

TRÊS PROBLEMAS DO RECURSO JUDICIAL AO DIREITO COMPARADO: LEGITIMIDADE, SELETIVIDADE E DEFORMIDADE¹

*Il résulte assez clairement, nous semble-t-il, que l'argument de droit comparé est somme toute, et ce depuis longtemps, un bon moyen de dissimuler ses propres positions sous une apparence de neutralité scientifique, mais qu'en fait, l'exemple étranger est le plus souvent utilisé de façon téléologique.*²

Eduardo Jordão

Professor da FGV Direito Rio. Sócio da Portugal Ribeiro Advogados. Doutor em Direito Público pelas universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), com pesquisas de Pós-Doutorado realizadas na Harvard Law School e no MIT Economics. Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE). Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Foi pesquisador visitante na Yale Law School, nos Estados Unidos, e pesquisador bolsista nos Institutos Max-Planck de Heidelberg e de Hamburgo, na Alemanha.

Resumo: A literatura jurídica documenta o crescente recurso de tribunais de diversos países ao direito comparado, em especial para ampliar a proteção a direitos fundamentais para além do explicitamente previsto no direito nacional. Ao menos duas circunstâncias contribuem para o crescente uso de direito comparado pelos tribunais: o fenômeno da globalização, com a conseqüente aproximação de tribunais de países distintos, e a complexização progressiva do processo decisório judicial. Este texto se destina à análise dos principais problemas associados a este aumento do recurso judicial ao direito comparado: (i) legitimidade; (ii) seletividade; e (iii) deformidade.

Palavras-chave: Direito comparado. Tribunais. Legitimidade. Seletividade. Deformidade.

Sumário: 1 Introdução – 2 Legitimidade – 3 Seletividade – 4 Deformidade – Referências

¹ O autor agradece a Luiz Filipe Cunha pela inestimável ajuda com a pesquisa para a elaboração deste artigo.

² PLATON, Sébastien. L'argument de droit comparé dans les débats relatifs à la dualité de juridictions. In: MELLERAY, Fabrice (Dir.). *L'argument de droit comparé en droit administratif français*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

1 Introdução

A literatura jurídica documenta o crescente recurso de tribunais de diversos países ao direito comparado. Em artigo publicado em 2012, Mads Adenas e Duncan Fairgrieve relatam o histórico e o desenvolvimento deste fenômeno em várias cortes no mundo.³ O artigo é particularmente rico em exemplos dos tribunais da Inglaterra – de onde vêm os dois autores. Eles afirmam que, em terras inglesas, a virada se deu já nos anos 60, quando passaram a ser citadas várias decisões de outras cortes da *Commonwealth*, como Austrália e Nova Zelândia.

O uso de decisões e literatura estrangeira é hoje corrente e comum nas cortes alemães – no *Bundesgerichtshof* e no *Bundesverfassungsgericht*. Na Holanda, ele está muito presente nas opiniões dos *advocate general*, que são magistrados que propõem uma solução para o caso, mas são ainda raros nas decisões em si.⁴ Na Itália, cita-se sempre uma decisão de 2007 do *Consiglio di Stato* que fez referência a decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, da *Bundesgerichtshof*, da Suprema Corte americana e da *House of Lords* inglesa como iniciando uma era de maior atenção aos julgamentos estrangeiros.

O autor deste texto participou ativamente deste processo de acentuação do recurso ao direito comparado no Conselho de Estado francês. Durante o início do seu Doutorado, foi contratado para criar uma célula de direito comparado no âmbito do Centro de Pesquisas Jurídicas deste que é o máximo tribunal administrativo francês. Tratava-se de um projeto do próprio vice-presidente do Conselho de Estado, em resposta a pedidos antigos dos conselheiros. O projeto envolveu uma verba importante para o aparelhamento da biblioteca do Conselho com livros estrangeiros. Envolveu, e envolve, ainda, o desenvolvimento da relação do Conselho com tribunais de outros países. Isso implicava, por exemplo, a recepção de magistrados estrangeiros para períodos de pesquisa ou de aclimatação no Conselho, enquanto os próprios conselheiros faziam visitas constantes a outros tribunais.

Na sua origem, a célula de direito comparado do Conselho de Estado contava apenas com o autor deste texto, contratado em um regime de trabalho de vinte horas por semana. Hoje conta com quatro empregados em tempo integral, normalmente doutorandos ou jovens doutores com habilidades linguísticas. A principal missão da célula é responder a consultas formuladas pelos conselheiros de Estado sobre soluções encontradas por outros países (normalmente, Estados

³ ADENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan, Intent on making mischief: seven ways of using comparative law. In: MONATERI, Pier Giuseppe (Ed.). *Methods of comparative law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

⁴ MAK, Elaine. Reference to Foreign Law in the Supreme Courts of Britain and the Netherlands: Explaining the Development of Judicial Practices. *Utrecht Law Review*, v. 8, p. 20-34, 2012.

Unidos e outros países da União Europeia) sobre problemas semelhantes àqueles com os quais eles estejam se deparando. O Conselho de Estado francês citou pela primeira vez uma decisão estrangeira em um julgamento de 2003. No entanto, desde a implantação desta célula de direito comparado, no ano de 2008, o uso do direito comparado pelo Conselho de Estado cresceu consideravelmente – algo que não escapou à percepção da doutrina.⁵

Ao menos duas circunstâncias contribuem para o crescente uso de direito comparado pelos tribunais. De um lado, a complexização progressiva do processo decisório judicial. Este processo torna muitas vezes insuficiente o direito nacional para dar resposta aos problemas levados aos tribunais – e amplia a necessidade de recurso a fontes externas. De outro lado, o fenômeno da globalização tende a aproximar os países e, também, os próprios tribunais. E, desta relação mais próxima, é natural que se amplie também a referência cruzada.

A propósito deste último ponto, a União Europeia⁶ ou a Convenção Europeia de Direitos Humanos, dois produtos da globalização, são talvez as principais forças propulsoras do movimento de ampliação do uso judicial do direito comparado. A Convenção Europeia de Direitos Humanos gerou a emergência dos padrões internacionais de direitos humanos. As decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos costumam ter uma longa seção consagrada ao direito comparado. Já a Corte Europeia de Justiça frequentemente faz referências às “tradições jurídicas ou constitucionais” de todos ou da maioria dos Estados-Membros.⁷ Ainda como

⁵ SAUVÉ, Jean-Marc. *Le Conseil d'État et la Comparaison des Droits*. Palestra realizada em 14 de fevereiro de 2014. Disponível em: http://www.conseil-etat.fr/content/download/3887/11689/version/1/file/2014_02_14_hommage_drago_droit_compare24022014.pdf. “[...] une « cellule » de droit comparé y a été créée en septembre 2008. [...] Au fil des années, elle se professionnalise et son influence va grandissant. Cette création, récente à l'échelle de l'institution, a déjà porté ses fruits. Elle a ainsi produit ces trois dernières années plus de 40 notes substantielles, de véritables études, chaque année”. Ver também BRETONNEAU, A.; DAHAN, S.; FAIRGRIEVE, D. L'influence grandissante du droit comparé au Conseil d'État: vers une procédure juridictionnelle innovante?, *RFDA*, 2015. p. 855.

⁶ STEIN, Eric. Uses, Misuses – And Nonuses of Comparative Law. *Northwestern University Law Review*, v. 72, p. 198-216, 1977. p. 213.

⁷ EREZ-BARAK, Daphne. The Institutional Aspects of Comparative Law. *Columbia Journal of European Law*, v. 15, p. 477-493, 2009. p. 486. A propósito, Paolo Carroza aponta dificuldades na utilização do direito comparado por parte da Corte Europeia de Justiça. Para o autor, o recurso frequente ao direito dos Estados-Membros com a pretensão de dar sentido objetivo às normas supranacionais de direitos humanos pode (i) corroer o próprio caráter supranacional dos direitos da Convenção Europeia, levando a uma aplicação mais tímida desses direitos quando não houver denominador comum nas legislações locais capaz de dar sentido claro às normas de direitos humanos; a prática poderia, também, (ii) desincentivar a diversidade nas legislações locais pelo simples fato de que certo número de Estados tomou decisões comuns sobre valores sociais controversos. Por outro lado, o autor argumenta que o recurso ao direito comparado, além de fortalecer entendimentos comuns sobre o sentido de princípios vagos, pode revelar as contingências e as particularidades de escolhas políticas e morais inerentes à especificação e à expansão de normas internacionais de direitos humanos que costumam ser superficialmente supostas como universais (CARROZA, Paolo). Uses and misuses of comparative law in international human rights:

consequência do processo de globalização, é natural que os tribunais tenham que resolver cada vez mais frequentemente casos de direito internacional privado que requerem a aplicação do direito estrangeiro.

O recurso ao direito comparado, portanto, é hoje em dia uma realidade. Mas quais as suas consequências para os próprios tribunais? A literatura do direito comparado cita ao menos duas.

Em primeiro lugar, há um impacto nas regras internas de funcionamento dos tribunais. O Conselho de Estado francês talvez tenha sido um dos mais afetados. O seu modo de decidir foi comparado ao dos tribunais correspondentes de outros países. Criticaram-se, em especial, (i) a redação de suas decisões (extremamente resumidas e caricaturalmente silogísticas); (ii) a participação do *rapporteur public* (uma espécie de relator para o caso concreto) nas deliberações posteriores (o argumento era o de que se feriria a imparcialidade dos tribunais, na medida em que os conselheiros poderiam se sentir pressionados a decidir tal como proposto); e (iii) a deliberação secreta e a ausência de registro de eventual dissenso (a população não tem acesso aos debates ou aos argumentos vencidos).⁸

Uma segunda consequência seria mais “externa” e teria a ver com as dinâmicas de influência entre os tribunais.⁹ A ideia seria a de que a abertura para o direito estrangeiro poderia ser fonte de poder, tornando determinado tribunal mais apto a influenciar os demais. Do mesmo modo, a desconsideração, por uma jurisdição, dos direitos estrangeiros poderia levar à sua superação.¹⁰ O maior exemplo seria precisamente o direito francês, que era dominante há algumas décadas, mas foi ultrapassado. Essa visão é muito difundida na própria França. Tratando especificamente do direito administrativo, Fabrice Melleray, Professor da Sorbonne, faz referência às “três eras” do direito francês, dos tempos áureos à

some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Notre Dame Law School, Scholarly Works*, Paper 208, 1998).

⁸ No Conselho de Estado francês, depois que o *rapporteur public* (uma espécie de relator para o caso) sugere uma solução para o caso, as portas são fechadas e os conselheiros debatem entre eles, secretamente.

⁹ Trata-se de aspecto não negligenciável. Tribunais costumam se orgulhar de citações externas e muitos se ocupam de traduzir julgamentos para o inglês, como forma de permitir maior difusão deles ao redor do mundo. Sobre o ponto, alguns autores diferenciam dois tipos de interações entre tribunais: a *influência* e a *interação*. A influência é unidirecional, enquanto interação é conceito ligado a influências recíprocas, sendo possível falar, neste caso, em diálogo judicial. Nesse sentido: “El «diálogo entre Cortes», «judicial dialogue» o «judicial conversation» viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y por lo tanto, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia. Al respecto, es muy útil la distinción realizada entre «influencia» y «interacción». La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization»” (BONILLA, Haideer Miranda. Control de convencionalidad y diálogo judicial en el espacio interamericano de protección. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 49, n. 64, p. 7-55, jul./dez. 2015).

¹⁰ Muitos autores espanhóis afirmam que o direito comparado não seria comum na Espanha, atribuindo-o ao período fascista e ao isolacionismo dele decorrente.

perda de significância internacional.¹¹ Hoje, na União Europeia, há uma influência maior dos direitos alemão e inglês, por exemplo. No mesmo sentido, Aharon Barak, ex-ministro da Suprema Corte de Israel e professor de Yale, sugere que a Suprema Corte americana estaria perdendo o seu papel central justamente porque não está aberta ao direito comparado.¹²

Este texto, no entanto, está menos focado na identificação deste aumento do recurso judicial ao direito comparado e nas suas consequências, e mais centrado nos problemas (reais ou imaginados) daí decorrentes. São três os problemas que merecem maior atenção e que são examinados a seguir, em cada uma das seções seguintes deste texto: (i) legitimidade; (ii) seletividade; e (iii) deformidade.¹³

2 Legitimidade

Na sabatina a que foi submetida no Senado americano antes de ingressar na Suprema Corte, a Professora Elena Kagan foi confrontada pelo republicano Chuck Grassley por uma decisão curricular implementada pela Harvard Law School sob a sua direção. A faculdade havia instituído um curso obrigatório de International and Comparative Law no seu primeiro ano; ao passo em que o curso de direito constitucional obrigatório só é oferecido no segundo ano. Kagan responde que sempre se achou em Harvard que seria mais apropriado deixar o curso de Constitucional para o segundo ou terceiro ano, porque os alunos já teriam mais conhecimento de direito para enfrentar algumas questões relevantes. Na sequência o senador emenda uma série de questões sobre as referências judiciais ao direito

¹¹ MELLERAY, Fabrice. Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français. In: MELLERAY, Fabrice (Dir.). *L'argument de droit comparé en droit administratif français*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

¹² O jornal *The New York Times*, em matéria sobre diminuição da influência da Suprema Corte americana sobre as cortes estrangeiras, apontou que, segundo o jurista Aharon Barak, "a maioria dos Ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos não citam casos estrangeiros em suas decisões". "Eles deixam de usar uma importante fonte de inspiração, que enriquece o raciocínio jurídico, torna o Direito mais criativo e fortalece os laços e os fundamentos democráticos de diferentes sistemas jurídicos". Em parte por essa razão, Barak disse acreditar que a Suprema Corte estaria "perdendo o papel central que já teve entre cortes das democracias modernas". Do original: "Most justices of the United States Supreme Court do not cite foreign case law in their judgments." Aharon Barak, then the chief justice of the Supreme Court of Israel, wrote in the *Harvard Law Review* in 2002. "They fail to make use of an important source of inspiration, one that enriches legal thinking, makes law more creative, and strengthens the democratic ties and foundations of different legal systems" (LIPTAK, Adam. U.S. Court, a Longtime Beacon, Is Now Guiding Fewer Nations. *The New York Times*, 18 set. 2008).

¹³ Numa classificação diferente, Jean-Bernard Auby afirma que o direito comparado é (i) sempre seletivo; (ii) frequentemente deformado; (iii) muito frequentemente instrumentalizado; (iv) autojustificador. V. AUBY, Jean-Bernard. Introduction. In: MELLERAY, Fabrice (Dir.). *L'argument de droit comparé en droit administratif français*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

comparado: (i) os juízes deveriam olhar para o direito estrangeiro em busca de inspiração?; (ii) caso confirmada, a senhora pretende citar casos de outros países ao decidir?; (iii) para quais países a senhora acha que a Suprema Corte americana precisaria olhar para buscar “boas ideias”?¹⁴

As perguntas do Senador Grassley são representativas da preocupação do espectro político conservador americano com a *legitimidade* do recurso judicial ao direito estrangeiro. Seria, afinal, legítimo que os cidadãos de um país sejam submetidos a soluções estrangeiras, que consagrariam valores estrangeiros e que não foram subordinadas ao escrutínio dos seus representantes políticos, no Congresso?

Na Suprema Corte, o mais importante representante desta resistência conservadora ao recurso judicial ao direito comparado era o Ministro Antonin Scalia, que ocupou este cargo entre 1986 e 2016, ano em que veio a falecer. Como será visto ao longo deste texto, Scalia esteve na linha de frente da oposição ao direito comparado, com fortes críticas e sarcasmos em suas manifestações judiciais e acadêmicas.¹⁵ No caso *Lawrence v. Texas*, que discutia a descriminalização da sodomia, Scalia enuncia as suas objeções gerais a estas importações jurídicas. Ele afirma que “direitos constitucionais não surgem [simplesmente] porque [...] nações estrangeiras descriminalizam condutas”¹⁶ e que a Suprema Corte “não deveria impor costumes, manias e modas estrangeiras aos americanos”.¹⁷

Já no caso *Roper v. Simmons*, discutia-se a constitucionalidade de imposição da pena capital a menores de 18 anos. Literalmente, a oitava emenda americana proíbe “punições cruéis”. A questão que se punha era se condenar à morte um menor de 18 anos constituiria punição cruel. A maioria da Suprema Corte entendeu que sim. Um dos argumentos levantados pela maioria foi o de que a Convenção das Nações Unidas que proíbe punições a menores foi assinada por *todos* os países do mundo, menos Estados Unidos e Somália. A ideia subjacente parecia

¹⁴ As respostas de Elena Kagan foram, resumidamente: (i) sou a favor de boas ideias de onde quer que elas venham, mas o direito estrangeiro não tem peso de precedente; (ii) de onde quer que possam vir boas ideias; (iii) depende, há alguns casos em que a citação do direito estrangeiro ou internacional pode ser apropriado. A íntegra deste diálogo pode ser assistida pelo *site* YouTube (SEN Grassley (R-Iowa) Questions Kagan (full video)). *YouTube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZVbemAy82Qo>. Acesso em: 3 dez. 2018).

¹⁵ Para uma discussão entre o Ministro Scalia, contrário à citação extensiva de direito estrangeiro nas decisões, e o Ministro Breyer, que defende a utilidade desse recurso em alguns casos, ver DORSEN, Norman. The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 519-541, 2005.

¹⁶ “Constitutional entitlements do not spring into existence because [...] foreign nations decriminalize conduct” (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003).

¹⁷ “this Court [...] should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans” (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003).

ser a de que os Estados Unidos estariam do lado errado. Mas o Ministro Scalia enxergava o fato de outro modo. Nas suas palavras:

A menos que a Corte tenha adicionado ao seu arsenal o poder de aderir a e ratificar tratados em nome dos Estados Unidos, não vejo como esta evidência possa favorecer, ao invés de refutar [a posição da maioria]. Que o Senado e o presidente – aqueles atores que nossa Constituição autoriza a celebrar tratados [...] – tenham se recusado a aderir e a ratificar tratados proibindo a execução de menores de 18 anos só pode sugerir que nosso país ou não alcançou um consenso nacional sobre a questão, ou alcançou um consenso contrário ao que a Corte anuncia.¹⁸

A discussão sobre a legitimidade do recurso ao direito estrangeiro levanta uma série de questões relevantes. A primeira delas diz respeito à suposta necessidade de uma autorização legal ou constitucional para a realização deste procedimento. Na África do Sul, um artigo específico da Constituição *permite* que a Suprema Corte faça referência ao direito estrangeiro, além de *determinar* este procedimento em alguns casos específicos.¹⁹ Na ausência de uma autorização expressa como essa, qualquer menção ao direito estrangeiro seria ilícita? Uma resposta positiva a esta pergunta parece veicular uma concepção bastante restrita (e idealizada) do direito e da atividade jurisdicional. No mínimo, é preciso admitir que, para além da expressa autorização normativa, vários elementos podem contribuir para tornar a menção judicial ao direito estrangeiro mais ou menos problemática.

A propósito, parece relevante para este fim o grau de determinação do direito nacional relativo à questão trazida a juízo. O problema de legitimidade se coloca com menos relevância nos casos em que o direito nacional não proveja uma solução específica e inequívoca para o caso concreto. É neste sentido que a hoje Ministra Elena Kagan parece ter feito referência a “boas ideias” que justificam

¹⁸ Do original: “Unless the Court has added to its arsenal the power to join and ratify treaties on behalf of the United States, I cannot see how this evidence favors, rather than refutes, its position. That the Senate and the President—those actors our Constitution empowers to enter into treaties, see Art. II, §2—have declined to join and ratify treaties prohibiting execution of under-18 offenders can only suggest that our country has either not reached a national consensus on the question, or has reached a consensus contrary to what the Court announces” (*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 2005).

¹⁹ O Capítulo 2 da Constituição da África do Sul (intitulado *Bill of Rights*) prevê, em seu §39, que a interpretação do referido capítulo “may consider foreign law”: “1. When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: a. must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; b. must consider international law; and c. may consider foreign law” (ÁFRICA DO SUL. Constituição da República da África do Sul. 1996. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>).

importações jurídicas. Tratar-se-ia de boas ideias para solucionar lacunas ou ambiguidades normativas nacionais. Se ao magistrado está permitido ler artigos jurídicos ou ter acesso a outros trabalhos e informações que podem influenciar a sua forma de ler e interpretar o direito positivo, parece artificial proibir-lhe o acesso ou a menção a elementos semelhantes, apenas porque estrangeiros.

A este respeito, note-se que o recurso judicial que a Suprema Corte fez ao direito estrangeiro no caso *Roper v. Simmons* tinha a ver com qual interpretação se deveria dar à expressão “punição cruel”, constante da oitava emenda constitucional americana. Apesar de usar tal expressão, a Constituição americana não explica como se deve interpretá-la. A ambiguidade em abstrato do termo, além disso, é reforçada pela sua inquestionável dinamicidade: o que é considerado cruel hoje certamente não é o mesmo que se considerava cruel décadas atrás. A maioria da Suprema Corte entendeu, assim, que, para determinar se a pena capital a menores de 18 anos poderia ser considerada tratamento cruel, seria conveniente conhecer a prática internacional a este respeito. A ideia subjacente é a de que a interpretação de termos ambíguos e com alta carga de dinamicidade depende do contexto fático. Ao final, o fato de vários países terem abandonado esta prática ao longo das últimas décadas foi interpretado como um indício significativo para que ela fosse considerada, no contexto atual, cruel, e, assim, inconstitucional. Ou seja, o direito comparado foi utilizado para sugerir *como se poderia interpretar razoavelmente* uma disposição constitucional ambígua.

Admite-se, por outro lado, que a referência ao direito estrangeiro é mais problemática quando o direito nacional é determinado e a importação que se pretende o contrária. Mas isto não significa que a importação, neste caso, será juridicamente impossível. Apenas significa que o ônus argumentativo para a justificar será superior. Por exemplo, será preciso demonstrar que a determinação normativa nacional contrária é, por alguma razão, juridicamente inválida (porque inconstitucional, por exemplo) – e outros recursos ao direito estrangeiro podem ser relevantes para este fim.

Pois bem, além do grau de determinação jurídica, que outros elementos podem ser relevantes para julgar a legitimidade de uma menção ao direito estrangeiro? Na literatura, há quem discuta se alguns temas específicos seriam mais próprios para empréstimos estrangeiros do que outros. Otto Kahn-Freund sugere que regras de direito privado (sobre contratos, por exemplo) seriam menos problemáticas de se importar do que regras de direito público (como instituições ou estruturas políticas), porque as configurações institucionais tendem a refletir com mais intensidade as forças políticas predominantes em um país.²⁰ O autor

²⁰ KAHN-FREUND, Otto. On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Review*, v. 37, 1974.

exemplifica a sua tese com o fracasso da tentativa de exportação de instituições parlamentares britânicas para países africanos.²¹ Não é claro, no entanto, que a sua intuição seja correta. Em algumas jurisdições, parece ser exatamente o inverso: por ser a regulação da vida privada a que reflete mais intensamente as crenças, desejos e concepções de vida da sociedade em questão, esta é mais resistente à recepção de conceitos jurídicos estrangeiros.²²

Adicionalmente, o maior ou menor grau de dificuldade sob a perspectiva da legitimidade pode variar ainda em função de diferentes concepções do direito. Neste sentido, Jeremy Waldron observa que a questão da legitimidade afasta aqueles que veem o direito como vontade (*law as will*) e aqueles que veem o direito como razão (*law as reason*).²³ Para quem atrela o direito à vontade, haveria maior preocupação com o fato de que a vontade de estrangeiros afete a vontade estabelecida nacionalmente. Já para aqueles que veem a razão como a essência do direito, não há maiores problemas em recorrer a raciocínios estrangeiros, que poderiam ajudar a chegar à solução mais adequada ou razoável diante do caso concreto. Estas importações seriam válidas como argumentos e importáveis quando persuasivas.

Em todos os casos em que o direito comparado puder ser entendido como fonte do direito, no entanto, não há dúvidas de que se trataria de fonte persuasiva, e não autoritativa. Isso significa que a sua força dependerá muito mais da sua substância do que de sua origem, por exemplo.

3 Seletividade

O segundo problema do uso do direito comparado pelos tribunais é a *seletividade* relativa aos dados do direito estrangeiro que serão levados em consideração. A este respeito, é possível fazer referência a dois tipos de seletividade,

²¹ "All rules which organise constitutional, legislative, administrative or judicial institutions and procedures, are designed to allocate power, rule making, decision making, above all, policy making power. These are the rules which are closest to the "organic" end of our continuum, they are the ones most resistant to transplantation. Nothing shows it more clearly than the futile attempts to export British parliamentary institutions into countries which do not share the very peculiar features of history, of social structure, and of political consensus characteristic of this country. The point is amply proved by what happened in Germany and in France in the nineteenth and twentieth centuries and what happened in many African territories in our own day" (KAHN-FREUND, Otto. On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Review*, v. 37, 1974. p. 17).

²² O próprio autor aponta essa ressalva, ao lembrar que há estudos antropológicos no sentido de que, mesmo com a adoção do Código Civil suíço pela Turquia, ao menos nas áreas rurais do país o direito de família ocidental foi "rejeitado" na prática (KAHN-FREUND, Otto. On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Review*, v. 37, 1974. p. 16-17).

²³ WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the Modern *ius Gentium*. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005. p. 145.

que aqui serão denominadas didaticamente de seletividade *externa* e *interna*. A seletividade externa tem a ver com a opção por *valer-se ou não* do direito estrangeiro, a depender do caso concreto. A seletividade interna, por sua vez, tem a ver com a opção relativa a *quais direitos estrangeiros* mencionar. Como se pode notar, o problema da seletividade *interna* só se coloca depois que é ultrapassado o da seletividade externa: apenas depois que o tribunal optou por fazer referência ao direito estrangeiro, apresenta-se a questão relativa a quais jurisdições citar.

O problema da seletividade tem a ver com os critérios que possam justificar estas opções dos tribunais. Como as cortes justificam a circunstância de que, em alguns casos, valem-se de exemplos estrangeiros e, em outros, os negligenciam? Por outro lado, tendo sido feita a opção de valer-se de exemplos estrangeiros para solucionar um dado caso concreto, como as cortes justificam a referência a algumas jurisdições e a negligência de outras que, por exemplo, adotem soluções diferentes ou mesmo contrárias? A preocupação com a seletividade parece ser compreensível: como querer emprestar força persuasiva ao direito estrangeiro, se ele só é mencionado quando conveniente à tese que o tribunal quer emplacar? E como querer emprestar força persuasiva ao exemplo de algumas jurisdições, quando outras dariam exemplos contrários? O risco é o de que o direito comparado seja manipulado para produzir “um bom meio de dissimular as suas próprias posições sob uma aparência de neutralidade científica”, na tradução das palavras de Sébastien Platon citadas no início deste texto.

3.1 Seletividade externa

No caso *Roper*, já mencionado acima, o então Ministro da Suprema Corte americana Antonin Scalia denuncia a seletividade externa do tribunal que compõe. Ele afirma que os seus colegas optam, convenientemente, por não fazer recurso ao direito estrangeiro quando a decisão que querem tomar difere daquela que é tomada pela maioria dos outros países. Para ilustrar o seu ponto, menciona a jurisprudência americana sobre aborto e sobre laicidade do Estado. No caso deste último tema, a Suprema Corte americana foi mais longe do que a maioria dos países, exigindo uma separação entre igreja e Estado mais intensa do que aquela que vige em outras jurisdições.²⁴ Já no caso do aborto, Scalia observa

²⁴ Do original: “The Court has been oblivious to the views of other countries when deciding how to interpret our Constitution’s requirement that ‘Congress shall make no law respecting an establishment of religion [...]’ Amdt. 1. Most other countries—including those committed to religious neutrality—do not insist on the degree of separation between church and state that this Court requires. For example, whereas ‘we have recognized special Establishment Clause dangers where the government makes direct money payments

que a Suprema Corte colocou os Estados Unidos entre os meros seis países que permitem o procedimento abortivo até o ponto da viabilidade – ou seja, adota-se uma posição mais leniente do que a maioria das outras jurisdições.²⁵ Em nenhum dos casos em que esta jurisprudência foi fixada, afirma Scalia, o Tribunal virou os olhos para outros países para questionar a sua própria posição. Nas suas palavras:

A Corte deveria ou declarar a sua disposição de reconsiderar todos estes temas à luz de pontos de vista estrangeiros, ou deixar de apresentar estas perspectivas estrangeiras como parte da fundamentação de suas decisões. Invocar o direito estrangeiro quando ele está de acordo com a sua própria visão e ignorá-lo nos casos contrários não corresponde a tomada de decisões racionais, mas a sofisma.²⁶

O trecho acima pode fazer crer o leitor que o Ministro Scalia estaria isento desta incoerência que denuncia. Em artigo publicado no *American Journal of International Law*, no entanto, Harold Koh demonstrou que o próprio Scalia abusa da seletividade externa, mencionando exemplos de outras jurisdições quando isso convém à tese que deseja emplacar.²⁷

to sectarian institutions,' *Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819, 842 (1995) (citing cases), countries such as the Netherlands, Germany, and Australia allow direct government funding of religious schools on the ground that 'the state can only be truly neutral between secular and religious perspectives if it does not dominate the provision of so key a service as education, and makes it possible for people to exercise their right of religious expression within the context of public funding.' S. Monsma & J. Soper, *The Challenge of Pluralism: Church and State in Five Democracies* 207 (1997); see also *id.*, at 67, 103, 176. England permits the teaching of religion in state schools. *Id.*, at 142. Even in France, which is considered 'America's only rival in strictness of church-state separation,' '[t]he practice of contracting for educational services provided by Catholic schools is very widespread.' C. Glenn, *The Ambiguous Embrace: Government and Faith-Based Schools and Social Agencies* 110 (2000)" (*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 2005).

²⁵ Do original: "And let us not forget the Court's abortion jurisprudence, which makes us one of only six countries that allow abortion on demand until the point of viability. See Larsen, *Importing Constitutional Norms from a 'Wider Civilization': Lawrence and the Rehnquist Court's Use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation*, 65 *Ohio St. L. J.* 1283, 1320 (2004); Center for Reproductive Rights, *The World's Abortion Laws* (June 2004), http://www.reproductiverights.org/pub_fac_abortion_laws.htm I. Though the Government and amici in cases following *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), urged the Court to follow the international community's lead, these arguments fell on deaf ears. See McCrudden, *A Part of the Main? The Physician-Assisted Suicide Cases and Comparative Law Methodology in the United States Supreme Court*, in *Law at the End of Life: The Supreme Court and Assisted Suicide* 125, 129-130 (C. Schneider ed. 2000)" (*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 2005).

²⁶ Do original: "The Court should either profess its willingness to reconsider all these matters in light of the views of foreigners, or else it should cease putting forth foreigners' views as part of the reasoned basis of its decisions. To invoke alien law when it agrees with one's own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry" (*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 2005).

²⁷ KOH, Harold Hongju. *International Law as Part of Our Law*. *American Journal of International Law*, v. 98, 2004.

Em interessante estudo empírico da jurisprudência americana, Steven Calabresi e Stephanie Dotson Zimdahl tentam identificar as circunstâncias que tornariam mais provável a citação de direitos estrangeiros pela Suprema Corte daquele país. Entre as circunstâncias citadas, estão as seguintes: (i) quando a Corte precisa fazer um juízo de razoabilidade; (ii) quando a Corte precisa extrair sentido de uma formulação normativa ambígua; (iii) quando ela busca fornecer reforço lógico para as suas próprias decisões; (iv) quando precisa apresentar suporte empírico para juízos relativos às consequências de reformas jurídicas consideradas nos Estados Unidos.²⁸

3.2 Seletividade interna

A seletividade interna é mais difícil de se evitar do que a seletividade externa. Um tribunal pode com alguma facilidade optar por (i) simplesmente não citar direito estrangeiro ou (ii) estabelecer explicitamente os critérios de acordo com os quais a citação de direito estrangeiro é considerada aceitável. Nestas duas hipóteses, terá ao menos reduzido os problemas relacionados com a seletividade externa. Tendo optado por fazer referência ao direito estrangeiro, no entanto, o problema da seletividade interna é praticamente incontornável, dado o número de jurisdições que poderiam ser citadas e as diferentes razões que poderiam justificar a citação de cada uma delas, em cada caso concreto.

Em alguns casos, no entanto, a seletividade não é exatamente uma inevitabilidade, mas uma opção deliberada e evidente dos tribunais. O fenômeno é referido na literatura estrangeira como *cherry picking*. No Brasil, um dos exemplos mais explícitos deste procedimento foi dado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), num caso em que julgava a possibilidade de sanção,

²⁸ CALABRESI, Steven; ZIMDAHL, Stephanie Dotson. The Supreme Court and foreign sources of law: two hundred years of practice and the juvenile death penalty decision. *William and Mary Law Review*, v. 47, p. 743-910, 2005. p. 753. Por outro lado, David Zaring, em abrangente estudo sobre citações a decisões estrangeiras por parte de tribunais federais, concluiu que as circunstâncias apontadas por Calabresi não evidenciam a realidade dos fatos sobre como as cortes americanas recorrem ao direito estrangeiro. Isso porque, segundo o estudo de Zaring, os tribunais federais americanos, nas raras ocasiões em que citam direito estrangeiro, não o fazem para auxiliar a interpretação do direito doméstico; na verdade, na maioria das vezes isso ocorre quando os tribunais julgam casos envolvendo pessoas ou entidades de outros países: "In fact, federal courts are much more likely to reference foreign decisions when coordinating multicountry litigation or determining points of foreign law. By focusing on the rare cases where federal courts do use foreign law for domestic purpose, Koh, Calabresi, and the others focus attention on a small piece of the foreign authority picture" (ZARING, David. The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 3, p. 297-331, 2006. p. 330).

com base no direito antitruste, para o *lobby* por regulação anticompetitiva.²⁹ Na decisão que admitiu esta possibilidade, há uma seção específica denominada “Jurisprudência Comparada”, em que se cita uma única decisão, de um tribunal da Romênia. Em aulas sobre direito comparado, o autor deste texto costumava assinalar o prazo de 5 minutos para que os alunos identificassem, via pesquisas na internet em seus aparelhos celulares, o exemplo de alguma outra jurisdição que adotaria posição contrária. Em nenhuma hipótese em que isso foi feito, foi necessário exaurir o prazo de 5 minutos: os alunos sempre conseguiam facilmente identificar a existência da célebre *Noerr-Pennnington Doctrine*, da Suprema Corte americana.³⁰ Trata-se de entendimento jurisprudencial bastante conhecido dos estudiosos do direito da concorrência – e, provavelmente, dos conselheiros do Cade que proferiram a decisão contrária, sem fazer referência a ele.

Na jurisprudência americana, o exemplo mais conhecido de seletividade interna é a denúncia do então Ministro Antonin Scalia no caso *Lawrence v. Texas*, sobre a criminalização da sodomia. Scalia acusa os seus colegas formadores da maioria de fazer referência aos países que afastaram a criminalização da sodomia, ignorando os vários outros que a mantiveram.³¹ Neste sentido, note-se que o argumento da citação seletiva e o pedido de maior consistência pode ser entendido não apenas como um pedido de menos direito comparado, mas também de *mais* direito comparado – um direito comparado mais extenso e mais completo.

Os exemplos acima levantam uma série de questões relevantes sobre o uso de exemplos estrangeiros para fundamentar decisões judiciais. Como proceder

²⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Processo Administrativo nº. 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Representante: DPDE “ex officio”. Representados: SINPETRO/DF; Rede Gasol (Grupo Cascão); Rede Igreja. *DOU*, 9 fev. 2005. No caso, o Cade condenou, por unanimidade, o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal – Sinpetro/DF e as redes de postos revendedores de combustíveis Gasol e Igreja por infração à ordem econômica, pelo fato de terem exercido forte pressão sobre o Executivo e o Legislativo do Distrito Federal a fim de ver impedida a pretensão da rede de supermercados Carrefour de instalar postos de abastecimento em alguns de seus estabelecimentos, o que acabou ocorrendo por meio da edição da Lei Complementar distrital nº 294/2000.

³⁰ A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao contrário do entendimento fixado pelo Cade no caso Sinpetro/DF, entende que não é possível punir particulares com base na legislação antitruste por *lobby* junto ao Poder Público para a edição de normas restritivas da concorrência. Para a Corte americana, essa impossibilidade se fundamenta no fato de que a interpretação da lei antitruste não pode conduzir a um impedimento de que os particulares interessados levem aos agentes públicos às suas manifestações e tentem influenciá-los, até porque “o próprio conceito de representação depende da habilidade das pessoas de fazer com que os seus desejos sejam conhecidos pelos seus representantes”. É essa a *Noerr-Pennnington Doctrine*, que é assim denominada pelo fato de ter sido fixada a partir dos casos *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight* (365 U.S. 127) e *United Mine Workers v. Pennington* (381 U.S. 657).

³¹ “The Court’s discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibitions on sodomy) is therefore meaningless dicta”.

quando as indicações do direito estrangeiro são contraditórias? Em que medida seria realmente necessário citar jurisprudências com entendimentos contrários ao que se pretende defender? No caso em que o autor da decisão *conhece* orientações jurisprudenciais diferentes daquelas que está citando, haveria uma obrigação moral de referir-se também a elas? Note-se que em outros contextos que não o judicial, esta referência seria indiscutivelmente requerida. É o caso, por exemplo, de uma produção acadêmica, em que se exige do autor honestidade intelectual. Por outro lado, a negligência a referências contrárias à tese que se quer emplacar é compreensível na perspectiva do advogado. Pensando nestes casos como dois extremos, no entanto, a perspectiva do juiz (supostamente neutro) parece colocá-lo muito mais próximo do acadêmico.

Há outras questões: no exemplo do Cade mencionado acima, o fato de que a decisão citada é de um país periférico aumenta o problema ou é irrelevante? Quando é que a citação seletiva é particularmente problemática? O fato de a orientação jurisprudencial negligenciada ser dos Estados Unidos, um país particularmente influente do direito brasileiro e principalmente do direito antitruste brasileiro, torna a seletividade ainda mais problemática? Há jurisdições que deveriam ser citadas e outras não?

Evidentemente, as jurisdições frequentemente citadas variam muito de país para país. Na experiência do autor como assistente jurídico de direito comparado no Conselho de Estado francês, as jurisdições a respeito das quais mais se solicitavam pesquisas eram Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha. Havia um comparativo menor interesse por jurisdições como Espanha, Itália e Portugal, por exemplo.³² Também pela experiência do autor em universidades americanas, Inglaterra e Alemanha são os países que mais interessam aos professores daquele país que se debruçam sobre o direito estrangeiro. Nos tribunais superiores brasileiros, finalmente, os países mais citados costumam ser Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, França, Itália, Espanha e Portugal.

Com a discordância de Alan Watson,³³ Kahn-Freund sugere que são mais compreensíveis as citações a países mais próximos culturalmente e historicamente.³⁴

³² A confirmar essa intuição, um estudo que analisou a citação cruzada de direito comparado entre 10 países europeus concluiu que Inglaterra, França e Alemanha estavam no centro das referências cruzadas, enquanto Itália e Espanha ficaram entre os países periféricos naquela análise (GELTER, Martin; SIEMS, Mathias. Networks, Dialogue or One-Way Traffic? Na Empirical Analysis of Cross-Citations Between Tem of Europe's Highest Courts. *Utrecht Law Review*, v. 8, p. 88-99, 2012.).

³³ WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.

³⁴ KAHN-FREUND, Otto. On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Review*, v. 37, 1974. Segundo o autor, "we cannot take for granted that rules or institutions are transplantable. The criteria answering the question whether or how far they are, have changed since Montesquieu's day, but any attempt to use a pattern of law outside the environment of its origin continues to entail the risk of rejection [...]. [I]ts use requires a knowledge not only of the foreign law, but also of its social, and above all its

Afinal, estes seriam indícios importantes do eventual sucesso da importação, já que é de se cogitar que determinado instituto, implantado de maneira bem-sucedida em um país, provavelmente funcionará em outro com condições culturais e históricas semelhantes. A despeito disso, Ran Hirschl observa, em longo estudo empírico para identificar as cortes mais citadas, que Estados Unidos, Canadá e Alemanha figuram sempre entre as cortes mais influentes, mesmo para países muito distintos deles, como Israel.³⁵

Se o critério a guiar a citação não é 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 natural, também a sua jurisprudência. Outros autores são mais específicos em sugerir que o que guiam as citações são aspectos relativos aos próprios magistrados: (i) aspirações pessoais suas sobre as jurisdições que deveriam servir de modelo; (ii) intuições sobre o que seria moderno, iluminista, tradicional; ou (iii) as específicas relações pessoais com alguns países (assim, magistrados que realizaram estudos de pós-graduação em determinados países tenderiam a citá-los com maior frequência).³⁶ Este último aspecto explicaria as constantes menções do Ministro Gilmar Mendes ao direito alemão e as do Ministro Luis Roberto Barroso ao direito americano, por exemplo.

No mais, note-se que o problema da seletividade também levanta questões sobre o *significado* dos recursos ao direito estrangeiro. Quando um juiz menciona a orientação jurisprudencial de outra jurisdição, como o seu argumento pode ser traduzido? O que ele está querendo dizer? A depender de como este argumento for traduzido, a seletividade poderá causar menores ou maiores problemas.

Uma forma *forte* de traduzir o argumento seria a seguinte: outros países já estariam adotando aquela orientação específica e, portanto, este deveria ser o sentido em direção ao qual se deveria marchar. Neste sentido, as jurisdições

political, context. The use of comparative law for practical purposes becomes an abuse only if it is informed by a legalistic spirit which ignores this context of the law" (p. 27).

³⁵ HIRSCHL, Han. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: OUP, 2014. p. 27-28.

³⁶ Há, ainda, autores que defendem uma abordagem "pragmática". Nesse sentido, Dmitry Poldnikov, ao enfrentar o argumento de que haveria certo "eurocentrismo" no recurso ao direito comparado, citando Basil Markesinis, afirma que isso se justifica, em parte, pelo fato de que o tempo disponível à leitura de decisões estrangeiras é escasso demais para investigações mais profundas do direito de países periféricos ("Basil Markesinis evaluates the bias positively. First, Europe radiates 'practically relevant' ideas and is producing practical and relevant rules. The state of learning in Europe is enviable. Otherwise why do many other countries – such as China, South Korea, and the former Eastern European bloc – invest so much in studying these major Western European and American systems and try to import their notions and institutions. Secondly, we have to be selective as reading time is 'a sharply limited commodity'"). V. POLDNIKOV, Dmitry. Two Divergent Approaches to Comparative Legal Studies in Europe and their implications for Legal History. *Higher School of Economics Working Papers 88/LAW/2019*; e MARKESINIS, Basil; FELDTKE, J. *Engaging with Foreign Law*. Oxford: Hart Publishing, 2009).

mencionadas são uma espécie de *norte moral* ou *civilizatório*. Uma exacerbação deste tipo de argumento se deu no caso *Roper v. Simmons*, da Suprema Corte americana, já citado acima. Entre os elementos utilizados pela maioria para caracterizar a pena capital a menores de 18 anos como punição cruel, proibida pela Oitava Emenda Constitucional americana, afirmou-se que os Estados Unidos seriam o único país do mundo a continuar permitindo esta punição.³⁷ Trata-se de uma espécie de argumento perfeito de direito comparado, sem vício de seletividade: todos os países teriam sido citados. Em qualquer outro caso, no entanto, esta espécie de tradução forte do argumento de direito comparado causaria problemas, porque outras jurisdições estariam apontando em outra direção – e daí haveria a dificuldade de saber onde estaria o *norte moral* ou *civilizatório*.

Mas também é possível que a menção a outras jurisdições seja simplesmente uma forma de dizer que aquela 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 específico, seria conveniente que se reportassem as consequências da adoção desta solução nesta outra jurisdição: por exemplo, se gerou resultados sociais positivos, se foi objeto de crítica, se está em vias de ser alterada etc. Neste sentido, no caso em que o Supremo Tribunal Federal teve que decidir sobre a constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais para ingressos nas universidades, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski menciona as políticas afirmativas nos Estados Unidos, sugerindo que elas tiveram resultados sociais muito positivos.³⁸

4 Deformidade

Finalmente, há o problema grave da deformidade, da representação inexata da realidade. O exemplo do direito estrangeiro é trazido à discussão, mas de

³⁷ “Our determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty. [...] As respondent and a number of amici emphasize, Article 37 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, which every country in the world has ratified save for the United States and Somalia, contains an express prohibition on capital punishment for crimes committed by juveniles under 18. [...] Respondent and his amici have submitted, and petitioner does not contest, that only seven countries other than the United States have executed juvenile offenders since 1990: Iran, Pakistan, Saudi Arabia, Yemen, Nigeria, the Democratic Republic of Congo, and China. Since then each of these countries has either abolished capital punishment for juveniles or made public disavowal of the practice. Brief for Respondent 49-50. In sum, it is fair to say that the United States now stands alone in a world that has turned its face against the juvenile death penalty”.

³⁸ STF. ADPF 186. Plenário. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.4.2012. *DJe*, 20 out. 2014.

uma forma deturpada, idealizada, escondendo os seus problemas ou as suas nuances problemáticas, que poderiam ser relevantes para o caso concreto em que se cogita o seu uso.

A rigor, a deformidade não é um problema exclusivo do uso do direito estrangeiro pelos tribunais, mas do seu uso em qualquer âmbito. Na área de especialização do autor deste texto, o direito administrativo, as deturpações do direito estrangeiro são bastante frequentes nas justificações para importação de algum instituto. Assim, por exemplo, os relatos que se faziam, durante a década de 90, da experiência das agências reguladoras em outros países eram extremamente romantizados. Estas autoridades “independentes” seriam neutras e porosas aos interesses tanto dos operadores econômicos, quanto dos consumidores e do Poder Público; criariam espaços de discussão pública, na expressão *habermasiana* – círculos múltiplos em que as decisões regulatórias seriam debatidas e adotadas democraticamente. Este romantismo também se verifica nos dias atuais, quando se fazem referências acríicas às supostas qualidades dos procedimentos de produção normativa americanos de tipo *notice and comment*. De acordo com esta narrativa, eles seriam bem-vindos porque permitiram uma ampla participação, além de aumentar a frequência e a qualidade da motivação das decisões administrativas. Nestes discursos legitimadores da importação, há pouco espaço para relatar e debater as críticas a estes procedimentos participativos na doutrina americana. Em especial, seria relevante atentar para o forte e frequente argumento de que estes procedimentos têm sido levados a extremos que promovem a ossificação da administração, gerando uma tendência à inércia administrativa.

No caso de deformidades judiciais, uma ilustração nacional pode ser encontrada no voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski no julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da política de cotas para ingresso em universidades. Como parte do argumento para defender a constitucionalidade desta política, há no voto do ministro uma seção intitulada “As ações afirmativas nos Estados Unidos da América”, em que se fazem referências aos casos *Grutter v. Bollinger*, julgado pela Suprema Corte americana. De acordo com o Ministro, nesta decisão,

manteve-se em grande medida o entendimento [...] que permitia que a raça fosse considerada como um elemento da política de admissão para as instituições de ensino superior. As universidades foram, assim, autorizadas a utilizar o critério racial como um elemento a mais na seleção de seus alunos. [...] Assim, a política de seleção de estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, segundo constou do voto vencedor, não conflita com a Lei de Direitos

Civis de 1964 e tampouco com a XIV Emenda da Constituição, pois atenderia a um interesse imperativo do Estado, que é justamente o de assegurar a diversidade cultural. Verifica-se, assim, que a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao assegurar certa discricionariedade às universidades no tocante à seleção de seu corpo discente, o fez tendo em conta a necessidade de que a busca da heterogeneidade esteja pautada pela correção de distorções histórico-sociais que atuam como obstáculo à concretização dos valores constitucionais da igualdade substancial.

Sucedo que é bastante problemático recorrer ao direito americano em suporte à tese que o Ministro Lewandowski queria emplacar. Nunca houve vestibular nos Estados Unidos. Há um processo de admissão muito mais livre pelas faculdades, que leva em consideração outros critérios que não os meramente meritórios. A Suprema Corte autorizou este sistema; e, neste sentido, permitiu que a raça do candidato fosse levada em consideração pelas universidades, juntamente com outros critérios, para fins de decidir sobre a sua admissão. Mas a Suprema Corte americana deixou claro, no mesmo julgamento, que não seria constitucional estabelecer cotas fixas para uma raça ou para uma região, tal como se faz no modelo brasileiro, cuja constitucionalidade o STF teve que julgar.³⁹ Ou seja: a decisão da Suprema Corte americana mencionada pelo Ministro Lewandowski é *contrária* à tese que o Ministro Lewandowski queria defender, ao invés de lhe ser concordante. A apresentação que o Ministro Lewandowski fez do caso americano, portanto, foi *deturpada*, com negligência a aspectos problemáticos que fariam com que o caso mencionado fosse mais aproveitável para a consagração da tese *contrária*.⁴⁰

³⁹ No caso citado pelo Ministro Lewandowski, a Suprema Corte americana deixou claro que “universidades não podem estabelecer quotas para membros de certos grupos raciais nem colocar membros desses grupos em processos seletivos diferentes”. Veja-se: “As Justice Powell made clear in *Bakke*, truly individualized consideration demands that race be used in a flexible, nonmechanical way. It follows from this mandate that universities cannot establish quotas for members of certain racial groups or put members of those groups on separate admissions tracks. See *id.*, at 315–316. Nor can universities insulate applicants who belong to certain racial or ethnic groups from the competition for admission. *Ibid.* Universities can, however, consider race or ethnicity more flexibly as a ‘plus’ factor in the context of individualized consideration of each and every applicant. *Ibid.*” (*Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 2003).

⁴⁰ O próprio Ministro Lewandowski reconhece, em outra seção do seu voto, que a Suprema Corte americana teria permitido o uso de critérios étnico-raciais “desde que (i) não configurasse reserva de vagas ou o estabelecimento de cotas; e (ii) fossem empregados em conjunto com outros fatores de aferição do mérito”. Neste contexto, no entanto, defende que a Constituição brasileira “permite que se faça uma abordagem das políticas afirmativas muito mais abrangente daquela feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos”

Os casos de deturpação podem ser intencionais ou não intencionais. No primeiro caso, o responsável pelo recurso ao direito estrangeiro omite deliberadamente algum aspecto específico que tornaria o empréstimo inútil ou pouco persuasivo. Na segunda hipótese, o responsável acredita sinceramente que o exemplo estrangeiro lhe serve, mas apenas porque tem uma visão simplificada ou romantizada da sua realidade.

De todo modo, não é infrequente que magistrados de um mesmo colegiado se acusem de deformidade deliberada. No caso *Roper*, já mencionado acima, o então Ministro da Suprema Corte americana Antonin Scalia denuncia este vício na argumentação de seus colegas. Scalia observa que, ao analisar a situação dos estados americanos em relação à pena capital para menores de 18 anos, os seus colegas formadores da maioria não se contentaram em utilizar as posições formais de cada um deles (se admitem ou não a penalidade). Ao invés disso, investiram numa análise mais profunda e fática, em que observam que diversos dos estados que permitiam oficialmente tal penalidade já não a aplicavam havia anos. O mesmo procedimento de “verificação da realidade”, no entanto, é negligenciado quando a maioria da Corte se volta ao direito estrangeiro para observar que os Estados Unidos seriam o único país do mundo que ainda não teria abolido a pena capital juvenil.⁴¹ É que, neste caso, era a posição oficial destes países que favorecia a tese da maioria – então a realidade das coisas passa a ser convenientemente ignorada. Na sua verve inconfundível:

É interessante que, enquanto a Corte não se contenta de aceitar o que os estados de nossa união federativa dizem, mas insiste em investigar o que eles fazem (especificamente, se eles de fato aplicam

⁴¹ No voto do *Justice* Kennedy, condutor da maioria: “Our determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty. This reality does not become controlling, for the task of interpreting the Eighth Amendment remains our responsibility. Yet at least from the time of the Court’s decision in *Trop*, the Court has referred to the laws of other countries and to international authorities as instructive for its interpretation of the Eighth Amendment’s prohibition of ‘cruel and unusual punishments.’ 356 U.S., at 102-103 (plurality opinion) (‘The civilized nations of the world are in virtual unanimity that statelessness is not to be imposed as punishment for crime’); see also *Atkins*, supra, at 317, n. 21 (recognizing that ‘within the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved’); *Thompson*, supra, at 830-831, and n. 31 (plurality opinion) (noting the abolition of the juvenile death penalty ‘by other nations that share our Anglo-American heritage, and by the leading members of the Western European community,’ and observing that ‘[w]e have previously recognized the relevance of the views of the international community in determining whether a punishment is cruel and unusual’); *Enmund*, supra, at 796-797, n. 22 (observing that ‘the doctrine of felony murder has been abolished in England and India, severely restricted in Canada and a number of other Commonwealth countries, and is unknown in continental Europe’); *Coker*, supra, at 596, n. 10 (plurality opinion) (‘It is [...] not irrelevant here that out of 60 major nations in the world surveyed in 1965, only 3 retained the death penalty for rape where death did not ensue’)” (*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 2005).

a pena capital juvenil permitida por suas leis), a Corte está bastante disposta a acreditar que toda nação estrangeira – seja qual for a sua coloração política tirânica e independentemente de quão subserviente ou incompetente for o seu sistema judicial – de fato adere à regra de não aplicação da pena de morte para infratores menores de 18 anos.

Three problems of the use of comparative law by Courts: legitimacy, selectivity and deformity

Abstract: The legal literature documents the growing use of comparative law by courts, notably to extend the protection of fundamental rights beyond the explicit provisions of domestic law. At least two circumstances contribute to this phenomenon: globalization and the progressive complexity of judicial decision-making. This paper analyzes the main problems associated with the judicial recourse to comparative law: (i) legitimacy; (ii) selectivity; and (iii) deformity.

Keywords: Comparative law. Courts. Legitimacy. Selectivity. Deformity.

Summary: **1** Introduction – **2** Legitimacy – **3** Selectivity – **4** Deformity – References

Referências

ADENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan, Intent on making mischief: seven ways of using comparative law. *In: MONATERI, Pier Giuseppe (Ed.). Methods of comparative law.* Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

AUBY, Jean-Bernard. Introduction. *In: MELLERAY, Fabrice (Dir.). L'argument de droit comparé en droit administratif français.* Bruxelles: Bruylant, 2007.

BRETONNEAU, A.; DAHAN, S.; FAIRGRIEVE, D. L'influence grandissante du droit comparé au Conseil d'État: vers une procédure juridictionnelle innovante?, *RFDA*, 2015.

CALABRESI, Steven; ZIMDAHL, Stephanie Dotson. The Supreme Court and foreign sources of law: two hundred years of practice and the juvenile death penalty decision. *William and Mary Law Review*, v. 47, p. 743-910, 2005.

CARROZA, Paolo. Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Notre Dame Law School, Scholarly Works*, Paper 208, 1998.

DORSEN, Norman. The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 519-541, 2005.

EREZ-BARAK, Daphne. The Institutional Aspects of Comparative Law. *Columbia Journal of European Law*, v. 15, p. 477-493, 2009.

GELTER, Martin; SIEMS, Mathias. Networks, Dialogue or One-Way Traffic? Na Empirical Analysis of Cross-Citations Between Ten of Europe's Highest Courts. *Utrecht Law Review*, v. 8, p. 88-99, 2012.

HIRSCHL, Han. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: OUP, 2014.

KAHN-FREUND, Otto. On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Review*, v. 37, 1974.

KOH, Harold Hongju. International Law as Part of Our Law. *American Journal of International Law*, v. 98, 2004.

MAK, Elaine. Reference to Foreign Law in the Supreme Courts of Britain and the Netherlands: Explaining the Development of Judicial Practices. *Utrecht Law Review*, v. 8, p. 20-34, 2012.

MELLERAY, Fabrice. Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français. In: MELLERAY, Fabrice (Dir.). *L'argument de droit comparé en droit administratif français*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

PLATON, Sébastien. L'argument de droit comparé dans les débats relatifs à la dualité de juridictions. In: MELLERAY, Fabrice (Dir.). *L'argument de droit comparé en droit administratif français*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

SAUVÉ, Jean-Marc. *Le Conseil d'État et la Comparaison des Droits*. Palestra realizada em 14 de fevereiro de 2014. Disponível em: http://www.conseil-etat.fr/content/download/3887/11689/version/1/file/2014_02_14_hommage_drago_droit_compare24022014.pdf.

STEIN, Eric. Uses, Misuses – And Nonuses of Comparative Law. *Northwestern University Law Review*, v. 72, p. 198-216, 1977.

WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005.

WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.

ZARING, David. The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 3, p. 297-331, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JORDÃO, Eduardo. Três problemas do recurso judicial ao direito comparado: legitimidade, seletividade e deformidade. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 319-339, jul./dez. 2019.
