

6843947861471277820



Doutrina

A(S) JUSTIÇA(S) DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS EM PORTUGAL NO INÍCIO DO SÉCULO XXI: UMA NOVA RELAÇÃO ENTRE O JUDICIAL E O NÃO JUDICIAL

João Pedroso ⁽¹⁾
Patrícia Branco
Paula Casaleiro

Introdução

Uma análise sociológica da transformação das famílias desde meados da década de 1970 até aos dias de hoje permite-nos captar as principais mutações das famílias contemporâneas. São elas: a luta pela igualdade e a simetria dos papéis familiares; a democracia de género nas decisões familiares; o investimento das mulheres na carreira profissional e a necessidade, quer dos homens quer das mulheres, de concertação entre a vida familiar e a vida profissional; a informalização, a contratualização e a individualização das relações familiares; a prevalência do afecto; a centralidade afectiva das crianças e da responsabilização da esfera pública pela socialização e promoção dos seus direitos (Wall, 2005; Torres *et al.*, 2008).

Verifica-se, assim, uma transformação acelerada da

regulação jurídica da(s) família(s) nas sociedades ocidentais (Commaille, 2004), cuja análise nos permite identificar os seguintes vectores principais da mudança do Direito de Família: a consagração do princípio da igualdade jurídica, a democratização da vida familiar e a paridade de género (Oliveira, 2001 e 2004); o individualismo e a privatização do direito de família; a secularização, desinstitucionalização e contratualização das relações familiares; a (re)publicização do novo direito da família (*u. g.* direitos das crianças e violência doméstica); a valorização do afecto 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 (*u. g.* o superior interesse da criança); a fragmentação, retracção e expansão do direito de família (do direito civil ao direito social); o pluralismo cultural e normativo da regulação da(s) família(s) contemporânea(s) com “velhas” e “novas” conjugalidades (Pocar e Ronfani, 2008) ⁽²⁾; e, por último, a desjudicialização da resolução dos conflitos civis de família.

101

⁽¹⁾ Investigadores do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. João Pedroso é, ainda, associado do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. O presente artigo é um resultado do Projecto de Investigação “As mutações do acesso à lei e à justiça na União Europeia — O estudo de caso da justiça da família em Portugal” (PTDC/JUR/65395/2006), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia, coordenado por João Pedroso, realizado no Centro de Estudos Sociais com parceria do Centro de Direito da Família.

⁽²⁾ Para um maior desenvolvimento deste tema remete-se para Pedroso e Branco (2008).

BNIS Biblioteca Norte | Sul

Nº de Registo: 14858

Data: 21.05.11

Modo de Aquisição: Cafeteria

COTA: 347.6 PED 2010

Laboratório Associado, Colégio S. Jerónimo, Ap. 3087, 3001-401 Coimbra

As mutações do direito da família e das crianças estão, também, directamente relacionadas com a transformação do sistema institucional de resolução dos conflitos de família e das crianças⁽³⁾. Uma das tendências dominantes da política legislativa é a da desjudicialização da resolução dos conflitos de família, verificando-se, assim, uma erosão do anterior paradigma de justiça, no qual os tribunais dominavam. De facto, estas mudanças são bem visíveis quando se analisa a atribuição de competência exclusiva ao Ministério Público para a decisão de processos sobre autorização de actos e suprimentos de vontade relativamente a crianças; ou aos conservadores do registo civil para a decisão de divórcios por mútuo consentimento — agora com partilha de bens — e da fase inicial das acções de alimentos entre maiores⁽⁴⁾.

Mas, o processo de desjudicialização, em curso, não se fica por aqui, dada a criação dos serviços públicos de mediação familiar e, ainda, a consagração jurídica do princípio de subsidiariedade relativamente à resolução de litígios relativos a “crianças em perigo”⁽⁵⁾, em que os Tribunais só intervêm se os pais, representante legal ou quem tiver a guarda de facto, por um lado, e as entidades com competência na área da infância ou juventude, em primeira linha de intervenção fora da

família, não forem capazes de prevenir ou proteger a criança do perigo e, em segunda linha, as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens, de natureza interinstitucional e interdisciplinar, compostas por pessoas oriundas de serviços do Estado e da Comunidade, por outro lado também não conseguirem ou não tiverem condições para afastar as crianças do perigo.

O estudo das várias transformações no sistema formal e institucional de resolução de conflitos de família e das crianças consente-nos, assim, a apresentação neste artigo de um mapa actualizado das entidades — judiciais e institucionais não judiciais — que dirimem os conflitos de família e das crianças em Portugal. Nesse mapa cruzam-se, por um lado, os princípios de regulação sociopolítica do Estado, do Mercado e da Comunidade e do Estado em Parceria com a Comunidade; e, por outro lado, os diversos meios de resolução de litígios — judicial e formal estadual — que assentam numa repartição vertical entre as formas de adjudicação.

O presente artigo tem unicamente como objecto a análise das instâncias judiciais e não judiciais formais, criadas pelo Estado, como substituição, complemento ou alternativa aos tribunais judiciais, em que o Estado actua *per se*, ou em parceria com instituições da comunidade (ou, para alguns autores, da sociedade civil). Não analisaremos, assim, os meios de resolução de conflitos da família e das crianças, embora relevantes numa perspectiva sócio-jurídica, que tenham a sua génese no mercado (ex. acção dos advogados, profissionais de terapia ou de mediação, etc.) ou na comunidade (ex. a família, as igrejas, as ONG, etc.)⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Pedroso *et al.* (2002: 29) distingue justiça informal 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

1. O Mapa institucional e formal do sistema de Resolução dos Conflitos da Família e das Crianças em Portugal

Em Portugal, 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 também, como referimos, 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, ainda, de descongestionar os tribunais), tem também o efeito ‘perverso’ de desritualizar a justiça e de induzir as partes em erro sobre os objectivos reais das ‘conversas’ que terão com o juiz ‘no seu gabinete’, ou com o Ministério Público (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.

Ora, neste contexto de relações sociais de poder, de felicidade e de sofrimento, há que mapear os meios

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, cfr. Pedroso, Branco e Casaleiro, 2010.

(institucionais) de resolução dos conflitos de família e das crianças. Recorrendo à matriz analítica proposta por Ferreira (2005: 79 e ss.) para o sistema de resolução dos conflitos de trabalho, mas desenvolvendo-a e adaptando-a aos conflitos de família, estabelecemos aqui uma categorização dos seus elementos constitutivos (cfr. quadro 1). Nesse sentido, a categorização assentará no cruzamento de dois eixos analíticos: por um lado, os princípios de regulação sociopolítica do Estado e do Estado em Parceria com a Comunidade; por outro lado, o conjunto de meios de resolução de litígios judicial e formal estadual.

Quadro 1 — Mapa do sistema institucional de Resolução dos Conflitos de Família e de Crianças⁽⁷⁾

Princípios de Regulação/ /Formas de Resolução	Estado	Parceria do Estado com a Comunidade
Judicial	Tribunais Ministério Público ⁽⁸⁾	
Formal Estadual	Ministério Público	CPCJ — Comissão de Protecção de crianças e jovens
	Sistema Público de Mediação Familiar	
	Conservatórias do Registo Civil	

Pedroso, Branco e Casaleiro, 2010 (Adaptado de Ferreira, 2005: 79)

⁽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 acção dos advogados/solicitadores e/ou dos vizinhos e membros da família alargada, actuando por autocomposição assistida por terceiro e mesmo por autocomposição do conflito pelas próprias partes, sem recurso a qualquer instância mediadora.

⁽⁸⁾ Neste artigo não é importante resolver a questão se o Ministério Público é poder judicial ou poder executivo ou se está entre os dois poderes como “dobradilha do sistema”, como defende Ignacio Flores-Prada. Assim, sem querer tomar posição nessa querela, por ora, neste nosso mapa colocamos o Ministério Público como integrando simultaneamente o poder judicial e o Estadual/administração devido à sua participação nos processos judiciais e às suas competências não judiciais.

⁽³⁾ Sociologicamente, os conflitos de família sempre foram daqueles a que as pessoas recorriam com frequência a terceiras partes não formais (um familiar, um padre, um amigo). Cfr. Santos *et al.*, 1996, Capítulo I.

⁽⁴⁾ As acções de investigação oficiosa da paternidade sempre foram competência do Ministério Público (artigo 1864.º do Código Civil).

⁽⁵⁾ Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, considera-se que a “intervenção para promoção dos direitos e protecção 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 opõem de modo adequado a removê-lo”.

A análise deste quadro (1) permite-nos afirmar que estamos perante um pluralismo regulatório (Ferreira, 2005: 80) da resolução dos conflitos da família e das crianças, composto pelos mecanismos judiciais, provenientes do Estado, assentes nos Tribunais e Ministério Público; pelos mecanismos formais estaduais assentes no Ministério Público, no Sistema de Mediação Familiar e Conservatória do Registo Civil; como ainda pelas Comissões de Protecção de Crianças e Jovens, provenientes da Parceria do Estado com a Comunidade.

2. O sistema judicial: os Tribunais e o Ministério Público

2.1. A justiça de família e das crianças: da competência genérica à competência especializada

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⁽⁹⁾, onde temos uma justiça da família e das crianças administrada por juizes de competência especializada. Nas restantes comarcas continua-se a

⁽⁹⁾ Com esta nova Lei o território nacional passa a estar dividido em 39 circunscrições, designadas por comarcas (artigo 21.º), que se encontram descritas no Mapa II anexo à Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto.

aplicar a Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, pelo que, em determinadas áreas do território português, temos, em acção, tribunais de competência genérica e, noutros “territórios” temos tribunais de competência especializada.

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 (artigo 211.º da 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 juizes, 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⁽¹⁰⁾ (artigo 78.º da Lei n.º 3/99). A com-

⁽¹⁰⁾ A justiça da família e das crianças não é uma categoria autónoma das “estatísticas da justiça oficiais”, pelo que temos dificuldade em quantificar o valor da sua representação face à totalidade da procura de justiça nos tribunais portugueses, dado que uma parte da sua procura efectiva — ou seja, os processos entrados como acções declarativas cíveis, cujo objecto é um litígio de família, e as acções de divórcio e separação judicial de pessoas e bens — é registada estatisticamente na justiça cível e a outra parte na justiça tutelar. Mas, recorrendo, com todas as cautelas, a um indicador resultante da análise de processos findos as acções declarativas cíveis e procedimentos cautelares, cujo objecto é de direito de família, em conjunto com as acções de divórcio e separação judicial de pessoas e bens representavam 18.276 processos, ou seja, 3,2% das acções cíveis findas em 2008, pelo que somando os 7% da justiça tutelar, registados quer em 2008, quer em 2009, podemos defender, por aproximação, que a justiça de família e das crianças que procura os tribunais judiciais era, em 2008 e 2009, cerca de 10% da totalidade dos processos entrados em tribunal. O total de processos de justiça cível findos, em 2008, é de 381.027, dos quais 18.276, 5%, são processos cíveis de direito de família. O total de processos findos, em 2009, era de 574.344, dos

petência dos Tribunais de Família e 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).

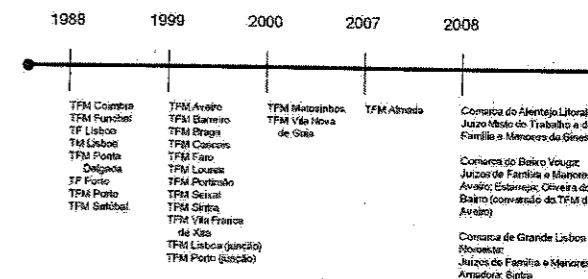
2.1.1. A justiça de família e de menores: a justiça dos tribunais comuns do interior e dos tribunais especializados do litoral e centros urbanos (ou a construção de uma justiça especializada de família e das crianças)

A justiça de família e menores tem estado sujeita desde 1999 a uma profunda alteração, em termos de organização judiciária, tendente à sua especialização, como forma de dar resposta a uma sensível área de conflitos humanos necessitada de conhecimentos especializados e interdisciplinares; a uma maior consciencialização dos direitos dos adultos e das crianças, bem como a uma grande visibilidade mediática; e, ainda, às reformas legais profundas do direito de família, decorrentes da

quais 18.276, 3,2%, são processos cíveis de direito de família e 39.633, 6,9%, são processos tutelares (Pedroso, Branco e Casaleiro, 2010).

consagração dos princípios da igualdade jurídica e do interesse superior da criança, com a aprovação da lei de promoção dos direitos das crianças e protecção das crianças em perigo e a lei tutelar educativa, em 1999, entradas em vigor no dia 1 de Janeiro de 2001⁽¹¹⁾ ou com as alterações do regime do divórcio e da regulação das responsabilidades parentais.

Figura 1 — Evolução da criação dos tribunais especializados de família e menores



Entre 1988 e 1999 tínhamos quatro Tribunais de Família e Menores (Coimbra, Funchal, Ponta Delgada e Setúbal), dois Tribunais de Família (Lisboa e Porto) e dois Tribunais de Menores (Lisboa e Porto). Com a reforma de 1999 passámos a ter dezasseis

⁽¹¹⁾ A abrangência territorial dos Tribunais de família e menores tem mudado ao longo dos tempos, daí que seja necessário fazer uma análise das sucessivas modificações, nos termos das leis de organização e funcionamento dos tribunais judiciais. Para tal, analisou-se a Lei n.º 37/87, de 23 de Dezembro, e respectivo Regulamento, o Decreto-Lei n.º 214/88, de 17 de Junho, que esteve em vigor até à Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, e seu Regulamento, o Decreto-Lei n.º 186-A/99, de 31 de Maio, e, ainda, as alterações introduzidas à Lei n.º 3/99 pela Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, juntamente com o Decreto-Lei n.º 25/2009, de 26 de Janeiro. Abarcam-se, assim, os períodos de 1988-1999, 1999-2000, 2000-2007 e 2007-2008 (e, também, o período de 2008-2010, com as comarcas-piloto em vigor). A análise destes diplomas permitiu construir a figura 1.

Tribunais de Família e Menores (Aveiro, Barreiro, Braga, Cascais, Coimbra, Faro, Funchal, Lisboa, Loures, Ponta Delgada, Portimão, Porto, Setúbal, Seixal, Sintra e Vila Franca de Xira), aos quais se vieram juntar, em 2001, os Tribunais de Família e Menores de Matosinhos e de Vila Nova de Gaia (perfazendo um total de dezoito tribunais de família e menores). Em 2007 passámos a ter dezanove Tribunais de Família e Menores, com a criação do Tribunal de Família e Menores de Almada. Com a denominada reforma do “mapa judiciário” de 2008/2009 foram extintos os círculos judiciais de Santiago do Cacém, Aveiro, Anadia, Amadora e Sintra, bem como as comarcas de Alcácer do Sal, Grândola, Odemira, Santiago do Cacém, Albergaria-a-Velha, Águeda, Anadia, Aveiro, Estarreja, Ílhavo, Oliveira do Bairro, Ovar, Sever do Vouga, Vagos, Amadora, Mafra e Sintra e criadas, em sua substituição, as comarcas do Baixo Vouga, Alentejo Litoral e Grande Lisboa Noroeste⁽¹²⁾. Nessas novas comarcas foram criados os Juízos de Família e Menores de Sines, de Estarreja e de Oliveira do Bairro; e houve a conversão do Tribunal de Trabalho da Amadora em Juízo de Família e Menores, assim como o Tribunal de Família e Menores de Sintra foi convertido no Juízo de Família e Menores de Sintra, o mesmo acontecendo com o Tribunal de Família e Menores de Aveiro.

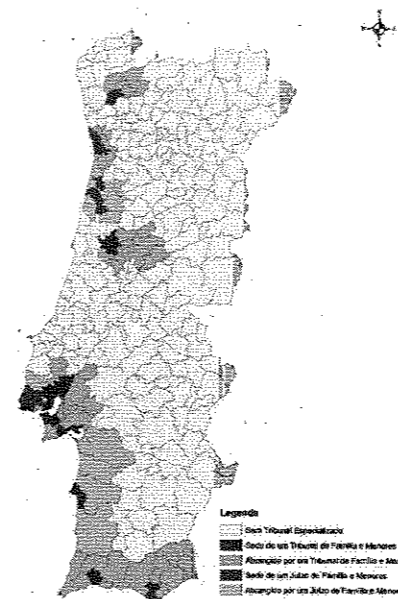
Nos últimos vinte e dois anos, com especial incidência em 1988 e em 1999, verificou-se, assim, um crescimento do número de tribunais especializados e o alargamento geográfico da justiça espe-

cializada de família e menores. Ao observar o mapa 1⁽¹³⁾ verificamos, por um lado, que a especialização da justiça da família e das crianças ocorreu em especial no litoral ou em áreas mais urbanas do país, passando uma parte do país a ter uma justiça de família e menores especializada e a parte interior do país ou do litoral com menos população a ter uma justiça de competência genérica, ou seja, tribunais judiciais onde se dirimem também litígios cíveis, comerciais e penais. Por outro lado, é visível a forte concentração dos tribunais especializados nos centros urbanos e, em particular, a sua polarização na região de Lisboa e (ainda que menos) do Porto. A distribuição e organização da oferta de justiça especializada de família e crianças pode, na nossa perspectiva, o que não coloca em questão os seus méritos, actuar quer como travão, quer como elemento potenciador da procura e mobilização da justiça de família e menores e, conseqüentemente, promovendo o acesso ou produzindo e reproduzindo desigualdades e exclusões no acesso ao direito e à justiça.

⁽¹³⁾ O tratamento e a análise dos indicadores seleccionados foram associados aos concelhos abrangidos pelos Tribunais e Juízos de Família e Menores. Esta análise é usualmente dificultada pela não coincidência entre a divisão administrativa e a divisão judicial. Como se sabe, o País organiza-se administrativamente de forma diferenciada em relação à divisão judicial e esta, por sua vez, funciona neste momento também a dois andamentos. Na maioria dos casos, a área de cada Tribunal ou Juízo de Família e Menores corresponde à área territorial de uma ou mais comarcas, que por sua vez correspondem a um ou mais concelhos. Ainda que existam casos em que uma comarca inclui freguesias de mais do que um concelho, o que torna difícil os estudos de pormenor, os Tribunais de Família e Menores não nos colocam esse obstáculo. A unidade escolhida para a representação cartográfica, através do programa informático ArcGis, foi, assim, o concelho. Procedemos, posteriormente, à cartografia dos dados recolhidos e tratados, sujeitos a análise de expressão territorial, enquadrada na divisão administrativa.

⁽¹²⁾ Artigos 7.º, 8.º, 18.º, 19.º e 31.º do Decreto-Lei n.º 25/2009.

Mapa 1 — Distribuição geográfica da justiça especializada de família e menores



Para além da análise da distribuição geográfica dos tribunais especializados, há que considerar e cruzar os dados com as características específicas do território, nomeadamente aquelas que, directa ou indirectamente, influenciam a procura e a mobilização da justiça, como a população residente e a área do território. Em 2008, a população residente de Portugal era, segundo as estimativas da população, de 10.627.250 indivíduos, numa área de 92094,4 km² (INE, 2009). A justiça especializada de família e menores abrange, assim, aproximadamente 55,8% da população portuguesa (cerca de 5 milhões habitantes), mas apenas 22,9% do território (cerca de 21 mil km²), o que é consonante com os fenómenos de litoralização e urbanização do território nacional, e

que, em regra, são acompanhados pela especialização da administração da justiça⁽¹⁴⁾.

Quadro 2 — Indicadores sócio-demográficos do total de concelhos abrangidos pela justiça de família e menores, 2008⁽¹⁵⁾

	População		Área (km ²)		Densidade Pop.	Média		
	N	%	N	%		População	Área	Densidade Pop.
Total Justiça Especializada	5.924.782	55,8	21067,1	22,9	281,2	257999,2	916,0	1289,2
Portugal	10.627.250	100	92094,4	100	115,4			

Fonte: INE (2009)

Os 23 Tribunais e Juízos de Família e Menores abrangem um ratio de um juiz por um determinado número de população. A título de exemplo refira-se o Juízo de Família e Menores de Sintra, com quatro juízes, é aquele que serve o maior número de habitantes, mais concretamente, 516.739 habitantes dos concelhos de Mafra e Sintra, e o Juízo de Família e Menores de Aveiro, com um juiz, é o que abrange o menor número de habitantes (73.100 habitantes). E, como é natural, as duas grandes áreas metropolitanas, Lisboa e Porto, e que concentram o maior número de tribunais especializados em justiça de família e menores, servem simultaneamente, e materialmente, o maior volume de população.

⁽¹⁴⁾ Neste sentido, confere Santos, Gomes *et al.* (2006), *A Geografia da Justiça — Para um novo mapa judiciário*. Assim, muito embora a maioria da população portuguesa esteja abrangida por esta justiça especializada de família e das crianças, há ainda uma grande percentagem de cidadãos, 44,8%, no interior do território nacional e fora dos centros urbanos de grande a média dimensão, que não têm acesso à justiça especializada de família e das crianças.

⁽¹⁵⁾ Note-se que os totais apresentados para os Juízos e Tribunais de família e menores englobam a informação estatística referente aos tribunais das duas regiões autónomas: Tribunal de família e menores de Ponta Delgada e do Funchal.

A maior ou menor distância do tribunal é um factor decisivo para o acesso ao direito e à justiça. Esta tensão entre os benefícios da especialização (mais sensibilidade, disponibilidade e, eventualmente, assertividade e celeridade) e a distância que é criada relativamente aos cidadãos (dificuldade de acesso) é um problema recorrente e que não pode ser ignorado, e que numa política de acesso ao direito e à justiça implicará medidas que atenuem essa distância⁽¹⁶⁾. Contudo, a distância geográfica é apenas um dos factores que podem afectar o acesso ao direito e à justiça, associado à distância social, económica, cultural e até psicológica dos cidadãos, bem como a morosidade ou duração excessiva dos processos, o que se relaciona com a relação entre oferta e procura dos cidadãos. Não se pode deixar de considerar que os tribunais e juízos com menor extensão geográfica (menos de 150 km²) são simultaneamente aqueles que apresentam uma maior densidade populacional e, como é sabido, uma grande diversidade social e cultural⁽¹⁷⁾: Juízo de Família e Menores de Amadora (7.237 hab/km²), Tribunal de Família e Menores de

Lisboa (5.780 hab/km²), Tribunal de Família e Menores de Cascais (2.515,8 hab/km²); e Tribunal de Família e Menores de Almada (2.366,1 hab/km²).

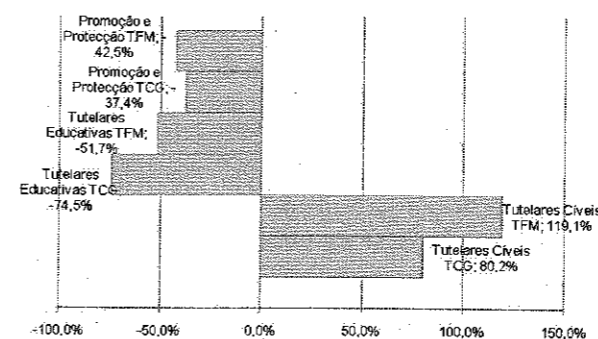
2.1.2. As duas justiças de família e das crianças: a comparação (possível) da procura/desempenho entre a comum e a especializada

Em termos gerais, não identificamos diferenças substanciais na caracterização e evolução do desempenho estatístico da justiça de família e das crianças finda nos tribunais de competência genérica e nos tribunais de competência especializada. Uma das tendências globais observadas foi a diminuição dos processos cíveis findos e um crescimento dos processos tutelares, o que significa a actual importância do direito das crianças na judicialização dos conflitos de família. Não obstante, quer a tendência de decréscimo dos processos cíveis quer a de crescimento dos processos tutelares é mais acentuada nos tribunais especializados de família e menores do que nos tribunais de competência genérica e especializada, a nível nacional. Note-se, por um lado, como as acções cíveis findas nos tribunais de família e menores diminuíram cerca de 40,4% entre 2000 e 2008, enquanto a nível nacional o decréscimo das acções cíveis de direito de família foi de apenas 5,6%. Por outro lado, as acções tutelares aumentaram 80,9% nos tribunais de família e menores e apenas 54,6% nos tribunais de competência genérica.

O progressivo decréscimo das acções cíveis na justiça de família e crianças deve-se ao processo de desjudicialização, em geral, e em especial, à diminuição drástica das acções de divórcio e separação judi-

cial de pessoas e bens, na sequência das alterações legais, que retiraram os divórcios por mútuo consentimento dos tribunais. No âmbito das acções cíveis, apenas os procedimentos cautelares relativos a família e menores (alimentos provisórios, arrolamento e outros procedimentos não especificados) contrariam essa tendência de decréscimo.

Gráfico 1 — Taxa de variação dos processos tutelares findos nos Tribunais de Competência Genérica e Tribunais de Família e Menores por espécie de processo, entre 2000 e 2008



O crescimento na justiça tutelar finda (gráfico 1) prende-se sobretudo com o aumento das acções tutelares cíveis de 119% nos Tribunais de Família e Menores e de 80% nos de competência genérica, e em especial com as acções de regulação das responsabilidades parentais, já que tanto as acções tutelares educativas e as acções de promoção e protecção findas registaram uma diminuição entre 2000 e 2008, quer nos Tribunais de Competência Genérica (74,5% e 37,4%, respectivamente), quer nos tribunais especializados (51,7% e 42,5%, respectivamente) (gráfico 1), o que nos parece ser explicado pela consolidação das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens.

O ritmo mais acelerado de crescimento da justiça tutelar nos tribunais de competência especializada em família e menores permite-nos concluir que uma oferta de justiça especializada na área dos conflitos de família e crianças tem uma maior sensibilidade aos direitos das crianças. De salientar que estes tribunais cobrem pouco mais de metade da população residente em Portugal e menos de 25% do território nacional, e ainda assim são responsáveis por mais de 55% dos processos tutelares findos, entre 2000 e 2008. Esta discrepância pode estar associada à maior juvenildade dos territórios que os Tribunais de Família e Menores abrangem e a uma maior proximidade destes tribunais aos direitos das crianças.

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, e em especial a justiça relativa às questões da família e das crianças, não se esgota, como se disse, na acção dos tribunais. Nesse sentido, é necessário considerar, como se referiu, o movimento de desjudicialização que transferiu determinadas competências e procedimentos “das mãos” dos juízes para a titularidade dos magistrados do Ministério Público.

Segundo o Estatuto do Ministério Público (EMP)⁽¹⁸⁾, aprovado pela Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto, uma das competências elencadas no

⁽¹⁸⁾ Foi a Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto, que criou o Estatuto do Ministério Público. Até então a actividade deste órgão encontrava-se regulada através da Lei Orgânica do Ministério Público.

⁽¹⁶⁾ A literatura sócio-jurídica tem chamado a atenção para a importância da construção de territórios judiciais na análise do funcionamento da administração da justiça (Commaillé, 1993; Ferreira, 2005). A sociologia da administração da justiça tem-se ocupado também dos obstáculos sociais e culturais ao efectivo acesso à justiça por parte dos grupos sociais mais vulneráveis. (Santos *et al.*, 1996 e Pedroso *et al.*, 2002).

⁽¹⁷⁾ Um dos indicadores da diversidade social e cultural dos concelhos onde estão sedeados estes Tribunais e Juízos de família e menores é a proporção de população residente de nacionalidade estrangeira. Em 2001, o concelho da Amadora (7,27%), Cascais (6,20%), Lisboa (3,4%) e Almada (4,4%) registam uma proporção de população residente de nacionalidade estrangeira superior (no caso da Amadora e de Cascais muito superior) à média nacional, 2,29%. Dados mais recentes relativos à percentagem de população estrangeira que solicitou o estatuto de residentes por habitante, em 2006 revelam que o número de população estrangeira residente continua a aumentar, nomeadamente em Lisboa a percentagem de população estrangeira que solicitou o estatuto de residentes por habitante foi de 0,71.

artigo 3.º, alínea *a*), determina que cabe ao MP representar os incapazes, os incertos e os ausentes em parte incerta. No artigo 5.º desse diploma, relativo à intervenção principal e acessória, refere, ainda, o legislador que o MP tem intervenção principal nos processos, entre outras situações, quando “representa incapazes, incertos ou ausentes em parte incerta”. A representação acessória de incapazes e de ausentes “traduz-se ainda numa forma subordinada de tutela da personalidade de certas pessoas que se encontram em determinadas situações de impossibilidade física ou legal — do exercício, por si, dos seus direitos em juízo”. É, pois, uma questão de tutelar interesses de pessoas a quem o Estado, na sua veste de ente soberano e garante dos direitos dos cidadãos, deve protecção. Acresce que a defesa dos direitos e interesses das crianças pelo MP não se traduz numa mera representação de carácter processual, dado agir em representação do “interesse do menor” enquanto interesse público a prosseguir pelo Estado-colectividade, o que vai muito além da defesa do interesse concreto da defesa da criança em causa.

O papel do Ministério Público tem sido não só o de guardião da protecção das crianças e jovens, mas passou a ser igualmente o guardião da articulação, nesta área, entre o universo judiciário e o não judiciário. O Decreto-Lei n.º 189/91, de 17 de Maio, estabeleceu que as Comissões de Protecção de Menores teriam no seu seio “um agente do MP em serviço na Comarca, a designar pelo Procurador da República”, sendo presidente da Comissão nos seus primeiros dois anos. Ora, a LPCJP veio estabelecer que o Ministério Público deixaria de integrar a composição das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens (CPCJ) para que se evite “repetições de

actuações ou a sua descoordenação e permitindo-lhe a apreciação da legalidade, tempestividade e adequação das medidas adoptadas pelas comissões de protecção”⁽¹⁹⁾.

Parece-nos que esta alteração, que originou inicialmente controvérsia, era necessária, desde logo porque as funções do MP, de controlo da legalidade e de defesa dos interesses das crianças e jovens em perigo, dificilmente se compatibilizam com a rotatividade da presidência das comissões ou com o *estatuto de um elemento de igualdade inter-pares*, como se posicionava nas antigas Comissões de Protecção de Menores⁽²⁰⁾ obrigado a respeitar as decisões da maioria e, ainda, porque era necessário acabar com a ideia de que as Comissões não passavam de uma “longa manus” do tribunal.

Evidente que o facto de o MP deixar de fazer parte da composição das comissões não significou o seu afastamento, estando previsto no artigo 72.º, n.º 2, da LPCJP que ele “acompanha a actividade das Comissões de Protecção, tendo em vista apreciar a legalidade e adequação das decisões, a fiscalização da sua actividade processual e a promoção dos procedimentos judiciais adequados”.

A Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, aprovou um novo “estatuto” para a acção do MP, na promoção e protecção dos direitos das crianças em perigo, que se pode analisar em quatro “situações” de intervenção⁽²¹⁾. A primeira, em situações em que a iniciativa e a legitimidade para intervir não cabe às comissões, mas sim ao Ministério Público — quando

⁽¹⁹⁾ Exposição de motivos da LPCJP.

⁽²⁰⁾ Clemente (2009: 200).

⁽²¹⁾ Sistematização de Rui do Carmo (2002: 136 e ss.).

considerem adequado o encaminhamento para a adopção (artigo 68.º, alínea *a*)), quando se justifique a regulação ou a alteração do regime do exercício paternal, a inibição do poder paternal, a instauração da tutela ou a adopção de qualquer outra providência cível (artigo 69.º), quando não sejam prestados ou sejam retirados os consentimentos necessários à sua intervenção, à aplicação da medida ou à sua revisão, ou haja oposição da criança ou do jovem (artigo 68.º, alínea *b*)) ou de quem tenha a sua guarda ocasional nos casos de impossibilidade de contacto com os pais ou representantes legais (artigo 96.º, n.º 3.).

A segunda, em situações que impõem a análise pelo MP, embora mantendo-se, em princípio, a competência da comissão para intervir — quando sejam reiteradamente não cumpridos os acordos estabelecidos (artigo 68.º, alínea *b*), parte final), quando não se obtenha a disponibilidade dos meios necessários para aplicar ou executar a medida que considere adequada, nomeadamente por oposição de um serviço ou de uma instituição (artigo 68.º, alínea *c*)), quando não tenha sido proferida decisão decorridos seis meses após o conhecimento da situação da criança ou do jovem em perigo (artigo 68.º, alínea *d*)) e, quando se determine ou mantenha a separação da criança ou do jovem dos seus pais, representante legal ou das pessoas que tenham a sua guarda de facto (artigo 68.º, alínea *e*)).

E, ainda, a terceira e quarta situações: quando os factos que, tendo determinado a situação de perigo, constituam crime (artigo 70.º); e o caso dos procedimentos urgentes adoptados nos casos de perigo actual e eminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem, havendo oposição dos

detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto (artigo 91.º).

Em suma, significa isto que actuação do MP tem uma dupla dimensão, prevista de forma bastante clara na exposição de motivos da LPCJP: acompanha a legalidade e o mérito das deliberações tomadas pelas CPCJ “*suscitando quando entender necessário, a respectiva 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 protecção com os Tribunais e do funcionamento harmónico do regime de promoção de direitos e protecção das crianças e jovens em perigo*”⁽²²⁾.

O Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, veio atribuir, com alguma controvérsia, novas competências ao Ministério Público em sede de 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 (artigo 2.º): as

⁽²²⁾ Relativamente às suas competências em matéria de Lei Tutelar Educativa, compete ao Ministério Público, de acordo com o artigo 40.º da Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro: *a*) Dirigir o inquérito; *b*) Promover as diligências que tiver por convenientes e recorrer, na defesa da lei e no interesse do menor; *c*) Promover a execução das medidas tutelares e das custas e demais quantias devidas ao Estado; *d*) Dar obrigatoriamente parecer sobre recursos, pedidos e queixas interpostos ou apresentados nos termos da lei; *e*) Dar obrigatoriamente parecer sobre o projecto educativo pessoal de menor em acompanhamento educativo ou internado em centro educativo; *f*) Realizar visitas a centros educativos e contactar com os menores internados. Para além destas competências, deve o Ministério Público, nos termos do artigo 43.º do mesmo diploma, e em qualquer fase do processo tutelar educativo, nomeadamente em caso de arquivamento: *a*) Participar às entidades competentes a situação de menor que careça de protecção social; *b*) Tomar as iniciativas processuais que se justificarem relativamente ao exercício ou ao suprimento do poder paternal; *c*) Requerer a aplicação de medidas de protecção. Por último, nos termos do artigo 1327.º do Código de Processo Civil, relativo à legitimidade para requerer ou intervir no processo de inventário, o Ministério Público, quando a herança seja deferida a incapazes ou a ausentes em parte incerta, tem legitimidade para requerer que se proceda a inventário e para nele intervir como parte principal em todos os actos e termos do processo.

decisões relativas a pedidos de suprimimento do consentimento, sendo a causa de pedir a incapacidade ou a ausência da pessoa; autorização para a prática de actos 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 definitiva.

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. Caso o Ministério Público considere que o acordo não acautela devidamente os interesses dos menores, podem os requerentes alterar o acordo em conformidade ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público (caso os requerentes não se conformem com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantenham o propósito de se divorciar, o processo é remetido ao tribunal da comarca a que pertença a conservatória) (esta é, também, a redacção actual do artigo 1776.º-A do Código Civil, decorrente ainda da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro).

2.3. A resolução institucional de conflitos da família e das crianças “fora do tribunal”: o Sistema de Mediação Familiar e as Conservatórias do Registo Civil

2.3.1. A resolução alternativa de litígios: a mediação familiar

Em Portugal a rede de meios de resolução alternativa de litígios é já muito importante devido ao

desempenho, designadamente ⁽²³⁾: a) da arbitragem institucionalizada nos Centros de Arbitragem reconhecidos pelo Ministério da Justiça; b) dos Julgados de Paz; c) do Sistema de Mediação Familiar (bem como laboral e penal ⁽²⁴⁾), ainda com pouco anos de vida. O desenvolvimento destes meios, para além de levar a justiça de proximidade e a sua resolução aos conflitos que não chegavam a Tribunal, tem, ainda, o mérito de poder permitir a transferência ou o desvio de litígios dos Tribunais para estes meios quando eles forem mais adequados para a sua resolução.

A multiplicação das crises, dos conflitos e das rupturas conjugais, aos quais se associam os conflitos de ordem patrimonial e extra-patrimonial, não cessou de ocorrer nas três últimas décadas, servindo de corolário à fragilidade estrutural dos casais, casados ou não, e à “psicologização” do direito de família. É a dimensão humana particularmente sensível destes conflitos que procura, de forma ideal, os modos de resolução apaziguantes, ao invés dos modos traumatizantes, sobretudo porque as partes devem preservar relações entre elas mesmo depois da ruptura. Segundo Vezzulla (2006), a mediação respeita o sigilo e a intimidade das partes, ajudando-as a solu-

⁽²³⁾ Como se escreveu em Pedroso (2002), as decisões dos centros de arbitragem, e em especial a de consumo, vai criar uma oferta de justiça para conflitos que, devido à sua natureza e valor, “nunca” iriam a tribunal. Os julgados de paz, regulados nos termos da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, têm a sua competência em razão da matéria balizada pela norma contida no artigo 9.º do diploma mencionado, sendo que a sua competência em razão do objecto se refere em exclusividade às acções declarativas (artigo 6.º) cujo valor não pode exceder a alçada dos tribunais de 1.ª instância (artigo 8.º). Como se verifica da análise de tais preceitos, os Julgados de Paz não têm qualquer competência em matéria de família e crianças.

⁽²⁴⁾ Para mais informação sobre estes dois tipos de mediação — laboral e penal — sugere-se a consulta do site do Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios (GRAL), em <http://www.gral.mj.pt/>.

cionar 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 podem 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 activa 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 de Mediação Familiar, no actual modelo, surgiu recentemente (em 2007) como uma nova forma de resolver os conflitos de família. O Sistema de Mediação Familiar ⁽²⁵⁾ é um serviço promovido pelo Ministério da Justiça, que desenvolve a sua actividade 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.

2.3.2. As Conservatórias do Registo Civil: a transferência de competências

Através do Decreto-Lei n.º 272/2001 ⁽²⁶⁾, de 13 de Outubro, já com as alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, procedeu-se à 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 actual ou anterior cônjuge e a conversão da separação em divórcio, quando se verifique ser a vontade das partes conciliável e sendo efectuada a remessa para efeitos de decisão judicial sempre que se constate existir oposição de qualquer interessado. Passaram ainda a ser decididos pelo conservador do registo civil os pro-

⁽²⁵⁾ Antes do início do processo de divórcio a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar, nos termos previstos na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

⁽²⁶⁾ Cfr. os artigos 5.º a 15.º do citado diploma.

cessos 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)⁽²⁷⁾.

Serão, pois, da competência do conservador (e do notário) os seguintes actos: a decisão das questões prejudiciais, dos incidentes e das reclamações que ocorram no decurso do processo; a decisão de devolução dos interessados para o juiz que detém o controlo geral do processo; a marcação e a presidência da conferência de interessados; a decisão de suspensão e de arquivamento do processo; e a decisão de partilha (artigo 3.º, n.º 3).

2.4. As Comissões de Protecção 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 protecção das

⁽²⁷⁾ A 18 de Julho de 2010 (artigo 87.º, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 1/2010, de 15 de Janeiro, já que na anterior redacção 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 efectuar as diligências do processo de inventário, ainda que o juiz tenha o controlo geral de todo o processo (artigos 3.º, 4.º e 6.º). Este regime tem sido objecto de variadíssimas críticas. Ver, em especial, o artigo de opinião do Bastonário Marinho e Pinto (cf. <http://www.inverbis.net/opiniao/mariahopinto-desjudicializacao.html>).

"crianças em risco". Essa evolução decorreu no sentido da desjudicialização, 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 protecção à infância e juventude organizados no âmbito de uma segurança social estadual, regional ou municipal⁽²⁸⁾. 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 protecção está, desde 2001, com a entrada em vigor da Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro, centrado nas Comissões de Protecção de Crianças e Jovens, com intervenção subsidiária do Tribunal se os pais ou representante legal não derem consentimento⁽²⁹⁾, a criança ou jovem com idade igual ou superior a 12 anos se opuser⁽³⁰⁾; não exista comissão no município ou na freguesia da respectiva área de residência, ou esta entender que não tem condições de actuação. O Tribunal intervém, ainda, quando, passados seis meses após o conhecimento da situação pela Comissão, não tenha sido proferida qualquer decisão ou o Ministério Público considere que a decisão da Comissão é ilegal ou inadequada à promoção dos direitos ou à protecção da criança ou jovem. As CPCJ intervêm, pois, subsidiaria-

⁽²⁸⁾ Por todos, confrontar Pedroso e Fonseca (1999), Clemente (2009) e Torres *et al.* (2008).

⁽²⁹⁾ Artigo 9.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP).

⁽³⁰⁾ Artigo 10.º da LPCPJ.

mente, apenas quando as entidades com competência em matéria de infância e juventude não conseguem "actuar de forma adequada e suficiente a remover o perigo"⁽³¹⁾ ⁽³²⁾ em que crianças e jovens se encontram, e funcionam em modalidade alargada ou restrita⁽³³⁾.

As CPCJ⁽³⁴⁾ encontram-se dotadas de autonomia funcional e têm competência na área do município onde têm sede⁽³⁵⁾. 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 actividades desportivas, culturais ou recreativas destinadas a crianças e jovens, um representante das

⁽³¹⁾ Artigo 8.º da LPCPJ.

⁽³²⁾ 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 acção 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 directa deste e dos seus pais. É esta 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.

⁽³³⁾ Artigo 16.º da LPCPJ.

⁽³⁴⁾ 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 12 anos afasta-as das pessoas colectivas públicas. Não são também entidades administrativas independentes porque não têm personalidade jurídica e estão sujeitas a um controlo de mérito por parte da Comissão Nacional. Não são igualmente, associações públicas, associações administrativas ou institutos públicos. Para uma discussão mais profunda e aturada sobre o tema ver Pedroso e Silva (2011, no prelo), em que se defende que as CPCJ são, nos termos constitucionais, uma instituição de administração da justiça não judicial (justiça de proximidade).

⁽³⁵⁾ Artigo 15.º, n.º 1, da LPCJP.

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 cidadãos com especial interesse pelos problemas da infância e juventude⁽³⁶⁾.

À comissão, na modalidade alargada, compete promover os direitos e prevenir situações de perigo para a criança e jovem devendo, portanto, actuar junto da Comunidade em que se insere, informando-a dos direitos das crianças e jovens, promover acções e colaborar com entidades competentes tendo em vista a detecção de factos e situações que possam afectar 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.

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 actividade, 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

⁽³⁶⁾ Artigo 17.º da LPCJP.

12 anos (ou maturidade similar). O legislador, na defesa dos direitos constitucionais de cada um, impôs uma restrição genérica a este acordo, enunciando no n.º 2 do artigo 55.º que “*não podem ser estabelecidas cláusulas que imponham obrigações abusivas ou que introduzam limitações ao funcionamento da vida familiar para além das necessárias a afastar a situação concreta de perigo*”. As CPCJ têm, ainda, a faculdade de executar as medidas nos termos do acordo de promoção e protecção (artigo 59.º, n.º 1, da LPCJP), com o objectivo de operar uma verdadeira alteração nas condições de vida da criança ou do jovem, de forma a retirá-lo da situação de perigo em que se encontrava.

O artigo 12.º da LPCJP define a natureza das CPCJ. Segundo o n.º 1 deste artigo: “*As comissões de protecção de crianças e jovens, adiante designadas comissões de protecção, são instituições oficiais não judiciais com autonomia funcional que visam promover os direitos da criança e do jovem e prevenir ou pôr termo a situações susceptíveis de afectar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral*”. Parece-nos 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*”⁽³⁷⁾, também as CPCJ “*deliberam com imparcialidade e independência*”⁽³⁸⁾. 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*”⁽³⁹⁾

⁽³⁷⁾ Artigo 203.º da CRP.

⁽³⁸⁾ Artigo 12.º, n.º 2, da LPCJP.

⁽³⁹⁾ Artigo 202.º, n.º 2, da CRP.

também as CPCJ “*visam promover os direitos da criança e do jovem e prevenir ou pôr termo a situações susceptíveis de afectar 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, aproxima também as CPCJ dos Tribunais.

Os Processos de Promoção e Protecção (PPPC) nas CPCJ estão especificamente previstos nos artigos 93.º e segs., 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⁽⁴⁰⁾. Estão sujeitos a princípios orientadores de entre os quais se destacam “o superior interesse da criança”, a “privacidade” — deve a intervenção ser efectuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva pela vida privada, “intervenção mínima” e “proporcionalidade e actualidade” — a intervenção para além de dever ser

⁽⁴⁰⁾ 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 respectiva 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.

necessária e adequada à situação de perigo só deve interferir na vida da criança e da família na medida do estritamente necessário⁽⁴¹⁾.

Parece-nos, portanto, que todo este processo que tem em conta princípios fulcrais processuais como o princípio do contraditório⁽⁴²⁾ (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, n.º 2, da LPCJP “a contrario”), princípio da cooperação, princípio da concentração⁽⁴³⁾ (verificado no facto de as CPCJ e os Tribunais se deverem abster de “ordenar a repetição de diligências já efectuadas”⁽⁴⁴⁾) e princípio da aquisição processual (segundo o qual a verdade processual deve coincidir, tanto quanto possível, com a verdade material) aproxima a natureza das CPCJ aos Tribunais⁽⁴⁵⁾.

3. Conclusões: uma nova relação/articulação entre o judicial e o não judicial

Como já escrevemos anteriormente, a pedra de toque de um novo paradigma de administração da justiça é a criação de um sistema integrado de resolução de litígios que assente na promoção do acesso ao direito e à justiça pelos cidadãos e que permita

⁽⁴¹⁾ Artigo 4.º da LPCJP.

⁽⁴²⁾ Segundo este princípio a lei oferece a cada parte possibilidade de contestar e controlar a actividade da outra ao longo de todo o processo.

⁽⁴³⁾ O princípio da concentração postula que seja feita uma prossecução tanto quanto possível unitária e continuada dos actos processuais que devem desenvolver-se concentradamente no tempo e no espaço.

⁽⁴⁴⁾ Artigo 83.º da LPCJP.

⁽⁴⁵⁾ Para uma análise mais desenvolvida, confere Pedroso e Silva (2011).

vencer as barreiras sociais, económicas e culturais que obstem à sua efectivação. Neste modelo, “a instância de resolução de conflitos” deve ser a entidade judicial ou não judicial que os litigantes considerem mais legítima e adequada para a resolução do seu conflito e defesa dos seus direitos.

Neste sistema de resolução de litígios reconfiguram-se as funções do Estado e da sociedade civil, desenvolvem-se parcerias entre o público, a comunidade e, eventualmente, o mercado e assume-se um novo modelo de justiça, ou seja, um sistema integrado de resolução de litígios, em que a pluralidade dos RAL (meios alternativos de resolução de litígios) tanto pode consistir em alternativas aos tribunais judiciais (resolvem litígios que os tribunais também dirimem) ou antes um seu complemento (para os litígios que nunca chegariam a tribunal) ou, ainda, um seu substituto (a transferência de competências de resolução de litígios dos tribunais para estes meios). Esse novo sistema pode ser representado por uma pirâmide, em que teremos, na base, os mecanismos de auto-composição, no seu vértice, os tribunais judiciais e na zona intermédia a panóplia de meios de RAL que o Estado e a sociedade conseguem gerar. O novo sistema integrado de resolução de litígios, que defendemos, tem como consequência a assunção e reconhecimento, pelo Estado, duma política pública de justiça, que inclui os tribunais judiciais e o denominado “pluralismo jurídico e judicial”; ou seja, reconhece-se também aos meios não judiciais que o Estado e a sociedade geram, informal ou formalmente, legitimidade para dirimir litígios, desde que defendam a igualdade das partes e promovam o acesso ao direito (Pedroso, 2006: 289 a 291).

A análise desenvolvida permite-nos apresentar, neste artigo, a oferta judiciária e não judiciária, em Portugal, no início do século XXI, pública e em parceria, no âmbito da resolução de conflitos da família e das crianças. Estamos, assim, perante um sistema articulado, com diferentes patamares, no qual o paradigma da centralidade dos tribunais, na resolução dos conflitos, se encontra em erosão. Devemos, contudo, destacar a acção dos tribunais de família e menores que, enquanto justiça especializada, se caracterizam por serem uma resposta à litoralização e à urbanização da sociedade portuguesa e à macrocefalia da região de Lisboa. No entanto, não podemos deixar de salientar que estes tribunais parecem ser facilitadores, ou mesmo potenciadores da procura de justiça da família, com especial sensibilidade aos direitos das crianças. Porém, e como já referimos, a resolução de litígios de família e das crianças não se esgota na acção dos tribunais, pelo que há que considerar a ampliação das funções do MP, a transferência de competências dos Tribunais para o MP, bem como para as Conservatórias de Registo Civil e o desenvolvimento do Serviço de Mediação Familiar ⁽⁴⁶⁾, que está desde 2008 disponível em todos os concelhos de Portugal, e consolidação das CPCJ, que estão já instaladas em 276 dos 308 concelhos.

A concluir, parece-nos ser de salientar duas inovações. Por um lado, o Ministério Público assume as novas funções de decisor de litígios e, na área da

promoção dos direitos e protecção das crianças em perigo, de articulador entre o judicial e o não judicial. Por outro lado, as CPCJ ⁽⁴⁷⁾ 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 actuação, actua 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.

Referências Bibliográficas

- Carmo, Rui (2002), “O Ministério Público e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 91, ano 23, Julho/Setembro 2002, pp. 135-139.
- Clemente, Rosa (2009), *Inovação e Modernidade no Direito de Menores. A Perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, Coimbra: Coimbra Editora.
- Commaille, Jacques (1993), *Les Stratégies des Femmes. Travail, Famille et Politiques*, Paris: La Découverte.
- Commaille, Jacques (2004), “L'enfant européen?”, in Daniel Gadbin e Francis Kernaleguen (eds.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruxelas: Bruylant.

⁽⁴⁷⁾ Nas CPCJ é de salientar o aumento exponencial, nos últimos anos, do fluxo processual. Este aumento resulta quer do alargamento do número das próprias Comissões, quer da maior visibilidade e crescente reconhecimento de legitimidade na protecção dos direitos das crianças, entre outros motivos. A análise desenvolvida permite-nos avaliar não só a actividade directa das CPCJ, como aferir a importância da actividade de outros serviços do Estado, como as autoridades policiais ou os estabelecimentos de ensino e de saúde, na protecção 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 23,2% e 17,8%, respectivamente, das sinalizações.

- Ferreira, António Casimiro (2005), *Trabalho procura justiça: os tribunais de trabalho na sociedade portuguesa*, Coimbra: Almedina.
- GRAL (2010). Página disponível em: <http://www.gral.mj.pt/>.
- INE (2010). Página disponível em: www.ine.pt.
- Meulders-Klein, Marie-Thérèse (1999), *La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutations en occident*, Paris/Bruxelas: LGDJ/Bruylant.
- Oliveira, Guilherme de (2001), *Temas de Direito da Família*, Coimbra: Coimbra Editora (2.ª edição).
- (2004), “Transformações do Direito da Família”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.
- Pedroso, João (2006), “A justiça em Portugal entre a(s) crise(s) e a(s) oportunidade(s) — Contributo para a construção de um novo paradigma de política pública de justiça”, *Scientia Iuridica*, tomo LV (2006), n.º 306, Abril/Junho.
- Pedroso, João (coord.); Branco, Patrícia; Casaleiro, Paula (2010), *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.
- Pedroso, João et al. (2002), *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*, Coimbra: CES/OPJ.
- Pedroso, João; Branco, Patrícia (2008), “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”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 82, Setembro 2008, pp. 53-83.
- Pedroso, João; Fonseca, Graça (1998), “As comissões de protecção: caminhos a percorrer na promoção da cidadania das crianças e dos jovens”, in *Intervenção Social*, ISSS Lisboa, edit. Univ. Lusíada.
- Pedroso, João; Silva, Vera Lúcia (2011), “A natureza jurídica das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens: uma instituição não judicial de administração da justiça”. (No prelo).
- Pocar, Valerio; Ronfani, Paola (2008), *La famiglia e il diritto*, Roma, Bari: Editori Laterza.
- Santos, Boaventura de Sousa; Gomes, Conceição et al. (2006), *A Geografia da Justiça — Para um novo mapa judiciário*, Coimbra: OPJ/CES.
- Torres, Anália et al. (2008), *Estudo de Diagnóstico e Avaliação das Comissões de protecção de Crianças e Jovens*, CIES/ISCTE. Disponível online em: http://www.cnpj.rptl/relatorio_iscte.asp.
- Torres, Anália, Mendes, Rita e Lapa, Tiago (2008), “Families in Europe”, in *Portuguese Journal of Social Science*, volume 7, n.º 1, p. 49-84.
- Vezulla, Juan Carlos (2006), *Mediação. Teoria e Prática. Guia para utilizadores e profissionais*, Lisboa: Ministério da Justiça.
- Wall, Karin (org.) (2005), *Famílias em Portugal*, Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.

⁽⁴⁶⁾ A relativa novidade do Serviço de Mediação Familiar, associada à escassez de informação quantitativa, permite-nos apenas assinalar a evolução positiva da actividade mediadora. Ainda que o número de pedidos de informação e mediação não ultrapassem os 1500.



ces

Centre de Estudios Sociales
Laborales Asociados