

# O DIREITO CIVIL DOMINADO

---

*LE DROIT CIVIL DOMINÉ – PRIVATE LAW DOMINATED*

**JEAN FOYER**

Professor Emérito da Universidade Panthéon-Assas  
(Paris II). Membro do Instituto de França.  
Antigo deputado e ministro da Justiça de França.

**TRADUÇÃO E NOTAS POR**

**DANIEL AMARAL CARNAÚBA**

Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus G. Valadares.  
Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Privado pela Faculdade  
de Direito da Sorbonne (Paris 1). Pós-doutorando em Direito Civil – Faculdade de Direito da USP.  
dancarnauba@hotmail.com

**REVISÃO DA TRADUÇÃO E NOTAS POR**

**GUSTAVO VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA**

Professor com Agregação na Universidade de Nîmes (França).  
cerqueirag@yahoo.fr

**OTAVIO LUIZ RODRIGUES JR.**

Professor Associado de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco –  
Universidade de São Paulo – USP. Doutor e Livre-docente em Direito Civil pela Faculdade  
de Direito da USP. Membro do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.  
otavioluiz.usp@gmail.com

**ÁREA DO DIREITO:** Civil

SUMÁRIO: I – Direitos Humanos e Direito Civil. II – Aproximação e unificação do *ius civile* ao *ius gentium*.

O Direito Civil foi tido durante muito tempo como o Direito por excelência.<sup>1</sup> O lugar que lhe era reconhecido no ensino jurídico evidenciava esse atributo.<sup>2</sup> Desde a promulgação do Código Civil, seu ensino sucedeu ao do Direito Romano. Até 1954, seu estudo moldou todos os juristas. É possível duvidar, de resto, que a especialização tenha produzido efeitos positivos.

De certo modo, o Direito Civil era o centro do Direito. Tal como ocorreu com o Direito Público, ele não escapou das mudanças de mentalidades e das evoluções políticas. Ripert demonstrou-o com o exemplo do divórcio de 1792 até nossos dias. Mas ele assimilava essas repercussões sem alvoroços e sem que qualquer necessidade jurídica obrigasse o legislador civil a tanto. A tradição opunha certa resistência às novas ideologias.

Antes de lhe dar seu próprio nome, Napoleão desejava que seu Código fosse chamado de o Código Civil dos Franceses. A expressão Direito Civil, transportada do Direito Romano ao Direito Privado moderno, conservou o sentido que lhe definia as *Institutas*: o direito que cada povo instituiu a si mesmo; o direito

1. Publicado originalmente sob o título « Le droit civil dominé », em *Le droit privé français à la fin du XXe siècle: études offertes à Pierre Catala*. Paris: Litec, 2001, p. 13-20. As notas de rodapé não constam do texto original. Elas foram acrescidas pelo tradutor (salvo quando forem dos revisores, o que será indicado expressamente) e devem ser consideradas pelo leitor como úteis à contextualização histórica e legislativa, em razão das mudanças ocorridas no ordenamento jurídico francês desde a publicação original do texto em 2001. Agradece-se ao professor Gustavo Vieira da Costa Cerqueira pela pesquisa e sugestão de publicação desse texto, além de seu auxílio para a liberação dos direitos autorais junto ao editor LexisNexis. Esta publicação inscreve-se no âmbito das atividades do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, coordenado pelo professor associado Otavio Luiz Rodrigues Jr. (USP), com a colaboração do professor adjunto Daniel Amaral Carnaúba (UFJF), ambos da Rede de Direito Civil Contemporâneo.
2. Jean Foyer (1921-2008) foi ministro da Justiça da República francesa, sob a presidência do General Charles de Gaulle e um dos pais da Constituição de 1958. Membro da Resistência Francesa na Segunda Guerra Mundial, adepto do movimento gaullista e deputado à Assembleia da República, foi presidente da Fundação Charles de Gaulle. Nos anos 1960, foi responsável por várias reformas legislativas importantes do Direito Civil e do Direito Comercial. Em 1975, envolveu-se em uma acalorada polêmica com a magistratura ao acusar o Sindicato da Magistratura de se comportar como uma entidade subversiva orientada a controlar o poder do Estado a partir do Judiciário. Na carreira universitária foi Professor de Direito Privado da Universidade de Paris II Panthéon-Assas (1973-1989), da qual se tornou professor emérito em 1989. Ele exerceu a docência anteriormente em Poitiers, Lille, Nanterre e Angers. Recebeu doutorado honorário da Universidade de Oxford em 1989. É importante compreender o pensamento de Jean Foyer como a expressão das ideias de um patriota francês, que nunca temeu colocar-se ao lado dos aparentemente “vencidos” na História: foi membro da Resistência em tempos de colaboracionismo e um eurocético em uma época de europeísmo ufanista. Algumas de suas afirmações devem ser, portanto, entendidas a partir de seu caráter e de sua coerência ideológica, ainda que o tempo haja cuidado de refutar algumas delas (Nota de Otavio Luiz Rodrigues Jr.).

que lhe é próprio. *Quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id est jus proprium, vocaturque ius civile*<sup>3</sup>. Por certo, logo após a Primeira Guerra, uma unificação do Direito Privado foi empreendida entre Estados europeus. Ela tardou a produzir alguns resultados. Ela possuía, inicialmente, ambições modestas. Ela tendia a unificar as heranças do Direito Romano das Obrigações<sup>4</sup>, conservadas de forma heterogênea. Seus promotores pensavam que os direitos nacionais eram intocáveis em suas disposições que regiam as pessoas.

Esse quadro permaneceu fiel à realidade até ao final da Segunda Guerra Mundial. Já não o é nos dias atuais.

Surgiu um duplo movimento tendente a atar o poder do legislador civil. Duplo em razão de suas aspirações. De um lado, a ideologia dos direitos humanos, tal como a jurisprudência a traduziu em regras jurídicas, impõe-se ao Direito Civil, que deixa de ser um direito livre, isto é, um direito que o legislador editaria soberanamente. De outro lado, a ideologia europeia conduz à aproximação, ou mesmo à unificação, do Direito Privado, sob o império das preocupações econômicas neoliberais e, sobretudo, consumeristas.

Sob esse duplo aspecto, o Direito Civil é um direito dominado.

## I. DIREITOS HUMANOS E DIREITO CIVIL

Se a França, seguindo o exemplo dos Estados Unidos, fez preceder a maior parte de suas constituições – e ela não cessou de fazê-las e refazê-las<sup>5</sup> – de uma declaração

3. G., 1, 1; Inst., 1, 2, 1.

4. O projeto do Código das Obrigações Franco-Italiano, de 1927, é certamente o mais emblemático exemplo do fenômeno de unificação do direito das obrigações descrito pelo autor. Proposta privada, fruto de um trabalho conjunto de importantes juristas dos dois países (entre eles, Colin, Capitant, Demogue, Gaudemet, Gény, Josserand, Julliot de la Morandière, Sacialoja, Ascoli, Bonfante, Buzzati e Ruggiero) o projeto jamais atingiu seus propósitos. Encaminhado ao parlamento italiano em 1936, o projeto seria definitivamente arquivado em 1939, quando foi substituído por um novo projeto que daria origem ao livro IV do *Codice Civile* de 1942. Seu destino seria ainda mais inglório na França, onde nem ao menos chegou a ser apresentado oficialmente ao Legislativo. Por certo, o malogro da proposta se deve, em grande parte, ao recrudescimento dos sentimentos nacionalistas que precedeu à Segunda Guerra Mundial. Para mais detalhes, cf. *Le projet de Code des obligations franco-italien (1927)*. Paris: Panthéon-Assas éditions, 2015, com introdução de Guido Alpa; ROTONDI, Mario. The proposed franco-italian Code of Obligations. *The American Journal of Comparative Law*. v. 3, n. 3, p.345-359, 1954.

5. Desde a revolução de 1789, a França teve não menos do que treze constituições, sem contar as leis constitucionais que regeram a IIIª República e outras modificações constitucionais importantes, como os atos adicionais do governo de 100 dias e as alterações promovidas por Napoleão III na Constituição de 1852.

de direitos ou de um preâmbulo que se referisse a uma declaração, ela não extraiu, durante um século e meio, qualquer consequência positiva desse fato. O Senado conservador do Consulado e do Império jamais preocupou-se em exercer seu poder. O Comitê Constitucional de 1946 foi relegado ao controle da regularidade formal, que ele exerceu apenas uma vez e em condições discutíveis<sup>6</sup>. O constituinte de 1958 não desejou conceder ao Conselho Constitucional, que ele instituiu, o poder de controlar a conformidade da lei com os princípios mencionados no preâmbulo da Constituição. Sabe-se que o Conselho arrogou-se esse poder em 16 de julho de 1971<sup>7</sup> e que uma Revisão Constitucional confirmou esse entendimento ao conceder a sessenta deputados ou a sessenta senadores o poder de submeter à apreciação do Conselho uma lei votada pelo parlamento<sup>8</sup> e ao conferir-lhes esse poder tendo conhecimento de causa, isto é, da nova jurisprudência do Conselho.

Quando o Conselho Constitucional autoproclamou-se juiz da regularidade material da lei, já se havia passado vinte e um anos desde que a França assinara a

- 
6. Deliberação de 18 de junho de 1948, em que se alegava a inconstitucionalidade do procedimento adotado pelas casas do Legislativo para aprovação de uma lei apreciada naquele ano.
  7. Trata-se do precedente que criou o denominado “bloco de constitucionalidade” da Vª República Francesa. É importante ressaltar que a Constituição francesa em vigor, aquela de 1958, não contém em seu corpo um catálogo de direitos fundamentais. O Conselho Constitucional ficava então limitado a exercer um controle da adequação formal das leis promulgadas pelo parlamento. De fato, em meio à arquitetura da separação de poderes da Vª República, o Conselho foi pensado para exercer uma função bastante limitada, garantindo que o Legislativo não invadiria, em sua atividade legiferante, a competência normativa atribuída ao Presidente de República. O julgado de 1971 (Decisão nº 71-44 DC de 16 julho de 1971 sobre a lei que completa as disposições dos artigos 5 e 7 da Lei de 1º de julho de 1901 relativa ao contrato de associação) foi uma forma encontrada pelo Conselho para expandir, de forma espetacular, suas atribuições, para que pudesse também promover um controle substancial das leis. Para tanto, o Conselho firmou que, além dos artigos da Constituição, o seu preâmbulo também poderia ser utilizado como fonte para o controle de constitucionalidade das leis. Ocorre que o preâmbulo faz expressa referência à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (que contém um catálogo de direitos fundamentais de 1ª geração), e ao preâmbulo de Constituição Francesa de 1946 (que contém um catálogo de direitos fundamentais de 2ª geração), o que fez com que a Conselho considerasse que esses dois textos também poderiam ser utilizados como fonte de controle de constitucionalidade, formando assim o chamado “bloco de constitucionalidade”. Hoje, esse bloco é composto (a) pela Constituição francesa de 1958 e seu preâmbulo; (b) pelo preâmbulo da Constituição francesa de 1946 (por remissão do preâmbulo de 1958); (c) pela Declaração de Direito do Homem e do Cidadão de 1789 (por remissão dos preâmbulos de 1958 e 1946); (d) pela Carta do Meio Ambiente de 2004 (introduzida no preâmbulo de 1958 em 2005); (e) pelos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República (por remissão do preâmbulo de 1946); e (f) pelos princípios e objetivos de valor constitucional (criação pretoriana).
  8. Revisão Constitucional de 1974, que deu origem à Lei Constitucional n. 74.904 de 29 outubro de 1974.

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem<sup>9</sup> e das Liberdades Fundamentais, fruto dos trabalhos do jovem Conselho da Europa. A França estava, à época, envolvida na Guerra da Indochina, e tão logo saiu de forma pouco gloriosa desse conflito, viu-se lutando contra a rebelião argelina. Os governos, por muito tempo, tiveram a sabedoria de não ratificar o tratado. A ratificação pela França veio em 1974. A situação agravou-se em 1981, quando a França aderiu à cláusula que instituiu um direito de recurso individual perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>10</sup>. O poder conferido à Convenção pelo Tribunal vai muito além daquele que o Conselho Constitucional havia conferido a si mesmo. O controle do Conselho Constitucional é um controle *a priori*, anterior à promulgação da lei, enquanto aquele do Tribunal Europeu, por ocasião de um processo, pode atingir uma lei antiga<sup>11</sup>.

A – Doravante, compete ao Conselho Constitucional, portanto, apreciar a conformidade da lei, votada mas não promulgada, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e com os princípios enunciados no preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946, desde que o Conselho tenha sido provocado por uma das quatro mais altas autoridades do Estado<sup>12</sup> ou então por sessenta deputados ou sessenta senadores.

9. Optou-se por traduzir a expressão *droits de l'homme* por “direitos do homem”, por ser esta a solução adotada na versão oficial do tratado para o idioma português (Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 23.06.2019). Dá-se o mesmo em relação ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Há de se reconhecer, todavia, a tendência contemporânea em favor da expressão “direitos humanos”, que melhor atende ao valor da igualdade entre os gêneros.
10. A cláusula 25 da Convenção, em sua redação original, reconhecia em favor de “qualquer pessoa, organização não-governamental, ou grupo de indivíduos” que se estimasse vítima de uma violação cometida por um Estado signatário, o direito de peticionar uma reclamação diretamente à então existente Comissão de Europeia dos Direitos do Homem. Contudo, esse direito individual de petição tinha uma importante limitação: ele era aplicável apenas contra os Estados signatários que tivessem declarado reconhecer a competência da Comissão para esses assuntos. A França emitiria tal declaração, pela primeira vez, em 2 de outubro de 1981.
11. À data da redação do artigo, a França conhecia apenas o controle de constitucionalidade *a priori*, isto é, exercido pelo Conselho Constitucional antes que a lei fosse promulgada. Uma vez promulgadas, as leis não seriam mais passíveis de controle e não poderiam ser declaradas inconstitucionais. A situação alterou-se em 2008, quando uma revisão constitucional introduziu na França uma forma de controle *a posteriori*. Esse controle é exercido de forma concentrada pelo próprio Conselho Constitucional, que é provocado por meio das denominadas questões prioritárias de constitucionalidade (QPC), interpostas no curso de ações individuais em que a constitucionalidade de uma lei em vigor é colocada em dúvida por uma das partes (cf. Lei orgânica nº 2009-1523 de 10 de dezembro de 2009 relativa à aplicação do artigo 61-1 da Constituição, publicada no JO de 11 dezembro de 2009).
12. São elas: o Presidente da República, o Primeiro Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional e o Presidente do Senado (art. 61, alínea 2, da Constituição da República Francesa de 1958).

Essa conquista jurisprudencial levou jovens publicistas a um estado de puro deslumbramento. Eles enxergaram a submissão da lei ordinária aos princípios constitucionais como a consagração das teses normativistas. O kelsenianismo, que pensávamos esquecido, conheceu uma nova onda de popularidade. A teoria da estrutura escalonada do direito, que descende de uma norma fundamental, não estaria aí desenhada? Os partidários do Estado de Direito veem-na realizada, uma vez que, em nome de uma regra jurídica superior, a vontade do legislador pode ser posta em xeque por uma quase-jurisdição. A doutrina inventou a expressão constitucionalização do direito. A fórmula teve um grande sucesso.

Há, em verdade, muito a se dizer sobre esses entusiasmos e essas paixões súbitas. Os textos, tanto o da Declaração de 1789, quanto o do preâmbulo de 1946, são bastante vagos e deixam uma grande margem à interpretação. Além disso, eles são, em certa medida, contraditórios. A Declaração de 1789 é o manifesto do liberalismo, o preâmbulo de 1946 é socializante. Ele faz referência, no mais, aos princípios gerais reconhecidos pelas leis da República. Compete ao Conselho Constitucional identificar quais são eles. Ele passou a descobrir, por iniciativa própria, princípios de valor constitucional, tais como a independência dos professores do ensino superior. Em suma, o sistema de controle de constitucionalidade das leis dá ao Conselho Constitucional a liberdade de definir, sozinho, a regra constitucional a partir da qual ele desejará declarar a lei analisada como não-conforme à Constituição. Quanto ao sistema piramidal das normas, ele é anti-histórico.

No que se refere ao período anterior a 1993, Nicolas Molfessis abordou com grande profundidade o tema “o Conselho Constitucional e o Direito Privado”. Com toda razão, sua obra é a referência na matéria. Desde 1993, a jurisprudência ampliou-se, como pode-se afirmar, com novas decisões, das quais a mais notável é a decisão no 99-419 DC, de 9 de novembro de 1999, relativa à lei que criou o pacto civil de solidariedade (PACS)<sup>13</sup>.

Esta última decisão revela a medida da extensão do poder exercido pelo Conselho, que não se contenta em anular – termo que ele não utiliza, mas que corresponde à declaração de não-conformidade – mas [outorga-se] um verdadeiro poder de reformulação, qualificado eufemisticamente de reserva de

---

13. O PACS é, *grosso modo*, o equivalente francês do instituto brasileiro da união estável. Na verdade, é ele bem menos do que seu homólogo nacional: o PACS é um contrato formal e não garante os mesmos direitos do matrimônio. A questão que suscitou maior polêmica em torno desse instituto, quando da sua introdução em 1999, é que ele pode ser celebrado por duas pessoas do mesmo sexo. Vale lembrar que, à época, a França não admitia o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que só foi incorporado ao ordenamento francês em 2013.

interpretação. A lei foi declarada conforme, mas sob a condição de ser interpretada da forma como o Conselho entende-a, o que equivale a reescrevê-la. Não é excessivo afirmar que o Conselho reescreveu a lei sobre o PACS. Tenta-se eximir o Conselho com a afirmação de que o método revela seu respeito pelo Poder Legislativo e sua preocupação em salvar a lei, tal como também se afirma que a Corte de Cassação, por diversas vezes, adota raciocínios para “salvar” a decisão recorrida. Sem dúvida. Mas, aqui, o Conselho Constitucional salvou a lei impingindo-lhe um sentido diferente, o qual obriga toda e qualquer autoridade. Sob o pretexto de poupar o legislador, o Conselho, na verdade, faz-se legislador.

A constitucionalidade do Direito Civil nem sempre é-lhe desvantajosa. O direito de propriedade, direito privado por excelência, foi qualificado como direito sagrado pelo artigo 17 da Declaração de 1789. O respeito à propriedade, a regra segundo a qual ninguém dela pode ser privado sem prévia e justa indenização, é princípio constitucional. O Conselho deduziu, a partir deste princípio, a constitucionalidade da livre iniciativa e a não-conformidade da indenização prevista na primeira Lei de Nacionalização. A constitucionalização resultava da própria Declaração. Eis que, em relação ao direito de greve, o Conselho descobriu no artigo 1.382<sup>14</sup> do Código Civil um princípio fundamental reconhecido pelas leis da República. Consequentemente, foi declarada não-conforme uma disposição que previa não serem indenizáveis certos danos causados durante uma greve.

Do ponto de vista extrajurídico, é possível estimar que a submissão da lei ao controle de constitucionalidade foi mais útil do que prejudicial, visto que o Conselho, recorrendo aos diversos meios com os quais armou-se, conteve, ainda que insuficientemente, vários excessos legislativos. A recusa que ele adotou, por ocasião da Lei do Aborto, de estender seu controle à conformidade da lei aos acordos internacionais firmados pela França foi mais prejudicial do que útil. A jurisprudência judiciária<sup>15</sup> valeu-se quase instantaneamente dessa recusa para decidir que os juízes tinham o poder ou, mais precisamente, o dever, em virtude do art. 55 da Constituição, de afastar as disposições de uma lei que estejam em

---

14. Trata-se do célebre artigo do Código Civil francês que serve de fundamento para a responsabilidade civil pelo fato próprio: “Qualquer fato humano, que cause a outrem um dano, obriga aquele por culpa de quem ele ocorreu a repará-lo”. Após a reforma do direito dos contratos, do regime geral e da prova das obrigações de 2016, esse dispositivo foi reenumerado e passou a figurar, sem alteração, no art. 1240 do Código Civil francês.

15. Na França, é comum classificar-se a jurisprudência em Judiciária (justiça comum do direito privado, inclusive penal, encabeçada pela Corte de Cassação), Administrativa (tribunais administrativos, cuja instância mais alta é o Conselho de Estado) e Constitucional, composta apenas pelo Conselho Constitucional.

desconformidade com aquelas de um tratado ou acordo internacional firmado pela França. É a subversão de um direito público que pensávamos estar consolidado há quase dois séculos. A esse controle da conformidade em relação aos acordos internacionais deu-se o nome de controle de convencionalidade. Expressão absurda e que nada quer dizer.

Aplicável a qualquer lei, pouco importando seu objeto, o controle de convencionalidade é muito diferente do controle de constitucionalidade tal como a Constituição de 1958 delimitou seu exercício. Ele não é um controle *a priori*, necessariamente exercido antes da promulgação de uma lei nova<sup>16</sup> e reservado a uma autoridade única, a um dos poderes públicos, o Conselho Constitucional. Ele é um controle *a posteriori*, exercido por meio de exceção alegada perante uma jurisdição de qualquer espécie, porque, depois de haver resistido, o Conselho de Estado baixou a guarda em sua decisão *Nicolo* e alinhou sua jurisprudência àquela da Corte de Cassação.<sup>17</sup> O controle pode ser exercido sobre uma lei em vigor, pouco importa o quão antiga. Sempre avançando, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>18</sup> decidiu que o juiz nacional estaria obrigado a afastar a aplicação de uma lei contrária a uma regra de direito comunitário, aí compreendido também o direito derivado constituído por um emaranhado de regulamentos e diretivas.

O controle de convencionalidade iria inspirar novas ideias, entre elas a de se estender o controle *a posteriori* para a inconstitucionalidade, mas segundo uma técnica jurídica distinta. A inconstitucionalidade seria arguida pela via de exceção, pela parte que alega que a lei invocada ao encontro de suas pretensões violaria seus direitos fundamentais. A exceção tornar-se-ia uma questão prejudicial levada à apreciação do Conselho Constitucional, após um controle exercido pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação. A introdução dessa exceção pareceu ao Senado plena de inconvenientes, capazes de encorajar chicanas, de sobrecarregar os tribunais superiores e o Conselho Constitucional, e de retardar sem qualquer proveito ou utilidade a solução do processo. Como a revisão da

---

16. O argumento está atualmente superado, com o reconhecimento do controle de constitucionalidade *a posteriori* na França. Cf. nota 9, *supra*.

17. Trata-se do *Arrêt Nicolo*, de 20 de outubro de 1989, por meio do qual o Conselho de Estado reconheceu, em caso de conflito normativo, a primazia das convenções internacionais sobre as normas de fonte interna. A decisão recebeu esse nome em referência a Raoul Georges Nicolo (1923-1993), que recorreu contra o resultado das eleições europeias de 18 de junho de 1989 (Nota de Otavio Luiz Rodrigues Jr.)

18. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, essa corte passou a se chamar Tribunal de Justiça da União Europeia.

Constituição era necessária [para introdução desse sistema de controle], a rejeição do Senado redundou no malogro do projeto.

De acordo com o direito positivo, um direito semelhante pode ser obtido perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

B – Os recursos perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não são verdadeiramente comparáveis aos recursos perante o Conselho Constitucional. Eles aproximam-se mais do controle de convencionalidade, mas sem que sejam a ele assimiláveis. Seu propósito – e nisso a assimilação não é possível – é que seja declarada que a decisão de um órgão estatal violou direitos fundamentais. Essa violação pode resultar da aplicação exata, por um juiz nacional, de uma lei que o Tribunal considerará contrária aos dispositivos da Convenção Europeia.

Os recursos individuais perante o Tribunal Europeu abriram um novo *front* aos litigantes, que jamais se resignam diante da sucumbência. Nem todos os litígios em matéria de Direito Privado são fáceis de se vincular a um dispositivo da Convenção, pois ela lida apenas com as liberdades públicas e os direitos fundamentais. Na maioria dos casos, os inveterados litigantes procuram criticar o processo invocando a regra do processo equitativo, inscrita no art. 6º. A Corte de Cassação passou a considerar que a jurisprudência da Corte de Luxemburgo<sup>19</sup> estabeleceria *de plano* as regras cuja violação daria margem à cassação. Em se tratando de regras de Direito Civil e de Direito Comercial, o Tribunal Europeu não pode passar sua foice, salvo em nome do princípio da igualdade, princípio extremamente cômodo com o qual o juiz faz o que quer. O Direito Civil francês ainda não foi muito maltratado. A jurisprudência consolidada sobre leis estrangeiras poder-se-ia aplicar, em razão da identidade de motivos, aos dispositivos do Código Civil. O Tribunal julgou ser contrário à Convenção o tratamento dado aos filhos naturais e adulterinos pela lei belga<sup>20</sup>. O legislador francês, até agora, não se preocupou com a questão, mas há razão para temer que ele venha a fazê-lo um dia<sup>21</sup>.

19. É provável que o autor tenha se equivocado ao mencionar a Corte de Luxemburgo (TJUE), quando, na verdade, tinha em mente a Corte de Estrasburgo (TEDH) (Nota de Gustavo Vieira da Costa Cerqueira).

20. TEDH, 13 de junho 1979, *Marckx c. Bélgica*, nº 6833/74 (Nota de Gustavo Vieira da Costa Cerqueira).

21. De fato, o legislador interveio ainda em 2001, ano de publicação do presente artigo, após a condenação da França pela TEDH no caso *Mazurek* (TEDH, 1º de fevereiro de 2000, *Mazurek c. França*, nº 34406/97). Primeiramente, adotou a Lei no 2001-1135 do 3 dezembro de 2001, pela qual revogou todas as disposições discriminatórias relativas aos filhos “adulterinos”. Em seguida, uma Ordenação de 4 de julho de 2005 sobre a reforma da filiação consagrou o princípio da filiação igualitária (artigo 310.º do Código Civil), eliminando as noções de criança legítima e de criança

O controle de constitucionalidade, tal como ele foi previsto pela Constituição de 1958, quando resulta em uma declaração de não-conformidade, impede a promulgação, de acordo com o caso, ou apenas do dispositivo declarado inconstitucional, ou da totalidade da lei que o comporta. O recurso interposto perante o Tribunal Europeu, caso seja acolhido, poderá redundar não somente na ab-rogação do dispositivo legal cuja ‘convencionalidade’ foi contestada, mas também na elaboração de uma regra legislativa contrária àquele dispositivo, em outras palavras, poderá compelir o legislador nacional a elaborar uma outra regra em substituição.

As instituições da União Europeia deram início a um projeto de convenção sobre os direitos fundamentais dos cidadãos da Comunidade [*Europeia*]. Na concepção de seus idealizadores, o texto, cuja elaboração suscita uma série de dificuldades políticas, dever-se-ia tornar mais tarde a Declaração dos direitos que precederia a futura ou eventual Constituição europeia. Não é possível compreender muito bem qual é a utilidade de um novo instrumento. Os Estados-membros poderiam simplesmente adotar como declaração o texto da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Em qualquer hipótese, caso os Estados persistam em seu intento e o acordo se concretize, surgirão alguns problemas delicados. É provável que muitos dos conteúdos dos dispositivos das duas convenções sejam semelhantes, ou mesmo idênticos. O poder sancionatório pertencerá, em tal caso, simultaneamente ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e à Corte Europeia dos Direitos do Homem, com conseqüente risco de contradição na jurisprudência? Em qualquer hipótese, as sanções disciplinares previstas no Tratado de Amsterdã seriam aplicáveis, todavia, sua aplicação poderia dar ensejo a um contencioso bastante complexo.

No estado atual do Direito, outros órgãos da União Europeia dispõem de outros meios para intervir nas ordens jurídicas dos Estados membros.

## II. APROXIMAÇÃO E UNIFICAÇÃO DO *IUS CIVILE* AO *IUS GENTIUM*

A diversidade de leis é, evidentemente, incômoda, tanto mais quando as relações privadas são facilitadas e a população dos Estados encontra-se mais ou menos misturada. É deste fato que nasce o problema que os autores do século XVIII,

---

natural. Persiste, no entanto, uma discriminação, e logo uma desigualdade, fundada no incesto: neste caso, uma criança cuja filiação é estabelecida em relação a um de seus pais não pode estabelecer sua filiação em relação ao outro, “por nenhum meio” (artigo 310-2 do Código Civil) (Nota de Gustavo Vieira da Costa Cerqueira).

holandeses e alemães, denominaram – em latim – de conflito de leis, a ser resolvido com base em regras de conexão nacionais.

Nosso tempo é marcado pela *pactomania*<sup>22</sup>, cujos primórdios remontam ao último quartel do século XIX. Procuraram-se soluções por meio de convenções internacionais. Algumas, de ambição limitada, tiveram o escopo de unificar as regras de solução do conflito de leis. Assim são as convenções elaboradas pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Mais recentemente, essas convenções multiplicaram-se. A doutrina afirmou, com razão, que sua qualidade e a utilidade estão na razão inversa de sua profusão. Outras convenções afastaram a questão do conflito, no todo ou em parte, por meio da edição de regras próprias às relações internacionais. Outras, por fim, substituíram os direitos nacionais por regras uniformes. No domínio açambarcado pela convenção, o *ius civile* dá lugar ao *ius gentium, quo omnes gentes utuntur*.

Em uma economia liberal, a adesão do contrato à lei da autonomia atenua de forma razoável os inconvenientes da diversidade das leis. Não é o que ocorre em uma zona internacional, ou mesmo no mundo inteiro, quando os princípios do neoliberalismo e do Direito Concorrencial tendem a reger as relações econômicas. A diversidade das leis passa a ser vista como causadora de distorções econômicas. Outros instrumentos jurídicos, além da convenção internacional, são também empregados para a unificação ou, ao menos, a aproximação das legislações. Isso pode ser constatado na União Europeia.

A – As convenções internacionais se tornaram numerosas na época atual, a tal ponto que seria difícil elaborar qualquer síntese sobre o assunto. Há convenções bilaterais e outras multilaterais, as quais são as mais importantes.

Naturalmente, elas são numerosas, sobretudo, no campo do Direito Empresarial. Trata-se do espaço do *ius gentium*. Seu campo de predileção foi o do direito dos transportes ferroviários, marítimos e aéreos, o da propriedade intelectual, o dos títulos de crédito e do cheque. Por fim, uma convenção editou uma lei uniforme sobre a venda internacional de mercadorias. Todas essas convenções instituíram regras próprias às relações internacionais. Eles mantiveram intactas as leis nacionais, com poucas exceções. Elas foram, todavia, frequentemente um

---

22. Expressão usada originalmente para se referir ao período da administração Eisenhower, presidente dos Estados Unidos da América entre 1953 e 1961, no qual foram celebrados mais de 100 tratados internacionais. O autor aproveita-se da palavra com finalidade analógica: em comum com a expressão, está a ideia de celebrar pactos ou tratados em profusão, sem os distinguir quanto a sua importância. Foyer, evidentemente, não a utiliza com o propósito de aludir a esse período da Guerra Fria (Nota de Otavio Luiz Rodrigues Jr.)

estímulo para modificação espontânea das leis internas, como demonstrou Jean-Paulin Niboyet ao propor uma lei sociológica sobre o limite das diferenças entre o tratado e as leis internas.

As Convenções de Genebra sobre os títulos de crédito e sobre o cheque unificaram as regras materiais ao obrigarem os Estados signatários a introduzirem uma lei uniforme em seus ordenamentos jurídicos.

Tal necessidade de unificação jamais atingira o Direito Civil no sentido contemporâneo do termo. A unificação era considerada, durante muito tempo, como algo impossível no direito das pessoas e, sobretudo, no Direito de Família. Muitas tradições opostas se contradiziam. A linha divisória é, sem dúvida, menos nítida hoje entre os sistemas jurídicos dos Estados desenvolvidos, os Estados do Norte, como se diz. Seria necessário precisar: Estados do Noroeste.<sup>23</sup> Mesmo na seara do Direito das Obrigações, os conceitos jurídicos e as práticas são tão diferentes entre os direitos da família romano-germânica e aqueles da família de *common law* que uma aproximação seria difícil. A única unificação concebível resultaria da abdicação continental diante do Direito anglo-americano. Talvez seja isso que nos espera. Infelizmente!

O Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), criado após a Primeira Guerra, contudo, continua seu trabalho. Ele não é o único a laborar nesse sentido. Organizações especializadas no sistema dos Estados Unidos<sup>24</sup> também exercem um papel importante. A UNESCO, a Organização Mundial do Comércio (OMC), e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) no campo dos direitos autorais, por exemplo. No mundo ocidental, a União Europeia é de longe a mais ativa.

B – Na ordem normativa, o tratado elaborado em Roma em 24 de março de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia – que se tornou a Comunidade Europeia, sem o adjetivo econômico, o que faz sentido –, previu dois tipos de instrumentos jurídicos. Um clássico, a convenção entre os Estados-membros. E outro original, os regulamentos e as diretivas, dos quais procede um direito derivado.

---

23. Foyer procede a uma sutil distinção: o Norte rico não compreende os Estados do Nordeste, a saber: Leste Europeu e Rússia, cujo renascimento ocorreria 10 anos antes da publicação original deste texto, com o fim da União Soviética, em 1991. Somente poderiam ser considerados “Estados do Norte” os geograficamente localizados no Noroeste – Estados Unidos, Canadá e Europa Ocidental (Nota de Otavio Luiz Rodrigues Jr.)

24. Ao que se indica, teria ocorrido aqui um *lapsus calami* do autor, que provavelmente pretendia referir-se ao sistema das “Nações Unidas”, e não dos “Estados Unidos”. (Nota de Otavio Luiz Rodrigues Jr.)

Nenhuma convenção foi celebrada entre os Estados-membros sobre questões de Direito Civil material. Uma foi concluída, e retocada cada vez que era ampliada, sobre o reconhecimento e a execução de julgamentos (Convenção de Bruxelas).

O procedimento da convenção entre os Estados-membros não parece destinado a um grande desenvolvimento. Ele caiu em descrédito na Comissão desde o embaraço ocorrido com a convenção elaborada no Luxemburgo, em 9 de dezembro de 1975, sobre a patente europeia na Comunidade, que foi reescrita em 1989. Em vários Estados-membros, a autorização legislativa para ratificar a Convenção não foi concedida por razões constitucionais. Então, a Comissão deu preferência ao regulamento e a diretiva, instrumentos que permitem ignorar os parlamentos nacionais. Assim, o projeto de convenção sobre a patente comunitária foi convertido em projeto de regulamento.

Regulamento e diretiva são atos comunitários previstos no Tratado de Roma CE. Em sua origem, o regulamento tinha um significado muito próximo daquele que tradicionalmente ostenta no Direito interno francês, de ato praticado para a execução de uma lei. O regulamento é obrigatório em todos os seus dispositivos e impõe-se a todos os Estados-membros. A diretiva, tomando-se o Tratado em sua literalidade, é comparável a um tratado *non self executing*. Ela cria uma obrigação de legislar para atingir os objetivos que ela fixa, mas os Estados-membros têm a liberdade de escolher as vias e os meios. Paulatinamente, os campos de aplicação desses atos comunitários foram equiparados e, tanto na prática quanto na jurisprudência, tende-se a tratar essas duas categorias de atos como equivalentes ou, mais precisamente, a equiparar as diretivas aos regulamentos. As diretivas passaram a entrar em minúcias a tal ponto que a margem deixada às autoridades nacionais foi reduzida a muito pouco, e um certo efeito direto foi reconhecido a esses atos<sup>25</sup>.

Aquilo que os documentos da União Europeia decidiram colocar sob a rubrica “legislação comunitária” forma uma massa abundante. Apenas uma parte dela estatui regras de Direito Civil. Ela figura sob a rubrica Proteção dos Interesses Econômicos, e diz respeito, mais precisamente, ao Direito do Consumo. A mais notável é a diretiva de 25 de julho de 1985, sobre a responsabilidade pelo fato de produtos defeituosos, cujas disposições foram incorporadas ao Código Civil

---

25. O “efeito direto” significa que, sob certas condições, uma norma comunitária pode ser invocada diretamente por um particular, em seu favor, perante um tribunal nacional ou europeu, mesmo que essa norma não tenha ainda sido transposta ao ordenamento de seu país. O princípio do efeito direto garante assim a aplicabilidade e a eficácia do direito europeu nos países da União. Cf. TJUE, 4 de dezembro de 1974, *Van Duyn*, caso 41/74.

francês. Elas compõem dezesseis artigos do título IV *bis* do Livro III do diploma<sup>26</sup>. No mais, essa legislação comunitária – em matéria de Direito Privado – aborda o Direito Internacional Privado e o Processo Civil. Notam-se, assim, as consequências da comunitarização parcial do “terceiro pilar”<sup>27</sup>. É por essa via que, progressivamente, o regulamento subjugava a convenção entre os Estados-membros. Percebem-se, notadamente no que se refere às regras sobre a competência jurisdicional, o reconhecimento e a execução das decisões judiciais.

O destino do Direito Civil é apenas um aspecto da evolução do Estado, de sua jurisdicionalização, de sua submissão à ordem internacional, do esfacelamento de sua independência e de sua soberania. Um Estado soberano e independente é um Estado no qual o legislador, originário ou derivado, é o senhor do Direito Civil. É o que pensavam os autores da Declaração de 1789. E esta continua a ser a verdade democrática. Um povo livre é um povo cujo Direito Civil legislado por seus representantes eleitos, ou diretamente por ele mesmo, não é ditado nem pelos juízes, nem por vontades estrangeiras.

### PESQUISA DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- O Direito civil tende a desaparecer, de Antônio Junqueira de Azevedo – RDCC 1/355-364 (DTR 2014\19839).

26. Esses dispositivos foram reenumerados e, hoje, se encontram no livro III, título III, subtítulo II, capítulo II (arts. 1245 a 1245-17) do Código Civil francês.

27. Referência aos três pilares da União Europeia, previstos no Tratado de Maastricht (1992), cujo terceiro envolvia a cooperação policial e judiciária. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (2007), que modificou profundamente o de Maastricht, esses pilares passaram a ter apenas um valor histórico.