

A NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE (ENTRE OS PROCESSOS INDIVIDUAIS E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS)

Elizabeth Fernandez*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.16>

1. Processos judiciais conexos com a satisfação do direito de proteção à saúde: tipicidade

Dispõe o artigo 64º da Constituição da República Portuguesa (CRP) que “todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover” e, ainda, que tal direito é realizado quer “através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito”, quer “pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e, ainda, pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável”. O nº 3 do mesmo preceito, utilizando a expressão “garantir” – e não qualquer outra menos intensa –

* Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho (memf@direito.uminho.pt).

estabelece que, para assegurar aquele direito, “incumbe, prioritariamente, ao Estado que todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, tenham acesso a cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação” e que “os recursos humanos e unidades de saúde devem ter uma racional e eficiente cobertura de todo o país”.

A par do rigor que o texto constitucional coloca na explicitação do conteúdo deste direito fundamental, o legislador e a administração, têm vindo a densificar, aliás, em cumprimento do direito previsto na lei fundamental, de forma cada vez mais intensa e detalhada, o conteúdo deste direito. Na verdade, se nos detivermos em lançar um olhar, ainda que breve, pela legislação da saúde vigente e pelas portarias que o Governo vai emitindo neste domínio, rapidamente concluímos, sem grande esforço, que se tem vindo, paulatinamente, a proceder a uma densificação das prestações de saúde.

Basta começar pela Lei de Bases da Saúde¹. A Base 2 deste diploma legal de valor reforçado detalha que todas as pessoas têm direito à proteção da saúde com respeito pelos princípios da igualdade, não discriminação, confidencialidade e privacidade; a aceder aos cuidados de saúde adequados à sua situação, com prontidão e no tempo considerado clinicamente aceitável, de forma digna, de acordo com a melhor evidência científica disponível e seguindo as boas práticas de qualidade e segurança em saúde; a escolher livremente a entidade prestadora de cuidados de saúde, na medida dos recursos existentes, bem como a receber informação sobre o tempo de resposta para os cuidados de saúde de que necessitem.

Sem prejuízo da importância que cada uma destas densificações representa para a definição do conteúdo concreto do direito fundamental à saúde, previsto no artigo 64º da CRP, permitimo-nos destacar, por um lado, o direito a aceder a cuidados de saúde adequados no tempo considerado clinicamente aceitável e, por outro, que tais cuidados sejam prestados de acordo com a melhor evidência científica disponível e seguindo as boas práticas de qualidade e segurança em saúde, tendo o sujeito necessitado dos mesmos o direito a escolher livremente a entidade prestadora de cuidados de saúde, na medida dos recursos existentes.

Mas a densificação do conteúdo do direito à saúde não se fica por aqui.

¹ Lei nº 95/2019, de 4 de setembro.

Convocando a Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do Serviço Nacional de Saúde (SNS), podemos, imediatamente, constatar que a mesma² visa garantir a prestação dos cuidados de saúde pelo SNS e pelas entidades convencionadas em tempo considerado clinicamente aceitável para a condição de saúde de cada utente do SNS, definindo os tempos máximos de resposta garantidos (TMRG), bem como o direito do utente à informação sobre esses tempos, sendo certo que a própria carta determina que deve ser anualmente publicada uma portaria para fixação dos referidos TMRG.

A referida Carta, no seu artigo 26º, dispõe que os TRMG devem ser fixados por portaria pelo membro do Governo responsável pela área da saúde nos seguintes vetores: i) cuidados de saúde primários, incluindo os cuidados domiciliários; ii) nos cuidados de saúde hospitalares, no que respeita a consultas externas hospitalares e cirurgia programada, ainda, iii) nos meios complementares de diagnóstico e de terapêutica, acrescentando que, gradualmente, os TRMG devem ser discriminados por patologia ou grupos de patologias. Ainda: em função da fixação dos TRMG os estabelecimentos de saúde do SNS devem fixar os seus próprios tempos de resposta, dentro dos limites máximos fixados.

Particularizando: na última portaria que definiu os TRMG³, o utente tem direito à prestação de cuidados em tempo considerado clinicamente aceitável para a sua condição de saúde; a escolher o prestador de cuidados de saúde, de entre as opções e as regras disponíveis no SNS; a participar na construção e execução do seu plano de cuidados; ao registo em sistema de informação do seu pedido de consulta, exame médico ou tratamento e a posterior agendamento da prestação de cuidados de acordo com a prioridade da sua situação; ao cumprimento dos TMRG definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da saúde para a prestação de cuidados de saúde, bem como a reclamar para a Entidade Reguladora da Saúde caso os TMRG não sejam cumpridos.

² Lei nº 15/14, de 21 de março (Lei consolidando a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde).

³ Portaria nº 152/17, de 3 de maio, em particular o Anexo III. Tempos, esses, que mercê da verificação de uma conjuntura pandémica que foi necessário resolver e controlar teriam podido ser alterados para tempos máximos maiores, mas assim não sucedeu, mantendo-se, apesar disso, o direito à prestação de TRMG sem alteração desde há 5 anos.

A mesma portaria prevê, ainda, que o utente tem direito a ser informado pela instituição prestadora de cuidados de saúde quando esta não tenha capacidade para dar resposta dentro do TMRG⁴ aplicável à sua situação clínica e de que lhe é assegurado serviço alternativo de qualidade comparável e no prazo adequado, através da referência para outra entidade do SNS ou para uma entidade do setor convencionado.

Apesar do quadro normativo explícito que acabamos de sumariamente identificar, se atentarmos no panorama das ações pendentes nos tribunais portugueses, concluiremos, rapidamente, ainda que de modo confessadamente empírico, que, em termos estatísticos, o contencioso da saúde tipicamente pendente coincide ou corresponde quase totalmente a ações de responsabilidade civil por atos médicos em que são demandados profissionais de saúde, hospitais privados ou públicos ou mesmo o Estado. Pode admitir-se como possível que em alguma parte desse contencioso (nomeadamente naquele que tem como entidade demandada estabelecimentos de saúde do SNS), o fundamento da indemnização peticionada assente em falhas de serviço daqueles estabelecimentos na prestação de cuidados de saúde. A densificação da prestação do direito à saúde, quando violada, transforma-se em fundamento para peticionar uma indemnização pelos danos que tal incumprimento causou no demandante.

A constatação desta realidade leva-nos a concluir que o contencioso da saúde é, ainda, quer na jurisdição comum, quer na jurisdição administrativa, de finalidade marcadamente ressarcitória, tendendo a ser peticionada a condenação no pagamento de uma indemnização pelos danos causados ao demandante por ato ilícito e culposo do demandado ou por falha de serviço da entidade que devia prestar os cuidados de saúde adequados em tempo, sendo pouco significativa, para não dizer praticamente inexistente, a postulação aos tribunais, especificamente aos administrativos, de pretensões que tendam a lograr o cumprimento em espécie da prestação devida e não cumprida.

Que motivos estarão na base de tal realidade?

⁴ 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.

Pensamos que as razões se concentram na falta de consciência de que o direito à saúde não tem mais como conteúdo mínimo o de direito de acesso ao SNS. Falta a percepção de que a teia de densificação que tem vindo a ser tecida sucessivamente e a que fizemos referência constitui, não uma mera indicação, mas corresponde a uma verdadeira vinculação dos poderes públicos responsáveis por esta área. Falta, cremos nós, a consciência, mesmo por parte da comunidade jurídica, de que o cidadão já não tem mais apenas um direito à saúde configurado com natureza meramente programática⁵, mas antes de natureza prestacional⁶.

A falta de consciência do atual conteúdo prestacional do direito à saúde e dos seus limites presentes não é, porém, o único responsável pelo monopólio do contencioso ressarcitório que registamos como o contencioso típico desta área. Consideramos que, mesmo aqueles que admitem claramente o conteúdo prestacional do direito à saúde⁷ embatem numa justiça, especificamente, a administrativa, que parece não estar legalmente apetrechada para condenar no cumprimento da prestação de saúde em falta.

Como refere Tiago Macieirinha⁸, esta conceção minimalista do direito fundamental da saúde tem de ser ultrapassada, pois já não é mais possível reconhecer este direito fundamental apenas como atribuidor de “uma posição jurídica que se analisa somente num direito de acesso a um serviço público, dentro dos limites da sua organização e recursos”. Como o referido autor, julgamos que o direito fundamental da saúde passou a ser – muito por causa da densificação paulatina de que foi sendo objeto a mãos do poder legislativo e do poder administrativo – “um direito com caráter obrigacional”⁹, pelo que haverá violação do mesmo, designadamente se e quando “não forem

⁵ J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 518-520; J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, vol. I, pp. 825-827.

⁶ Note-se que o texto legal apenas dispõe que o doente tem um direito de reclamação à ERS (Entidade Reguladora da Saúde) do incumprimento de direitos, designadamente do incumprimento dos TRMG. Mas da previsão do direito de reclamação não se pode inferir o afastamento do recurso a um tribunal para obter o cumprimento do dever em falta.

⁷ Em termos gerais, Jorge Reis NOVAIS, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010. Em termos específicos, no âmbito do direito fundamental à saúde, damos destaque a Tiago MACIEIRINHA, “Para uma reforma do Direito da saúde em defesa dos cidadãos”, *CJA*, vol. 148, Out. Dez 2021, pp. 55-58.

⁸ Tiago MACIEIRINHA, “Para uma reforma do Direito da saúde em defesa dos cidadãos”, *op. cit.*, p. 56.

⁹ Tiago MACIEIRINHA, “Para uma reforma do Direito da saúde em defesa dos cidadãos”, *op. cit.*, p. 56.

cumpridos os tempos máximos de resposta garantidos previstos pela entidade responsável pela saúde”.

2. A exigibilidade de prestações de saúde em contexto judicial

A conclusão a que chegamos conduz inexoravelmente a uma outra.

A de que, perante o incumprimento de prestações ou obrigações que integrem o direito da saúde, e porque a cada direito corresponde uma ação¹⁰, pode um dado sujeito credor dessa obrigação obter o cumprimento da mesma num tribunal administrativo, mediante a emissão de sentença condenatória¹¹.

Com efeito, como já expressamos numa outra ocasião¹², onde há um direito a uma prestação da saúde tem de haver o direito de ação, sob pena de se violar o direito subjetivo substantivo e o direito de ação, o último com consagração constitucional como direito, liberdade ou garantia de natureza análoga.

Portanto, no que toca ao *enforcement* do cumprimento por parte do Estado e dos estabelecimentos de saúde do SNS dos vários direitos prestacionais em que tem vindo a ser densificado o direito da saúde, resulta claro que uma certa leitura do princípio da separação de poderes e dos limites do exercício da função jurisdicional não pode continuar a atrofiar – como até aqui – o direito de proteção jurídica para satisfação deste direito, tal como é garantido pelo artigo 20º da CRP.

Também não o pode continuar a justificar o receio do surgimento de juízes ativistas.

É que precisamente o detalhe da densificação que tem vindo a ser feito no que se refere, desde logo, aos tempos de prestação dos cuidados de saúde em função do tipo de cuidados em causa e, até, das patologias em questão faz

¹⁰ Artigo 2º, nº 2, do CPTA.

¹¹ No mesmo sentido, Tiago MACIEIRINHA, “Para uma reforma do Direito da saúde em defesa dos cidadãos”, *op. cit.*, p. 57.

¹² Mais precisamente na intervenção que proferi nas Jornadas da Justiça Administrativa e Fiscal (Qualidade e Celeridade: impasses e soluções), organizadas pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP) e que tiveram lugar na casa o juiz nos dias 11 e 12 março de 2022. O título da intervenção proferida foi “O caso do termo de responsabilidade financeira perdido e da hérnia inguinal gigante com perda de domicílio: Tutela judicial do direito da saúde: realidade ou miragem?”.

com que a exigibilidade do cumprimento do mesmo não dependa de qualquer espaço de discricionariedade da administração devedora. A densificação ou, se se preferir, a tradução do conceito “tempo clinicamente aceitável” por um certo período de tempo, esvaziou de qualquer margem de liberdade a oportunidade da prestação desses cuidados e pressupõe que aquela prestação não depende da existência da alocação de recursos económicos e humanos para tal. Pelo contrário, aquela densificação temporal dada como correta pelo próprio Estado prestador serve de orientação ou de bitola para o mesmo Estado, no sentido de lograr os meios necessários, em termos de equipamentos e de recursos humanos, para cumprir a prestação a que se obrigou.

Por outro lado, quando já não se tratar da prestação de cuidados de saúde em tempo clinicamente aceitável, mas antes da prestação de um cuidado de saúde concretizado em específico tratamento, o direito à saúde é, ainda assim, um direito prestacional, pelo menos quando do que se trata é da administração de terapêutica infungível sem a qual o doente não pode ter tratamento adequado¹³. Fora desta hipótese a discricionariedade técnica do tratamento certo ou mais acertado não pode ser preenchido pelo tribunal diretamente, pelo que o acesso a um contencioso pleno fica limitado pelos contornos decisórios permitidos para estes casos pelo artigo 71º do CPTA¹⁴.

Assente que parece estar este ponto, ou seja, desmistificado que está, em nosso entender, a ideia de que um tribunal administrativo não pode condenar no cumprimento, em determinado período temporal, a prestar um certo tratamento dado como o indicado para o tratamento de certa doença ou situação patológica, deparamo-nos com outro problema: está legalmente prevista forma processual ou a ação adequada para o exercício deste direito?

Julgamos que a resposta deve ser afirmativa. A intimação para a defesa de direitos, liberdades e garantias, por permitir a postulação de um efeito jurídico que permita a satisfação do direito à saúde mediante a condenação na prestação do concreto direito à saúde não cumprido com a devida e necessária urgência, parece ser o meio mais adequado para efetivar o direito à saúde. Acresce que a maior parte das vezes o direito à prestação de saúde em

¹³ Neste sentido, Tiago MACIEIRINHA, “Para uma reforma do Direito da saúde em defesa dos cidadãos”, *op. cit.*, p. 57. Ver também, Maria João ESTORNINHO e Tiago MACIEIRINHA, *Direito da Saúde (Lições)*, pp. 55 e ss.

¹⁴ Isto se se entender que os limites cognitivos do tribunal previstos naquele preceito se aplicam, também, e, na mesma medida, quando o direito em satisfação é um direito, liberdade e garantia.

falta não se compadece com a proteção conferida por tutela cautelar, pois ninguém pode ser provisoriamente sujeito de uma intervenção cirúrgica e ninguém deve ser provisoriamente administrado um tratamento que depois venha a ser suspenso em sede de ação principal¹⁵.

O problema que se pode colocar é o de saber se o contencioso dos direitos fundamentais pode autorizar os tribunais administrativos a, em certos casos, e recorrendo, obviamente a uma participação no processo mais intensa das partes e até de terceiros, poder ultrapassar a fronteira da mera legalidade¹⁶.

3. Quando o problema de saúde já não é individual, mas estrutural

E se a situação de vida postulada ao tribunal para solução neste contexto não se traduzir apenas num problema individual, mas tiver como causa um problema estrutural? Sem grande esforço, vem-nos à mente a presente situação das urgências obstétricas no SNS.

É facto de todos conhecido que, no presente ano, e, mais precisamente no verão, as urgências obstétricas de vários hospitais estiveram encerradas vários dias por falta de médicos especialistas ou que as urgências daquela especialidade passaram a ter horário limitado de funcionamento. Qualquer uma das suas situações, determinou, a deslocação de grávidas em situação de parto para outros hospitais a centenas de quilómetros de distância ou, pura simplesmente, ao não tratamento atempado de certas situações de urgência obstétrica, já para não falar da circunstância de muitos partos terem tido

¹⁵ O meio poderá ser usado mesmo quando não se aceite que o direito à saúde tem conteúdo prestacional judicialmente exigível, se a falta de um dado cuidado de saúde puser em causa o direito à integridade física ou à vida, pois estes são direitos liberdades e garantias de natureza prestacional que podem ser judicialmente exigidos.

¹⁶ Com efeito, na tutela urgente dos direitos liberdades e garantias, ao contrário do que sucede na tutela de outros direitos de diferente natureza, o tribunal nos casos de ato de conteúdo estritamente vinculado, está autorizado emanar sentença substitutiva, em vez de sentença condenatória, sendo certo que o artigo 36º, nº 4, do CPTA limita a tramitação a supletividade para casos omissos nos processos urgentes, o que manifestamente não é o caso da definição dos poderes cognitivos do tribunal. Se por se tratar da defesa de um direito fundamental daquela natureza o tribunal passa a ter, dentro da esfera vinculada da administração, o poder de emanar decisões substitutivas (sem atribuir à administração sequer o dever de cumprir e, portanto, eliminando a possibilidade de invocação de causa legítima de execução) parece legítimo perguntar se, na defesa destes direitos, quando os poderes da administração possam ser exercícios com alguma margem de liberdade, não poderá o tribunal, excecionalmente, e, para defesa de direitos de natureza superior com proteção constitucional reforçada (artigo 20º, nº 5, da CRP), emitir condenação que extravase os limites previstos no artigo 71º do CPTA.

lugar sem a presença e intervenção do médico obstetra que seguiu a gravidez em causa.

Pensemos, agora, numa pessoa que decide acionar o Estado Português para garantir o seu direito à saúde em tempo útil em contexto obstétrico ou para requerer a reparação dos danos sofridos com a *falha de serviço* com que atualmente convivemos naquela área. O problema não é só de uma pessoa, mas afeta muitas outras, embora só uma ou uma parte dos afetados requeira tutela judicial. O direito a ser satisfeito é o direito prestacional a cuidados de saúde urgentes a grávidas. Mas o problema individual decorre ou é gerado por uma situação de desconformidade ou de desvio (legal ou não legal) que toma contornos sérios repetidos, ou mesmo, crónicos.

Quando tais situações ocorrem, o que os Tribunais seriam, se acionados, chamados a decidir, seria apenas o litígio individual (ou coletivo), satisfazendo ou não o direito fundamental em causa, quando o mesmo está suficientemente densificado, nos limites do exercício da função jurisdicional, isto é, respeitando o espaço da margem de livre apreciação da administração demandada. Todavia, os tribunais têm vindo a ser excluídos de levar a cabo e – diga-se em abono da verdade – têm-se auto excluído de praticar, é de conduzir processos com as características *supra* elencadas, no sentido de lograr, também, a reestruturação da situação que é a causa direta do litígio individual em resolução.

Basicamente, está entranhado no ADN do poder judiciário que esta função não só lhe é estranha, como lhe está terminantemente proibida, e, por isso, o seu exercício reputado como ilegítimo, não sendo da sua conta o exercício de funções próprias de outros poderes do Estado, nem o exercício de outra função estadual que não seja a estritamente jurisdicional, isto é, a de decidir litígios, aplicando regras de direito.

Mas o que é um litígio estrutural?

Absolutamente essencial para que possamos dizer estar em presença de um litígio estrutural é que seja possível identificar a existência de uma prática privada ou pública de uma dada organização que é desconforme com um normativo ou que, não sendo desconforme com este, é, apesar de tudo, desconforme com um dado estado ideal de coisas. Por via de regra, quando esta desconformidade generalizada e transformada em prática, se instala, a mesma corresponde, por via de regra, a uma situação policêntrica, multifacetada ou

de multipolaridade, ao exercício de tutela para direitos coletivos (quer estes sejam coletivos propriamente ditos ou difusos) ou, ainda, a direitos que se apresentam sob uma forma complexa.

Na verdade, como refere Arenhart¹⁷, as questões típicas suscitadas nos litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas, também, que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial. E, por via de regra, se o tratamento do problema estrutural interferir com interesses juridicamente relevantes de outras pessoas ou de entidades que se apresentem em lógica diferenciada ou mesmo antagônica, é manifesto que os litígios estruturais se apresentarão como complexos.

A complexidade não resulta, as mais das vezes, porém, da dificuldade do direito a aplicar ao caso concreto ou da dificuldade probatória, mas, antes, de conseguir o enunciado de uma norma-regra de solução daquele litígio estrutural, que diagnosticando o mesmo, dote uma dada realidade de uma nova estrutura ou organização (ao eliminar ou tentar eliminar o problema estrutural), tomando em consideração os efeitos das medidas necessárias para conseguir tal fim e, conseqüentemente, todos os interesses envolvidos derivados das participações que os sujeitos afetados ou potencialmente afetados.

Atrás de uma situação individual que clama por solução concreta e específica nos tribunais e que pode ser resolvida através do binómio adjudicatório de procedência/improcedência ou de procedência parcial/improcedência parcial é possível, em certos casos, detetar, também, um problema estrutural que, por via de regra é causa direta daquela. Conseqüentemente, é possível detetar em alguns litígios que são apresentados aos tribunais como individuais, uma prática ilícita ou que, pelo menos, põe em causa um estado de coisas considerado como ideal pela sociedade ou por dada comunidade, em determinado contexto espaço-temporal.

O problema é estrutural quando o desvio do que devia ser não é pontual, mas antes generalizado, verificando-se uma prática ou *standard* desviante que, por isso mesmo, introduziu em dado sistema uma desorganização ou quebra significativa de estrutura geradora não só de um conflito bipolarizado, mas

¹⁷ Sérgio Cruz ARENHART, “Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro”, *Revista de Processo*, ano 38, vol. 225, 2013, pp. 389-410.

de um conflito massificado ou, pelo menos, policêntrico ou multilateral. Este ponto comum verifica-se independentemente de o motivo da desorganização decorrer da violação de uma norma ou de um princípio constitucional ou de uma situação que não pode ser diretamente classificada como uma ilicitude.

Nestes casos pode ser necessária uma decisão estrutural. Esta, porém, não corresponde apenas a declarar o direito no caso concreto. Mesmo quando o faz, (por ter sido reclamada tutela para uma dada situação individual) ultrapassa a concessão desta forma de tutela para tratar da reorganização de uma dada situação, o que, como é manifesto, vai produzir efeitos para além do caso concreto. Essa decisão vai escapar à lógica do tudo ou nada, da procedência e da improcedência porque, pura simplesmente, decisões deste tipo não são suscetíveis de permitir a reorganização de uma dada situação.

A insusceptibilidade revelada pelo modelo adjudicatório típico de proceder a reestruturações ou reorganizações decorre, fundamentalmente, da circunstância de não ser possível reestruturar ou reorganizar apenas mediante decisões que julguem procedente uma dada pretensão ou que julguem improcedente no todo ou em parte um dado tipo de pretensão. Este tipo de decisão, assentando os factos em crise e aplicando aos mesmos o direito decide eficazmente, a maior parte das vezes, o litígio coletivo ou individual em causa. E isto sucede porque o decisor parte de uma alegação de uma situação histórica e real passada que já aconteceu totalmente ou que ainda está a suceder, pelo que, à partida, juízos de prognose judicial são estranhos a tal adjudicação.

Como facilmente se compreende, uma coisa é a criação de uma decisão que se limite a criar as linhas gerais para a proteção de dado direito que sofreu um problema estrutural, outra, bem diferente é estruturar a situação que colapsou. Com efeito, os processos que visam resolver um problema estrutural necessitam de obedecer a uma metodologia de adjudicação da decisão divergente da típica, ou seja, daquela que tem como objetivo a resolução de um dado litígio concreto entre duas ou mais pessoas.

Por via de regra, o decisor heterónimo de um conflito valida ou não valida as teses fatuais 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 fatural ou jurídica que complementa aquelas e através da qual o litígio também possa ser resolvido. Por isso, neste tipo de adjudicação vigora o princípio da congruência da

decisão¹⁸, 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, em termos gerais, o princípio o dispositivo e é o respeito pela liberdade das partes e pela vontade que as mesmas manifestam ou postulam através de atos processuais que comanda a atividade adjudicatória do tribunal na resolução daquele litígio. A decisão pela qual se adjudica a resolução será mesmo nula¹⁹ 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.

Aquele sistema adjudicatório, espartilhado pela vontade das partes e pelos limites dos pedidos ou fundamentos da sua defesa, não serve a um processo cuja finalidade não é só a de dirimir o litígio. Quando o litígio a resolver, no caso concreto, emerge de um problema estrutural e não de uma mera situação conjuntural, a decisão judicial para resolver aquele litígio pode ter de dar solução, também, ao problema estrutural que lhe está na base ou do qual aquele conflito decorre. E se assim é, a decisão a adjudicar pode não se bastar e, frequentemente, não se bastará, com uma lógica binária de procedente e improcedente, pelo que deixa de ser tão relevante o pedido concreto e específico que a parte formulou.

De resto, um sujeito, posicionado como autor neste tipo de processo pode não ter ao seu alcance os conhecimentos necessários para construir um pedido específico capaz de resolver o problema estrutural existente. O modo de resolver esse problema estrutural – cuja existência o tribunal terá de se encarregar de, em primeiro lugar, declarar a sua existência – 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

¹⁸ Entre nós, previsto no artigo 609º, nº 1, do CPC.

¹⁹ Artigo 615º, nº 1, alíneas d) e e), do CPC.

envolvidos no problema estrutural identificado, o qual como já deixamos escrito, é geralmente policêntrico e multilateral.

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, 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 procurar contributos e 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, solução, essa, que, por uma vez, pode sofrer recuos ou avanços em função da evolução do problema estrutural²⁰.

Nas palavras de Fiss, para o qual “a função jurisdicional não serve para resolver conflitos, mas para dar significado aos valores públicos”²¹, 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 e de ser vítima, pois um e outro estão entre si não estão entre si numa relação de correspondência, mas numa relação de mera instrumentalidade formal, devendo bastar ao tribunal, neste contexto, apenas, saber 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

²⁰ Para muitos dos que leem este texto, 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. 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 acompanhamento e implica conhecer os candidatos ao 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.

²¹ Owen FISS, “The forms of justice”, *Harvard Law Review*, vol. 93, nº 1, nov. 1979, p. 2.

grupo vitimado”²². Por sua vez, o réu também não se identifica com o autor de um ato ilícito ou que inflige o dano e 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 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, lançando mão de intermediários denominados mão de agências auxiliares (*special masters*) que executem a aplicação das tarefas estruturais desenhadas 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 latoos seja muito mais exigente nos processos estruturais que nos bipolares, tipicamente orientados para o modelo e adjudicação típico. Como refere Fiss²³, precisamente porque “num processo estrutural todas as partes têm com uma capacidade representativa”, isso deve levar “o tribunal a ser mais generoso em permitir que as partes que poderiam

²² Owen FISS, “To make the constitution a living truth: Four Lectures on the Structural Injunction”, in *AAVV, Processos Estruturais*, 3.ª edição, Editora Juspodium, 2021, pp. 44-47: “It is important to stress that the representational character of the eight prisoners flows from the nature of their claim and the structural quality of the remedy, not from the designation of the proceeding as a class action. As discussed, the class action rules have special notice requirements, making it necessary to give notice to those members of the class purportedly being represented in the class. This notice informs those who happen to receive it of the pendency of the suit and gives them an opportunity to object to the adequacy of the representation. In this way, the notice mandated by the class action rules will greatly aid the court in determining whether the representation is adequate, even if it is not enough to give rise to consent-based representation. Yet the court can and should require such notice even if the case is not brought as a class action: if it is brought on an individual or organizational basis. What requires the notice is the prospect of structural reform, not the formal designation of the plaintiff. The class action device will not enlarge the scope of the decree that is rendered; it will be the same as the plaintiffs might obtain if the suit were brought on an individual basis or by some civic organization. Admittedly, if the plaintiffs had brought the suit as an individual or in the name of a civic organization and lost, the consequences to the unnamed beneficiaries may seem less harsh than in the class action context since no one but the actual parties to the suit will be precluded under the doctrine of *res judicata* from initiating a new action against the prison authorities. In truth, however, this strikes me as a formal distinction, since the outcome of any subsequent litigation that might be brought by beneficiaries who were not parties to the original litigation would, under the doctrine of *stare decisis* and through the force of precedent, in all likelihood arrive at the same conclusion – that case has already been adjudicated”.

²³ Owen FISS, “To make the constitution a living truth...”, *op. cit.*, p. 50.

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 encontro dos moradores de uma cidade (*town meeting*)”.

Por outro lado, a intervenção jurisdicional, precisamente por ser reestruturante, obedece a uma lógica de continuidade e dialógica. Com efeito, o processo não se encerra de modo instantâneo com a prolação da decisão, exigindo sempre fiscalização e ajuste, ou nas palavras de Osna²⁴, a execução da sentença²⁵ poderia assumir uma composição institucional, sendo periodicamente revista e 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, as quais sejam capazes de 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 fatos 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.

A decisão estrutural é uma decisão bifásica que parte como pressuposto do reconhecimento ou da identificação de um dado problema estrutural para

²⁴ Gustavo OSNA, “Nem ‘tudo’, nem ‘nada’ – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos”, in AAVV, *Processos Estruturais*, 3.ª edição, Editora Juspodium, 2021, p. 470.

²⁵ A execução nestes processos não é eventual, sendo sempre uma fase necessária e longa, a qual envolve uma longa e contínua relação entre o juiz e a instituição para eliminação da situação desestruturada.

o qual produz uma decisão-regra. Porém, depois deste momento, é necessário que o decisor faça escolhas sobre o modo como essa decisão-regra vai ser objeto de aplicação prática, isto é, como é que se vai operar a decisão-regra concretamente.

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. Esta segunda fase da decisão estrutural faz convergir a racionalidade da decisão com as consequências das medidas através das quais se pode proceder à referida reorganização de dada realidade ou instituição. O decisor não irá optar por fazer a reestruturação que o autor lhe indicar e à qual o réu não tiver promovido defesa eficaz. Como já foi referido, autor e réu surgem, nestes processos, respetivamente, como os lesados/vítimas ou como os lesantes, mas como representantes (informais) dos grupos correspondentes ativos e passivos.

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. Por isso, esta será sempre 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, a decisão estrutural 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 enunciada²⁶, a qual está a ser testada à medida que vai sendo aplicada e

²⁶ Como refere Sérgio Cruz ARENHART, “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”, *Revista de Processo*, ano 38, vol. 225, 2013, p. 400, “é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principlológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as

executada, podendo bem suceder que aquele que tiver sido designado pelo tribunal como o administrador destas medidas (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.

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 reserva²⁷ que se exijam, as mais das vezes, a emissão de decisões que, à semelhança da norma legal, construam um sistema de transição ou de vigência transitória²⁸ para a reestruturação da falha detetada.

O policentrismo habitual²⁹ dos problemas estruturais, estabelecido 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 coisa julgada ou até um outro de grau imediatamente inferior.

necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida”.

²⁷ Fernanda Costa VOGT e Lara Dourado Mapurunga PEREIRA, “Novas técnicas decisórias nos processos estruturais”, in AAVV, *Processos Estruturais*, 3.ª edição, Editora Juspodium, 2021, pp. 396 e ss. Explica a ideia de as sentenças poderem ser complementadas em momento ulterior quando paulatinamente vão surgindo questões para resolver tal como se da construção de um puzzle se tratasse.

²⁸ O estabelecimento de um regime de transição é um apanágio das decisões estruturais. Neste sentido, Fredie DIDIER *et al.*, “Notas sobre as decisões estruturantes”, *Civil Procedure Review*, vol. 8, nº 1, jan.-apr. de 2017, p. 54, segundo o qual a imposição de um regime jurídico de transição entre a situação anterior e aquela que se busca implantar, concretizando, assim, o princípio da segurança jurídica.

²⁹ Habitual e típico, mas não 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.

A natureza prospetiva dessa decisão assenta numa mutabilidade fática e de circunstâncias que pode exigir alterações na fase da implementação ou execução, promovendo, muitas vezes, a necessária revisitação do plano gizado e em execução, emitindo novas decisões que consubstanciem, em função da novas variantes, outras medidas para alcançar a implementação da decisão-regra, as quais podem ter sido sugeridas por uma entidade específica na qual o decisor pode delegar funções de acompanhamento das medidas destinadas a reestruturação^{30 31}.

Sabemos que muitos obstáculos se perfilam diante da possibilidade de os tribunais proferirem decisões reestruturantes de problemas declarados como estruturais. Não ignoramos que rapidamente serão acenados, de novo, o princípio da separação de poderes, a impossibilidade de a jurisdição controlar algo mais do que a mera legalidade da atuação administrativa e 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 Fletcher³², “since trial court remedial discretion in institutional suits is inevitably political in nature, it must be regarded as presumptively illegitimate”³³. Resulta diretamente desta afirmação que, por via de regra, a intervenção dos tribunais em questões que implicam liberdade de apreciação e de escolha administrativa, ou no espaço em que a administração ou qualquer ou outro poder tem liberdade de decisão maior ou menor, está proibida.

Mas os estudiosos do tema dos *institutional suits* (que aqui poderemos traduzir por processos institucionais – e não meramente individuais ou

³⁰ ARENHART, *Reflexões sobre o princípio da demanda*, consultado em [https://www.academia.edu/es/221841/\[06.10.2022\]](https://www.academia.edu/es/221841/[06.10.2022]).

³¹ Antonio do Passo CABRAL e Hermes ZANETI, *Entidades de infraestruturas específicas para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolutions facilities e a sua aplicabilidade no Brasil*, p. 448.

³² William A. FLETCHER, “The Discricionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy”, *The Yale Journal*, vol. 91, nº 4, mar. de 1982, pp. 635-697.

³³ William A. FLETCHER, “The Discricionary Constitution...” , *op. cit.*, p. 637.

peçoais – ou, por processos estruturais) preveem, também, como possível 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”³⁴.

Como sublinham Eisenberg e Yeazell sempre se verificou um obstáculo histórico ao facto de os Tribunais poderem desempenhar função a 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 exemplo³⁵.

O eixo de análise do problema que assenta, essencialmente, no esforço de compreensão da geometria interativa³⁶ entre as funções do Estado imposta pela vigência cada vez mais intensa do Estado Social. A chave da solução está – cremos nós – a de admitir como possível que as intersecções já admissíveis entre as diversas funções estaduais³⁷ sejam recíprocas, designadamente admitindo, não apenas cedências da função jurisdicional em favor de entidades administrativas, mas também, cedências funcionais de sentido inverso. Anunciado que está o tema e as interpelações difíceis que o mesmo coloca, convém convocar, aqui, novamente, o problema estrutural, por oposição ao problema conjuntural. Aquele é a existência de um estado de desconformidade que se pode materializar numa situação de ilicitude crónica ou numa situação

³⁴ William A. FLETCHER, “The Discretionary Constitution...”, *op. cit.*, p. 637, 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”.

³⁵ Mas, é certo, que, nem todas as intervenções dos tribunais em tais litígios públicos respeitaram as regras do sistema e, por isso, no Brasil, em 2018, foram aprovadas alterações legislativas com vista a evitar ativismos judiciais desgovernados.

³⁶ A expressão é usada por José Manuel Sérvulo CORREIA e Francisco Paes MARQUES, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 57.

³⁷ José Manuel Sérvulo CORREIA e Francisco Paes MARQUES, *Noções de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 57. Como concluem os autores, após uma incursão clarificadora sobre as funções estaduais, o “Estado de Direito Democrático postula uma geometria operativa diferenciada entre as diferentes funções e que a reserva de funções tem ínsita uma dimensão positiva da separação de poderes na vertente racionalizadora do mandato organizatório-funcional do Estado de Direito Democrático. Contudo, segundo os mesmos, apesar disso são admissíveis intersecções entre as diversas funções estaduais num grau variável, cuja intensidade é ditada pelas ponderações a realizar entre os princípios constitucionais conflitantes”.

de desconformidade também crônica, mas não necessariamente ilícita, mas que, não corresponde ao estado de coisas considerado ideal, em determinado contexto. Trata-se, como escrevemos, de um estado de coisas que necessita de reorganização³⁸.

Devemos ter presente, também, que os problemas estruturais podem divergir e divergem frequentemente no grau de desconformidade de que padecem, mas a solução do mesmo implicará, certamente, uma tarefa diversa da solução do problema conjuntural que se pode ser apresentado ao tribunal também, não se concretizando por via de regra na emanção de um único ato instantâneo como condenar a ou reconhecer determinado direito, ou de julga a ação procedente ou improcedente. Tratar-se-á de decisões de um diferente calibre ou mesmo de diferente natureza, necessariamente mais complexas, menos instantâneas e mais duradouras, que não raras vezes carecerão de acompanhamento contínuo.

Portanto, sendo os litígios estruturais complexos e policêntricos, a solução a dar aos mesmos – a almejada reestruturação – tem de considerar não apenas, como é habitual, os interesses do autor e do réu, mas de todos os que podem vir a ser afetados pela decisão, pelo que é patente que o modelo de adjudicação não se pode bastar com um contraditório bilateral e circunscrito. O processo irá ser sede de um contraditório alargado que ausculte todas posições afetadas com uma possível reestruturação. O desvio do estado de coisas ideal não é pontual, mas generalizado, existindo um *standard* ou prática desviante e, por isso, a reestruturação não se pode bastar com uma decisão de procedência ou improcedência, uma vez que será necessários juízos de prognose sucessivos que estabeleçam metas de reestruturação e metodologia para as atingir.

A decisão de reestruturação não decorrerá da convicção do tribunal sobre os factos e da aplicação do direito sobre os mesmos. A decisão estruturante resultará da participação³⁹ e do consenso de todos os envolvidos e dos contributos prestado, podendo antecipar-se que a decisão adjudicada pelo

³⁸ Elizabeth FERNANDEZ, “Teoria das decisões estruturantes: primeira aproximação”, *Revista IUS DICTUM*, nº 6, jan. 2022, p. 36; e Fredie DIDIER *et al.*, “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”, *Revista de Processo*, vol. 303, maio de 2020, pp. 45-81.

³⁹ Por exemplo, com a elaboração de vários planos de reestruturação, com várias origens, que podem ser ponderados pela administração demandada.

tribunal poderá desempenhar um papel instrumental na reestruturação que pretende levar a cabo. Em suma, o tribunal vai emitir uma decisão que não assenta na aplicação estrita de regras de direito, pois do que se trata não é de saber a quem assiste razão, mas como dar corpo a um estado de coisas que o perdeu ou que nunca o esteve organizado como tal.

Finalizando, importa voltar a ter presente, como detalharemos noutro local⁴⁰ que a necessidade de reestruturação pode ao longo do tempo exigir metodologia e medidas diferentes, pelo que a decisão estruturante não goza, ou, melhor dizendo, não pode mesmo gozar de estabilidade, nos termos que a reconhecemos às decisões judiciais que decidem litígios não estruturais. Pelo contrário, o que se pretende das mesmas é flexibilidade máxima e daí serem automaticamente submetidas a períodos de revisão e a acompanhamento da reestruturação, muitas das vezes por supervisores judicialmente designados para o efeito.

É em face de um problema e de um processo com estas características que a questão identificada terá de ser refletida, pelo que fica desde já antecipado que aquilo que conhecemos e reconhecemos como o típico modelo adjudicatório das decisões dos tribunais será, nestes casos, necessariamente postergado.

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 da situação de vida ideal é serio e crónico – como é o caso relatado das urgências obstétricas – 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, resignando-se a esperar que um dia o órgão ou entidade competente exerçam as suas funções ou sejam sancionadas pelo incumprimento das mesmas nas urnas.

Se é verdade que o modelo desta intervenção não pode ser o clássico modelo adjudicatório, não é menos verdade que cabem ainda dentro da função jurisdicional – repete-se quando o que está em causa é de algum modo o

⁴⁰ Prevê-se a publicação de um outro texto sobre os litígios estruturantes na *Revista IUS DICTUM*, nº 9.

exercício de direitos fundamentais – as competências necessárias para determinar a orientar um processo de reestruturação participado e devidamente supervisionado quando o órgão ou órgãos que deviam exercer tal função estadual fracassaram por completo na execução da mesma.

Como escreve Fletcher⁴¹, “when the failure of the political bodies is so egregious and the demands for protection of constitutional rights so important that there is no practical alternative to federal court intervention, there is no need for a new legitimating normative or theoretical structure. Such intervention, for so long as it is essential for the protection of constitutional rights, is already legitimate”.

⁴¹ William A. FLETCHER, “The Discretionary Constitution...”, *op. cit.*, p. 697.