
Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal

The Times They are A-Changing, the Family it Is A-Changing. Mutations in Access to the Law and to Family and Children's Justice in Portugal

Les temps changent et avec eux la famille. Les mutations d'accès au droit et à la justice de la famille et des enfants au Portugal

João Pedroso and Patrícia Branco



Electronic version

URL: <http://rccs.revues.org/619>

DOI: 10.4000/rccs.619

ISSN: 2182-7435

Publisher

Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra

Printed version

Date of publication: 1 septembre 2008

Number of pages: 53-83

ISSN: 0254-1106

Electronic reference

João Pedroso e Patrícia Branco, « Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal », *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 82 | 2008, colocado online no dia 01 Outubro 2012, criado a 30 Setembro 2016. URL : <http://rccs.revues.org/619> ; DOI : 10.4000/rccs.619

The text is a facsimile of the print edition.



JOÃO PEDROSO
PATRÍCIA BRANCO

Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal*

Perante novos cenários de famílias, moldados sob o signo da flexibilidade, da fluidez e da pluralidade, o direito da família e das crianças é chamado a responder a novos problemas, de contornos ainda pouco definidos, que se manifestam entre uma tendência para a privatização, desinstitucionalização e contratualização das relações familiares, por um lado, e uma tendência para a (re)publicização, por outro, designadamente em matérias de novas conjugalidades e de defesa dos direitos das crianças. A estas duas velocidades transformativas – a família e o direito da família e das crianças, a que correspondem uma velocidade rápida e outra moderada, respectivamente – vem juntar-se a uma terceira velocidade, mais lenta, a do sistema de acesso ao direito e à justiça de família, sem o qual esses direitos nunca serão efectivos e não poderão ser exercidos, em plena cidadania, por todas/os aquelas/es que tenham necessidade de procurar a sua tutela.

1. A família em mudança (ou quando a regulação da família já não é o que era)

Falar ou escrever sobre a regulação da família é, cada vez mais, uma matéria complexa, porque se torna difícil definir o que seja a própria família. Aliás, Bernini (2007) refere que se continua a ter de utilizar o termo “família” porque não existe outro que seja capaz de o substituir. Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, com especial aceleração nos últimos trinta anos, que temos vindo a assistir na Europa, e no denominado mundo ocidental, a mutações das relações familiares.

* Este artigo é subsidiário do trabalho efectuado no âmbito de um projecto de investigação financiado pelo Instituto de Investigação Interdisciplinar da Universidade de Coimbra (Ferreira *et al.*, 2007) e do projecto “As mutações do acesso à lei e à justiça na União Europeia – o estudo de caso da justiça da família em Portugal”, financiado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia (PTDC/JUR/65395/2006), em que são investigadores João Pedroso e Patrícia Branco.

A ideologia e as práticas herdadas do século XIX impuseram por toda a Europa o modelo social e jurídico da família nuclear (pai, mãe e filhos), assente numa cultura da família e do casamento. Este modelo estava submetido a um conjunto de normas rígidas acerca das funções da família e dos papéis desempenhados por cada cônjuge. Havia, assim, um estatuto desigual para os homens e as mulheres, pois o homem tinha o direito, e também o dever, de procurar realizar o seu percurso individual fora de casa, enquanto o papel reservado à mulher era o de lhe proporcionar o conforto doméstico e afectivo de que precisava. Mas, no final do século XX (sobretudo a partir da década de setenta), os ideais de democratização da família lograram libertar a mulher do estatuto desigual em que o modelo anterior a confinava, para lhe dar um estatuto de igualdade perante a sociedade e a lei. Temos, finalmente, dois parceiros conjugais sujeitos ao mesmo processo de renascimento da subjectividade, procurando cada membro do casal a maior realização pessoal e satisfação que puder, dentro da comunhão de vida (Oliveira, 2004: 763 e 764). Ou seja, dentro da igualdade, cada um busca a sua diferença, uma vez que cada um formula as suas próprias pretensões.

A família tende, cada vez mais, a transformar-se de experiência total e permanente em experiência parcial e transitória da vida individual. Ou, parafraseando Bauman, estamos perante um novo modelo de família: a família líquida.¹ E, ao ser “desconfinada”, transforma-se em “famílias”, para indicar toda a variedade e multiplicidade de modos de comunhão de vida e de experiências familiares, produto de escolhas voluntárias dos sujeitos envolvidos (Zanatta, 2008: 10). Nas palavras desta autora:

[U]m indivíduo singular pode ter uma vivência familiar que englobe várias formas familiares: por exemplo, pode iniciar a sua vida numa família tradicional; depois, e na sequência do divórcio dos pais, pode fazer parte de uma família de um só progenitor (em geral, a mãe) e, em seguida, de uma família recomposta, se a mãe voltar a casar-se, adquirindo, eventualmente, novos irmãos e irmãs e uma espécie de pai “social”, mesmo que não reconhecido, que se acrescenta, sem o substituir, ao pai biológico e legal. Atingindo a idade adulta, pode viver temporariamente sozinho, dando corpo a uma família unipessoal; pode, depois, formar uma família de facto (união de facto) e, sucessivamente, casar-se, não o fazendo necessariamente

¹ Zygmunt Bauman criou e tem aprofundado, ao longo de diversas obras, entre as quais *Modernidade líquida* (1999) e *Amor líquido* (2003), o conceito de “líquido”, cujas principais características são a fluidez e a dinâmica. Assim, as sociedades líquidas são as sociedades de “laços deslaçados”, o que, necessariamente, e com toda a propriedade, também se aplica às relações familiares. Ou ainda, como diz Roberto Volpi (2007), “a família está praticamente a dissolver-se”.

com a mesma pessoa com quem viveu em união de facto; não se pode excluir-se que venha a divorciar-se, como fizeram os seus pais, e dê origem, por sua vez, a uma família recomposta, já não como filho, mas como cônjuge ou unido, talvez experimentando, antes ou depois, um novo período de solidão ou de união de facto. Finalmente – tratando-se de uma mulher, com maior probabilidade relativamente aos homens – acabará a sua vida novamente sozinho/a, como viúvo ou viúva. (Zanatta, 2008: 9)

Estamos, assim, hoje perante novos cenários familiares, flexíveis e fluidos, onde se verifica o aumento das uniões de facto; o aumento do número de crianças nascidas fora do casamento; o aumento das famílias monoparentais; o aumento das famílias recompostas; o aumento das famílias transnacionais; e o aumento das famílias unipessoais. Estes cenários são ocasionados pelos seguintes (principais) factores: a diminuição da taxa de nupcialidade; o aumento da instabilidade conjugal (que resulta em separação e divórcio); a redução da natalidade; os processos migratórios e a globalização. Ou seja, estamos perante o enfraquecimento da união matrimonial e da família enquanto instituição (Pocar e Ronfani, 2008: 126ss.). Mas, mais do que falar em crise da família, deve falar-se em crise de um certo modelo de família, isto é, a família estável e harmoniosa, afectiva e fecunda, governada por regras rígidas de divisão do trabalho e assente numa hierarquia entre homem e mulher, pais e filhos².

Assim, num contexto conotado com a flexibilidade e a fluidez, o modelo prevaemente continua a ser o da família nuclear, que nem sempre se realiza de acordo com os traços de simetria e de democracia. Todavia, este modelo já não é o ponto de referência para muitas pessoas, pelo menos em algumas fases da vida. Daí que já não seja possível propor uma definição unívoca de família.

A situação da família em Portugal, embora tenha começado o seu percurso de transformação mais tardiamente, ou seja, a partir da mudança política iniciada em 25 de Abril de 1974, apresenta-se, com efeito, no dealbar do século XXI, como “uma vida familiar em mudança, [...] atravessada pelos movimentos de modernização da sociedade portuguesa que ocorreram

² Pode dizer-se que na Europa coexistem vários modelos familiares: o modelo nórdico (países escandinavos), caracterizado pela saída precoce dos filhos da família de origem, por um número elevado de uniões de facto e de crianças nascidas fora do casamento e, também, uma alta taxa de divórcios; o modelo mediterrânico (países da Europa meridional), de cariz tradicional, em que os filhos se mantêm por mais tempo no núcleo familiar de origem, onde diminuem as taxas de natalidade e aumenta o número de uniões de facto; a idade núbil aumenta, e aumenta também a taxa de divórcios. Existe, ainda, o modelo continental, que é um modelo intermédio (Áustria, Bélgica, França, Alemanha e Luxemburgo) (Zanatta, 2008).

nas últimas décadas, às vezes a um ritmo quase vertiginoso, aproximando os padrões demográficos e familiares dos que mais cedo se observaram noutras sociedades ocidentais” (Aboim, 2006: 63).

Ora, estas mutações reflectem-se necessariamente na transformação da regulação jurídica da família através de reformas, designadamente, como as resultantes da consagração do princípio da igualdade (entre os cônjuges e dos filhos) nos “tradicional” direito constitucional e direito (civil) da família, e, ainda, através da fragmentação e expansão da normatização jurídica das relações familiares para os direitos do trabalho, da segurança social ou, até, criminal.³

2. Todo o direito de família é composto de mudança

Com o advento da modernidade, como se referiu, houve como que a “imposição” de um modelo generalizado de família: um modelo de família nuclear formado basicamente pelos cônjuges e pelos filhos, no qual existia uma férrea distribuição dos papéis sexuais e uma relação desigual entre os esposos. Este modelo assentava, assim, no casal heterossexual unido pelo matrimónio, com filhos e vivendo em coabitação, o qual, segundo Olga Martínez (2008), funcionava como uma unidade patrimonial moralmente correcta e economicamente rentável, que assegurava o bom funcionamento da sociedade. Por seu turno, o conteúdo da relação matrimonial era determinado por normas de conduta generalizadas e uniformes (Coelho e Oliveira, 2003).

Todavia, e como refere Sasha Roseneil (2006), há cada vez mais pessoas a passar períodos de tempo cada vez mais longos das suas vidas fora da unidade convencional família, estando, assim, em causa o casal heterossexual romântico e a formação familiar moderna de que este tem sido suporte, pelo que a autora defende que “por toda a Europa, assim como na América do Norte e Austrália, a família convencional é hoje, e cada vez mais, uma prática minoritária” (Roseneil, 2006: 41). A verdade é que, mesmo que a família nuclear ainda prevaleça, assistimos à proliferação de

³ Estas linhas de mudança não são, como é óbvio, apanágio de um movimento com características apenas nacionais, inscrevendo-se, assim, num movimento muito maior, com traços não só europeus mas também provenientes da mundialização, já que o quotidiano das pessoas é regido igualmente por normas supranacionais e por decisões de tribunais que ultrapassam os limites nacionais e instituem princípios gerais e direitos fundamentais com consequências na esfera privada, estabelecendo novas formas de gerir as relações familiares, que são também produto da maior mobilidade das pessoas. Ainda que alguns autores falem da possibilidade de um direito da família europeu, os movimentos de convergência e de divergência acabam por resultar em especificidades próprias de cada país, mas que se vão esbatendo ao longo dos tempos (ver, entre outros, Oliveira, 2001; Antokolskaia, 2007).

situações familiares que não se ajustam aos modelos estabelecidos pelas instituições jurídicas e que criam inseguranças no seu funcionamento (Martínez, 2008).⁴

2.1. As tendências da mudança: a caminho da família como legisladora em ca(u)sa própria

A análise da transformação das famílias⁵ permite-nos captar as principais características das famílias contemporâneas: a igualdade e a simetria dos papéis familiares; a democracia nas decisões familiares; o investimento das mulheres na carreira 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 direitos das crianças.⁶

Consequentemente, verifica-se uma mutação acelerada da regulação jurídica⁷ da(s) família(s) nas sociedades ocidentais,⁸ cuja análise nos permite identificar os seguintes principais eixos da mudança do direito de família: a consagração do princípio da igualdade, a democratização da vida familiar

⁴ Segundo Pocar e Ronfani (2008), a transformação da sociedade e da regulação jurídica comportaram e consentiram, por um lado, a difusão de formas familiares diversas das tradicionais e modos de comunhão de vida diversos daqueles conjugais, e, por outro lado, uma acentuada mobilidade na passagem dos indivíduos de uma forma familiar a outra. Na verdade, a pluralidade de estruturas familiares sempre existiu de facto, mas diversos são os motivos da sua formação e o seu significado social. As novas formas de família, mesmo quando não sejam consideradas pela regulação jurídica, conhecem uma estigmatização social cada vez mais débil e, como tal, começam a encontrar uma certa institucionalização social.

⁵ Segundo Zanatta (2008: 15 ss.), pode dizer-se que existem quatro grandes eixos de mutação, sobre os quais assenta o processo de transformação da família: a) o individualismo; b) a privatização das normas; c) a pluralização dos modelos sociais; e d) a paridade entre os sexos.

⁶ Em Portugal, regista-se maior informalização nas relações, menos filhos, uma diminuição continuada do casamento católico a par do aumento das uniões de facto, dos nascimentos fora do casamento e do divórcio, bem como do aumento do trabalho profissional feminino (Aboim, 2006: 64).

⁷ Parece, pois, inegável que há uma distância permanente entre a regulação cristalizada no direito vigente e o costume familiar, pelo facto de surgirem diariamente novos problemas, alguns dos quais muito complexos, mesmo em termos éticos, que o legislador é chamado a afrontar (Pocar e Ronfani, 2008).

⁸ No preâmbulo do recente Projecto de Lei n.º 509/X, do Partido Socialista, assume-se que a transformação das formas de constituição e organização da vida familiar é fruto de três grandes movimentos que foram ocorrendo no decurso do século XX e, mais particularmente, nos seus últimos quarenta anos: sentimentalização, individualização e secularização. Relativamente ao processo de sentimentalização, é hoje inegável ser a dimensão afectiva o núcleo fundador e central da vida conjugal; com a individualização, deu-se a afirmação da igualdade entre homens e mulheres, o que transforma o casamento numa ligação entre iguais (o artigo 36.º, n.º 3 CRP consagra, nesse sentido, o princípio da igualdade entre os cônjuges); o processo de secularização, por sua vez, implicou uma retracção das referências religiosas para esferas mais íntimas, o que levou a que estas assumissem dimensões menos consequenciais noutros aspectos da vida.

e a paridade entre os sexos; 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; 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; a fragmentação, retracção e expansão do direito de família (do direito civil ao direito social); a desjuridificação e a desjudicialização da resolução dos conflitos civis de família; o pluralismo cultural e normativo da regulação da família contemporânea.

2.1.1. Da consagração do princípio da igualdade à democratização da família e à paridade entre os sexos

As mulheres, ao lutarem e conseguirem a consagração e reconhecimento dos seus direitos civis e políticos, o acesso generalizado à educação e ao mercado de trabalho e ao domínio do seu corpo, iniciaram também um processo de democratização da vida familiar (Coelho e Oliveira, 2003), no âmbito do qual, para além da condição de mulher e mãe, assumem um novo estatuto social, económico e político, trazendo para dentro da família e do direito de família o princípio da igualdade⁹ entre os homens e as mulheres, entre os cônjuges e/ou entre os filhos nascidos dentro ou fora do casamento.

A igualdade jurídica dos cônjuges foi, assim, uma consequência das pressões sociais assentes em movimentos de democratização e de afirmação dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que pode ter potenciado transformações em direcção à maior independência das mulheres e à sua plena inserção no mercado de trabalho.¹⁰ As mulheres conquistaram uma independência económica nova e, ao mesmo tempo, aumentou em todos os países a idade núbil média e o número de divórcios, tendo igualmente crescido a percentagem de mulheres que tomam a iniciativa de pedir o divórcio.¹¹ Por outro lado, não mudou muito a velha tendência de os filhos

⁹ O princípio jurídico da igualdade foi, nas últimas décadas, universalizado, internacionalizado e constituído através, respectivamente, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e de diversas constituições.

¹⁰ Estamos a parafrasear Oliveira (2004).

¹¹ É, todavia, simplista pensar que haja uma relação directa entre a entrada das mulheres no mercado de trabalho e o aumento do número de divórcios, como afirmado por vários autores. Várias pesquisas recentes demonstram que tal relação varia segundo os contextos culturais de base: naqueles em que existe uma maior paridade entre os sexos, a independência económica feminina tem um papel positivo na estabilidade conjugal, enquanto, nos contextos em que a paridade de facto é, ainda, uma realidade difusa, o aumento do número de mulheres trabalhadoras encontra-se associado ao aumento da instabilidade. Por outro lado, as pesquisas demonstram também que a instabilidade não é um produto directo da entrada no mercado de trabalho, o que acontece é que, quando as mulheres trabalham, adquirem maior poder contratual dentro da relação matrimonial,

pequenos serem confiados às mães, na regulação do exercício do poder paternal. Paradoxalmente, a consequência também tem sido o aumento exponencial de mulheres divorciadas vivendo em famílias monoparentais com filhos pequenos. Verifica-se, ainda, uma tendência clara no sentido de as mulheres ficarem numa situação de maior vulnerabilidade social.

A chamada “igualdade dos filhos”, a imposição de que a origem diversa dos filhos – consoante os progenitores fossem casados ou não – fosse indiferente ao estatuto jurídico que a lei lhes reconhecia, contribuiu para apagar o relevo social da dicotomia casado-não casado. Esta indiferença tendencial da dicotomia casado-não casado tem vindo a acentuar-se através da concessão progressiva de efeitos jurídicos à união de facto ao ponto de em alguns países a equiparação entre a união de facto e o casamento ser completa. No momento em que se atinge esta equiparação dos efeitos, parece justificar-se falar em casamento-de-facto e casamento-de-direito, baseando-se a distinção apenas na existência ou não de uma formalização inicial perante uma entidade externa – o Estado ou a Igreja. A perda de valor da legitimidade externa do Estado é apenas um sintoma da retração da esfera pública por oposição à esfera privada da vida em sociedade (Oliveira, 2004).

Este caminho de democratização das relações familiares está longe de poder considerar-se consolidado. É certo que nas, sociedades contemporâneas as relações entre os sexos tendem a tornar-se mais simétricas e paritárias e a adquirir um carácter mais voluntário e consensual. No entanto, a paridade entre os sexos ainda não chegou totalmente ao direito de família, designadamente na regulação do poder parental relativamente aos filhos, que para muitos continua a ser denominado “exercício do poder paternal”.

2.1.2. A prevalência do indivíduo na privatização da regulação jurídica da família

A luta pela igualdade e a sua consagração enquanto princípio jurídico evoluíram a par da consolidação de práticas sociais em que sobreleva o interesse de cada indivíduo. Verifica-se, assim, a tendência da passagem do casamento de instituição social em contrato privado, que já não é estipulado em interesse da comunidade e da família enquanto unidade, mas sim no interesse do indivíduo, de forma a poder conquistar a própria felicidade e sendo, deste modo, revogável se e quando tal finalidade não se atinge ou não se atinge em pleno. Reduz-se o controlo exercido pelo Estado em relação aos modos como tais uniões se formam e se seleccionam.

o que se transforma num foco de conflito, já que os maridos podem não aceitar perder os privilégios e poderes que detinham em virtude do modelo tradicional de família, entretanto em crise. Os dados disponíveis evidenciam, assim, que, onde a quota de mulheres que trabalha é elevada, a maior parte dos pedidos de divórcio é feito por elas (Zanatta, 2008).

As normas sociais e jurídicas passam a ser vistas como uma intrusão indevida na vida privada e na esfera da autonomia individual. O direito retira-se, deixando um espaço cada vez mais amplo à regulamentação privada dos laços interpessoais.

A autonomia individual e a liberdade de escolha trazem consigo custos e novos problemas: o aumento da instabilidade conjugal, dos conflitos e do sofrimento psicológico dos adultos, mas também, e sobretudo, das crianças; o empobrecimento das famílias monoparentais; a difusão de formas de união diversas ou alternativas ao casamento e o aumento dos nascimentos de crianças fora da união matrimonial; as questões ligadas às uniões homossexuais ou às uniões multiculturais.

2.1.3. A secularização, desinstitucionalização e contratualização das relações familiares

A secularização (ou regulação da família fora do quadro da religião e das Igrejas) e a desinstitucionalização da família (Commaille, 1991), com a sua consequente evolução para novas formas de contratualização das relações familiares – hoje de natureza multiplexa – são uma das principais tendências das mutações em análise.

Em termos práticos, este movimento de mudança traduz-se num reforço da informalização do laço conjugal, em conformidade com uma visão menos institucional da relação a dois e da própria família, pelo que a tendência é a de haver menos casamentos,¹² a ocorrerem cada vez mais tarde¹³ e a serem em maior número os casamentos pelo civil. Assim, com a desvalorização simbólica e estatutária do casamento (Aboim, 2006: 70), aumenta o número de pessoas que decide viver em união de facto (ou conjugalidade informal),¹⁴ ainda que possa haver tendência, dado que uma das características da população a viver em conjugalidade informal é a sua juventude, para que uma parcela destes casais, à medida que a idade da mulher avança, venha a casar-se ou, até, a desfazer a união (Aboim, 2006: 76).

¹² Desde o início do século XXI que os valores da taxa de nupcialidade têm vindo a situar-se abaixo dos 6 casamentos por mil habitantes. Em 2006, Portugal registou uma taxa de nupcialidade de 4,5 casamentos por mil habitantes, o valor mais baixo de todo o período em análise (1900-2006). Por outro lado, a tendência decrescente do número de casamentos nos últimos anos tem sido acompanhada pela redução do número de casamentos católicos e pela estabilidade do número de casamentos só civis (Instituto Nacional de Estatística, 2008).

¹³ A idade média ao primeiro casamento situou-se em 2006 em 29,1 anos para os homens e 27,5 anos para as mulheres (Instituto Nacional de Estatística, 2008).

¹⁴ Segundo o estudo de Sofia Aboim, as conjugalidades informais revelam agora tendência para a expansão em grupos sociais mais escolarizados (2006: 81).

Com esta relativização do modelo familiar, desenvolvem-se modelos diferentes, plurais, flexíveis, assentes na ideia de uma associação de parceiros que negociam constantemente os termos da organização familiar, numa base de igualdade e de paridade. Com a democratização da família, a mulher, que, até então, estava sujeita à vontade do marido, que assumia o estatuto de chefe de família e de provedor do lar, libertou-se do estatuto desigual a que o modelo anterior a confinava,¹⁵ o que resultou numa relação feita de dois parceiros conjugais que, mais do que amantes, querem converter-se nos legisladores da sua própria forma de vida, escapando à institucionalização da sua vida pessoal (Martínez, 2008: 6). Assim, a “ortodoxia matrimonial” (Martínez, 2008: 12) foi desafiada, desafiando com ela o campo do jurídico e aumentando os câmbios comunicativos entre as esferas pública e privada. Ou, como diria Carbonnier (1979), “a cada qual a sua família, a cada qual o seu direito”.

Assim, da família nuclear passámos ao reconhecimento de formas tradicionais de família e também às famílias: monoparental; numerosa; reconstituída; homossexual, decorrente de união de facto. E essas famílias podem funcionar com ou sem coabitação, com ou sem filhos e dentro ou fora do casamento, com baixa taxa de fecundidade ou alta taxa de fecundidade (famílias imigrantes no Ocidente).¹⁶ Consequentemente, do modelo normativo do chefe de família chegámos ao modelo de contratualização no casamento, na união de facto, na economia comum ou na assunção de uma eventual relação familiar ou parental entre parceiros livres, tudo subordinado ao princípio da igualdade entre os parceiros (de sexos opostos ou do mesmo sexo) e à laicização e liberalização das relações familiares.

¹⁵ Com a reforma de 1977 do Código Civil (através do Decreto-Lei n.º 47344) as normas tradicionais que atribuíam ao marido o poder de decidir em todos os actos da vida conjugal, que lhe davam o exercício do poder paternal sobre os filhos menores ou lhe permitiam denunciar os contratos de trabalho celebrados pela mulher sem a sua autorização, foram substituídas por regras igualitárias (Oliveira, 2001: 224).

¹⁶ A existência de famílias unipessoais é resultado de vários factores: por um lado, o aumento do número de viúvos, sobretudo viúvas, ligado ao aumento da esperança média de vida; por outro lado, tende também a aumentar o número de jovens e de adultos que vive só, tendência que se verifica sobretudo nos países do Norte da Europa. A difusão das famílias recombinadas tem posto inúmeros problemas, seja no plano da regulação social, seja da regulação jurídica. A família reconstituída representa uma agregação social de limites incertos, que põe em discussão os conceitos de parentela e de filiação social e biológica e as respectivas atribuições de direitos e de deveres. Estamos perante uma rede de relações complexas, uma vez que, entre adultos e crianças, podem estabelecer-se relações de filiação heterogéneas às estabelecidas com base nos papéis formalmente estatuídos, com a possibilidade de sobreposição entre os diversos tipos de filiação, como a biológica e a adquirida e, ainda, relativamente a outras figuras significativas. Pode constituir-se, assim, uma vasta rede de parentela social no âmbito de uma “agregado proteiforme, de geometria variável” (Pocar e Ronfani, 2008).

2.1.4. A (re)publicização do “novo” direito da família

Existe, todavia, também, uma tendência oposta no sentido da “publicização” da família, isto é, um aumento da intervenção estatal com vista a regular as consequências sociais das escolhas familiares pelos indivíduos, em particular no que toca às relações entre pais e filhos, em nome do interesse superior das crianças. Assim, ao lado da contratualização das relações entre casais, encontramos a institucionalização das relações de filiação, reflexos jurídicos do facto de que, na sociedade contemporânea, a estabilidade e indissolubilidade das relações familiares tendem a mover-se do campo conjugal para o campo filial.

Nesta tendência de publicização entram ainda as situações que demandam o reconhecimento social e jurídico da sua existência, tais como as famílias recompostas, as uniões de facto (hetero e homossexuais), e mesmo outras situações geradas pela transnacionalização das relações e dos afectos, como os casais LAT (*living apart together*), ou seja, as pessoas que, ainda que não tenham uma residência em comum e não tenham coabitado de modo continuado, se reconhecem como um casal – até porque o requisito de convivência ‘debaixo do mesmo tecto’ já não pode ser encarado como fundamental, pelo que se geram pretensões jurídicas às quais o direito ainda não consegue dar resposta (Pocar e Ronfani, 2008: 241).

2.1.5. A valorização do afecto em detrimento da hierarquia e da tradição

A “sentimentalização” é um neologismo bastante expressivo de uma das actuais características predominantes das transformações em curso do direito de família. Com a valorização da afectividade, as pessoas começam, por um lado, a libertar-se do “guião heterossexual tradicional e dos padrões de hetero-relacionalidade que lhe costumam andar associados” (Roseneil, 2006: 41), com o conseqüente reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo.

Por outro lado, a aceitação do divórcio¹⁷ está, também, praticamente generalizada, estando, aliás, pré-inscrita no próprio projecto conjugal a possibilidade de ruptura (Commaille, 1991: 23). O divórcio pode ser encarado, assim, como uma decorrência do próprio processo de individualização e de valorização do afecto, cujas consequências são as de que ninguém deve permanecer casado contra a sua vontade, impedindo-se, desse modo, a busca da felicidade e da realização pessoal. Sendo a ruptura conjugal um processo emocionalmente doloroso, a tendência tem sido também, no plano

¹⁷ Em Portugal, em 2006, foram decretados 23.935 divórcios, mais 1.082 do que em 2005 (22.853) (Instituto Nacional de Estatística, 2008).

legislativo, a de retirar a carga estigmatizante e punitiva que uma lógica de identificação da culpa só pode agravar, privilegiando-se o mútuo acordo na ruptura conjugal ou incentivando-se ainda o recurso a formas de dirimir o conflito através da mediação familiar como solução de proximidade e no sentido de evitar arrastamentos judiciais penosos e desgastantes. Assim, verifica-se um pouco por toda a Europa, e também nos Estados Unidos da América, que as legislações começam a abolir o divórcio baseado na culpa, prevendo como causa a invocação da ruptura definitiva da vida em comum.

Também na relação com os filhos, a lei não se limita a estabelecer os limites ao exercício da autoridade, impondo, mais do que isso, um dever positivo de respeito pela personalidade dos filhos (Oliveira, 2001: 219). Assim, o próprio conteúdo da relação pais/filhos (dentro ou fora do casamento) deixou de ser enformado pelo princípio da autoridade, para passar a assentar no princípio da negociação (Commaille, 1991: 25), sendo a dimensão afectiva o núcleo central desta relação. Por último, também nos últimos anos o desenvolvimento jurídico da adopção vem privilegiar os filhos do afecto, conferindo-lhes os mesmos direitos e deveres que aos filhos biológicos.

2.1.6. A diminuição da importância da procriação na constituição das famílias

Ao mesmo tempo que a procriação deixou de ser encarada como a vocação principal do casal (aumentando o número de casais sem filhos), o que foi potenciado ainda pelas tecnologias contraceptivas, verifica-se um aumento expressivo da proporção de crianças nascidas fora do casamento formal,¹⁸ bem como das famílias monoparentais.

Mas, se a procriação deixa de ter um papel central, com uma consequente baixa da taxa de natalidade¹⁹ (que acaba por ser contrabalançada pela alta taxa de fecundidade entre os grupos de migrantes),²⁰ nota-se que a vontade de não ter filhos anda a par com a ansiedade por tê-los (Oliveira, 2001: 342),

¹⁸ Entre 2001 e 2006, a proporção no total de nados vivos registados fora do casamento aumentou de 23,8% para 31,6%. É sobretudo a proporção de nados vivos ocorridos fora do casamento, mas cujos progenitores viviam em coabitação, que tem aumentado (de 17,8% em 2001 para 25,3% em 2006), o que poderá estar relacionado com a adopção de outras formas de conjugalidade para além do casamento legal (Instituto Nacional de Estatística, 2008).

¹⁹ No período entre 2001 e 2006, verificou-se um declínio do índice sintético de fecundidade (ISF) de 1,46 para 1,36 crianças por mulher, o valor mais reduzido já observado em Portugal. Com base na informação disponível para os países da UE27, Portugal encontrava-se, em 2006, entre os países com valores do ISF abaixo de 1,40 crianças por mulher, em contraste com países como a Suécia, com 1,85, a Irlanda, com 1,93, ou a França, que registava 2,00 crianças por mulher (Instituto Nacional de Estatística, 2008).

²⁰ Sendo geralmente populações mais jovens, contribuem para a natalidade do país de acolhimento numa escala superior à que se verifica em relação à mortalidade (Instituto Nacional de Estatística, 2008).

pelo que a valorização do afecto leva a que o projecto parental seja encarado também por outras vias, entrando assim em linha de conta não só a adopção, bem como as técnicas de procriação medicamente assistida. Juntando a estes dados o já referido aumento do número de divórcios, que não ensombra a vontade de renovar a conjugalidade, o que leva ao surgimento das (novas) famílias recombinadas, vemos que se multiplicam as situações de concorrência entre a paternidade biológica e a paternidade afectiva (Oliveira, 2001: 343), sendo que tanto a maternidade quanto a paternidade são objecto de protecção constitucional em várias legislações, não permitindo a discriminação entre filhos biológicos e afectivos.

2.1.7. Os direitos das crianças no centro do direito de família

As políticas públicas do final do século XX e início do século XXI assumem agora as crianças e os seus direitos como uma preocupação prioritária (Commaille, 2004: XXVI), dando-se, assim, primazia jurídica, nos termos da Declaração Universal dos Direitos da Criança, nas suas relações com a sua família e com a sociedade, ao interesse superior da criança.²¹

Esta prioridade reflecte-se na disseminação acentuada dos direitos da criança (DUDH) e na publicação de convenções internacionais e de leis, em cada Estado, de promoção dos direitos e protecção das crianças em situação de risco. Como se referiu, esta é uma das vertentes da (re)publicização do direito de família, em que o Estado, para promover os direitos das crianças e as proteger das situações de risco, expande a sua intervenção, apela à parceria com a comunidade (ONGs ou Comissões de Protecção de crianças e jovens), e, conseqüentemente, reforça o controlo das relações familiares por via judicial, administrativa e social (Picontó-Navales, 1997: 109-127).²²

2.1.8. A fragmentação, a retracção e a expansão do “direito de família e das crianças”: do direito civil ao direito social

Verifica-se, pois, que a regulação da família se gere entre duas tensões (Commaille, 1991: 25): por um lado, o direito civil, uma regulação de tipo normativo com tendência a retrair-se e, por outro lado, o direito não civil da família, uma regulação de tipo social, com tendência a expandir-se (é o caso do direito da segurança social e do direito do trabalho, que se vão cada vez mais imiscuindo na anterior reserva de competência civil do direito da família). Há ainda que mencionar a existência de outros ramos do direito com influên-

²¹ Neste contexto, a criança assume um novo estatuto, ou, como diz Commaille (2004: XXIV), observamos que a criança se tornou, ao mesmo tempo, rara e preciosa.

²² É por isso que, doravante, utilizaremos o conceito de direito da família e das crianças.

cia na regulação da família, tais como o direito penal (com movimentos de criminalização, descriminalização, qualificação e desqualificação de crimes) e o direito fiscal (no caso do sistema de tributação do agregado familiar).

Fala-se em retracção ou contracção da regulação de tipo normativo, porque se verifica que a preocupação da sociedade e do Estado já não é orientar o comportamento privado das pessoas, mas cuidar dos efeitos sociais que derivam das várias escolhas dos indivíduos (Commaille, 1991: 26). Daí que se assista ao desenvolvimento de políticas sociais que visam a família e a um conseqüente movimento de desjuridificação e desjudicialização do direito e da justiça de família,²³ uma vez que o direito tem de se confrontar com a inadequação das categorias tradicionais frente às mutações das categorias das práticas sociais (Commaille, 1991: 31), o que gera complexidade jurídica e necessidade de permanente adequação.²⁴ Tudo isto tem como resultado e é resultado de o direito da família ser muito permeável às modificações das estruturas políticas, sociais, económicas e culturais (Coelho e Oliveira, 2008: 147).

Assim, compete ao direito de hoje proceder à alteração dos universos simbólicos do passado, reformulando novos espaços ou alterando os seus limites, de modo a permitir a eficácia comunicativa dos novos modelos relacionais, o que implica, nas palavras de Martínez (2008: 12), a flexibilização dos processos de separação ou de dissolução matrimonial (ruptura ou por consenso; com culpa ou sem culpa; decorrente de separação de facto); a adopção de medidas que facilitem as situações de pós-divórcio ou a equiparação dos direitos dos vários (novos) modelos familiares (entre outras situações).

2.1.9. A desjuridificação e desjudicialização da resolução dos conflitos civis de família

É consensual que a intervenção do direito civil da família tenderá a centrar-se nos domínios das crises conjugais, com a intenção de garantir a defesa do cônjuge mais fraco e a equidade, e no domínio das relações com os filhos, que pertence à esfera da responsabilidade indeclinável da sociedade organizada. Temos, assim, uma desjuridificação das relações sociais tradicionalmente reguladas nos códigos civis.

Em paralelo com tal movimento, ocorre também uma desjudicialização da resolução desses litígios, passando-se de um modelo de justiça institu-

²³ Segundo Guilherme de Oliveira (2001: 229), as modificações mais relevantes para o progresso da instituição familiar provirão de outras áreas de intervenção social para além do direito.

²⁴ Para Olga Martínez (2008), o legislador contemporâneo é um normalizador de situações, ao contrário do legislador da modernidade, que pretendia ser um moralizador.

cional, imposta ou adversarial (preponderância do direito, Tribunais e ritual judiciário), para uma justiça negociada e de proximidade (negociação, justiça de gabinete, presença de técnicos de ciências sociais). Esses conflitos de família passam, assim, a ser dirimidos, preferencialmente, por entidades administrativas e através de mediação e/ou conciliação.²⁵

2.1.10. O pluralismo cultural e normativo da regulação da família contemporânea

Diante da complexidade e fragmentação da regulação jurídica da família, que vimos analisando, pode falar-se de uma difusa e profunda incerteza sobre qual seja o objecto do direito da família e quais sejam os seus objectivos. As inovações legislativas que vão sendo introduzidas são-no por virtude de uma “actualização” do direito, para que este acompanhe, quando lhe é possível, o mesmo nível das transformações que vão ocorrendo na família. Acresce que, na regulação das relações nas famílias dos imigrantes e dos seus conflitos, os países europeus têm de ter em conta exigências contrastantes, em particular, as de harmonizarem o respeito pelos direitos humanos e pelos princípios dos ordenamentos jurídicos, com o respeito pelas diversas identidades pessoais e as instituições familiares e domésticas, muitas vezes reduzíveis também a usos e costumes de natureza moral e religiosa (Pocar e Ronfani, 2008).

O pluralismo cultural e jurídico contemporâneo deixa os legisladores sem capacidade para escolher e impor um modelo universal de boas condutas. A consequência só pode ser a de as leis se retraírem, evitando por menorizar os deveres conjugais, refugiando-se na adopção de cláusulas gerais que os cônjuges – que querem ser os seus próprios legisladores – hão-de concretizar segundo o seu projecto individualizado. A vida real, e os tribunais, vão conquistando este significado caso a caso, e assim densificando as cláusulas gerais. Nota-se, assim, uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos “deveres conjugais” predeterminados por qualquer entidade externa aos próprios conviventes. Estamos perante a família “auto-poiética”, em que o casal se tornou o seu próprio legislador (Oliveira, 2004: 765).

3. O direito da família e das crianças em Portugal: 30 anos de mudança (breve síntese)

A transformação da família e da regulação jurídica da família que analisámos anteriormente também se reflecte em Portugal, designadamente após a democratização do sistema político e da sociedade, iniciada após o movi-

²⁵ Sobre a desjuridificação e desjudicialização das relações jurídicas, cf. Pedroso *et al.* (2003: Capítulo I).

mento militar e social de 25/04/1974. A partir desse momento, as mutações do direito de família e das crianças em Portugal passaram a acompanhar as principais tendências de mudança através da sua universalização / internacionalização / europeização; constitucionalização; desinstitucionalização do direito civil da família; e, ainda, da sua fragmentação e expansão para o direito social e até criminal.

3.1. O direito internacional (universal e europeu) da família e das crianças aplicável em Portugal

Portugal ratificou, pelo que se encontram em vigor, os principais instrumentos internacionais relativos à regulação das relações familiares,²⁶ que não analisaremos nesta sede, limitando-nos à referência ao direito internacional mais central à constituição da família.

O artigo 16.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adoptada e proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217A (III) de 10 de Dezembro de 1948, estabelece que “o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião”, sendo a família considerada como “o elemento natural e fundamental da sociedade”, pelo que tem direito à protecção, quer da parte da sociedade, quer da parte do Estado. Para além disso, a DUDH estipula que, durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos os cônjuges têm direitos iguais. Quanto à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, estabelece no artigo 12.º (Direito ao casamento) que “[a] partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”. Por sua vez, o artigo 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sob a epígrafe “Direito de contrair casamento e de constituir família”, estatui que “[o] direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício”. Este é o quadro que “emoldura” a família no âmbito das normas internacionais, sendo acompanhado de perto pelas legislações portuguesas, a começar pela lei fundamental, a Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976, e as suas sete sucessivas revisões ao longo destes 32 anos de vigência.

²⁶ A título de exemplo, refiram-se todas as convenções internacionais relativas à adopção (ex.: por último, a Convenção da Haia de 1993) ou a Convenção Europeia sobre o Reconhecimento e a Execução das Decisões Relativas à Guarda de Menores e sobre o Restabelecimento da Guarda de Menores (de Maio de 1980) e o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental.

3.2. O direito constitucional da família e das crianças

Nos termos da CRP (artigo 67.º), a família é um valor fundamental da vida em sociedade, ao qual a Constituição confere protecção. Nesse sentido, incumbem ao Estado uma série de tarefas, como: a) promover a independência social e económica dos agregados familiares; b) promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade; c) cooperar com os pais na educação dos filhos; d) garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; e) regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; f) regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares; g) definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado; h) promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.

Desse modo, e de acordo com o consagrado no número 1, do artigo 36.º, “[t]odos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”. Pelo que, como consagrado no número 3 deste artigo, e como grande conquista de 1976, se consagra também o princípio da igualdade entre os cônjuges.²⁷ E como em igualdade se contrai casamento, de igual modo se encontra consagrado no número 2, do artigo em análise, o princípio da admissibilidade do divórcio, independentemente da forma como foi celebrado o casamento.

Também em 1976 (artigo 36.º, n.º 4 CRP) se consagrou a igualdade de estatuto entre os filhos nascidos do casamento e os filhos nascidos fora do casamento, aos quais se dava, anteriormente, a designação de “ilegítimos”, proibindo-se agora qualquer tipo de discriminação. Daí que a Constituição Portuguesa atribua às crianças, nos termos do artigo 69.º, um direito à protecção da sociedade e do Estado,²⁸ com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de aban-

²⁷ Na formulação constitucional: “Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos”.

²⁸ Para além disso, o Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal, sendo também proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar. Neste contexto, há ainda que mencionar a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo – Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro – bem como a Lei Tutelar Educativa – Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, que deram início a um novo paradigma do direito das crianças em Portugal.

dono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. Os jovens gozam também de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais (artigo 70.º CRP).

Relativamente à maternidade e paternidade, estes são, nos termos do artigo 68.º, valores sociais eminentes, pelo que “[o]s pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país” (artigo 68.º, número 1). Assim, os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos e os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial (artigo 36.º, números 5 e 6). À adopção é igualmente conferida protecção constitucional (artigo 36.º, número 7 CRP).

3.3. O direito civil da família e das crianças

O Código Civil Português (CC) é, na sua matriz originária, o código de 1966, que foi sujeito a uma ampla reforma em 1977, em virtude das alterações que foram introduzidas na CRP em 1976, incorporando, assim, o espírito do princípio da igualdade. A regulação da família pelo direito civil é o objecto do Livro IV do Código Civil (artigos 1576.º a 2020.º), ao qual devem juntar-se as disposições relativas às sucessões. E, também, todas as leis avulsas que regulam vários aspectos da família contemporânea e que vão permitindo que o direito da família em Portugal se vá “actualizando”.

O Código Civil Português não fornece nenhuma definição jurídica do que é a família, apenas se podendo concluir do artigo 1576.º que “[s]ão fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção”.

Quanto ao casamento, a primeira fonte mencionada, o artigo 1577.º, estipula que este é “o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”. E quando estamos perante uma relação entre pessoas do mesmo sexo? O reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo deu-se (em termos restritos) com a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que concede protecção aos aspectos patrimoniais da união de facto de pessoas do mesmo sexo, não lhes sendo, todavia, reconhecido o direito a adoptar – artigo 7.º (e não podendo, também, ser beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, como estabelece o artigo 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho).

Sendo objecto de garantia constitucional, o divórcio é regulado pela lei civil. Tendo sido instituído em 1910, aquando da I República, o divórcio foi como que “repudiado” durante o Estado Novo, tendo o Código Civil de 1966 impedido o divórcio por mútuo consentimento mesmo aos casados civis. Já depois da Revolução de 1974, com o Decreto-Lei n.º 261/74, de 18 de Junho, retoma-se a legislação da I República, igualando o casamento católico e o casamento civil e admitindo o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso. Em Fevereiro de 1975, foi assinado ainda o protocolo adicional à Concordata com a Santa Sé, permitindo-se também o divórcio civil para os católicos.

Nos últimos anos, tem-se verificado um pouco por toda a Europa, e também nos Estados Unidos da América, que as legislações começam a abolir o divórcio baseado na culpa, prevendo como causa a invocação da “ruptura definitiva da vida em comum”. Também em Portugal se caminhou nessa direcção, com a aprovação do Decreto 232/X (que, todavia, foi sujeito a veto presidencial²⁹ em Agosto de 2008 e submetido a reapreciação e nova aprovação pela Assembleia da República). Já em 31 de Outubro de 2008 foi publicada a Lei n.º 61/2008,³⁰ que entrará em vigor no dia 30 de Novembro, e que vem alterar o regime jurídico do divórcio, eliminando o tradicional divórcio litigioso e permitindo o divórcio sem culpa ou, nos termos da lei, o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.³¹

Assim, e muito sucintamente, nos termos do artigo 1773.º do Código Civil (CC), na redacção que lhe foi dada pela lei em análise, o divórcio pode assumir a forma do mútuo consentimento – a ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, na conservatória do registo civil, ou no tribunal, se o casal não tiver conseguido o acordo sobre algum dos assuntos constantes

²⁹ Cf. Mensagem do Presidente da República à Assembleia da República referente ao diploma que altera o Regime Jurídico do Divórcio, em <http://www.presidencia.pt>.

³⁰ O percurso desta Lei pode ser consultado em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?ID=33847> (Novembro de 2008). A origem deste decreto foi o Projecto de Lei n.º 509/X, do Grupo Parlamentar do Partido Socialista (Cf. <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.doc?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c75615668305a586776634770734e5441354c5667755a47396a&fich=pjl509-X.doc&Inline=true>; consultado em 16 de Outubro de 2008).

³¹ Na mensagem que acompanhou a promulgação do diploma, Cavaco Silva considerou que o novo regime jurídico irá conduzir na prática a situações de profunda injustiça, sobretudo para aqueles que se encontram em situações de maior vulnerabilidade, podendo, além disso, o cônjuge que não provocou o divórcio ser prejudicado no plano patrimonial, aquando da partilha de bens. Acresce ainda que, em sua opinião, o diploma “padece de graves deficiências técnico-jurídicas e recorre a conceitos indeterminados que suscitem fundadas dúvidas interpretativas, dificultando a sua apreciação pelos tribunais e, pior ainda, aprofundando situações de tensão e conflito na sociedade portuguesa”. O Presidente da República, que cedeu aos argumentos da maioria da Assembleia da República, não deixa de exortar o legislador a fiscalizar a aplicação prática do regime.

do artigo 1775.º do mesmo diploma³² – ou ser sem o consentimento de um dos cônjuges – devendo ser requerido em tribunal³³ por um dos cônjuges contra o outro, com um dos fundamentos seguintes: a separação de facto por um ano consecutivo; a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; a ausência, sem que do ausente haja notícias por tempo não inferior a um ano; e (de carácter totalmente novo) por quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento (artigo 1781.º CC).

Para além de alterar o regime do divórcio, o diploma em análise altera também as normas relativas às responsabilidades parentais, quer na constância do matrimónio, quer após a sua ruptura. Na constância do matrimónio, as responsabilidades parentais são exercidas por ambos os pais, de comum acordo (artigo 1901.º CC). Havendo divórcio (ou separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento), as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida da criança são exercidas em comum por ambos os pais nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível; quando se tratar de actos da vida corrente, o exercício cabe ao progenitor com quem a criança vive ou quem se encontra temporariamente, mas este não pode contrariar as orientações educativas definidas pelo outro progenitor.

Os artigos 1911.º e 1912.º, na nova redacção, tratam da filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores quando estes viverem em condições análogas às dos cônjuges (primeiro caso) ou quando tal situação não aconteça (segundo caso).

3.4. A regulação não civil da família (ou a sua protecção na lei da segurança social e na lei laboral)

Em 1976, foi publicado o Decreto-lei n.º 112/76, de 7 de Fevereiro, que constituiu um passo relevante na abordagem das questões jurídico-laborais relacionadas com as mulheres, com a concessão a todas as trabalhadoras do direito de faltar durante noventa dias no período da maternidade,

³² A saber: relação especificada dos bens comuns; certidão da sentença judicial que tiver regulado o exercício das responsabilidades parentais ou acordo sobre o mesmo quando existam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial; acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça; acordo sobre o destino da casa de morada de família; certidão de escritura de convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada.

³³ Haverá sempre uma tentativa de conciliação dos cônjuges (artigo 1779.º CC).

os quais não poderiam ser descontados para quaisquer efeitos, designadamente para férias, antiguidade ou aposentação (artigo 1.º, n.º 1). Reconhecendo o “papel insubstituível da família na formação e na educação dos filhos”, o Decreto-Lei n.º 503/80, de 20 de Outubro, veio, seguidamente, estabelecer vários princípios gerais, cujo objectivo expresso era o de garantir “gradualmente uma adequada protecção social às mulheres e aos homens que livremente optem por privilegiar a sua missão perante os filhos, sem prejuízo da sua realização profissional e da sua participação na vida cívica do País”. Este diploma estabelecia, ainda, a promoção da gradual concretização e adequação dos direitos sociais reconhecidos nos princípios aí elencados, bem como a instituição de uma licença de maternidade e paternidade e de um subsídio para os mais carenciados, e, por fim, o alargamento da aplicação dos regimes de trabalho a tempo parcial e com horários flexíveis.

Em 1984, foi publicada a Lei n.º 4/84, de 5 de Abril, sobre a protecção da maternidade e da paternidade. Esta Lei (complementada pelos Decretos-Lei n.ºs 136/85, de 3 de Maio, e 154/88, de 29 de Abril) instituiu, de forma sistemática e pela primeira vez, a protecção da maternidade e da paternidade em Portugal. São de sublinhar os seguintes princípios: a) a igualdade dos pais; b) o direito da mulher à assistência médica durante a gravidez, bem como sessenta dias após o parto; c) a protecção da saúde da criança e do seu desenvolvimento no seu primeiro ano de vida; d) o papel do Estado, cada vez mais interventor, na protecção da maternidade e paternidade, do nascituro e da criança e no domínio dos cuidados de saúde; e) a especial protecção dos pais no âmbito do trabalho, nomeadamente, o direito da mulher a uma licença de maternidade por um período de noventa dias, direito a faltas para assistência a menores doentes e o direito do pai a uma licença de paternidade por um período de 90 dias caso ocorra a morte da mãe; e f) no âmbito da segurança social veio definir, entre outros, o direito ao subsídio de maternidade ou paternidade.³⁴ Culminando toda a referida evolução legislativa, em 2003 surgiu o Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto), que reescreveu os normativos respeitantes às questões em causa,³⁵

³⁴ Através da Lei n.º 142/99, de 31 de Agosto (republicada através do Decreto-Lei n.º 70/2000, de 4 de Maio), foi consagrada, no artigo 10.º, a licença especial de paternidade, que foi um caminho para a paridade. Há ainda que referir o Decreto-Lei n.º 105/2008, de 25 de Junho, que veio proceder a ligeiras adequações no regime jurídico de protecção social na maternidade, paternidade e adopção.

³⁵ As normas do Código do Trabalho aqui relevantes são os artigos 33.º a 52.º (Subsecção IV: Protecção da maternidade e da paternidade), sendo de salientar que os artigos 3.º a 8.º e 31.º da Lei n.º 4/84, com a numeração e redacção constantes do Decreto-lei n.º 70/2000, de 4 de Maio, continuam em vigor.

não colocando em questão, nesta matéria, a evolução legislativa ocorrida na construção do caminho do reconhecimento jurídico da igualdade e da paridade entre os sexos.

3.5. O direito criminal da família: a tensão permanente entre (des)criminalização e (re)criminalização

Tradicionalmente, o direito penal procurava não se imiscuir na família (tendencialmente íntima e privada), pelo que as situações de violência doméstica não tinham qualquer protecção legal e os crimes sexuais contra a família e as crianças tinham natureza semi-pública, apenas sendo investigados se houvesse queixa.

Como se sabe, a área do direito penal está continuamente sujeita a movimentos de criminalização, descriminalização, qualificação e desqualificação de crimes. E isso aconteceu com particular incidência na área da família, com as recentes mudanças introduzidas pelas Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril (relativamente à interrupção voluntária da gravidez) e Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro (que veio agravar a criminalização da violência doméstica). Assim, através da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, a interrupção voluntária da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando realizada por opção da mulher nas primeiras 10 semanas de gravidez, foi despenalizada [artigo 142.º, n.º 1, al. e)]. Por sua vez, o artigo 152.º do Código Penal foi alterado para passar a prever o crime de violência doméstica, com natureza pública, isto é, um crime não dependente de queixa, bastando a notícia da prática do crime para que o Ministério Público promova o processo, independentemente da vontade da vítima.³⁶

O direito penal da família prevê, assim, diversos tipos de legais de crime. Nos artigos 247.º a 250.º do Código Penal, estão tipificados os crimes contra a família (bigamia, falsificação de estado civil, subtracção de menor e violação da obrigação de alimentos). Para além disso, a circunstância de o agente ser descendente ou ascendente, adoptado ou adoptante da vítima é susceptível de revelar especial censurabilidade ou perversidade e, a esse título, qualificar o homicídio [artigo 132.º, n.º 2, al. a)]. Prevê-se, ainda, e

³⁶ Se antes a chamada “sabedoria popular” preconizava que “entre homem e mulher não se meta a colher”, hoje, e na defesa do princípio da igualdade, podemos dizer que se encontra legitimado que “entre o casal meta-se o direito penal”, o que merece a nossa concordância para as situações de protecção da vulnerabilidade e/ou dependência de um dos membros do casal, mas não se justificará se, em concreto, os dois membros do casal se encontrarem na plenitude dos seus direitos e sem qualquer relação – directa ou indirecta – de dependência, pelo que deverão poder escolher, se a formação dessa opção for completamente livre, se um procedimento criminal entre eles deve prosseguir ou não.

nos termos do art. 152.º, n.º 2, que quem infligir ao cônjuge, ou a quem com ele viva em condições análogas às dos cônjuges, maus tratos físicos ou psíquicos é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, que poderá ser superior no caso de se provar a gravidade da ofensa (artigo 144.º). Nos artigos 163.º a 165.º estão ainda previstos os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual nos artigos 167.º a 176.º, cujas penas serão agravadas no caso de a vítima ser ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao segundo grau do agente [artigo 177.º, n.º 1, alínea a)]. O grau de parentesco pode também funcionar como desqualificador do crime, como se verifica no caso de infanticídio (artigo 136.º).

4. A mudança não basta: o direito da família e das crianças necessita de efectividade

A transformação da família e do direito da família e das crianças que temos vindo a analisar tem, também, de significar a sua democratização e, consequentemente, 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. Sem a mutação e a construção de meios efectivos de acesso, o direito de família e das crianças não será efectivo e não contribuirá para um aprofundamento da cidadania individual e colectiva.

Assim, o estudo das mutações do direito da família e das crianças exige, no nosso entender, que se reflecta sobre as condições da sua efectividade, do seu exercício e, consequentemente, se analise se as transformações nos meios de acesso ao direito e à justiça de família são adequados ou suficientes para acompanhar as transformações anteriormente enunciadas, de modo a garantir a sua efectividade e uma vivência mais democrática nas nossas famílias e na nossa sociedade.

4.1. O direito fundamental de acesso ao direito e à justiça: um mapa português

A transformação do direito da família e das crianças implica, assim, necessariamente, para garantir a sua efectividade, que o exercício dos seus direitos seja garantido a todos os cidadãos. Passamos, por conseguinte, a apresentar um “mapa” dos meios de acesso ao direito e à justiça da família disponíveis em Portugal.

Continua a ser fundamental falar e escrever sobre o direito de acesso ao direito e à justiça, já que este, enquanto direito humano básico, com consagração em documentos jurídicos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 10.º) ou a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigo 6.º), continua a significar a conquista da cidadania, ou seja, o acesso ao estatuto de sujeito

de direito e de direitos, o que implica, num plano instrumental, o acesso à informação sobre o direito e a consequente capacidade de efectivação dos direitos (Faget, 1995). Neste sentido, e como defendiam, já em 1978, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o direito de acesso efectivo à justiça tornou-se o requisito básico de um sistema jurídico moderno e igualitário, cujo objectivo é o de garantir, e não o de apenas proclamar, os direitos de todos.

Todavia, o direito de acesso ao direito e à justiça já não pode ser visto apenas como equivalente a acesso aos tribunais, tornando-se essencial que haja uma ampliação da perspectiva, incluindo nesse contexto a informação sobre o exercício dos direitos, a consulta jurídica, a representação em tribunal e, ainda, a resolução dos conflitos através de instituições imparciais, não corruptas e justas (Luca, 2007).

Deste modo, a evolução dos regimes/sistemas de acesso ao direito e à justiça pode continuar a ser explicitada pela chamada metáfora das *Três Vagas* criada por Cappelletti e Garth, segundo os quais num primeiro momento, após 1945, desenvolveram-se os regimes de *legal aid*, cujo objectivo foi o de providenciar assistência jurídica na forma de representação em tribunal; num segundo momento, nos anos sessenta, assistiu-se à promoção dos interesses colectivos e difusos; e, num terceiro momento ou vaga, a partir da década de setenta do século XX, vimos surgir os mecanismos alternativos de resolução de litígios, assistimos à reforma do sistema de justiça e à busca de alternativas mais económicas, em que conceitos como eficácia e eficiência se tornam essenciais.

Nos nossos dias a questão dos meios de acesso ao direito conhece, pois, uma importante evolução, em que se interpenetram estes três momentos e diversos modelos de acção. Todavia, parafraseando Gilda Nicolau (2002), num direito em fuga permanente, tanto em termos de proliferação como de mutação, em que consiste “aceder ao direito”?

4.2. O sistema público de apoio judiciário em Portugal

O acesso ao direito e aos tribunais tem uma dupla dimensão: por um lado, a dimensão de garantia de defesa de direitos e, por outro, a de imposição ao Estado do dever de assegurar que ninguém fique impedido de aceder à justiça para essa defesa por insuficiência de meios económicos, em termos que respeitem o princípio fundamental da igualdade, sob a configuração de direito de natureza social a prestações materiais do Estado. Não implica, porém, a gratuidade da justiça, cabendo ao legislador, em observância do princípio da proporcionalidade, definir os custos correspondentes à utilização da máquina da justiça e, como não é gratuito o recurso à justiça, não tem a protecção jurídica de ser concedida a todos os cidadãos (Costa, 2007).

Foi a Lei n.º 7/70, de 9 de Junho, que introduziu em Portugal a assistência judiciária ainda em pleno Estado Novo. Este regime, porém, tem assistido a profundas alterações ao longo dos últimos trinta anos. É importante notar que foi com a Constituição da República de 1976, após a Revolução de Abril de 1974, que se consagrou, no artigo 20.º, que a todos os cidadãos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e que todos têm direito à informação e à protecção jurídicas.³⁷ Porém, a Lei n.º 7/70 só foi alterada com o Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de Dezembro, em que se passou do regime de assistência para o regime de acesso ao direito e aos tribunais, com o qual se introduziu a possibilidade de os cidadãos terem informação jurídica e consulta jurídica gratuita.

Em 2000, com a Lei n.º 30-E/2000, de 20 de Dezembro, passou a ser da competência dos serviços de Segurança Social a apreciação dos pedidos de concessão de apoio judiciário (já que até então competia ao juiz da causa fazer a avaliação do pedido) e o procedimento de apoio judiciário passou a ser autónomo relativamente à causa respectiva. Em 2004, surge a Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, que, para além de fazer a transposição da Directiva Comunitária³⁸ relativa aos litígios transfronteiriços e de alargar o seu âmbito também aos cidadãos da União Europeia, reconhece que não são apenas os obstáculos de natureza económica que impedem ou dificultam o acesso ao direito e aos tribunais; mas, paradoxalmente, limita o acesso ao sistema.

Em 28 de Agosto de 2007, foi publicada a Lei n.º 47/2007, que entrou em vigor em Janeiro de 2008, e passou a ter um âmbito mais alargado de abrangência, uma vez que passa a aplicar-se também nos julgados de paz e noutras estruturas de resolução alternativa de litígios, bem como aos processos que corram nas conservatórias (como é o caso dos processos de divórcio por mútuo consentimento, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro).

O actual sistema público de acesso ao direito e à justiça é um sistema triangular: financiado pelo Ministério da Justiça, com processo de concessão da prestação a cargo da Segurança Social e nomeação dos advogados para a consulta e patrocínio jurídico pela Ordem dos Advogados. Este sistema é sujeito a múltiplas críticas: a) as condições de elegibilidade: apenas

³⁷ A protecção jurídica desenvolve-se nas vertentes de consulta jurídica e de apoio judiciário, e a informação jurídica e a consulta jurídica dependem de acções da Administração e das organizações profissionais forenses. A informação jurídica e a consulta jurídica assumem-se como indispensáveis à regulação da vida em sociedade e para obstar a litígios inúteis (Costa, 2007: 21).

³⁸ A Directiva 2002/8/CE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços, através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios.

os indigentes têm acesso; b) a consulta jurídica é insuficiente; c) o apoio jurídico é, por vezes, desqualificado.³⁹

4.3. A rede de actores intervenientes: o Estado, o mercado e a comunidade

A investigação que temos vindo a efectuar⁴⁰ permite-nos representar no quadro da página seguinte as estruturas e os actores que existem actualmente em Portugal no âmbito do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Como podemos constatar, os meios de acesso não se limitam ao sistema, supra descrito, do apoio judiciário, mas existem também, sob outras formas, no Estado, na comunidade, no mercado e em formas híbridas.

Com vista a analisar o sistema ou a rede de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, este quadro foi buscar inspiração aos conceitos de espaços de produção do direito (Santos, 1995: 411-455) e aos princípios de regulação política (Ferreira, 2005), analisando os actores que prestam informação jurídica, consulta jurídica, patrocínio e resolução de litígios nos espaços/princípios de regulação política da comunidade, mercado, Estado e “Estado em parceria” (ou seja, em que o Estado combina em si outros espaços/princípios, para, através de parcerias, prestar um melhor serviço público).⁴¹

4.3.1. A rede de actores públicos

Mas o acesso ao direito e à justiça não se limita ao apoio judiciário. No que toca ao sistema de informação sobre os direitos, existe uma rede de actores, entre os quais assume particular relevo o Ministério Público, que tem um estatuto equiparado ao dos magistrados judiciais.

Costuma-se associar a acção do Ministério Público à área penal, pois é aí que desempenha as suas principais funções. Todavia, é importante notar 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 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.

³⁹ Para uns, será muito bem pago, para outros será ainda mal pago.

⁴⁰ Ver nota inicial.

⁴¹ 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.

Mapa da estrutura/actores da rede/sistema do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal

Prestações Espaços/regulação	Informação jurídica	Consulta jurídica	Patrocínio	Resolução de litígios
COMUNIDADE	<ul style="list-style-type: none"> - Associações informais e formais - ONGs - Terceiro sector 	<ul style="list-style-type: none"> - Associações informais e formais - ONGs - Terceiro sector 	<ul style="list-style-type: none"> - Advogados e/ou Solicitadores destas Associações 	<ul style="list-style-type: none"> - Terapia familiar/Conciliação e Mediação informal
MERCADO	<ul style="list-style-type: none"> - Advogados e Solicitadores - Juristas/técnicos de apoio à família - Seguros 	<ul style="list-style-type: none"> - Advogados e Solicitadores - Advogados de seguros 	<ul style="list-style-type: none"> - Advogados e Solicitadores - Advogados de seguros 	<ul style="list-style-type: none"> - Terapia familiar/Conciliação e Mediação (comercial)
ESTADO	<ul style="list-style-type: none"> - Administração Pública (ex. Segurança Social, C. Cidadania e Igualdade de Género) - Sistema de Mediação Familiar - Ministério Público 	<ul style="list-style-type: none"> - Autarquias (Advogados) - Ministério Público (interesse superior da criança) 	<ul style="list-style-type: none"> - Ministério Público (interesse superior da criança) 	<ul style="list-style-type: none"> - Sistema de Mediação Familiar - Julgados de Paz (mediação) - Tribunais
ESTADO EM PARCERIA	<ul style="list-style-type: none"> - Gabinete de Consulta Jurídica da Ordem dos Advogados - GPCJ – Comissões de Protecção de Crianças e Jovens 	<ul style="list-style-type: none"> - Gabinete de Consulta Jurídica da Ordem dos Advogados 	<ul style="list-style-type: none"> - Advogados (patrocínio oficial nomeados pela O.A.) 	<ul style="list-style-type: none"> - CPCJ – Comissões de Protecção de Crianças e Jovens

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, de interface entre os cidadãos e os tribunais e de promoção dos direitos das crianças.

A par do Ministério Público surgem outros actores de relevo, tais como os serviços de Segurança Social, que, como se disse, têm, desde 2000, a atribuição de apreciar os pedidos de concessão de apoio judiciário. Recentemente, surgiram os serviços de mediação familiar⁴² como uma nova forma de resolver os conflitos de família. O Sistema de Mediação Familiar (SMF)⁴³ 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.⁴⁴ 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 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.

⁴² O Sistema de Mediação Familiar é regulado pelo Despacho n.º 18.778/2007 do Gabinete do Secretário de Estado da Justiça.

⁴³ Nos termos da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que altera o regime jurídico do divórcio, 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.

⁴⁴ O pedido de mediação pode ser feito por quatro vias: por telefone, por e-mail, presencialmente ou por carta dirigida ao Centro Coordenador Nacional do SMF, em Lisboa. Os processos de mediação familiar têm em média uma duração entre 1 e 3 meses, dependendo dos intervenientes e do conflito em causa, sendo que, segundo dados do Ministério da Justiça, 73% das mediações familiares terminaram em menos de 2 meses. Os serviços de mediação familiar funcionam nos distritos de Aveiro, Beja, Coimbra, Évora, Faro, Leiria, Lisboa, Porto, Santarém, Setúbal e Viana do Castelo, prevendo o Ministério da Justiça que, até ao final de 2008, o SMF abranja todo o território nacional.

No âmbito da promoção da igualdade entre os sexos e da prevenção e luta contra a violência doméstica, a Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (CIG) mantém um sistema de informação jurídica e de protecção das vítimas de violência doméstica.⁴⁵

4.3.2. O apelo à parceria, ao mercado e à comunidade

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 (Segurança Social, CIG) e à acção 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 recorre à Ordem dos Advogados, a quem compete fazer a nomeação de patrono ou de defensor officioso (artigo 30.º da Lei n.º 47/2007) no caso de o pedido de apoio judiciário ser deferido pela Segurança Social. Para além disso, a Ordem dos Advogados tem também, como se referiu, Gabinetes de Consulta Jurídica onde os cidadãos podem dirigir-se e pedir informação sobre as suas questões jurídicas. Ora, este sistema necessita de monitorização e avaliação, dado serem recorrentes e reiteradas as críticas à sua insuficiência e incapacidade de resposta às necessidades de informação jurídica e de procura de justiça, designadamente da família e das crianças.

Assim, para a promoção dos direitos e resolução dos conflitos relativos a “crianças em risco”, o Estado central constituiu uma parceria com as autarquias locais e com as entidades associativas da comunidade, ou seja, criou as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens (CPCJ), enquanto instituições oficiais não judiciárias, que cobrem já quase todos os concelhos do país e que têm as suas competências estabelecidas na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro), tendo como função a promoção dos direitos das crianças e dos jovens e a prevenção ou resolução de situações susceptíveis de afectar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral. A actividade das CPCJ é acompanhada pelo Ministério Público,⁴⁶ tendo como propósito a apreciação da legalidade e a adequação das decisões, a fiscalização da actividade processual e a promoção dos procedimentos judiciais adequados. As CPCJ,

⁴⁵ A CIG herdou as competências das anteriores CIDM – Comissão para a Igualdade e Direitos das Mulheres – e da CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.

⁴⁶ Segundo os dados do Relatório de Avaliação da Actividade das CPCJ, referente a 2006, o tipo de articulação estabelecida, quer por iniciativa das CPCJ, quer por parte do Ministério Público, incidiu, essencialmente, em orientações para diligências processuais, às quais se seguem os esclarecimentos de ordem jurídica.

para além de colaborarem com o Estado, colaboram também com diversas organizações não governamentais que trabalham na mesma área, tendo, actualmente, um papel reconhecido e legitimado na sua área de intervenção, embora ainda possa haver um longo caminho para o desenvolvimento da sua acção.

No plano da comunidade, devem ainda ser mencionadas as organizações não governamentais que fornecem informação 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 protecção dos direitos das crianças ou às famílias e seus direitos.⁴⁷

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 protecção jurídica. Consequentemente, estamos perante uma área que o mercado advocatício e de seguros acha desinteressante e a que não dá especial atenção.

5. Conclusão (ou construção de uma agenda de investigação)

Num direito em permanente mutação, como é o direito da família, é necessário perceber quais os mecanismos aos quais os cidadãos podem dirigir-se de modo a obter informação que lhes permita defender os seus direitos. Nesta importante área social, encontramos 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 actuam dentro e fora do sistema judicial. Esta “rede” de serviços jurídicos complementares (e interdisciplinares) permite estabelecer um conjunto diversificado de mecanismos que visa a defesa de princípios universais e a promoção de direitos fundamentais, sobretudo das famílias mais vulneráveis, principais beneficiárias do sistema público de apoio judiciário, mas que tem também por objectivo a defesa e a promoção dos direitos de todas as famílias e crianças, que são abrangidas quer pelo Ministério Público, quer pelas CPCJ, pelo sistema de mediação familiar ou pelos mecanismos oferecidos quer pelo mercado, quer pela comunidade (Ferreira *et al.*, 2007).

⁴⁷ É o caso da APAV, da CrescerSer, da Associação Família e Sociedade, da Pais para Sempre, da UMAR, entre outras.

A partir das mutações em análise, podemos constatar uma transformação acelerada da família, a que corresponde, de modo reflexo e mais lentamente, a transformação do direito de família e das crianças e, ainda, a insuficiência de resposta dos diversos meios de acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em matéria de informação sobre o exercício dos direitos, a insuficiência de cobertura e de desempenho no sistema público (Ministério da Justiça, Segurança Social e Ordem dos Advogados) de apoio judiciário e a necessidade de desenvolvimento/avaliação da acção do Estado e do Ministério Público, bem como de todos os meios de informação jurídica ou de resolução de litígios que a comunidade, o mercado ou Estado possam vir a desenvolver.

O levantamento efectuado ao longo deste texto e a constatação das insuficiências referidas são, necessariamente, uma excelente agenda de investigação, a desenvolver no futuro, sobre as transformações do direito da família e das crianças e dos respectivos meios de acesso, de modo a identificar as potencialidades e as fragilidades da construção de um direito efectivo, acessível e promotor de cidadania.

Referências bibliográficas

- Aboim, Sofia (2006), *Conjugualidades em mudança. Percursos e dinâmicas da vida a dois*. Lisboa: ICS/Imprensa de Ciências Sociais.
- Antokolskaia, Masha (org.) (2007), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*. Amsterdam: Intersentia.
- Bernini, Stefania (2007), *Family Life and Individual Welfare in Post-War Europe: Britain and Italy Compared*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant (orgs.) (1978), *Access to Justice. A World Survey*. Milano: Giuffrè.
- Carbonnier, Jean (1979), *Essais sur les lois*. Paris: Defrénois.
- CNPCJR (2007), *Relatório anual da actividade das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em 2006*. Lisboa: Instituto da Segurança Social.
- Coelho, Francisco Pereira; Oliveira, Guilherme de (2003), *Curso de Direito da Família. Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora (3.ª ed.).
- Coelho, Francisco Pereira; Oliveira, Guilherme de (2008), *Curso de Direito da Família. Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora (4.ª ed.).
- Commaille, Jacques (1991), “Les régulations de la famille française. Déterminations complexes des rapports public-privé”, *Oñati Proceedings*, 13, 21-35.
- Commaille, Jacques (2004), “L’enfant européen?”, in Daniel Gadbin; Francis Kernaleguen (orgs.), *Le statut juridique de l’enfant dans l’espace européen*. Bruxelles: Bruylant.

- Commaille, Jacques (s.d.), “Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension: émancipation, institution, protection”. Disponível em <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/comail1.htm> [acedido em 01/09/2008].
- Costa, Salvador da (2007), *O apoio judiciário*. Coimbra: Almedina.
- Faget, Jacques (1995), “L'accès au droit: logiques de marché et enjeux sociaux”, *Droit et Société*, 30/31, 367-378.
- Ferreira, António Casimiro (2005), *Trabalho procura justiça: Os tribunais de trabalho na sociedade portuguesa*. Coimbra: Almedina.
- Ferreira, António Casimiro et al. (2007), *A acção do Ministério Público no acesso dos cidadãos ao direito e à justiça, nos conflitos de família e do trabalho: um estudo de caso nos tribunais de Coimbra*. Coimbra: CES/Instituto de Investigação Interdisciplinar da Universidade de Coimbra.
- Instituto Nacional de Estatística (2008), *Estatísticas demográficas – 2006*. Lisboa: INE.
- Luca, Alessandra de (2007), *L'accesso alla giustizia in Inghilterra fra stato e mercato*. Turim: G. Giappichelli Editore.
- Martínez, M.^a Olga Sánchez (2008), “El derecho ante los riesgos de las estructuras familiares plurales”, comunicação apresentada no Annual Meeting do Research Committee in the Sociology of Law, Milão-Como, 9 a 12 de Julho de 2008.
- Ministério da Justiça (2008), *Sistema de mediação familiar*.
- Nicolau, Gilda (2002), “Que faut-il entendre par accès au droit?”, in Fabrice Leduc (org.), *L'accès au droit*. Tours: Publications de l'Université François Rabelais.
- Oliveira, Guilherme de (2001), *Temas de Direito da Família*. Coimbra: Coimbra Editora (2.^a ed.).
- Oliveira, Guilherme de (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 et al. (2003), *Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Picontó-Navales, Teresa (1997), “Family Law and Family Policy in Spain”, in Jacek Kurczewski; Mavis Maclean (orgs.), *Family Law and Family Policy in the New Europe*. Dartmouth: Ashgate Dartmouth.
- Pocar, Valerio; Ronfani, Paola (2008), *La famiglia e il diritto*. Roma, Bari: Editori Laterza.
- Roseneil, Sasha (2006), “Viver e amar para lá da heteronorma: uma análise queer das relações pessoais no século XXI”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 76, 33-51.
- Santos, Boaventura de Sousa (1995), *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. New York / London: Routledge.
- Volpi, Roberto (2007), *La fine della famiglia. La rivoluzione di cui non ci siamo accorti*. Milano: Mondadori.
- Zanatta, Anna Laura (2008), *Le nuove famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita*. Bologna: Il Mulino.