

PADRÕES JURÍDICOS E UNIFICAÇÃO DO DIREITO

por ANDRÉ TUNC
Professor da Faculdade de Direito e de
Ciências Econômicas de Paris.

O dia 11 de outubro, sábado, foi destinado ao estudo do segundo tema: "Padrões jurídicos e unificação do direito".

O Presidente, Konrad Zweigert, passa a palavra ao Relator, André Tunc.

Este pede inicialmente excusas por não haver submetido aos participantes, com a devida antecipação, o relatório escrito. Declara que o tema o embarçou muito até o último instante. A noção de "padrões jurídicos" tem oportunizado numerosos trabalhos sábios e interessantes. Entretanto, não é fácil defini-los. Outrossim, a noção de "unificação do direito", que parecia clara vinte anos atrás, atualmente se aplica a áreas muito diferentes. A própria palavra "direito" não é de significado simples e o Relator recorda que, de véspera, o Sr. Knapp demonstrara que uma nação pode possuir um direito único e leis múltiplas, assim como direitos múltiplos para uma única lei. Consoante o Relator, o que causa certo embaraço é a conjunção "e", que liga as expressões "padrões jurídicos" e "unificação do direito".

Efetivamente, o tema que deverá versar é impreciso, menos claro do que seria, por exemplo, "a influência dos padrões sobre a unifica-

Tradução de "Standards juridiques et unification du droit" (Revue Internationale de Droit Comparé 22(2):247-261, avr./juin 1970), autorizada pelo autor e direção da revista. Tradução de Antonio Estevão Allgayer.

ção do direito” ou “a utilidade dos padrões sobre a unificação do direito”. É um campo inteiramente livre que se abre com essa conjunção.

Assim sendo, o Relator entendeu nada ser mais oportuno do que propor, aos participantes dessas jornadas, não propriamente um relatório, mas um certo número de dados e de reflexões, solicitando que cada um forneça elementos baseados em experiência própria e em pesquisas pessoais, a fim de que a elaboração final do tema resulte de esforço comum. Propõe-se o Relator, numa primeira parte da pesquisa, voltar à noção de “padrões jurídicos” e a comentar os trabalhos escritos a que ela tem dado origem no direito interno.

Numa segunda fase da pesquisa, buscará discernir — o que parece não haver sido jamais tentado — em que medida esse instrumento (o padrão jurídico) pode desempenhar papel fecundo na unificação do direito.

A idéia de “padrões jurídicos” parece que foi apresentada pela primeira vez numa comunicação feita pelo Diretor Roscoe Pound a um congresso da American Bar Association, de 1919.

Nessa comunicação, o Diretor Pound explicava que os juristas se confrontam com quatro categorias de instrumentos jurídicos: regras, princípios, conceitos e padrões.

Os três primeiros não apresentam problemas relevantes. Sabemos o que são regras: são preceitos imperativos estabelecidos pelo legislador ou pelos tribunais. Por exemplo, um jovem não pode contrair matrimônio antes de atingir a idade de 21 anos sem o consentimento dos pais. Os preceitos são comandos um pouco mais gerais, induzíveis de um conjunto de regras. Por exemplo, até a idade de 21 anos um jovem não pode praticar atos jurídicos. Um princípio comporta simultaneamente aplicações e, de ordinário, exceções. O conceito é algo um pouco mais abstrato e mais geral ainda. Dir-se-á, por exemplo, que existe o conceito de ato de disposição e o de ato de administração. Precisar-se-á, então, que pode alguém praticar ato de disposição antes de atingir a maioridade, mas que, para os atos administrativos, pode haver uma certa capacidade antes dessa idade.

Resta examinarmos o padrão. Em que consiste ele? O Diretor Roscoe Pound define-o como escala média da conduta social correta.

São, portanto, padrões: o bom pai de família, o homem razoável dos ingleses, ou, ainda, num plano mais geral, a noção de razoável, os inconvenientes normais da vizinhança, o interesse sério, etc. São estes os exemplos que os adeptos do padrão costumam mencionar.

Aparece, destarte, como noção bastante vaga, baseada sobre o que de ordinário sucede numa sociedade, sendo, no fundo, de natureza sociológica.

O Relator lembra o êxito que obteve a proposição do Diretor Roscoe Pound junto a certos autores de língua francesa, sendo de assinalar, entre os mais preeminentes, o insigne “comparatista” Edouard Lambert e um de seus discípulos prediletos, predestinado, portanto, a uma brilhante carreira: Al-Sanhoury. Escreveu este uma tese sobre *As restrições contratuais à liberdade individual do trabalho e a jurisprudência inglesa*, defendida em Lyon, no ano de 1925, objetivando mostrar com exemplos concretos a validade dos padrões como instrumentos de direito. O Diretor Hauriou tem-se mostrado igualmente favorável à noção de padrão, bem como o Sr. Stati, o qual lhe consagrou uma tese.

Antes de citar outros autores que se manifestaram reservados e até infensos à noção em referência, o Relator lembra o elogio do padrão apresentado por Al-Sanhoury. Nos direitos primitivos, declara este, não há vestígio de padrão. Só existem regras muito precisas. Preceitua, assim, a lei sálica: “Se alguém chamar um outro de “raposa”, pagará três moedas de ouro”. Não se dá ensejo a nenhuma discussão quanto às razões que teriam levado a um dos litigantes a proferir o insulto: pelo simples fato de havê-lo proferido deverá ele pagar três moedas de ouro. Por razões naturais, recorda Al-Sanhoury, o direito progrediu por via de raciocínio. A partir de regras inferiram-se princípios e destes se extraíram deduções. Construiu-se desse modo um sistema lógico. Este não passava, todavia, de estado intermediário. Consoante Al-Sanhoury, “no apogeu do desenvolvimento de um sistema jurídico” se produz uma mutação. Utiliza-se instrumento de trabalho mais sábio: é o padrão, regra diretiva que o autor define deste modo: “uma grande linha de conduta que permite certa liberdade de ação e adaptação muito mais flexível às circunstâncias variáveis da vida social”.

Al-Sanhoury constata a presença de padrões já no direito romano clássico (o *bonus pater familias*, a falta). Mas, diz ele, são mais encontradas no *common law* inglês e no *common law* estadunidense. É uma noção para a qual ele prevê ampla aceitação futura.

Segundo o mesmo autor, "o padrão correspondente à crescente complexidade da vida e à insuficiência evidente das regras para tudo prover e tudo disciplinar".

O padrão ensejaria, destarte, permanente adaptação do direito à vida social mutável. O Relator salienta o otimismo dessa visão e pondera que ela evoca a contestação atual da sociedade e em particular da racionalidade. Efetivamente, Lambert e Al-Sanhoury vêem no padrão o triunfo da intuição sobre a lógica e sobre o silogismo. A promoção do padrão relaciona-se com a luta pela liberdade do juiz frente ao texto de lei. Mas, até o presente, declaram Lambert e Al-Sanhoury, o juiz, para conquistar sua liberdade, recorre a ficções ou a uma interpretação que deforma as regras. São práticas deploráveis. Não cabe ao juiz falsificar a lei, mesmo no intuito de modernizar o direito. É ao legislador que incumbem proporcionar ao juiz o instrumento que permita ao próprio direito adaptar-se constantemente às circunstâncias sociais variáveis. O Relator evoca a idéia de um "direito flutuante", que se adapta por si mesmo à evolução da sociedade e que ele compara ao marco oscilante (o curso do marco, à época do relatório, dependia unicamente da lei da oferta e da procura).

Contudo, os preconizadores do padrão tinham compreendido que ele não poderia substituir todas as regras, e que estas conservariam seu valor nas áreas em que se busca antes de tudo a segurança.

Haviam se dado conta, outrossim, de que o padrão apresenta certos inconvenientes ou perigos. Mas nenhum destes lhes pareceu decisivo. Reconheciam que, por certo, o padrão abre a porta ao arbítrio do juiz. Mas, sem os padrões, o juiz deforma a lei, o que não é menos negativo. Também é verdade que os padrões emperram o desenvolvimento científico do direito, porquanto tornam inúteis os raciocínios e as construções. É fácil replicar que o direito não tem por objetivo ser exercício intelectual. Tem-se igualmente admitido que o padrão permitiria ao juiz criar regras. Mas trata-se de regras que o juiz modificaria na medida

das necessidades da sociedade. Enfim, à assertiva de que o padrão atenta contra a separação dos poderes, é fácil responder que, em qualquer hipótese, possui o magistrado certo poder de fato, sendo preferível lhe seja tal poder abertamente delegado pelo legislador de modo que possa, pelo padrão, atender as necessidades sociais face a carência do legislador.

O Relator constata, entretanto, que certos autores se têm manifestado de modo menos favorável ao padrão. Jean Dabin observa que na realidade não há antinomia entre regras e padrões. Maury mostra-se muito reservado ante o empirismo em que o padrão se baseia. Lembra a escola do direito bom, da equidade, do juiz bom, doutrinas que não deixam de causar-lhe apreensões. Teme o arbítrio do juiz e a incerteza do direito. O Diretor Ripert participa desse temor. Mas recentemente, o Professor Keeton, em sua obra "Venturing to do Justice", retomou o estudo da noção de padrão, apresentando suas vantagens e inconvenientes de forma extremamente diferenciada.

O Relator pondera que a evolução dos últimos anos não tem sido favorável à noção de padrão. Para demonstrá-lo, recorda a história da regulamentação francesa da usura.

O primeiro texto sobre a matéria é a lei de 3 de setembro de 1807: "Os juros convencionais não poderão exceder, em matéria cível, de 5%, nem, em matéria comercial, de 6%, tudo sem retenção".

Encontramo-nos aí na presença de regra bem nítida. Pelo segundo quartel do século XIX, numa época marcada pelo liberalismo econômico, escandalizava a restrição da taxa de juros em matéria comercial, pelo que esta foi suprimida em 1886, mantendo-se todavia, a regra, em matéria cível.

Conseqüentemente, a regra apresentava-se como sendo demasiadamente rígida. Eis por que o decreto de 8 de agosto de 1835 adota um padrão. Um empréstimo é considerado usurário quando é contraído a "uma taxa efetiva superior à metade da taxa média estipulada nas mesmas condições por mutuantes de boa fé, através de operações de crédito que comportem riscos idênticos ao empréstimo em referência".

A prática, no entanto, tem revelado que esse texto dá ensejo a grande fraqueza de parte de certos juizes. Acabou-se admitindo como legítimos empréstimos com taxa superior a 100% por ano, desde que o empréstimo aearretasse excessivos riscos.

Desta sorte o legislador considerou necessário reagir contra tal técnica e voltou-se a editar regras precisas. Leia-se o início do primeiro capítulo da lei de 28 de dezembro de 1966: "Constitui taxa usurária todo empréstimo convencional a uma taxa efetiva global que exceda, no momento em que a concordância se expressa, de mais de um quarto da taxa efetiva média em uso, no decurso do trimestre precedente, nos bancos e estabelecimentos financeiros registrados pelo Conselho Nacional do Crédito para operações da mesma natureza e de riscos análogos...". Voltou-se, portanto, a uma regra bem precisa. Importa acrescentar que esse texto apenas estabelece limites previstos pela lei e que o ilícito da usura se configura tão logo se transponha qualquer um desses limites. Ademais, completam a lei um decreto, quatro resoluções e numerosos avisos ministeriais. Na atualidade, as taxas variam de acordo com as circunstâncias, mas são sempre precisas; o teto, por exemplo é uma taxa de 16,62%. O direito francês tem-se, pois, afastado do padrão. Doravante, uma taxa de 16,62% é admissível para empréstimos de certas categorias, mas configura-se a usura tão logo esta se eleve a 16,63%. O padrão cedeu lugar a um "barème" (livro de cálculos feitos).

A seguir explica o Relator por que a expressão "unificação do direito" carrega, por seu turno, um problema. Está visto que a unificação do direito pode ser efetuada através de leis uniformes, conforme se tem procedido há muito tempo. Entretanto, uma certa unificação se deriva de leis-modelo e códigos-modelo, semelhantes àqueles que têm sido adotados nos Estados Unidos. Também se verificou certa unificação nos Princípios Fundamentais de Legislação promulgados na União Soviética. No âmbito do Mercado Comum, os esforços de aproximação, coordenação, harmonização, não conduzem a unificação rigorosa.

Contudo, constituem passos muito importantes nessa direção. O Relator recorda que o Sr. René David vai mais longe, considerando que pode haver unificação quando se adota atitude comum acerca do direito, e, por exemplo, quando se aceita um sistema, um conjunto de métodos e de conceitos. Pode haver unificação pela introdução de vocábulo comum (*Incoterms*), ou ainda pela apresentação uniforme com soluções diferentes; ou por leis-modelo, confrontadas por organismo internacional, ao qual se comunicariam as variações; ou por contratos-tipo, que podem até ser elaborados por organização corporativa, por firma, pela

Comissão Econômica para a Europa ou por outro organismo, tal como o COMECON, etc. A unificação do direito é, portanto, área considerável que assume aspectos mui variados.

O Relator salienta que essa diversificação dos meios de unificação não cria, na espécie, nenhuma dificuldade relevante. O problema da utilização do padrão na obra de unificação, seu interesse e seus perigos, se lhe afiguram como sendo mais ou menos idênticos àqueles que se observam em qualquer tipo de unificação que se queira objetivar. Quer se trate, para exemplificar, de lei uniforme, de lei-modelo, ou de contrato-tipo, o padrão apresentaria as mesmas vantagens e os mesmos inconvenientes.

Em compensação, entende o Relator que existe a tendência de se apreciar de modo diversificado a utilidade do padrão, dependendo do modo de encarar leis uniformes ou modelos que conferem direitos às pessoas frente a outras pessoas (direito privado na concepção continental), ou que conferem direitos a uma pessoa frente à sociedade. Propõe ele por isso uma subdivisão da segunda parte da pesquisa.

No que concerne às leis uniformes "do direito privado" (lei sobre as diferentes formas de transporte, sobre a venda, sobre o cheque etc.), ao Relator parece que o emprego dos padrões facilitaria um consenso, ainda quando elas objetivem menor unificação real.

Para exemplificar, volta ao problema da taxa de juros. O critério, adotado pelo legislador de 1935, havia permitido que os juízes tolerassem taxas verdadeiramente chocantes. O arbítrio do juiz opõe-se à certeza do direito. Ora se esse arbítrio já é perigoso num sistema interno, em que uma Corte Suprema pode exercer certo controle, muito mais perigoso se torna ele numa obra de unificação internacional, se não existir, acima dos juízes nacionais, jurisdição supranacional que assegure certa unidade na interpretação. O padrão abre a porta ao arbítrio e, se os juízes franceses são soberanos na discricionariedade interpretativa do padrão, os juízes alemães e ingleses, por sua vez, o interpretam de maneira totalmente diversa com idêntica soberania. Como falar-se, assim, em unificação? O Relator dispõe-se a ilustrar com dois exemplos essa idéia, que ele mesmo qualifica como bem modesta.

O primeiro é tirado dos transportes aéreos e da Convenção de Varsóvia, de 1929. Fixa este limite à responsabilidade, mas seus redatores acharam que o limite deveria inexistir em determinados casos. Para os franceses tratava-se antes de tudo do dolo e, para os juristas da *common law*, da *willful misconduct*. Os franceses pensavam também em força maior. Daí numerosas dificuldades e, finalmente, surgiu uma regra que estabelece padrão e realiza uma unificação apenas relativa: a limitação de responsabilidade será afastada em caso de dolo, ou de uma falta que, conforme a lei do respectivo tribunal, é considerada equivalente ao dolo.

Para os franceses esta fórmula visa à falta grave, mas os tribunais se sentem bastante embaraçados frente a essa noção de falta grave nos transportes aéreos. Daí a existência de movimento internacional com o fito de substituir o padrão por regra. O protocolo de Haia, de 1955, detesta se o dano resultar de ato ou de omissão do transportador ou de seus prepostos, seja com a intenção de provocar um dano, seja temerariamente e com a consciência de que um dano provavelmente daí resultaria.

Certa margem de discricão é deixada ao juiz, porém muito menor do que a existente. O Relator põe ênfase sobretudo em outro exemplo: a lei uniforme sobre a venda internacional de mercadorias elaborada em Haia, no ano de 1964.

Trata-se de documento de 101 artigos e os autores têm sido severamente criticados por haverem redigido texto assim longo. Na verdade, o Relator entende que teria sido fácil incluir no texto muito menos artigos e, em última análise, poder-se-iam suprimir 100 artigos dos 101 existentes. Sugere ele o seguinte texto: "A parte que descumpra suas obrigações constantes de um contrato de venda internacional pode incorrer na rescisão do contrato sempre que for justificada tal medida. Além disso, deve ela indenizar a outra parte do dano resultante para esta do descumprimento da obrigação". Para o Relator, tal texto não pode quase suscitar oposição. Abrange o conjunto do problema pelo fato de estar redigido em termos de padrões. No fundo, todavia, ele não produz ne-

nhuma unificação real. Os redatores da lei uniforme pensaram com muita procedência que antes de mais nada seria imperioso definir-se a noção de venda internacional, o que já não é nada simples, em seguida regulamentar de modo distinto as obrigações do vendedor e as do comprador, e, quanto aos primeiros, dever-se-ia ainda regulamentar separadamente as contravenções concernentes à data de entrega, o lugar de entrega e a coisa em si mesma, etc. Quando se procura, assim, estabelecer regras precisas, a tendência é escrever uma centena de artigos a fim de reduzir o arbítrio judicial.

O Relator esclarece que a Comissão que elaborou o texto frequentemente se questionara sobre a possibilidade de reduzir-lhe as dimensões, através da aplicação, ao texto, dos princípios gerais. Chegara mesmo a tentar esse trabalho. Desistiu do intento ao ser submetido o projeto a juristas ingleses. Disseram estes que os textos de sentido geral não seriam cumpridos da mesma maneira no Reino Unido como no Continente. Assim, após haver condensado o texto, a Comissão reelaborou-o com fórmulas detalhadas. Eliminou o mais que pôde, não somente os padrões, mas até mesmo os princípios, de molde a precisar de maneira segura os direitos e as obrigações das partes. Esta precisão, aliás, tem facilitado as transações, afastando oposições de princípio. Destarte a delegação alemã insistia muito na noção de falta, que a delegação inglesa rejeitava perentoriamente. Somente se conseguiu acordo depois que se abandonaram os conceitos e os princípios para chegar-se a dar soluções as mais aproximadas da precisão.

Não significa isto que a lei uniforme elaborada em Haia não recorra jamais ao padrão. Ela admite, por exemplo, a noção de prazo razoável ou mesmo de prazo curso.

Seria inviável outra maneira de proceder, visto que o texto regula a venda internacional das mercadorias em geral e os prazos para reclamação não podem evidentemente ser os mesmos em se tratando de frutas cítricas, essencialmente deterioráveis, ou de carvão.

Nos textos que regem acordos bilaterais entre pessoas, o Relator entende que a utilização do padrão é de certo modo o pior procedimen-

to possível. Exemplifica ainda com o artigo 5.º, alínea 2, da lei sobre a formação do contrato de venda (e não sobre a venda em si mesma), igualmente elaborado em Haia, no ano de 1964. Recorda que se questionou sobre a revogabilidade ou não da oferta e que o artigo 5.º, alínea 2, contém a resposta: "Após ter chegado ao destinatário, a oferta é revogável, salvo se a revogação não é feita de boa fé ou de conformidade com a lealdade comercial, ou se a oferta contiver prazo de aceitação ou declarar que é firme ou razoável". No caso de a oferta estipular prazo, ou quando ela for qualificada, a solução é inegavelmente boa. Em comparação, a solução do princípio contém um padrão de aplicação muito esbatido, que pode levar a interpretações bem diferentes. Se um vendedor oferecer mercadorias a determinado preço e alguém fizer proposta de compra das mesmas a preço superior, suponhamos duas horas após a sua oferta, ou dois dias, ou duas semanas, pode ele revogar sua primeira oferta para vender as mercadorias a preço mais elevado? O texto de-
veras não responde a essa interrogação. O juiz decidirá, mas é de recear-se que ele dê solução diferente nos diferentes países.

Todavia, entende o Relator que os perigos do padrão na unificação do direito perderão sua importância na medida em que se consiga assegurar a interpretação uniforme das leis uniformes, quer pela instituição de uma jurisdição supranacional, quer através de iniciativas como as que são realizadas por "Unidroit", sob a direção do Conselheiro Matteucci.

Segundo a opinião do Presidente Cassin, no que tange aos direitos do homem, os padrões podem ser extremamente fecundos.

Eis por que são facilmente encontrados em documentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem ou a Declaração Europeia dos Direitos do Homem. Textos dessa natureza não podem estabelecer regras precisas e concretas que sejam aceitáveis pelo conjunto das nações. As regras precisas estariam em dependência demasiado estreita de um contexto de regras de direito, de processo e de jurisdição, que variam muito de país a país. As Declarações de Direitos não podem, portanto, ser expressas a não ser por grandes princípios gerais ou por padrões. Elas vedam, por exemplo, a discriminação baseada na raça, no sexo, na cor, na religião, nas opiniões políticas ou nas origens sociais.

Esses princípios e esses padrões podem, na realidade, suscitar dificuldades de aplicação. A experiência foi feita na Alemanha e nos Estados Unidos, mesmo no que respeita à igualdade entre o homem e a mulher.

Mesmo na França do século passado ocorreu que Alphonse Allais pretendesse inscrever-se no exame de habilitação para a profissão de "parteira" (*sage femme*), argumentando que não existe proibição legal de um homem prestar esse exame.

Inobstante as dificuldades de sua aplicação prática, o padrão continua sendo extremamente fecundo nessa área, pelo menos na medida em que existe, ou existirá, um órgão como a Suprema Corte, que imponha aos diferentes Estados o acatamento do padrão. Nesse caso, com efeito, ter-se-ia realizado, quando não uma unificação total de regras em todos os detalhes, ao menos uma unificação mínima acerca de exigências fundamentais.

Para a compreensão do que se produziria e do que em certa medida já foi produzido nesse campo na Europa, o Relator mostra o exemplo dos Estados Unidos. Na Constituição daquele país depara-se com certo número de padrões que defendem os direitos do homem, em particular a décima quarta Emenda, contendo disposição pela qual "ninguém pode ser privado de sua vida, de sua liberdade ou de sua propriedade sem garantias legais suficientes" (*without due process of law*).

A fórmula é tipicamente um padrão, que se revelou de riqueza concreta incomum, por haver órgão que vela por sua aplicação, que é a Suprema Corte. Finalmente, em nome desse padrão, a Suprema Corte controla todos os órgãos do Estado, quer se trate do Legislativo, quer do Executivo ou do Judiciário, e ela os controla em todas as áreas. Entre mil outros exemplos, pode recordar-se que ela julgou inválidas condenações proferidas com aplicação estrita do processo penal de um Estado, quando entendia que esse mesmo processo não estaria garantindo suficientemente os direitos do homem.

Tais são, portanto, as conclusões que, em termos provisórios, o Relator apresenta, lembrando, porém, que essencialmente faz um apelo aos participantes no sentido de que o tema se torne objeto de construção coletiva. Na área do direito privado o padrão não passaria de alter-

nativa para pior, ao passo que, na área dos direitos humanos, em se querendo construir um mundo mais fraterno e mais justo do que o mundo atual, ser-lhe-ia assinalado futuro altamente promissor.

Após ter agradecido ao Relator, o Presidente passa a palavra ao Sr. Drago. Este enaltece a obra de Al-Sanhoury, lembrada pelo Relator, e que se tornou insigne presidente do Conselho de Estado do Egito.

A discussão se inicia com uma intervenção do Sr. Attalah. Após prestar homenagem a Al-Sanhoury, bem como a Edouard Lambert, afirma que o Código Egípcio contém grande número de padrões. Isto se deve, sem dúvida, à influência de dois juristas que ele mencionou, mas também à herança muçulmana. Efetivamente, contém esta dois padrões principais: o ser razoável e a equivalência. Ele próprio acredita firmemente na utilidade do padrão, que não abre necessariamente a porta ao subjetivismo, uma vez que assenta em fundamentos objetivos.

O Diretor Malmström, por seu turno, mostra a utilidade dos padrões, pelo menos no direito interno. Afirma que os sistemas jurídicos escandinavos utilizam muito essa técnica, a qual se lhe afigura inevitável e fecunda para o desenvolvimento do direito. Encontram-se, assim, no direito escandinavo, regras bastante numerosas que permitem aos juízes suprimir a aplicação de uma regra convencional, se a aplicação dessa regra, na espécie, é contrária os bons costumes, ou injusta. Trata-se aí de padrão que não poderia ser substituído por regras mais precisas. Na área da unificação do direito, em compensação, é certo que essa técnica pode ser muito mais perigosa. Pode ela ser meio para realizar acordo quanto ao texto e não quanto ao fundo.

O Diretor Tallon observa que há, no direito das comunidades européias, fenômeno pelo menos parecido com aquele do padrão: é o das diretivas. A diferença é que o padrão é de certo modo uma diretiva dada ao juiz, ao passo que a diretiva das comunidades européias é um objetivo fixado pelo executivo comunitário para os Estados-Membros. Feita esta comparação, importa salientar que a diretiva é instrumento privilegiado de comparação das legislações do Mercado Comum, mas não é menos verdade que esse padrão é difícil de manejar, o que a experiência tem provado. O Presidente Panchaud preliminarmente pondera que os códigos e as leis suíças fazem largo uso do padrão. Mostra também o

interesse que apresenta o exame comparado das legislações para conferir conteúdo concreto ao padrão. A esse respeito, a coexistência de legislações que consagrem, para a solução do mesmo problema, padrões e regras precisas, pode servir de orientação para o juiz nos países que adotaram o padrão. O autor da intervenção salientou, além disso, de maneira extremamente profícua, que não convém colocar no mesmo plano a regra, o princípio, o conceito e o padrão. Os três primeiros termos situam-se numa posição de certo modo hierárquico umas com relação às outras. O padrão é algo diferente. A regra, com efeito, faz apelo a noções não jurídicas, por exemplo o nascimento, a morte, os anos, os dias, as coisas, o transporte, etc. Mas ocorre também que a regra faz apelo a noção mais complexa, notadamente o comportamento dos seres humanos (comportamento do pai em relação aos seus filhos, comportamento do comerciante, uso comercial, etc.). A dificuldade que o padrão traz para os juristas provém do fato de ele definir comportamento jurídico fazendo apelo a comportamento não jurídico.

O Professor Jauffret contesta algumas conclusões do Relator. Sustenta preliminarmente que as regras podem, também elas, ocasionar graves divergências de interpretação em matéria internacional. Propõe como exemplo a importância de uma menção de aval sobre a letra de câmbio. A seguir interroga-se ele se a utilização de padrões nos textos, definindo os direitos humanos, não seria uma das razões impeditivas de sua ratificação. Os países prefeririam que se precisassem suas obrigações de modo muito concreto a aceitar regras gerais que se lhes afiguram como perigosas.

Também o Diretor Rotondi se insurge contra o que ele chama de "pessimismo" do Relator. Lembra a concorrência desleal, o invento genial e a jurisprudência francesa, incorporada no texto revisado pela Convenção de Paris de 1926. A fórmula segundo a qual o ato de concorrência desleal é ato contrário ao bom uso em matéria de comércio foi quase universalmente adotada. Ter-se-ia podido crer que ela teria gerado dificuldades se fosse transportada para outros países. Nada disto ocorreu, particularmente no que respeita à Itália. Não se deve hesitar, portanto, em introduzir, nos textos internacionais, padrões que complementem as regras.

Também o Diretor Limpens pensa que os padrões são inevitáveis. Há no direito regras precisas e formais, mas também existe uma zona marginal que deve ser abarcada pelo direito, conquanto seja totalmente destituída de precisão. Esses padrões jurídicos são menos inquietantes do que pensa o Relator. Não raro servem como denominador comum entre muitos países. Certamente corre-se o risco das divergências de interpretação. Entretanto, os países escandinavos têm constatado que tais Cortes não sejam necessárias, porquanto as leis dos mesmos praticamente não têm dado causa a interpretações discrepantes. Os países do "Bénélux" (Bélgica, Holanda e Luxemburgo) instituíram Corte reguladora, mas não seria isso meter a carroça na frente dos bois? Como tal Corte, os padrões não apresentam perigo menor do que o inerente ao direito interno.

O Sr. Marsh, Law Commissioner, constata, por seu turno, que a técnica dos padrões é indispensável em todos os sistemas de direito. Mostra de modo vivo como eles podem ser combinados com regras muito precisas ou diretivas, exemplificando com o projeto da Law Commission para decidir sobre conseqüências financeiras da dissolução do casamento. A idéia geral é evidentemente a de que se deve fazer justiça entre os dois antigos cônjuges. Mas, para evitar o arbítrio judicial, a esse padrão se acrescentaram diretivas flexíveis que orientam o juiz no uso do seu poder em casos determinados. Em matéria de unificação e de harmonização do direito, técnicas semelhantes a essas poderiam ser de interesse.

Numa eloqüente intervenção, a Sra. Questiaux chama atenção sobre as normas que figuram na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Na falta de regras jurídicas que estejam em vigor em todos os países ou que sejam aceitas por todos, os redatores dessa Declaração tomaram como ponto de referência o essencial, isto é, os sentimentos mais profundos dos homens mais simples. Procuraram pesquisar o que há de comum nas pessoas mais simples de todos os países e, a partir destas concepções morais, no sentido bem simples do termo, redigiram textos como se impusessem obrigações de resultado. Evidentemente essa técnica deixa a desejar. As Nações Unidas ocupam-se com assuntos de diplomacia, que refletem interesses

diversos e opiniões públicas versáteis. Mas a vida é isto mesmo. Ora, existe vínculo direto entre as normas da Declaração e a opinião pública. Isto permite apelar-se para esta, a fim de que exerça pressão sobre os Estados, objetivando que as normas se traduzam pouco a pouco em regras jurídicas. Todo este trabalho não se pode realizar a curto prazo. Não raro, a opinião pública se impacienta e reclama iniciativas destinadas a impor a aplicação das normas. Isto não é sempre possível de imediato. É de mister, todavia, que normas e regras avancem paralelamente.

O Conselho Matteucci pensa que é imperioso estabelecer discrimine entre os diferentes padrões. Alguns deles abrangem conceitos que refletem sobretudo a área moral, social ou a prática comercial. É impossível evitá-los. Trata-se, por exemplo, dos conceitos de homem razoável, de boa fé, de lealdade comercial. Tais conceitos são insubstituíveis. Em compensação cumpre evitarem-se o mais possível conceitos estritamente jurídicos, tais como a noção de falta, de força maior, de falta grave, ou de dolo. São estas, efetivamente, noções que podem ser e que na prática são interpretados de modo diferente pelas diferentes nações. Convém substituí-los por regras, ou então defini-los de forma muito precisa. Não podem desempenhar, num documento internacional, papel mais relevante do que o de solução de compromisso, espécie de válvula, que permita dar solução flexível. O Conselheiro Matteucci salienta, também ele, o interesse que uma unificação limitada dos acordos internacionais apresenta. Cita o exemplo do Código Tcheco de Comércio Internacional, de 1963. Enfim, reforça as sugestões que o Presidente Panchaud havia formulado com o fito de limitar os inconvenientes do emprego de padrões em leis uniformes. Entende inviável, no presente, a criação de uma Corte Internacional de interpretação das leis uniformes em âmbito mundial. Não vê possibilidade de os juizes nacionais poderem por seu turno, procurar conhecer as interpretações dadas em outros países. É importante, pois, haver repertórios de jurisprudência que abranjam as leis uniformes para facilitar aos juizes o conhecimento das interpretações feitas em outros países.

O Presidente Grisel tenta circunscrever a questão à área do direito público, mas vê-se forçado a fazer distinção entre duas espécies de

padrão. Em primeiro lugar aponta padrões assaz parecidos com os do direito privado. São os que se vislumbram nas relações que o Estado mantém de certo modo em nível administrativo inferior: concluindo, por exemplo, contratos administrativos, ou obrigando-se através de promessas, ou propiciando orientação (é o caso do agente do fisco encarregado de mostrar ao contribuinte qual é o montante de seus impostos). Nestas áreas conta o princípio da boa fé. O mesmo sucede quando o Estado consigna por erro prazo de recurso demasiado curto. Em compensação, na área das liberdades individuais, depara-se com padrões que são de certo modo superprincípios: princípios que ultrapassam aqueles que figuram num catálogo das liberdades individuais. Assim há o princípio segundo o qual o Estado não pode prejudicar nenhuma das liberdades inscritas na Constituição, salvo por força de lei, ou ainda o princípio que justifica tal prejuízo se e enquanto determinado fim deve ser alcançado. Trata-se aí de padrões subjacentes às regras constitucionais. Seu alcance varia, aliás, conforme a óptica política segundo a qual é visualizada.

O Professor Winizky manifesta sua desconfiança acerca da noção de padrão. Acha ele que é útil distinguir, por um lado, os princípios gerais e, por outro, as regras ou as normas, e que isto é suficiente. Através de alguns exemplos brilhantemente apresentados, alerta ele contra palavras que não teriam significado preciso, sobretudo num documento internacional. A seu ver, a unificação necessita de princípios gerais, que se devem combinar com as regras. Por outro lado, salienta a utilidade, para a unificação do direito, de certos instrumentos de trabalho, tais como coletâneas de jurisprudência.

O Professor Hamson manifesta-se um tanto cético quanto à idéia de padrão. Aprovando o ponto-de-vista inglês, rejeita ele a distinção entre direito privado e direito público. Prefere distinguir entre a matéria que se presta para uma expressão precisa e aquela que não se presta para tanto. Por outro lado, o receio do arbítrio do juiz parece-lhe defluir de óptica tipicamente francesa ou, de qualquer modo, muito pouco britânica. Na Grã Bretanha prepondera, ao contrário, a preocupação de libertar o juiz dos embaraços da regra jurídica. Foi o que fez a lei de 1957, relativamente à responsabilidade do ocupante de imóvel. Estabeleceu ela o padrão do homem razoável e adiantou algumas sugestões de elementos

a serem considerados para verificar se as partes se haviam comportado de modo razoável. Essa lei reduziu consideravelmente a litigação. Configurava, pois, um progresso transformar as regras em padrão. O problema se situaria, pois, no esforço por distinguir as áreas que necessitam de precisão e em que a precisão é possível obter-se daquelas que, pelo contrário, devem ser redigidas segundo padrões. Em matéria comercial, necessita-se não raro de regras precisas, bem como em matéria de circulação viária. Em compensação, o padrão enseja o predomínio de grandes idéias, desde que o direito seja submetido ao controle de tribunal de amplo poder. Citou-se a esse respeito a Suprema Corte dos Estados Unidos. Percebe-se a necessidade de se conferir maior dinamismo, nesse campo, à ação do Conselho de Estado francês. O padrão permite controlar as decisões tomadas por numerosos órgãos. Sua importância se encontra, ao que parece, em ascensão porquanto se observa a multiplicação das Cortes em escala de organização regional mais ou menos grande (Bénélux, Europa, etc.). O padrão permitiria, pois, se não a unificação, pelo menos a elevação dos direitos a certo nível de unidade.

O Professor René David insurge-se, também ele, contra a predominância que se deu à idéia de segurança sobre a idéia de justiça. Vê nisso resquício de ideologia do século XIX, que reduzia o direito à lei, não passando esta de um conjunto de regras. A reação atual se lhe afigura saudável. Inegavelmente, em algumas áreas a segurança é essencial. Em outras, pelo contrário, por exemplo na família, há necessidade de assegurar-se a coexistência, e é então que se evidencia a utilidade do padrão. O padrão permite ademais vencer-se o isolamento de quantos cooperam para a formação do direito. Assegura a colaboração do legislador, do juiz, da doutrina, da opinião pública, etc. Convém que se reabilite a jurisprudência e o costume, obra de cooperação de todos os juristas. Teme-se o arbítrio do juiz, mas é de temer-se ainda mais a cegueira ou a imprevisão do legislador. Como, aliás, deixar de socorrer-se dos padrões, como evitar os conceitos de falta, de urgência, de circunstâncias atenuantes, mesmo de direito, etc.? Na realidade, tudo é padrão. O padrão reintroduz a vida e a moral no direito. Em matéria internacional, participa ele da opinião do Professor Jauffret, que ponderou haverem as regras suscitado não menores dificuldades de interpretação do que os padrões. Além disso, não convém exagerar esses problemas. Mes-

mo em direito interno é difícil assegurar-se a unidade de jurisprudência. O problema da interpretação uniforme das leis uniformes é em larga medida um falso problema. A maior dificuldade que emerge da unificação do direito é a de ratificação das convenções internacionais. É desolador constatar que uma lei tão técnica como a referente ao cheque e à letra de câmbio tenha merecido apenas número muito limitado de ratificações. Mais desolador ainda é constatar o pouco zelo com que se procura pôr em vigor uma lei importante como a lei uniforme sobre a venda internacional. Em termos enérgicos, o Professor René David lamentou a falta de espírito internacional e a demissão dos juristas, que, embora estejam perfeitamente cônscios da necessidade de um regime internacional de vendas internacionais, não conseguem vencer a estreiteza de visão dos políticos. O resultado é que os comerciantes contornam as leis e submetem seus litígios à arbitragem com cláusula de composição amigável, para que se faça uma justiça baseada simplesmente em padrões de boa fé.

O Professor Hazard salienta a importância dos padrões no direito constitucional. Se os Estados Unidos, diz ele, continuam sempre com a sua primeira República, talvez se deva isso ao fato de a sua Constituição comportar padrões. A seu ver, a dificuldade principal é encontrar padrões internacionais. Os padrões, com efeito, ressaem da cultura dos povos. Concebem-se, destarte, padrões nos Estados Unidos ou no Continente, mas um tribunal internacional (e o orador aduz exemplo particularmente chocante) fez mal em aplicar certos padrões porque não existe ainda cultura internacional suficiente. Seria tarefa dos comparatistas descobrir os padrões internacionais.

O Reitor Houin não pensa que o problema que se arma com o emprego de padrões na unificação internacional seja diferente daquele que existe com relação ao direito interno. Menciona como exemplo o divórcio. Este pode ser concedido quando a continuação da vida conjugal se torna insuportável. Existe, aí, para a Corte de Cassação, questão de fato que escapa ao seu controle. Com efeito, as soluções que serão dadas dependerão muito da personalidade do magistrado. De modo semelhante, dizia-se outrora que os magistrados que eram donos de automóvel não decidiam de modo idêntico ao daqueles que não possuíam carro. O

padrão leva, portanto, necessariamente, à subjetivação do direito, quer se trate de direito interno, quer se trate de direito unificado. O problema apresentado seria um falso problema.

O Professor Rivero pensa que a noção de padrão é essencialmente fugaz, nebulosa, incerta. Ele toma, como parte de referência, ora o comportamento médio de indivíduos médios, ora regra vaga, de consistência metafísica e que praticamente não se consegue concretizar, configurando princípio muito geral. Contrariamente ao orador que o precedeu, pensa ele que o emprego do padrão é mais perigoso no âmbito internacional do que em direito interno. É Narciso contemplando-se em águas claras e em águas turvas ou agitadas e de cores diversas: a imagem que a água devolve não é a mesma. Quanto ao saber se é necessário editar regras precisas ou formular o direito em termos mais vagos, trata-se de problema essencialmente político, cuja solução depende do objetivo de reforçar a autoridade do legislador ou a do juiz. De maneira geral, é mais fácil realizar-se acordo sobre os padrões, mas o acordo pode ser mais aparente do que real, a menos que haja juízes supranacionais.

O Professor Zajtay salienta que não seria o caso de tomar-se posição a favor ou contra os padrões, nem mesmo de opor as regras jurídicas aos conceitos, aos princípios e aos padrões. Na verdade, os conceitos são elementos da regra jurídica, e certas regras não existem sem princípios e padrões. O esforço dos juristas deve dirigir-se à unificação de sistemas jurídicos, de sistemas que comportam a um tempo regras, princípios, padrões.

O Professor Szabo mostra como os padrões podem ser fonte de regras de direito. Cita o exemplo impactante da convenção dos direitos do homem. Fixa esta padrões mínimos em relação aos direitos do homem, o que obriga os Estados que a ratificam a introduzir um conjunto de regras nos seus direitos nacionais. Há, portanto, uma forma de unificação indireta das normas. Não convém, por outro lado, pôr em confronto direito privado e direito público. A noção de padrão deve ser a mesma nas duas áreas.

O Reitor Malmström pensa que a noção de padrão é interessante do ponto-de-vista pedagógico. Na prática há, no entanto, muitos graus na precisão ou na generalidade das regras. Convém, pois, pesqui-

sar as áreas em que a precisão se impõe. Voltando à técnica evocada por Marsh e Hamson, que consiste em criar regra suficientemente vaga, combinada com certas diretivas, mostra ele que isto seria, na verdade, pelo menos inicialmente, o objetivo dos trabalhos preparatórios. Eles contém indicações e exemplos úteis. Todavia, após certo período, a situação mudou e é útil, em lugar de se tomarem em consideração os trabalhos preparatórios, examinar-se a jurisprudência que responde mais diretamente às necessidades sociais. Faz suas as considerações do Presidente Panchaud sobre a conveniência de o juiz utilizar-se do direito comparado para conhecer as diferentes maneiras de interpretar um padrão. Ele próprio, no Conselho da Europa, havia conseguido que se reunisse uma conferência de Diretores de Faculdades de Direito e havia proposto se fizesse também uma conferência de presidentes de altas jurisdições, a fim de dar-se aos juizes a possibilidade de confrontar suas idéias e apreciar a utilidade do direito comparado.

O Professor Blagojevic sustenta com brilho que o padrão efetivamente não se opõe à regra, sendo esta mais ou menos vaga, e que o padrão sempre existiu. No seu entender, o padrão possui, no plano nacional, igual valor ao que lhe é atribuído no plano internacional. Em compensação, continua sendo útil distinguir direito privado de direito público, ainda que, há trinta e cinco anos, se estabeleceram 280 critérios de distinção e o número deles se acha duplicado no presente. É inevitável o uso de padrões no plano internacional, mas não há juiz em situação bastante independente para aplicá-los de modo objetivo.

O Presidente pergunta ao Relator se deseja externar mais algumas observações muito breves. Este agradece a todos os participantes por terem trazido para o estudo do tema idéias diversas, profundas, e certamente exatas, ainda que por vezes opostas umas às outras. Salienta que ele se revelara um tanto desconfiado relativamente ao padrão por causa do excessivo otimismo de Lambert e Al-Sanhoury e que a discussão permitiu reconduzir a apreciação do padrão a um justo equilíbrio. Presta homenagem especial àqueles oradores que, assim como a Sra. Questiaux, os Srs. René David e John Hazard, salientaram o caráter educativo do direito e a importância que os padrões proclamados em escala internacional poderiam ter na psicologia dos povos.