

ACESSO AO(S) DIREITO(S) E À JUSTIÇA(S) DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS EM PORTUGAL: UMA “REDE” FRAGMENTADA

ACCESS TO LAW AND JUSTICE OF FAMILIES AND CHILDREN IN PORTUGAL:
A FRAGMENTED “NETWORK”

João Pedroso¹



RESUMO

No contexto de uma mudança acelerada das famílias ocidentais e de mutação do respetivo direito de família, verifica-se, em contraponto, que as políticas e os regimes jurídicos de acesso ao direito e à justiça têm uma transformação lenta (e até um retrocesso). Esta discrepância aumenta o gap entre o direito de família e das crianças e as práticas de desigualdade e de vulnerabilidade, designadamente das mulheres e crianças no espaço doméstico, pelo que os meios de acesso ao (s) direito(s) e à(s) justiça(s) e de resolução dos litígios, nesta área de conflito social, são compostos por uma pluralidade de instâncias e de atores do Estado, da Comunidade e do Mercado ou em parceria. Estes meios constituem de uma “rede” não estruturada e fragmentada e atuam como compensadores das referidas desigualdades e como fator de mudança social.

Palavras-chave: Acesso ao Direito e à Justiça. Resolução de litígios. Direito e Justiça de família e das crianças.

ABSTRACT

In the context of a rapid mutation of the families and of the western family law we can find, in contrast, that the policies and the legal regimes of legal aid suffer a low transformation (and even a setback). This discrepancy increases the gap between family and children law and the practices of inequality and vulnerability, particularly of women and children in the domestic space. So, access to law and justice, in this area of social conflict, are composed of a plurality of institutions and actors from State, Community, Market in partnership that constituting a fragmented network capable of compensating inequalities and acting as a factor for social change.

Key words: Access to Law and Justice. Dispute Resolution. Law and justice of family and children.

¹ João António Fernandes Pedroso é investigador do Centro de Estudos Sociais (CES) e membro do Núcleo da Democracia, Cidadania e Direito. Licenciado em Direito, mestre em Sociologia do Direito, do Estado e da Administração e doutor em Sociologia do Direito, do Estado e da Administração pela Universidade de Coimbra.

Docente de Direito Comercial e de Direito do Trabalho na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Associado da Associação Internacional de Direito Económico, da Associação Portuguesa de Sociologia, do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. CV: http://www.ces.uc.pt/investigadores/cv/joao_pedroso.php.

1 A(S) FAMÍLIA(S), O DIREITO E OS MEIOS DE ACESSO AO(S) DIREITO(S) E À JUSTIÇA(S) DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS: OS DIFERENTES TEMPOS DAS SUAS MUTAÇÕES EM PORTUGAL NO CONTEXTO EUROPEU²

Nas últimas décadas, registam-se tendências comuns de mudança da família na Europa, relacionadas quer com transformações socioeconómicas e culturais, como a urbanização e industrialização, quer com a regulação da família, como a privatização, secularização e sentimentalização. Em termos gerais, desde meados da década de 1970, por toda a Europa homens e mulheres têm casado menos e tido menos filhos e em idades mais velhas do que as gerações anteriores, bem como têm coabitado e divorciado mais. Porém, o padrão familiar europeu continua a ser a vivência em casal, distinguindo-se, ainda, as famílias pela sua pequena dimensão (uma média de cerca de três pessoas). Foi nos países da Europa setentrional e ocidental que mais cedo se fizeram sentir a maioria das transformações demográficas (redução das taxas de nupcialidade e natalidade, aumento das taxas de divórcio, entre outras) o que, a par das especificidades políticas, culturais e socioeconómicas, se reflete, conseqüentemente, no perfil atual dos seus agregados domésticos, onde se registam das maior proporções de indivíduos a residirem sozinhos e casais sem filhos e uma maior informalidade nas

relações.³ Por oposição, os países da Europa meridional, onde se inclui Portugal, registam, ainda, as maiores percentagens de indivíduos a viverem com os pais e de casais a viverem com filhos.⁴

Assim, apesar das tendências gerais, existem também variações importantes entre as nações europeias na extensão, ritmo e período em que os desenvolvimentos nas famílias tiveram lugar, associados a fatores políticos, culturais e económicos. É este o caso de Portugal, em que a transformação da família começou o seu percurso mais tardiamente, em especial a partir da mudança política iniciada em 25 de Abril de 1974, marco histórico, também, no que toca à evolução socioeconómica e cultural do país.

Desde meados da década de 1970 até aos dias de hoje verifica-se que as formas de constituição e de organização da conjugalidade apresentam sinais de reforço da informalização do laço conjugal e de pluralização do leque de transições possíveis nos percursos familiares, crescendo-os de momentos de rotura e recomposição, em conformidade com uma visão menos institucional da relação a dois e da própria família e de individualização e realização pessoal. Tende-se a casar menos, cada vez mais tarde e mais frequentemente apenas pelo regime do casamento civil. Simultaneamente, em Portugal os casais têm filhos mais tardiamente e em menor número.

A transformação das famílias anteriormente enunciada reflete-se numa mutação acelerada da regulação jurídica da(s) família(s) nas sociedades ocidentais,

² Este artigo é subsidiário de um projeto de investigação (FCOMP-01-0124-FEDER-007368), financiado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia, no âmbito da qual foi elaborado um relatório (Pedroso et al. 2010) e uma dissertação de doutoramento (Pedroso, 2011).

³ Sobre a transformação da família na Europa cf., entre outros, Kiernan (2004), Therborn (1995).

⁴ Sobre a transformação da família em Portugal Cf, entre outros, Torres (1996), Torres et al. (2008), Wall (2005), Aboim (2006).

cuja análise permite identificar os seguintes eixos principais da mudança do direito de família e das crianças: a consagração do princípio jurídico da igualdade, a democratização da vida familiar e a paridade de gênero; o individualismo e a privatização do direito de família; a secularização, desinstitucionalização e contratualização das relações familiares; a valorização do afeto em detrimento da hierarquia e da tradição; a diminuição da importância da procriação na constituição das famílias; os direitos da criança no centro do novo direito da família; a (re)publicização do novo direito da família (crianças e igualdade de gênero); a fragmentação, retração e expansão do direito de família (do direito civil ao direito social ao direito criminal); a desjuridificação e a desjudicialização da resolução dos conflitos civis de família; o pluralismo cultural e normativo da regulação da família contemporânea (Pedroso e Branco:2008).

Este quadro analítico possibilita estabelecer uma relação entre as mudanças socioeconômicas, as mudanças na família e as mudanças no direito. Verifica-se, assim, que, nos últimos 30 a 40 anos, as grandes mudanças no direito da família e das crianças, em Portugal (Oliveira, 2004), ocorreram nos seguintes quatro períodos: a) de 1974 a 1978 – (a primeira rotura) a democratização do direito de família; b) de 1994 a 1995 – (a reforma da agilização) a abertura ao processo de desjudicialização do divórcio e de mutação do poder paternal e de adoção; c) de 1998 a 2001 – (a reforma dos direitos das crianças e da desjudicialização) o reconhecimento

das crianças como sujeitos de direitos; das uniões de facto e da simplificação e desjudicialização; e d) de 2006 a 2010 – (a segunda rotura) a publicização do crime de violência doméstica, a consagração do regime das responsabilidades parentais e a alteração do conceito de casamento (para possibilitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo). Estas roturas, reformas e continuidades têm uma preponderância da ação política (iniciativa do Governo e/ou da Assembleia da República), conjugada com a “ação pública” entre o Estado e as ONGs de democratização, reconhecimento dos direitos das crianças e das novas conjugalidades.⁵

As mutações do direito da família e das crianças estão diretamente relacionadas com uma transformação, também nos últimos trinta anos, dos meios de acesso ao direito e à justiça e da necessária mutação do sistema de resolução de conflitos da família e das crianças, em Portugal. O estudo das várias transformações ocorridas permite, por um lado, a apresentação de um “mapa” dos meios de acesso ao direito e à justiça e das entidades – judiciais e não judiciais (formais estaduais, formais não estaduais e informais) – que resolvem conflitos de família e das crianças em Portugal, que assentam numa repartição vertical entre as formas de adjudicação, no topo, e autocompositivas, na base da pirâmide da litigiosidade e de um sistema de resolução de litígios; e, por outro lado, as prestações do apoio judiciário (informação jurídica, consulta jurídica, patrocínio e resolução de litígios) aos cidadãos, de

⁵ Para maior desenvolvimento cf. Pedroso, Casaleiro, Branco (2011).

modo que tomem consciência e defendam os seus direitos (Quadro 1).

2 O DIREITO DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS NECESSITA DE EFETIVIDADE – O MAPA DOS MEIOS DE ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA (O ESTADO, A COMUNIDADE E O MERCADO)

A transformação da família e do direito da família e das crianças ocorrida nos últimos 40 anos em Portugal também significa a sua democratização substantiva e do espaço doméstico, de modo a compensar as desigualdades aí existentes, e, conseqüentemente, a correspondente mutação dos meios de acesso ao direito e à justiça de modo a que todos(as) possam ter consciência e exercer os seus direitos e deveres e a contribuir para um aprofundamento da cidadania individual e coletiva.

Há, assim, como se referiu, que mapear as instâncias judiciais e não judiciais de resolução de conflitos da família existentes, em Portugal, como parte integrante desses meios, de modo a que a oferta de justiça se adeque às necessidades e não reprima a sua procura, facilitando o referido acesso ao(s) direito(s) e à justiça(s) da família e das crianças. O estudo efetuado permite representar – quadro 1 – as estruturas e os atores, que existem atualmente, em Portugal, em ação, no âmbito do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, no qual se incluem as instâncias de resolução

de conflitos. Com o objetivo de analisar e representar “o sistema” ou “a rede” de acesso ao(s) direito(s) e à(s) justiça(s) da família e das crianças, construiu-se o “mapa” (quadro 1) de estruturas e atores, com recurso, aos conceitos de espaços de produção do direito (Santos, 1995: 411-455) e aos princípios de regulação política (Ferreira, 2005), analisando os atores que prestam informação jurídica, consulta jurídica, patrocínio e resolução de litígios, judicial e não judicial, nos espaços/princípios de regulação política da comunidade, mercado, Estado e “Estado em parceria” (ou seja, em que o Estado interpenetra e articula outros espaços/princípios, para, através de parcerias, prestar um serviço público)⁶.

⁶ Ferreira (2005), na esteira de Schmitter, chama a este espaço/princípio de regulação “associativo”, mas o conceito “Estado em parceria” parece-nos captar melhor a realidade subjacente.

Quadro 1 – Mapa da estrutura/atores da rede/sistema do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças em Portugal

| ESPAÇOS/REGULAÇÃO | PRESTAÇÕES | | | |
|---------------------------|---|---|---|--|
| | Informação jurídica | Consulta jurídica | Patrocínio | Resolução de litígios |
| COMUNIDADE | Associações informais e formais; ONGs Terceiro setor | Advogados e/ou Solicitadores de associações informais e formais; ONGs Terceiro setor | Advogados e/ou Solicitadores destas Associações | Terapia familiar/ Conciliação e Mediação informal Terceiras partes informais |
| MERCADO | Advogados e Solicitadores Juristas/técnicos de apoio à família Seguros | Advogados e Solicitadores Advogados de seguros | Advogados e Solicitadores Advogados de seguros | Terapia familiar/ Conciliação e Mediação (privada) |
| ESTADO | Administração pública (ex. Segurança Social, CIG, ACIDI, etc.) Ministério Público Provedoria de Justiça | Autarquias (advogados) Ministério Público (interesse superior da criança) | Ministério Público (interesse superior da criança) | Sistema público de Mediação Familiar Tribunais (comuns e especializados) Ministério Público Conservatórias do registo civil |
| ESTADO EM PARCERIA | CPCJ Estado e Associações | Nomeação de advogados pela O.A (apoio judiciário) para consulta | Advogados (patrocínio oficioso, nomeados pela O.A – apoio judiciário) | CPCJ |

Fonte: Adaptado de Pedroso e Branco (2008).

A análise deste quadro 1, permite afirmar que estamos perante um pluralismo regulatório dos meios de acesso ao direito e à justiça e (Ferreira, 2005: 80) da resolução dos conflitos da família e das crianças. Como se pode constatar, estes meios não se limitam ao sistema público (ou financiado pelo Estado) do apoio judiciário, mas existem também, sob outras formas, no Estado, na comunidade, no mercado e em formas híbridas. Este

pluralismo é composto pelos mecanismos judiciais, provenientes do Estado, assentes nos Tribunais e Ministério Público⁷; pelos mecanismos formais estaduais assentes no Ministério Público, no Sistema de Mediação Familiar, e Conservatória do Registo Civil; como, ainda, das Comissões de proteção de crianças e jovens, provenientes da parceria do Estado com a comunidade, e, por último, os meios disponíveis na comunidade e no mercado,

⁷ Fora deste Mapa ficam os mecanismos formais não estaduais da terapia familiar/conciliação/mediação, provenientes do mercado e da comunidade; e ainda os mecanismos informais, provenientes quer do mercado, quer da comunidade, através da ação dos advogados/solicitadores e/ou dos vizinhos e membros da família alargada, atuando por autocomposição assistida por terceiro e mesmo por autocomposição do conflito pelas próprias partes, sem recurso a qualquer instância mediadora.

ou seja o recurso a terceiras partes (amigo, padre, etc.) informais (Santos *et al.*, 1996).

2 OS ATORES PÚBLICOS

2.1 A INFORMAÇÃO E CONSULTA JURÍDICA E O APOIO JUDICIÁRIO: A AÇÃO DO ESTADO

No que toca ao sistema de informação sobre os direitos inexistente uma política pública de informação jurídica. Todavia, é importante salientar que ao Ministério Público compete desempenhar, na defesa do interesse público, um papel fundamental na promoção do acesso de algumas categorias de cidadãos ao direito e à justiça, pelo que, como resulta do seu estatuto (Lei n.º 60/98, de 28 de agosto), o Ministério Público tem duas importantes funções na área social: o atendimento/informação e a promoção judicial e não judicial da defesa dos direitos de determinadas categorias de pessoas, entre as quais se incluem a crianças.

Mas, antes de ter qualquer intervenção processual, o Ministério Público presta um importante serviço de atendimento e de informação aos utentes. A sua boa distribuição geográfica tem como consequência a existência de um sistema de informação em matéria de defesa

do interesse superior das crianças que abrange todo o território. Para além disso, este sistema de informação é gratuito, acessível e célere, desempenhando o Ministério Público um importante papel de articulação entre as várias entidades públicas que operam ao nível do sistema de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, de interface entre os cidadãos e os tribunais e todas as instâncias de promoção dos direitos das crianças.⁸

A par do Ministério Público surgem outros atores do Estado de relevo, tais como os serviços de Segurança Social, que, têm desde o ano de 2000, a atribuição de decidir os pedidos de concessão de apoio judiciário (nomeação de advogado para consulta jurídica ou representação em Tribunal), a quem o requer e preenche os requisitos de atribuição (insuficiência económica) e que prestam informação jurídica, pelo menos sobre o acesso ao regime de apoio judiciário e sobre a promoção dos direitos das crianças.⁹ Os critérios de aferição da insuficiência económica, apesar de terem sido alterados em 2007, continuam, porém, a ser bastante restritivos e seletivos, dado que colocam o patamar da acessibilidade de todas as modalidades do apoio judiciário, num rendimento líquido atendível do agregado familiar do requerente inferior a 315 por mês, ou seja, abaixo do salário mínimo, podendo-se, ainda, ter acesso à consulta jurídica e dispensa do pagamento ou ao pagamento faseado das taxas

⁸ Para maiores desenvolvimentos, cf Dias (2014).

⁹ Em 2000, com a Lei n.º 30-E/2000, introduziu-se um critério de elegibilidade dos beneficiários abrangente, o Ministério da Justiça financiou o sistema e a Ordem dos Advogados gere e nomeia os advogados, e desjudicializou-se para o Instituto da Segurança Social a apreciação dos pedidos de concessão de apoio judiciário – o que até então competia ao juiz da causa – e o procedimento de apoio judiciário passou a ser autónomo relativamente à causa respetiva. Em 2004 surge a Lei n.º 34/2004 que, para além de fazer a transposição da Diretiva Comunitária relativa aos litígios transfronteiriços e de alargar o seu âmbito também aos cidadãos da União Europeia, restringe os critérios de elegibilidade para aceder ao apoio judiciário. Em agosto de 2007 foi publicada a Lei n.º 47/2007, com a Ordem dos Advogados a exigir (e a conseguir) a manutenção do valor do pagamento aos advogados.

de justiça até ao rendimento líquido do agregado familiar atendível de 1.408.

Os pedidos de apoio judiciário analisados através dos dados estatísticos da Segurança Social subiram cerca de 243%, de 103.965, em 2001, para 253.349, em 2008, tendo sido concedidos, neste ano, 91.819, tendo sido indeferidos 26.521 (10,5%), encontrando-se a aguardar decisão 132.314 pedidos. Estes dados, para além de mostrarem a incapacidade da Segurança Social, em dar resposta aos pedidos de apoio judiciário, o que tem merecido a crítica da Provedoria de Justiça e de todos os outros intervenientes, também evidenciam de forma clara a sua especial relevância para aceder ao direito e à justiça. A modalidade mais requerida é a dispensa total ou parcial de pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo, seguindo-se, em 2008, a nomeação de patrono e pagamento dos seus honorários com 31,8% (46.434). De um modo paradoxal, o requerimento do apoio judiciário para consulta jurídica tem um peso muito baixo (1%). Poderão existir múltiplas leituras para este facto, desde o simples desconhecimento dos cidadãos desta modalidade de apoio judiciário e daí o seu não requerimento, passando pelo seu mau desempenho (acessibilidade, organização, qualidade da informação), até à disponibilização de informação jurídica através de outros meios, ou seja, serviços do Ministério Público ou o recurso aos advogados “do mercado” numa fase pré-judicial ou, ainda, através de obtenção da informação jurídica nas CPCJ ou nas associações da comunidade (ONGs).

Da análise dos dados da Segurança Social resulta, também, que a procura de apoio judiciário, na área do direito da

família e das crianças, representa 28% (21.121) da totalidade dos pedidos, sendo de referir que o apoio judiciário é concedido maioritariamente nos seguintes tipos de ações: relacionados com a rotura do casamento – 52,4% (11.053) (divórcio, separação de pessoas e bens, atribuição da casa de morada de família, alimentos) – e relacionados com os direitos das crianças (regulação das responsabilidades parentais, alimentos a menores, incumprimentos e tutela), representando 43,1% (9.094). Estes números significam que uma percentagem do apoio judiciário é pedida para ações que correm em instâncias não judiciais, como as Conservatórias do Registo Civil. E, ainda, que apesar da ação do MP, na justiça tutelar e, em especial, na instauração de ações de regulação das responsabilidades parentais, o apoio judiciário é mobilizado, em complemento da ação do MP, para a defesa dos direitos das crianças em tribunal, por um dos cônjuges, em regra, as mães, segundo as entrevistas efetuadas (Pedroso:2011).

Há, ainda, a considerar outros serviços do Estado, como a CIG – Comissão para Igualdade e Cidadania de Género –, o então ACIDI – Alto Comissariado para a Integração e Diálogo Intercultural –, a Provedoria de Justiça, que têm serviços de atendimento aos cidadãos e prestam informação jurídica (e encaminhamento), respetivamente sobre a igualdade de género, promoção dos direitos das mulheres e proteção das vítimas de violência doméstica, sobre os direitos dos imigrantes e, ainda, sobre os direitos das crianças e recomendações sobre o funcionamento da administração.

2.2 OS MEIOS ESTADUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS: OS TRIBUNAIS, O MINISTÉRIO PÚBLICO, AS CONSERVATÓRIAS DO REGISTO CIVIL E O SERVIÇO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR

2.2.1 OS TRIBUNAIS: A JUSTIÇA DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS DE COMPETÊNCIA GENÉRICA E DE COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA (ATÉ 1 DE SETEMBRO DE 2014)¹⁰

A Justiça da família e das crianças é a que se recorre, em Portugal, para que sejam reconhecidos os direitos consagrados no direito civil de família e os direitos das crianças (e outros incapazes em sentido jurídico) através das ações declarativas cíveis de família, das ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens, das ações tutelares cíveis, dos processos de promoção e proteção das crianças em perigo (vulgo crianças em risco) e dos processos tutelares educativos (crianças maiores de 12 anos e menores de 16 anos, a quem é imputada a prática de um crime). E, constituía-se, até 1 de setembro de 2014 em dois “territórios” e duas justiças de família e das crianças.¹¹

No litoral e nos maiores centros urbanos temos tribunais de competência especializada (os Tribunais de Família e de Menores) administrada por juízes de competência especializada e, noutros “territórios”, tinha-se, em ação, Tribunais de competência genérica¹².

A procura da justiça de família e das crianças, no início do séc. XXI, ela representa cerca de 11% da procura dos tribunais judiciais, enquanto a justiça civil representa 62%, a penal 18% e a laboral 9%. A justiça de família e das crianças que chega aos tribunais não está dominada pela justiça rotineira de cobrança de dívidas e significa a realização das funções políticas, instrumentais e simbólicas dos tribunais, cuja ação é uma compensação para o sofrimento e a vulnerabilidade social de quem a procura.

A justiça especializada dos tribunais de família e menores, localizada no litoral do país, com natureza mais urbana, abrange cerca de 50% da população e 19,8% do território, com um juiz por 60.000 a 80.000 habitantes e com tribunais com competência para uma área entre 100 km² e 5.000 km². Esta justiça caracteriza-se por dirimir 55% da litigação finda na justiça da família e das crianças, na qual se deve

¹⁰ Em 1 de Setembro de 2014 entrou em vigor a Lei da organização do sistema judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26/08, regulamentada pelo Dec-lei n.º 49/2004, de 27/03) que veio fazer uma nova distribuição territorial dos Tribunais e no que se refere à justiça de família consagrar a existência na quase totalidade do território nacional de tribunais especializados (Cf. Carmo:2015).

¹¹ Nos termos da Constituição da República e da Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, os Tribunais podem dividir-se em competência genérica, especializada e específica (artigos 211.º CRP), sendo que nos termos do artigo 22.º da Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto, os tribunais de comarca desdobram-se em juízes, que podem ser de competência genérica (artigo 110.º) ou especializada (artigos 111.º e ss.). A competência dos Tribunais de competência genérica está estipulada no artigo 77.º, da Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, sendo suas atribuições preparar e julgar os processos relativos a causas não atribuídas a outro tribunal. Por sua vez, aos tribunais de competência especializada compete conhecer causas de matérias determinadas, havendo tribunais especializados de várias espécies, como os Tribunais de Família e Menores (artigo 78.º da Lei n.º 3/99). A competência dos Tribunais de Família e de Menores está consagrada nos artigos 81.º a 84.º, da Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro (competência relativa a cônjuges e ex-cônjuges, competência relativa a menores e filhos maiores e competência para decretar medidas relativas a “menores vítimas” e inadaptados e que praticam actos qualificados como crime – dos 12 aos 16 anos), bem como nos artigos 114.º a 117.º, da Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto (competência relativa ao estado das pessoas e família – artigo 114.º, competência relativa a menores e filhos maiores – artigo 115.º - e competências em matéria tutelar educativa e de protecção – artigo 116.º).

¹² A organização judiciária portuguesa é regulada nos termos da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ), que, neste momento, se reparte entre a Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, e a Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto, sendo que esta última, que veio introduzir alterações substanciais, se aplica apenas, por enquanto, às comarcas-piloto Alentejo Litoral, Grande Lisboa Noroeste e Baixo Vouga, Nas restantes comarcas continua-se a aplicar a Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, pelo que, em determinadas áreas do território português, nos termos constitucionais (art. 211.º, da CRP).

salientar que satisfazem um procura superior em 71,9% das ações tutelares findas por 100.000 habitantes (496,9 processos por 100.000 habitantes), ou seja 63,1% (26.383 em 41.770) da totalidade de processos tutelares findos, ou seja, relativos aos direitos, defesa do superior interesse da criança e os casos em que aos adolescentes entre 12 e 16 anos sejam imputados factos qualificados como crimes. Caracteriza-se, ainda, por uma maior oferta e procura nas ações de divórcio e separação de pessoas e bens. A justiça da família e das crianças dos tribunais de competência genérica tem, por seu lado, uma maior oferta e procura nas ações declarativas cíveis relativas a conflitos de família (229,4 processos por 100.000 habitantes) e em procedimentos cautelares e urgentes (74 processos por 100.000 habitantes).

A procura e a oferta da justiça da família e das crianças confirmam que a dois territórios com características diferentes, como se referiu, correspondem dois padrões de litigação. A justiça especializada a resolver mais processos e centrada na justiça tutelar, ou seja nos direitos das crianças, e a justiça de competência genérica a resolver mais ações declarativas cíveis e procedimentos cautelares relativos à proteção dos interesses dos adultos, através de uma justiça de urgência.

Assim, os tribunais de família e menores potenciam a procura e a oferta e consequentemente o acesso ao direito e à justiça na promoção dos direitos das crianças, e nas ações de divórcio não consensuais, enquanto os tribunais de competência genérica tem mais procura e oferta nos conflitos de família de direito civil e nos procedimentos cautelares. A explicação deste diferente

perfil da justiça da família e das crianças especializada dos tribunais de família e menores em comparação com os tribunais de competência genérica assenta simultaneamente, por um lado, um conjunto de fatores externos aos tribunais, ou seja, as diferentes características socioculturais e sociodemográficas dos territórios que servem, em que os tribunais de família e menores têm um território mais urbano, mais juvenil, mais denso em termos de população, mais informação sobre os direitos e mais plural em termos culturais. Por outro lado, em termos de fatores internos, esta justiça especializada tem juizes e magistrados do MP especializados (ou que só tratam em exclusivo este tipo de litígios da família e das crianças), tem serviços de atendimento do MP aos cidadãos, acesso a mais recursos técnicos (v.g. psicologia, serviço social) de apoio e está mais centrada e sensível aos direitos das crianças.

Nesta análise da procura da justiça de família e das crianças através dos processos findos, é de assinalar a tendência de redução da procura e mobilização da justiça cível de família nos tribunais, devido às sucessivas intervenções legislativas desjudicializadoras, e o aumento da mobilização da justiça tutelar, ou seja, da procura dos processos judiciais relacionados com a promoção dos direitos das crianças. No entanto, na justiça civil de família há que salientar as tendências, por um lado, para a diminuição das ações de divórcio, devido à desjudicialização do divórcio por mútuo consentimento. Por outro lado, há que salientar o crescimento dos procedimentos cautelares, ou justiça urgente, para 24% da justiça civil de família.

A justiça tutelar é dominada pelas ações tutelares cíveis, que vêm o número de processos entrados quase duplicar, entre 2000 e 2010. Este crescimento deve-se à explosão da procura nas ações de regulação das responsabilidades parentais na sua maioria instauradas pelo MP, a pedido das mães das crianças. A pequena expressão judicial dos processos judiciais de promoção e proteção de crianças em perigo corresponde a um processo de consolidação da primeira linha de intervenção confiada às entidades públicas e da comunidade com competência na área da infância e juventude e, em especial, do segundo nível de intervenção atribuído às Comissões de proteção de crianças e jovens (CPCJ), nas quais deram entrada, em 2010, 26.338 processos, passando lentamente os tribunais a ser subsidiários destas duas primeiras linhas. Os tribunais não tiveram que responder à explosão da procura que foi encaminhada para as CPCJ e para a qual não teriam capacidade de resposta. São, assim, procurados como “instância de recurso”, o que é muito raro – iniciativa do MP para reapreciação das decisões das CPCJ – ou quando as CPCJ ainda não estejam instaladas ou não puderem, legalmente – falta de consentimento dos pais ou oposição da criança – ou materialmente, intervir (falta de meios).

No que respeita aos processos tutelares educativos, ou seja, os processos relativos às crianças que cometem crimes entre os 12 e os 16 anos (exclusive), observa-se uma redução expressiva do número de processos entrados de cerca de 9 mil em 2000 para pouco mais de 1.100 processos, em 2010. De referir, contudo, que os

inquéritos abertos no MP aumentaram, entre 2004 e 2010, só que o MP só abriu processos judiciais em 1.471 dos 8.459 processos entrados, ou seja, em cerca de 17%, em 2010. O retrato da justiça tutelar educativa, coloca, por um lado, o MP como a instância mais importante na resolução destes processos, e, por outro lado, não confirma o discurso mediático e político do crescimento da delinquência juvenil.

Na mobilização da justiça de família e crianças nos tribunais judiciais, a participação do Ministério Público, com recurso a dados do ano de 2010, centra-se sobretudo na área tutelar (89%), em especial nas ações tutelares cíveis, enquanto as ações declarativas cíveis de família representavam apenas aproximadamente 11% dos processos entrados no Ministério Público. Com recurso a outro indicador, ou seja, as estatísticas oficiais das ações declarativas cíveis no ano de 2006, o MP patrocinou 11% das ações declarativas findas, os advogados e estagiários nomeados no âmbito do apoio judiciário patrocinaram 6% das ações, deixando 61% aos advogados do mercado.

2.2.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO: O ALARGAMENTO DAS SUAS COMPETÊNCIAS – DE PROMOTOR A ARTICULADOR E A DECISOR

A resolução de litígios e a administração da justiça nas questões da família e das crianças, não se esgota, como se referiu, na ação dos tribunais. Nesse sentido, é necessário considerar, como se referiu, o movimento de desjudicialização¹³ que transferiu determinadas competências

e procedimentos “das mãos” dos juízes para a titularidade dos magistrados do Ministério Público. Assim, nesta área, o MP, para além de promover a defesa do superior interesse da criança e representar os incapazes, enquanto interesse público a prosseguir pelo Estado – colectividade e ente soberano, garante dos direitos dos cidadãos – tem competência para atuar, ainda, no âmbito da atividade das CPCJ¹⁴, e da resolução de litígios de família (artigos 3.º e 5.º, do Estatuto do Ministério Público, Lei n.º 60/98, de 27 de agosto).

A Lei n.º 147/99, de 1 de setembro (LPCJP) aprovou um “novo” estatuto para a ação do MP, na promoção e proteção dos direitos das crianças em perigo, que pode intervir por legitimidade própria (v.g. encaminhamento para adoção – art.º 68.º, al. a, LPCJP) ou, ainda, uma dupla dimensão prevista de forma bastante clara na exposição de motivos da LPCJP¹⁵: acompanha a legalidade e o mérito das deliberações tomadas pelas CPCJ “suscitando quando entender necessário, a respetiva apreciação judicial, podendo ainda estar presente nas reuniões e dar pareceres quando entender oportuno” e “é ainda o garante da boa articulação das comissões

de proteção com os Tribunais e do funcionamento harmónico do regime de promoção de direitos e proteção das crianças e jovens em perigo”¹⁶.

O Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, veio atribuir novas competências ao Ministério Público¹⁷, em sede de litígios da família e crianças, atribuindo-lhe competências de decisão em processos que anteriormente eram da competência decisória de magistrados judiciais. Assim, são da competência exclusiva do Ministério Público (art.º 2.º): as decisões relativas a pedidos de suprimento do consentimento, sendo a causa de pedir a incapacidade ou a ausência da pessoa; autorização para a prática de atos pelo representante legal do incapaz, quando legalmente exigida; e autorização para a alienação ou oneração de bens do ausente, quando tenha sido deferida a curadoria provisória ou definitiva¹⁸. O MP, ao assumir a decisão em processos de tutela de interesses dos incapazes e ausentes, cumpre a função de descongestionamento dos tribunais, decidindo, por exemplo, 3.437 processos, em 2008, e 3.401, em 2010.

¹³ Pedroso et al. (2002: 29) distingue informalização de desjudicialização, sendo que a justiça informal surge da comunidade e a desjudicialização, ou seja, a “resolução alternativa de litígios”, tem origem na transferência de competências dos Tribunais para entidades administrativas ou da comunidade, ou de parceria entre o Estado e a Comunidade. Para a análise do mapa completo do sistema de resolução dos conflitos de família e das crianças, incluindo os meios de resolução com génese no Estado, no mercado, na comunidade e de parceria entre o Estado e a comunidade, cf. Pedroso, Branco e Casaleiro, 2010.

¹⁴ Nos termos do artigo 3.º, nº 1, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, considera-se que a “intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de acção ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo”

¹⁵ Cf. Carmo (2002: 136 e ss.).

¹⁶ Relativamente às suas competências em matéria de Lei Tutelar Educativa, compete designadamente ao MP dirigir o inquérito, podendo decidir o seu arquivamento ou promover a sua continuidade através de processo judicial.

¹⁷ As ações de investigação oficiosa da paternidade sempre foram competência do Ministério Público (artigo 1864.º do Código Civil)

¹⁸ Para além destas competências, compete ainda ao Ministério Público, nos termos definidos pelo artigo 14.º, do diploma em análise, ou seja, quando for apresentado acordo sobre o exercício do poder paternal relativo a filhos menores em processo de separação ou divórcio por mútuo consentimento, pronunciar-se sobre o acordo no prazo de 30 dias.

2.2.3 A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS: A MEDIAÇÃO FAMILIAR¹⁹

A multiplicação das crises, dos conflitos e das roturas conjugais, aos quais se associam os conflitos de ordem patrimonial e extrapatrimonial, não cessou de ocorrer nas três últimas décadas, servindo de corolário à fragilidade estrutural dos casais, casados ou não, e à “psicologização” do direito da família e das crianças. Segundo Vezzulla (2006), a mediação familiar respeita o sigilo e a intimidade das partes, ajudando-as a solucionar os seus conflitos num clima em que os laços fundamentais são preservados, contemplando, dada a sua flexibilidade, as necessidades e os tempos que os mediados precisam para se relacionarem e poderem chegar (ou não) a um acordo.

Daí que se perceba, neste contexto, o tipo de esperanças depositado nas fórmulas de mediação familiar, tendentes a substituir o combate judicial e as negociações entre advogados pela assistência ativa de um terceiro neutro e afável, cujo papel é o de fazer com as partes encontrem, elas mesmas, as bases de um acordo durável e mutuamente aceitável, evitando a dicotomia entre vencedor/perdedor, tendo em conta as necessidades de cada uma e, em particular, as necessidades das crianças, num espírito de responsabilidade e com baixo custo (Meulders-Klein, 1999).

O Sistema Público de Mediação Familiar, no atual modelo, surgiu recentemente (em 2007) como uma nova forma de resolver os conflitos de família²⁰. É um serviço promovido pelo Ministério da Justiça - disponível desde 2008 em todos os concelhos de Portugal - que desenvolve

a sua atividade no âmbito da resolução extrajudicial de conflitos familiares, apresentando-se como uma forma informal, flexível, voluntária e confidencial que promove a aproximação entre as partes em litígio e as apoia na tentativa de encontrar um acordo.

Os mediadores familiares deslocam-se aos locais onde seja mais prático realizar as sessões de mediação, podendo estas realizar-se em espaços públicos (salas cedidas por municípios, freguesias, Julgados de Paz, entre outros) ou privados que se considerem adequados (associações e instituições de solidariedade social). A mediação familiar permite, em Portugal, mediar os seguintes tipos de conflitos: a) Regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício do poder paternal; b) Divórcio e separação de pessoas e bens; c) Conversão da separação de pessoas e bens em divórcio; d) Reconciliação de cônjuges separados; e) Atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos; f) Privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge; ou g) Autorização do uso do apelido do ex-cônjuge ou da casa de morada de família. A relativa novidade do serviço de mediação familiar, por sua vez, associada à escassez de informação quantitativa, permite-nos apenas assinalar a evolução positiva da atividade mediadora, ainda que embrionária e muito criticada por advogados e magistrados. Em 2010, o número de pedidos de informação e mediação não chegam aos 1.200, o que não reflete a expectativa da retórica defensora deste meio de resolução de conflitos.

¹⁹ O Estado – julgados de paz – e o Estado e a comunidade – centros de arbitragem – tem já em funcionamento outro meio de RAL, que não tem competência em matéria de conflitos da família e das crianças.

²⁰ Antes do início do processo de divórcio a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar, nos termos previstos na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

2.2.4 AS CONSERVATÓRIAS DO REGISTO CIVIL: A TRANSFERÊNCIA DE COMPETÊNCIAS

Através do Decreto-Lei n.º 272/2001²¹, de 13 de outubro, já com as alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, procedeu-se à desjudicialização e transferência de competências para as conservatórias de registo civil em matérias respeitantes a um conjunto de processos de jurisdição voluntária relativos a relações familiares – a atribuição de alimentos a filhos maiores e da casa de morada da família, a privação e autorização de apelidos de atual ou anterior cônjuge e a conversão da separação em divórcio, quando se verifique ser a vontade das partes conciliável e sendo efetuada a remessa para efeitos de decisão judicial sempre que se constate existir oposição de qualquer interessado. Passaram ainda a ser decididos pelo conservador de registo civil os processos de reconciliação de cônjuges separados, aos quais, por natureza, não corresponde uma situação de litígio. E passou a ser da competência exclusiva da conservatória do registo civil a dissolução do casamento em caso de divórcio por mútuo consentimento (artigo 14.º).²²

As conservatórias do registo civil desempenham um papel primordial na resolução (consensual) de processos de divórcio e separação de pessoas e bens – cerca de 50%, em 2010 (19.671) – o que está diretamente relacionado com fatores de diversa natureza, como a “naturalização” social da resolução destes conflitos

por consenso, o preço fixo, a desnecessidade de advogado, a maior proximidade (em comparação com um tribunal) com as pessoas, a existência de apoio judiciário para os processos que decorram nas conservatórias do registo civil, a certificação célere de uma solução consensual, com a disponibilização a todos os cidadãos de minutas de preenchimento simplificado e, ainda, a aceitação do acordo de regulação das responsabilidades parentais e a realização de partilha dos bens comuns, se for essa a vontade das partes.

2.3 O APELO À PARCERIA, AO MERCADO E À COMUNIDADE

2.3.1 A INFORMAÇÃO, CONSULTA JURÍDICA E APOIO JUDICIÁRIO

O Estado, de modo a cumprir a sua obrigação constitucional de garantir um sistema de acesso ao direito e à justiça, para além de recorrer à administração pública (Instituto da Segurança Social, CIG) e à ação do Ministério Público, também tem vindo a desenvolver parcerias para o desenvolvimento do sistema de apoio judiciário. Assim, como se referiu, o Estado (Ministério da Justiça e Segurança Social) financia e concede a prestação social de apoio judiciário, mas contratualiza com a Ordem dos Advogados, a seleção, gestão e nomeação de patrono oficioso (artigo 30.º da Lei n.º 47/2007) no caso de o pedido

²¹ Cf. os artigos 5.º a 15.º do citado diploma.

²² A 18 de Julho de 2010 (artigo 87.º, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 1/2010, de 15 de janeiro, já que na anterior redação esta lei entraria em vigor em 18 de janeiro de 2010) passou também a ser formalmente da competência das conservatórias do registo civil (bem como dos cartórios notariais) o processo de inventário, nos termos consagrados pela Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho. Ainda que este regime esteja em vigor não se encontra ainda a ser aplicado por “instrução” do Ministério da Justiça. Assim, é da competência das conservatórias do registo civil efetuar as diligências do processo de inventário, ainda que o juiz tenha o controlo geral de todo o processo (artigo 3.º, 4.º e 6.º). Este regime tem sido objeto de variadíssimas críticas. Ver, em especial, o artigo de opinião do Bastonário Marinho e Pinto (cf. <http://www.inverbis.net/opiniao/marinhopinto-desjudicializacao.html>).

de apoio judiciário ser deferido pela Segurança Social.²³ No plano da comunidade, devem ainda ser mencionadas as organizações não-governamentais que fornecem informação jurídica e encaminhamento para as entidades e instâncias competentes (MP, apoio judiciário, etc.) em diversas áreas ligadas à família e às crianças, como é o caso das ONGs ligadas ao apoio às vítimas, em especial as vítimas de violência doméstica, à promoção e proteção dos direitos das crianças ou às famílias e seus direitos.²⁴

No plano do mercado, o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças é, essencialmente, constituído pelo recurso à contratação de advogados e solicitadores (estes essencialmente em questões patrimoniais), que prestam serviços jurídicos a quem lhes puder pagar. Pode ainda dizer-se que, em termos de mercado, continuam a ser os advogados a fornecer o grosso da informação e do patrocínio jurídico. Ainda não é significativa a existência, nesta área, dos seguros de proteção jurídica. É consensual que o mercado advocatício considera a área de litigação da família e das crianças desinteressante, em termos de rentabilidade, e não lhe confere especial atenção.

3.5.2 AS COMISSÕES DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS (CPCJ): UMA PARCERIA ENTRE O ESTADO E A COMUNIDADE PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA (JUSTIÇA DE PROXIMIDADE)

A partir da década de sessenta ocorreu, em vários países ocidentais, a transformação dos seus sistemas de promoção dos direitos e proteção das “crianças em risco”. Essa evolução decorreu no sentido de desjudicializar essa intervenção, com um apelo à intervenção da comunidade, evoluindo para sistemas de intervenção, essencialmente, administrativa – Alemanha, Inglaterra, Bélgica, Itália, Canadá, Estados Unidos, Suécia –, em regra centrados em serviços de proteção à infância e juventude organizados no âmbito de uma segurança social estadual, regional ou municipal²⁵. No entanto, em países como a França e a Dinamarca mantêm-se sistemas mistos em que se encontra ainda prevista uma forte componente de intervenção judicial.

Em Portugal, o coração do sistema de proteção está, desde 2001, com a entrada em vigor da Lei n.º 147/99, de 01 de setembro, centrado nas Comissões de proteção de crianças e jovens, com intervenção subsidiária do Tribunal se os pais ou representante legal não derem consentimento²⁶, a *criança ou jovem com idade igual ou superior a 12 anos se opuser*²⁷; não exista comissão no município ou na freguesia da respetiva área de residência, ou esta entender que não tem condições

²³ Para além disso, a Ordem dos Advogados devia ter, nos termos da lei, em funcionamento Gabinetes de Consulta Jurídica (GCJ), onde os cidadãos podem dirigir-se e pedir informação e consulta jurídica sobre a defesa dos seus direitos e interesses. A maioria dos GCJ tem a actividade suspensa, por falta de protocolo de financiamento com o Ministério da Justiça.

²⁴ É o caso da APAV, da *CrescerSer*, da *Associação Família e Sociedade*, da *Pais para Sempre*, da *UMAR*, entre outras.

²⁵ Por todos, confrontar Pedroso e Fonseca (1999) e Torres *et al.* (2008).

²⁶ Artigo 9.º Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP).

de atuação. No entanto, as CPCJ intervêm, também, subsidiariamente, apenas quando as entidades com competência em matéria de infância e juventude não conseguem “*atuar de forma adequada e suficiente a remover o perigo*”²⁸,²⁹ em que crianças e jovens se encontram e *funcionam em modalidade alargada ou restrita*³⁰.

As CPCJ encontram-se dotadas de autonomia funcional e *têm competência na área do município onde têm sede*³¹. Uma vez que têm uma natureza interinstitucional e pluridisciplinar, são compostas por um representante do município, um representante da Segurança Social, um representante dos Serviços do Ministério da Educação, um médico, um representante das instituições particulares de solidariedade social, um representante das associações de pais, um representante das associações ou outras organizações privadas que desenvolvam atividades desportivas, culturais ou recreativas destinadas a crianças e jovens, um representante as associações de jovens, um ou dois representantes das forças de segurança, quatro pessoas designadas pela assembleia municipal ou pela assembleia de freguesia, técnicos que venham a ser cooptados pela comissão com formação em serviço social, psicologia, saúde, direito e

até cidadão com especial interesse pelos problemas da infância e juventude³².

As CPCJ intervêm como um terceiro autónomo e independente na defesa do superior interesse da criança e do jovem em perigo. Ao contrário do mediador que não decide e não julga o conflito de interesses, circunscrevendo-se a sua atividade, em última ratio, à sugestão ou à proposta de soluções, que as partes aceitarão ou não, conforme lhes aprouver, as CPCJ decidem qual será a medida aplicada, os termos em que será cumprida e o seu prazo de duração. Esta decisão, para ter valor jurídico necessita do acordo dos pais, representantes legais ou guarda de facto da criança e da não oposição desta, se tiver mais de 12 anos (ou maturidade similar).

²⁷ Artigo 10.º LPCPJ

²⁸ Artigo 8.º LPCPJ.

²⁹ As entidades com competência em matéria de infância e juventude têm competência circunscrita a determinada área – saúde, educação entre outros sectores – devendo orientar a sua ação para o sector em causa. A sua intervenção é inicial e de primeira linha, estabelecendo o primeiro contacto com as entidades em causa e o jovem, de acordo com a participação direta deste e dos seus pais. É esta logo a primeira ideia que norteia a justiça de proximidade e que faz intervir infantários, escolas, centros de saúde, serviço local de segurança social, entre outros.

³⁰ Artigo 16.º LPCJP.

³¹ Artigo 15.º, número 1, LPCJP.

³² Artigo 17.º LPCJP. A comissão funciona nas modalidades restrita e alargada. À comissão, na sua modalidade de alargada, compete promover os direitos e prevenir situações de perigo para a criança e jovem devendo portanto, atuar junto da comunidade em que se insere, informando-a dos direitos das crianças e jovens, promover ações e colaborar com entidades competentes tendo em vista a deteção de factos e situações que possam afetar direitos da criança e pôr em causa a sua segurança, saúde e formação, bem como colaborar no diagnóstico e na implementação das respostas sociais necessárias para evitar ou reparar as referidas situações de perigo.

O artigo 12.º, n.º 1, da LPCJP define a natureza das CPCJ³³. Assim, “as Comissões de proteção de crianças e jovens (...) são instituições oficiais não judiciárias com autonomia funcional que visam promover os direitos da criança e do jovem e prevenir ou pôr termo a situações suscetíveis de afetar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral”. Parece evidente e claro, por parte do legislador, a classificação das CPCJ como entidades com uma natureza jurídica *de instituição não judicial de administração da justiça*. Desde logo porque, assim, como “Os Tribunais são independentes e estão apenas sujeitos à lei”³⁴, também as CPCJ “deliberam com imparcialidade e independência”³⁵. Além disso, da mesma forma que os Tribunais asseguram “a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” e dirimem “conflitos de interesses públicos e privados”³⁶ também as CPCJ “visam promover os direitos da criança e do jovem e prevenir ou pôr termo a situações suscetíveis de afetar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral”.

No n.º 2, do artigo 12.º, dispõe-se que as CPCJ “exercem as suas atribuições em conformidade com a lei”. A competência para resolver litígios, em obediência ao princípio da legalidade, em detrimento da

equidade e da discricionariedade, embora fundamentada, bem como de investigar livremente os factos, recolher as provas e promover as diligências que repute necessárias à descoberta da verdade tem como consequência que as CPCJ são uma instância de resolução de conflitos relativos à promoção dos direitos e à protecção das crianças em perigo.

Os Processos de Promoção e Protecção (PPPC), nas CPCJ, estão especificamente previstos nos artigos 93.º e seguintes, da LPCJP, dispondo-se desde logo que as comissões intervêm a solicitação da criança ou do jovem, dos seus pais ou representante legal e por sua própria iniciativa quando tiverem conhecimento da situação de perigo.³⁷ Estão sujeitos a princípios orientadores de entre os quais se destacam “o superior interesse da criança”, a “privacidade” – deve a intervenção ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva pela vida privada, “intervenção mínima” e “proporcionalidade e atualidade” – a intervenção para além de dever ser necessária e adequada à situação de perigo só deve

³³ Quanto à sua natureza jurídica, estamos em crer que as CPCJ não se inserem em nenhuma das figuras típicas do Direito Administrativo. O facto de não deterem património nem órgãos próprios ou poderes de autoridade para intervir sem o consentimento dos familiares ou do menor com mais de doze anos afasta-as das pessoas coletivas públicas. Não são também entidades administrativas independentes porque não têm personalidade jurídica e estão sujeitas a um controle de mérito por parte da Comissão Nacional. Não são igualmente, associações públicas, associações administrativas ou institutos públicos. Defendo que as CPCJ são, nos termos constitucionais, uma instituição de administração da justiça não judicial (justiça de proximidade).

³⁴ Artigo 203.º da CRP.

³⁵ Artigo 12.º, n.º 2 LPCJP.

³⁶ Artigo 202.º, n.º 2 da CRP.

³⁷ Após esse conhecimento as CPCJ devem proceder à audição da criança, jovem, pais ou representantes legais, iniciando-se dessa forma o processo, recolhendo-se “informações, diligências e os exames necessários e adequados ao conhecimento da situação, à fundamentação da decisão, à aplicação da respetiva medida e à sua execução” (artigo 97.º, n.º 2 da LPCJP). A decisão será tomada pela comissão restrita arquivando o processo se a situação já não persistir ou aplicando a medida adequada. Após essa decisão os pais, representante legal ou pessoa que tenha a guarda do menor, assim como o menor com idade igual ou superior a 12 anos podem prestar consentimento ou manifestar a não oposição sendo, dessa forma, a decisão reduzida a escrito, tomando a forma de acordo.

interferir na vida da criança e da família na medida do estritamente necessário³⁸.

Parece portanto, que todo este processo que tem em conta princípios fulcrais processuais como o princípio do contraditório³⁹, (respeitado aquando da possibilidade de a família, ou o menor com idade superior a 12 anos poderem não dar o seu consentimento ou manifestarem a sua oposição à medida aplicada pela comissão – artigo 98.º, 2 da LPCJP “a contrario”) princípio da cooperação, princípio da concentração⁴⁰ (verificado no facto de as CPCJ e os Tribunais se deverem abster de “ordenar a repetição de diligências já efetuadas”⁴¹) e princípio da aquisição processual (segundo o qual a verdade processual deve coincidir, tanto quanto possível, com a verdade material). Assim, devido à sua definição, competências, composição, obediência à lei, princípios processuais e procedimentos, as CPCJ não são uma pessoa jurídica de natureza administrativa, mas sim, uma instituição não judicial de administração da justiça e que constitui um meio de justiça de proximidade.

Já nas CPCJ é de salientar o aumento exponencial, nos últimos anos, do fluxo processual, atingindo 26.338 processos, em 2010. Este aumento resulta quer do crescimento do número das comissões, quer da maior visibilidade e crescente reconhecimento da legitimidade da sua ação, na promoção e proteção dos direitos das crianças. A análise desenvolvida permite-nos avaliar não só a atividade

direta das CPCJ, como aferir a importância da atividade de outros serviços do Estado, como as autoridades policiais ou os estabelecimentos de ensino e de saúde, na proteção dos direitos de crianças e jovens e, conseqüentemente, no acesso direito e à justiça, através da observação das entidades sinalizadoras de crianças e jovens, em perigo, que a nível nacional são responsáveis por 19% e 31,4%, respetivamente, das sinalizações.

As CPCJ constituem, assim, uma parceria fundadora entre o Estado e a comunidade e um meio de justiça de proximidade, que facilitam o acesso ao direito e à justiça da família e, em especial, das crianças e que constitui, no espaço público, uma rede de controlo social da família e de defesa dos direitos e proteção das crianças em situação de perigo, que deixaram de ser um questão de natureza privada.

³⁸ Artigo 4.º da LPCJP.

³⁹ Segundo este princípio a lei oferece a cada parte possibilidade de contestar e controlar a actividade da outra ao longo de todo o processo.

⁴⁰ O princípio da concentração postula que seja feita uma prossecução tanto quanto possível unitária e continuada dos atos processuais que devem desenvolver-se concentradamente no tempo e no espaço.

⁴¹ Artigo 83.º da LPCJP.

4 EM CONCLUSÃO: UMA NOVA RELAÇÃO ENTRE O JUDICIAL E O NÃO JUDICIAL NO CONTEXTO DE UMA “REDE” FRAGMENTADA DE ACESSO AO(S) DIREITO(S) E À(S) JUSTIÇA(S) DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS

A partir das mutações em análise, pode-se constatar, em Portugal, uma transformação acelerada da família, nas últimas décadas a que corresponde, de modo reflexo a transformação do direito de família e das crianças e, ainda, mais tardiamente e de modo mais lento, o aparecimento dos diversos meios de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.

Após a reforma do direito da família, de 1977, o campo de intervenção do sistema judicial cresceu na área da família e das crianças. Verificou-se, nos finais do século XX, uma escalada no crescimento de processos judiciais ligada à curva demográfica ascendente das separações e dos divórcios e das suas sequelas pessoais e patrimoniais. Ao mesmo tempo, esta tendência é acompanhada por uma desjuridificação das relações familiares e uma desjudicialização dos seus litígios. O processo de desjudicialização, surgido com o propósito de adaptar a justiça formal ao carácter íntimo e pessoal das matérias familiares (e, também, de descongestionar os tribunais), tem também o efeito “perverso” de desritualizar a justiça e de poder induzir as partes em erro sobre os objetivos reais das ‘conversas’ que terão com o juiz “no seu gabinete”, ou com o MP, ou ainda, com os mediadores, conversas

que não são mais, por vezes, do que verdadeiros julgamentos com força executória (Meulders-Klein, 1999: 562/563). A justiça “não judicial”, quando as partes se encontram numa relação de poder desigual, tem tendência para se transformar numa “mediação repressiva” (Santos, 1982) em desfavor do mais vulnerável, pelo que é necessário não permitir que os meios não judiciais tenham este efeito.

Neste contexto de relações sociais de poder, de felicidade e de sofrimento, e num direito em permanente mutação, como é o direito da família e das crianças, é necessária a existência de meios aos quais os cidadãos possam dirigir-se de modo a obter informação, consulta e representação jurídica que lhes permita defender com efetividade os seus direitos e aceder à instância mais efetiva e adequada para a resolução do seu litígio.

O estudo efetuado permitiu referenciar os meios de acesso ao direito e à justiça e a oferta judiciária e não judiciária, em Portugal, no início do séc. XXI, pública e em parceria, no âmbito do acesso ao direito e da resolução de conflitos da família e das crianças. É um sistema articulado, com diferentes patamares, na qual o paradigma da centralidade dos tribunais, na resolução dos conflitos, se encontra em erosão. Há, assim, a considerar a ampliação das funções do MP (defensor dos direitos das crianças, meio de acesso ao direito, decisor e garante da articulação ente o judicial e o não judicial), a transferência de competências processuais e de decisões dos Tribunais para o MP, bem como para as Conservatórias de registo civil e o desenvolvimento do serviço público de mediação familiar e a consolidação das CPCJ.

Consequentemente, nesta “rede não estruturada e muita fragmentada” de acesso ao direito e de resolução de conflitos das famílias e das crianças são de salientar três inovações, a inexistência de política pública de informação jurídica aos cidadãos e uma grande insuficiência da política pública de acesso ao direito e à justiça.

A primeira inovação, o papel da administração pública e das ONGs da comunidade como atores da informação jurídica e do acompanhamento e encaminhamento institucional das pessoas e crianças mais vulneráveis. A segunda inovação, o Ministério Público ao assumir as novas funções de decisor de litígios, de meio de acesso ao direito e à justiça, como prestador de informação, consulta e encaminhamento jurídico, e, na área da promoção dos direitos e proteção das crianças em perigo, de articulador entre o judicial e o não judicial. Por último, as CPCJ dão corpo a uma parceria entre o Estado e a comunidade, na resolução de litígios relativos a crianças em perigo, de natureza interinstitucional e interdisciplinar, assumindo, nos termos constitucionais, “uma forma de composição não jurisdicional de conflitos”, que não se confunde com nenhuma outra pessoa jurídica de natureza administrativa e que, na sua atuação, atua com independência, pelo que a sua natureza é a de *uma instituição não judicial de administração da justiça* e que constitui um dos meios de *justiça de proximidade* existentes em Portugal.

No entanto, em Portugal, constata-se a inexistência de uma política pública, em matéria da informação jurídica sobre o exercício dos direitos, e, ainda, a insuficiência da cobertura e de desempenho no sistema público (Ministério da Justiça,

Segurança Social e Ordem dos Advogados) do regime jurídico e institucional do apoio judiciário na consulta e representação jurídica, dado que só é elegível, como se referiu para pessoas que tenham um rendimento familiar muito baixo ou seja estejam em situação de extrema pobreza.

A concluir, no final do século XX e no início do século XXI, por um lado, a oferta da justiça da família e das crianças cresceu e distribuiu-se entre os tribunais judiciais e as instâncias não judiciais de resolução dos conflitos da família e das crianças, o que teve um duplo efeito de descongestionamento dos tribunais judiciais e de promoção do acesso ao direito e à justiça através de instâncias mais próximas dos cidadãos, assumindo o MP uma especial função de mediação entre o judicial e o não judicial e de promoção do acesso e defesa dos direitos das crianças. Por outro lado, encontram-se na sociedade e no Estado uma pluralidade de formas de acesso dos cidadãos ao direito e à justiça da família e das crianças através de entidades, públicas e privadas, que atuam dentro e fora do sistema judicial. Esta “rede” não estruturada e fragmentada - porque existem ainda muitos interstícios ou ‘lacunas’ - de serviços jurídicos complementares (e interdisciplinares) permite, apesar das suas insuficiências, estabelecer um conjunto diversificado de meios, que visam a defesa e a promoção de direitos fundamentais, sobretudo das famílias e das crianças mais vulneráveis, compensando as desigualdades e democratizando as relações sociais e familiares no espaço público e no espaço doméstico.

REFERÊNCIAS

ABOIM, Sofia. **Conjugalidades em mudança**. Percursos e dinâmicas da vida a dois. Lisboa: ICS/Imprensa de Ciências Sociais, 2006.

CARMO, Rui. “O Ministério Público e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens”. **Revista do Ministério Público**, ano 23, n.91, jul./set., p.135-139, 2002.

CARMO, Rui. A nova organização do sistema judiciário e a jurisdição de família e Menores. **Revista do Ministério Público**, n. 140, out./dez., p.9-32, 2014.

DIAS, João Paulo. **O Ministério Público no acesso ao direito e à justiça**. “Porta de Entrada” para a cidadania. Coleção *CES/Almedina*. Série “Direito e Sociedade”, 2014.

FERREIRA, António Casimiro. **Trabalho procura justiça**: os tribunais de trabalho na sociedade portuguesa. Coimbra: Almedina, 2005.

KIERNAN, Kathleen. “Changing European Families: Trends and Issues” in Scott, Jacqueline; Treas, Judith e Richard’s. In: Martin (Ed.). **The Blackwell companion to the sociology of families**. Malden: Blackwell Publishing, 2004. p.17-33.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse (1999), **La personne, la famille et le droit. 1968-1998**. Trois décennies de mutations en occident. Paris/Bruxelas : LGDJ/Bruylant, 1999.

OLIVEIRA, Guilherme de. “Transformações do Direito da Família”. In: _____. **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra: Ed.Coimbra, 2004. v.1.

PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia. “Mudam-se os tempos, muda-se a família... todo o direito é composto de mudança – As mutações do acesso ao direito e à justiça de Família e das Crianças em Portugal”. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 82, p. 53-83, 2008.

PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia; CASALEIRO, Paula. **As mutações do acesso à lei e à justiça na União Europeia** - o estudo de caso da justiça da família em Portugal. Coimbra: FCT/CES, 2010.

PEDROSO, João; CASALEIRO, Paula; BRANCO, Patrícia. “A odisseia da transformação do Direito da Família (1974-2010): um contributo da Sociologia Política do Direito”. **Revista Sociologia - FLUP**, v.22, n. 636, 2011.

PEDROSO, João; FONSECA, Graça. “A justiça de menores entre o risco e o crime: uma passagem... para que margem?”. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 55, p. 131-165, 1999.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

PEDROSO, João. **Acesso ao Direito e à Justiça**: um direito fundamental em (des)construção. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Tese (Doutoramento) em Sociologia do Direito e da Administração. Universidade de Coimbra, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.10, p. 9-40, 1982.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a new common sense**. Law, science and politics in the paradigmatic transition. Nova Iorque; Londres: Routledge, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. O caso português. Porto: Ed. Afrontamento, 1996.

THERBORN, Göran. **European Modernity and Beyond**. The Trajectory of European Societies 1945-2000. Londres: Sage Publications, 1995.

TORRES, Anália et al. **Estudo de Diagnóstico e Avaliação das Comissões de protecção de Crianças e Jovens**. CIES/ISCTE. Disponível em: http://www.cnpcjr.pt/relatorio_iscte.asp. Acesso: jun. 2008.

TORRES, Anália, MENDES, Rita; LAPA, Tiago. "Families in Europe". **Portuguese Journal of Social Science**, v. 7, n. 1, p. 49-84, 2008.

VEZULLA, Juan Carlos. **Mediação**. Teoria e Prática. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Ministério da Justiça, 2006.

WALL, Karin (Org.). **Famílias em Portugal**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2005.