

O PROJETO DE REGULAMENTAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL (PL nº 3/2025), O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A VIOLAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

RESUMO: O Processo Estrutural à luz do Direito Constitucional. A intervenção judicial em políticas públicas como manifestação do ativismo judicial e o caldo cultural brasileiro. Da recente jurisprudência do STF sobre os limites de intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas. O processo estrutural no Brasil e a inconstitucionalidade do seu principal fundamento e a disputa institucional pelas competências constitucionais. Do PL nº 3/2025, necessidade de aperfeiçoamento.

1 – Introdução

Diante da movimentação de setores do sistema de justiça brasileiro pela aprovação do PL nº 3/2025, do Senado Federal, que visa regulamentar o denominado processo estrutural, a presente tese inicia buscando avaliar a constitucionalidade do principal fundamento utilizado pelos defensores da referida regulamentação e do referido modelo instrumental de intervenção judicial, à luz da teoria da eficácia das normas constitucionais e do princípio da separação de poderes, procurando demonstrar a inconstitucionalidade da imposição de ações positivas à Administração como forma de aumentar artificialmente o grau de fruição de direitos fundamentais, previstos em normas de eficácia limitada e caráter programático, de regulamentação intimamente vinculadas a programas de ação governamentais.

Prossegue-se, abordando o ativismo judicial no Brasil, de como ele se manifesta nas ações civis públicas, e como a regulamentação de um processo estrutural implicará no precoce encerramento do debate acerca da constitucionalidade e limites da intervenção judicial em políticas públicas, servindo de combustível para um já acentuado ativismo judicial, obstruindo a governança do Poder Executivo no âmbito da implementação das políticas públicas.

Destaca-se, também, a recente mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se revela tendente à limitação da intervenção judicial em políticas públicas, analisando as razões de decidir dos Temas de Repercussão nº 6, 698 e 1234.

Segue-se, apontando que o movimento pela aprovação do processo estrutural trata-se, antes, de avanço institucional a disputar a competência do Poder Executivo pela governança das políticas públicas, o que deve ser rechaçado pela advocacia pública, que deve se concentrar em explorar os novos paradigmas do Supremo Tribunal Federal, que aponta para impor limites à intervenção judicial no âmbito da governança dos programas de ação governamentais.

Para, ao final, propor a criação pela ANAPE, de um grupo de estudos voltados a analisar a temática da intervenção judicial em políticas públicas, à luz da separação e poderes, para definir uma atuação quanto ao Projeto de Lei nº 3/2025, seja para atuar pela sua não aprovação, ou para melhorar, quanto possível, o texto a ser aprovado.

2. Do Processo Estrutural à luz do Direito Constitucional

Muito embora o presente trabalho se dedique a analisar a proposta legislativa de regulamentação do denominado Processo Estrutural, consubstanciada no Projeto de Lei nº 3/2025, do Senado Federal - que estabelece, no seu artigo 1º, que “*Esta lei disciplina as ações civis públicas destinadas a lidar com problemas estruturais.*” -, é indispensável que se dê um passo para trás e, antes de avaliar as regras de procedimento propostas (instrumento), seja verificado se os “*problemas estruturais*” (objeto), e respectivas soluções, devem ser examinadas no âmbito do Poder Judiciário, à luz da constituição federal, em especial do princípio da separação de poderes (CF, art. 2º).

Em outras palavras, para saber se a proposta legislativa em testilha é realmente necessária e útil, como preconiza a teoria geral do processo, não se prescinde da análise de sua validade em face do texto constitucional, à luz da separação de poderes e, conseqüentemente, do regular exercício das competências constitucionais, que exigem capacidades institucionais específicas, estruturadas ao longo do tempo, visando a que cada um dos Poderes da República esteja apto a dar cabo das atribuições que decorrem daquelas competências.

Assim, temos que cabe ao direito constitucional responder se - em quais situações -, é adequado que o *locus* decisório, ou seja, a governança das políticas públicas, se transfira para o Poder

Judiciário. Delineadas tais situações – de quando e em sob quais balizas o Poder Judiciário pode e deve interferir na formulação e execução de políticas públicas -, a partir delas será possível pensar em regras processuais mais acertadas para tal finalidade.

Todavia, não é caso de examinar as inúmeras classificações das normas constitucionais quanto à eficácia, sendo suficiente, considerando as limitações e o recorte que se dá a este trabalho (voltado à intervenção do Poder Judiciário na elaboração e execução de políticas públicas), indicar que tomaremos por base a classificação proposta por Jorge Miranda¹, que distingue as normas em preceptivas e programáticas:

Separam-se, no entanto, por normas preceptivas não exequíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as **normas programáticas exigem mais do que isso**, exigirem não só a lei **como providências administrativas e operações materiais**. As normas não exequíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicos e de decisões políticas; **as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores económicos e sociais**. (destaquei).

Dessarte, serão programáticas as normas constitucionais cuja eficácia estiver condicionada a providências variadas dos Poderes Públicos, como ensina Elival da Silva Ramos², o que nem sempre está expresso ou ao menos parcialmente indicado no respectivo texto, exigindo que o aplicador do direito suplante a objetividade dos elementos gramatical e sistemático, por uma interpretação de cunho histórico-teleológico, conectando a finalidade da norma à sua gênese:

Com efeito, foi a Constituição alemã da República de Weimar, de 1919, que incorporou ao catálogo dos direitos fundamentais os direitos económicos e sociais, consagrando-os, invariavelmente, em normas de eficácia limitada de dimensão prospectiva, isto é, que exigem a alteração das condições fáticas existentes (em nível político, jurídico, económico-social, etc), por meio de intensa intervenção estatal, para que possam, afinal, serem usufruídos pelos respectivos destinatários. Essas normas, por estarem intimamente vinculadas a programas de

¹ *Apud* Ramos, Elival da Silva, em *Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos*, Saraiva, 2ª edição, p. 193.

² Ramos, Elival da Silva, em *Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos*, Saraiva, 2ª edição, p. 194.

ação governamentais, dos quais constituem a base principiológica, passaram a ser conhecidas por normas programáticas.

No mesmo sentido, Gomes Canotilho³ assevera que “os direitos econômicos, sociais e culturais e respectiva proteção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – econômicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por *pressupostos de direitos fundamentais*”:

Consideram-se *pressupostos de direitos fundamentais* a multiplicidade de factores – capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais. Ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva ou negativa, a existência e proteção dos direitos económicos sociais e culturais. Estes pressupostos são pressupostos de todos os direitos fundamentais. Alguns deles, porém, como os da distribuição dos bens e da riqueza, o desenvolvimento econômico e no nível de ensino, têm aqui particular relevância. Mais do que noutros domínios os *Realien* (os ‘dados reais’) condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos.

Com efeito, os direitos fundamentais previstos em normas constitucionais programáticas, têm a sua concretização dependentes de intensa intervenção estatal, que se dá por meio das políticas públicas, as quais, por sua vez, se sujeitam às contingências dos “dados reais”, isto é, do conjunto de condições econômicas, sociais e culturais (*pressupostos de direitos fundamentais*), existentes em determinada quadra da história.

Neste ponto, vale lembrar o que observou Konrad Hesse⁴: “*Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade*”.

A referência a Konrad Hesse é fundamental, não apenas pelo primor da síntese acima transcrita, mas também em razão do fato de as ideias que expôs na obra *A força Normativa da Constituição*, tenham servido – de forma equivocada, ao que nos parece - à gênese da corrente

³ *Apud* Ramos, Elival da Silva, em *Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos*, Saraiva, 2ª edição, p. 197.

⁴ *Ibidem*

doutrinária do denominado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo⁵, a qual, por sua vez, tem dado respaldo argumentativo para a intervenção indevida do Poder Judiciário em políticas públicas, em violação à separação de poderes.

Esse é o recorte que queremos para estabelecer a premissa de que as políticas públicas desenvolvidas pela Administração, como meio de concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, previstos em normas constitucionais programáticas, só podem ser objeto de intervenção estatal quando, por ação indevida, estiverem violando direitos, mas nunca por omissão, porquanto o não agir, naquele momento, decorre de decisão de conteúdo político-administrativo, de competência exclusiva do Poder Executivo, sujeita, como já dito, ao conjunto de condições econômicas, sociais e culturais, “*como capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais*”.

É preciso reconhecer que se o Poder Público não está conseguindo agir para viabilizar a fruição de determinado direito fundamental, em grau que se repute adequado, certamente não o faz por não desejar tais avanços na qualidade de vida da população, mas por não encontrar meios, diante de um cenário complexo e nem sempre favorável, das condições econômicas, sociais e culturais.

Com destaque para a capacidade econômica do Estado, enquanto *pressuposto de direitos fundamentais*, vale registrar que o que observou o professor Fernando Facury Scaff⁶, no sentido de que o direito financeiro deve ter *locus* privilegiado no estudo dos direitos sociais. Impossível negar que a toda medida de concretização de um direito – em especial direitos sociais, como a saúde –, corresponde um custo financeiro.

É possível admitir, contudo, que ao implementar políticas públicas, a Administração incorra em erros que, de algum modo, violem direitos das pessoas, casos em que se deve concordar com a determinação de sua cessação ou correção, pelo Poder Judiciário.

Deste modo, deve ser rechaçada, desde já, a regulamentação de um processo estrutural com previsão expressa de intervenção judicial em razão de alegada omissão do Poder Executivo na concretização de direitos fundamentais, impondo-lhe dever de agir, a tempo e modo a ser definido em decisão judicial, sempre que estivermos diante de normas programáticas, porquanto ao se regular tal procedimento, estar-se-á a presumir a constitucionalidade da intervenção judicial na esfera de

⁵ <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/neoconstitucionalismo/866003719>. Acesso em 11/07/2025.

⁶ Os Tribunais e o Direito à Saúde, Antônio J. A. Nunes e Fernando F. Scaff, Livraria do Advogado Editora, posição 1492 do livro digital, Porto Legre, 2011.

competência do executivo, em qualquer caso, em flagrante violação ao princípio da separação de poderes.

3. Do ativismo judicial

O ativismo judicial, no presente trabalho, é utilizado na acepção de quando o Poder Judiciário desbordou dos limites da função jurisdicional, invadindo a esfera de atuação reservada aos demais poderes da República, aqui, mais especificamente, no que atina com a competência do Poder Executivo para a governança de suas políticas públicas, por via das quais atua para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais.

Celso Lafer,⁷ citando Pier Paolo Portinaro, em *Para além do Estado de Direito – tirania dos juízes ou anarquia dos advogados* (in Pietro Costa e Danilo Zolo, org., *O Estado de Direito, História, Teoria, Crítica*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 465-488), observa que “*a interpretação constitucional vem abrindo espaço no Brasil e em outros países para o ativismo judicial e, por via de consequência, para a expansão do Poder Judiciário e para a interpretação sempre mais expansiva da Constituição*”.

No universo das ações civis públicas, dentro do qual o *processo estrutural* se apresenta como uma subespécie, a intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação do Poder Executivo, por meio da ingerência em políticas públicas, das mais variadas formas, tem dado o tom dos nossos tribunais.

Como o tema está na ordem do dia, tenho assistido palestras em eventos jurídicos diversos, sobre o tema processo estrutural. Em duas oportunidades, questioneei palestrantes se entendiam legítima a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, à luz do princípio da separação de poderes. Ambos disseram não saber responder à questão, mas, segundo eles, é fato inquestionável que a intervenção vem ocorrendo, e em larga escala. E, com tal constatação, pretende-se justificar a regulamentação de um procedimento para resolver “problemas estruturais” de efetivação de direitos fundamentais, ao teor de que, se a interferência já acontece, melhor que sejam estabelecidas regras balizadoras, delimitadoras da atuação judicial.

⁷ Prefácio à obra *Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos*, de Elival da Silva Ramos, Saraiva, 2ª edição, p. 12.

Para nós, todavia, a conclusão é no sentido oposto, pois a regulamentação do denominado processo estrutural, como proposto no PL nº 3/2025, para além de “legalizar” um erro, servirá de combustível para um ativismo judicial já exacerbado.

3.1 Da intervenção judicial em políticas públicas como manifestação do ativismo judicial e o caldo cultural brasileiro

Da constatação de que os tribunais brasileiros têm sido pródigos em intervir em políticas públicas, de modo geral sob o argumento de que alegada eficácia imediata dos direitos sociais impõe um dever de agir ao Estado, para que garanta um “mínimo existencial”, conceito de conteúdo aberto e indefinido.

Na prática, o que se verifica é que cada juiz ou operador do direito tem sua própria definição de “mínimo existencial”. À guisa de exemplo, tome-se decisões judiciais que estabelecem prazo máximo de 60 dias para que um paciente aguarde por uma cirurgia eletiva, outra que estabelece prazo de 90 dias, e outra, ainda, prazo máximo de 180 dias, todas tendo em comum o fundamento em alegado dever do Estado de agir para garantir um “mínimo existencial” ou algo que seja “razoável”, seja lá o que isso, concretamente, signifique.

Nesse cenário, inegável reconhecer que, não raro, o Judiciário viola o princípio da separação de poderes, revelando marcado traço de uma cultura institucional ativista, o que, de certo modo, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal nos Temas de Repercussão Geral nº698, 1234 e 6, como se verá mais adiante.

No entanto, há mais.

Para além do debate em torno dos limites legais de atuação do Poder Judiciário, em respeito às competências constitucionalmente preconizadas para cada um dos Poderes da República, que conta com variadas compreensões, há um fato a se destacar, como sintomático do exacerbado ativismo judicial no Brasil, que é a não observância, por juízes e tribunais locais, de precedentes dos Tribunais Superiores, inclusive os vinculantes.

Para ilustrar a afirmação acima, tome-se de exemplo dados colhidos junto ao Núcleo de Saúde Pública da PGE/SP, pelo qual, desde a publicação das Súmulas Vinculantes nº 60 e 61 do STF, o Estado de São Paulo teve providas 25 (vinte e cinco) Reclamações Constitucionais, num período

de aproximadamente 06 meses. Ainda, das duas Reclamações Constitucionais que versaram sobre a violação do Tema de Repercussão Geral nº 698, do STF, ambas foram julgadas procedentes. Destaque-se, aqui, a conhecida jurisprudência do STF, que exige o requisito da teratologia da decisão reclamada, para provimento do Reclamação.

Em reforço, deve-se consignar que tem havido repreensões por parte de Ministros do STJ, ao Tribunal de Justiça de São Paulo, em razão do quem consideram reiterado desrespeito a precedentes daquele tribunal Superior.⁸ Interessante, no ponto, trazer trecho da matéria publicada pelo veículo de notícias Migalhas, que reporta análise crítica feita pelo Ministro Rogerio Schietti, segundo o qual tal “*atitude demonstraria uma ‘afirmação de poder’ entre os Tribunais.*”. Afirmção de poder que também vislumbramos ocorrer, por meio de ingerência em políticas públicas, por meio de ações civis públicas.

Com efeito, o que nos revela o cenário descrito, é um caldo cultural em que está inserido o sistema de justiça brasileiro, com um Poder Judiciário de marcante traço ativista e que, para além de mostrar tendência de invasão à esfera de competência dos demais Poderes, tem se revelado refratário com precedentes obrigatórios, estabelecidos pelos órgãos superiores do próprio Poder Judiciário.

Considerado esse caldo cultural, não nos parece realista imaginar que os limites que vierem a ser preconizados na lei regulamentadora do processo estrutural, ainda que claros, serão respeitados, como querem os defensores do projeto.

Ao contrário, pensamos que a regulamentação do procedimento em testilha servirá para validar a intervenção judicial em políticas públicas, inclusive com a violação da separação de poderes – tese que se debate em qualquer ação civil pública -, uma vez que, afinal, a lei criou instrumento processual específico para tal finalidade.

Assim, aquilo que se pretendeu como limite, será apenas o ponto de partida.

Ademais, após décadas de ações coletivas tendo por objeto políticas públicas, com decisões nos mais diversos sentidos e fortemente marcadas pelo ativismo judicial, finalmente o Supremo Tribunal Federal começou a formar jurisprudência limitadora da intervenção judicial, pela via da deferência às decisões dos agentes públicos.

⁸ <https://www.migalhas.com.br/quentes/409921/stj-adverte-tj-sp-por-descumprir-precedentes-desembargador-rebate>. Acesso em 12/07/2025.

Logo, antes de enveredarmos pela regulamentação de um processo estrutural, com aptidão de internalizar no direito pátrio um erro de interpretação da constituição, importa que seja testada a recente tendência jurisprudencial do STF, que será objeto do próximo tópico.

4. Da recente jurisprudência do STF sobre os limites de intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas

Apenas muito recentemente o Supremo Tribunal Federal parece ter compreendido pela necessidade de impor limites à intervenção judicial em políticas públicas, promovendo uma virada jurisprudencial e estabelecendo novo paradigma nessa temática.

É possível extrair das razões de decidir dos *leading cases* dos Temas 698, 6 e 1234, do STF, representativos da referida mudança jurisprudencial, que o STF passou a reconhecer o excessivo ativismo judicial em matéria de efetivação de direitos fundamentais pela Administração, e suas respectivas políticas públicas. Embora admitamos que há decisões acertadas, aqui e acolá – qual um relógio parado que acerta a hora duas vezes ao dia –, no seu conjunto considerado, o ativismo judicial acelera processos sócio-econômico-culturais ainda não suficientemente maduros, subverte (substituindo pela judicial) a racionalidade própria da governança nas políticas públicas e, ao fim e ao cabo, promove desarranjo no seu complexo ciclo de formação de agenda, tomada de decisão, elaboração, execução e avaliação.

Na seara das ações civis públicas, a tese e as razões de decidir do Tema nº 698, do STF, de outubro de 2023, têm sido a mais importante referência. Nesse caso, o STF, ao analisar a possibilidade de intervenção judicial em política pública, à luz dos art. 2º e 196, da CF/88 (RE 684612), fixou a seguinte tese:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.
2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.

3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

Nota-se clara intenção da Corte Suprema, partindo de caso concreto de ativismo judicial, em fixar balizas gerais, e força vinculante, com a finalidade de evitar repetição futura.

Neste sentido, colhe-se do voto o Ministro Alexandre de Moraes, o reconhecimento da inconstitucionalidade de intervenção judicial relativamente ao conteúdo programático da Constituição, por violação à separação de poderes, exatamente como sustentamos no tópico 2 deste trabalho:

Em suma, ao impor uma determinada conduta à Administração Pública, **a correição do ato judicial se notabiliza por respeitar o conteúdo programático da República Federativa do Brasil, previamente definido na Constituição Federal de 1988**, bem como por não intervir no programa de governo estabelecido pelo gestor da *res publica*, responsável pela gerência do erário e estipular as diretrizes governamentais, essas revestidas de discricionariedade, pautadas pela conveniência e oportunidade administrativa, características insindicáveis do ato (RE 475.954-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 9/9/2013; e RE 480.107-AgR, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de 27/3/2009).

A convivência harmônica dos poderes republicanos é mantida em demandas nas quais os aparentes conflitos são marcados pela atividade judicial excepcional, emergencial e tópica, com vistas a garantir o gozo de direitos de estatura constitucional.

A seu turno, o Ministro Roberto Barroso, relator para acórdão do Tema nº 698, estabeleceu cinco premissas que devem nortear a atuação judicial na temática em testilha, que podem ser sintetizadas no *(i)* dever de comprovar a inexistência ou deficiência grave da política pública, *(ii)* a possibilidade de universalização da medida pleiteada, *(iii)* indicação de fim, respeitando a competência, *(iv)* expertise e capacidade institucional da Administração Pública para escolher os meios de execução e, *(v)* abertura à participação processual de terceiros, que possam colaborar para a melhor solução do conflito.

Em complemento, o Ministro Barroso nos brindou com uma joia do seu gênio argumentativo e capacidade de síntese, que tem servido à compreensão da dimensão e complexidade do desafio que é a efetiva implementação de direitos prestacionais, consideradas as contingências da realidade sócio-econômica-cultural, como fatores que condicionam a proteção, a dimensão de conteúdo material e a própria existência dos direitos fundamentais objeto de normas programáticas. Na hipótese, tratou-se do direito à saúde, mas as razões de decidir se aplicam igualmente a qualquer direito social. Veja-se:

Em arremate desta breve introdução, cabe enfrentar a ideia, que acabou se tornando verdadeiro senso comum, de que o Poder Judiciário, quando se depara com casos nos quais se discutem certas questões do direito à saúde – e.g. fornecimento de certo medicamento ou custeio de um tratamento para a parte –, faria uma ponderação entre o direito à vida e à saúde, de um lado, e princípios orçamentários, separação de poderes e reserva do possível, do outro lado. Isso, todavia, não é verdade. **O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.** (destaquei).

Mais recentemente, em setembro de 2024, o STF fixou a tese no Tema 1234, e cuidou de confirmar sua força obrigatória por meio da Súmula Vinculante nº 60, quiçá calejado pelo grau de virulência do ativismo judicial brasileiro, que, não raro, afronta comandos com força normativa da cúpula do próprio Poder.

No Tema nº 1234, além o STF cuidou de assentar que as pactuações realizadas pelos três entes da federação - no exercício de sua competência para definir as atribuições de cada qual no âmbito da política pública de saúde -, devem ser respeitadas pelo Judiciário, deve-se destacar a blindagem que se reconheceu ao mérito da decisão administrativa pela não incorporação de determinado medicamento ao SUS, vedando explicitamente a sua invasão pelo poder judiciário, salvo com fundamento da teoria dos motivos determinantes. Relator, o Min. Gilmar Mendes, assim decidiu:

4.1) No exercício do controle de legalidade, o Poder Judiciário não pode substituir a vontade do administrador, mas tão somente verificar se o ato administrativo específico daquele caso concreto está em conformidade com as balizas presentes na Constituição Federal, na legislação de regência e na política pública no SUS.

4.2) A análise jurisdicional do ato administrativo que indefere o fornecimento de medicamento não incorporado restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato de não incorporação e do ato administrativo questionado, à luz do controle de legalidade e da teoria dos motivos determinantes, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvada a cognição do ato administrativo discricionário, o qual se vincula à existência, à veracidade e à legitimidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos.

Nos parece inédita a expressa previsão de nulidade da decisão judicial que invalidar decisão administrativa, ressalvada a legalidade formal do ato ou, no mérito, limitada à verificação da existência, veracidade e legitimidade dos motivos que serviram de fundamento ao ato discricionário.

A seu turno, prolatado em novembro de 2024, com expressa menção de integração com o Tema 1234, fixou-se tese no Tema 6 do STF, de relatoria do Min. Barroso, de cujo voto destacamos o que se apontou como razões de decidir:

III. RAZÕES DE DECIDIR 6. Extrai-se dos debates durante o julgamento que a concessão judicial de medicamentos deve se limitar a casos excepcionais. Três premissas principais justificam essa conclusão:

6.1. Escassez de recursos e eficiência das políticas públicas. Como os recursos públicos são limitados, é necessário estabelecer políticas e parâmetros aplicáveis a todas as pessoas, sendo inviável ao poder público fornecer todos os medicamentos solicitados. A judicialização excessiva gera grande prejuízo para as políticas públicas de saúde, comprometendo a organização, a eficiência e a sustentabilidade do SUS.

6.2. Igualdade no acesso à saúde. A concessão de medicamentos por decisão judicial beneficia os litigantes individuais, mas produz efeitos sistêmicos que prejudicam a maioria da população que depende do SUS, de modo a afetar o princípio da universalidade e da igualdade no acesso à saúde.

6.3. Respeito à expertise técnica e medicina baseada em evidências. O Poder Judiciário deve ser autocontido e deferente às análises dos órgãos técnicos, como a Conitec, que possuem expertise para tomar decisões sobre a eficácia, segurança e custo-efetividade de um medicamento. A concessão judicial de medicamentos deve estar apoiada em avaliações técnicas à luz da medicina baseada em evidências.

Os trechos dos paradigmas vinculantes acima colacionados, consubstanciam notável mudança na jurisprudência do STF, e que vão num sentido de contenção do ímpeto ativista do judiciário, violador da separação de poderes, muito presente em ações civis públicas.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal demorou pelo menos duas décadas para compreender que o Poder Judiciário estava extrapolando os limites constitucionais de sua atuação, e finalmente dar início a interpretação limitadora dessa atuação, estabelecendo balizas mínimas, como destacados dos Temas de Repercussão Geral acima mencionados.

Deste modo, cabe à advocacia pública, por agora, testar e explorar a mais recente tendência jurisprudencial do STF, ao invés de ceder à tentação de impor limites ao ativismo judicial por meio da regulamentação de um processo estrutural, que só servirá para abortar prematuramente o debate acerca da constitucionalidade de decisões judiciais que impõem uma atuação estatal concreta, no âmbito de direitos previstos em normas programáticas.

O argumento de que a regulamentação trará limites não para de pé se confrontado com dados empíricos do ativismo judicial, que, com acima apontado, amiúde desrespeita paradigmas vinculantes do próprio judiciário.

O empenho de setores do sistema de justiça, pela aprovação da lei do processo estrutural, nos parece mais uma estratégia para renovar o fôlego do intervencionismo indevido, justamente agora que o STF aponta sua jurisprudência para a direção correta.

5. Do processo estrutural no Brasil e a inconstitucionalidade do seu principal fundamento – Da disputa institucional pelas competências constitucionais

Conhecido como a origem do processo estrutural, nos Estados Unidos, à época da luta pelos direitos civis da população negra, o caso "*Brown v. Board of Education*" (1954), tratou da segregação racial em escolas públicas.

Como se vê, a partir de um caso que demandava simples retirada de proibição para que a população negra frequentasse as mesmas escolas que os brancos, de um salto, chegamos no Brasil a uma ideia de processo estrutural se que se pretende como solução ou remédio para lidar com situações em que políticas públicas são insuficientes para assegurar determinados direitos, a exigir, supostamente, intervenções judiciais mais amplas e coordenadas, possibilitando que o Judiciário

imponha ao Executivo uma série de ações que entende necessárias para resolver o que se convencionou chamar de *estado de coisas inconstitucional*.

O salto foi grande, seja pela natureza da intervenção promovida no caso estadunidense – que não importava em providências de atuação estatal –, como também por se tratar de um precedente advindo de um sistema jurídico baseado na *common law*, no qual os limites e as finalidades da decisão judicial guardam relevantes diferenças para com o regime jurídico brasileiro, de base romano-germânica.

Neste passo, muito longe de querer esgotar esse tema, dadas as limitações do presente trabalho, sobreleva asseverar que o conceito de *estado de inconstitucional* - que marca os paradigmas nacionais frequentemente apontados como exemplos de processos estruturais, ou processos que visam dar solução a problemas estruturantes (ADPF 347/DF-sistema prisional; ADPF-635/RJ-repressão ao crime nas favelas; e ADPF 760/DF-política ambiental e desmatamento) -, tem sido apontado como violador do princípio da separação de poderes, ao passo que permite a transferência da **governança** de políticas públicas, do Executivo para o Judiciário.

Encontramos respaldo, para sobredita afirmação, em considerações feitas por abalizados constitucionalistas, como os professores, titular e emérito, da Faculdade de Direito da USP, Elival da Sila Ramos - em palestra proferida no seminário “Ativismo Judicial e Análise Econômica do Direito”⁹, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tanto em artigo publicado no Consultor Jurídico,¹⁰ como em palestra proferida no dia 03/07/2025, no XIII Fórum Jurídico de Lisboa¹¹, na qual afirmou que o julgamento de “*estado de coisas inconstitucional*” – instrumento pelo qual o STF reconhece que um conjunto de normas, omissões e práticas governamentais viola direitos fundamentais – “*é flagrantemente uma invasão da separação de poderes*”. Segundo matéria publicada no periódico Gazeta do Povo¹²

Ferreira Filho criticou a prerrogativa de partidos com um único deputado federal de recorrer ao STF alegando estado de coisas inconstitucional.

"Aí cria-se a tentação, uma tentação óbvia, o partido propõe alguma coisa, aquilo não é aprovado, ele entra com uma ação e sabe-se lá, se a tese for muito avançada, é possível que

⁹ <https://www.youtube.com/live/tIcjW7c0xQQ> Acesso em 13/07/2025.

¹⁰ [A supremacia da Constituição é exigência da própria democracia](#) Acesso em 13/07/2025.

¹¹ <https://www.youtube.com/watch?v=a5CeAex7qzQ>. Acesso em 14/07/2025.

¹² <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/jurista-denuncia-ativismo-judicial-no-palco-do-gilmarpalooza/> Acesso em 13/07/2025.

ele consiga que seja defendido a repressão a um estado de coisas inconstitucional. **O julgamento de estado de coisas inconstitucional é flagrantemente uma invasão da separação de poderes", afirma.**

Deveras, ao se declarar inconstitucional um conjunto de normas, ações e omissões governamentais, ou seja, uma realidade fática complexa, em relação à qual sequer se é possível obter compreensão plausível sobre suas causas e concausas, abre-se uma avenida pela qual se transfere ao Poder Judiciário avocar para si decisões que a Constituição delega ao Executivo, sem sequer estar institucionalmente aparelhado e capacitado para isso.

Tal concepção (estado de coisas inconstitucional) parece ignorar a clássica lição de Miguel Reale, em sua Teoria Tridimensional do Direito, segundo a qual o fenômeno jurídico é composto por três elementos – fato, valor e norma -, que se inter-relacionam de maneira dinâmica, de sorte que os fatos (estado de coisas) influenciam o direito, não apenas no seu aspecto formal, no processo de na produção legislativa, mas também da compreensão da norma – que não se confunde com a regra -, e, por conseguinte, do seu conteúdo material e concreto, que, ademais, é variável, no tempo.

Outrossim, tanto a doutrina citada, quanto o STF, nos precedentes já invocados, vem reconhecendo a falta de capacidade técnica do Poder Judiciário para se arvorar nas competências da Administração Pública. Tanto assim, que o STF se viu obrigado a criar um núcleo especializado, composto por profissionais das mais diversas áreas, com ênfase em política pública, para ter mínimas condições de acompanhar, em nível técnico, as discussões que estão sendo propostas no âmbito das denominadas ações estruturantes, de sua competência. Trata-se do Núcleo de Processos Estruturais Complexos-NUPEC.¹³

Agora, imagine você, leitor, uma vez regulamentado o processo estrutural como proposto no PL nº 3/2025, que prevê competência das milhares de varas comuns, mistas, etc, qual será a estrutura institucional existente para julgar a profusão de processos estruturais que com absoluta certeza se espalharão pelo país, dado larga abertura conceitual do tema, aliada ao ativismo judicial que marca nosso sistema de justiça.

O que antevemos, com a aprovação do processo estrutural – que abortará prematuramente o ainda necessário debate sobre os limites da intervenção judicial em políticas públicas, justamente

¹³ https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao Acesso em 13/07/2025.

quando o jogo começou a virar em favor da Administração Pública –, é um cenário parecido com o provocado pelo que se convencionou chamar de orçamento secreto¹⁴, que nasceu com a justificativa de permitir ao relator da lei orçamentária a correção de falhas técnicas na elaboração do orçamento, mas que acabou evoluindo de um montante de 6,1 bilhões de reais no ano de 2015, para 49,2 bilhões em 2024. Tal situação tem sido apontada como verdadeira captura da capacidade governança do Poder Executivo porquanto lhe retira a competência de decidir como alocar boa parte das verbas orçamentárias não vinculadas, justamente aquelas que lhe permitiriam desenvolver o programa de governo para o qual foi eleito.

Assim, sem exageros, temos que a regulamentação do processo estrutural tem potencial de retirar grande parte da competência decisória do Executivo no âmbito da execução de políticas públicas, dificultando a boa governança.

O processo estrutural a nosso ver é, antes, um projeto de disputa por poder institucional - ainda que decorrente de legítimo interesse dessas instituições pela disputa de competências e atribuições, por inúmeras razões que não cabem ser aqui tratadas -, do que propriamente um instrumento que será remédio para problemas estruturantes relacionados à fruição de direitos fundamentais.

O viés de projeção institucional, pode ser constatado pelo quanto disposto no inciso II, do art. 9, do PL nº 03/2025,¹⁵ que prevê a criação de mecanismos e índices próprios para medir e reconhecer a complexidade e o trabalho adicional desenvolvidos em processos estruturais, apenas para magistrados e membros do ministério público, deixando de fora outras instituições, como a advocacia pública, a defensoria, as associações civis legitimadas para propositura de ações civis públicas, os próprios entes federativos. Veja-se:

Art. 13. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público criarão:
[...]

II - mecanismos e índices próprios para a avaliação da atividade prestada por magistrados e membros do Ministério Público em processos estruturais, de modo a reconhecer a complexidade e o trabalho adicional que eles representam.

¹⁴ <https://www.congressoemfoco.com.br/noticia/20180/entenda-o-que-e-o-orcamento-secreto-e-porque-e-criticado>
Acesso em 13/07/2025.

¹⁵ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9889348&ts=1742333070031&disposition=inline>. Acesso em 13/07/2025.

A intenção de, ao fim e ao cabo, disputar a competência do Poder Executivo pela governança das políticas públicas, se revela, ademais, na comparação do projeto encaminhado em relatório final da Comissão de Juristas ao Senado Federal (disponível em <https://portal.jota.info/wp-content/uploads/2024/09/relatorio-preliminar-cjprestr.pdf>), com o projeto de lei nº 03/2025, apresentado pelo Senador Rodrigo Pacheco, que já incorporou melhorias pontuais àquela versão original.

Começando pela composição da Comissão de Juristas que assina o relatório final enviado ao Senado, na qual se verifica a presença apenas de representantes do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Ainda na versão da referida comissão, o artigo 1º dava genérica a abstrata definição do problema estrutural, desprezando inclusive marcos teóricos fixados pela doutrina e pelo próprio STF, quanto ao tema. O anteprojeto se limitou a definir que o objeto do processo estrutural sendo o “conflito coletivo de significativa abrangência social”, prevendo, para sua definição, que se levasse em conta a “natureza dos direitos envolvidos”. Evidentemente, quanto maior o grau de abstração do conceito, maior o espaço de atuação do intérprete, o que tem servido de impulsionador do ativismo judicial.

Todavia, o PL nº 3/2025 já foi apresentado com a incorporação, no referido artigo 1º, de diversos parâmetros para melhor definição do problema estrutural, de modo a reduzir, de alguma forma, a subjetividade do intérprete, ao incorporar conceitos até aqui estabelecidos pela doutrina e jurisprudência. Veja-se em quadro comparativo:

Anteprojeto da Comissão de Juristas	PL nº 03/2025
<p>Art. 1º Esta lei disciplina o processo estrutural, assim entendido aquele que tem como objeto um conflito coletivo de significativa abrangência social, cuja resolução adequada depende de providências prospectivas, graduais e duradouras. [...] Art. 4º [...]</p>	<p>Art. 1º Esta lei disciplina as ações civis públicas destinadas a lidar com problemas estruturais. § 1º Os problemas estruturais são aqueles que não permitem solução adequada pelas técnicas tradicionais do processo comum, individual ou coletivo, e que se caracterizam por elementos como: I - multipolaridade; II - impacto social;</p>

<p>§ 6º Para reconhecer o caráter estrutural do litígio, o juiz, na decisão, levará em conta, entre outros elementos, a abrangência social do conflito, a natureza dos direitos envolvidos, as informações técnicas disponíveis, a potencial efetividade e os limites e dificuldades da solução estrutural, assim como todos os fundamentos e argumentos apresentados pelas partes.</p>	<p>III - prospectividade; IV - natureza incrementada e duradoura das intervenções necessárias; V - complexidade; VI - existência de situação grave de contínua e permanente irregularidade, por ação ou omissão; e VII - intervenção no modo de atuação de instituição pública ou privada.</p>
---	--

Outro ponto que nos chamou a atenção, e vai de encontro com a sempre propagada intenção dialógica dos defensores do projeto em questão, foi a previsão, no anteprojeto da comissão de juristas, de que somente caberia agravo de instrumento da decisão que rejeitasse o caráter estrutural do processo:

§ 7º Da decisão que rejeitar o caráter estrutural do litígio e determinar o prosseguimento do processo caberá agravo de instrumento.

Felizmente o dispositivo acima foi retirado do texto do PL nº 3/2025.

Todavia, causa espanto verificar que a comissão de juristas responsável pelo anteprojeto de lei em comento, tenha pretendido retirar do ente público o direito de recorrer da decisão que reconhece o caráter estrutural do problema indicado na petição inicial, enquanto previa expressamente o cabimento de recurso, na situação oposta.

Por todo o exposto, pensamos que a proposta de regulamentação de processo estrutural não deve ir adiante, sendo o momento de se testar e explorar o novo viés jurisprudencial do STF, que aponta por impor limites à intervenção judicial em políticas públicas, prestigiando a separação de poderes e prestando deferência à capacidade e expertise institucionais do Poder Público.

Todavia, caso não seja possível evitar a regulamentação do processo estrutural, cumpre atuar, ainda na fase legislativa, para melhorar o quanto possível a versão final do texto.

6. Do PL nº 3/2025 – Necessidade de aperfeiçoamento

A advocacia pública, enquanto representante dos entes da federação, do interesse público, em especial atuação na defesa das políticas públicas governamentais, o que engloba a sua proteção legal, deve se organizar para estudar o texto do PL nº 3/2025, do Senado Federal, propondo melhorias ainda na fase legislativa.

De forma embrionária, numa análise perfunctória, sugere-se que:

Um ponto, seria limitar a decisão judicial a determinações de ordem qualitativas – não quantitativas - nas políticas públicas, desde que, fundamentadamente, apontem equívoco na sua execução. Determinações que impliquem incremento de alocações orçamentárias ficam vedadas, porquanto estar-se-ia incursionando na seara do complexo conjunto de condições econômicas, sociais e culturais (*pressupostos de direitos fundamentais*), existentes. Nesse passo, o STF já reconheceu a limitação de recursos materiais para a implementação imediata de todos os direitos fundamentais prestacionais, dado que a questão orçamentária transpassa todas as políticas públicas, não cabendo ao Poder Judiciário definir qual delas, em que medida e momento, será priorizada.

Um segundo ponto, seria propor previsão expressa de que sempre que qualquer ente da federação, de alguma forma – financiamento, planejamento, execução ou outra -, esteja envolvido na política pública objeto da ação estrutural, necessariamente deverá compor o polo passivo da ação. Demais disso, que as ações que envolvam estado membro, correrão na capital. Nas que envolvam a união e mais de um estado membro, correrão na capital federal, sempre em vara especializada.

A faculdade do §2º, do art. 13, segundo a qual “*Os tribunais poderão estabelecer órgão de acompanhamento e apoio ao juiz na condução do processo estrutural.*”, será imperativa, não se admitindo processo estrutural até sua adequada estruturação.

Estes são apenas alguns pontos em relação aos quais entendemos haver necessidade de aprimoramento, numa análise ainda perfunctória, do PL nº 3/2025, que não dispensa a constituição de grupo de estudos para debate e análise bem mais aprofundada dos inúmeros aspectos da complexa tarefa de se criar um procedimento que sirva, em alguma medida, como remédio, e não veneno, quando, a pretexto de aumentar a fruição de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, acabe por subverter a racionalidade dos programas de ação governamental e, ao fim e ao cabo, suprimindo do Poder Executivo sua governança, tragam mais problemas do que soluções.

7. Conclusão

Verifica-se, como se expôs ao longo dos tópicos anteriores, que a ideia de estado de *coisas inconstitucional*, que tem servido de fundamento à defesa da regulamentação do denominado processo estrutural, é *flagrantemente uma invasão da separação de poderes*, bem como que o Poder Judiciário brasileiro apresenta destacado traço de ativismo judicial, o qual tende a ser ainda mais acentuado em caso de aprovação da lei instrumental do processo estrutural.

Observamos que o Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência mais recente, promoveu uma virada hermenêutica que aponta para uma maior proteção das competências constitucionais, à luz do princípio da separação de poderes e da deferência às capacidades institucionais, consubstanciadas nos Temas de Repercussão Geral nº 698, 6 e 1234, e nas Súmulas Vinculantes nº 60 e 61.

Defendeu-se, enfim, que os movimentos institucionais de determinados setores do sistema de justiça, pela aprovação do projeto de lei que regulamenta o processo estrutural, consiste mais em disputa pelas competências e poderes constitucionais, do que uma solução para o que se consideram problemas estruturais, mesmo de utilizado com razoabilidade (o que não se espera), porquanto fundamentalmente violador da separação de poderes.

Os problemas estruturais, entendidos como um conjunto de ações que deveriam ser promovidas pelo Poder Público, necessárias à garantia de fruição de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, atinam com um conjunto de condições econômicas, sociais e culturais, que são, a bem da verdade, contingências à atuação estatal, e que, certamente, não serão melhor solucionadas pelo Judiciário, menos capacitado para tal função, do que o Poder Executivo, de quem, pelo processo estrutural, será suprimida a governança das ações e programas governamentais.

Em conclusão, o tempo é de experimentar os precedentes vinculantes dos Temas 698, 6 e 1234 e não de apoiar projeto de regulamentação do processo estrutural, pena de retrocesso.

8. Proposição.

Propõe-se que a ANAPE crie grupo de estudos sobre o processo estrutural, com vistas a definir um posicionamento favorável ou contrário a referida regulamentação, bem como, em qualquer caso, para formulação de propostas atuação no processo legislativo obstaculização ou para melhoria do projeto de lei nº 3/2025, do Senado Federal.

Bibliografia

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Estrutural**. São Paulo: RT, 2025.

RAMOS, Elival da Silva. **ATIVISMO JUDICIAL, Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2018.