

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O FORO PRIVILEGIADO PARA A MULHER NAS AÇÕES PERTINENTES AO CASAMENTO

Lilian Karina Gruber¹

RESUMO: O presente trabalho analisa a discriminação legal do foro privilegiado para a mulher para dirimir questões pertinentes ao seu casamento (art. 100, 1 CPC) à luz da atual realidade social brasileira e o princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e 1 CRFB/88), visando - a partir da doutrina, jurisprudência e dados estatísticos sobre a atual condição econômica e familiar das mulheres no Brasil, depurados pelo método dedutivo - verificar se ocorre, ou não, incompatibilidade entre o mencionado privilégio e o princípio da fundamental da igualdade. O tema ganha relevância na medida em que transcende as fronteiras acadêmicas e doutrinárias para alcançar aplicação fática e, assim, reconhecer a emancipação social das mulheres ao mesmo tempo em que possibilita aos homens um tratamento legal justo e igualitário, pois não basta à norma ser legal, mas deve ser compatível com os valores constitucionais, concretizando-se de forma eficaz, amenizando diferenças fáticas ao invés de agravá-las.

PALAVRAS-CHAVE: Isonomia -privilegiado -igualdade material

ABSTRACT : The present work analyzes the legal discrimination between women and men, in Brazilian procedural law, for judging issues about the marriage, considering the actual social reality in this country and the fundamental principle of equality brought by the Brazilian Federal Constitution in its article 5th, subsection 1, pursuing — based on the doctrine and in the cases law, and official statistics data about the actual social standards concerning to economical and familiar conditions of women in Brazil, worked by the deductive method — to verify if there is or not ncompatibility between the women.'s iewal-prMtege-and the The theme gets relevant as it overextends academic and doctrinaires lirnits to achieve real application, recognizing the women's social emancipation and an equal and fair law treatment for men, considering it is not enough a legal rule, but it must be according to the constitutional values, realizing them as makes lower the social differences.

KEY-WORDS: Equality -privilege of court -substanfrie equality

INTRODUÇÃO

Segundo Silva², “a igualdade constitui o signo fundamental da democracia” na medida em que milita em desfavor de privilégios e distinções.

É com o fim de atender a princípios democráticos e constitucionais que o princípio da isonomia autoriza discriminações na lei de modo a promover diminuição das desigualdades de fato, sejam elas sociais, econômicas, culturais, físicas, políticas, etc.

A possibilidade de se conceder tratamento diferenciado por meio da lei, porém, pode levar a abusos e inconstitucionalidades que acabam por lesar o próprio princípio da isonomia e a Constituição.

O princípio da isonomia, assim, deve ser aplicado de forma cautelosa, tomando-se por referência seu aspecto substancial à luz da Constituição, sem prejuízo da segurança jurídica e da dinamicidade do direito.

Este último, por ser uma ciência *dinâmica*, deve se modificar, se adaptar e se transformar conforme evolui a sociedade em seus padrões morais, comportamentais, valores e necessidades na mesma medida em que deixa para trás outros padrões, valores e necessidades que desapareceram.

No que diz à mulher, essa evolução é evidente: em pouco mais de uma década a mulher, antes limitada aos cuidados do lar e da prole, alterou significativamente sua situação moral e social, passando a dividir espaço com o homem no mercado de trabalho e na chefia da família, porém, a previsão legal que, em detrimento do homem, privilegia a mulher na eleição do foro para submeter à apreciação judicial matéria pertinente ao casamento, permanece inalterada desde 1973.

A partir desta perspectiva, o presente trabalho visa analisar o foro privilegiado para a mulher, previsto no artigo 100, inciso 1 do Código de Processo Civil³ (CPC), sob o lume do princípio da isonomia entre homens e mulheres, consagrado pelo artigo 5º, inciso 1 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴ (CRFB/88), levando-se em consideração dados estatísticos sobre a mudança da situação feminina em sociedade desde a década de 90 até a atualidade e a dinamicidade do Direito.

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA *VERSUS* FORO PRIVILEGIADO PARA A MULHER

REGRAS, PRINCÍPIOS, PROCESSO E CONSTITUIÇÃO.

Para melhor compreensão do tema, mister se faz uma breve análise dos institutos regra e princípio, e da relação processo-Constituição.

²SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 2001, p. 214.

³BRASIL, Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973. *Código de processo civil*. Brasília, DE: Senado, 1973. Art. 100, 1: “E competente o foro: 1 — da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação do casamento”.

⁴BRASIL, constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 50, 1: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: 1 — homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

REGRAS E PRINCÍPIOS: BREVE DELINEAMENTO E DIFERENÇAS

Com a superação do positivismo e o advento do pós-positivismo⁵, reconheceu-se “a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida”.⁶

Segundo ALEXY⁷, o sistema normativo tem natureza mista, onde princípios e regras se aglutinam e se correlacionam de maneira que estas proporcionam concretude, especificidade e limite à abstratividade, maleabilidade e amplitude daqueles.

Princípios e regras são, portanto, espécies do gênero norma, vez que ambos prescrevem um juízo de *dever* ser, diferenciados pela gênese, pela determinabilidade dos casos de aplicação, do conteúdo valorativo, da referência à idéia de direito ou a uma Lei Suprema e a generalidade⁸.

Princípios e regras, portanto, não se confundem, pois enquanto aqueles “são mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus”⁹, conforme as possibilidades reais e jurídicas de cada caso concreto; estas são razões definitivas e determinam que se faça exatamente o que elas exigem, sem possibilidade de seu cumprimento gradual.

Como mais uma diferença entre estas duas normas verifica-se que entre os princípios inexistente hierarquia objetiva, pois abstratamente todos possuem peso idêntico¹⁰, ao passo que as regras se submetem a diferentes graus hierárquicos *in abstracto*.

Disso decorre que no conflito entre regras, a solução é buscada com base nos preceitos do plano de validade¹¹, onde uma exclui a outra; enquanto as colisões entre princípios são solucionadas no plano da dimensão do peso, sem exclusão, mas com ponderação.

PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

Tratando-se de instrumento destinado a limitar a atividade estatal e a regular a solução de litígios, o processo deve guardar estreita relação com a Constituição.

Por tal razão, vários dos princípios processuais encontram-se expressos no Texto Magno (contraditório e ampla defesa; garantia do juiz natural; devido processo legal; proibição de provas ilícitas; etc) demonstrando que a Constituição valorizou a atividade processual como meio de proteção ao direito do jurisdicionado.

⁵ E com ele os progressos da hermenêutica, as tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional, cada vez mais atado à consideração dos valores. (conforme BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 238).

⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2002, p. 71.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 129

⁸ ALEXY, Robert. *Ibid*, p. 85.

⁹ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação*, p. 86.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p90.

¹¹ Nestes casos, faz-se uso dos critérios tradicionais da teoria de Bobbio — hierárquico especialidade e cronológico.

Do mesmo modo, a lei processual contém normas que dão densidade a princípios constitucionais, havendo, portanto, uma conexão entre direito processual e Constituição, o que contribui para a busca da concretização do direito material e torna o processo mais seguro possível.

PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

A literatura¹² noticia o reconhecimento da isonomia já na Grécia Antiga, ainda que sob uma compreensão menos elaborada¹³ e abrangência somente a alguns círculos sociais, pois as mulheres, os estrangeiros e os escravos não eram alcançados por este princípio.

Na França do no séc. XVIII a busca pela isonomia em sentido formal foi uma das forças motrizes da Revolução Francesa e, conseqüentemente, da queda do regime absolutista e ascensão do Terceiro Estado¹⁴ ao poder.

Somente um século depois o princípio da isonomia passou a ter presença nos textos constitucionais, no sentido formal¹⁵ e com restrições.

No Brasil, a Constituição de 1891 previa que “Todos são iguais perante a lei”, tal qual o fizeram as constituições de 1934, 1937 e 1946. Apenas na Constituição de 1988 acrescentou-se que esta igualdade deve ser “sem distinção de qualquer natureza”.

Atualmente, já se reconhece a isonomia em seu aspecto substancial. Sua plena concretização, porém, ainda é buscada com base na lei e políticas públicas, desafiando juristas, legisladores e administradores públicos.

ISONOMIA FORMAL E ISONOMIA MATERIAL

A isonomia formal é aquela prevista no texto legal sem estabelecimento de qualquer distinção entre os indivíduos. Trata-se de uma igualdade puramente negativa limitada ao plano normativo, sem observância das diferenças fáticas entre seus destinatários.

A isonomia material, por outro lado, é aquela “igualdade real e efetiva perante os bens da vida¹⁶” que exige da *lei* um tratamento diferenciado em relação a indivíduos com necessidades ou vantagens especiais, de modo a igualar de fato o máximo possível todos os jurisdicionados. Conforme Canotilho¹⁷, “exige-se uma *igualdade material através da lei*”, o que “pressupõe diferenciações”.

¹² FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios gerais de direito constitucional*. 1983, p. 768.

¹³ Segundo Canotilho, na antiguidade clássica, o significado deste princípio consiste na igual sujeição à lei de todos os cidadãos. (in CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2000, p. 375).

¹⁴ Formado pela burguesia, trabalhadores, comerciantes, manufatureiros e outros, o Terceiro Estado legitimou suas ascensão ao poder pela obra *Qu'est-ce que Le tiers état?* publicada às vésperas da Revolução Francesa de autoria do abade Sieyès.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. Op. Cit, p. 214.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. MARTNS, Ives Gandra *Comentários à constituição do Brasil*. 2000, p. 5

¹⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. c;t., p. 418.

Neste sentido, FAGUNDES¹⁸ ensina que o legislador “(...) ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições — os mesmos ônus e as mesmas vantagens - situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição dos encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades”.

Sendo assim, o princípio da isonomia muito mais do que sujeição uniforme de todas as pessoas à lei, deve se fazer presente desde o instante da criação desta, como uma limitação ou obrigação imposta ao legislador em respeitar as igualdades e desigualdades existentes entre os destinatários da lei, de forma que a sua aplicação resulte em uma igualdade material.

Assim, os destinatários deste princípio, enquanto forças normativas são os legisladores e os aplicadores das leis; e, enquanto benefício protetor contra discriminações ilógicas o princípio se dá em função daqueles que estão sujeitos às leis.

O FATOR DISCRIMINATÓRIO

O objetivo precípuo da isonomia é promover a igualdade material entre os destinatários dos preceitos legais por meio de diferenciações de tratamento na lei.

Esta possibilidade de discriminação legal, porém, abre brechas para, a pretexto do princípio da isonomia, promover-se abusos nas diferenciações de tratamento de modo a conceder privilégios, benefícios, ônus ou encargos excessivos a determinadas classes ou grupos de pessoas.

Diante da possibilidade de discriminação legal, como definir qual diferenciação se dá de maneira a promover a igualdade material entre os desiguais e qual lança mão de discriminações infundadas que não atendem ao princípio da isonomia, mas, ao contrário, o ofendem?

Trata-se de um campo pantanoso no qual se deve caminhar à luz dos valores e finalidades constitucionais, eis que são o fim último do princípio da isonomia e fundamentos para determinar a (in)constitucionalidade do tratamento legal diferenciado.

Conforme Mello¹⁹, “Para que um discriminação legal seja convivente com a isonomia, consoante até agora, impende que concorram quatro elementos”: generalidade; diferença de fato; correlação lógica entre a diferença fática e a discriminação legal; razão valiosa — ao lume do texto constitucional — para o bem público.

Em outras palavras, para que a discriminação legal seja constitucional, ela deve ser genérica, de modo que qualquer pessoa que se encaixe na situação descrita seja beneficiada por ela; deve ser destinada a situações ou pessoas que realmente possuam uma característica diferenciadora; o tratamento legal diferenciado e a distinção fática devem guardar correlação lógica; e o fim almejado pela lei discriminadora deve ser a promoção da igualdade material.

Em sede de direito processual, o princípio da isonomia vem para evitar privilégios ou abusos e para diminuir desigualdades materiais entre as partes em litígio de modo a torná-las igualmente aptas a exercer a busca por seu direito ou defesa, aproximando os resultados do processo ao seu escopo social.

¹⁸ FAGUNDES, Seabra *apud* SILVA. José Afonso da. Op. Cit, p. 218.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 1998, p. 41.

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA APLICADO AO PROCESSO CIVIL

Afirma Calamandrei²⁰ que a “afirmação puramente jurídica da igualdade das partes pode se transformar em letra morta, se depois, no caso concreto, a disparidade de cultura e de meios econômicos põe a uma das partes em condições de não se poder servir dessa igualdade jurídica”.

Neste diapasão, o acesso à justiça, a garantida do devido processo legal e o próprio direito material da parte em situação desvantajosa tornar-se-iam normas totalmente ineficazes.

Como meio de prevenir a inocuidade do processo civil em razão de disparidade de condições entre as partes, a lei processual prevê casos nos quais o tratamento concedido a um dos pólos da demanda será diferenciado²¹.

É o que ocorre com o foro privilegiado para mulher, previsto no artigo 100, inciso 1 do Código de Processo Civil (CPC), nas ações relativas ao seu casamento.

O FORO PRIVILEGIADO PARA A MULHER (ART. 100, 1 CPC) E A IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES (ART. 50, 1 CRFB/88)

O artigo 100 do CPC determina competências de foro, estabelecendo, em seu inciso I, que no caso das ações de separação, conversão de separação em divórcio ou anulação de casamento, será competente o da residência da mulher.

Trata-se de uma discriminação legal que privilegia a mulher em detrimento do homem, em desafio (aparente?) aos artigos 5º, caput e inciso I, e 226, §5º da CRFB/88, que prevêm a igualdade entre homens e mulheres inclusive no exercício dos direitos e deveres da sociedade conjugal.

Diante disso, com o advento da CRFB/88 e a consagração do princípio da isonomia entre os sexos, sustentou-se que “não haveria mais que falar na permanência do foro privilegiado para a mulher”²², por não ter a Constituição recepcionado o preceito sob comento.

Todavia, a tese da não recepção aos poucos passou a dividir espaço com argumentos favoráveis à discriminação legal, fundados, exatamente, no princípio da isonomia, considerando que em casos de ruptura conjugal a mulher seria, em regra, a parte mais sacrificada, por razões culturais, econômicas e sociais, o que justificaria o privilégio.

Neste sentido, Nery e Nery Jr²³ entendem que “A hipótese é tratar desigualmente partes desiguais, vale dizer, de discriminação justa, permitida pela CF 5º I. (...) No caso do CPC 100 I, há presunção *luris tantum* de que a parte débil é a mulher”, cabendo ao marido provar o contrário.

²⁰ CALAMANDREI, Piero. Direito processual civil. 1999, p. 331.

²¹ Sendo exemplos o prazo diferenciado do artigo 188; o foro privilegiado do artigo 100; a remessa necessária do artigo 475; todos do código de Processo Civil (CPC).

²² FRAGA, Thelma Araújo. O princípio da igualdade das partes e urna releitura do art. 100 do CPC à luz da Constituição e do Novo Código Civil. in ANDRADE, André (Org.). *A constitucionalização do direito*. 2003, p. 531.

²³ NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JR, N&son. *Código de processo civil comentado e legisla ço extravagante*. 2006, p. 308.

Não se pode olvidar, porém, das mudanças sociais, morais e culturais ocorridas nos últimos tempos que alavancaram a mulher de uma situação de submissão para outra de destaque profissional e independência econômica, o que convida a uma reflexão sobre esta presunção de debilidade perante o homem.

Segundo dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o “número de famílias que tem a mulher como principal referência (responsável ou líder) continua crescendo de forma substancial no País”²⁴, pois, conforme a Síntese de Indicadores Sociais 2007, no ano de “2006, 29,2% das famílias tinham a mulher nessa posição. Em 1996, eram 21,6%”²⁵.

Há que se considerar que muitas vezes as mulheres são a referência no lar por não existir a figura do marido ou companheiro, no entanto, tal fator foi considerado pela pesquisa, a qual verificou que “Do total de famílias que tinham na mulher o principal responsável, em 20,7% delas havia também um cônjuge (em 1996 esse porcentual era bem menor, de 9,1%)”²⁶, ou seja, mesmo nas famílias em que a figura masculina encontra-se presente, é crescente a ascensão feminina na sua liderança.

Neste diapasão, é forçoso reconhecer que a crescente a igualação entre sexos é uma via de mão dupla, pois o aumento gradativo do número de mulheres que chefiam família, quando presentes ambos os cônjuges (e é essa a hipótese que importa ao tema em análise), implica invariavelmente na situação de homens em situação econômica ou cultural desfavorável em relação à sua esposa.

Esta nova realidade social reflete-se nos Tribunais, cujas decisões acerca do tema vêm mitigando progressivamente a regra do art. 100, 1 do CPC, consoante acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que se colaciona:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO - COM PETENCIA - CASAL ESTRANGEIRO - CASAMENTO CELEBRADO NA ARGENTINA. - A NORMA DO ART. 100, 1, CPC, NÃO É ABSOLUTA. SE A MULHER NÃO OFERECER EXCEÇÃO DE INCOMPETENCIA DO JUÍZO, EM TEMPO HABIL, A COMPETENCIA TERRITORIAL ESTARA PRORROGADA POR VONTADE DAS PARTES.

II - CONSOANTE A DOCTRINA E JURISPRUDENCIA “EM SE TRATANDO DE CONJUGES ESTRANGEIROS, COM UM DELES DOMICILIADO NO EXTERIOR, NÃO TEM PREVALENCIA O FORO PRIVILEGIADO DA REGRA PROCESSUAL, EIS QUE PREPONDERAM PARA SEREM, OBSERVADAS AS NORMAS DE SOBREDIREITO EM SEU CARATER / GERAL”. TAL PRIVILÉGIO ASSIM ESTABELECIDO A BENEFÍCIO DA MULHER CASADA, JA NÃO MAIS PREVALECE, PORQUANTO CONFLITA COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE CONJUGES, PROCLAMADO NO ART. 226, PAR. 5. DA CF/1988. INCIDÊNCIA DA NORMA INSCRITA \ NO ART. 94, DO CPC. III - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO². [sem grifos no original].

Em análise ao tema, Cahali²⁷ entende que, a partir do advento da CRFB/88 e a consagração da igualdade os sexos, “não mais prevalece o foro privilegiado assim estabelecido a benefício da mulher casada, porquanto conflita com o princípio da igualdade entre os cônjuges, proclamado no art. 226, § 50, da Constituição Federal de 1988”.

²⁴ IBGE. *Mulheres chefiavam 29,2% das famílias em 2006*. Disponível em <http://pt.newspeg.com/>

²⁵ Id.

²⁶ Id.

²⁷ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, 1992, p. 586/587

Não obstante o desenvolvimento da mulher em sociedade e a nova ordem constitucional, há quem milite afavorda regra de competência do art. 100, I do CPC, tal como o faz Pereira²⁸, segundo o qual o privilégio deve prevalecer por ser de direito processual - e a igualdade entre cônjuges seria somente de direito material - e por servir de proteção à mulher, “ainda em grande parte fragilizada na estrutura social brasileira, salvo pequena parcela já independente cultural e economicamente”.

No entanto, consoante entendimento de Teixeira²⁹, a invocação de fatores como a fragilidade da maioria das mulheres, deficiência no seu desenvolvimento cultural ou dependência sócio-econômica do marido, só vem a depor “contra o próprio espírito que inspirou o princípio da igualdade jurídica da mulher brasileira como um todo, e não de pequena parcela delas”.

Insistir na suposta fragilidade feminina, portanto, revela-se um retrocesso, na medida em que se traduz em amarras à uma realidade social que se visa superar, e que vem, de fato, gradativa e constantemente, desaparecendo.

Atento a estes avanços femininos, Didier Jr³⁰ entende que o art. 100, I do CPC é “irrazoável e inconstitucional” notadamente por ser uma *presunção* e não levar em conta a situação de fato, pois “se, em 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*”.

Segundo este entendimento, portanto, o princípio da isonomia que visa privilegiar a parte mais fraca, continua aplicável aos casos em que se fizer necessário, porém, sua aplicação não deve ser automática, sem análise do caso concreto, sob pena de se transformar em ‘formal’ a isonomia que deveria ser ‘material’ e, assim, cometerem-se injustiças.

Paralelamente aos entendimentos conflitantes, aponta-se que a competência do artigo 100, I CPC é territorial e decorrente de presunção *iuris tantum*, logo, é relativa, ou seja, passível de ser afastada por prova em contrário.

No entanto, em decorrência da presunção legal 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 ao princípio da isonomia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da isonomia visa à diminuição das diferenças fáticas por meio de tratamento legal diferenciado em favor do menos favorecido.

Visando este mandado de otimização, o art. 100, I do CPC estabeleceu, já em sua redação original de 1973, o foro privilegiado da esposa em face do marido nos litígios matrimoniais, incumbindo *sempre* a este o ônus da prova em contrário à sua necessidade.

Do mesmo modo, em 1.988, a Constituição buscou, em vários momentos (arts. 5º, I; 70, XVIII e XIX; 143, §2º; 201, § 7º; 226, § 5º), a igualdade material entre homens e mulheres, ora proibindo diferenciações, ora estabelecendo tratamento diferenciado, conforme a verificação (ou não) de debilidade de um em relação ao outro.

²⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Apud TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Voto. (STJ). REsp 327.086/PR.

²⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Voto. (STJ) REsp 327.086/PR

³⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual clvii*. 2008, p 122.

Tratava-se de um período no qual a mulher lutava por reconhecimento e conquistas, buscando sair de uma situação de submissão para outra de independência e igualdade perante o homem, e os textos legais e constitucional vieram ao encontro a estes anseios.

Hoje, porém, o cenário é outro: a igualdade entre homens e mulheres já se incutiu no seio da sociedade que, moral e culturalmente, admite sem alarde a figura da mulher independente, sinalizando a concretização daquela previsão constitucional.

Diante destas alterações sociais, também a interpretação da norma deve mudar, pois “Toda interpretação é produto de uma época”³¹, de modo a moldar o conteúdo normativo à realidade e aos valores de cada período histórico.

Assim, o mesmo princípio da isonomia, que nos anos 70 exigia do legislador a criação de um privilégio legal para amenizar a vulnerabilidade da mulher perante o homem, hoje, exige uma reanálise deste discrimem, face à ‘igualação’ que homens e mulheres vêm sofrendo no que diz a direitos e deveres.

Vale mencionar que a aplicação do Direito não se resume a subsumir o caso concreto à norma escrita, mas se deve esculpi-la conforme a realidade que envolve as partes e a sociedade, buscando os fins sociais, o atendimento aos princípios constitucionais e a eficácia do processo e da decisão, pois, consoante Calamandrei³², o direito de acesso à justiça revela-se inócuo se não se oferece meios para fazê-lo.

Nesta nova sociedade, que assiste ao gradual desaparecimento da vulnerabilidade feminina, é cada vez mais possível deparar-se com uma relação processual na qual a parte mais fraca seja o homem, e este, nos termos do artigo 100, I do CPC, é o incumbido do ônus da prova, e incumbir tal encargo à parte mais necessitada não parece ser a solução que melhor atende ao princípio da isonomia.

Desse modo, e considerando que a fase atual é de transformações, na qual o sexo não serve mais para determinar vulnerabilidade ou capacidade, a presunção do art. 100, I CPC revela-se dissidente de seu contexto histórico-social, pois promove o favorecimento sem análise do caso concreto, possibilitando, com isso, prejuízo à outra parte eventualmente mais fraca e conseqüente ofensa ao princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2a reimpressão. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2001.

ANDRADE, André (Org.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. v. 1. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal Judiciario. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 31 jan.2009.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2002, p. 1

³² CALAMANDREI, Piero. *Op.Cit*, p. 331.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação, tomo 1, XII, nº 57**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v.1.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v 1. Salvador: Juspodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e Notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios gerais de direito constitucional**. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

IBGE. Disponível em: <www.ibge.gov.br> . Acesso em 31 jan. 2009.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7 ed. Barueri, SP: Manole, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9 ed. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹ Aluna do Curso de especialização em Ciências Jurídicas *para* a Magistratura, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina ESMESC — Universidade do Contestado — UNC Mafra/SC, cumprindo atividade acadêmica como requisito à obtenção de certificado *de* conclusão do curso de Pós-Graduação *lato sensu* acima entitulado.