziam os direitos humanos aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão, nascendo o discurso liberal da cidadania do movimento pelo constitucionalismo e da emergência do modelo de Estado-liberal. Neste sentido, com o intuito de mitigar excessos e abusos de poder, surge a concepção de igualdade formal. (PIOVESAN, Flávia.1998)

Norberto Bobbio (1992) afirma que:

Os direitos de liberdade negativa, os primeiros direitos reconhecidos e protegidos, valem para o homem abstrato. [...] essa universalização (ou indistinção, ou não discriminação) na atribuição e no eventual gozo dos direitos de liberdade não vale para os direitos sociais e nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente.

É preciso repensar no valor da igualdade, de modo que as diferenças sejam observadas e respeitadas, passando do campo formal para o material.

Flávia Piovesan (1998) preleciona que “o direito à igualdade pressupõe o direito à diferença, inspirado na crença de que somos iguais, mas diferentes, e diferentes, mas, sobretudo, iguais.”

Ora, fazendo uma breve análise sobre a ideia de igualdade, podemos nos socorrer à Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência, em que divide a igualdade em três vertentes:

- a) igualdade formal, ou seja, a reduzida à fórmula do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal;
- b) igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva; e
- c) igualdade material, esta relacionada ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades, como afirma Flávia Piovesan (FERRAZ et all, 2012, p. 33).

Nas palavras do professor Bandeira de Mello, para que o discrimem legal seja conveniente com a isonomia, é necessário que concorram quatro elementos: a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores

diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público. (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 41).

Ora, no caso em questão deste estudo, para que haja igualdade no que diz respeito à competência do domicílio da mulher, a igualdade material deve prevalecer, na perspectiva de se atribuir paridade de armas às partes.

6 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de acesso à Justiça vem passando por uma transformação importante, desde os Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, quando a justiça ainda não era uma preocupação do Estado e prevalecia apenas a igualdade formal.

No que diz respeito à noção de acesso à justiça ligada à plena concretização dos direitos individuais e sociais, Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI, 1988, p. 11-13)

O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI, 1988, p. 13)

É no Processo judicial que se completam os contornos próprios do novo conceito de acesso à Justiça, da evolução do conceito de acesso à justiça, para cuidar do acesso substancial à justiça – não meramente formal –, com o que está intimamente relacionada a igualdade.

7 CONCLUSÃO

Defendemos que não se mostra precipitado discutir a necessidade de manutenção da regra do foro privilegiado para a mulher nas ações de divórcio, de anulação de casamento e de reconhecimento/dissolução de união estável, bem como da necessidade de proteção e atenção às novas entidades de família.

Impugnamos a decisão de abolir o foro privilegiado da mulher. Isto porque, partiu-se de uma premissa equivocada de que a mulher, neste aspecto, já adquiriu condições de equiparação com o homem, o que teria tornado, enfim, a norma do art. 100, I, incompatível com a Constituição Federal, nos seus postulados de igualdade de gênero. A mulher ainda deve ser fruto de atenção especial dispendida pela sociedade e pelo legislador, a exemplo do que se fez no art. 15, da Lei nº 11.340/06, haja vista a existência de guetos de obscurantismo social que reprimem o sexo feminino. Que se particularize à mulher, então, regra mais benéfica de competência. Que isso lhe seja uma opção, uma faculdade. É medida de melhor acesso à justiça, princípio este que se sobrepõe à própria igualdade de gênero no caso em lide.

A proposta, portanto, é pela manutenção do texto do art. 100, I, código de processo civil na Lei Adjetiva que há de vir, até por sua lógica de competência relativa que comporta exceção caso a mulher não seja vulnerável. O atual Código de Buzaid permite a exceção de incompetência que transfere a mulher de uma regra especial para uma regra geral, enquanto no Novo código de processo civil não há uma regra especial, o que faz com que, se a mulher, casuisticamente, for parte vulnerável, não terá dispositivo procedimental da fixação de competência privilegiada para se socorrer.

Há de se frisar que não é a realidade que se adapta ao legislador, mas o oposto, de forma que presumir a equiparação feminina neste aspecto pode ser arriscado. Por outro lado, o que é adjetivado de praticidade técnica pode dar ensejo a um prejuízo irremediável no acesso à justiça da mulher que ainda se encontre em posição desvantajosa. Mas, há de se destacar que 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 gênero.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAHALI, Francisco José. Efeitos não patrimoniais da união estável *In Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. Vol. 2. São Paulo: RT, 1995.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática: área do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004

_____; CALMON, Petrônio (org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: JusPODIUM, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre famílias, sucessões e o novo código civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords.). *Manual dos direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2005.

PALUMBO, Livia Pelli. *A Execução Penal e a Pessoa com Deficiência física à luz dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos*. 2013. 256 p. Dissertação (Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) - Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2013.

PIVA, Rui Carvalho. *Ação civil pública e pertinência temática Legitimidade do Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Trabalho apresentado em outubro de 2015 junto à Università degli Studi di Messina, como exigência parcial para obtenção do título de Pós-Doutor em Direito. –. Tese – Università degli Studi di Messina. 2015

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito Humanos*. Max Limonad: São Paulo, 1998.

RENON, Maria Cristina. *O Princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao feto*. 2009. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1.

SANTOS, Sandro Schmitz dos. A mulher e o direito internacional: um estudo sobre a realidade das mulheres na atualidade internacional. *In Revista Jurídica*, vol. 330. Ano 53, Abril/2005. p. 69-75.

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. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6.