

## Direito comparado com o quê?

Sobre critérios para uso de direito estrangeiro em decisões judiciais

EDUARDO JORDÃO

26/04/2022 05:10



Crédito: Pixabay

**Já contei aqui** sobre o caso em que o Cade apoiou-se no direito comparado de um jeito curioso: citando uma única decisão, de tribunal da Romênia, e ignorando conhecida jurisprudência americana em sentido contrário.

A seletividade explícita divertiu alguns leitores. Mas seria de fato necessário citar jurisdições com entendimentos contrários ao que o tribunal pretende adotar? No exemplo do Cade, o fato de citar-se um país periférico tem alguma relevância? O fato de a orientação omitida ser a dos EUA, país particularmente influente do direito

antitruste brasileiro, torna a seletividade mais problemática? Há direitos que deveriam ser citados e outros não?

Há quem diga serem mais compreensíveis as citações a países mais próximos cultural e historicamente. Afinal, esses seriam indícios importantes do sucesso de eventual importação jurídica. Apesar disso, conhecido estudo empírico identifica que as cortes americana, canadense e alemã figuram sempre entre mais influentes, mesmo para países muito distintos deles, como Israel.

Se o critério a guiar a citação não for a semelhança cultural e histórica, qual seria? Alguns autores sugerem a relevância econômica e/ou cultural, que deixaria em evidência o país e, como consequência, também a sua jurisprudência. Outros apontam a relevância de aspectos relativos aos próprios magistrados: aspirações pessoais sobre jurisdições que deveriam servir de modelo ou relações acadêmicas

com alguns países. Este último aspecto explicaria as menções de Gilmar Mendes ao direito alemão e as de Luís Roberto Barroso ao direito americano, por exemplo.

No mais, a seletividade também levanta questões sobre o *significado* do recurso ao direito estrangeiro. Quando um juiz menciona a orientação jurisprudencial de outra jurisdição, como seu argumento pode ser traduzido? A depender disso, a seletividade poderá ser mais ou menos problemática.

Uma forma *forte* de traduzir o argumento seria a seguinte: outros países já adotam aquela orientação e este deveria ser o sentido em direção ao qual se deveria marchar. Neste sentido, as jurisdições mencionadas são uma espécie de *norte moral* ou *civilizatório*.

Mas também é possível que a menção a outras jurisdições seja simplesmente uma forma de dizer que a solução que se quer adotar já vige em outros países. A ideia aqui seria valer-se da outra jurisdição como um reforço da razoabilidade da solução cogitada. Para uma utilização mais persuasiva do argumento neste sentido, seria conveniente que se reportassem as consequências da adoção desta solução naquela jurisdição: se gerou resultados sociais positivos, se foi objeto de crítica, se está em vias de ser alterada etc.

A literatura reporta a ampliação do recurso ao direito comparado pelos tribunais, no contexto geral da globalização. É importante que este movimento seja acompanhado das reflexões acima, para que as citações a direito estrangeiro possam contribuir de fato para a legitimidade das decisões judiciais e não sejam apenas elementos de retórica vazia.

**JOTA PRO Poder: soluções inteligentes para mo...**



## Conheça o JOTA PRO Poder

---

**EDUARDO JORDÃO** – Professor da FGV Direito Rio e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela USP e pela LSE. Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck.