

**DIREITO COMPARADO E PROCESSOS ESTRUTURAIS: É POSSÍVEL  
TRANSPLANTAR SENTENÇAS ESTRANGEIRAS PARA O BRASIL?****COMPARATIVE LAW AND STRUCTURAL LITIGATION: IS IT POSSIBLE TO  
TRANSPLANT FOREIGN DECISIONS TO BRAZIL?**Matheus Casimiro Gomes Serafim<sup>1</sup>  
Francisco Gérson Marques de Lima<sup>2</sup>**RESUMO**

Estuda-se a relação entre o direito comparado e os processos estruturais no Brasil, investigando se é possível importar sentenças estruturais estrangeiras para litígios nacionais e quais os riscos de trabalhar com a metáfora do transplante jurídico. Atualmente, há uma tentativa de importar modelos decisórios estrangeiros para solucionar os litígios estruturais, sem a devida análise do contexto legal e cultural para o qual essas sentenças foram desenvolvidas, bem como sem as devidas adaptações à nova realidade. É possível realizar um transplante jurídico de institutos estrangeiros? A metáfora do transplante é a mais adequada para orientar os estudos comparativos? A partir dessas perguntas, o artigo analisa os riscos de um transplante acrítico das sentenças estruturais, focando na recepção do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na ADPF nº 347/DF. Pretende-se mostrar como o transplante jurídico foi realizado de forma descuidada, guardando várias semelhanças com a sentença T-153, exemplo de ineficiência do ECI na Colômbia. Como metodologia, utilizou-se, além da análise bibliográfica e documental, o estudo de dois importantes casos: a aplicação do ECI ao sistema prisional brasileiro, na ADPF nº 347/DF; e a utilização do ECI no sistema prisional colombiano, na sentença T-153. Dessa forma, constata-se que a metáfora do transplante jurídico favorece uma importação acrítica de institutos estrangeiros, devendo ser substituída pela ideia de tradução jurídico-cultural, que é mais adequada para viabilizar a utilização de modelos decisórios estrangeiros. Propõe-se três critérios metodológicos para nortear o processo de tradução: similaridade, contextualização e justificação.

**Palavras-chave:** Processos estruturais; Direito Comparado; Sentenças estruturais; Transplante jurídico; Tradução jurídica.

**ABSTRACT**

This paper analyzes the relationship between comparative law and structural litigation in Brazil, investigating whether it is possible to import foreign structural decisions into national litigation

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela UERJ. Mestre e Graduado em Direito pela UFC. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC-MG. Coordenador-geral do Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (NUPID). Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3963-3783> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8223839055263161> E-mail: [mcgserafim@gmail.com](mailto:mcgserafim@gmail.com)

<sup>2</sup> Professor adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC), lecionando na graduação e na pós-graduação stricto sensu. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre e Graduado em Direito pela UFC. Procurador Regional do Trabalho, lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região (Ceará). Universidade Federal do Ceará - UFC, Ceará – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6390-0696> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9716751606619741> E-mail: [gersonmarques@yahoo.com.br](mailto:gersonmarques@yahoo.com.br)

and what are the risks of working with the metaphor of legal transplantation. Currently, there is an attempt to import foreign decision-making models to resolve structural disputes, without due analysis of the legal and cultural context for which these judgment were developed, as well as without the necessary adaptations to the new reality. Is it possible to transplant foreign institutes? Is the transplant metaphor the most appropriate to guide comparative studies? The paper analyzes the risks of an uncritical transplant of structural decisions, focusing on the reception of the Unconstitutional State of Affairs (USoA) in ADPF n° 347/DF. It is intended to show how the legal transplant was carried out carelessly, keeping several similarities with the judgment T-153, an example of inefficiency of the USoA in Colombia. As a methodology, in addition to bibliographic and documentary analysis, the study of two important cases was used: the application of USoA to the brazilian prison system, in ADPF n° 347/DF; and the use of USoA in the Colombian prison system, in judgment T-153. Thus, it appears that the metaphor of legal transplantation favors an uncritical importation from foreign institutes, and should be replaced by the idea of legal-cultural translation, which is more appropriate to enable the use of foreign decision-making models.

**Keywords:** Structural litigation; Comparative Law; Structural decisions; Legal transplantation; Legal translation.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo analisa a relação entre o direito comparado e os processos estruturais no Brasil, investigando se é possível importar sentenças estruturais estrangeiras para litígios nacionais e quais os riscos de trabalhar com a metáfora do transplante jurídico.

Uma das figuras mais conhecidas do imaginário grego é o Cavalo de Tróia, mencionado pela primeira vez por Homero (2009) na sua obra Odisseia. A lenda conta que foi um grande e belo cavalo de madeira construído pelos gregos, funcionando como a arma decisiva para garantir a vitória na guerra. O cavalo foi entregue como símbolo da rendição grega aos troianos, os quais, sem saber que no monumento de madeira estavam escondidos soldados inimigos, levaram-no para dentro da cidade. À noite, soldados saem do cavalo, abrem para o exército grego os portões inexpugnáveis da cidade e a nação troiana encontra a sua ruína.

À semelhança dos troianos, o Supremo Tribunal Federal (STF), pode estar importando para o País algo que, à primeira vista, representa a solução de muitos problemas, todavia, se feita de forma acrítica, pode não só agravar os problemas já existentes, como também criar vários outros. No caso, trata-se do transplante de modelos de sentenças estrangeiras para solucionar litígios estruturais, ignorando-se a experiência constitucional dos países que as desenvolveram e o contexto específico da realidade brasileira. O estudo comparado é fundamental para o aperfeiçoamento dos processos estruturais no País, entretanto, a utilização indiligente de modelos decisórios estrangeiros, sem uma cuidadosa análise do contexto no qual

e para o qual foram desenvolvidos, pode importar os mesmos problemas decorrentes dessas sentenças nos seus países de origem.

Nesse sentido, o presente trabalho analisa os riscos de um transplante acrítico das sentenças estruturais, focando na recepção do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na ADPF nº 347/DF. Para isso, pretende-se responder algumas perguntas. É possível transplantar sentenças estruturais estrangeiras para o País? A metáfora do transplante é a mais adequada para orientar os estudos comparativos? Quais as implicações da metáfora da tradução jurídica para o estudo comparado de processos estruturais? Partindo-se desses questionamentos, pretende-se mostrar como a recepção do instituto colombiano foi realizada de forma descuidada, guardando várias semelhanças com a sentença T-153, exemplo de ineficiência do ECI na Colômbia. Além disso, defende-se que a metáfora da tradução jurídico-cultural é a mais adequada para viabilizar a utilização de modelos decisórios estrangeiros. Para nortear o processo de tradução jurídica, propõe-se três critérios metodológicos, que serão explicados no último tópico do trabalho: similaridade, contextualização e justificação.

Como metodologia de pesquisa, utilizou-se, além da análise bibliográfica e documental, o estudo de dois importantes casos: a aplicação do ECI ao sistema prisional brasileiro, na ADPF nº 347/DF; e a utilização do ECI no sistema prisional colombiano, na sentença T-153. Importante ressaltar que a ADPF nº 347/DF, na qual se pretende reconhecer o ECI do sistema prisional brasileiro, é paradigmática para o estudo dos processos estruturais no País. Após o julgamento dos pedidos cautelares da ação, verificou-se um aumento no número de pesquisas sobre os processos estruturais. Por outro lado, a sentença T-153 foi escolhida por tratar do ECI do sistema prisional colombiano, tendo sido utilizada como base para a ADPF nº 347/DF, com a qual guarda várias semelhanças. É com base na comparação entre esses dois casos que será possível mostrar os riscos de realizar um transplante jurídico acrítico, que, mais do que soluções, pode importar novos problemas para os processos estruturais brasileiros.

## **2. A RESPOSTA DO JUDICIÁRIO PARA AS OMISSÕES POLÍTICAS: AS SENTENÇAS ESTRUTURAIS**

O fim da Segunda Guerra Mundial é um divisor de águas para o constitucionalismo contemporâneo. As Constituições elaboradas no pós-guerra incluíram uma ampla diversidade de direitos fundamentais, tratando, inclusive, de matérias que até então não eram consideradas como tipicamente constitucionais (BEATTY, 2014, p. 16). Dentre as inovações apresentadas

pelas declarações de direitos, constata-se a presença dos direitos sociais, econômicos e culturais (LANDAU, 2012, p. 193), retomando a tendência iniciada pela Constituição mexicana, de 1917, e pela Constituição de Weimar, de 1919.

Concomitantemente a esse processo, iniciou-se também o estudo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que vincula a atuação estatal em seus mais diversos âmbitos, de tal forma que o Estado deve atuar constantemente em prol da efetivação desses direitos, ainda que não haja ações individuais exigindo alguma prestação do Poder Público (NASCIMENTO, 2016, p. 68). Assim, os direitos fundamentais não são mais vistos apenas como escudos que protegem o cidadão contra intervenções estatais, mas como diretrizes que devem nortear toda atuação do Estado.

A previsão de um extenso rol de direitos, entretanto, não foi suficiente para assegurar a sua concretização. Na verdade, essa positivação teve caráter predominantemente simbólico, e não instrumental. Diferenciando os dois conceitos, Neves (1996, p. 325) explica que toda Constituição possui uma dimensão simbólica, destinada a influenciar o imaginário social, consagrando valores relevantes para a sociedade, e uma dimensão instrumental, a qual intenta conformar, efetivamente, a realidade política e social subjacente. O verdadeiro problema não é a existência dessa dupla dimensão, mas a subordinação da primeira em face a segunda.

Em consequência da falta de efetivação dos direitos fundamentais, surgem as chamadas omissões políticas, que estão no centro dos processos estruturais (FERRAZ, 2014, p. 121). Nesse caso, o termo omissão não se refere a um vácuo normativo. Afinal, é possível que exista ampla diversidade normativa tratando sobre determinado tema e, ainda assim, existir uma grave omissão política. Portanto, a omissão política pode ser compreendida como a falta de políticas públicas necessárias à proteção de direitos constitucionalmente assegurados, ocasionando-lhes profundas e reiteradas violações por parte do Poder Público (MARMELSTEIN, 2015a, p. 25).

Tendo em vista as omissões políticas, os segmentos populacionais por elas afetados acabam recorrendo ao Judiciário, com o intuito de obter uma solução para a inércia estatal.

Surgem, assim, os processos estruturais, demandas complexas que envolvem múltiplos interesses e intentam modificar a estrutura de determinadas instituições, geralmente públicas (VITORELLI, 2020, p. 60). Como esclarecem Meireles e Salazar (2017, p. 32), questões típicas de processos estruturais envolvem diversos valores da sociedade, da mesma forma que não só há vários interesses concorrentes em jogo, mas também há a possibilidade de que as esferas jurídicas de terceiros, os quais não integram o conflito, sejam afetadas pela decisão judicial (ARENHART, 2017, p. 423-424).

Tratando do tema, Vitorelli (2015, p. 564) faz um paralelo entre o processo judicial tradicional e os processos estruturais. No modelo tradicional, opera o binômio direito-obrigação: caso seja comprovada a existência da violação de um direito, o Judiciário determina a sua reparação. A indenização dos segmentos populacionais afetados, no entanto, não soluciona a omissão política e, por consequência, não impede que as violações continuem ocorrendo. Dessa forma, os processos estruturais têm, como ponto de partida, a sistemática violação aos direitos fundamentais, mas o objetivo não é apenas reparar os danos já ocasionados, e sim promover uma readequação das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos violados ou reorganizar estruturalmente as instituições responsáveis por realizá-las (VITORELLI, 2015, p. 564). Sintetizando o conceito de litígios estruturais, o autor (2017, p. 372) explica:

Em resumo, litígios estruturais, para os efeitos do presente estudo, são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.

Nesse contexto, o Judiciário, em todo o mundo, tem proferido sentenças estruturais que viabilizam a intervenção judicial no âmbito de atuação dos poderes políticos, no intuito de sanar, ainda que parcialmente, as omissões políticas do Estado. Esses provimentos jurisdicionais não intentam apenas apontar quem detém a razão no caso concreto, afirmando os direitos que devem ser protegidos (OSNA, 2017, p. 590). Quando o Judiciário recorre às sentenças estruturais, ele vai além: objetiva intervir no funcionamento das instituições envolvidas nos litígios, para que novas políticas públicas sejam desenvolvidas ou que essas instituições sejam reorganizadas internamente, para sanar as omissões existentes.

Assim, quando a instância judicial recorre à sentença estrutural, o comum é que o próprio arranjo burocrático, responsável por formular e executar políticas públicas, encontre-se com graves problemas, razão pela qual o Judiciário intervém para promover uma reorganização que leve essa estrutura fragilizada para dentro dos limites constitucionais (FISS, 2017, p. 590). São decisões que se orientam para uma perspectiva futura, e não apenas em curto prazo, evitando que a sentença se converta em um problema maior do que o original (SALAZAR; MEIRELES, 2017, p. 32).

Por tratarem de questões complexas e de difícil resolução, o legado das decisões estruturais não deve ser aferido apenas pela resolução imediata do caso concreto ao qual foi

aplicada. Como explicam Fachin e Bueno (2018, p. 25), “provimentos desta complexidade tem, por consequência, efeitos também complexos e que assim devem ser apreendidos”. Quando essas sentenças são utilizadas, dois riscos principais costumam ser levantados: primeiro, a incompetência técnica do Judiciário em intervir na formulação de políticas públicas; em segundo lugar, a falta da legitimidade dos órgãos judiciais em alterar escolhas feitas por setores políticos que têm legitimidade de investidura (VITORELLI, 2017, p. 372).

Tentando classificar as diferentes formas de intervenção judicial na esfera dos poderes políticos, Tushnet (2008, p. 20-21) afirma que existem dois modelos principais: o *strong-form review* e o *weak-form review*. Ainda que toda classificação seja artificial, visto que a realidade em si mesma é hipercomplexa e não possui segmentações tão claras, é útil subdividir esses provimentos em grupos diversos, para estudar melhor as características específicas de cada sentença estrutural, bem como os seus efeitos, vantagens e desvantagens.

No *strong-form review*, a chance de uma intervenção jurisdicional ineficiente e violadora da separação de poderes é consideravelmente maior. Isso porque, nesse modelo, o Judiciário dá a última palavra sobre a solução das omissões estatais (TUSHNET, 2008, p. 21), influenciando diretamente na formulação de políticas públicas. O órgão judicial responsável pela questão atua de forma solipsista, determinando, em grande parte, como o Poder Público deve agir. Exemplo desse modelo são as *structural injunctions*, utilizadas pela Suprema Corte Americana para determinar profundas mudanças em instituições públicas e privadas (JOBIM, 2013, p. 91-93).

Em contrapartida, no *weak-form review*, busca-se a construção de um diálogo institucional entre os setores políticos e o Judiciário, com o intuito de retirar deste Poder o monopólio sobre a interpretação dos dispositivos constitucionais envolvidos no litígio (RAY, 2016, p. 24). Conseqüentemente, as instâncias judiciais respeitam as funções típicas da Administração Pública e não intentam formular, unilateralmente, as medidas que devem ser adotadas para a superação das omissões políticas.

Por fim, tem-se o experimentalismo, defendido por Sabel e Simon (2004, 1019) como um desdobramento do *weak-form review*. No paradigma experimentalista, as Cortes abandonam o seu papel tradicional de apenas julgar, procurando estimular processos deliberativos que envolvam as partes e outros grupos interessados no litígio, para desenvolverem e implementarem os seus direitos (LIEBENBERG; YOUNG, 2014, p 237). Portanto, a sua característica distintiva é a grande abertura à participação, tanto do segmento populacional afetado pela omissão política, como das instituições, públicas e privadas, interessadas na demanda estrutural. O Compromisso Significativo, sentença estrutural

desenvolvidas pela Corte Constitucional da África do Sul, é uma expressão do experimentalismo (ALBUQUERQUE; SERAFIM, 2020, p. 648).

Ciente dos três principais paradigmas que orientam a utilização das sentenças estruturais, resta saber qual desses modelos tem exercido uma maior influência no Brasil e como os processos estruturais têm se desenvolvido no País.

### 3. OS PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL

É crescente o número de estudos publicados no País sobre processos estruturais. Os fundamentos desses litígios, no entanto, não são novidade no Supremo Tribunal Federal (STF), que já tratou, em diversas circunstâncias, sobre a possibilidade de intervenção do Judiciário no âmbito de atuação dos poderes políticos.

Importante caso levado ao STF, e que contribuiu para fixar a base jurídica para o desenvolvimento dos processos estruturais, foi a ADPF nº 45, na qual o relator, ministro Celso de Mello, apresentou a tese de que seria possível determinar medidas a serem cumpridas pelo o Executivo, quando o mínimo existencial dos detentos de determinando estabelecimento prisional estivesse sendo violado (FERRAZ, 2014, p. 125). Além disso, o ministro argumentou que o Executivo e o Legislativo não tinham irrestrita liberdade de atuação, cabendo ao Judiciário resguardar o mínimo existencial ameaçado pelas omissões estatais (BRASIL, 2004).

Com base nesses argumentos, o Tribunal, no julgamento do RE nº 592.581, consignou que o Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize reformas emergenciais em presídios para assegurar o mínimo existencial dos detentos. É nesse sentido o teor do tema nº 220, de repercussão geral e oriundo do julgamento do referido Recurso Extraordinário. Por meio desse enunciado, o STF deixa claro que há “Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos” (BRASIL, 2015a).

Ainda que tais casos tenham propiciado uma maior intervenção judicial na elaboração e execução de políticas públicas, o principal marco para os processos estruturais foi o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema prisional, no julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347/DF, em 2015. A partir dessa decisão, multiplicaram-se os trabalhos que versam sobre litígios estruturais e o ECI. A razão para essa viragem é o ineditismo da decisão: pela primeira vez o STF reconhece expressamente a possibilidade de utilizar um

remédio estrutural estrangeiro, destinado a modificar um conjunto de instituições públicas (PEREIRA; GONÇALVES, 2015, p. 146).

Analisando os pedidos cautelares da ação, o relator, ministro Marco Aurélio, determinou que os juízes e tribunais, dentre outras medidas, estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, e que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos (VIEIRA JÚNIOR, 2015 p. 19).

Já nos pedidos finais, o PSOL requer, dentre outros pleitos: que o STF reconheça o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional; que o Governo Federal elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um Plano Nacional visando a superação do ECI do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos; que o STF delibere sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que reputar necessárias para a superação do crise (BRASIL, 2015b, p. 70-73).

Ainda que os pedidos finais da ação não tenham sido julgados, já existem outras tentativas de utilizar o ECI. Em 07/05/2020, o Conselho Federal da OAB ajuizou a ADPF nº 682, pleiteando a suspensão das autorizações para a criação de novos cursos jurídicos que ainda não iniciaram o seu funcionamento, bem como vetar a abertura de novas vagas em instituições privadas. Dentre os pleitos apresentados, a entidade requer ao Tribunal “Reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional referente à situação do ensino jurídico, em decorrência da violação sistemática ao preceito constitucional que garante a qualidade do ensino jurídico superior (art. 209, CF).” (BRASIL, 2020, p. 70).

Tendo em vista os ricos decorrentes de uma má utilização do ECI, o senador Antônio Carlos Valadares apresentou, em 11 de novembro de 2015, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736/2015 (BRASIL, 2015c), o qual, além de estabelecer pressupostos objetivos a serem observados pelo STF para o reconhecimento do ECI, determinava também que o reconhecimento desse estado de coisas implicasse na celebração de um Compromisso Significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados.

Os pedidos finais formulados na ADPF nº 347/DF afastam o STF de um modelo dialógico de sentença estrutural. Pelo contrário, podem conceder excessivo poder ao Tribunal, fortalecendo as críticas tradicionalmente feitas aos processos estruturais. Isso ocorre, principalmente, pela aproximação da ADPF com a sentença T-153, exemplo de ineficiência da utilização do ECI na Colômbia. O próximo tópico mostra os riscos dessa aproximação e como a metáfora do transplante jurídico pode comprometer a recepção do ECI no Brasil.



#### **4. OS RISCOS DE UM TRANSPLANTE JURÍDICO ACRÍTICO E A NECESSIDADE DE UMA TRADUÇÃO JURÍDICO-CULTURAL**

É comum, no âmbito do direito comparado, a utilização de termos como importação ou transplante para designar a aplicação de um instituto estrangeiro à realidade jurídica de um outro país. Essa ideia, contudo, pode ser perigosa. Isso porque o termo transplante remete ao que ocorre na medicina: transfere-se, integralmente, o órgão de um organismo para o outro. Pautar o estudo jurídico comparativo nessa ideia pode conduzir à ilusão de que é possível importar, em sua totalidade, institutos, teorias e precedentes estrangeiros. Esse pensamento, no entanto, tende a ignorar duas importantes realidades: a do país de origem e a do país receptor.

Dessa forma, o presente tópico tem três objetivos principais. Primeiro, serão apresentadas as razões pelas quais a metáfora do transplante jurídico não é a mais adequada para nortear os estudos jurídicos comparativos. Em seguida, é apresentada a tentativa de importação do Estado de Coisas Inconstitucional, sentença estrutural que pode ser, erroneamente, recepcionada na ordem jurídica brasileira. Por fim, apresenta-se a ideia de tradução jurídico-cultural como uma metáfora mais adequada a nortear os estudos comparativos.

##### **4.1. O velho modelo: é possível realizar transplantes jurídicos?**

Analisando a importância do direito comparado, Hirschl (2005, p. 128) afirma que os estudos comparativos são um importante guia para a construção de novas disposições constitucionais e instituições jurídicas. Especialmente em questões constitucionais, é comum que os juízes se utilizem de jurisprudências internacionais para fundamentar o seu entendimento e dar maior legitimidade à decisão tomada. O problema não está em realizar um estudo jurídico comparativo, mas em como ele é realizado. Como ressalta o autor (2016, p. 214-216), é comum que haja uma deficiência metodológica na realização da comparação, visto que o comparatista não se atenta suficientemente para o contexto no qual o instituto jurídico estrangeiro foi elaborado, nem para a nova realidade à qual ele será aplicado.

Aprender com as experiências constitucionais estrangeiras pode ser muito útil. Quando problemas similares são enfrentados, as soluções que deram certo em outros países podem orientar as ações que devem ser tomadas no Brasil. O problema surge quando se tenta importar, em sua integralidade, precedentes, teorias e sentenças estrangeiras, sem um estudo crítico de quais partes desses elementos devem influenciar o direito nacional. Toda ideia constitucional

tem aspectos únicos, ligados diretamente à realidade para a qual foi desenvolvida, moldada a arranjos institucionais próprios. Como bem explica Jackson (2005, p. 122), o estudo comparativo exige que o jurista identifique o que é peculiar do país estrangeiro e que não pode ser importado.

No Brasil, a importação acrítica de teorias estrangeiras não é uma novidade, sendo feita não só pelo Judiciário, mas também pela doutrina. Tentando dar um ar de sofisticação ao direito nacional, os juristas recorrem aos modelos teóricos desenvolvidos para países considerados modernos, sem realizar uma análise crítica da real aplicabilidade dessas ideias ao contexto brasileiro. Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 116), ao tratar desse problema, afirma que:

Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis.

Aqui, defende-se que a ideia de transplantes jurídicos, muito comum no direito comparado, favorece o exato oposto ao sugerido por Hirschl e Jackson, ou seja, facilita a importação acrítica de ideias estrangeiras.

O termo transplante jurídico é uma metáfora que designa um processo de importação de institutos jurídicos estrangeiros por uma ordem jurídica diversa, a qual é alterada através da apropriação de ideias exógenas (DUTRA, 2018, p. 81). O primeiro autor a empregar o termo transplante para designar a importação de leis e institutos jurídicos estrangeiros foi Jeremy Bentham, propondo nove técnicas para que um transplante seja bem-sucedido (DUTRA, 2018, p. 80).

A metáfora ganhou grande repercussão, entretanto, com a obra de Watson. Para o autor, seria possível transplantar institutos jurídicos entre países diferentes, até mesmo quando significativas diferenças culturais precisam ser superadas. Assim, o sucesso, ou o fracasso, do transplante não tem ligação com o conhecimento do contexto político, social ou econômico do instituto estrangeiro (WATSON, 1974, p. 294). O seu foco não eram os sistemas jurídicos que serviam de fonte, mas sim o sistema que realizava o transplante.

À época em que desenvolveu o seu pensamento, Watson foi criticado por outros estudiosos do transplante jurídico, como Kahn-Freund. O autor discorda de Watson, alertando que o processo de transplantar institutos jurídicos entre países diferentes não é uma tarefa fácil, tampouco possível de ser realizada sem uma adequada contextualização. Por conseguinte, afirma que os estudiosos do direito comparado, quando pretendem realizar um transplante jurídico, precisam conhecer os dois lados da moeda: é necessário compreender o ambiente

jurídico-social do país de origem, bem como da sociedade para a qual o instituto está sendo importado (KAHN-FREUND, 1974, p. 27). A despreocupação com essa contextualização pode comprometer todo o esforço despendido para a realização do transplante.

Aprofundando as referidas críticas, Legrand (1997, p. 114) chega a afirmar que a realização de um transplante legal sequer é possível, tendo em vista que a legislação estrangeira sempre será reformulada em um contexto jurídico-cultural diverso, de tal forma que o resultado do processo de importação sempre originará um instituto jurídico novo, não uma reprodução fidedigna do original. O sentido atribuído aos institutos e conceitos jurídicos é contextual, ou seja, depende da realidade histórica, jurídica, cultural e epistemológica na qual estão inseridos e pretendem ser aplicados. Assim, o autor (1997, p. 116) afirma que:

Uma legislação é, necessariamente, uma forma cultural incorporada. Como um produto dos elementos culturais, tem como fundamento formações históricas e ideológicas específicas. Uma legislação não tem uma existência empírica que possa ser separada do mundo de significados que caracteriza a cultura legal<sup>3</sup>.  
(tradução nossa)

Portanto, a ideia de transplante jurídico pode atrapalhar, mais do que ajudar, a realização dos estudos jurídicos comparativos. Ao olhar para uma ordem jurídica estrangeira, busca-se aprender com a alteridade e a diferença, para melhor compreender e aperfeiçoar o direito nacional (LEGRAND, 2018, p. 50-51). Tentar transplantar sentenças estruturais estrangeiras, sem o devido processo de contextualização e justificação, pode importar para o País mais problemas do que soluções. O próximo subtópico apresenta as consequências negativas de um transplante feito dessa forma, mostrando os equívocos da recepção do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.

#### **4.2. O Estado de Coisas Inconstitucional e os riscos de um solipsismo judicial**

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma sentença estrutural desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) e, segundo Campos (2016, p. 97), pode ser definida como uma decisão que busca conduzir o Poder Público a observar a dignidade da pessoa humana, a qual se encontra ameaçada em virtude de graves e reiteradas ações e omissões de instituições estatais que violam os direitos fundamentais de determinados segmentos populacionais.

No Brasil, foi utilizado pela primeira vez na ADPF nº 347/DF. Como apresentado no segundo tópico do artigo, os pedidos finais da ação ainda não foram julgados, entretanto, já

---

<sup>3</sup> A rule is necessarily an incorporative cultural form. As an accretion of cultural elements, it is supported by impressive historical and ideological formations. A rule does not have any empirical existence that can be significantly detached from the world of meanings that characterizes a legal culture.

existe outra ação, a ADPF nº 682, tentando aplicar o ECI ao excesso de cursos de graduação em Direito (BRASIL, 2020). Além disso, existem autores que defendem a sua aplicação na efetivação de outros direitos sociais, como acesso à saúde (SANTOS; PEREIRA, 2016, p. 82) e à moradia (MEDA; BERNARDI, 2016, p. 297-298). Vê-se que a sentença estrutural colombiana pode ser utilizada em diversos casos futuros, sendo relevante questionar: a sua recepção na ADPF nº 347/DF, caso que será paradigmático para as próximas aplicações, está sendo feita de forma adequada?

O ECI foi utilizado pela primeira vez em 1997, na *Sentencia de Unificacion SU. 559/97*. Nesse caso, docentes das cidades de *Zambrano* e *Maira de La Baja*, após anos de contribuições previdenciárias para o Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério, acabaram por não receber a contraprestação devida no momento de suas aposentadorias, sendo prejudicados pela omissão dos agentes municipais (MARMELSTEIN, 2015b, p. 242). Assim, as cidades colombianas, ao não filiarem e pagarem as contribuições necessárias para que os docentes pudessem usufruir de seus direitos fundamentais à saúde e à assistência social, violaram os direitos desse grupo (TEIXEIRA; CHICOVSKI, 2016, p. 195-196).

Tendo em vista a gravidade da situação, a Corte assegurou a filiação dos demandantes ao fundo previdenciário. Ciente de que outros municípios do país se encontravam na mesma situação, a Corte entendeu que seria menos oneroso conferir um provimento jurisdicional que englobasse múltiplas situações, do que julgar individualmente cada uma das ações ajuizadas pelos professores interessados no caso (VARGAS HERNÁNDEZ, 2003, p. 214).

Analisando o desenvolvimento do ECI, Campos (2016, p. 167) conclui que é possível diferenciar duas fases principais na aplicação do instituto: a primeira, marcada pela ineficiência e por intervenções solipsistas do judiciário, cujo maior exemplo é a sentença T-153; já a segunda, iniciada com a sentença T-25, é caracterizada pelo rigor na identificação de situações que verdadeiramente ensejam o reconhecimento do ECI, bem como por uma maior preocupação com a eficiência das demandas estruturais.

E aqui é possível constatar porque a ADPF nº 347/DF acaba proporcionando uma importação acrítica do ECI, tendente à ineficiência: os seus pedidos aproximam o litígio estrutural do resultado obtido na sentença T-153, a qual versava sobre uma situação análoga. Assim como ocorre hoje no Brasil, a Colômbia possuía um sistema prisional falho, permeado de graves violações aos direitos fundamentais dos encarcerados e comprometido pelo processo de superlotação (MARMELSTEIN, 2015b, p. 245-247). Diante dessa realidade, diversas ações

de tutela<sup>4</sup> foram propostas no intuito de exigir do Estado uma solução. Inicialmente, as ações tratavam do sistema prisional das cidades de Bogotá e *Bellavista*, entretanto, percebendo que semelhantes violações aos direitos fundamentais eram encontradas em prisões de todo o país, a CCC reconheceu o ECI do sistema carcerário, na tentativa de superar as omissões políticas existentes.

Diante desse cenário, a Corte determinou uma série de medidas que deveriam ser adotadas pelas instituições prisionais colombianas, com o intuito de proteger os direitos fundamentais dos encarcerados. Essas medidas incluíam reformulações nas políticas públicas existentes, construção de novos módulos prisionais e reorganização das disposições orçamentárias, com o intuito de dar uma prioridade fiscal maior para a crise existente (MAIA, 2018, p. 36).

Ainda que a atuação jurisdicional tenha sido imbuída de boas intenções, os objetivos pretendidos pela Corte não foram alcançados, isso porque, conforme explicam Garavito e Franco (2010, p. 36), a CCC adotou uma postura de legitimidade duvidosa e ineficiente, focando em soluções impostas unilateralmente e que produziram efeitos apenas em curto prazo. Analisando as razões para o fracasso, Maia (2018, p. 36) aponta três fatores principais: medidas excessivamente rigorosas e impostas de forma unilateral pela Corte, ausência de meios de fiscalização por parte do Judiciário e tangenciamento do cerne da questão carcerária do país.

Ao proferir a sentença T-153, a Corte determinou uma série de alterações nas políticas públicas estatais sem dialogar com os órgãos administrativos competentes para realizar essas políticas. O resultado desses comandos foi o documento *General Program to Comply with Constitutional Court Ruling T-153 of April 28, 1998*, desenvolvido pelo INPEC (Instituto Nacional de Penitenciárias e Prisões) (ARIZA, 2013, p. 153), o qual estabeleceu a criação de novos módulos prisionais para dois mil presos, bem como a construção de três complexos carcerários, responsáveis por criar cinco mil e seiscentas novas vagas no sistema prisional.

Além dessa atuação unilateral, Ariza (2013, p. 151) aponta que a CCC não estabeleceu formas eficientes de fiscalização e, principalmente, não realizou discussões sobre a razão dos altos níveis do encarceramento do país, ou porque a reforma de presídios existentes seria a melhor solução em longo prazo. Consequentemente, a sentença T-153, ainda que em um primeiro momento tenha contribuído com a redução da superlotação prisional, funcionou como

---

<sup>4</sup> A ação de tutela é um instrumento processual introduzido pela Constituição Colombiana de 1991, no intuito de proteger a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Valendo-se dessa ação, introduzida pela Constituição Colombiana de 1991, qualquer pessoa pode ingressar em juízo pleiteando proteção aos seus direitos fundamentais, que eventualmente estejam ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública. (VARGAS HERNÁNDEZ, 2003, p. 205-206)

uma medida paliativa, apenas adiando o retorno da crise (CHAGAS et al, 2015, p. 2.601-2.602). A prova de que essa decisão foi ineficiente é que a Corte reconheceu o ECI do sistema penitenciário em outras duas decisões: a decisão T-338, de 2013, e a T-162, de 2015 (CAMPOS, 2016, p. 133).

É possível observar importantes pontos de aproximação entre a ADPF nº 347/DF e a sentença T-153, resultantes de um transplante jurídico acrítico. Primeiro, há a possibilidade de uma intervenção exagerada e apressada do Judiciário (MAGALHÃES, 2019, p. 31-32), o que pode produzir medidas meramente paliativas. Isso pode ser constatado não só com o pedido de que o STF complemente os planos apresentados pelo Executivo, mas até com o prazo para que a Administração Pública formule esses planos, com a pretensão de solucionar toda a crise no sistema prisional: apenas três meses. Curiosamente, esse é o mesmo prazo conferido na sentença T-153 para que o Estado colombiano elaborasse os planos de superação da crise (CHAGAS et al, 2015, p. 2.601-2.602).

Ainda no quesito prazos, é possível constatar outra semelhança negativa. Na ADPF nº 347/DF, pede-se que o plano do Executivo seja apto a superar a crise do sistema prisional em 3 anos. A ausência de lógica nessa determinação é facilmente verificável com um exemplo do cotidiano. Quando alguém decide reformar um apartamento, não se estabelece primeiro em quanto tempo a reforma vai acabar. Para fixar esse prazo, é necessário, em primeiro lugar, saber o que precisa ser reformado, como a reforma vai acontecer e o valor por ela demandado. Só então é possível saber qual o prazo viável para a conclusão da obra. Na decisão colombiana, o prazo concedido para a superação do ECI foi similar ao pleiteado na ADPF: apenas quatro anos (MARMELSTEIN, 2015b, p. 245-247).

Portanto, fica claro que a importação do ECI está ocorrendo de forma acrítica, sem a devida observação do contexto no qual foi produzido e sem as devidas acomodações à realidade brasileira. Tentou-se transplantar a sentença estrutural para um caso análogo no Brasil, mas ao fazer isso de forma desatenta, sem conhecer as consequências da decisão no sistema prisional colombiano, importaram-se elementos que comprometeram a eficiência da sentença na Colômbia e que podem fazer o mesmo no Brasil.

É por isso que Vieira e Bezerra (2016, p. 221), analisando a adoção do ECI na ADPF nº 347/DF, afirmam que a forma como o instituto foi adotado no País, sem considerar a premente necessidade de promover um redesenho institucional, acaba por esvaziá-lo. É esse também o pensamento de Magalhães (2019, p. 31-32), que afirma:

Do ponto de vista dogmático, não é tarefa simples explicar a inserção do ECI no direito constitucional brasileiro. A decisão do STF na ADPF 347 é inconsistente

na caracterização dos pressupostos que justificariam a declaração de um ECI, as medidas cautelares deferidas são pouco efetivas, há uma injustificada demora no julgamento do mérito, os poderes apresentaram respostas pouco substantivas e que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil e a capacidade de uma Corte Suprema mudar um estado fático de coisas por meio do Direito é posta em dúvida.

À vista dos pontos apresentados, fica claro que a importação do ECI está ocorrendo de forma acrítica, sem a devida observação do contexto no qual foi produzido e sem as devidas acomodações à realidade brasileira. Caso os pedidos da ação sejam deferidos, a decisão se aproximará da primeira fase do instituto colombiano, marcada pela ineficiência e unilateralidade judicial. O resultado obtido será paliativo, funcionando como uma verdadeira cortina de fumaça que esconde as reais razões que ensejam o ECI, que não será verdadeiramente superado.

#### **4.3. A necessidade de um novo modelo: a tradução jurídica justificada**

Depois de tudo o que foi dito neste tópico, o leitor pode se perguntar: afinal, vale a pena recorrer ao direito comparado para aprimorar os processos estruturais no Brasil? Caso a resposta seja positiva, como superar os problemas relacionados à ideia do transplante jurídico?

Este artigo não defende a inutilidade dos estudos jurídicos comparativos para os processos estruturais, muito pelo contrário. Concorde-se com Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 528), o qual afirma que o diálogo entre jurisdições deve ser uma prática fomentada, tendo em vista que “[...] o constitucionalismo - e a interpretação constitucional - não são apenas questões estritamente nacionais porque os problemas são internacionalmente comuns.”.

O verdadeiro problema é a ideia subjacente à aplicação dessas sentenças estruturais no Brasil. É comum, no âmbito do direito comparado, raciocinar com base na metáfora do transplante jurídico: a adoção de um instituto estrangeiro seria como o transplante de órgãos entre diferentes corpos. Tenta-se importar, na integralidade e de forma acrítica, institutos jurídicos criados para outras realidades, e é essa concepção que deve ser alterada. Para que o estudo comparado contribua com o aperfeiçoamento dos processos estruturais no País, é fundamental encontrar uma nova metáfora que os norteie, levando em conta a necessidade de adequar o instituto estrangeiro a uma nova realidade. Assim, defende-se que a metáfora da tradução jurídico-cultural, apresentada por Lena Foljanty, mostra-se como mais adequada para nortear os estudos comparativos. A autora critica o termo transplante, tendo em vista que ele remete ao que ocorre na medicina, isto é, quando um órgão é transplantado, dois efeitos são possíveis: ou ele é aceito pelo novo organismo, ou é rejeitado (2015, p. 15-16).

Foljanty (2015, p. 15-16) propõe que o termo seja substituído por tradução cultural. Nessa perspectiva, não se pensa em simplesmente reproduzir um instituto, de forma fidedigna, em outra realidade. A ideia de fidelidade ao original é abandonada, perguntando-se sobre como as diferenças são tratadas e representadas no processo de tradução. A autora reconhece que o instituto jurídico que se pretende importar é modificado durante o processo, visto que é retirado do contexto histórico e cultural no qual foi desenvolvido e, ao ser aplicado em outra realidade, ganha novas características e significados. Sintetizando as implicações de utilizar a metáfora da tradução, explica (2015, p. 7):

Assim, estudos de tradução enfatizam o fato de que a tradução é um ato criativo. Contrariamente à noção comum de que a tradução serve apenas como um veículo, os estudos sobre processo de tradução apontam que as traduções precisam ser vistas como trabalhos autônomos, independentes do original. De fato, a tradução exige que várias decisões sejam tomadas. Palavras apropriadas e ferramentas estilísticas são escolhidos, e deve-se levar em consideração como a cultura original do texto deve ser representada. A tradução não ocorre no vácuo. O resultado é fortemente influenciado pela maneira como se pensa a outra cultura e pela forma como as diferenças culturais são percebidas<sup>5</sup> (tradução nossa).

Dessa forma, a metáfora da tradução é utilizada para destacar o fato de que os contatos interculturais não ocorrem em ambientes herméticos, livres de influência social. A tradução se tornou um termo chave para descrever o que acontece nesses encontros. O conceito é, quando usado dessa maneira, entendido em um sentido muito amplo, não se limitando a traduções textuais, mas conotando transferências de práticas, símbolos ou institutos, que também podem ser objeto do processo de tradução (ALENCAR, 2018, p. 22).

A nova metáfora é condizente com os atuais rumos dos estudos jurídicos comparativos. Cardoso (2010, p. 471) explica que o estudo comparado vem perdendo a condição de um mero processo de colonização, nos quais os elementos exógenos, oriundos dos países colonizadores, norteiam a atuação dos países colonizados. Atualmente, a ideia de simplesmente transplantar institutos estrangeiros está sendo substituída por um diálogo entre as diferentes jurisdições, baseado na percepção de que outras Cortes Constitucionais decidiram problemas semelhantes, concedendo reforço argumentativo às decisões tomadas em âmbito interno (MAIA, 2018, p. 102).

---

<sup>5</sup> Thus, translation studies emphasizes the fact that translation is a creative act. Contrary to the common notion that translation only serves as a vehicle, translation studies points out that translations have to be viewed as autonomous works that are independent from the original. Indeed, translation requires that a number of decisions be made. Appropriate words and stylistic devices have to be chosen, and it has to take into consideration how the culture from which text originates should be represented. Translation does not take place in a vacuum. The outcome is strongly influenced by the way the other culture is thought to be and by the way cultural differences are perceived.



Diante dos argumentos apresentados, constata-se que a metáfora do transplante legal, principal dispositivo utilizado pelos pesquisadores de direito comparado, possui sérias deficiências. Ao transmitir a noção de que ideias e institutos podem ser recortados e colados em outras realidades jurídicas, falha em explicar as transformações que essas ideias e institutos sofrem no processo de transferência (LANGER, 2017, p. 27). Persistir nessa visão dificulta o pleno alcance das duas maiores vantagens dos estudos comparados: aprofundar o conhecimento sobre o sistema jurídico local a partir da sua comparação com o sistema jurídico exógeno e aperfeiçoar a ordem jurídica nacional com base nas contribuições decorrentes da experiência estrangeira (CARDOSO, 2004, p. 145). Utilizando-se a metáfora da tradução, é possível obter as vantagens do estudo comparado, sem incorrer no erro de concebê-lo apenas como assimilação ou importação de institutos jurídicos. Trata-se de “efetivamente construir um novo e autêntico conhecimento distinto das duas realidades analisadas” (DUTRA, 2015, p. 402).

Mas como deve ser realizado o processo de tradução? Maia apresenta três diretrizes que podem ser úteis para responder ao questionamento. São eles: integridade entre os sistemas, coerência e justificação. Afirma a autora que (2018, p. 106):

A integridade deve ser compreendida como a verificação se há princípios comuns entre o país importador e o país idealizador da teoria; a coerência, por sua vez, examina a convergência do precedente com outras fontes jurídicas do país de aplicação, assim como as repercussões do precedente no país de origem e sua incorporação ou não por lá (se esse passou por reforços ou desafios no país idealizador); enquanto a fundamentação, consistente na exposição e justificação da solução adotada, analisa se o país de origem debruçou-se sobre os mesmos problemas identificados na ordem interna e, conseqüentemente, se o instituto que se pretende incorporar é dotado de pertinência para solucionar as questões nacionais.

Concordando em parte com a autora, propomos três critérios metodológicos que devem orientar o processo de tradução jurídica: a similaridade, a contextualização e a justificação.

A similaridade é necessária para estabelecer um diálogo com a ordem jurídica estrangeira, de maneira que seja possível estabelecer uma base comum para a realização da tradução jurídica. É fundamental identificar valores constitucionais em comum, que permitam o intercâmbio de ideias. Entretanto, é necessário ressaltar que similaridade não significa identidade. Durante muito tempo, os estudos comparativos mantinham uma fixação pela comparação entre sistemas semelhantes, evitando a análise comparativa entre realidades muito distintas. Entretanto, como explica Legrand (2018, p. 50-51), a ideia de comparar dois Direitos diferentes não é um exercício de se olhar no espelho, buscando aquilo que é semelhante. Muito pelo contrário, é na contemplação das diferenças, das novidades, daquilo que nos parece estranho e inusual à primeira vista, que poderemos aprimorar a visão sobre o direito brasileiro.

Para aperfeiçoar a prática jurídica nacional não podemos afastar as diferenças, mas observá-las com atenção.

Em segundo lugar, é preciso respeitar a ideia de coerência, ou contextualização, sendo necessário conhecer o contexto no qual o instituto estrangeiro foi desenvolvido, para não incorrer no erro de tentar transplantá-lo, integralmente, para o Brasil. Estudos comparativos podem ser precipitados, esquecendo-se de olhar para além da decisão judicial ou da lei estrangeira analisada. É preciso compreender os antecedentes e os consequentes da decisão, bem como o contexto no qual uma legislação foi produzida e aplicada. Em virtude do contexto, alguns elementos não podem ser recepcionados, tendo em vista a sua ligação essencial às realidades próprias do outro país. Kahn-Freund (1974, p. 27) sintetiza bem a necessidade de contextualização, ao afirmar que os estudos comparados precisam conhecer não só os textos normativos estrangeiros, mas também o contexto político e social no qual foram produzidos. O uso do direito comparado para propósitos práticos se torna um abuso apenas se for orientado por um espírito legalista, que ignora o contexto do Direito.

Por fim, é preciso realizar a justificação, apresentando as razões pelas quais vale a pena traduzir a ideia estrangeira e como ela será exequível na realidade nacional. Não basta recorrer ao argumento de autoridade de que determinado instituto, por ter sido desenvolvido nos Estados Unidos ou na Europa, deve ser aplicado no Brasil. Antes, é preciso explicar por que a solução estrangeira é adequada à realidade local, por que é melhor do que alternativas já existentes aqui e como seria operacionalizada em território nacional.

Em síntese, ao estudar comparativamente uma sentença estrutural estrangeira, o pesquisador não deve defender a sua reprodução fidedigna no Brasil. O seu objetivo é buscar características positivas desses modelos decisórios que possam ser traduzidas, justificadamente, para o ordenamento jurídico brasileiro. As dificuldades aqui apontadas não impedem que o direito comparado auxilie os litígios estruturais no Brasil, mas exigem que os estudos comparados sejam feitos de forma crítica, não tendo como objetivo a adoção integral de modelos decisórios estrangeiros, mas levando-os em consideração ao construir novas soluções (JACKSON, 2005, p. 128).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estudar os processos estruturais é sempre uma questão complexa. Por tratarem de litígios que envolvem os interesses de diversas partes, bem como a possibilidade de intervenção

judicial no âmbito das políticas públicas, a sua análise pode ser feita sob diferentes perspectivas. A finalidade deste artigo foi ressaltar um aspecto problemático específico: os riscos de uma importação acrítica de sentença estruturais estrangeiras, que não podem ser simplesmente transplantadas para o Brasil.

Com base nos argumentos expostos, é possível elaborar algumas conclusões. Primeiramente, vale a pena ressaltar: o estudo comparado é indispensável para o aperfeiçoamento dos processos estruturais brasileiros. Os grandes litígios desse tipo são recentes na jurisdição constitucional, e é fundamental aprender com os acertos e os erros de outros países. Aqui, é plenamente válido o velho dito popular: o inteligente aprende com os seus próprios erros, os sábios aprendem com os erros dos outros. Em matéria de litígios estruturais, diretamente ligados aos direitos fundamentais e ao orçamento público, o STF necessita de uma sabedoria especial.

Apesar de reconhecer a relevância desses estudos, o que hoje ocorre não é um aprendizado, mas uma reprodução de erros estrangeiros em solo brasileiro. O ímpeto de apenas transplantar um instituto jurídico, ou seja, trazer para o País todas as suas características, reproduzindo-o com o máximo de fidedignidade, acaba desconsiderando o contexto original para o qual foi produzido e a nova realidade na qual será aplicado. O exemplo da ADPF nº 347/DF deixa isso muito claro. Até mesmo os prazos requeridos na ação aproximam os pedidos formulados à sentença T-153, exemplo de ineficiência do ECI.

Quando importadas com base na metáfora do transplante jurídico, as sentenças estruturais podem funcionar como o cavalo de troia da mitologia grega: vistas de fora das muralhas da cidade, aparentam ser a solução ideal para os problemas existentes. A pressa em transplantá-las faz com que sejam desconsiderados elementos importantes de sua história que, se observados, poderiam contribuir com os litígios estruturais no País, contudo, acabam sendo ignorados. E o resultado dessa desatenção pode ser o mesmo que para os troianos: o que parecia uma dádiva, torna-se a origem de problemas ainda maiores.

Por isso, é fundamental compreender o estudo jurídico comparativo não como mero transplante de um instituto, mas como um processo de tradução jurídica justificada, no qual se observam os contextos nos quais essas sentenças foram desenvolvidas e a realidade para a qual serão adaptadas. Para nortear o processo de tradução jurídica, propomos três diretrizes metodológicas: similaridade, contextualização e justificação. A metáfora precisa ser mais bem aprofundada e desenvolvida em pesquisas futuras, que desenvolvam o estudo sobre como deve ser feita a justificação da tradução. Neste trabalho, no entanto, pretendeu-se focar nos problemas

causados pela metáfora do transplante jurídico, mais do que desenvolver plenamente os critérios de aplicação da tradução jurídica.

Ainda assim, é possível constatar que a nova metáfora apresenta importantes contribuições para os estudos jurídicos comparativos. Ela relembra ao comparatista que, ao tentar importar modelos decisórios estrangeiros, o resultado obtido não será uma imagem fidedigna da sentença utilizada em outro país. Será sempre algo novo, determinado também pelo novo contexto ao qual será aplicado. E é melhor que seja assim, visto que uma recepção acrítica, muito mais do que vantagens, importa erros que poderiam ser filtrados por um processo de tradução jurídica adequado.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 643-665, 2020.

ALENCAR, Rafael Vieira de. **A proposta racial de Nina Rodrigues para a leitura do Brasil no final do século XIX: assimilação e ruptura**. 2018. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 423-448, p. 423-424.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162.

BEATTY, David M.. **A essência do Estado de direito**. Tradução: Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 736/2015**. Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Brasília, 2015c. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em: 02 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2004. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf). Acesso em: 17 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 682. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/05/oab-suspensao-cursos-de-direito.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015b. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220>. Acesso em: 17 abr. 2020.

BUENO, C. C. ; FACHIN, Melina Girardi . Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 4, p. 211-246, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 469-492, 2010.

CARDOSO, J. C. As vantagens da comparação jurídica de sistemas. **Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais**, Porto (Portugal), n. 1, p. 145- 150, 2004.

CHAGAS, Tayná Tavares das et al. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 8, n. 4, p. 2.596-2.612, 2015.

CHENWI, Lilian & TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights**: a focus on the right to housing. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010.

DUTRA, D. C.. O Potencial Crítico do Direito Comparado. In: TIBURCIO, Carmen; VASCONCELOS, Raphael; MENEZES, Menezes. (Org.). **Panorama Do Direito Internacional Privado Atual E Outros Temas Contemporâneos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 397-409.

\_\_\_\_\_. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Between activism and deference: social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 121-137.

FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 583-607.

FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: on the Consequences of a Metaphor. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, No. 2015-09.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Colección de Justicia, 2010.

HIRSCHL, Ran. The Comparative in Comparative Constitutional Law: A Response to Dixon and Tushnet. **The American Journal of Comparative Law**, v. 64, n. 1, p. 209-217, 2016.

\_\_\_\_\_. The question of case selection in comparative constitutional law. **The American Journal of Comparative Law**, v. 53, n. 1, p. 125-156, 2005.

HOMERO. **Odisséia**. Tradução: Manoel Odorico Mendes. São Paulo: Atena Editora, 2009.

JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

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

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 1, 2012, p. 190-247.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [s.l.], v. 2, n. 3, p. 19-115, 28 dez. 2017.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

\_\_\_\_\_. The Impossibility of ‘Legal Transplants’. **Maastricht Journal Of European And Comparative Law**, [s.l.], v. 4, n. 2, p.111-124, jun. 1997.

LIEBENBERG, Sandra; YOUNG, Katharine G.. Adjudicating social and economic rights: Can democratic experimentalismo help?. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 237-257.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019, e1916.

MAIA, Isabelly Cysne Augusto. **Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos**: por novos protagonistas na esfera pública democrática. 2018. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

MARMELSTEIN, George. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. **Revista Jurídica da Fa7**, Fortaleza, v. 12, n. 1, p.10-28, p. 25, 2015a.

\_\_\_\_\_. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direito Público**: o Direito em tempos de crise. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015b, p. 241- 264, p. 250-251.

MEDA, Ana Paula; BERNARDI, Renato. Direito fundamental à moradia e a sentença T-025/2004 da Corte Constitucional da Colômbia: Estado de Coisas inconstitucional no Brasil. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 2, n. 1, p. 280-299, 2016.

NASCIMENTO, F. A. S.. **Direitos Fundamentais e sua dimensão objetiva**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2016.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

OSNA, Gustavo. Nem "tudo", nem "nada" - decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processo Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONCALVES, Gabriel Accioly . Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **JURISPOIESIS**, v. 18, p. 130-159, 2015.

RAY, Brian. **Engaging with Social Rights**: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. **Destabilization rights**: how public law litigation succeeds. Cambridge: Harvard Law Review, 2004.

SALAZAR, Rodrigo; MEIRELES, Edilton. Decisões estruturais e acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 21-38, 2 dez. 2017.

SANTOS, Gabriel Faustino; PEREIRA, Camilla Martins Mendes. Em Busca de Alternativas para a Judicialização da Saúde: O Estado de Coisas Inconstitucional na Saúde Pública Brasileira. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 2, n. 1, p. 67-84, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530.

\_\_\_\_\_. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. CICHOVSKI, Patricia Kristiana Blagitz. Estudo comparado das decisões da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba. Área: **Constituição e Democracia II**, 2016. p. 193-211. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/K2ZS6klEjiBDgCyA.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2020.

TUSHNET, Mark V.. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional"** Estudios Constitucionales, v. 1, n. 1, 2003. p. 203-228.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em: 09 mai. 2020.

VIEIRA, J. R.; BEZERRA, R.. Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T025 e a ADPF 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SIDDHARTA, Legale. (Org.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 369-422.

\_\_\_\_\_. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 2015. 719 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

WATSON, Alan. **Legal Transplants: an Approach to Comparative Law**. 2 edº. Georgia: **University of Georgia Press**, 1974.

**Trabalho recebido em 22 de maio de 2019**

**Aceito em 31 de maio de 2020**