

LA RUPTURE DU MARIAGE EN DROIT COMPARÉ, DE FRÉDÉRIQUE FERRAND E HUGUES FULCHIRON

*LA RUPTURE DU MARIAGE EN DROIT COMPARÉ,
BY FRÉDÉRIQUE FERRAND AND HUGUES FULCHIRON*

CARLOS EDUARDO MINOZZO POLETTO

Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.
ce.poletto@uol.com.br

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: FERRAND, Frédérique; FULCHIRON, Hugues. *La rupture du mariage en droit comparé*. Paris: Société de Législation Comparée, 2015.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Estrutura. 2. Conteúdo. Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

A obra *A ruptura do casamento no direito comparado*, editada pela Sociedade de Legislação Comparada, em parceria com o Instituto de Direito Comparado Édouard Lambert (IDCEL), o Centro de Direito de Família e a Universidade Jean Moulin Lyon III, compõe a coleção “Direito Comparado e Europeu” (v. 19), coordenada por Bénédicte Fauvarque-Cosson, cujo trabalho, realizado no âmbito do programa “Direito e Justiça”¹, fora dirigido por Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron, tendo sido por estes redigido com o auxílio de Younes Bernand, Christine Bidaud-Garon, Laurence Francoz-Terminal, Alain Devers, Aurélien Molière, Amélie Panet e Stessy Tetard, a partir das informações prestadas por diversos professores² em resposta a um extenso formulário com 96 questionamentos.

1. Trata-se de uma iniciativa conjunta do Ministério da Justiça e do Centro Nacional de Pesquisa Científica visando o desenvolvimento de estudos nas áreas do Direito e da Justiça.
2. Dieter Martiny, Laurence Francoz-Terminal, Jennifer Gracie, Marianne Roth, Claudia Reith, Walter Pintens, Velina Todorova, Christina Guilarte Martin-Calero, Penelope

POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

A pesquisa, que abarca a realidade jurídica de 15 países europeus³, possui dois objetivos fundamentais: 1 – apresentar um panorama comparativo acerca da regulamentação legislativa sobre a ruptura do matrimônio; 2 – analisar as novas perspectivas vivenciadas no direito internacional privado em vigor na União Europeia, notadamente após o advento do Regulamento 1259/2010 (Roma III).

1. ESTRUTURA

O livro é dividido em quatro partes estanques, cada qual com três capítulos.

Em sua introdução, além de um esboço histórico-evolutivo, com destaque para a crescente relevância da autonomia privada dos cônjuges, veicula-se ainda uma série de dados estatísticos de 1960 a 2012.

Na Parte I, intitulada de “Os casos e os procedimentos de divórcio na Europa”, estuda-se não somente as modalidades e as hipóteses previstas pelos diplomas legais nacionais, mas também as medidas protetivas aplicáveis às situações de violência conjugal e o papel desempenhado pelos filhos no processo de dissolução matrimonial.

A Parte II é inteiramente dedicada às consequências da ruptura em relação ao casal e a respectiva prole, atentando-se particularmente à amplitude conferida pelas legislações às convenções entabuladas pelos consortes.

Por fim, o objeto da análise se volta à problemática do divórcio no direito internacional privado europeu, principalmente no que concerne à cooperação judiciária e ao reconhecimento das decisões judiciais e dos atos notariais nos demais países, com especial relevo para o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

2. CONTEÚDO

Analisando as recentes transformações legislativas, os autores destacam que as mais significativas dizem respeito, em um primeiro momento, à própria admissão da extinção do vínculo conjugal, e, posteriormente, à ampliação das circunstâncias fático-jurídicas autorizadas, com o progressivo prestígio para o divórcio consensual, considerado menos traumático para todos os sujeitos envolvidos. Entre as reformas nacionais liberalizantes empreendidas entre os anos 60 e 80, destacam-se: Bulgária (1968), Inglaterra e País de Gales (1969 e 1973), Itália (1970 e 1978), Ho-

Agalopolou, Zsófia Lele, Maria Donata Panforti, Paul Vlaardingerbroek, Anna Stępień-Sporek, Marius Scheaua e Maarit Jänterä-Jareborg.

3. Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Espanha, França, Grécia, Holanda, Hungria, Inglaterra, Itália, País de Gales, Polônia, Romênia e Suécia.

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

landa (1971), Suécia (1973), Bélgica e Hungria (1974), França (1975), Alemanha (1976), Áustria (1978), Espanha (1981) e Grécia (1983). Mais adiante, no fim da década de 1990 e início dos anos 2000, uma segunda onda reformista se verificou em alguns ordenamentos, como, ilustrativamente, na Inglaterra e no País de Gales (1996), Áustria (1999), Bélgica (2000 e 2007), França (2004), Espanha (2005), Itália (2006), Grécia (2008), Bulgária (2009) e Romênia (2010).

No direito alemão, dentro do regime inaugural do *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1º de janeiro de 1900, o divórcio fora todo estruturado a partir da ideia de culpa (*Verschulden*), sendo que, em 1938, já durante o período do nacional-socialismo, com o advento da *Ehegesetz* (Lei do Casamento), embora tenham sido mantidas algumas causas fundadas no comportamento culposos de um dos consortes, também se passou a contemplar outras hipóteses em que a extinção do matrimônio não mais dependeria de tal aferição (ex. doenças mentais; moléstias contagiosas ou repugnantes; esterilidade). Em 14.06.1976, com a entrada em vigor da *Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts Ehe- und Familienreformgesetz (EheRG)*, que reintroduziu a matéria no Código Civil, consolidou-se o regime, ainda vigente hodiernamente, que contempla somente uma causa não culposa: a falência do casamento (*das Scheitern der Ehe* – §§ 1564 a 1568 do *BGB*).⁴

Em sua redação original, o Código Civil austríaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*) de 1812 não admitia o divórcio, mas apenas a separação de corpos (*Trennung von Tisch und Bett*), o que somente veio a ser alterado após a anexação (*Anschluss*) do país pela Alemanha em 13.03.1938 pois, em 6 de julho do mesmo ano, passaria a vigorar em todo o III *Reich* a referenciada *Ehegesetz*. Com o término da II Guerra Mundial, a Áustria recepcionou tal diploma, retirando, contudo, os dispositivos de inspiração nazista, tendo sido novamente reformada em 1978, oportunidade em que se expandiram as situações caracterizadoras da falência do matrimônio e introduziu-se a ruptura por mútuo consentimento. Em 1999, suprimiram-se das chamadas “causas absolutas de divórcio” (*absolute Scheidungsgründe*), o adultério e a recusa reprodutiva do consorte.

Entre 1804 a 1974, o direito belga facultava o divórcio por culpa ou por consenso dos cônjuges, ainda que este último com restrita aplicação. A lei de 01.07.1974 acabou por criar uma modalidade fundada em uma circunstância objetiva: a separação de fato por dez anos, prazo que acabou posteriormente reduzido para cinco anos em 1982, e, a partir do ano 2000, para dois anos. Em 2007, a espécie culposa

4. Na República Democrática da Alemanha (*Deutsche Demokratische Republik – DDR*), a *Ehegesetz* acabou revogada ainda em 1955 com a entrada em vigor da lei que disciplinava o casamento e a sua dissolução (*Verordnung über Eheschließung und Eheauflösung*), posteriormente integrada ao Código da Família (*Familiengesetzbuch – FGB*) de 1965.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

restou totalmente eliminada, permanecendo em vigor apenas duas causas: falência do casamento e por mútuo consentimento.

Na Bulgária, o divórcio civil, ou seja, de natureza não religiosa, somente foi introduzido na legislação em 1945, pois que anteriormente vigoravam os termos do estatuto canônico de 1871, cujo artigo 187 contemplava mais de dez hipóteses autorizadoras, baseadas na culpa ou em razões objetivas, que, todavia, raramente permitiam a dissolução do vínculo. O primeiro diploma laico passou a prever o término consensual do matrimônio, além de manter a espécie unilateral fundada em comportamentos culposos ou em dados objetivos (ex. grave violação dos deveres conjugais; falência do relacionamento; adultério; ameaça de morte; condenação penal; ausência; esterilidade; impotência sexual). Em 1952, com o objetivo de prestigiar a manutenção da instituição matrimonial, o Código de Processo Civil revogou o divórcio amigável e aquele baseado na ruptura do relacionamento. No entanto, logo no ano seguinte, em 1953, a lei passou a admitir apenas uma hipótese permissiva: a falência do matrimônio, sendo que as antigas prescrições passaram a ser utilizadas como parâmetros para a sua aferição. Com o advento do Código da Família de 1968, acresceu-se novamente a faculdade do divórcio por mútuo consentimento, sem prejuízo da extinção em razão da crise irremediável da relação conjugal.

O direito espanhol, sob forte influência da religião católica, com exceção de um brevíssimo período durante a República (em 1932), admitiu o divórcio apenas em 1981, ao regulamentar o art. 32, n. 2, da Constituição de 1978. Essa legislação inicial impunha um período prévio obrigatório de separação (de fato ou legal), permitindo ainda o requerimento conjunto. Em 2005, embora mantida a figura da *separación*, esta deixou de ser pressuposto para a desconstituição do casamento, que, por sinal, passou a ter uma única hipótese, qual seja, a vontade dos cônjuges, ou ao menos de um deles, exigindo-se tão somente o transcurso de três meses da sua celebração.

A Polônia, conquanto independente no período entreguerras (1918-1939), somente em 1945 adotou uma legislação nacional unificada em matéria de dissolução matrimonial. Pela lei de 25 de setembro, o divórcio poderia ser pronunciado quando a vida conjugal se encontrasse destruída de forma permanente, apresentando o texto legal um rol exemplificativo das circunstâncias caracterizadoras, por exemplo, adultério, ameaça de morte, comportamentos devassos ou perversos, condenação criminal, alcoolismo, toxicodpendência, doenças venéreas ou mentais e impotência sexual. Contudo, o magistrado poderia rejeitar o pedido formulado pelo consorte caso entendesse que a extinção seria contrária aos interesses dos filhos menores. A legislação polaca previa também a opção consensual, mas desde que o casamento já tivesse completado ao menos três anos. Em 1950, com a edição do primeiro Código da Família, a ruptura passou a ser regulada por

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

uma fórmula geral que assim estatuiu: “cada cônjuge pode demandar ao Tribunal a pronúncia do divórcio se, por sérias razões, a vida matrimonial restar completamente desintegrada de forma permanente”. Cabe destacar, por oportuno, que o divórcio não poderia ser requerido pelo consorte faltoso (exclusivamente responsável, frisa-se), salvo consentimento do cônjuge inocente. No entanto, passou-se a facultar ao demandante a formulação apenas da pretensão desconstitutiva, sem qualquer manifestação acerca da responsabilidade conjugal. Tal sistemática acabou aprofundada pelo Código da Família de 1964, que contempla apenas uma causa: a ruptura irremediável.

De 1864 a 1954, a sistemática do então vigente Código Civil romeno, inspirada no modelo inicial do *Code Napoléon*, apenas admitia o divórcio unilateral decorrente da prática de adultério, sevícia ou injúria grave, sem prejuízo da extinção pelo consenso entre os cônjuges. Durante o regime comunista, a Romênia conheceu uma restritiva legislação que somente permitia a dissolução do casamento quando a vida conjugal se tornasse grave e irremediavelmente afetada em razão de ato culposo perpetrado por um dos consortes, tendo sido ainda suprimido o divórcio por mútuo consentimento. Após o processo revolucionário de 1989, a Lei 59/1993 reintroduziu no ordenamento a modalidade consensual, embora excluísse do seu âmbito normativo os casais com filhos comuns menores e aquelas relações com duração inferior a um ano, restrições que acabariam revogadas pela Lei 208/2010. Tal diploma legal, por sinal, inaugurou a figura do divórcio extrajudicial.

Na Grécia, entre 1821 a 1920, o divórcio era regulamentado pela Novela 117 de Justiniano, repousando a matéria sob o manto da culpa conjugal. Com a adoção da Lei 2228/1920, o direito grego passou a prever uma variada gama de hipóteses autorizativas, culposas e objetivas, por exemplo: adultério, abandono malicioso do consorte por dois anos, alienação mental e impotência sexual do varão ao tempo da celebração do casamento. A esse respeito, a entrada em vigor da codificação civil de 23 de fevereiro de 1946 em nada alterou tal panorama. Em verdade, a grande reforma somente veio a ser implementada em 1983 (Lei 1329), quando foi introduzido o divórcio-falência em substituição ao divórcio-sanção. Por essa novel sistemática, a dissolução matrimonial poderia ser pronunciada em duas situações: a) mediante o ajuizamento de demanda judicial por um dos cônjuges quando a manutenção da união se revelar inviável, presumindo-se tal circunstância se o casal já estiver separado de fato por dois anos (inicialmente, o prazo previsto era de quatro anos); b) por mútuo consentimento.

Pela lei húngara de 1894, o divórcio somente poderia ser requerido quando constada a culpa conjugal de um ou de ambos os consortes. Tratava-se, como se pode intuir, de elemento intrínseco e indispensável do pronunciamento judicial. As hipóteses previstas pelo citado diploma oitocentista acabaram repisadas pela reforma de 1945, que, no entanto, inseriu no ordenamento causas objetivas (ex. doença

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

mental do cônjuge, mas desde que o matrimônio já contasse com, no mínimo, três anos; separação de fato por mais de cinco anos ininterruptos), além do término consensual. Tal legislação diferenciava as nominadas “causas relativas” das “causas absolutas”, já que naquelas a extinção do vínculo dependeria ainda de uma análise judicial acerca da personalidade e das condições pessoais dos cônjuges que permitiriam aferir a insuportabilidade da manutenção da vida conjunta. Em 1952, com o advento da Lei IV, suprimiu-se o princípio da culpa em prol da adoção de uma única espécie: a ruptura do matrimônio. O novel diploma também eliminou a figura do divórcio por mútuo consentimento, que acabou reintroduzido em 1963 por determinação da Corte Suprema, tendo sido, em 1974, regulamentado por meio de lei complementar. Mas a culpa conjugal, embora tenha desaparecido como fundamento extintivo da relação jurídica matrimonial, ainda conserva alguma relevância na regulamentação de alguns dos seus efeitos acessórios.

O direito civil italiano passou a permitir a dissolução do casamento (*scioglimento del matrimonio*) através da Lei 898, de 1º de dezembro de 1970, quando verificada a impossibilidade de manutenção ou reconstrução da relação conjugal. A concessão do *divorzio* (expressão rejeitada pelo legislador), entretanto, resta condicionada à presença de alguma daquelas situações expressamente elencadas pelo art. 3º do mencionado diploma legal, dentre as quais se destaca a obrigatoriedade da prévia separação (judicial/contenciosa ou consensual) por cinco anos ininterruptos (prazo posteriormente reduzido para três anos em 1987)⁵, sendo que na hipótese, ora revogada, de culpa exclusiva do requerente, o lapso temporal exigido era de sete anos. Afora tal condição, o legislador estatuiu outras, como, ilustrativamente: a) condenação penal transitada em julgado de particular gravidade; b) condenação penal por crimes perpetrados contra o cônjuge ou a prole; c) não consumação do matrimônio; d) alteração de sexo por um dos consortes (introduzida pela Lei 438/1978).

Na Inglaterra e no País de Gales, o divórcio foi legalmente autorizado em 1857 (*Matrimonial Causes Act*), suprimindo a antiga figura da separação *a mensa et thoro* (separação de corpos). As hipóteses à época previstas, além de restritivas, tratavam diversamente homens e mulheres, já que aqueles poderiam obter a dissolução do matrimônio, por exemplo, na hipótese de adultério, enquanto estas somente conseguiriam fundamentar tal pleito quando verificada a prática de “adultério agravado” (ex. incestuoso; bigamo). Essa diferenciação viria a perdurar até a edição do *Matrimonial Causes Act* de 1923. Em 1937 foram acrescentadas novas situações fáticas que facultavam o término do casamento, todas baseadas na culpa (ex. abandono do

5. Posteriormente à edição da obra, com o advento da Lei 55/2015, tal lapso temporal acabou novamente reduzido para: a) 1 ano, em se tratando de separação judicial/contenciosa; b) 6 meses, caso a separação tenha sido consensual. Cf. TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 23.ed. Milão: Giuffrè, 2017. p. 1256-1261.

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

consorte; crueldade; insanidade de espírito incurável). Com o advento do *Divorce Reform Act* de 1969 e do *Matrimonial Causes Act* de 1973, instaurou-se um regime unitário, baseado unicamente na ruptura irremediável do vínculo matrimonial (*irretrievable breakdown of marriage*). Embora tenha almejado objetivar as razões jurídicas permissivas, tem-se que a reforma não descartou por completo a culpa conjugal, que continua presente na aferição da ruptura irremediável.

Em sua redação original, o Código Civil holandês de 1838 admitia o término matrimonial em quatro situações, a saber: adultério, abandono malicioso, crueldade e condenação pela prática de certos tipos penais. Com a alteração implementada em 1971, substituiu-se tais hipóteses pela fórmula única da ruptura conjugal, assim como introduziu-se no ordenamento a dissolução sem perquirição de culpa. Nesse contexto, cumpre sublinhar que a crise irremediável do casamento não necessita ser objeto de prova pelo requerente, salvo oposição do consorte requerido, embora tal quizila não potencialize a rejeição da pretensão. Ainda que destituída de caráter obrigatório, a legislação civil faculta aos casais a opção pela prévia separação judicial, que, a qualquer tempo, pode ser convertida em divórcio.

No direito sueco, desde a lei sobre a celebração e dissolução do casamento de 1915, o divórcio poderia ser pronunciado quando verificada a ruptura profunda e permanente da relação matrimonial, caracterizada pelo transcurso mínimo de um ano da decisão judicial proferida em ação de separação de corpos. No entanto, a lei facultava a sua decretação imediata em algumas hipóteses expressamente estatuídas (ex. adultério; abandono) ou se os cônjuges já se encontrassem separados de fato por mais de três anos. Em 1973, essa sistemática acabou substancialmente alterada, já que restaram suprimidas todas as referências às causas autorizativas da extinção e da nulidade do matrimônio, tendo sido ainda abolido o instituto da separação de corpos. Ademais, passou-se a admitir o requerimento unilateral do divórcio por um dos consortes, sem prejuízo, por evidente, do pleito comum.⁶

Ao finalizarem esse panorama histórico-comparativo, os autores pontuam que, de um modo geral, houve um sensível deslocamento da resolução legislativa para a composição autônoma dos conflitos conjugais, com uma evidente predileção para a adoção da figura do divórcio-falência, em que a eventual culpa do(s) consorte(s) somente atua de forma secundária ou acessória. Outrossim, estão a desaparecer paulatinamente os mecanismos e os prazos legais tendentes a retardar a dissolução do vínculo matrimonial.

Essa novel realidade elevou a vontade dos cônjuges e reduziu o papel do Poder Judiciário, mormente no que concerne aos efeitos mais sensíveis à esfera privada

6. Talvez por se tratar de uma publicação francesa, inexistem maiores considerações acerca do processo legislativo-evolutivo vivenciado naquele país.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

dos indivíduos, eis que na maioria dos ordenamentos estudados a decisão do casal (ou de apenas um dos consortes, por vezes) de colocar um termo final constitui fundamento jurídico suficiente (quando não único) para o término do casamento.

Adentrando na análise das hipóteses autorizativas, procurou-se dividir os diplomas legais pesquisados a partir de três tipologias: a) divórcio baseado em múltiplas causas (Áustria, Bélgica, Bulgária, França, Grécia, Hungria, Itália e Romênia); b) divórcio fundado em causa única (Alemanha, Inglaterra e País de Gales, Holanda e Polônia); c) divórcio sem causa jurídica relevante (Suécia, Espanha e França).

A sistemática que faculta a dissolução do casamento a partir de variados fundamentos revela-se dominante, embora não haja maior uniformidade no que tange às causas propriamente ditas. Com exceção da Itália, todos os países inseridos em tal grupo admitem o término por mútuo consentimento, espécie de maior relevância social, chegando a abarcar, ilustrativamente, 64% dos divórcios realizados na Bulgária em 2010. Em algumas legislações, particularmente na Áustria e na Grécia, a duração mínima do casamento por seis meses constitui pressuposto indispensável para o seu requerimento, condicionante temporal inexistente nos demais, inclusive no direito francês após a reforma de 2004. Por outro lado, há uma diversa gama de situações que acabaram sendo agrupadas sob a locução indeterminada da “ruptura irremediável do vínculo matrimonial”, que abarcaria: 1 – circunstâncias atinentes à saúde de um dos cônjuges (ex. §§ 50, 51 e 52 da *Ehegesetz* austríaca que autoriza o divórcio em razão do acometimento pelo consorte de perturbações ou doenças mentais – incluindo depressão, toxicodependência e histeria – infectocontagiosas ou repulsivas); 2 – falência do relacionamento conjugal (ex. na Hungria e na Bulgária, os elementos fáticos que identificam tal realidade devem ser objeto de análise judicial, enquanto que na Grécia, Romênia e França há uma presunção decorrente da separação de fato por dois anos consecutivos, sem prejuízo da viabilidade de outros meios de prova; na Bélgica, a duração da separação de fato caracterizadora pode ser de três ou seis meses, ou mesmo de um ano, a depender, respectivamente, se a pretensão é deduzida em conjunto ou por apenas um dos cônjuges; na Itália, tal modalidade necessariamente deve ser antecedida de uma separação legal); 3 – comportamentos indecorosos. Nestes ordenamentos, mais precisamente na Grécia, Bulgária e Itália, a culpa conjugal não se apresenta como hipótese autônoma, mas como elemento de apreciação da ruptura matrimonial (ex. art. 1.439 do Código Civil grego, que elenca as seguintes causas: bigamia, adultério, abandono do lar, violência ou atentado à vida do consorte). Existem ainda três diplomas que contemplam a figura do divórcio culposo: Áustria, França e Romênia. O § 49 (*Scheidung wegen Verschuldens*) da Lei do Casamento faz referência à culpa conjugal e ao comportamento desonroso ou imoral de um dos cônjuges que acabe por inviabilizar qualquer possibilidade de reconciliação do casal (ex. adultério; violência física ou psíquica). No direito francês, desde a reforma de 1975, não mais se verifica a

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

eleição casuística de hipóteses caracterizadoras da culpa conjugal, que passou a ser regulada pelo art. 242 do *Code Napoléon* através de um conceito legal indeterminado (violação grave ou reiterada dos deveres e obrigações conjugais que tornem intolerável a manutenção da vida em comum). De forma semelhante, o artigo 373, alínea b, do Código Civil romeno, admite a dissolução fundada na conduta culposa de um ou de ambos os consortes que impossibilite a manutenção da relação matrimonial. Por fim, cumpre mencionar três situações específicas: a primeira, prevista pela codificação grega, que autoriza o divórcio quando declarada a ausência de um dos cônjuges; a segunda, exaustivamente regulada pela lei italiana, pertinente à condenação criminal de um dos consortes (pena perpétua; prática de delitos sexuais; tentativa, consumação ou reiteração de crimes perpetrados contra os seus familiares); a terceira, também contemplada pelo ordenamento italiano, atinente à alteração de sexo por um dos cônjuges.

O segundo agrupamento reúne as legislações em que o divórcio se encontra juridicamente fundado a partir de uma única causa: a ruptura irremediável do vínculo conjugal. No direito alemão, por exemplo, desde a reforma de 1975, a teor do disposto no § 1565 do *BGB*, tem-se que a falência do matrimônio (*Scheitern der Ehe*) constitui fundamento exclusivo para a sua dissolução, independentemente do prolongamento temporal da respectiva relação. Consoante a dicção legal, o casamento encontra-se falido quando não mais existe comunhão de vida entre os cônjuges, cujo restabelecimento não se revela possível. A apreciação de tal contexto fático está a cargo do Judiciário, embora o § 1.566 (*Vermutung für das Scheitern*) da codificação civil estabeleça duas presunções (irrefutáveis, giza-se), a saber: a) se os consortes já se encontram separados há um ano e a pretensão desconstitutiva é deduzida em conjunto; b) a separação de fato do casal se prolongar por três anos. Nesse diapasão, embora a culpa conjugal não mais constitua fundamento jurídico do divórcio, é cediço que a prática de certos comportamentos por um dos cônjuges pode facilitar a obtenção da dissolução matrimonial sem a observância dos mencionados prazos, como assim dispõe o § 1.565, II do Código Civil alemão. A jurisprudência reconhece tal situação excepcional, ilustrativamente, quando constatada a ocorrência de violência doméstica, ameaças, insultos graves, alcoolismo, abandono ou inadimplemento das obrigações alimentares, havendo, no entanto, grande cizânia acerca da infidelidade, já que para alguns, somente diante de contextos muito particulares tal fato potencializaria a incidência da presente solução exceptiva (ex. prostituição do consorte ou instalação da concubina/concubino no lar familiar). Assim como na experiência alemã, na Inglaterra e no País de Gales, desde as alterações empreendidas em 1973, a ruptura irremediável é o único fundamento jurídico autorizativo do divórcio, que, entretanto, não poderá ser postulado ao longo do primeiro ano do casamento. Nesse sistema, o *Matrimonial Causes Act* prevê expressamente as hipóteses que caracterizam a qualificada crise conjugal,

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

cuja perquirição judicial, na prática, apenas é empreendida quando um dos consortes se opõe à dissolução. São eles: a) adultério ou qualquer outro comportamento que inviabilize a continuidade da relação (convém pontuar que a lei exige certa imediatividade, já que o consorte não poderá invocar fatos ocorridos há mais de seis meses); b) abandono do domicílio por mais de dois anos; c) separação de fato por dois anos consecutivos, caso a dissolução requerida por um dos cônjuges seja aceita pelo outro, ou de cinco anos, na hipótese de recusa pelo requerido (tal realidade pode ser verificada mesmo quando os sujeitos envolvidos habitem a mesma residência, mas desde que não mais exista autêntica vida conjugal). A legislação polonesa, por sua vez, não tipifica as situações informadoras da ruptura irremediável, que, todavia, devem ser necessariamente comprovadas em juízo. A esse respeito, um estudo jurisprudencial revelou que os divórcios ocorridos em 2010 se basearam principalmente em: 1 – desentendimento (34,8%); 2 – adultério (25,4%); 3 – alcoolismo crônico (19,8%).

O denominado divórcio sem causa jurídica relevante constitui vertente francamente minoritária, estando presente no modelo francês como uma das espécies de dissolução matrimonial, e, na Suécia e na Espanha, como única opção. Na França, em verdade, estamos diante do tradicional divórcio por mútuo consentimento, em que há apenas a homologação judicial do acordo entabulado pelos cônjuges sem nenhuma referência às razões pessoais pelas quais a relação findou-se. No direito espanhol, com o advento da lei de 08.07.2005, a vontade pessoal de colocar um termo final no casamento constitui causa única e determinante para a extinção do vínculo conjugal, não devendo haver qualquer menção à motivação do(s) requerente(s). A pretensão judicial pode ser formulada conjunta (procedimento consensual) ou isoladamente por um dos consortes (procedimento contencioso). Por oportuno, convém sublinhar que a eventual culpa conjugal pode acarretar a nulidade das doações realizadas durante a constância do matrimônio. Esse modelo, deve-se reconhecer, fora pioneiramente instaurado pela reforma sueca de 1973, que, contudo, possui uma particularidade não verificada na realidade espanhola: a exigência do cumprimento de um período de reflexão de seis meses para os casais que possuem filhos menores de 16 anos.

Independentemente das modalidades de divórcio contempladas, o estudo permitiu descobrir que a maioria das legislações ainda mantém tal procedimento no âmbito do Poder Judiciário, como na Alemanha (§ 1564 do BGB – *Scheidung durch richterliche Entscheidung* – c/c §§ 152 (1) e 137 da *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FamFG*), Áustria (§ 46 da *Ehegesetz*), Bulgária (art. 103 do Código de Processo Civil), Espanha (art. 89 do Código Civil) e Grécia (art. 17, n. 1, do Código de Processo Civil). Mesmo a Suécia, país reconhecidamente progressista, igualmente prevê a competência exclusiva dos Tribunais para a pronúncia da extinção do vínculo conjugal. A

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

Romênia, ao revés, se sobressai pela adoção de um sistema plural, já que também admite o divórcio extrajudicial (notarial e administrativo), embora o recurso judicial seja inevitável em algumas situações (ex. dissolução culposa).⁷ Diferentemente do que ocorre entre nós, a lei romena permite a desconstituição do vínculo matrimonial perante o notário ainda que existam filhos menores, mas desde que o casal tenha acordado todas as consequências decorrentes (ex. utilização do patronímico; exercício da autoridade parental; direito de visitas; prestação alimentícia).⁸

Em se tratando de procedimento jurisdicional típico, os autores elencam as seguintes particularidades aferidas: 1 – a representação das partes por advogado revela-se obrigatória na Alemanha, Espanha, França, Grécia, Itália e Holanda, o que não ocorre, por sua vez, na Áustria, Bélgica, Bulgária, Hungria, Polônia e Suécia; 2 – a existência de um período de reflexão após o ajuizamento da demanda constitui pressuposto exceptivo, encontrando-se presente apenas nas legislações da Inglaterra e País de Gales, Bélgica e Suécia; 3 – intervenção de terceiros: alguns dos ordenamentos estudados preveem a participação do Ministério Público com a finalidade de salvaguardar os interesses dos filhos menores ou maiores incapazes, como assim se observa na Bélgica, Espanha, Hungria e Polônia. Entretanto, tal intervenção acabou rejeitada no direito alemão, austríaco, búlgaro, grego, holandês e sueco. Nesses países, de um modo geral, optou-se pela oitiva dos serviços estatais de proteção à criança e ao adolescente (ex. *Jugendamt* alemão), detentores de melhores informações acerca da efetiva realidade familiar. Na Áustria, desde 2009, essa audição passou a ser obrigatória, enquanto que na Bulgária e na Suécia ela permanece condicionada à deliberação judicial (facultativa, portanto); 4 – resolução amigável dos conflitos: as normas não impõem aos litigantes a submissão prévia à mediação, dependendo a sua realização do interesse de ambos, embora existam algumas previsões nacionais que autorizam o juiz a determinar (ou ao menos recomendar, como no direito austríaco) o comparecimento dos cônjuges perante o mediador, oportunidade em que serão expostas as informações necessárias acerca do procedimento e de suas possíveis vantagens. A esse respeito, cumpre destacar que Holanda e Suécia, países que outrora adotaram a mediação coercitiva, acabaram por rever essa opção, mantendo hodiernamente o preponderante caráter dispositivo.

7. Em França, com o advento da Lei 2016-1547 (art. 50, em particular), de 01.11.2016 (*Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*), em vigor desde 1^o de janeiro de 2017, passou-se a admitir a realização do divórcio consensual perante a autoridade notarial (“divorce sans juge”).

8. Mesmo não integrando o presente estudo, os autores pontuam que o divórcio extrajudicial também se encontra previsto nas legislações da Rússia, Ucrânia, Lituânia, Estônia, Dinamarca, Noruega, Cuba e Colômbia.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

De todos os sistemas pesquisados, apenas a Inglaterra e o País de Gales (*Children Act* de 1989) concedem aos filhos o *status* de parte na demanda desconstitutiva, sendo que os demais admitem somente a sua oitiva em juízo. Nesse derradeiro sentido, dispõe o art. 931, alínea 7, do Código Judiciário belga, *in verbis*: “a audição do menor não lhe confere qualidade de parte no processo”. Giza-se: mesmo naqueles ordenamentos, como no direito alemão, que preveem a possibilidade de designação de um terceiro (curador processual – *Verfahrensbeistand* – § 158 da *FamFG*) para acompanhar e defender os interesses do infante no bojo da ação de divórcio, não o elevam à qualidade de sujeito processual. Como mencionado, ingleses e galeses facultam a intervenção dos filhos sempre que neles estiver sendo veiculada pretensões que possam afetar a sua esfera jurídica, tais como as questões relativas à sua residência (*residence order*) e ao direito de visitas (*contact order*). Nesses casos, geralmente o descendente será assistido por um *Children Guardian*, membro do *Children and Family Court Advisory and Support Service* (CAFCASS), a quem cumprirá, inclusive, a designação de um advogado (*solicitor*). No que tange especificamente à permissão para a escuta em juízo dos filhos menores, os diplomas nacionais normalmente se baseiam em critérios etários ou psicológicos, podendo se concluir pela preponderância da combinação de ambos os parâmetros. Nesse diapasão, existem alguns países que não simplesmente autorizam, mas conferem ao indivíduo o direito de ser ouvido a partir de determinada idade, (ex. 14 anos na Alemanha; 12 anos na Espanha, Holanda e Itália; 10 anos na Bulgária e Romênia), enquanto que em outros tal garantia resta condicionada à apreciação judicial da sua maturidade e discernimento (ex. Áustria, Bélgica, Grécia, Inglaterra e País de Gales, Polônia e Suécia). Por oportuno, interessante pontuar a diversidade pela qual essas declarações são coletadas, que podem ser tomadas diretamente pelo magistrado, por um terceiro nomeado ou mesmo por um representante dos serviços de assistência à infância e à juventude. A primeira sistemática acabou adotada, por exemplo, pelo direito alemão, austríaco (parcialmente), belga, espanhol, francês (em princípio), grego, holandês, húngaro e sueco (de forma excepcional e raramente aplicada), cuja audição não deverá ser realizada na sala de audiência, mas em outro local (ex. gabinete do juiz) que permita a construção de um ambiente informal, destituído de maiores solenidades, de modo a estabelecer uma relação de confiança, sem qualquer constrangimento ou intimidação ao declarante, que poderá ser acompanhado por um assistente social (ex. Bulgária, Espanha e Romênia), membro do Ministério Público (ex. Espanha), curador (ex. Alemanha), advogado (ex. França), parente próximo (ex. Bulgária, Hungria, Polônia e Romênia) ou pessoa de sua escolha (ex. Bélgica). O segundo modelo, em vigor, ilustrativamente, na Áustria (em situações especiais ou quando a criança possuir menos de 10 anos), Suécia, Inglaterra e País de Gales, prevê que a oitiva ficará a cargo de um terceiro, notadamente um assistente social ou agente do sistema de proteção da infância/juventude (ex. *Social Welfare Board* sueco).

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

Especificamente quanto às medidas cautelares que podem ser determinadas pelo juiz, tem-se que alguns ordenamentos optaram pela adoção de um rol legal, ainda que não taxativo, como assim se verifica nas sistemáticas francesa (art. 255 do *Code Napoléon*) e espanhola (art. 103 do Código Civil), enquanto outros delegaram à criatividade judiciária a eleição dos atos provisórios que porventura se revelem necessários, fórmula acolhida pelo direito romeno e polonês. No que concerne às relações entre os cônjuges, as providências mais corriqueiras dizem respeito à permanência na residência familiar e à fixação de prestação alimentícia. Nesse contexto, merece destaque o quadro vivenciado na Inglaterra e no País de Gales, onde as ordens judiciais atinentes ao afastamento do lar por um dos consortes somente podem ser intentadas nos casos envolvendo violência conjugal (físicas, sexuais, morais ou financeiras). Outrossim, em existindo prole comum, é possível que haja a necessidade de algum regramento imediato para organizar temporariamente a morada, a convivência e o sustento dos filhos.

Há também um aspecto de suma relevância que não passou despercebido pelo estudo, que procurou perquirir as tutelas legais destinadas às situações de violência doméstica. Evidentemente, nos países que conservam a figura do “divórcio-sanção”, a perpetração de tais atos autoriza a concessão do divórcio (ex. art. 242 do *Code Napoléon*), mas, de qualquer sorte, mesmo naqueles que não mais contemplam essa modalidade de dissolução culposa, é cediço que essa grave circunstância potencializa o reconhecimento da falência do matrimônio, autorizando, por conseguinte, a extinção do vínculo conjugal, inclusive, por vezes, de forma abreviada (ex. § 1565 II do *BGB*). Paralelamente, as legislações passaram a adotar um conjunto de regras tendentes à proteção do cônjuge e dos filhos expostos às diversas manifestações de ultraje praticados no seio familiar. Na Áustria e na Itália, por exemplo, o juiz pode condenar o consorte agressor a se afastar da antiga habitação do casal, além de impedir que frequente determinados lugares (expressamente definidos) e que venha a entrar em contato com as vítimas. O Código de Processo Civil grego (art. 735) faculta de forma pormenorizada a concessão de liminar que impeça a presença do cônjuge violento na residência e no local de trabalho do parceiro, assim como na escola dos filhos. Na Espanha, por outro lado, tais medidas foram deslocadas para o âmbito do Juizado de Violência contra a Mulher, que, originalmente, possuía competência exclusivamente penal, mas que recentemente acabou por incorporar algumas matérias de natureza civil. Bem resumindo esse contexto, o art. 23 da romena Lei 217/2003 prevê expressamente as seguintes “ordens de proteção”: a) afastamento do cônjuge da residência familiar; b) proibição de contato com a vítima, seus filhos ou outros parentes; c) veto à aproximação dos locais de habitação e labor, além de outros lugares frequentados ou visitados periodicamente pelo consorte; d) impedimento de qualquer tipo de contato; e) entrega à autoridade policial de arma de fogo.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

Passando à análise das consequências do divórcio, os autores destacam a existência de um movimento tendente à contratualização do direito de família europeu, circunstância que reforçaria a resolução amigável dos efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes da dissolução conjugal. Particularmente quanto às convenções nupciais, duas questões mereceram singular destaque: 1 – momento de conclusão do negócio jurídico; 2 – espaço facultado à autonomia privada.

Em alguns países, como na Alemanha, se verifica substancial liberalidade temporal, já que o § 1408 do Código Civil (*Ehevertrag* – contrato matrimonial) permite aos cônjuges entabularem antes, durante ou depois de extinto o liame conjugal, realidade também prevalecente no direito inglês, que contempla uma ampla variedade conforme a época de sua elaboração (*prenuptial agreement*; *postnuptial agreement*; *separation agreement*; *draft consente order*). Na Bulgária, admite-se a legalidade dos pactos que antecedem a celebração, assim como os firmados durante a constância do casamento, todavia, tais acordos não podem regular as consequências patrimoniais do divórcio ou o exercício da autoridade parental, salvo se iniciado o processo de desconstituição da relação matrimonial. Ao revés, outros ordenamentos rejeitam a possibilidade de pactuação caso já instaurado o litígio judicial (ex. Itália, Holanda, Hungria, Polônia e Romênia). Diferentemente, no direito sueco não se revela viável a realização de convenção pré-nupcial, embora os efeitos exclusivamente materiais (divisão de bens e pensão alimentícia) possam ser acordados durante a vigência do casamento ou mesmo ao longo das tratativas do divórcio. A legislação espanhola franqueia a liberdade aos consortes de convencionarem antes ou durante a vigência do vínculo conjugal ou ainda perante o juiz no desenrolar do procedimento jurisdicional, circunstância que altera consideravelmente a amplitude do seu conteúdo, que, no entanto, dependerá da anuência do juízo competente. Não se deve olvidar, por outro lado, que naqueles sistemas em que existe a previsão do divórcio por mútuo consentimento, pode ser necessária a homologação judicial dos seus termos (ex. Áustria, Bélgica, Bulgária, Espanha, França e Hungria), o que, contudo, nem sempre constitui requisito indispensável, mas tão somente uma faculdade dos cônjuges (ex. Inglaterra e País de Gales, Grécia, Holanda e Suécia).

De um modo geral, os pontos essenciais que envolvem esses ajustes de vontade estão relacionados aos seguintes temas: a) residência dos filhos e o exercício da autoridade parental: a torrencial maioria das legislações permitem que esses assuntos sejam convencionados pelo casal, convindo registrar as particulares vivenciadas na Inglaterra e no País de Gales, já que nestes somente se admite a adoção do *parental responsibility agreement* por genitores que não estejam juridicamente vinculados pelo matrimônio; b) pensão aos dependentes (montante e forma de prestação): com exceção da Bulgária, onde persiste certa cizânia acerca de sua viabilidade, todos os demais ordenamentos facultam tal deliberação; c) efeitos do divórcio com relação aos próprios consortes: podem ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial,

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

predominando ampla liberdade negocial. Nesse ponto, quatro aspectos ganham maior relevo: c1) manutenção do sobrenome; c2) prestação alimentícia; c3) partilha dos bens; c4) compensação dos direitos relativos à pensão previdenciária.

As consequências entabuladas que digam respeito aos filhos, notadamente o exercício da autoridade parental e a obrigação alimentar, em regra, devem ser submetidas à aprovação judicial (ex. Alemanha; Bélgica; Bulgária; Espanha; Holanda; Hungria; Itália; Polônia; Romênia). Curioso perceber que em alguns ordenamentos, como, ilustrativamente, no direito italiano e espanhol, o juiz pode rejeitar os termos acordados e substituí-los por uma decisão jurisdicional, enquanto que em outros, como no direito belga e búlgaro, o magistrado poderá apenas deferir ou recusar a homologação. No sistema sueco, em não havendo litígio judicial entre o casal, cumprirá ao *Social Welfare Board* (órgão de natureza administrativa) examinar os ditames convencionados, sendo que a sua judicialização somente ocorrerá caso tal chancela seja recusada.

Já os efeitos negociais pertinentes exclusivamente aos consortes nem sempre devem ser levados ao crivo do Poder Judiciário, havendo, outrossim, elástica diversidade quanto ao seu âmbito de atuação. Tal controle ocorre com mais intensidade nas legislações da Inglaterra/País de Gales e Itália. Nesta última, a exemplo do que se percebe em referência às cláusulas atinentes à prole, o juízo possui plenos poderes para alterar as regras que entender lesivas aos interesses do cônjuge mais frágil. Na Holanda, sem prejuízo da nulidade dos acordos contrários à lei e aos bons costumes, caso o tribunal entenda haver um desequilíbrio entre os entabulantes, poderá convidá-los para uma audiência, oportunidade em que serão detalhadas e esclarecidas as consequências deletérias do ajustamento para uma das partes. No direito austríaco, aplica-se aos pactos conjugais o mesmo regramento previsto para os contratos, sendo que a análise jurisdicional normalmente envolve a aferição da capacidade jurídica dos contratantes e a observância das exigências impostas pela boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*). Nas sistemáticas romena e búlgara, apenas admite-se a interferência judicial caso violada alguma disposição legal de ordem pública, enquanto que na Bélgica, de forma ainda mais restritiva, tão somente se não respeitadas os seus contornos formais. Na Suécia, embora não haja a necessidade de homologação desses acordos, o Código do Casamento prevê a possibilidade do seu questionamento judicial quando se revelar manifestamente desproporcional.

Prosseguindo, os autores passam a se dedicar aos efeitos legais – patrimoniais e extrapatrimoniais – do divórcio em relação ao casal e aos respectivos filhos.

As consequências imateriais referentes aos consortes abarcam especialmente: a) dissolução do liame conjugal: a exemplo do direito francês (art. 260, n. 2, do *Code Napoléon*), a legislação da maioria dos países prevê que a desconstituição ocorrerá na data do trânsito em julgado da decisão que pronunciou o divórcio (ex. Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Grécia, Hungria, Polônia, Romênia e Suécia), sem

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

prejuízo de algumas especificidades locais. Existem, entretanto, exceções, a exemplo do que se verifica na Holanda, onde se revela necessário o assentamento no registro civil da decisão judicial dentro do prazo de seis meses que, caso não observado, exigirá a propositura de uma nova demanda; b) liberdade para contrair um novo matrimônio: em regra, poderão os ex-cônjuges firmar imediatamente outros vínculos, salvo na particular situação italiana, onde a lei estatui exclusivamente para as mulheres um intervalo impeditivo de 300 dias que somente será dispensável quando o casamento sequer tenha se consumado ou se o divórcio fora antecedido de um período de separação; c) sobrenome: majoritariamente, inexistente qualquer efeito sobre o patronímico comum, cuja manutenção decorre exclusivamente da vontade pessoal (ex. Alemanha, Áustria, Polônia e Suécia). Na Hungria, contudo, mesmo vigorando tal sistemática, tem-se que o ex-cônjuge, caso venha a se casar novamente, perderá o direito à utilização do nome de família do antigo parceiro. O direito húngaro ainda faculta ao ex-consorte impedir judicialmente o uso do seu sobrenome por aquele que foi ou vier a ser condenado criminalmente. Da mesma forma, na Holanda se admite tal pretensão judicial, mas desde que fundada em justo motivo e que do casamento não tenha originado filhos. Por outro lado, a perda automática do nome matrimonial encontra-se contemplada pelas legislações grega, italiana, francesa e romena, ainda que haja a possibilidade de recurso ao Judiciário em algumas específicas hipóteses; d) nacionalidade: mesmo que a sua aquisição tenha decorrido diretamente do casamento, nenhum dos ordenamentos estudados estabelece a perda do *status* de nacional em razão da extinção do vínculo conjugal; e) autorização de residência: em se tratando de cônjuge estrangeiro, o divórcio acarreta em alguns países a perda de tal concessão, como ocorre na Bélgica, Bulgária, Hungria, Polônia e Suécia, cumprindo destacar que a legislação de tais países estabelecem diversas exceções que podem viabilizar a sua permanência.

Quanto aos aspectos patrimoniais, excetuados aqueles decorrentes diretamente do regime de bens (matéria não abarcada pela pesquisa), acabaram por merecer maior destaque: a) pensão alimentícia; b) prestação compensatória; c) habitação familiar.

A obrigação de alimentos ao ex-consorte constitui fórmula francamente dominante nos ordenamentos pesquisados (Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Grécia, Holanda, Hungria, Inglaterra e País de Gales, Itália, Polônia, Romênia e Suécia), exercendo a prestação compensatória papel meramente coadjuvante e exceptivo. Sem a pretensão de exaurimento do estudo realizado, convém sublinhar algumas peculiaridades observadas: 1 – mesmo em alguns países que aboliram a discussão da culpa conjugal na dissolução do matrimônio, mantém-se, todavia, a possibilidade da sua aferição em favor do pretense devedor (ex. § 1579 do BGB; art. 301 do Código Civil belga; art. 21 do Código da Família da Hungria), de modo a evitar uma imputação injusta; 2 – a lei italiana sobre o divórcio prevê em seu art. 5º, alínea 7,

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

o reajuste anual automático da prestação alimentícia por força da sua indexação ao índice oficial de inflação; 3 – na Holanda, caso não tenha sido convencionado ou determinado pelo juízo alguma limitação temporal, é cediço que a obrigação se extinguirá automaticamente após 12 anos, salvo excepcional circunstância que justifique a sua prorrogação. Na hipótese da relação matrimonial ter perdurado por menos de cinco anos e desde que dela não tenha advindo filhos, a sua exigibilidade não poderá ser superior à respectiva duração do vínculo conjugal; 4 – no direito romeno, somente a incapacidade laboral é que autoriza o pleito alimentar em face do ex-consorte, e desde que tal realidade tenha se verificado ainda durante a constância do casamento ou dentro de no máximo um anos após a sua dissolução; 5 – na Suécia, mesmo nos casos de efetiva necessidade, a imputação de manutenção entre ex-cônjuges é prevista tão somente a título excepcional e temporário (de um a quatro anos).

A prestação compensatória (*prestation compensatoire*), por sua vez, está presente apenas nas normas francesa, espanhola e romena. Trata-se de um instituto que, a teor do art. 270 do *Code Napoléon*, se destina a compensar, tanto quanto possível, a disparidade econômica que a ruptura do matrimônio pode acarretar aos cônjuges. Relevante sublinhar que o Código Civil romeno seguiu a sistemática original inaugurada no direito francês em 1975, onde o cônjuge declarado exclusivamente culpado pelo divórcio resta impedido de reinvidicar o seu pagamento (art. 390, alínea 1). Ademais, a alínea 3 do mencionado dispositivo legal veda expressamente a cumulação da prestação compensatória (*prestația compensatorii*) com a pensão de alimentos (*pensie de întreținere*), regulada em separado pelo seu art. 389.

No que tange à habitação familiar, percebe-se que as normas elegeram o interesse dos filhos menores como critério jurídico primordial para a atribuição da sua utilização durante o processo de dissolução conjugal ou mesmo a sua efetiva propriedade, e, de forma apenas tangencial, a eventual necessidade de proteção de um dos consortes.

Os efeitos legais extrapatrimoniais que dizem respeito à prole envolvem dois relevantes aspectos: a) exercício da autoridade parental: na maioria dos ordenamentos analisados, o término do casamento não produz nenhuma consequência automática, à exceção do direito búlgaro e húngaro, onde o divórcio coloca fim ao exercício conjunto da autoridade parental, que passa a ser exercida exclusivamente pelo consorte a quem fora confiada a guarda (Hungria) ou por aquele com quem a criança irá residir (Bulgária), muito embora tal realidade possa ser alterada mediante pleito específico em diversa demanda judicial; b) organização das relações: os modelos da residência alternada e da guarda compartilhada revelam-se francamente minoritários, prevalecendo apenas na Itália e em algumas regiões da Espanha (Aragon e Valência). O sistema tradicional, aquele em que a guarda permanece com apenas um dos cônjuges, garantindo-se ao outro o direito de visita, se mostra

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

prevalente (ex. Alemanha, Áustria, Hungria, Polônia e Romênia), sendo que somente em alguns deles existe a possibilidade da sua alteração mediante acordo (ex. Alemanha e Romênia), faculdade vedada, no entanto, pelas normas austríaca, húngara e polonesa. Há, ainda, países que admitem as duas sistemáticas referenciadas, não estabelecendo pela via legislativa qualquer preferência entre ambas, cuja escolha cumprirá aos genitores ou ao Judiciário segundo o interesse do menor. Por outro lado, se observa em todos eles um autêntico direito-dever dos pais de manter intactas as relações pessoais com os filhos após o divórcio, sob pena de privação do exercício da autoridade parental (ex. Bulgária, França, Grécia, Polônia, Romênia e Suécia) ou mesmo a sua perda (título e exercício), como no exemplo italiano. Inexiste, contudo, reciprocidade em tal situação, pois o contato permanente constitui apenas um direito da criança e do adolescente e não um direito-dever. Se constatada a prática de atos obstativos ou emulativos pelo cônjuge detentor da guarda, tal circunstância poderá acarretar a privação do exercício da autoridade parental (ex. Alemanha, França, Grécia, Itália, Polônia e Romênia), sem prejuízo do encaminhamento dos envolvidos para a mediação familiar, como determinado pela lei alemã, francesa e húngara, ou da intervenção de assistentes sociais, como preveem, ilustrativamente, os diplomas espanhol e holandês. Em muitos países, o direito de visita pode ser objeto de execução forçada em face do ex-cônjuge que vier a criar entraves para a sua concretização (ex. Alemanha, Áustria e Bélgica), cumprindo destacar que na sistemática italiana há, inclusive, expressa previsão quanto ao pagamento de indenização/compensação (com finalidade punitiva, frisa-se) ao filho e ao consorte prejudicados.

A consequência patrimonial da dissolução do matrimônio em referência aos dependentes do casal se concentra, naturalmente, nas questões pertinentes ao custeio de sua manutenção. De forma majoritária, tal obrigação legal decorre da filiação, recaindo o ônus econômico sobre os parentes mais próximos, notadamente o genitor que não reside com o filho (ex. Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Holanda, Hungria, Inglaterra e País de Gales, Itália, Polônia e Suécia). Minoritariamente, como se verifica no direito búlgaro e grego, essa responsabilidade resta a cargo daquele que estiver no exercício da autoridade parental. Nos sistemas jurídicos que admitem a residência compartilhada, as despesas serão equitativamente repartidas (ex. França e Suécia). Os critérios para a determinação do montante da prestação devida apresentam certa uniformidade, sem prejuízo, por óbvio, de algumas peculiaridades (ex. na Hungria, os valores devidos a título de pensão alimentícia não podem superar 50% da renda do alimentante). Geralmente, leva-se em consideração o padrão de vida usufruído antes do divórcio, as necessidades do alimentando e a capacidade financeira do devedor. Além da ordinária periodicidade mensal, poucos países admitem fórmulas diversas, como na Suécia, onde excepcionalmente o pagamento pode ocorrer a cada trimestre ou mesmo em lapso temporal superior, facultando-se

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

ainda o adimplemento à vista. Nessa toada, convém comentar a instituição em alguns países de fundos públicos que visam mitigar os deletérios efeitos decorrentes da inexecução do débito alimentar. Na Alemanha, por exemplo, desde o advento em 2002 da *Unterhaltsvorschussgesetz*, ao menor de 12 anos é garantido um benefício estatal pelo prazo máximo de 72 meses, atentando-se que o Estado poderá cobrar do devedor toda a quantia despendida em razão de seu inadimplemento.

Por fim, o trabalho se concentra nos conflitos concernentes ao direito internacional privado, seara de suma relevância dado o elevado número de casamentos/divórcios entre estrangeiros na Europa.⁹ Dos diversos pontos tratados, merece ser destacada a problemática que envolve a união entre pessoas do mesmo sexo, mormente quando a dissolução conjugal é requerida em um país cujo ordenamento não reconhece a juridicidade de tal relação. Ex: o casal formado por um cidadão romeno e outro húngaro, que, domiciliados na Bélgica, contraíram núpcias nesse país, caso venham a se transferir para a Romênia, não poderão ali requerer o divórcio ante a disposição proibitiva constante no art. 277, n. 2, da codificação civil. Para essas situações, alguns países, como a Áustria, optaram pela recepção adaptada (“requalificação”) do matrimônio como “parceria registrada” (*eingetragene Partnerschaft*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O título ora apresentado, além de fornecer um amplo panorama do regramento jurídico do divórcio na Europa, abarcando a análise e o cotejo da legislação de países sumamente diversos (posição geográfica; desenvolvimento econômico e social; historicidade; religiosidade; particularidades culturais), se apresenta ao leitor como uma inestimável fonte de consulta destituída de qualquer viés ideológico, mormente ante a inequívoca constatação de que o debate envolvendo o direito de família entre nós encontra-se infelizmente cada vez mais partidarizado.

Nesse contexto, não se deve olvidar que o conhecimento do sistema normativo alienígena revela-se indispensável não somente para as investigações acadêmicas, constituindo também relevante subsídio para a atividade legislativa (*de lege ferenda*), respeitando-se, por evidente, todos os demais parâmetros que devem informar a construção de um modelo nacional.

Mas não é só! A pesquisa ainda expõe com clarividência a equivocada relação que a comunidade jurídica brasileira ainda insiste em travar com os institutos e as experiências estrangeiras, por exemplo, a recente recepção pela doutrina e jurisprudência (inclusive o Superior Tribunal de Justiça) da “prestação compensatória”

9. No ano de 2007, 13% (140.000) dos divórcios registrados no continente europeu envolviam consortes de diferentes nacionalidades.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

(também nominada por alguns de “alimentos compensatórios”). Como se pôde perceber, dos 15 países analisados, apenas 3 deles consagraram legislativamente essa figura (França, Espanha e Romênia), não havendo notícia de que nos demais, ante a ausência de previsão legal, tenha-se verificada a sua precária e arbitrária introdução pela via jurisprudencial, inclusive com os caudalosos e acríticos aplausos acadêmicos, como aqui se observa.¹⁰ Aliás, cabe registrar que os nossos importadores não explicaram – e sequer foram questionados – sobre qual a sistemática adotada e quais as razões de tal escolha, pois, como visto, há substancial diversidade entre a regulação francesa e romena.

Outro aspecto que merece ser considerado, e que também destoa do senso comum difundido ultimamente, diz respeito à culpa conjugal. Sem adentrar no mérito acerca da sua conveniência jurídica, é fato que tal figura, conquanto abolida em alguns ordenamentos (ex. Alemanha, Espanha e Suécia), mantém, ao revés, posição de destaque em outros (ex. Áustria, França e Romênia). E mesmo nos países que não mais admitem o “divórcio-sanção”, como, ilustrativamente, a Alemanha e a Bélgica, condicionam alguns dos efeitos acessórios à ausência de comportamento culposo, notadamente no que concerne à exigibilidade da obrigação alimentar. Como se vê, a complexidade das escolhas políticas supera em muito a superficialidade do discurso rasteiro de palanque.

Por todas essas razões, trata-se de uma leitura indispensável para aqueles que se propõem a estudar a matéria com profundidade, isenção e honestidade intelectual.

10. Muito pelo contrário. Recentemente, em 11 de maio de 2017, a Corte de Cassação italiana rejeitou um dos argumentos ventilados para a incidência da prestação compensatória, qual seja, o suposto direito à conservação do padrão de vida desfrutado durante o matrimônio (Sentença 11504). Cf. TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 23. ed. Milão: Giuffrè, 2017. p. 1260.

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *La rupture du mariage en droit comparé*, de Frédérique Ferrand e Hugues Fulchiron. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 363-382. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

Comentários de Jurisprudência

Commentaries on Cases^{NE}

NE Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor dos acórdãos, sentenças e decisões está disponível nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

