

Tribunais e litígios estruturais

(uma abordagem transnacional a partir do caso AIMA)

Edilson Vitorelli, Desembargador Federal. Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor visitante nas Universidades de Stanford (EUA), Sydney (Austrália) e Münster (Alemanha). Pós-doutorado pela Universidade Federal da Bahia. Doutor pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Elizabeth Fernandez, Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutora em Direito. Advogada.

Sumário: 1. Os litígios estruturais: caracterização. 2. Apresentação do caso AIMA e abordagem dos tribunais portugueses. 3. Uma outra abordagem: o processo estrutural. 4. Principais obstáculos à intervenção estruturante dos tribunais, nomeadamente em políticas públicas e a necessidade de ultrapassar os obstáculos. 5. Modo de adjudicação de uma decisão estrutural: um outro modelo completamente diferente do modelo clássico de adjudicação, talvez mesmo sem adjudicação. 6. De regresso ao caso AIMA. 7. Em jeito de conclusão: O fortalecimento dos tribunais.

1. Os litígios estruturais: caracterização

O litígio estrutural é a existência de um estado de desconformidade¹ que se pode

¹ Didier, Fredie/Zaneti, Hermes/Oliveira, Rafael Alexandria, «Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao processo civil brasileiro», Revista de Processo, vol. 303/2020, maio 2020, págs. 45-81,

materializar *numa situação de ilicitude permanente e contínua* ou *numa situação de desconformidade não necessariamente ilícita*, mas que não é o estado de coisas considerado como ideal, em determinado contexto. Dito de outro modo, o problema estrutural é um estado de coisas que necessita de reorganização². Duas ideias a reter, portanto. Primeira: os estados de desconformidade ou práticas reiteradas ilícitas ou lícitas desconformes com o estado ideal de coisas exigido não se desenvolvem seletivamente, apenas no espaço público regulado pelas regras de direito público, mas também emergem no espaço regulado pelo direito privado. Segunda: um conflito estrutural não corresponde, necessariamente, à verificação de uma ilicitude e, mesmo quando coincide com uma situação de ilicitude, não se confunde com a mesma, nem se esgota nela.

Os litígios estruturais produzem, por via de regra, um número variável de litígios individuais. Perante isto, obviamente que a primeira tendência do indivíduo é recorrer ao tribunal, postulando uma pretensão individual contra o organismo público ou privado que é responsável pela violação do interesse ou do direito subjetivo, ainda que esta situação tenha origem numa falta ou perda de estrutura de uma dada organização e não seja caso isolado ou facilmente determinável em destinatários. Em outras palavras, instala-se um verdadeiro “salve-se quem puder”. Quem tem acesso à justiça (que, sabemos, não são todos e, provavelmente, não são muitos) busca a solução para o seu caso, independentemente das demais pessoas afetadas e das causas sistêmicas do conflito.

consideraram ser natural que, partindo do histórico sobre o assunto, pretenda-se vincular a noção de processo estrutural aos casos em que se discutem questões altamente complexas, relativas a direitos fundamentais e que se busca interferir na estrutura de entes ou instituições ou em políticas públicas. Contudo, concluem que a verdade é que embora seja esse o ambiente em que se pode colher o maior número de exemplos de processos estruturais, a noção de processo estrutural pode ser destacada dessas características, pois, o conceito de processo estrutural pressupõe o conceito-chave de problema estrutural. No mesmo sentido, Vitorelli, Edilson, «Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças», Revista de Processo, vol. 284/2018, p. 333 – 369, Out/2018, é um equívoco associar a reforma estrutural apenas a instituições públicas. Apesar de elas serem os réus mais comuns, instituições privadas podem perfeitamente demandar alterações estruturais para que resultados sociais desejáveis sejam produzidos. No mundo contemporâneo, estruturas particulares são tão ou mais importantes para a vida dos cidadãos que os próprios Estados nacionais e, por isso, podem representar ameaças ainda maiores às liberdades dos cidadãos. Amplamente, ver Vitorelli, Edilson. Processo Civil Estrutural: teoria e prática. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2024.

² Como por diversas vezes essa perda ou falta de estrutura diz respeito à não realização de direitos fundamentais quer por entes públicos, quer por entes privados, sendo este estado de coisas em alguns países, designadamente no Brasil e em alguns estados da Latinoamérica é designado por *estado de coisas inconstitucional*.

Claro que, se há mais do que um afetado individual por causa daquela situação, isto é, se existem vários direitos subjetivos homogêneos cuja violação decorre diretamente da mesma, a tutela de tais direitos, também pode ser coletivizada mediante vários mecanismos processuais que vão desde o litisconsórcio - mesmo que multitudinário - à ação coletiva ou *class action*. Dir-se-á que, nestas situações, o tribunal dispensará a tutela judicial requerida àqueles que a ele recorrem ou aqueles que estes legitimamente representam, em termos coletivos. Nesse caso, ainda que o tribunal não trate a causa daqueles conflitos individuais e de causa comum, as decisões proferidas nestes processos poderiam ter como efeito a necessidade de reestruturação do estado de coisas que conduziu ao ajuizamento das ações, estendendo, de alguma forma, o efeito da decisão ou das decisões adjudicadas naqueles processos a outros sujeitos que não requereram qualquer tutela judicial e que já foram ou poderiam vir a ser alvo das mesmas violações. Dito de outra forma: o demandado de tais ações poderá sempre orientar o seu comportamento futuro no sentido da reestruturação da situação que está por detrás do problema individual resolvido e de outros iguais que dela decorrem.

Esta visão benigna das coisas é possível, mas a maior parte das vezes não é de todo provável. Primeiro, não decorre de qualquer vinculação ou efeito da sentença adjudicada, a qual, segundo os cânones do processo clássico, apenas vincula as partes envolvidas do lado ativo e do lado passivo e uma por referência à outra e ao concreto objeto do processo. Logo, essa alteração seria decorrente de um comportamento espontâneo do demandado e, se ele tivesse tal disposição, já o teria feito. Em segundo lugar, muitas vezes - como no caso em que analisaremos - o réu não tem condições de atender a todos. Assim, o seu melhor comportamento estratégico é atender apenas aqueles que demandam em juízo, evitando sanções por desobediência, mas piorando ainda mais a situação de quem não litigar, que será ultrapassado nessa fila de espera.

Como se percebe, a adequação da tutela judicial começa a ficar comprometida quando o problema que está na base do processo individual ou coletivo postulado para resolução é policêntrico ou multipolar. E os problemas estruturais, como *supra* foram descritos, quer sejam públicos ou privados, quer decorram de práticas ilícitas ou mesmo lícitas, são, quase sempre, litígios policêntricos, escapando à mera bipolaridade.

O conceito de policentrismo ou multipolaridade foi desenvolvido por CHAYES e por FULLER ainda na década de 70/80 do século passado³. Um problema policêntrico é aquele que implica uma rede de relações interconectadas entre si, de modo tal, que a operação de uma mudança numa delas estabelece ou produz mudanças noutras relações a esta conectada. Se o problema é policêntrico⁴, isso significa que existem vários centros de interesse conectados entre si, sendo que a tensão que se faz sobre um desses centros de interesse causa impacto noutra. Daí que exercer tensão num ramo da teia da aranha causa impacto e tensão nos restantes ramos, que podem, inclusive, romper-se.

Tal significa que se o juiz intervém num litígio apresentado em termos clássicos entre A e B ou entre A representando uma classe ou um grupo e B, adjudicando uma decisão, arrisca-se a produzir efeitos indesejáveis e incontrolláveis noutras relações, cujos sujeitos não postularam qualquer pedido à jurisdição e não foram sequer representados por quem pediu a tutela jurisdicional.

A questão que se coloca é, então, a seguinte: sendo a questão policêntrica, ou seja, quando um tribunal reconhece que a solução individual de uma dada questão tem efeitos noutras partes de interesse, que não são partes no processo e que nem sequer estão devidamente representados no mesmo como classe ou grupo, pode abster-se de julgar a mesma? Ou deve julgá-la tomando em consideração esses interesses concorrentes? E, nesse caso, pode transformar o processo individual num processo coletivo, de modo a decidir o litígio individual por forma a não permitir tensões inadmissíveis noutras partes, sem que estas tenham tido possibilidade de exercer o seu contraditório?

³ Fuller, L. (1978-1979) «The Forms and Limits of Adjudication», 92, Harvard Law Review p. 353 e Chayes, A. (1976) The Role of the Judge in Public Law Litigation. 89 Harvard Law Review, p. 1281, o qual define caso bipolar por contraposição aos de direito público e que, em bom rigor, coincidem com os que Fuller denomina como policêntricos. A conceptualização e policentrismo ficou muito conhecida a partir das impressivas metáforas de Fuller, mais precisamente a da teia da aranha e a da ponte. Mas convém não esquecer que, para Fuller, estes casos estão fora da jurisdição constituindo casos não justiciáveis, isto é, que não podem ser apreciados em tribunal, precisamente por serem policêntricos.

⁴ Vitorelli, Edilson, «A resolução estrutural de litígios: uma nova fase do processo civil coletivo brasileiro», *Ius Dictum* nº 9, maio-novembro de 2023, pág. 33 define litígio estrutural como um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência não de um ato isolado no tempo, mas do funcionamento de uma estrutura (entendida como instituição, política ou programa) pública ou privada, do qual deriva um padrão reiterado de violações a direitos, que cria, fomenta ou viabiliza o conflito. O litígio estrutural afeta uma sociedade irradiada de pessoas, com elevada complexidade e conflituosidade, as quais decorrem dos distintos modos como os subgrupos sociais se relacionam com a estrutura. É por isso que os litígios estruturais são policêntricos e não se enquadram adequadamente no esquema processual tradicional.

Questionado de outra forma: a adjudicação de uma decisão individual favorável para o demandante é, ainda, o resultado de um modelo de adjudicação equitativo se o decisor sabe que essa decisão vai ter um impacto negativo noutros sujeitos ali não representados, por via do problema em solução ser estrutural e, portanto, policêntrico?

A decisão de processos de interesse público está sempre muito ligada à ideia de ativismo judiciário. Como haveremos de ver, é frequente obstaculizar a possibilidade de decisão estrutural ou, se se preferir, a solução do problema no seu conjunto (e na sua causa), com a ideia de que tal não compete aos tribunais ou à jurisdição, pelo que, quando apesar disso, assim o fazem, os juízes estão a ser ativistas, invadindo esferas de poder que não lhe foram atribuídas e para as quais, de resto, nem sequer têm *skills* suficientes e adequadas⁵.

Mas a pergunta que se impõe é a seguinte: se um tribunal, perante um litígio individual cuja resolução lhe é requerida, detetando que a solução individual do caso concreto (que conduziria à procedência da ação judicial individual intentada) pode criar tensão em relações jurídicas idênticas que não foram submetidas a tribunal para solução, decide, apesar disso, dispensar essa tutela individual, sem mais, não tem uma atuação ativista? Pode um tribunal causar efeitos em terceiros mediante uma decisão proferida num processo individual, piorando, designadamente, a posição desses terceiros nas relações jurídicas de que são titulares? Se a situação policêntrica está – como alguns defendem, pelo menos quando ocupam o espaço público - fora o âmbito da jurisdição, haverá casos em que o tribunal, verificada a mesma, poderá estar legitimado a não

⁵ Vitorelli, (nota 6), pág. 27, segundo o qual *a maior atenção à natureza estrutural de certos litígios fez com que os teóricos passassem a chamar a atenção para as soluções ilusórias que usualmente derivam da litigância individual e do processo coletivo tradicional. Especialmente no universo da implementação de direitos sociais, percebeu-se que ordens judiciais que determinam o atendimento à pretensão, ainda que fundada, de um indivíduo, ignoram a multidão silenciosa de pessoas que, embora estejam na mesma situação, não ingressam em juízo, seja por falta de informação, condição financeira etc. O tratamento coletivo dessas controvérsias também não se mostrou mais virtuoso, uma vez que o processo termina com uma ordem judicial de natureza condenatória, que determina o fornecimento imediato de uma prestação a centenas ou milhares de pessoas, o que, não raro, é inexequível. Por essa razão, os estudiosos brasileiros viram-se na contingência de buscar soluções para além tanto do processo individual, quanto do processo coletivo tradicional, como praticados nos últimos trinta anos. O processo estrutural tem sido essa solução, alcançando cada vez maior adesão dos tribunais.*

dispensar uma dose de tutela individual?⁶ Tal solução será admissível neste caso limite?⁷ Ou seria preferível, como defendeu CHAYES, permitir o tratamento do litígio estrutural em tribunal de modo a permitir, também, a solução do litígio individual? E, nesse caso, o litígio colocado sob a forma individual deveria passar a seguir uma forma coletiva – e, para além de coletiva, estrutural – para poder habilitar uma decisão que abranja todos os envolvidos?

Note-se que essa é uma pergunta bem mais do que hipotética. Se os sujeitos titulares dos direitos (supostamente) individuais só podem ter suas pretensões atendidas por uma instituição que serve, simultaneamente, a todos, então, outorgar a um deles a tutela individual significa direcionar a capacidade da instituição, que é finita, em benefício daquele indivíduo e, *ipso facto*, em detrimento dos demais.

O texto visa começar a dar pistas para refletir sobre estas pertinentes e contundentes questões, partindo, em especial, da experiência do direito brasileiro no tema, complementada pela atividade jurisdicional de outras paragens jurídicas como a Argentina, a Colômbia, a África do Sul ou a Índia. O objetivo é clara e confessadamente o de, a partir do exemplo concreto do funcionamento da Agência para a Integração Migrações e Asilo - AIMA e do elevadíssimo número de processos individuais gerados por causa do deficiente funcionamento deste organismo da administração pública portuguesa, produzir uma reflexão sobre esta conflitualidade policêntrica que desafia tudo aquilo que sabemos sobre o funcionamento do modelo de adjudicação.

⁶ Puga, Mariela, La legitimidad de las intervenciones judiciales estructurales, *Estado de derecho y legitimidad democrática (Editores del Sur)*, 2020. Como dá conta a autora, *no todos los casos estructurales seran tramitados por vías colectivas que aceptan una representación amplia, y que terminan en decisiones que alcanzan a quienes no participaron como parte del proceso. Casos célebres de nuestra jurisprudencia como Badaro, Bustos, F.A.L o Arriola, por nombrar algunos, fueron casos estructurales (por la forma en que se narró y abordó el conflicto), pero tramitados en procesos tradicionales o individuales. Por lo tanto, la resolución solo alcanzó a las partes que participan en el caso, y no a todos los intereses imbricados en la definición del caso. Los jueces que narran la litis de forma estructural, dan cuenta de intereses imbricados o interdependientes en esa narración, pero sólo remedian la situación de quienes son parte del proceso.*

⁷ Teríamos aqui uma caso latente e justificado de *non liquet*? Ou poderíamos apenas dizer que faltando o aspeto da justiciabilidade da decisão faltaria aqui uma condição de admissibilidade que justificaria ainda fora do conceito de *non liquet* a possibilidade de apreciação da pretensão formulada? Questionado o dever judicial de emanar sempre uma decisão que dirima o conflito, de decidir sempre a causa, Cabral, António do Passo, *Jurisdicção sem decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2024, págs. 231 e segs.

O problema que justifica a oportunidade do texto (por economia, o caso AIMA, que adiante apresentaremos sumariamente) justifica, também, a parceria na escrita do mesmo. Tal problema envolve Portugal e nacionais de outros países, em grande número cidadãos brasileiros, que pretendem residir em Portugal e aqui trabalhar. Por isso, a parceria na escrita da presente reflexão é feliz e oportuna, porque envolve, precisamente, um brasileiro e uma portuguesa. O primeiro, com experiência consolidada no tratamento do tema e, a segunda, apenas preocupada com a insistência acrítica dos tribunais portugueses (e da comunidade jurídica nacional, em geral considerada) na resolução de problemas estruturais⁸ apenas mediante a dispensa de doses atomísticas e individuais de justiça, apesar de tal comprometer a vida de sujeitos que não integram os processos judiciais em que tais decisões são proferidas, contribuindo para a manutenção e, até, para a intensificação do problema estrutural preexistente causador do litígio individual sobre o qual aqueles se tiveram de pronunciar.

2. Apresentação do caso AIMA e abordagem dos tribunais portugueses.

O decreto-lei nº 41/23, de 2 de junho de 2023, procedeu à criação da Agência para a Integração, Migrações e Asilo, I. P. (AIMA), a qual sucede ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) nas suas competências administrativas em matéria de migração e asilo, e ao Alto Comissariado para as Migrações, I. P. A AIMA visava representar um novo posicionamento das políticas públicas migratórias e de gestão da diversidade, tanto no plano nacional como internacional, ao qual não é alheia a complexidade dos fluxos migratórios dos nossos tempos, fazendo da documentação dos cidadãos estrangeiros o primeiro passo do processo de integração de migrações regulares, seguras e ordenadas.

Por via do referido diploma legal, previu-se que a missão de concretização das políticas públicas nacionais e europeias em matéria de migração e asilo, nomeadamente

⁸ Esta desenvolveu o tema dos processos estruturais já em 2 textos, a saber: Teoria das decisões estruturantes: primeira aproximação, Revista *Ius Dictum*, Nº 6, janeiro – abril 2022, AAFDL e A segunda aproximação aos processos estruturais: Fundamentos iniciais para um contencioso de políticas públicas, Revista *Ius Dictum* Nº 9, maio - novembro 2023, AAFDL.

as relativas à entrada e permanência e ao acolhimento e integração de cidadãos estrangeiros em território nacional, passe a ter lugar sob a égide de uma só entidade administrativa, prosseguindo uma abordagem global na gestão das migrações e asilo, o que visava tornar o sistema mais eficiente e mais resistente a futuras pressões migratórias e crises humanitárias.

A AIMA é, pois, um serviço da administração indireta do Estado, com jurisdição e serviços desconcentrados sobre todo o território nacional, garantindo uma relação de proximidade com os cidadãos, assegurando a qualidade e a tempestividade dos serviços prestados ao nível da sua documentação, acolhimento, integração e inclusão.

Esta explicação introdutória consta do texto do diploma legal e são os compromissos do Estado português, designadamente no que diz respeito à missão de concretização das políticas públicas nacionais e europeias em matéria de migração e asilo, em especial as relativas à entrada e permanência e ao acolhimento e integração de cidadãos estrangeiros em território nacional. Ao abrigo deste diploma legal e do diploma regulamentar que estabelecem o regime de entrada permanência saída e afastamento de estrangeiros do território nacional (respetivamente Lei nº 23/2007 de 4 de julho e Diploma Regulamentar nº 4/22 de 30 setembro), os cidadãos estrangeiros, considerados aqui, em particular, os que não pertencem à União Europeia, podem pedir certificado de permanência temporária ou definitiva em Portugal. Esse pedido é apresentado e tramitado pela AIMA e tinha (agora já não tem em virtude de concreta alteração legislativa entretanto ocorrida) como início a manifestação de interesse pelo estrangeiro em causa, manifestação que deve espoletar, por parte da administração, a marcação de uma entrevista ao estrangeiro em causa, com vista perceber se o mesmo tem condições de atribuição de autorização de permanência.

O que sucede é que, neste momento, a AIMA tem cerca de 450.000 pedidos pendentes. Tal sucede, obviamente, devido ao aumento de fluxo migratório para Portugal, mas também da criação da referida agência administrativa a partir do desmantelamento e extinção do serviço predecessor SEF (Serviço de Estrangeiros e Fronteiras) com uma diminuição de pessoal brutal e sem contratação de novos funcionários. Cabe observar que

o serviço prestado pela AIMA é essencial ao migrante, uma vez que da concessão de permanência temporária ou permanente depende a possibilidade de renovar carta de condução, trabalhar, arrendar casa, inscrever filhos em escola pública, ter médico de família, entre outros.

Ora, em reação a esta situação, milhares de estrangeiros deram entrada nos tribunais administrativos do país, mais frequentemente no Tribunal Administrativo Central (TAC) de Lisboa, no qual, por altura da publicação deste texto pendem cerca de 13.000 ações individuais contra a AIMA⁹. O propósito dessas demandas é o de o tribunal se substituir a AIMA na emanação de tais autorizações, o que tem acabado não com a concessão desta pretensão concreta¹⁰, mas antes com os tribunais intimando, em cada caso concreto, a referida agência para iniciar o processo administrativo destinado a conceder tal autorização ou a praticar o ato administrativo devido, convocando, entre o mais, a entrevista procedimental necessária em falta para o efeito, em determinado prazo fixado pelo julgador.

O resultado de tal atuação judicial que atomisticamente concede a tutela intimatória referida é o de que a AIMA ignore todos os outros pedidos que lhe são formulados, relativamente aos quais não foi demandada em intimação judicial. Essa conduta adotada pela agência é previsível, até porque, quando demandada e intimada, está sujeita ao pagamento de sanção compulsória, devida pelo dirigente máximo do serviço (a título pessoal), se não cumprir em tempo.

A consequência é que a situação dos que não demandaram a AIMA em juízo ainda fica pior, mesmo que os seus pedidos administrativos tenham dado entrada em momento anterior, e tenham, portanto, prioridade relativamente aos outros, pois a intimação judicial acabou por introduzir outro critério de prioridade. Nesse contexto, cabe refletir:

⁹ Os dados foram fornecidos para este texto pelo Senhor Administrador do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, a pedido do Presidente do mesmo tribunal, Senhor Desembargador Dr. Antero Salvador, ao quais, desde já, agradecemos terem fornecido os mesmos.

¹⁰ Uma vez que a emanação de autorização de residência não é um ato totalmente vinculado e contém algum espaço de discricionariedade da administração que não pode ser invadido pelo tribunal, e, também, porque mesmo a verificação de alguns pressupostos, depende da verificação de bases de dados internacionais só acessíveis aos serviços administrativos competentes para o efeito.

na população de migrantes, quem tem acesso a informação, advogados e recursos financeiros para buscar o amparo judicial? Não seriam, certamente, os migrantes mais vulneráveis, nem os que têm maior urgência, mas aqueles que estão em situação de menor vulnerabilidade. Os vulneráveis, pobres e sem conhecimento jurídico seguirão esperando, enquanto a AIMA atende aos demandantes judiciais.

Por sua vez, como medida de gestão, e ainda quando os processos contra a AIMA eram muito menor número que a que se verifica atualmente, mas já considerável, o Presidente do TAC Lisboa viu-se forçado a criar, em 2 de fevereiro de 2024¹¹, uma *task force* de 4 juízes, apenas para tramitar os processos pendentes só naquele tribunal, o que significa que estes 4 magistrados deixam de tramitar e decidir outros processos. Isso implica, necessariamente, um atraso na decisão de outros processos judiciais pendentes. A já elevada pendência de que este é alvo, agora amplificada pela chegada diária em massa de processo desta natureza. Por outro lado, e, mais recentemente, em 9 de julho de 2024, mercê do piorar da pendência, o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos - CSTAF e Fiscais deliberou distribuir a todos os juízes da sua jurisdição que se voluntariassem para o efeito, a tramitação e decisão de lotes destes processos no período de férias judiciais¹².

¹¹ Provimento interno nº 1/24, de 2/224 emanado pelo Gabinete do Juiz Desembargador Presidente Dr. António Pires Salvador. Pode ler-se no mesmo: *“estamos em crer que a origem deste crescimento atípico está correlacionada com as alterações legislativas no âmbito das leis de asilo a recente extinção do serviço de estrangeiros e fronteiras (SEF) e da também recente a criação da Agência para Integração Migrações e Asilo IP (AIMA) com sede em Lisboa. Nesta decorrência, de acordo com as normas legais aplicáveis no que se refere à competência territorial o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa é o único a nível nacional territorialmente competente para decidir estes processos, porquanto com extinção do SEF foram todas as suas diversas delegações encerradas ditando a localização destas o tribunal territorialmente competente. (...) Assim, perante esta objetiva realidade, no pretérito dia 12/01/2024, em reunião de todos o Senhores Juízes de Direito do TAC, onde foi discutida esta questão, coloquei a questão de pode ser criada uma “equipa especial” ocasionada para tramitar, decidir estes processos, proposta que teve franca adesão. (...) Deste modo, considerando todo o exposto, urgindo dar melhor resposta às pendências processuais existentes, determino a constituição de uma equipa de 4 juízes para tramitarem exclusivamente processos da sexta espécie processual, Intimações para defesa direitos, liberdades e garantias.”* Este provimento interno foi-nos cedido pelo Senhor Administrador do TAC de Lisboa, ao qual agradecemos.

¹² Por não estar ainda publicada no site oficial, mas nos ter sido cedida partilhámos o texto da deliberação referida: *“Atendendo ao crescimento acentuado e atípico dos litígios emergentes do regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, sobretudo em matéria de autorizações de residência, que seguem termos sob a forma de intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias, regulada pelo disposto nos artigos 109.º a 111.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que têm natureza urgente; Atendendo a que esse crescimento provocou um volume anormal do serviço no*

Como se percebe, os tribunais portugueses trataram e continuam a tratar um litígio estrutural com o modelo adjudicatório de litígios bipolares, sem refletir sobre os efeitos colaterais dessas decisões individuais, que não são apenas um problema de gestão judicial. Decidir os processos não cria capacidade adicional na AIMA. As decisões, ao contrário, desorganizam o serviço e agravam a situação de parte dos usuários, especialmente os mais vulneráveis. Além disso, na medida em que a solução judicial se mostra eficiente e permite aos litigantes passar à frente na lista e ver a sua pretensão mais rapidamente satisfeita, mais e mais indivíduos são estimulados a litigar individualmente, de modo que todo esse esforço de trabalho em férias, forças-tarefa e o que mais se faça, será inútil. Outros litigantes virão, em número cada vez maior. O sucesso dessas iniciativas, no curto prazo, causará o seu fracasso, no longo prazo.

Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa (TAC de Lisboa) e se tem refletido numa pendência acentuada de processos da 6.ª espécie;

Considerando que se aproximam as férias judiciais e sendo de prever que as medidas de gestão já adotadas com o objetivo de aumentar a capacidade de resposta do juízo administrativo comum do TAC de Lisboa não serão suficientes para assegurar o normal funcionamento do turno de verão;

Sendo, por isso, necessário tomar medidas urgentes que reforcem a capacidade de resposta do tribunal de turno, no período de férias judiciais, e assegurem, nesse período, a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais dos cidadãos que a ele recorrem;

Tendo sido auscultados os Senhores Juizes de direito e os Senhores Juizes de direito, em regime de estágio, dos tribunais administrativos e fiscais que manifestaram disponibilidade para reforçar o mapa de turno de verão do corrente ano;

Ao abrigo do disposto nos artigos 74.º, n.º 2, alíneas o) e q), e 43.º-A, n.º 3, alínea b), ambos do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais delibera o seguinte:

i. Determinar que para a prestação do serviço urgente que deva ser executado durante as férias judiciais relativamente aos processos da 6.ª espécie do TAC de Lisboa, relacionados com os pedidos de autorização de residência, em fase de decisão, no período compreendido entre 16 de julho a 31 de agosto de 2024, sejam incluídos os Senhores Juizes de direito e juizes de direito, em regime de estágio, no total de 136 juizes, indicados no anexo I e que faz parte integrante desta deliberação;

ii. Determinar a realização do correspondente mapa de turno a elaborar e aprovar pelo Senhor Juiz Presidente do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, em articulação com as Senhoras Presidentes dos demais Tribunais, nos termos da subdelegação de poderes conferida por despacho da Senhora Presidente do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 28 de fevereiro de 2024, ao abrigo das deliberações do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 28 de outubro de 2019 e de 25 de novembro de 2019, publicadas (extrato) no Diário da República, 2.ª série, respetivamente, de 14 de novembro de 2019, sob o n.º 1195/2019 e de 13 de dezembro de 2019, sob o n.º 1295/2019;

iii. Determinar que os processos suprarreferidos sejam distribuídos por todos os senhores juizes de turno escalados par ao efeito, com observância de todas as demais regras da distribuição e com respeito pelo juiz natural, devendo os mesmos ser tramitados, para todos os efeitos legais, no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa.

Mais deliberou o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais expressar uma palavra de louvor e apreço pelos Senhores magistrados que se disponibilizaram, de forma voluntária e com elevado sentido de responsabilidade, de modo a garantir a eficiência desta jurisdição na defesa de direitos fundamentais. (...)."

De outro lado, a AIMA tem passado a exigir que a manifestação de interesses seja acompanhada do pagamento de uma taxa de 400 euros, a pagar por via digital, mediante criação, pelo requerente, de um documento único de cobrança (DUC), ao qual se acede por um *link*, após a receção de um mail. Mas o mail indicado remete para um link que, segundo depoimentos de utilizadores, não abre. Consequentemente, os migrantes vão pessoalmente aos balcões da AIMA, que ficam sobrelotados, pois não há funcionários para atendimento e ainda se coloca a barreira linguística, com falta de tradutores. Acresce que, se o valor de 400 euros não for pago o pedido é arquivado. O arquivamento após não pagamento da taxa foi a forma que a AIMA encontrou para diminuir artificialmente as pendências existentes e eliminar a possibilidade de, nesses casos, os estrangeiros, demandarem judicialmente, como até aqui, a agência em causa.

O governo, sem grandes soluções para os casos pendentes e tentando estagnar a entrada de novos processos, ou, pelo menos, diminuir o universo dos casos que ainda vissem a engrossar estas pendências, mudou o modelo de entrada e permanência para cidadãos estrangeiros (exceto para os cidadãos brasileiros),¹³⁻¹⁴ apertando os requisitos de entrada no país. Apesar disso, as pessoas chegam de madrugada para tentarem ser atendidas presencialmente na AIMA, muitas vezes sem sucesso. Os poucos trabalhadores ainda existentes na referida agência governamental convocaram, em agosto de 2024, greve às horas extraordinárias, alegando sofrerem de *burnout*.

Difícilmente poderíamos ter encontrado em Portugal um litígio estrutural tão claramente delineado, em todas as suas características essenciais. A AIMA vive uma

¹³ Como noticiado por vários jornais portugueses dado aqui como mero exemplo o Jornal publico na secção de Brasil, na sua edição *on line* de 13 de agosto de 2024: [Medo, reclamações e longa espera nas filas de atendimento da AIMA | Imigração | PÚBLICO \(publico.pt\)](#) ou no Diário de notícias, edição *on line* de 22 agosto de 2024 rubrica serviços [Imigrantes preocupados com início da greve na AIMA \(dn.pt\)](#), ou ainda do em <https://www.abrilabril.pt/trabalho/na-aima-ha-outra-fila-que-cresce-do-burnout-dos-trabalhadores> na edição de 13 de agosto de 2024.

¹⁴ Decreto lei nº 37-A/2024, de 3 de junho ([Diário da República n.º 106/2024, Suplemento, Série I de 2024-06-03](#)) no qual o Governo diz que se exige uma opção legislativa imediata, capaz de repor a normalidade do funcionamento do sistema de entrada de cidadãos estrangeiros em território nacional, pelo que se impõe a revogação dos instrumentos de autorização de residência assentes na mera manifestação de interesse, salvaguardando, contudo, a situação dos cidadãos estrangeiros que já iniciaram procedimentos de autorização de residência ao abrigo daqueles instrumentos.

situação de desestruturação que se protraí no tempo e que afeta tanto os litigantes, quanto as pessoas que aguardam, na via administrativa normal, a prestação do serviço. A atuação atomizada da jurisdição contribui para a piora do cenário, em vez da sua solução. O número de processos pendentes de decisão é de mais de 400.000¹⁵. Por outro lado, este cenário criou uma pressão de pendência considerável nos tribunais administrativos, em especial no TAC de Lisboa, que na presente data, como já referido, é de 13.000.

Com a dispensa da tutela individual, aqueles que nada pediram viram a sua posição jurídica prejudicada porque a pretensão administrativa na qual tinham prioridade acabou de ser postergada. E, considerando os dados apresentados, a sua situação só tende a agravar-se. Isto é, há um terceiro que não só viu a sua situação não regulada, porque não pediu a intervenção do tribunal, mas, mais do que isso, em virtude da intervenção do tribunal vê a sua situação ficar pior, sem que nada tenha podido dizer para se defender de tal resultado.

Os tribunais e os órgãos de gestão dos mesmos, o Governo, a AIMA, todos reconhecem que os prazos de concessão de pedidos de estrangeiros, quer seja de migrantes ou de pessoas que pedem asilo, estão todos ultrapassados e que a situação é caótica. A pretensão apresentada pelos autores das ações individuais, portanto, é

¹⁵ Veja-se a este propósito: [400 mil processos pendentes, funcionários “perdidos” e “degradação da estrutura”: Sindicato denuncia caos na AIMA – Executive Digest \(sapo.pt\)](#), destacando o seguinte :

“Em entrevista à CNN Portugal, a responsável adianta que a extinção prolongada do SEF (Serviço de Estrangeiros e Fronteiras) resultou numa grave “degradação da estrutura documental a todos os níveis”. Esta situação afetou especialmente a componente informática, crucial para a gestão eficiente dos processos migratórios. Além disso, a fusão de estruturas distintas sem a devida formação ou clareza nas funções resultou numa crise de identidade entre os funcionários. “Os funcionários sentem-se perdidos, sem orientação e pressionados”, explicou Ribeiro, destacando a falta de comunicação interna e de uma estratégia clara como fatores críticos.

Mais de 400 mil Processos Pendentes - A AIMA enfrenta atualmente um backlog de 410 mil processos pendentes, maioritariamente Manifestações de Interesse. Ribeiro aponta que a falta de pessoal especializado e de recursos informáticos contribui significativamente para este problema. Em testemunho na Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, o presidente da AIMA, Goes Pinheiro, reconheceu a gravidade da situação, alertando que é essencial resolver os problemas atuais e assegurar uma capacidade de resposta flexível para futuras variações de procura.

Ambiente de Cansaço e Desilusão - Ribeiro descreve um ambiente de desilusão e cansaço entre os funcionários, exacerbado pela “imagem negativa” que se quer passar das suas ações. Cerca de 100 funcionários manifestaram desejo de sair, um número preocupante para a agência. “Tememos que sejam bem mais”, acrescentou Ribeiro, sublinhando a perda de identidade e respeito dos trabalhadores junto da opinião pública e do poder político.”

substancialmente fundada, no sentido de terem direito a uma decisão, ainda que esta seja uma qualquer decisão e não necessariamente a concessão da autorização almejada.

Os tribunais reconhecem, nas suas decisões, que há um problema sistêmico, que é a causa direta da pretensão que lhes foi postulada em termos individuais. Apesar disso, dispensam a tutela pedida em termos individuais, ou seja, em termos bipolares, ignorando as consequências da decisão atomística para quem não é parte nos referidos processos judiciais, mas é alvo da mesma demora administrativa e, por via disso, tem os mesmos problemas: não pode celebrar contrato de trabalho, não pode inscrever os filhos na escola, não pode ter médico de família etc.

Esta situação é bem demonstrativa de que os tribunais não estão ainda a lograr reconhecer as exigências e os desafios específicos desta nova morfologia da conflitualidade, ou que, muito embora reconhecendo a mesma, não sabem como tratá-la. Parecem convencidos que apenas lhes é admitida a solução do problema individual e não do estrutural e, mais até, que não podem deixar de dispensar uma dose atomística de tutela para satisfazer o direito violado, se as razões invocadas pelo demandante se verificarem.

Os processos judiciais da AIMA não serão certamente os únicos litígios individuais que, na sua base, decorrem de um problema estrutural e, mais precisamente de um problema estrutural que se inscreva no âmbito dos direitos sociais e das políticas públicas. Muitos mais e, a breve trecho, irão desafiar os tribunais e estes têm de estar preparados para o tratamento de uma conflitualidade com esta nova morfologia, criando ferramentas para o seu tratamento.

O texto aqui conjuntamente empreendido visa pelo menos colocar os “prudentes” – como refere PAULA COSTA E SILVA - num dos seus tempos mais interessantes, o tempo em que *os instrumentos com que empreendia as suas constantes navegações não permitem medir os novos espaços, a linguagem mostra-se insuficiente porque insuficientemente rigorosa para descrever e ordenar a realidade* de modo a que com a autora possamos pressentir que *afinal muito está a mudar sem que se possa prognosticar que tudo ficará na*

mesma¹⁶.

3. Uma outra abordagem: o processo estrutural

Nos últimos anos, o debate acadêmico do processo coletivo brasileiro debruçou-se, com afinco, sobre o processo estrutural, suas virtudes, características e desafios no naquele sistema. Seja em razão da qualidade do pensamento jurídico que o Brasil vem produzindo, nos últimos anos, seja pela existência de muitos litígios estruturais não solucionados em outras esferas de poder, o país desenvolveu teoria e prática que superam mesmo os Estados Unidos, local onde a discussão se iniciou¹⁷.

Com a expansão da literatura, os juízes, desde os de primeiro grau, até o Supremo Tribunal Federal, passaram a tratar diversos casos como processos estruturais, inclusive com referências literárias expressas. Ao mesmo tempo, mais ações passaram a ser decididas contendo pedidos explicitamente estruturais. O movimento se expandiu tanto que o Supremo Tribunal Federal criou uma unidade interna, denominada Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC, com o propósito de apoiar os ministros que atuam em ações estruturais e complexas. Em meados de 2024, o NUPEC monitorava 10 casos.

Inclusive, no site do Supremo Tribunal Federal, onde se consultam os andamentos processuais, esses casos passaram a ser identificados por uma etiqueta na cor laranja, que os destacam. Por exemplo:



¹⁶ Silva, Paula Costa, «Nota de apresentação», nº 10 (maio-novembro de 2024, da Revista *Ius Dictum*, pág. 5, a propósito das novas regras da UNIDROIT, mas, também, concernente ao que designou como a *nova morfologia da conflitualidade* na qual se inclui as denominadas ações estruturais.

¹⁷ Há dezenas de obras específicas sobre processo estrutural publicadas no país, as quais estão citadas em Vitorelli. (nota 3)

Figura 1: andamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 635, com a etiqueta “Litígio Estrutural”. Fonte: stf.jus.br. Acesso em 29.5.24.

Outros tribunais seguiram caminhos similares. O Tribunal Regional Federal da 6ª Região, por exemplo, criou uma Coordenadoria de Demandas Estruturais e Cooperação Judiciária, também com o propósito de apoiar os magistrados que precisam lidar com esse tipo de caso.

Por isso se pode concluir, como sustenta recentemente e num outro lugar, um dos coautores deste, que, para se compreender o processo estrutural é preciso compreender, antes, os litígios estruturais, isto é, os conflitos sociais que têm essas características. E isto é assim porque os litígios estruturais são *litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, pública ou privada, de significativa penetração social, opera*¹⁸. Com isso, propõe que, existam ou não processos estruturais, os litígios estruturais são onipresentes na sociedade contemporânea, que dependem de diversas instituições para sustentar o seu desenvolvimento.

O que o ordenamento jurídico pode escolher é um de quatro possíveis caminhos:

- 1) não permitir que conflitos estruturais sejam judicializados, com base em argumentos que giram em torno, usualmente, de separação de poderes ou de falta de capacidade institucional ou subjetiva do poder judicial para dar conta de questões tão complexas;
- 2) permitir apenas que essas questões sejam judicializadas individualmente, pelas pessoas impactadas;
- 3) permitir processos coletivos que abordem apenas as consequências do litígio, exigindo que a instituição adimpla os seus deveres, mas sem interferência mais profunda no seu modo de funcionamento;
- 4) permitir a instauração de processos estruturais.

Um processo estrutural exige o empenho e esforço duradouro no juiz e das partes para, de forma negociada e colaborativa, desenvolverem uma solução de longo prazo para

¹⁸ VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2024, p. 64.

um litígio que aflige uma coletividade¹⁹. Isso exige a condução de um processo flexível, em que as audiências servem como momentos de apuração de informações, a auscultação da comunidade e de agentes fundamentais para a transformação estrutural, ainda que essas pessoas não tenham estatuto de parte. O processo converte-se, nas palavras de YEAZELL²⁰, numa espécie de reunião deliberativa (*town meeting*), não em uma ferramenta de apuração de ilícitos e de imposição de responsabilidades. Do juiz, por sua vez, não se esperam decisões impositivas, em um modelo de comando e controle²¹, mas sim que assuma o papel de um *powerbroker*²², que auxilie os agentes envolvidos no conflito a construir soluções²³.

Cumprе mencionar que, tratando-se de um litígio policêntrico e multifacetado, a palavra “soluções” deve ser entendida como evolução, como melhoria da realidade anterior. Em muitos casos, isso não significará a remoção completa da situação de desconformidade diagnosticada, mas sim a obtenção de um avanço, que enderece os interesses de todos os envolvidos de formar mais satisfatória que no cenário anterior ao processo.

O processo estrutural tal como o define VITORELLI ²⁴ é *um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente, o percurso do processo estrutural tem como fases de desenvolvimento: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos, em respeito ao caráter policêntrico do litígio; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, em um documento ou a partir de*

¹⁹ Vitorelli, nota 3, p. 73.

²⁰ YEAZELL, Stephen C. «Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case». *UCLA Law Review*, v. 25, p. 244-260, 1977.

²¹ STURM, Susan. «A Normative Theory of Public Law Remedies». *Georgetown Law Journal*, v. 79, n. 5, p. 1377, 1991.

²² DIVER, Colin S. «The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions». *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p. 43-106, 1979.

²³ STURM, Susan. «Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance» *Columbia Journal of European Law*, v. 13, p. 565-594, 2007.

²⁴ Caracterizando a essência coletiva deste tipo de litígios, Vitorelli (nota 6).

diversos acordos ou ordens judiciais, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos, ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e, 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social que se afigure apropriado, dadas as circunstâncias do conflito, a partir da reorganização da estrutura.

Esse mecanismo de reestruturação institucional constitui o que os norte-americanos denominam *structural injunction*, uma ordem judicial que impõe não uma conduta isolada, a uma parte específica, mas um conjunto de medidas para ajustar comportamentos futuros, em vez de compensar erros pretéritos, pelo que o processo estrutural funciona mais como um *meio de realocação de poder do que como mecanismo de imposição de um resultado específico, coercitivamente*. Ou, como diz PUGA²⁵, a decisão estrutural visa produzir *efeitos regulativos distributivos* que ultrapassem as partes processuais.

Parece bem claro que o comportamento do TAC de Lisboa, atualmente, não soluciona o conflito social do qual Portugal se vê prisioneiro, que é a incapacidade de processamento de todos os pedidos dos migrantes. Porém, ao admitir ações individuais e impor o atendimento aos casos dos demandantes, o TAC altera a ordem da fila de espera, fazendo com que pessoas que aguardam por menos tempo sejam atendidas antes de outras, apenas em razão de terem utilizado a via jurisdicional.

4. Principais obstáculos à intervenção estruturante dos tribunais, nomeadamente em políticas públicas e a necessidade de ultrapassar os obstáculos.

²⁵ Puga, Mariela, Litígio estrutural, Tese de Doutoramento não publicada, maio de 2013.

Vários são os autores que apresentam objeções à condução de processos estruturais em relação a políticas públicas, em maior ou menor medida, com argumentos diversos.²⁶ Em um dos votos de vencido, vertido em recurso de revista decidido com formação alargada pelo Supremo Tribunal Administrativo (STA), pela Senhora Juíza Conselheira Suzana Tavares da Silva²⁷, afirmou-se:

(...)

Soluções e decisões judiciais que se inscrevam no domínio dos processos estruturais não encontram acolhimento na lei processual portuguesa e criam uma disrupção arriscada ao modelo em que assenta o nosso Estado de Direito Democrático. O nosso modelo jurídico não se coaduna com o uso da via judicial para dar resposta a uma falha estrutural, seja na execução de políticas públicas, seja na gestão e organização administrativas. Os tribunais não podem ser a prima ratio da garantia da “boa gestão pública” perante falhas estruturais, sejam do poder executivo, sejam do poder legislativo. A sua função atém-se à proteção, em concreto, de situações jurídicas individualizadas, de acordo com as regras processuais vigentes e as circunstâncias fácticas concretizadas e (com)provadas.

E são vários os riscos associados a disrupção que este tipo de decisões pode causar ao funcionamento do Estado de Direito Democrático. No tempo em que o discurso das emoções capturou o da razão, importa sublinhar que mesmo no piano do uso estratégico do processo judicial para responder a falhas estruturais, a presente decisão revela-se inútil, senão mesmo pernicioso. Inútil porque, em última instância, não resultando da decisão a condenação do Estado a dotar-se de meios adequados para assegurar resposta

²⁶ Para uma análise abrangente das objeções, ver, por exemplo, Appio, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Juruá, 2005; Grinover, Ada Pellegrini. «O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário». RePro, ano 33, n. 164, 2008, p. 9-28; Pontes Filho, Valmir. O controle das políticas públicas. São Paulo: Malheiros, 2003; Palu, Osvaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição. São Paulo: RT, 2004; Freire Jr., Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: RT, 2005; Krell, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; Canela Jr., Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁷ Acórdão do STA (Processo nº 741/23.4BELSB) de 6 de junho de 2024, de publicado www.dgsi.pt.

em tempo cômputo a todas as demandas (como seria uma decisão de um processo estrutural “típico”), o resultado prático de uma condenação sucessiva da AIMA a decidir com prioridade e em prazo curto cada pedido genérico e não substanciado que de entrada na jurisdição (de forma mecânica, como antes denunciávamos) redundará na transmutação da ordenação dos pedidos atualmente pendentes (que agora consubstanciam já um “bloco fechado”); ordenação que hoje assenta na antiguidade administrativa da entrada do requerimento nos serviços da AIMA e que passara a fazer-se por data da decisão judicial condenatória. Ora, sem a garantia de que venham a existir mais meios para proferir as decisões administrativas, a sucessão massiva de decisões judiciais condenatórias é inútil. Mas mais que inútil ela pode até ter efeitos perversos: primeiro, porque estas sucessivas decisões judiciais criam instabilidade e atrasam a elaboração e a eficácia de qualquer plano político-administrativo que se pretenda implementar para gerir o stock de pedidos pendentes, obrigando a permanentes re-ordenações de prioridades na decisão dos pedidos; segundo, porque irá interferir no dito universo homogêneo vulnerável (e hoje estabilizado) daqueles que aguardam pela decisão do pedido de autorização de residência, substituindo a atual ordenação, por critério de antiguidade administrativa, por uma nova ordenação, baseada na prioridade da decisão judicial condenatória, apenas acessível aqueles que puderem suportar os custos do serviço do mandatário, deixando assim ainda mais vulneráveis aqueles que não o puderem fazer.

O voto percebe corretamente aquilo que estamos sustentando, ou seja, que o conflito social que se exprime da multiplicidade de processos individuais contra a AIMA tem características estruturais e que a concessão de ordens individuais acarretará efeitos perniciosos para o Estado e para os próprios usuários do serviço. O problema a ser debatido é que ele advoga que a resposta deveria ser a inação – ou, de modo direto, a omissão – do Poder Judiciário em atuar. A solução terá de ser, necessariamente, a de não decidir individualmente processos com causas estruturais, deixando sem qualquer tutela ou intervenção o direito individual violado?

Sabemos que muitos obstáculos se perfilam diante da possibilidade de os tribunais

proferirem decisões não meramente individuais ou coletivas de problemas declarados como estruturais. Não ignoramos que rapidamente serão acenados, de novo, o entrave do funcionamento do princípio da separação de poderes, a impossibilidade de a jurisdição controlar algo mais do que a mera legalidade da atuação administrativa e de nunca poderem aqueles legitimamente interferir na margem de liberdade da administração, sem menosprezar a apontada incompetência técnica dos tribunais para proceder a tal reestruturação.

Mais: apresenta-se como insofismável a conclusão de que qualquer outra intervenção os Tribunais que não seja o exercício da função jurisdicional no seu sentido estrito *supra* convocado, só será legítima se e quando resultar de habilitação legal expressa. Como escreveu FLETCHER, *since trial court remedial discretion in institutional suits is inevitably political in nature, it must be regarded as presumptively illegitimate*. Como já escrevemos num outro lugar, os estudiosos do tema dos *institutional suits* (processos institucionais – e não meramente individuais ou pessoais – ou, processos estruturais) preveem, também, que a presunção de ilegitimidade de atuação dos Tribunais nestes domínios não é indestrutível. A elisão ou ultrapassagem daquela presunção poderá legitimamente acontecer – voltando ao texto de FLETCHER – *when the political bodies that should ordinarily exercise such discretion are seriously as chronicle widely in default*.²⁸

Como sublinham EISENBERG/YEAZELL²⁹ sempre se verificou um obstáculo histórico ao facto de os Tribunais poderem desempenhar funções administrativas complexas sem a devida autorização ou habilitação legal, e, por isso, poucas vezes se atreveram a exercer estas funções, sem a isso terem sido legalmente autorizados, mas isso não impediu que os mesmos tivessem começado a desenvolver processo de supervisão de comportamentos empresariais, por exemplo³⁰.

²⁸ Fletcher, William, «The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy», *The Yale Journal*, vol. 91, nº 4 (mar. 1982) págs. 635-69, segundo o qual *in that event and for so long as those political bodies remain in default, judicial discretion may be a necessary and therefore legitimate substitute for political discretion*.

²⁹ Eisenberg, Theodore e Yeazell, Stephen C, «The ordinary and the extraordinary in institutional litigation», *Harvard Law Review*, Vol. 93, jane 1980 número 3, págs. 465 a 517-

³⁰ Tal como o processo falimentar que surgiu neste contexto como uma construção do poder judicial depois importada na sua origem pelo poder legislativo.

Os tribunais efetivamente não devem, por regra, intervir para reorganizar o caos, ou seja, para resolver um problema estruturante causado pelas omissões ou defeito de gestão dos órgãos ou entidades públicas a quem o mesmo competia tratar. Mas quando esse problema estrutural afeta direitos fundamentais e o desvio é serio e crónico - como é o caso relatado da AIMA - o poder judicial não pode, para evitar o risco de ser apodado de ativista - e de, em certa medida, interferir numa função politico administrativa - omitir o exercício de qualquer função, permitindo-se dispensar doses atomísticas de justiça bipolar, que acentuam o problema estrutural e resolvem um problema individual à custa da solução de outros idênticos com a mesma causa e, muito menos, ainda, pode o poder judicial ficar no dilema do tudo ou nada, ou seja, de conceder tutela individual à custa de outros interesses individuais ou de não conceder de todo³¹.

A atrativa ideia de nada fazer, preconizada pelo voto vencido, não resiste a um exame mais aprofundado. Afinal de contas, se o cidadão não puder recorrer ao Judiciário para exigir a implementação de um direito que lhe é constitucionalmente garantido,

³¹ No Brasil e mesmo antes do forte desenvolvimento da construção das decisões estruturantes era publicada e esta vigente LINDB (Lei de introdução às Normas de Direito Brasileiro - lei 13655/18). A qual, tal como explicado por Cabral, Antonio do Passo, (nota 9), pág. 155, é uma norma de sobredireito que regula a produção normativa e aplicação das normas do direito brasileiro juntamente com um conjunto de normas que visam conferir maior segurança jurídica na interpretação do direito. Nas mesmas e para balizar precisamente o ativismo judiciário que já se começava a sentir nestes casos está previsto o seguinte:

Artigo 20: Nas esferas administrativa, controladora e judicial não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único: A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, processo, inclusive em face das possíveis alternativas. Artigo 21: a decisão que nas esferas administrativa controladora ou judicial decretar a invalidação do ato contrato, ajuste, processo, deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único: A decisão a que se refere o caput deste artigo deve, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Artigo 22: Na interpretação das normas sobre gestão pública serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Artigo 23: A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido, de modo proporcional equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais.

Analisando a LINDB e, em particular o dever judicial de considerar as consequências, cfr. Didier Fredie e Oliveira, Rafael Alexandria, «Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o artigo 20º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro» A &C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional ano 10, nº 75, 2019, págs. 143 a 150.

estariamos ainda diante de um direito, dado que não pode mais ser exigido³²? Isso inauguraria uma espécie de hipocrisia constitucional, em que os direitos são previstos, mas não são implementados e nada pode ser feito. Essa versão radical da separação de poderes, conquanto seja teoricamente coerente, em termos de lógica formal, dificilmente seria defensável do ponto de vista do Estado de Direito. Ter direitos significa poder exigí-los. Não seria um melhor caminho se os tribunais buscassem construir outra forma de intervenção que, atendendo às peculiaridades sublinhadas, ainda assim possa conduzir a reestruturação da situação e, por via disso, também, à solução das questões individuais envolvidas?

O eixo de análise do problema que assenta, essencialmente, no esforço de compreensão da geometria interativa³³ entre as funções do Estado imposta pela vigência cada vez mais intensa do Estado Social. A chave da solução está - como já escrevemos em outro lugar³⁴ - em admitir como possível que as intersecções já admissíveis entre as diversas funções estaduais sejam recíprocas, designadamente admitindo não apenas cedências da função jurisdicional em favor de entidades administrativas, mas, também, cedências funcionais de sentido inverso, entre os órgãos titulares daqueles mesmos poderes.

Se os argumentos anteriores forem aceitos como verdadeiros, o processo estrutural passa a ser uma alternativa atrativa. Não é possível aceitar a realidade em que direitos são garantidos, mas não são exigíveis. Também é impossível deixar de perceber as distorções decorrentes da judicialização individual. Do ponto de vista social, é mais apropriado, eficiente e isonômico que o Poder Judiciário, diante de um litígio que revela o mau funcionamento de uma estrutura, que afeta uma ampla coletividade, atue de forma coletiva, com o propósito de reorganizar a instituição e projetar para o futuro a melhoria da realidade.

³² Esse fundamento foi desenvolvido em VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2024, cap. 2.

³³ A expressão é usada por Jose Manuel Sérvulo Correia e Francisco Paes Marques, *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, 2ª edição, Almedina, 2021, pág. 57.

³⁴ Fernandez, Elizabeth, «A segunda aproximação aos processos estruturais: fundamentos iniciais para um contencioso de políticas públicas», *Ius Dictum* nº 9, janeiro maio 2023, pág. 45.

Assim, é irónico perceber que muitos dos críticos ao chamado “ativismo judicial”, que pretendem defender a separação de poderes, objetando a processos coletivos, admitem ou até favorecem a alternativa mais nefasta, que é a intervenção a conta-gotas, na via individual, a qual, como já deixamos escrito, também configura a uma forma de intervenção judicial nas políticas públicas. Também é irónico que outra vertente desses mesmos críticos pretenda que o Judiciário aguarde que a solução venha dos poderes políticos, que seriam os legitimados à gestão orçamentária e ao estabelecimento de prioridades. Se essa alternativa fosse, de facto, viável, e não apenas um argumento retórico *En attendant Godot*, a solução já teria sido adotada pelos responsáveis e o conflito jamais chegaria à jurisdição. Isto é, construir a separação de poderes e o – como denominamos em outro lugar – *passivismo judicial* como respostas adequadas é tomar o problema como se fosse a solução. A causa do litígio estrutural é a crónica falta de atendimento a direitos de um grupo de cidadãos. Seguir não os atendendo só pode trazer mais conflito, não menos.

Resta, portanto, concluir que não permitir a revisão judicial dos atos e omissões administrativas é inaceitável, mas que fazê-lo de forma individual é deletério. Logo, quando o litígio que se apresenta na sociedade é coletivo, a sua resolução deve ser buscada, prioritariamente, na via do processo coletivo, capaz de garantir tratamento em plano de igualdade aos indivíduos e de levar em conta as circunstâncias e efeitos mais amplos do caso sobre a sociedade.³⁵ A separação de poderes é um argumento sedutor, mas inaplicável à solução do problema proposto.

Outra crítica relacionada à possível atuação dos juízes em processos estruturais é que eles deveriam se abster de interferir na atuação administrativa, uma vez que ela é

³⁵Aludindo à primazia do processo coletivo para a intervenção em políticas públicas, Costa, Susana Henriques da; Fernandes, Débora Chaves. *Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Brasil*. In: Grinover, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo; Costa, Susana Henriques da. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. No mesmo sentido, Domingos, Pedro Luiz de Andrade. *Processos estruturantes no Brasil: origem, conceito e desenvolvimento*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019. Ainda na mesma linha, ver Sarmiento, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmiento, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 533-586.

complexa demais e o poder judiciário não tem preparação técnica, conhecimento ou ferramentas adequadas para realizar uma intervenção sobre uma estrutura burocrática. Além disso, como as estruturas sobre as quais o processo se debruça são complexas e ramificadas, o mais provável é que, ao interferir em alguns de seus aspectos, o juiz acarrete efeitos colaterais indesejáveis em outros, e, por essa razão, o resultado pode ser, quando todos os fatores são considerados, igual ou pior que o cenário inicial. Em outras palavras, ainda que algumas coisas mudem com a intervenção judicial, é possível que os cidadãos não fiquem em situação concretamente melhor quando ela terminar. Nessa linha de pensamento, o Judiciário até poderia fazer, mas não deveria fazer.

Essa crítica, embora tenha elementos de verdade, não pode ser aceite como uma objeção geral. Se é certo que a intervenção judicial pode não provocar resultados sociais significativos em alguns casos, isso não é suficiente para levar à conclusão de que ela nunca os poderá produzir, de maneira geral. É só com a instauração do processo, a chamada à ação dos *stakeholders*, e o aprofundamento do diagnóstico sobre o litígio é que se poderá definir de que forma a jurisdição pode contribuir para a solução do conflito, em termos gerais. Afirmar, de antemão, que isso é impossível é, primeiro, fazer uma afirmação empírica sem embasamento e, segundo, ignorar que em diversos países, tais como os Estados Unidos, o Brasil, a Colômbia, a África do Sul, e a Índia, os processos estruturais já foram bem-sucedidos em alterar positivamente a realidade, ainda que não em todos os casos³⁶.

Segundo CUMMINGS e RHODE, o processo pode trazer benefícios indiretos para a melhoria institucional, como o aumento de visibilidade de uma causa, auxiliando a colocar em movimento outras forças sociais que permaneceriam alheias ao problema.³⁷ Os autores também relembram que a avaliação dos ganhos decorrentes de um processo

³⁶ Para o relato de casos brasileiros, ver VITORELLI. (nota 6). Para o caso sul-africano, ver Serafim, Matheus Casimiro Gomes. *Compromisso Significativo: contribuições Sul-Africanas aos processos estruturais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Para um apanhado geral de experiências de diversos países, ver Jobim, Marco Félix. *Cortes e o Tratamento Mundial de Conflitos Estruturais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

³⁷ CUMMINGS, Scott L.; RHODE, Deborah L. «Public interest litigation: insights from theory and practice». *Fordham Urban Law Journal*, v. 36, n. 4, p. 603-652, 2009.

deve ser feita de acordo com as alternativas existentes. A afirmação de que o resultado do processo coletivo é insatisfatório não deveria ser feita sem que se apontasse qual instrumento poderia ter gerado o efeito esperado. Na maioria dos casos, a alternativa ao processo é a manutenção do *status quo*, porque nenhuma outra ferramenta de mudança social se apresenta com potencial concreto para fazer a alteração que se pretende.

Em resumo, embora não se possa garantir bons resultados em decorrência de uma decisão judicial, estrutural ou não, também não se podem garantir bons resultados em virtude da atuação administrativa ou legislativa. As autoridades eleitas, ainda que carreguem legitimação democrática, não raramente se descolam da vontade de seus representados e se recusam a aprovar leis de proteção das minorias – um ponto cego do sistema democrático majoritário – e mesmo de interesse da maioria.

Em perspectiva comparada, JOEL HANDLER analisou 35 casos nos tribunais federais americanos, encontrando tanto experiências de sucesso como de fracasso, este geralmente relacionado não à definição dos novos parâmetros desejados, mas aos obstáculos concretos para a sua implementação. Quer dizer, o que se constata não é inefetividade da decisão ou incompetência do juiz para tomá-la, mas sim resistência por parte dos destinatários da ordem. Segundo o autor, quanto mais modificações são necessárias, em toda a dimensão da estrutura burocrática da instituição, maior o risco de que a decisão seja ineficaz.³⁸

GERALD ROSENBERG sustenta que a eficácia da mudança social por intermédio dos tribunais depende da presença de pelo menos uma entre quatro condições que delineia e da superação de três limitações inerentes à atividade jurisdicional. Analisando grande quantidade de dados empíricos, ROSENBERG não considera que a dessegregação racial efetiva tenha decorrido, direta ou indiretamente, da decisão de *Brown*, ou de quaisquer outras decisões judiciais que a seguiram, mas sim dos movimentos em prol dos

³⁸Handler, Joel F. *Social Movements and the Legal System: Theory of Law Reform and Social Change*. <Nova York: Academic Press, 1979.

direitos humanos da década de 1960.³⁹ Por outro lado, no caso do aborto, *Roe v. Wade*⁴⁰ conseguiu obter, pelo menos parcialmente, os resultados que se esperava, porque a expansão de clínicas privadas, especializadas em realizar o procedimento, permitiu que o mercado fornecesse as condições necessárias para a mudança social, independentemente das instituições públicas.

Em síntese, a crítica acerca da incompetência dos juízes para decidir situações complexas e da inefetividade das decisões adotadas nesses casos é menos fundada do que parece. Por mais que se possa defender a legitimidade das decisões do Poder Executivo ou Legislativo, de uma perspectiva procedimental – afinal, presumidamente, eles representam a vontade do povo –, de um ponto de vista substancial, não é possível afirmar que as decisões de quaisquer poderes sejam, invariavelmente, melhores que as de outro. Isso dependerá das circunstâncias de cada caso e, possivelmente, da posição de quem faz a avaliação. Ainda que a legitimação procedimental seja importante, “não é possível endossar um modelo de justiça puramente processual, porque algumas coisas continuarão sendo um mal, a despeito de provenientes de um procedimento perfeitamente justo”.⁴¹ Como diz SALLES, a qualidade das decisões estatais não pode ser definida apenas pelo processo que as gerou.

Acresce que, quanto ao problema da incompetência, ou seja, da falta de conhecimento quanto ao objeto do conflito, basta adotar a premissa de que ninguém nasce sabendo. Desde que o juiz se muna de assessoria técnica competente, permita o diálogo adequado entre os sujeitos processuais e os demais agentes que possam contribuir

³⁹Rosenberg, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008. Sobre os resultados ambíguos do caso Brown, ver, também, Rhode, Deborah L. (Org.). *Brown at 50: the unfinished legacy*. Chicago: American Bar Association, 2004; Rendelmann, Doug. «Brown II’s “All Deliberate Speed” at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?» *San Diego Law Review*, v. 41, 2004.

⁴⁰410 U.S. 113 (1973).

⁴¹ Salles, Carlos Alberto de. *Processo civil de interesse público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 193-227.

para a compreensão da controvérsia e esteja disposto a aprender, nada indica que não poderá se tornar capaz de decidir bem um processo estrutural. Não há necessidade de que o juiz se imbua de algum tipo de conhecimento universal ou de sabedoria transcendental para tanto. É preciso apenas que ele dialogue e se assessore apropriadamente.

Vista com todos esses matizes, parece que a crítica da incompetência padece de um certo *fetichismo* tecnicista, como se o facto de alguém ser gestor público o levasse, de modo necessário, a ter o conhecimento para agir. Isso não é verdade, ou, pelo menos, não é sempre verdade, dado que essas pessoas podem ser incompetentes, ou podem ser presas por cargas de inércia política as quais impedem que o tema entre na pauta de prioridades governamentais, ou de inércia burocrática, que obsta a implementação empírica das soluções⁴².

O modo de resolver esse problema estrutural – cuja existência o tribunal terá de se encarregar de, em primeiro lugar, declarar como existente – será construído no processo, isto é, no decurso do mesmo não só pelo tribunal com o auxílio do autor e do réu, mas pelo tribunal através de uma atividade de participação e de eventual consenso sucessivo com aquelas e com os titulares de interesses envolvidos no problema estrutural identificado, o qual como já deixamos escrito, é, geralmente policêntrico e multilateral.

5. Modo de adjudicação de uma decisão estrutural: um outro modelo completamente diferente do modelo clássico de adjudicação, talvez mesmo sem adjudicação

O mecanismo de adjudicação a ser usado pelos tribunais para a solução do tipo de conflitos em referência não pode ser o mesmo que é empregue para resolver problemas

⁴² *Brinks, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: Gargarella, Roberto (Org.). Por una justicia dialógica: El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.*

individuais ou coletivos ou para se cingir à solução danos sem causa estrutural (meramente conjuntural, portanto). Para fazer uma análise intelectualmente honesta da questão, tem de admitir-se que nos sistemas em que os tribunais já evoluíram - ainda que em termos de *ultima ratio* - para a possibilidade de resolução pelos tribunais de problemas estruturais, mesmo quando contendam com tomadas de decisão sobre políticas públicas, o fazem sem ter como panorama de fundo o modelo processual clássico de resolução de litígio, oscilando, antes, como a final se dará conta, entre *weak remedies* e *strong remedies*.

Com efeito, no modelo clássico de adjudicação, o decisor heterónimo de um conflito valida ou não valida as teses factuais e jurídicas que lhe são apresentadas pelas partes sem interferir (a não ser nos casos de verificar a existência de uma questão de conhecimento oficioso) com contributos de uma outra tese factual ou jurídica que complementa aquelas e por meio da qual o litígio também possa ser resolvido. Por isso, neste tipo de adjudicação vigora o princípio da congruência da decisão, segundo a qual a mesma não pode resolver o litígio adjudicando ao autor algo que este não peticionou ou mais do que ele peticionou.

Porque a finalidade do processo é a de resolver um dado litígio, essa resolução depende da vontade de alguém o submeter a essa forma de adjudicação e, depois disso, pauta-se, em geral, pelo absoluto respeito dos limites e dos contornos com que tal resolução foi requerida ou com que a defesa apresentada pelo sujeito passivo, réu, foi deduzida. Vigora, assim, em termos gerais, o princípio dispositivo e o respeito pela liberdade das partes e pela vontade que as mesmas manifestam. A decisão pela qual se adjudica a resolução será mesmo nula se não seguir estas regras e decidir para lá do que foi peticionado ou deixar de resolver questões que foram endereçadas ao tribunal por qualquer uma das partes.

Já para resolver o problema estrutural, o tribunal não decide entre a tese A e B, não testa factual e juridicamente aquelas teses. Vai, pelo contrário, procurar junto daqueles que podem ter capacidade de intervenção e decisão no problema estrutural diagnosticado e junto daqueles que são afetados por este ou que o provocaram, contributos para a solução do mesmo. Com isso, o Judiciário tentar obter os consensos que lhe permitam ir

resolvendo o problema (devolvendo a estrutura a uma organização que a perdeu), dentro de um dado período temporal que obedece a uma certa continuidade. A solução, em razão desse caráter, pode sofrer recuos ou avanços em função da evolução do problema estrutural⁴³.

Nas palavras de FISS, para quem *a função jurisdicional não serve para resolver conflitos, mas para dar significado aos valores públicos*⁴⁴, a vítima (habitualmente correspondente ao autor) de um processo estrutural *não é um indivíduo, mas um grupo. Este grupo existe, tem uma identidade e pode ser prejudicado, mesmo que todos os indivíduos não o sejam e que cada membro individualmente considerado não esteja ameaçado pela organização.*

Quem fala em favor do grupo não tem necessariamente de ser vítima, pois um e outro não estão entre si numa relação de correspondência, mas numa relação de mera instrumentalidade formal, devendo bastar ao tribunal, neste contexto, saber apenas se quem representa o grupo o faz de forma adequada. Tal pode abrir a necessidade a um conjunto de diversos representantes, pois num processo não bipolar, mas estrutural, o padrão típico parte de encontrar um grande número de representantes, mesmo que cada um represente um diferente tipo de ponderação acerca dos interesses do grupo vitimado. Por sua vez, o réu, nestes casos, também não se identifica com o autor de um ato ilícito ou que inflige o dano. Se é certo que estes sujeitos podem existir, eles não são verdadeiramente o alvo do processo judicial, pelo que, nestes processos, FISS aponta o réu como sendo, genericamente, *a burocracia do Estado, devendo o juiz no decurso do*

⁴³ Para muitos, este modo de adjudicação revela-se completamente estranho. Mas não o é assim tanto se pensarmos nos processos falimentares e mesmo no processo de acompanhamento de maior (o anterior processo de interdição). No primeiro, há um momento em que a sorte da empresa com problemas económicos e declarada insolvente passa pelo consenso dos credores mais relevantes. Não é o juiz que vai resolver o problema estrutural (económico/ financeiro) da empresa através de uma decisão. Este apenas homologa uma decisão dos credores, ou seja, daqueles que são detentores de interesses no processo estrutural em causa. No segundo, depois de diagnosticar uma necessidade de acompanhamento (com base numa perícia médico legal e na audição do eventual beneficiário do acompanhamento) o juiz tem de determinar a medida concreta do acompanhamento necessário e quem o levará a cabo, para o que se torna necessário estabelecer contactos com aqueles que conhecem a vida do beneficiário do desempenho da função de acompanhante de modo a verificar qual ou quais serão o melhor para o exercício dessas funções e, assim, remover ou mitigar o problema estrutural causado, por exemplo, pela demência avançada do beneficiário da mesma.

⁴⁴ Fiss, Owen, «The forms of justice», Harvard Law Review, nov. 1979, nº 1 Vol. 93, pág.2.

processo de reconstrução penetrar profundamente na fachada institucional e abrir a chamada caixa negra com o pressupostos de localizar dentro das instalações os operadores em posições-chave para os quais as diretiva de reconstrução devem ser emitidas.

Ao juiz, nesse contexto, *cabe construir uma ampla estrutura representativa, recorrendo a sujeitos que não são partes na ação, mas que podem contribuir para a reestruturação em curso e, sendo caso disso, lançar mão de intermediários os special masters, os quais auxiliam na execução de tarefas estruturais desenhadas em consenso ou fiscalizam a aplicação das que foram tomadas e apontem a necessidade da sua evolução ou adaptação.*

Esta constatação determina que o nível de exercício de participação e de contraditório em termos latos seja muito mais exigente nos processos estruturais que nos bipolares, tipicamente orientados para o modelo e adjudicação típico. Como refere FISS⁴⁵, precisamente porque *num processo estrutural todas as partes têm como uma capacidade representativa, o tribunal deve ser mais generoso em permitir que as partes que poderiam ter uma perspectiva única sobre as questões contestadas possam vir a intervir, pelo que, as posições que estão sendo avançadas em uma ação judicial serão grandemente multiplicadas em forte contraste com a bipolaridade assumida pelo modelo de resolução de disputas.* Apesar disso, *o juiz continua a ser a figura fundada na autoridade, pois o poder de decidir sobre o direito e moldar a solução para o caso permanece em suas mãos, o que sucede é que a oposição binária pressuposta pelo modelo de resolução de disputas foi substituída por um conjunto complexo e policêntrico de perspectivas, algo mais próximo de um de um encontro dos moradores de uma cidade, o denominado town meeting ao qual já aludimos neste texto.*

Por outro lado, a intervenção jurisdicional obedece a uma lógica de continuidade dialógica. O processo não se encerra de modo instantâneo com a prolação da decisão, exigindo sempre fiscalização e ajuste. Nas palavras de OSNA⁴⁶, a execução da sentença poderia assumir uma composição institucional, sendo periodicamente revista e

⁴⁵ Fiss, Owen, *To make the constitution a living truth...*, pág. 50

⁴⁶ Osna, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos, na obra *Processos Estruturais*, Editora Juspodium, 3ª edição, 2021, pág. 470.

monitorizada em função das circunstâncias do caso, pelo que se podem produzir decisões em cascata, uma vez que a implementação da decisão judicial - que é o cerne dos processos estruturais - assenta no faseamento, graduação e escalonamento, muitas vezes temporal, das medidas pelas quais se vai proceder a tal reestruturação da realidade. Por essa mesma circunstância, a atuação do juiz teria de passar, necessariamente, pelo estabelecimento de diálogos com as entidades necessárias para lograr a dita reestruturação, se modo a poder criar e construir consensos.

Toda esta atividade assenta na prospetividade, porquanto o processo estrutural é pautado por um procedimento que, além de ter de lidar com factos passados, precisa de, sobretudo, avaliar probabilidades sobre factos futuros, pelo que, o conjunto dos atos a praticar é, praticamente, orientado para o futuro, visando o desenvolvimento de um programa capaz de planear e antecipar consequências futuras que acomodem de modo equilibrado os múltiplos interesses envolvidos. Aqui entra em ação a necessidade de consideração dos interesses de outros sujeitos que podem ser abrangidos pela reestruturação ou de certas instituições e entidades das quais possa depender a execução daquela reorganização.

Assim, as medidas de reestruturação afetam não só aqueles que estão no processo, como outros que, não o estando, poderão ver repercutidas nas suas esferas jurídicas presentes ou futuras a forma como o decisor determinou repor o estado ideal de coisas. É basicamente isto que significa afirmar - como já fizemos - que o problema estrutural que enunciamos é complexo. Essa complexidade não pode ser erradicada com uma decisão simples, carecendo de uma decisão de contornos igualmente complexos e que são avessos ao modo típico de adjudicação de uma decisão que tenha como escopo a resolução de um conflito individual entre A e B. Por isso, o processo estrutural será o resultado de uma participação alargada daqueles que o decisor considerar ser o âmbito subjetivo ativo e passivo suscetível de ser afetado por esta reorganização.

Por outro lado, se houver decisão estrutural - e sempre vale recordar que o processo estrutural pauta-se, primordialmente, pela tentativa de construção de consensos - a decisão não pode ser, como sucede com a decisão que resolve conflitos individuais ou

coletivos, uma decisão fechada, encontrando-se, pelo contrário, em formação e em mudança contínua, pelo menos até que se considere atingida por via de execução a decisão-regra enunciada, a qual, não raras vezes, está a ser testada à medida que vai sendo aplicada e executada. Pode bem suceder que aquele que tiver sido designado pelo tribunal como o administrador destas medidas, o *special master* (quando se justificar ou impuser uma espécie de delegação) receba contributos ou perceba necessidades que gerem alteração das medidas gizadas para obter aquela reorganização em virtude de circunstâncias concretas que possam colidir com a proporcionalidade, a necessidade ou a adequação das mesmas ou de adaptação com que período temporal em que a aplicação das mesmas foi planificada ou orientada por cronograma.

Finalmente, e, por outro lado, o policentrismo recorrente e praticamente imanente⁴⁷ dos problemas estruturais, estabelecido quase sempre numa pluralidade de centros de interesse, exige que os limites subjetivos do processo sejam analisados de forma fluída, de modo a modular a complexidade e permitir a despolarização do conflito. Isto significa que, durante o processo, a estabilidade subjetiva está comprometida ou, pelo menos, deve ser entendida de modo muito dinâmico. Só assim será possível fazer crescer o espaço de diálogo e de consenso necessários para a caminhada da estruturação. Também a habitual complexidade dos problemas estruturais exige maior plasticidade na formulação dos pedidos e das pretensões processuais, sendo admissível que a decisão final não produza o grau de estabilidade que conhecemos como a denominação e com o estrito conceito de coisa julgada ou, até, de um outro grau de estabilidade imediatamente inferior⁴⁸.

A natureza prospetiva dessa decisão assenta, por isso, numa mutabilidade fática e de circunstâncias que pode exigir alterações ainda que já na fase da implementação ou

⁴⁷ Policentrismo que apesar de tudo não é absolutamente essencial, , pois há problemas estruturais não multipolares ou policêntricos, como sucede com a necessidade de acompanhamento de uma pessoa maior em virtude de psíquica que comprometa o seu livre-arbítrio e a sua autodeterminação.

⁴⁸ Por isso mesmo, a circunstância de a decisão estrutural corresponder, por via de regra, a uma decisão em construção ou inacabada faz com que alguns defendam a admissibilidade da prolação de decisões condicionais ou com reserva ou mesmo de o processo estrutural ser um viveiro propício para produzir decisões *em cascata*.

execução, promovendo, muitas vezes, a necessária revisitação do plano gizado e em cumprimento, emitindo novas decisões que consubstanciem, em função de novas variantes outras medidas de modo a alcançar a implementação da decisão-regra, sendo que as novas medidas podem ter sido sugeridas por uma entidade específica na qual o decisor pode delegar funções de acompanhamento.

6. De regresso ao caso AIMA

De volta ao caso da AIMA concluímos que, a nosso ver, os tribunais administrativos não deveriam ter dispensado - pelo menos nos termos em que o fizeram - a dose de justiça individual através das decisões atomísticas tomadas e que, no fundo, se limitam, basicamente, a intimar a AIMA a dar início ao procedimento administrativo destinado a conferir autorização de residência ou qualquer outra prestação similar que seja de competência da AIMA e que não tinha sido iniciada ou apreciada.

Com isso, apenas contribuíram para o adensamento do problema estrutural em que tal agência administrativa do Estado se encontrava e ainda encontra, com tendência, aliás, para piorar, pois nada fizeram de diferente do que parte da jurisdição brasileira fez quando começou a intimar por sentença a entidade competente para dispensar a determinado sujeito o medicamento X ou o hospital Y a realizar em Z a intervenção cirúrgica de que este carecia, estando inserido nula lista de espera para esse fim.

Dir-se-á: ainda assim foi diferente porque, no caso AIMA, não estamos perante o exercício por parte dos sujeitos que dão entrada das intimações do pedido de realização de um direito social e, portanto, não judicializável, mas, antes, do direito do administrado a ver a sua pretensão apreciada em tempo. Mas não é assim. Imaginemos, agora, que, em face da situação crítica do SNS, um cidadão dava entrada de ação junto dos tribunais administrativos destinada a intimar o hospital demandado a realizar a cirurgia às cataratas de que este tanto precisa ou, ainda, de dada cirurgia oncológica. Aqui não estaríamos a realizar direitos sociais, pois o direito à saúde já há muito em Portugal não é

um direito inexigível judicialmente⁴⁹. Basta ter presente que o próprio Estado se onerou a si mesmo com o cumprimento de prazos de TMRG (tempos máximos de resposta garantidos)⁵⁰, criando a favor dos cidadãos um direito a ser intervencionado cirurgicamente em x tempo em função da doença em causa e impondo-se a si mesmo o dever de o fazer, o qual incumprido, é judicialmente exigível.

Neste caso, estamos certos de que, havendo uma lista de espera com prioridades, os tribunais portugueses não poderiam, sem mais, dispensar esta intimação, ordenando ao hospital demandado o cumprimento daquele dever relativamente ao demandante, pois que teria de tomar em consideração não só a causa da violação individual que gerou aquele contencioso, mas, sobretudo, também, ponderar a situação dos restantes doentes em lista de espera para o mesmo fim cujos tempos também já haviam sido ultrapassados. Em suma: esta questão, tal como a da AIMA, é uma *teia de aranha* ou *uma ponte* que não pode ser intervencionada ou construída sem atentar nas consequências para o todo e, consequentemente, sem ter presente como critério de decisão todos os centros de interesse envolvidos.

Quando o momento chegou – e chegou de forma mais visível e mediática com o caso AIMA⁵¹ – também os tribunais portugueses, presos a uma conceção ultrapassada e errada de separação de poderes e na caixa de uma dogmática processual clássica, caíram na tentação de decidir o caso individual que lhes foi apresentado nos mesmos termos em que decidem o direito a uma indemnização de A contra B ou cumprimento de um contrato de trabalho entre X e Y. Fizeram-no conscientes de que a causa daqueles milhares de processos individuais era precisamente a mesma e comum a todos eles do

⁴⁹ Abordando este tema Fernandez, Elizabeth, A necessária judicialização do direito à proteção da saúde (entre os processos individuais e os processos estruturais), *Liber Amicorum a Benedita Mac Croire*, Vol. I, Editora Universidade do Minho 2022, págs. 355 – 376.

⁵⁰ Deixamos, aqui, apenas um exemplo dos TRMG fixados para uma situação específica nos termos da supra referenciada portaria: Procedimentos cirúrgicos programados - Para a generalidade dos procedimentos hospitalares cirúrgicos programados, o TMRG é fixado em 180 dias após a data da indicação para cirurgia, correspondente à data do respetivo registo no sistema de informação que suporta o SIGA SNS, podendo estes tempos ser encurtados em função do nível de prioridade atribuído à situação clínica do doente. Até 31 de dezembro de 2017 vigora o prazo de 270 dias contados da indicação para cirurgia

⁵¹ Com repercussões midiáticas inclusive no Brasil. Ver a reportagem “Brasileiros relatam caos na imigração em Portugal: ‘É um limbo eterno’ em <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2024/08/16/brasileiros-reclamam-de-regularizacao-em-portugal-limbo-eterno.htm>.

policentrismo do problema ou seja, da existência conjunta e simultânea de vários centros de interesse envolvidos.

Absoluta e benevolmente convencidos de que, *in casu*, não poderiam deixar de dispensar uma qualquer forma de tutela judicial, dispensou uma tutela individual decretando a intimação da AIMA para, no caso concreto e individual, intimando a iniciar o procedimento administrativo em causa, designadamente agendado a marcação da entrevista para o requerente. Assim decidiram sem ponderar a situação do requerente com a dos outros que sabiam ter idêntico problema, desconsiderando o evidente policentrismo do problema. Ao assim procederem produziram uma chuva torrencial de decisões atomísticas com o conteúdo suprarreferido, as quais, não só não resolveram o problema estrutural na base do mesmo, como ainda o pioraram. Criaram, inclusive, um outro que se traduziu no colapso dos tribunais administrativos, mais especificamente do TAC de Lisboa, no qual o maior número daquelas ações individuais deu entrada em atenção às regras de competência territorial aplicáveis ao caso produzindo ali, para já, 13.000 processos pendentes.

Cremos não estar muito enganados, nem padecer de pessimismo exagerado, quando prevemos que esta não vai ser a última vez que os tribunais em geral e, muito em especial, os administrativos vão ser desafiados em termos semelhantes no exercício da sua função. Já o dissemos: esta nova morfologia de conflitualidade não é um acaso, não vai passar, vai intensificar-se. Convém não enterrar a cabeça na areia e esperar que passe porque provavelmente tal não vai suceder.

Em vez disso, aos tribunais em geral, e, neste caso, aos administrativos é exigido um juízo de introspeção, analisando os efeitos da sua atuação na presente e situação e pensar como poderia ter sido diferente ou em como ainda pode ser diferente, uma vez que a situação se mantém e até está pior. Desde logo: tendo percebido que o que estava em causa derivava do colapso administrativo da AIMA (situação que nos processos não foi escondida, nem refutada) e conhecedor de que há uma lista de outros indivíduos em espera, ou seja, que o problema era policêntrico, não deveria o tribunal detetar a existência de contrainteressados (aquele que pode se prejudicado pela pronúncia judicial e que não foi demandado) e impor a entrada dos mesmos no processo, mediante formas

eficazes de comunicação para poderem ser ouvidos sobre a necessidade de satisfação do direito do demandante, designadamente de que padecem do mesmo problema?

Não poderia o tribunal administrativo ter acionado o mecanismo de tutela judicial massificada previsto no artigo 48º do CPTA⁵²? Não permitiria pelo menos este mecanismo a concessão de uma tutela judicial conjunta e não apenas uma tutela judicial que legitimasse a ultrapassagem de um sujeito por outro na fila da AIMA? A utilização deste mecanismo - ainda que imperfeito - teria pelo menos permitido: 1) evidenciar a causa estrutural da situação, apontando para uma solução global e não atomística 2) mostrar a cada um dos migrantes que não podiam recorrer (numa espécie de instrumentalização do poder judicial) ao tribunal para obter uma situação de vantagem na fila, o que, provavelmente, sossegaria o fluxo de entrada de ações em vez de o ter incentivado.

Contudo, nada disto foi ponderado, nem mesmo pelos tribunais superiores, num sistema processual no qual o juiz tem o dever de gestão processual e de adequação do procedimento, optando-se - lamentamos dizê-lo - pelo caminho mais fácil, para fugir a sete pés do caminho mais temido, que é o do alegado ativismo o da invasão dos outros poder do Estado, não compreendendo que também esta sua intervenção não deixou de ser uma denegação de justiça para os mais vulneráveis e, ao mesmo tempo, de ser uma forma de intromissão numa política pública.

⁵² O preceito dispõe o seguinte: nº 1 - Quando, num mesmo tribunal, sejam intentados mais de dez processos que, embora referidos a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam suscetíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a situações de facto do mesmo tipo, o presidente do tribunal deve determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento apenas a um deles e se suspenda a tramitação dos demais. Nº 6 - O disposto nos números anteriores também é aplicável quando a situação se verifique no conjunto de diferentes tribunais, podendo o impulso partir do presidente de qualquer dos tribunais envolvidos ou de qualquer das partes nos processos em causa. nº 7 - A aplicação do regime do presente artigo a situações de processos existentes em diferentes tribunais, segundo o previsto no número anterior, é determinada pelo Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, a quem compete estabelecer qual ou quais os processos aos quais deve ser dado andamento, com suspensão dos demais, oficiosamente ou mediante proposta dos presidentes dos tribunais envolvidos. nº 8 - Ao processo ou processos selecionados é aplicável o disposto no n.º 4 do artigo 36.º para os processos urgentes, intervindo no seu julgamento uma formação constituída pelo juiz do processo ao qual seja dado andamento prioritário, e por dois juizes de entre os mais antigos do tribunal, ou, em caso de seleção conjugada de processos, por três juizes de entre os mais antigos dos diferentes tribunais. nº 9 - A decisão emitida no processo ou nos processos selecionados é notificada às partes nos processos suspensos para, no prazo de 30 dias, o autor nestes processos desistir do pedido ou qualquer das partes recorrer da sentença proferida no processo ou nos processos selecionados.

O tribunal administrativo, com o recurso a qualquer um daqueles dois mecanismos que, de algum modo, coletivizariam as pretensões, aproximando-o da realidade e permitindo a consideração eficaz do policentrismo das situações, teria podido explicar a todos que não era possível intimar a AIMA a cumprir as suas competências, a não ser em termos gerais, para todos. Isso potencializaria uma plataforma deliberativa de consenso e de aproximação, sem imputação de culpas e de responsabilidades, que visasse criar remédios e soluções que pudessem desbloquear ou começar a desbloquear o problema em termos justos para todos os envolvidos. O tribunal reconheceria que havia um problema estrutural no funcionamento da AIMA (que nem sequer é responsabilidade do atual Governo em funções, mas que lhe cumpre resolver), e reconheceria que não é possível, a não ser mantendo a lista de prioridades da entrada do processo, obrigar a AIMA a dar início a todos os procedimentos em causa em determinado prazo.

Esse perfil de atuação jurisdicional poderia ser o catalisador e *pivot* de troca de informações e de ideias, de modo a construir soluções que permitissem, com mais ou menos afetação do erário, a retoma do normal funcionamento da AIMA e, conseqüentemente, resolução paulatina da demora no tratamento dos procedimentos de que os migrantes carecem, designadamente instando a administração e o governo a pensar e a apresentar um plano que permitisse chegar a soluções aceites por todos, permitindo a audição do demandante e dos demandado e de todos os concontrainteresados e, ainda, de outras entidades que pudessem aportar medidas colaborativas que permitissem, com segurança, o tratamento de tais autorizações de residência.

Os tribunais, neste caso, ter-se-iam transformado num palco onde dialeticamente podem ser encontradas soluções para problemas de natureza policêntrica que não podem, sem conseqüências fortemente negativas e contraproducentes, teimar em apenas ser resolvidos em termos de bipolaridade.

Não há uma receita mágica, à espera de ser usada pelo tribunal. O caminho tem de ser construído, mas o certo é que o tribunal não vai adjudicar uma decisão partindo dos parâmetros de modelo clássico de adjudicação. Mas também não irá deixar as partes entregues a si mesmas, sem qualquer intervenção, negando a tutela a uma população vulnerável e que, por lei, faz jus ao direito pleiteado. Se não é possível atender a todos – e

o direito precisa ser sensível à finitude do mundo – que se dê um encaminhamento paulatino e prospetivo à demanda, com um plano de ação que permita uma resposta ordeira e igualitária.

8. Em jeito de conclusão: necessidade de fortalecimento dos tribunais

Aqui chegados pode vaticinar-se, sem pessimismos exagerados, que os próximos tempos serão de fracasso de estruturas privadas, mas, também, das estruturas administrativa e legislativa do Estado e que direitos individuais e sociais serão violados e ficarão por realizar, cabendo aos tribunais funcionar como plataformas de entendimento ou de engajamento da resolução de alguns litígios.

A chave da solução está – cremos nós – em admitir como possível que as intersecções já admissíveis entre as diversas funções estaduais sejam recíprocas, designadamente admitindo, não apenas cedências da função jurisdicional em favor de entidades administrativas, mas, também, cedências funcionais de sentido inverso entre os órgãos titulares daqueles mesmos poderes.

Não podemos ignorar que problemas estruturais, nomeadamente em matérias relacionadas com a garantia judicial de direitos, e, por conseguinte, tangente de políticas públicas, abundam e vão multiplicar-se. Como bem detetou PAULO RANGEL⁵³ estamos perante uma nova *res politica*, caracterizada pela natureza assimétrica e francamente diferenciada dos atores políticos, acompanhada de uma cada vez mais ostensiva debilidade e de um apagamento dos poderes tipicamente estaduais. Ela se completa com um esquecimento progressivo e deslizante do Estado e das sociedades estatocêntricas, o que tem vindo a conduzir a uma espécie de medievalização do poder. Vivemos num mundo político em mudança, em que o poder esta desterritorializado e, como bem diagnosticou o referido autor, com centros políticos pulverizados, no qual o Parlamento não tem mais a capacidade de marcação de agenda dos problemas políticos e os executivos perderam capacidade de reação, tornando-se ostensiva a impotência do aparelho estadual para resolver os problemas políticos e outros.

⁵³ Rangel, Paulo Castro. O estado do Estado, ensaios sobre politica constitucional, sobre justiça e democracia, 2009 Edições D. Quixote, págs. 39 a 53.

No contexto suprarreferido, os tribunais precisam se adaptar para fornecer respostas jurisdicionais a direitos que também fogem às referências tradicionais da adjudicação. Negar direitos substantivos, ao argumento simplista de que estão a cargo de outros poderes seria um retrocesso para a efetividade da Constituição, das leis e do Estado de Direito. Conceder a tutela individual apenas agrava as crises já vivenciadas pelo executivo e pelos cidadãos, beneficiando os menos vulneráveis em detrimento dos mais desvalidos. Não há respostas claras e simples para problemas complexos. É preciso lidar com as suas causas e, de modo gradual, promover avanços que, de modo igualitário, enderecem as situações litigiosas. Quer isto dizer que começa a impor-se e a urgir mesmo que os tribunais, em particular os administrativos, quaisquer que sejam os modos e os termos da organização dessa nova funcionalidade, abandonem o exclusivo e original estatuto de instituição liberal, sede de satisfação e reconhecimento de direitos individuais e subjetivos para passar a desenvolver, sem medos, sem preconceitos e amarras funções próprias de uma instituição democrática processual e deliberativa.

Pensamos que admitir que os tribunais possam ser o palco ou o contexto em que as entidades com pretensão de poder nas situações suprarreferidas e nos condicionamentos explicados e estejam autorizados, sem dramas, para ir além da solução do problema individual ou coletivo que justificou que saísse da sua natural inércia, é algo com que, mais tarde ou mais cedo, teremos de nos confrontar como cidadãos e como juristas. Por uma razão muito simples: as alternativas são piores. Aliás, em Portugal já estamos a ver as claras consequências de negar a necessidade de adaptação funcional.

Para que tal suceda, temos, antes de mais, de fazer o empoderamento do poder judicial e evitar o risco presente e iminente de cair na funcionarização do mesmo, pois o exercício desta função excecional para tempos excecionais não se compadece de todo com um perfil ou modelo de juiz funcionário, exigindo um juiz particularmente independente e criativo, e especialmente responsável.

Como escreve PUGA⁵⁴, *lo cierto es que la intervención judicial frente a casos complejos es un territorio aún pobremente explorado por nuestra jurisprudencia. Sin*

⁵⁴ Puga, M. *La legitimidad...* págs. 306-307.

embargo, debe notarse también que resulta inevitable esa exploración, en la medida en que se vayan profundizando los lazos entre las pretensiones emancipadoras ciudadanas, y el control judicial a través de casos estructurales. Si la justicia avanza por el camino de ganar legitimidad democrática a través de su función social en lugar de sus compromisos orgánicos con los otros poderes, el desafío de casos estructurales complejos será inescapable. De manera que no parece razonable pensar que los jueces puedan dejar de ejercer la jurisdicción estructural, sino por el contrario, la tendencia es a expandir la exploración de la justicia en esa dirección. El camino de la jurisdicción estructural tampoco podrá evadir el de la remediación compleja. Insistir en cualquier de esas evasiones llevaría, inevitablemente, a un profundo debilitamiento del poder judicial, como consecuencia de su incapacidad de dar respuesta frente a quienes ya tienen sus intereses legítimamente reconocidos en el sistema jurídico.

Por mais estranho e inexplorado que pareça o terreno, o exemplo brasileiro, assim como o de outros países, mostra que, se os juízes portugueses estiverem dispostos a dar um passo adiante, poderão construir, passo por passo, um caminho todo novo. E esse caminho não é o de abdicar da separação de poderes, mas o de compreender que ela não é um conceito estanque, que possa ser lido fora do Estado de Direito, que também exige que o cidadão possa socorrer-se de uma jurisdição capaz de prover respostas adequadas, efetivas e tempestivas aos seus direitos.