



PUBLICISTAS

Direito comparado sob demanda

Manipular direito estrangeiro é truque comum no Brasil

EDUARDO JORDÃO

14/12/2021 05:05



Crédito: Pixabay

Jacinto Câmara observou que o acesso facilitado, pela internet, a fontes históricas de primeira mão deve ter uma consequência positiva: limitará as referências deturpadas que frequentemente se faziam à nossa suposta “tradição jurídica”, com o objetivo de dificultar a adoção, entre nós, de alguma solução cogitada e indesejada.

Até recentemente, a história do nosso direito só nos chegava por via indireta, no relato ou na interpretação, nem sempre fidedignos, de alguns autores. A tecnologia nos promete futuro melhor, ao comprometer a perpetuação desses “passados inventados”.

A banner for JOTA PRO Poder. It has a blue background with a faint image of a person. The text is centered and reads: "JOTA PRO" in large, bold, black letters, followed by "Poder" in a smaller, bold, black font. Below this, in white text, it says: "A cobertura política mais especializada do Brasil, com **previsibilidade e transparência** para você tomar decisões e desenhar cenários". At the bottom, there is a black button with white text that says "CLIQUE PARA SABER MAIS".

JOTA PRO
Poder

A cobertura política mais especializada do Brasil, com **previsibilidade e transparência** para você tomar decisões e desenhar cenários

CLIQUE PARA SABER MAIS

As invenções e manipulações não são, obviamente, privilégio dos relatos jurídicos históricos. O direito comparado, em especial, é campo fértil para a criatividade. Todo mundo quer um direito estrangeiro para chamar de seu, um direito estrangeiro sob demanda.

Meus dois exemplos favoritos de deturpação do direito estrangeiro vêm do direito da concorrência.

Neste campo, é bastante forte a influência americana. Tão forte que levou o Cade a importar e aplicar, por décadas, a “Pervasive Power Doctrine”, suposto teste judicial americano para determinar se uma regulação federal restritiva da concorrência seria lícita ou ilícita.

Só que o tal teste nunca existiu: fora inventado por um professor brasileiro, que o mencionara em seus livros, sem citar fonte original. Jamais fora aplicado por qualquer tribunal ou mencionado por qualquer autor americano. O Cade tomara conhecimento do tal teste nos livros do professor brasileiro e confiou na sua validade. Como no exemplo de Jacintho de apego a um passado que nunca existiu, tínhamos aqui o apego a um direito estrangeiro também imaginário.

No segundo exemplo de direito comparado sob demanda, a forte influência americana não impediu que o direito americano (de fato existente) fosse ignorado pelo Cade, quando lhe conveyo. Na decisão em que admitiu a possibilidade de sanção, com base no direito antitruste, para empresas que realizassem lobby por regulação anticompetitiva, há uma seção específica denominada “Jurisprudência Comparada”. Nela se cita uma única decisão, de um tribunal da Romênia.

Em aulas sobre direito comparado, costumo assinalar prazo de três minutos para que os alunos identifiquem, por meio de pesquisas em seus celulares, alguma jurisdição que adotaria posição contrária, de impossibilidade de sanção ao lobby empresarial por regulações restritivas da concorrência.

Nunca foi necessário exaurir este prazo para que eles encontrem menções à Noerr-Pennington Doctrine americana, orientação jurisprudencial bastante conhecida dos estudiosos do direito da concorrência – e, provavelmente, dos conselheiros do Cade que proferiram decisão contrária, sem lhe fazer qualquer referência.

Bem utilizado, o direito comparado é recurso valioso para reforma, crítica e avanço do nosso direito. Mas, como envolve dados e informações nem sempre tão acessíveis, é preciso cuidar para que ele não se converta em instrumento de propagação de realidades feitas sob medida.

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.

