

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, LITÍGIOS
ESTRUTURAIS E COMPROMISSO SIGNIFICATIVO: UMA ANÁLISE
À LUZ DO MODELO PROCESSUAL COLABORATIVO**
UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS, STRUCTURAL SUITS AND
MEANINGFUL ENGAGEMENT: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE
COLLABORATIVE PROCESS MODEL

Iúri Daniel Andrade Silva¹

RESUMO

A temática das omissões inconstitucionais tem atraído a atenção de estudiosos do direito e de ciências afins. A partir da experiência constitucional estrangeira, notadamente da Corte Constitucional colombiana e da Suprema Corte norte-americana, alguns autores sustentam a possibilidade de reconhecimento judicial de um estado de coisas inconstitucional, após ajuizamento de processo estrutural (*structural suits*). Os novos conceitos devem ser apreendidos sob a perspectiva da hermenêutica crítica do direito, evitando-se a excessiva discricionariedade e a hipertrofia da jurisdição constitucional em face dos demais mecanismos institucionalizados de realização de direitos. Assim, o compromisso significativo (*meaningful engagement*) – técnica processual utilizada pela jurisprudência sul-africana – pode revelar-se alternativa processual colaborativa e plural para realização progressiva de direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Estado de coisas inconstitucional; compromisso significativo; processos estruturais; neoconstitucionalismo; colaboração.

ABSTRACT - The thematic of unconstitutional omissions has attracted the attention of scholars of law and related sciences. From the foreign constitutional experience, notably the Colombian Constitutional Court and the U.S. Supreme Court, some authors sustain the possibility of judicial recognition of a state of unconstitutional things, after filing of proceedings Structural suits. The new concepts must be seized from the perspective of the hermeneutics critique of the right, avoiding excessive discretion and hypertrophy of constitutional jurisdiction in the face of the other institutionalised mechanisms of rights-performing. Thus, the significant compromise (*meaningful engagement*) – procedural technique used by South African jurisprudence – may prove to be a collaborative and plural alternative to the progressive achievement of fundamental rights.

Key Words: Unconstitutional state of affairs; meaningful engagement; structural suits; neoconstitucionalism; collaboration.

1 Considerações iniciais

O presente artigo busca analisar a teoria do “estado de coisas inconstitucional” e o mecanismo do “compromisso significativo” (*meaningful engagement*), sob perspectiva da hermenêutica crítica do direito, bem como, à luz do modelo colaborativo do processo.

Tem-se admitido, a partir de experiências jurisprudenciais estrangeiras, a possibilidade jurídica de reconhecimento judicial - em questões que envolvem graves e estruturais violações a direitos fundamentais - de que os fatos sociais não estão em consonância com a realidade normativa prescrita pelas Constituições.

¹Especialização em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera - Uniderp, Brasil(2010)
Professor da Universidade de Mogi das Cruzes, Brasil.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, seguindo a esteira da jurisprudência comparada, admitiu, em decisão liminar proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”. Trata-se de um novo passo no tratamento dos chamados litígios estruturais (*structural suit*), conforme expressão cunhada por Owen Fiss (1979), para quem “o processo estrutural é aquele em que um juiz, confrontando burocracias estatais com valores de dimensão constitucional, empreende reestruturar a organização para eliminar ameaças, contra esses valores, reveladas por arranjos institucionais contemporâneos”.

Pretende-se analisar igualmente o “compromisso significativo” (*meaningful engagement*) – instrumento desenvolvido a partir da jurisprudência sul-africana – como técnica processual objetiva eventualmente viável para tratamento do estado de coisas inconstitucional.

Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: breve panorama histórico e filosófico do estado de coisas inconstitucional e dos litígios estruturais

Após a Segunda Guerra Mundial, consideradas as violações a direitos fundamentais, tornou-se imperioso reconstruir o fenômeno jurídico. Para tanto, direito, moral e política, outrora separados em razão da concepção filosófica jurídica positivista, realinharam-se em uma “virada kantiana” (*kantische wende*)². O direito não poderia olvidar a moral e os fatos sociais, tratando-se do fruto dialético entre o plano do “ser” e o plano do “dever ser”.

No novo cenário, caracterizado pela ubiquidade dos direitos fundamentais e pela nova hermenêutica, o Juiz encampou postura proativa que em muito ultrapassa a concepção liberal de “boca da lei” imprimida pelos clássicos do iluminismo (MARINONI, 2015). O Juiz neoconstitucional transita pelas cercanias da ética e da política em busca da decisão justa e efetiva. Trata-se, na concepção de François Ost, do modelo “Hércules” de judicatura (OST, François *apud* OLIVEIRA *et* ROSA, 2013).

A postura ativa do Judiciário gera, no entanto, problemas de ordens diversas em relação ao sistema representativo e à configuração das funções estatais. De fato, ao substituir-se ao legislador e ao administrador, em casos de omissão inconstitucional, discute-se a própria legitimidade e o caráter democrático da atuação judicial.

Assim, a teoria dos princípios passou a ser questionada, por conferir excessiva discricionariedade à decisão judicial. Em solo pátrio, a hermenêutica crítica do direito,

2 “De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (*kantische wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas ideias” (TORRES, 2005, p. 41).

encabeçada pelos estudos de Lênio Streck (2017), busca analisar o fenômeno em apreço. A crítica encontra eco na compreensão da dimensão econômica das decisões judiciais, considerando-se os estudos sobre custos de efetivação de direitos. De fato, como apontaram Cass R. Sustein e Stephen Holmes (2000), não se pode empreender estudo sobre direitos sociais sem que se considerem aspectos financeiros.

Da mesma forma, percebe-se que a busca desenfreada e mal planejada pode acarretar hipertrofia de direitos fundamentais³, gerando-se efeito inverso, qual seja, a própria desestruturação dos sistemas consagradores de direitos.

Toda a discussão ora mencionada haverá de ser potencializada em razão do reconhecimento de inconstitucionalidades no plano da efetividade. É que, para além do tradicional controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, o Judiciário tem empreendido verdadeiro controle de efetividade das normas. Trata-se de um verdadeiro controle sociológico de constitucionalidade⁴.

Nesta senda, havendo “litígios estruturais” (*structural suits*), isto é, problemas judiciais relacionados à omissão estrutural de funções de Estado acarretando violação a direitos fundamentais, o Poder Judiciário tem reconhecido a configuração de um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”, tendo proferido “sentenças estruturantes” (*structural injunctions*) voltadas à supressão da omissão.

O reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” parece ser o píncaro dos movimentos de ativismo estatal, conforme observa Lênio Streck⁵. Pode ser observado em casos paradigmáticos verificados na jurisprudência dos Estados Unidos da América; da Colômbia; da Argentina; da Índia; e da África do Sul. No Brasil, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 decidiu, lastreada no instituto, questão estrutural relacionada aos presídios.

Na maioria dos casos, os Tribunais reconheceram a ocorrência do estado de coisas inconstitucional e proferiram sentenças estruturantes (*structural injunctions*), com caráter interventivo e implementador de políticas públicas.

3 Sobre a hipertrofia de direitos fundamentais, os comentários de Marcelo Schenk Duque (2015, p. 97).

4 “O dever de promover a igualdade material se apresenta, desse modo, como a conexão que a Corte promove entre os seus aportes filosóficos liberais-igualitários e os princípios do Estado social de Direito. Nesse sentido, para Blanca Raquel, ao declarar o ECI, a ‘Corte alcançou a confluência harmônica dos conteúdos jusfilosóficos que fundamentam os direitos com os conteúdos materiais que os fazem efetivos’, justificando sua postura na ideia ‘de uma Constituição que tenha plena vigência sociológica’ (CAMPOS, 2016, p. 161).

5 “Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha “a cereja no bolo”, vitaminando o ativismo, cujo conceito e sua diferença com a judicialização estão desenvolvidos em vários lugares (STRECK, 2015).

Na África do Sul, porém, construiu-se solução diversa. A sentença judicial, ao invés de imiscuir-se no conteúdo da política pública, orientou os envolvidos e o Estado, a, de forma dialógica, construir uma solução para o caso. Foi o que ocorreu, dentre outros, nos casos *Grootboom*, *Olivia Road* e *Joe Slovo*. O compromisso significativo (*meaningful engagement*) correspondeu, portanto, à técnica processual constitucional formulada pelo Tribunal Sul-Africano para fins de tratamento das omissões inconstitucionais estruturais.

Controle sociológico de efetividade das normas constitucionais

Tem-se sustentado que modelo tradicional de controle, seja de constitucionalidade, seja de convencionalidade, estando pautado na análise piramidal de validade, não teria sido capaz, por si só, de assegurar efetividade fática ao texto da Constituição, posto que o problema das omissões inconstitucionais encontrar-se-ia no plano dos fatos (CAMPOS, 2016).

Não haveria omissão legislativa, por exemplo, quanto ao tratamento penitenciário, uma vez que Constituição possui regramento punitivo garantista, bem como, a Lei de Execuções Penais, editada há mais de 20 anos, igualmente prescreve condições a assegurar um mínimo existencial ao apenado. No entanto, em que pesem as previsões legislativas, a situação degradante a que se submete o preso seria resultado de omissão estatal inconstitucional estruturante. O problema não residiria no plano da norma em si, mas no plano fático da efetividade.

O controle de constitucionalidade – sustentam os defensores da teoria do estado de coisas inconstitucional – deveria tratar mais eficientemente o dilema das omissões, garantindo adequação mínima entre o texto da Constituição e o plano fático. A idéia está centrada em postulados filosóficos kantianos. Aliás, a aproximação entre “ser” e “dever-ser” corresponde ao grande marco da virada kantiana que permeia o discurso neoconstitucional.

Seria possível, então, que o Poder Judiciário reconhecesse a inconstitucionalidade dos fatos, a saber, um “estado de coisas inconstitucional”, cotejando-se a realidade fática com o parâmetro da Constituição, a fim de superar-se a omissão fática inconstitucional estrutural, alinhando-se o “ser” ao “dever-ser”.

A doutrina do estado de coisas inconstitucional inauguraria um controle de efetividade da norma constitucional ou um verdadeiro controle sociológico de constitucionalidade.

2 Abordagem crítica do estado de coisas inconstitucional

Os estudos empreendidos por Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016) sobre o estado de coisas inconstitucional tornaram-se referência sobre a matéria. A tese sustentada pelo autor

arrimou as conclusões do Supremo Tribunal Federal quando da prolação de liminar na ADPF nº 347, a qual tratou do estado inconstitucional dos presídios brasileiros.

Com base na Sentencia T – 125, de 2004, proferida pela Corte Constitucional colombiana no caso das pessoas deslocadas, Campos (2016, p. 187) definiu o estado de coisas inconstitucional como “a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais rígidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional. O ECI anda lado a lado com as sentenças estruturais”.

Em casos nos quais se vislumbram omissões estruturais inconstitucionais capazes de violar frontalmente os direitos fundamentais, deveria o Poder Judiciário, provocado através de processos estruturais (*public law litigation*), interferir a fim de ordenar os poderes constituídos, com o propósito de efetivação de direitos. É o que sustentam os defensores da teoria, que encontrou eco no STF, quando do julgamento da ADPF nº 347.

Note-se que o estado de coisas inconstitucional não pretende que o administrador atue apenas de forma pontual, mas que toda uma realidade inconstitucional seja transformada.

O Judiciário passou a ser encarado como ator de efetivação de direitos, por meio de políticas públicas. Sendo o governo neoconstitucional um *govern by policies* – não um mero governo de leis (SMANIO, 2013) –, a omissão política dos setores governamentais justificaria a intervenção do juiz.

O movimento de judicialização estrutural da política não é um fenômeno brasileiro. Com efeito, pode-se observar nos Estados Unidos da América, sobretudo a partir do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, julgado pela *U.S. Supreme Court* em 1954 e posteriormente em 1955⁶, uma guinada jurisprudencial acerca do tema.

Aliás, o próprio desenvolvimento jurídico de uma teoria de políticas públicas resulta de construção doutrinária norte-americana, destacando-se as pesquisas encabeçadas por Dworkin, conforme aponta Smanio⁷.

6 *Opinion* disponível em: <https://www.law.cornell.edu/suprecourt/text/347/483> e <https://www.law.cornell.edu/suprecourt/text/349/294>.

7 “(...) coube a *Ronald Dworkin*, no final da década de 1970, o entendimento de que o tema Políticas Públicas também deveria caber na Teoria Geral do Direito, ao lado dos princípios e das regras, tendo em vista a solução de casos jurídicos difíceis (...). A doutrina jurídica de *Dworkin* representa uma revisão do liberalismo norte-americano clássico, defendendo referido autor que o Estado atue de forma mais concreta em busca da diminuição das desigualdades, mediante políticas redistributivas (SMANIO, 2013, p. 5).

Nos Estados em desenvolvimento, nota-se movimento ativista estrutural semelhante na jurisprudência da Argentina, destacando-se o caso *Mendoza*, acerca de problemas sanitários e ambientais verificados às margens do rio Riachuelo; e na jurisprudência da Índia, conforme se observa no caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Others*, sobre política de distribuição de grãos.

É na Colômbia, no entanto, que se nota uma postura ainda mais ativista do Poder Judiciário, conforme se observa nos casos dos docentes dos municípios de *María La Baja e Zambrano*; na *Sentencia T – 068*, de 1998, que julgou matéria referente à Caixa Nacional de Previdência Social; no caso do sistema carcerário, em que a Corte analisou as condições das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín; no caso do deslocamento forçado, julgado por meio da *Sentencia T – 025*, de 2004; dentre outros vários (CAMPOS, 2016).

Foi seguindo esta verdadeira onda de politização do Judiciário que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 347, valeu-se da técnica da decisão estruturante para determinar medidas diversas em face do administrador voltadas à alteração da realidade dos presídios brasileiros.

Não se pode negar a relevância das intenções e dos fundamentos expendidos na decisão liminar prolatada pelo STF. A questão, no entanto, deve ser vislumbrada com o devido grão de sal. É que são incontáveis as inconstitucionalidades verificadas, sobretudo em Estados em desenvolvimento. O STF declarou um dos estados de coisas inconstitucional. Não se encontram em situação fática de inconstitucionalidade igualmente, porém, o sistema único de saúde brasileiro? Na mesma esteira, o que dizer acerca das constantes violações ambientais que assolam o território pátrio; dos problemas que envolvem as fronteiras geográficas; dos graves entraves energéticos; das crises na gestão do sistema hídrico; ou mesmo do caos educacional que impera no sistema público de educação básica...?⁸

Outro problema exsurge, conforme apontou Streck (2015). Quem definirá a pauta de tratamento das inconstitucionalidades fáticas do Brasil? Não era justamente esta a função dos administradores e legisladores eleitos?

Sequer o próprio Judiciário será o ator político a pautar as prioridades inconstitucionais, uma vez que o princípio da inércia impede a atuação oficiosa no caso. Decorre que caberá aos

⁸ Adere-se à crítica de Lênio Streck (2015): “O próprio nome da tese (Estado de Coisas Inconstitucional — ECI) é tão abrangente que é difícil combatê-la. Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha ‘a cereja no bolo’, vitaminando o ativismo, cujo conceito e sua diferença com a judicialização estão desenvolvidos em vários lugares (...).”

representantes processuais, denominados “representantes adequados” com esteio na terminologia da *class action* norte-americana, a definição de rumos estratégicos e orçamentários. Seriam, entretanto, os representantes adequados os representantes efetivamente democráticos a escolher as prioridades orçamentárias?

Certamente esta não é a lógica decorrente dos mecanismos de estruturação de funções delineados pela Constituição Federal brasileira.

O caráter programático das normas não lhes diminui o conteúdo jurídico. Contudo, os programas haverão de ser implementados paulatinamente, sob pena de configuração de um estado inconstitucional de colapso do sistema orçamentário⁹, destruindo-se as condições geradoras de direitos.

O estado de coisas inconstitucional, nos moldes dogmáticos expostos, acarreta a substituição pelo Judiciário de funções constituídas. Teria, contudo, o juiz condições burocráticas e técnicas que lhe assegurassem as melhores decisões estruturais? Está a cognição do juiz preparada para lidar adequadamente com questões de tal ordem?

A análise normativa da organização burocrática do Judiciário demonstra não ser este dotado de estrutura que o aparelha para solução de questões administrativas estruturantes complexas, as quais envolvem questões multifacetárias a abarcar, dentre outros, aspectos orçamentários, político-discricionários e, quando não, técnico-especializados, como ocorre com as questões tratadas por agências reguladoras. Para que o Judiciário pudesse suportar a carga da judicialização da política em seu ápice, isto é, através do estado de coisas inconstitucional, seria necessário replicar estruturas que já aparelham os Poderes Executivo e Legislativo.

A doutrina do estado de coisas inconstitucional é janela aberta para o fortalecimento da discricionariedade judicial, entregando à persuasão do Juiz os rumos orçamentários e de planejamento em matéria de direitos fundamentais. Eis a visão que decorre da hermenêutica crítica do direito. É forçoso reconhecer, no entanto, a partir da decisão proferida pelo STF na ADPF nº 347, que a doutrina dos litígios estruturais, acompanhada pela teoria do estado de coisas inconstitucional, parece que encontrará abrigo na jurisprudência pátria. Sendo assim, faz-se mister pensar em modelos que mitiguem a discricionariedade e por meio dos quais seja possível equalizar questões orçamentárias e técnicas que escapam da cognição ordinária do Juiz quando do julgamento de questões político-estruturais.

⁹ A efetivação de direitos fundamentais não pode desprezar o custo de efetivação dos próprios direitos, conforme observam Cass Sustein e Stephen Holmes (*op. cit.*).

3 Por um processo objetivo colaborativo: o compromisso significativo (*meaningful engagement*)

O estado de coisas inconstitucional não parece ser a solução para a crise de efetividade de normas constitucionais, consoante argumentos já expendidos. Contudo, caso a técnica efetivamente reste sedimentada, é necessário estabelecer mecanismos processuais que assegurem a efetiva participação na tomada de decisões, sob pena de converter-se o juiz em chefe de governo.

Reste claro que a crítica não é empreendida contra a necessidade de efetivação de direitos fundamentais. Volta-se, ao revés, contra um modelo de excessiva judicialização que poderá, a longo prazo, desestruturar o próprio sistema de consagração de direitos, transformando o legítimo discurso dos direitos fundamentais em hipertrofia da jurisdição constitucional.

Observa-se que a prolação de decisões estruturantes foi a técnica de que valeram os juízes da Argentina, da Colômbia, da Índia e do Brasil, para fins de supressão da omissão inconstitucional.

No modelo, o Judiciário, em um primeiro momento, declarou a existência de violação estrutural setorial que acarretou graves violações a direitos fundamentais. Em seguida, determinou ao administrador, em caráter mandamental, a adoção de medidas diversas com repercussão direta no orçamento.

Na África do Sul, contudo, o respectivo órgão judicante chegou a uma solução diversa no caso *Olivia Road*, conforme descreveu e avaliou Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior (2015, p. 29):

No caso *Olivia Road*, mais de 400 (quatrocentos) ocupantes de prédios na Cidade de Johannesburgo se voltaram contra a desocupação ordenada pela Cidade, que alegava razões de segurança e de saúde. A Corte emitiu ordem provisória para a Cidade e os ocupantes se comprometerem significativamente em: *i*) resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição; *ii*) aliviar a condição dos que vivem nos edifícios, tornando-os seguros e saudáveis; e *iii*) reportar os resultados do compromisso. (...) Tanto em *Olivia Road* como em *Joe Slovo*, os resultados do acordo foram satisfatórios e demandaram graus distintos de fiscalização por parte do Poder Judiciário.

O modelo do compromisso significativo (*meaningful engagement*) sul-africano apresentou-se como alternativa conciliatória e coordenadora, de caráter plural. Revelou-se caminho mais equilibrado para tratamento fático das omissões inconstitucionais, em comparação com a utilização abrupta das sentenças estruturantes (*structural injunctions*).

É que o processo civil moderno é erigido sobre parâmetro colaborativo, sendo o Juiz paritário no diálogo (MITIDIERO, 2015). O juiz, no modelo processual colaborativo, é um *medium* entre os interesses envolvidos. O processo converte-se de um monólogo decisório em diálogo que valoriza o papel de todos os atores envolvidos na causa¹⁰.

Conquanto as questões relacionadas ao estado de coisas inconstitucional situem-se na dimensão das grandes questões estruturais que envolvem direitos fundamentais de titularidade difusa, é certo que o processo há de reger-se igualmente pelo norte principiológico da colaboração¹¹. Sendo assim, o Juiz, ao proferir decisões voltadas ao tratamento das omissões inconstitucionais, não deve basear-se exclusivamente em esquemas individualistas kantianos de raciocínio. Não deve a moralidade principiológica exclusiva do juiz estruturar todo o sistema de direitos fundamentais consagrado. Cabe ao juiz, ao revés, fomentar o efetivo diálogo entre os atores interessados.

O processo estrutural deve ser enxergado, portanto, como uma verdadeira “comunidade de trabalho¹²” (*arbeitsgemeinschaft*), valorizando o papel dos demais atores políticos. Assim, a postura do juiz poderá coordenar e alavancar o papel das funções administrativa e legislativa, conferindo legitimidade à própria intervenção judiciária.

Foi o que ocorreu no caso sul-africano. O modelo do compromisso significativo revelou-se a técnica viável à tutela das omissões inconstitucionais¹³. A efetividade dos direitos será alcançada mediante a formação de redes coordenadas¹⁴ – não através da atuação de um específico ator (DUARTE, p. 20).

10 Sobre a perspectiva colaborativo do processo, o nosso “Pressupostos filosóficos do modelo processual colaborativo: uma perspectiva habermasiana” (SILVA, 2017).

11 Eis o teor do artigo 6º do Código de Processo Civil: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

12 Sobre o processo como “comunidade de trabalho”, escreveu Daniel Mitidiero (2015, p. 52): “A colaboração é um modelo que visa dividir de maneira equilibrada as posições jurídicas do juiz e das partes no processo civil, estruturando-o como verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (...). (...) Em outras palavras: visa a dar feição ao aspecto subjetivo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes – com um aumento concorrente dos poderes do juiz e das partes no processo civil”.

13 “O método do compromisso significativo apresenta a vantagem de ser modelo de revisão judicial compatível com a democracia. Propicia que os indivíduos e comunidades sejam posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, que a decisão final seja construída em conjunto. Constitui postura judicial respeitosa com os representantes eleitos pelo público e fomenta a participação e a política democrática. De outro lado, a organização financeira do Estado é mais bem respeitada, pois há oportunidade para as próprias partes detalharem a forma de implementação de direitos, modulando-a de acordo com os recursos disponíveis” (PARDO, 2015).

14 “O que é preciso deixar claro é que a consagração dos direitos sociais na Constituição Brasileira (e em outras constituições) traz consequências jurídicas importantes, notadamente a vinculação dos Poderes Públicos às políticas públicas que constituem objeto primário de tais direitos. Tal vinculação gera a necessidade de ação por parte do Estado de forma coordenada por meio da implementação de programas que envolvem a combinação de processos de natureza distinta, conforme acima mencionado, transcendendo o âmbito restrito do Direito, mas com ele se relacionando” (DUARTE, p. 20).

Assim, a técnica processual deve-se pretender menos apriorística e unilateral, conferindo-se primazia aos mecanismos que objetivem o diálogo entre os diversos aspectos técnicos e orçamentários envolvidos, evitando-se o colapso do sistema e prestigiando-se uma visão holística dos sistemas.

Neste aspecto, caso acionado, deve o Juiz, ao invés de guiar-se pela razão individual, atuar amparado por uma razão dialógica, fomentando o constitucionalismo difuso, em uma comunidade processual de trabalho norteadada pela pluralidade interpretativa que permeia uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição” em um “Estado colaborativo de direito” (HABERLE, 2007).

Por meio do compromisso significativo, o Juiz declara a existência de uma omissão inconstitucional relevante. No entanto, ao invés de prolatar decisões apriorísticas mandamentais, entrega aos atores políticos o dever de construção planejada de soluções.

O Juiz atua, pois, como elo de coordenação. A técnica valoriza a cidadania e o pluralismo. Evita parcialidades hermenêuticas e consagra o planejamento¹⁵. Abrem-se as portas da justiça para a atuação de diversos segmentos, redimensionando papéis e construindo-se sistemas de proteção em rede que assegurem a progressividade no saneamento de omissões.

Ao Judiciário caberia, por fim, fiscalizar a execução das metas deliberadas, desempenhando jurisdição supervisora.

4 Considerações finais

Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural configuram conceitos emergentes em matéria de tratamento das omissões inconstitucionais. Foram erigidos diante da constatação de que os mecanismos lógico-formais viabilizados através dos instrumentos de controle de constitucionalidade da ação e da omissão revelaram-se insuficientes para realização dos direitos.

O presente trabalho assume perspectiva de cautela em relação às aludidas construções doutrinárias, considerando a excessiva discricionariedade que se confere ao Estado-Juiz, hipertrofiando a atuação da jurisdição constitucional.

15 “As políticas públicas, definidas como programas de ação governamental voltados à concretização dos direitos fundamentais, envolvem a atividade de planejamento, a regulação de comportamentos, a organização da burocracia estatal, a distribuição de benefícios, a arrecadação de impostos. E, muitas vezes, envolve tudo isso em um processo complexo e dinâmico” (DUARTE, p. 17).

Acaso acolhidos os recentes institutos em situações excepcionais, será necessário construir técnica processual que amplie a efetiva participação dos atores políticos e sociais na tomada de decisão.

Neste sentido, a técnica do compromisso significativo, já experimentada com sucesso no ordenamento sul-africano, revela-se mecanismo processual viável para tratamento das omissões inconstitucionais estruturais.

Será através de uma nova mentalidade, permeada pelo modelo colaborativo de processo civil e pela compreensão holística da teoria dos direitos fundamentais, que os processos de caráter objetivo, notadamente os chamados processos estruturais, poderão tutelar direitos em busca da progressiva efetivação.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de políticas públicas em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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.

DUARTE, Clarice Seixas. **O Ciclo das Políticas Públicas**. In SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins e BRASIL, Patricia Cristina (orgs.). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo, Atlas, 2013.

FISS, Owen M. **The Forms of Justice**. The Supreme Court 1978 Term. Harvard Law Review, Vol. 93 (1), 1979.

_____. *To make the constitution a living truth*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodium, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Tradução Paulo Astor Soethe; revisão técnica Flávio Beno Biebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

_____. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The costs of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um formalismo-valorativo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Morais da. **Complexo de Macgyver e os modelos de juiz**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classecomplexo-macgyver-modelos-juiz-episodio#author>. Último acesso: 14/11/2017.

PARDO, David. **Compromisso significativo**. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense, no caderno opinião, p. 9, em 14.09.2015.

SMANIO, Gianpaolo Poggio **Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania**. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Editora Atlas, 2013, pp. 3-15.

STRECK, Lenio Luiz. **A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial**. In: STRECK, L.L. A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Salvador: Juspodium, 2017.

_____. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. 2015. Artigo publicado no sítio eletrônico Conjur, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Último acesso: 20 de novembro de 2017.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **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: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 20 de novembro de 2017.