

João António Fernandes Pedroso

Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção
O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças

Orientador: Prof. Doutor Boaventura de Sousa Santos

Dissertação de Doutoramento em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração, apresentada à Faculdade de Economia da
Universidade de Coimbra

2011



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

AGRADECIMENTOS

Quando, em 2002, decidi que iria fazer esta tese de doutoramento, estava longe de pensar que iria ser soterrado pelas minhas circunstâncias pessoais e de que inúmeras vezes teria de pegar e voltar a largar e voltar a pegar, neste trabalho. Assim, só me foi possível superar os contratemplos e chegar, ao fim da linha, e dar esta tese como pronta devido aos apoios institucionais, que nunca me faltaram, e aos apoios pessoais dedicados e empenhados, que me cumpre agradecer.

O meu especial agradecimento à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e ao Centro de Estudos Sociais, instituições nas quais me integro enquanto docente e investigador e sem as quais este trabalho não seria possível. Assim, aos seus Diretores, Professores Doutores José Reis e Boaventura de Sousa Santos, e a todos e a todas os/as colegas, um GRANDE MUITO OBRIGADO.

Ao Professor Doutor Boaventura de Sousa Santos agradeço o facto de ter aceite ser o orientador desta tese, bem como tudo o que me ensinou, desde 1983, quando tive a sorte de me cruzar com uma inovadora “cadeira” de sociologia do direito, na FDUC, e que foi o princípio de uma longa aprendizagem partilhada em muitos projetos de investigação. Aos colegas Maria Manuel Leitão Marques, António Casimiro Ferreira e José Manuel Pureza agradeço o abraço sempre presente, desde que cheguei à FEUC e ao CES, bem como os comentários rigorosos que fizeram a algum do meu trabalho ao longo destes anos. Ao António Casimiro Ferreira garanto que devolvarei todos os livros que fez o favor de me emprestar.

A presente tese de doutoramento foi elaborada tendo por base muitos dos dados obtidos no âmbito do projeto de investigação por mim coordenado, “As mutações do acesso à lei e à justiça na União Europeia” (FCOMP-01-0124-FEDER-007368), financiado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia, a quem agradeço o apoio.

Uma palavra especial para agradecer a colaboração prestada pela Direcção-Geral de Política de Justiça, pelo Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios do Ministério da Justiça, pela Ordem dos Advogados, em especial aos Conselhos Distritais de Lisboa e de Coimbra, pelo Instituto da Segurança Social e pela Comissão Nacional de Proteção das Crianças e Jovens em Risco, nas pessoas dos seus Presidentes à data

da elaboração deste texto. Aos partidos políticos com representação parlamentar, o meu obrigado pelo envio da documentação solicitada.

Agradeço também a colaboração prestada, em matéria de cedência de dados estatísticos, pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, em especial ao seu Coordenador Científico, Professor Doutor Boaventura de Sousa Santos, e à sua Coordenadora Executiva, Dra. Conceição Gomes. Ao Dr. Pedro Abreu agradecemos o seu empenho no tratamento dos dados.

Cabe-me também agradecer aos Senhores Magistrados Judiciais e do Ministério Público do Tribunal de Família e Menores de Lisboa, bem como aos representantes da Procuradoria-Geral da República, do Sistema de Mediação Familiar, da Provedoria de Justiça, da Polícia de Segurança Pública, da Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, do Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural, da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, do Instituto de Apoio à Criança, do Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra e da Associação Nacional de Jovens Advogados Portugueses, que não identifico para garantir a confidencialidade da participação/entrevistas e que gentilmente acederam a participar no *focus group* efetuado, bem como a conceder-me o seu tempo através das entrevistas que lhes fiz. Merecem, igualmente, a minha gratidão, pelo apoio prestado, as Comissões de proteção de crianças e jovens Ocidental e Centro, do concelho de Lisboa.

Merece uma palavra de destaque o Instituto Internacional de Sociologia Jurídica, em Oñati, País Basco, em especial todo o pessoal da Biblioteca, onde estive, por diversas vezes, a fazer pesquisa; bem como os Professores Jacques Commaille, da École Normale Supérieure de Cachan, Paris, e John Flood, da Universidade de Westminster, no Reino Unido, e a Professora Doutora Anália Torres, do ISCTE, cujo contributo foi imprescindível, sobretudo nos comentários e discussões havidas, no âmbito do referido projeto FCT. Agradeço, ainda, aos/às Professores/as e colegas António Casimiro Ferreira, Pedro Hespanha, Sílvia Portugal, José Manuel Pureza e Daniela Nascimento, pela colaboração em diversas atividades do projeto de investigação referido e com os quais pude trocar impressões e discutir resultados.

Um agradecimento ainda a todos os jovens investigadores do CES que participaram comigo em diversos projetos, desde 1996 até à presente data, sendo de referir os que participaram em projetos conexos com o presente objeto de estudo. Ao João Paulo Dias, à Catarina Trincão e à Teresa Maneca Lima deixo um grande

obrigado pela sua participação nos relatórios de investigação de 2002 e 2007 sobre acesso ao direito e à justiça.

Last but not least, um abraço muitíssimo especial às companheiras das últimas/próximas lutas, Patrícia Branco e Paula Casaleiro, sem as quais não teria tido forças para concluir este trabalho.

À Margarida e ao Tiago prometo que vos ressarcirei do tempo que estive forçadamente ausente.

Coimbra, 2011

RESUMO

Na presente tese, o estudo do acesso ao direito e à justiça é entendido da forma mais ampla possível, ou seja, de acesso à informação jurídica e consulta jurídica do Estado, da Ordem dos Advogados e da comunidade, de modo a que os cidadãos possam conhecer e ter consciência dos direitos e, ainda, para garantir que estes não se resignam, quando são lesados, e que têm condições de vencer os custos e as barreiras, independentemente da sua natureza, para aceder às formas mais adequadas – judiciais e não judiciais – e legitimadas para a resolução desse litígio. Esta conceção de acesso ao direito e à justiça inova face à conceção tradicional de remeter o estudo para o acesso aos tribunais e para o regime jurídico e o sistema público de apoio judiciário.

Assim, num estudo, que pretendo interdisciplinar, a partir de um quadro teórico decorrente dos debates e da reflexão ocorrida na sociologia do direito crítica sobre o acesso ao direito e à justiça, decidi privilegiar a análise dos conflitos sociais e dos litígios inter-individuais que procuram a tutela do direito civil da família e, ainda dentro desta disciplina do direito, dos emergentes direitos da criança, pelo que me parece que o conceito mais adequado a este objeto de estudo é o de justiça da família e das crianças.

Deste modo, o objeto central deste estudo é triplo. Trata-se, em primeiro lugar, de estudar as mutações na construção de um direito de acesso ao direito e à justiça, ao nível internacional, constitucional e legal. Esta análise é efetuada em três vertentes, ou seja: a transformação do direito internacional e dos regimes jurídicos comparados em sete países e, em Portugal, e de instâncias políticas europeias (ex.: Conselho da Europa e União Europeia); e o gap entre a transformação do regime jurídico do apoio judiciário em Portugal, o desenvolvimento socioeconómico, a mudança política (governos) e o discurso político (partidos, governos e organizações profissionais de Magistrados e Advogados) sobre o acesso ao direito e à justiça. Em segundo lugar, trata-se de desenhar o perfil sociológico do acesso ao direito e à justiça através da análise da procura efetiva da justiça de família e das crianças nos tribunais judiciais de primeira instância, no Ministério Público, nas Comissões de Proteção das Crianças e Jovens e na Provedoria de Justiça. Por último, trata-se de analisar os discursos e as representações – a que chamámos – dos atores profissionais a trabalhar

no terreno na resolução de litígios da família e das crianças e na informação e consulta jurídica, ou seja, nos tribunais, no Ministério Público, nas Comissões de Proteção das Crianças e Jovens, nos serviços públicos do Estado, nas Organizações Não Governamentais, ou enquanto advogados (nomeados no âmbito do regime de apoio judiciário ou de profissão liberal no mercado).

Estou convicto que o acesso ao direito e à justiça não é auto-efetivo, nem neutro politicamente, nem é a panaceia da transformação social, mas tem um papel central e de charneira nas democracias contemporâneas. Consequentemente, a não existência de um acesso efetivo ao direito e à justiça representa, assim, falta de participação, de transparência e de responsabilização. Ora, no contexto de uma mudança acelerada das famílias ocidentais e de mutação do respetivo direito de família, também sujeito a um processo de globalização de alta intensidade, verifica-se, em contraponto, que as políticas e os regimes jurídicos de acesso ao direito e à justiça têm uma transformação (e até um retrocesso) e sofrem um globalização de baixa intensidade. Esta discrepância aumenta o gap entre o direito de família e das crianças e as práticas de desigualdade e de vulnerabilidade, designadamente das mulheres e crianças no espaço doméstico, pelo que concebi o acesso ao direito e à justiça, nesta área de conflito social, como um direito social compensador das referidas desigualdades e um fator de mudança social.

A consolidação deste direito social deve acontecer no âmbito de uma nova política pública de justiça (ou de ação pública), apta a reconhecer a pluralidade de instâncias e de atores que intervêm, de modos diversos, no acesso ao direito e à justiça, só deste modo se tornando democratizadora das relações no espaço doméstico e do aprofundamento da qualidade da nossa democracia.

ABSTRACT

In this thesis, the study of access to law and justice is understood as widely as possible, i.e., as access to legal information and legal advice from the State Bar Association and the community, so that citizens can know and be aware of their rights and ensure that they do not resign when damaged, and are thus able to overcome the barriers and costs, regardless of their nature, to access the most appropriate and legitimate forms - judicial and non-judicial - to resolve the dispute. This conception of access to law and justice is an innovation towards the traditional conception of only studying access to the courts, the legal system and the public system of legal aid.

Thus, in this study, that I intend to be interdisciplinary, from a theoretical framework based on the discussions and reflections occurred in critical sociology of law on access to law and justice, I decided to focus on the analysis of social conflicts and inter-individual disputes that seek the protection of civil and family laws, and, also within this discipline of law, the emerging rights of the child, for it seems to me that the concept which better suits this object of study is the justice of family and children.

Accordingly, the object of this study is threefold. Firstly, to study the changes in the construction of the right of access to law and justice, at the international, constitutional and legal levels. This analysis is done in three parts, namely: the transformation of international law and of the legal systems in seven countries, and also the European political bodies (e.g. Council of Europe and the European Union), and the gap between the transformation of the legal system of legal aid in Portugal, the socio-economic development, political change (governments) and political discourse (political parties, governments and professional organizations of Judges and Lawyers) on access to law and justice. Secondly, it describes the sociological profile of access to law and justice through the analysis of effective demand of justice for families and children in courts of first instance, in the Public Prosecution, in the Commissions for the Protection of Children at Risk and in the Ombudsman. Finally, it analyses the discourses and representations of the professional actors working in the field of dispute resolution in family and children, and information and legal advice, i.e., the courts, the prosecutors, the Commissions for the Protection of Children at Risk and

other State public services, in NGOs, or as lawyers (appointed under the legal aid scheme or working within the legal market).

I am convinced that access to law and justice isn't self-effective or politically neutral, nor is it a panacea for social transformation, but it has a central and pivotal role in contemporary democracies. Consequently, the lack of effective access to law and justice is thus a lack of participation, transparency and accountability. However, in the context of a rapid mutation of the families and of the western family law, also subjected to a process of high intensity globalization, we can find, in contrast, that the policies and the legal regimes of legal aid suffer a transformation (and even a setback) of low intensity globalization. This discrepancy increases the gap between family and children law and the practices of inequality and vulnerability, particularly of women and children in the domestic space. Hence, I've conceived access to law and justice, in this area of social conflict, as a social right capable of compensating inequalities and as a factor for social change.

The consolidation of this social right must take place under a new policy of justice (or public action), able to recognize the plurality of instances and actors involved, in different ways, in access to law and justice. This is the only way to democratize the domestic relationships and to deepen the quality of our democracy.

ÍNDICE

Agradecimentos	
Resumo	
Abstract	
Índice	
Índice de Diagramas	
Índice de Figuras	
Índice de Gráficos	
Índice de Quadros	
Introdução Geral.....	1
1 A minha motivação.....	1
2 A relevância da escolha (das palavras, ou seja) dos conceitos.....	4
2.1 Sociologia do Direito.....	4
2.2 Acesso ao direito e à justiça.....	4
2.3 A Justiça da Família e das Crianças.....	6
3 Apresentação do estudo.....	7
Capítulo I	
A sociologia do direito crítica – um campo teórico-metodológico em construção.....	15
Introdução.....	15
I A relação difícil entre o direito e as ciências sociais: a construção do campo da sociologia do direito.....	17
1.1 Os paradigmas fundadores da sociologia do direito.....	18
1.1.1 Os contributos para uma análise sociológica do direito antes do século XX.....	18
1.1.2 Os contributos para a criação de uma sociologia do direito até aos anos cinquenta do século XX.....	21
1.2 Os debates em torno da construção do campo teórico-metodológico de uma sociologia do direito desenvolvida e em consolidação: dos anos sessenta aos anos noventa.....	27
1.2.1 Os antagonismos que vêm dos anos sessenta: as dicotomias e o <i>gap problem</i>	27
1.2.2 Dos anos sessenta aos anos noventa: a fratura e a crise.....	30
1.3 A sociologia do direito crítica: um campo interdisciplinar.....	41
1.3.1 A reestruturação da sociologia do direito desde os anos noventa do século XX: o método e o objeto “ainda” em questão.....	41
1.3.2 A sociologia do direito crítica: alguns debates teóricos em curso.....	45
1.3.3 O campo de análise: investigar é preciso para a afirmação da sociologia do direito.....	58
Capítulo II	
Acesso ao direito e à justiça da família e das crianças – a construção de um campo teórico e analítico da sociologia do direito crítica.....	65
Introdução.....	65
I A produção do direito: o Estado-Nação e a pluralidade das ordens jurídicas.....	66

1.1	O direito na crise do Estado-Providência e do pós-Estado-Providência e na superação do paradigma da modernidade: entre a regulação e a emancipação	66
1.2	Os modos de produção do direito nas sociedades capitalistas contemporâneas	69
1.2.1	O modo de produção do direito de acesso ao direito da família e das crianças	74
1.2.2	A constelação e a interlegalidade do direito do acesso ao direito da família e das crianças	77
1.3	Acesso ao direito e à justiça da família e das crianças: um direito fundamental, humano e (também) social	79
1.3.1	De direito constitucional fundamental (direito, liberdade e garantias) a direito humano e a direito social	79
1.3.2	Um conceito de direito social: a superação da dogmática jurídica civil	82
1.4	O direito da família e das crianças e o acesso ao direito e à justiça e a sua relação com a mudança social normal	85
2	A globalização do campo jurídico	88
2.1	O localismo globalizado de alta intensidade do direito da família vs. A baixa intensidade (ou fracasso) da globalização do acesso ao direito e à justiça	88
2.2	A europeização do direito	91
2.2.1	O direito europeu: entre a <i>hard law</i> e a <i>soft law</i>	91
2.2.2	A europeização pela via da Convenção Europeia dos Direitos Humanos	94
2.3	A globalização, o Estado e a resolução de litígios: as reformas judiciais e um novo paradigma de política pública de justiça	95
3	Alargar os caminhos no acesso ao direito e à justiça: uma condição de uma melhor democracia	101
	Capítulo III	
	Para uma sociologia do direito crítica do acesso ao direito e à justiça	107
	Introdução	107
I	As origens e desenvolvimento do “movimento” acesso ao direito e à justiça	108
1.1	Do início do século XX aos anos cinquenta: fragmentos	108
1.2	A metáfora das três vagas em ação (1945-1980): o desenvolvimento dos sistemas de acesso ao direito e à justiça	112
1.2.1	A evolução da <i>legal aid</i> nos E.U.A.	112
1.2.2	A evolução do apoio judiciário em países europeus: experiências diversas a várias velocidades	119
1.2.3	Advocacia social e advocacia política: o desenvolvimento dos modelos de <i>judicare</i> , <i>public salaried attorney</i> e sistemas combinados até aos anos oitenta	124
2	A relação entre o desenvolvimento do Estado-Providência e do acesso ao direito e à justiça: a “justiça contra a pobreza” e “para todos”	127
2.1	O debate sobre as origens e o desenvolvimento do acesso ao direito e à justiça	128
2.2	O acesso ao direito e à justiça no apogeu do Estado-Providência: “a justiça para todos” e a efetividade dos direitos	131
2.3	A crise do Estado-Providência e o declínio do <i>Legal Aid</i>	135
2.4	A (re)universalização do acesso ao direito e à justiça no século XXI e as novas parcerias entre o Estado, a comunidade e o mercado	138

XXI	3	Que futuro para o acesso ao direito e à justiça? – desafios para o século	145
	3.1	Os obstáculos ao acesso efetivo ao direito e à justiça e a hipótese da sua superação.....	145
	3.2	Acesso ao direito e à justiça: um elemento constitutivo de uma democracia de alta intensidade.....	148
	3.2.1	A superação da dicotomia entre direitos civis e sociais.....	148
	3.2.2	A estranha (quase) ausência do acesso ao direito e à justiça nos estudos de ciência política comparada sobre a qualidade da democracia.....	150
	3.3	Por uma política afirmativa de ação pública do acesso ao direito e à justiça.....	151
	4	Conclusão: as pluralidades de reformas em curso sobre acesso ao direito e à justiça.....	156
		Capítulo IV	
		O acesso ao direito e à justiça da família e das crianças: objeto, hipóteses e metodologia.....	159
		Introdução.....	159
	1	O objeto de investigação.....	161
	2	Hipóteses de trabalho.....	164
	2.	De acordo com este perfil (tardio e de fraco desempenho) do apoio judiciário, o Ministério Público assume, nas últimas décadas, para além da defesa da legalidade, a promoção dos direitos das crianças e dos trabalhadores. Ora, a minha quarta hipótese de trabalho é:.....	165
	3	Estratégias metodológicas.....	167
	3.1	A multidisciplinaridade metodológica.....	168
	3.2	O recurso ao método comparativo.....	170
	3.3	<i>Focus Group</i>	171
	3.4	Entrevistas a atores sociais.....	172
	3.5	Recolha e tratamento de dados estatísticos.....	173
		Capítulo V	
		O Direito do Acesso ao Direito e à Justiça: um direito humano, fundamental e social de âmbito internacional, europeu e estadual – um campo de luta política e profissional.....	177
		Introdução.....	177
	1	O direito supraestadual e estadual do acesso ao direito e à justiça vigente em Portugal: a interlegalidade internacional (interestadual), europeia e estadual.....	179
	2	O acesso ao direito e à justiça enquanto direito humano com expressão internacional.....	183
	2.1	Direitos Humanos: entre o universalismo e o multiculturalismo.....	183
	2.2	O direito humano de acesso ao direito e à justiça.....	184
	2.2.1	O direito de acesso ao direito e à justiça nos tratados e convenções internacionais.....	185
	2.2.2	As fragilidades do direito internacional de acesso ao direito e à justiça.....	187
	3	O Conselho da Europa e o acesso ao direito e à justiça.....	188
	3.1	A ação do Conselho da Europa.....	188
	3.2	O papel do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).....	192
	3.2.1	A mobilização e as funções do TEDH.....	192
	3.2.2	As tendências dos acórdãos mais relevantes do TEDH, em matéria de acesso ao direito e à justiça.....	193

4	A União Europeia e a consagração recente de um direito humano de acesso ao direito e à justiça.....	195
4.1	Os Tratados e a <i>hard law</i> : o Tratado de Lisboa consagra o direito efetivo do acesso ao direito e à justiça.....	195
4.1.1	Da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ao Tratado de Lisboa: direito a ação e a um tribunal imparcial.....	196
4.1.2	A Diretiva 2002/8/CE do Conselho: a melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços.....	197
4.2	A ação da UE no acesso ao direito e à justiça: a <i>soft law</i> – dos consumidores aos cidadãos.....	198
5	O Acesso ao Direito e à Justiça em Portugal: o artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa e a constitucionalização do direito de acesso ao direito e a tutela jurisdicional efetiva.....	201
6	A voz do Tribunal Constitucional em Portugal: em defesa do acesso ao direito e a justiça.....	205
6.1	A dimensão garantística do acesso à justiça: o “direito ao tribunal” e ao contraditório.....	206
6.2	A dimensão prestacional do acesso ao direito e à justiça: o regime do apoio judiciário.....	207
6.2.1	A natureza não gratuita da justiça e os seus limites.....	207
6.2.2	O legislador deve escolher os meios de superar a insuficiência económica dos cidadãos.....	208
6.2.3	As pessoas coletivas de escopo lucrativo também têm direito a apoio judiciário: a defesa de um conceito de insuficiência económica adaptado à realidade das sociedades comerciais.....	210
6.2.4	O Tribunal Constitucional e o critério de insuficiência económica dos requerentes: a inconstitucionalidade das fórmulas da Lei n.º 34/2004.....	211
6.3	O TC e a delimitação pela negativa: o acesso ao direito e à justiça não significa direito ao recurso.....	213
7	A evolução do regime jurídico do apoio judiciário: da Lei n.º 7/70 à Lei n.º 47/2007.....	213
7.1	Do regime de assistência judiciária ao do apoio judiciário (1970-2000): a Lei n.º 7/70, de 9 de junho, o DL n.º 387-B/87, de 29 de dezembro e a Lei n.º 46/96, de 3 de setembro.....	213
7.2	O apoio judiciário no século XXI.....	216
7.2.1	A Lei n.º 30-E/2000, de 20 de dezembro: a atribuição da competência de apreciação dos pedidos de concessão de apoio judiciário aos serviços da Segurança Social.....	217
7.2.2	A Lei n.º 34/2004, de 29 de julho: a transposição da Diretiva Europeia e a introdução do conceito restritivo de insuficiência económica.....	221
7.2.3	A Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto: “Melhorar o Acesso à Justiça e aos Meios de resolução de Litígios”.....	226
8	O(s) contexto(s) da produção e transformação do direito de acesso ao direito e à justiça em Portugal: a constitucionalização e a europeização num campo de luta política e profissional.....	237
8.1	O contexto socioeconómico (1970-2010): inexistência de relação entre o desenvolvimento socioeconómico e a transformação do regime jurídico do apoio judiciário.....	237
8.2	O contexto político.....	238
8.2.1	A constitucionalização e a europeização.....	238

8.2.2	Os Programas de Governo: da transição democrática, à reforma e “modernização” da justiça	242
8.2.3	O acesso ao direito e à justiça nos programas dos partidos políticos e dos governos (1976 a 2009)	246
8.2.4	A organização das profissões e o acesso ao direito e à justiça: as diferentes perspetivas de advogados, juízes e Ministério Público.....	253
9	Conclusão: um direito humano, fundamental e (também) social, ainda em construção, num campo de luta político-profissional.....	260
	Capítulo VI	
	As transformações recentes nos sistemas de acesso ao direito e à justiça em sete países da União Europeia: análise socioeconómica e sociojurídica comparada....	267
	Introdução.....	267
I	Análise socioeconómica comparada da política pública de acesso ao direito e à justiça em sete países da União Europeia (Portugal, Alemanha, Espanha, França, Holanda, Itália e Reino Unido).....	268
1.1	Os dados socioeconómicos dos sete países em análise: os diferentes níveis de desenvolvimento	269
1.2	A despesa pública efetuada no sistema judiciário e no apoio judiciário....	272
1.2.1	A despesa pública do sistema judiciário	272
1.2.2	A despesa pública em apoio judiciário.....	273
1.3	A relação entre o desenvolvimento económico e socioeconómico e a despesa pública no sistema judiciário e em apoio judiciário, nos sete países.....	276
1.3.1	O desenvolvimento económico e socioeconómico e a sua relação com a despesa pública no sistema judiciário em cada país.....	276
1.3.2	O desenvolvimento económico e socioeconómico e a sua relação com a despesa pública em apoio judiciário.....	278
1.4	O “retrato” de Portugal em despesa em apoio judiciário no contexto comparado destes sete países	282
2	Análise comparativa e interpretação sociojurídica dos regimes de acesso ao direito e à justiça em sete países da União Europeia	283
2.1	O conceito de acesso ao direito e à justiça: ponto de partida para o estudo comparativo	283
2.2	A constitucionalização do direito de acesso ao direito e à justiça.....	285
2.3	O sentido da transformação dos regimes jurídicos do acesso ao direito e à justiça nos últimos vinte anos	286
2.4	A natureza (preponderantemente) pública, principal ou subsidiária, dos regimes jurídicos e do sistema de acesso ao direito e à justiça	289
2.4.1	A natureza e financiamento dos regimes e dos sistemas: o público, o mercado, o comunitário ou associativo e as parcerias	289
2.4.2	A organização e gestão do apoio judiciário.....	292
2.5	Os conflitos abrangidos e as áreas jurídicas abrangidas.....	294
2.6	Os critérios de elegibilidade	295
2.6.1	A instrução e a concessão de pedidos: a prova da insuficiência económica	295
2.6.2	Os critérios de insuficiência económica: o rendimento elegível para a concessão de apoio judiciário.....	297
2.7	Modalidades de apoio judiciário	299
2.7.1	Representação jurídica (judicial e extrajudicial)	299

2.7.2	Dispensa ou pagamento faseado de taxas judiciais ou despesas de processo	301
2.7.3	Informação e consulta jurídica.....	301
2.7.4	Apoio judiciário e resolução alternativa de litígios.....	302
2.8	Resolução alternativa de litígios	303
2.9	As parcerias	304
2.10	Os seguros de proteção jurídica.....	305
3	Os modelos de acesso ao direito e à justiça	307
4	Conclusões	310
Capítulo VII		
	Mudam-se as Famílias, muda-se o Direito e muda(m)-se, também, a(s) justiça(s) de família e das crianças	315
	Introdução.....	315
1	A(s) família(s) portuguesa(s) também mudaram, com certeza? – Um retrato das mudanças no contexto da transformação da(s) sociedade(s) portuguesa e europeia.	315
1.1	Breve panorama da mutação da família na Europa	316
1.2	As mutações da família também chegaram a Portugal	324
1.2.1	A transformação da família no sentido da democratização e da igualdade de género	324
1.2.2	A prevalência do indivíduo e da secularização, desinstitucionalização e contratualização das relações familiares e as novas formas de conjugalidade...327	
1.2.3	Valorização do afeto em detrimento da hierarquia e da tradição: a naturalização e desjudicialização do divórcio	329
1.2.4	Da diminuição da importância da procriação e o crescimento da relevância dos direitos das crianças.....	331
1.2.5	As famílias portuguesas de hoje	335
2	A regulação jurídica da família em mudança (ou quando a regulação da família já não é o que era).....	340
2.1	Todo o direito da família é composto de mudança.....	342
2.2	As tendências da mudança: a caminho da família como legislador em ca(u)sa própria	343
2.2.1	Da consagração do princípio da igualdade à democratização da família e à paridade de género	344
2.2.2	A prevalência do indivíduo na privatização da regulação jurídica da família	346
2.2.3	A secularização, desinstitucionalização e contratualização das relações familiares	347
2.2.4	A (re)publicização do “novo” direito da família	348
2.2.5	A valorização do afeto em detrimento da hierarquia e da tradição	349
2.2.6	A diminuição da importância da procriação na constituição das famílias	350
2.2.7	Os direitos das crianças no centro do direito da família	351
2.2.8	A fragmentação, a retração e a expansão do “direito da família e das crianças”: do direito civil ao direito social.....	352
2.2.9	A desjuridificação e desjudicialização da resolução dos conflitos civis de família.....	353
2.2.10	O pluralismo cultural e normativo da regulação da família contemporânea	353

3	O Direito da Família e das Crianças em Portugal: 30 anos de mudança (breve síntese).....	354
3.1	O Direito internacional (universal e europeu) de família e das crianças aplicável em Portugal.....	355
3.2	O Direito constitucional da família e das crianças.....	356
3.3	O Direito Civil da família e das crianças.....	358
3.4	A regulação não civil da família (ou a sua proteção na lei da segurança social e na lei laboral).....	362
3.5	O Direito Criminal da família: a tensão permanente entre (des)criminalização e (re)criminalização.....	363
3.6	A relação entre as mudanças sociais, as mudanças políticas e as mudanças no direito da família e das crianças.....	365
3.6.1	A primeira rotura: a democratização do direito da família (1974 a 1978).....	366
3.6.2	A reforma da agilização: a abertura ao processo de desjudicialização do divórcio e de mutação do poder paternal e da adoção (1994 e 1995).....	368
3.6.3	A reforma do reconhecimento das crianças como sujeitos de direitos, das uniões de facto e a continuação da simplificação e desjudicialização (1998 a 2001).....	369
3.6.4	A segunda rotura: publicização do crime de violência doméstica, consagração do regime das responsabilidades parentais e alteração do conceito de casamento.....	371
3.6.5	A centralidade da ação pública e da ação política na transformação do direito da família em Portugal.....	373
4	A mudança não basta: o direito da família e das crianças necessita de efetividade – o mapa dos meios de acesso ao direito e à justiça (o Estado, o mercado e a comunidade).....	377
4.1	A rede de atores públicos.....	379
4.1.1	A informação e consulta jurídica: a ação do Estado.....	379
4.1.2	Os meios estaduais de resolução de conflitos da família e das crianças: os tribunais, o Ministério Público, as conservatórias do registo civil e o Serviço de Mediação Familiar.....	380
4.2	O apelo à parceria, ao mercado e à comunidade.....	384
4.2.1	A informação, consulta jurídica e apoio judiciário.....	384
4.2.2	As Comissões de proteção de crianças e jovens (CPCJ): uma parceria entre o Estado e a comunidade para a administração da justiça (justiça de proximidade).....	385
5	Os diferentes tempos das mutações da família, do direito e dos meios de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.....	388
	Capítulo VIII	
	A procura e a mobilização da justiça de família e das crianças em Portugal: uma nova relação entre o Judicial e o Não-Judicial.....	395
	Introdução.....	395
I	A análise da procura e da oferta da justiça nos tribunais judiciais de primeira instância: fatores explicativos, evolução e tendências do movimento processual.....	398
1.1	O(s) contexto(s) explicativo(s): fatores endógenos e exógenos, procura efetiva e procura potencial.....	398
1.2	Evolução e tendências do movimento processual total nos tribunais judiciais de primeira instância, no século XXI (2000-2010): predominância da justiça	

cível, crescimento da justiça tutelar (crianças) e tentativa de contenção do crescimento da procura e das pendências.....	400
1.2.1 O movimento processual e <i>a(s) crise(s) da justiça</i>	400
1.2.2 A procura da justiça no século XXI.....	403
1.2.3 O movimento processual da justiça cível e da justiça tutelar	405
2 A pirâmide (e outras metáforas geométricas) para representar a justiça da família e das crianças	409
2.1 A justiça da família e das crianças: a globalidade dos litígios.....	410
2.1.1 A Justiça Tutelar no início do séc. XXI: a especial importância do MP	411
2.1.2 A justiça cível de família	415
3 A justiça da família e das crianças: oferta de justiça relevante, especializada e territorializada	416
3.1 A justiça da família e das crianças: uma oferta relevante na compensação do sofrimento e da vulnerabilidade social	416
3.2 A justiça da família e das crianças: a caracterização da procura dos tribunais através da análise dos processos findos.....	418
3.2.1 A evolução dos processos findos: o domínio da justiça tutelar cível..	419
4 As duas justiças da família e das crianças.....	426
4.1 A justiça da família e das crianças: a justiça dos tribunais comuns e dos tribunais especializados de família e menores do litoral e centros urbanos.....	426
4.2 Os “territórios” da justiça da família e das crianças.....	427
4.2.1 A justiça comum e a justiça especializada.....	428
4.2.2 A procura da justiça de família e das crianças nos tribunais de família e menores e nos tribunais de competência genérica pela população abrangida (através da análise dos processos findos).....	432
4.3 Os tribunais de família e menores têm mais procura e dirimem mais processos que os tribunais comuns	434
4.4 As duas justiças da família e das crianças: a especializada e a de competência genérica.....	435
4.4.1 A justiça civil de família e a justiça tutelar: análise comparada.....	435
4.4.2 A justiça cível de família nos tribunais de competência genérica e nos tribunais de família e menores	437
4.4.3 A justiça tutelar nos tribunais de competência genérica e nos tribunais de família e menores.....	439
5 A mobilização da Justiça da Família e das Crianças: a importância do Ministério Público	442
5.1 As “estatísticas da justiça” e as “estatísticas da PGR”: a discrepância e a complementaridade	442
5.2 Ministério Público: um mobilizador muito especial da justiça de família e das crianças	444
5.2.1 Nas ações declarativas cíveis de família (sem ações de divórcio).....	444
5.2.2 A ação do Ministério Público na justiça da família e das crianças: um autorretrato em defesa dos direitos das crianças, incapazes e ausentes.....	448
5.2.3 O MP: instância de resolução de conflitos	455
6 Para além do Judicial: a mediação familiar, as CPCJ e a atividade da administração e das ONGs	457
6.1 A resolução de conflitos de família e das crianças nas conservatórias do registo civil	457

6.2	A mediação familiar em Portugal	458
6.3	CPCJ – Análise da atividade das comissões de proteção das crianças e jovens	460
6.3.1	Os processos e a sinalização das situações de perigo	460
6.3.2	Caracterização das Crianças e Jovens – processos Instaurados ...	464
7	Conclusões: A justiça da família e das crianças ou uma nova relação entre o judicial e o não judicial.....	467
	Capítulo IX	
	O apoio judiciário em ação: as suas potencialidades e as suas vulnerabilidades.....	473
	Introdução.....	473
I	A evolução da mobilização (ou recurso) ao regime do apoio judiciário: a “realidade” dos processos judiciais findos (estatísticas da Justiça).....	475
1.1	O apoio judiciário nas ações cíveis de família	475
1.2	A litigação civil e a litigação de família: a evolução da mobilização (ou recurso) ao regime do apoio judiciário (2000 a 2006).....	477
1.2.1	A procura de apoio judiciário.....	478
1.2.2	As modalidades de apoio judiciário nos litígios civis e nos litígios civis de família.....	481
1.3	A justiça cível de família	482
1.3.1	A procura de apoio judiciário na justiça civil de família.....	483
1.3.2	As modalidades de apoio judiciário na justiça civil de família.....	486
1.3.3	O género dos requerentes de apoio judiciário na justiça cível de família	487
2	A evolução da mobilização do regime de apoio judiciário: a “realidade” dos requerimentos de concessão entrados nos serviços da segurança social	489
2.1	Os requerimentos de apoio judiciário no ano de 2001: crescimento acentuado no ano de entrada em vigor da reforma.....	489
2.2	A procura de Apoio Judiciário (2004-2008).....	492
2.2.1	O crescimento dos pedidos até 2006 e da ineficácia da Segurança Social	492
2.2.2	As pessoas coletivas e o apoio judiciário.....	493
2.2.3	As Modalidades de apoio judiciário concedidas	495
2.3	Apoio Judiciário concedido por tipo de litígio e por área de direito, em 2008	497
2.3.1	Análise global: o predomínio da justiça civil.....	497
2.3.2	O apoio judiciário concedido na justiça da família e das crianças.....	498
3	O funcionamento e o desempenho dos Gabinetes de Consulta Jurídica ..	499
3.1	Dos gabinetes de consulta jurídica (GCJ) à consulta jurídica nos gabinetes dos advogados: a evolução do regime jurídico	499
3.2	Os Gabinetes de Consulta Jurídica: a origem, o voluntarismo e a inação	501
3.2.1	A origem.....	501
3.2.2	A criação dos Gabinetes de Consulta Jurídica: do voluntarismo à inação (desde 2001)	502
3.2.3	A suspensão da atividade dos GCJ (desde 2008) e protocolos ocasionais entre autarquias e OA.....	505
3.3	Os Gabinetes de Consulta Jurídica: o desempenho	506
3.3.1	Os Gabinetes de Consulta Jurídica (1993 a 2008).....	506
4	A informação e a consulta jurídica: a ação do Estado e das ONG.....	511

4.1	O MP e a informação jurídica: atendimento ao público	511
4.1.1	O MP enquanto charneira entre os cidadãos, o judicial e o não-judicial	511
4.1.2	A diversidade dos serviços e dos procedimentos nos serviços de atendimento do MP.....	513
4.1.3	O atendimento ao público do MP: um serviço importante para os cidadãos e profissionalmente desvalorizado.....	514
4.2	A Provedoria de Justiça em ação: informação, encaminhamento e recomendação à administração.....	517
4.3	Comissão para a Igualdade e Cidadania de Género (CIG): informação e apoio jurídico às vítimas de violência doméstica.....	518
4.4	Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural: apoio jurídico a imigrantes.....	520
4.5	A Polícia de Proximidade e do Programa Escola Segura: o encaminhamento e apoio na resolução de problemas sociais e litígios.....	522
5	A atividade das ONGs: apoio, acompanhamento e informação jurídica....	523
5.1	O Instituto de Apoio à Criança (IAC): em defesa dos direitos das crianças	524
5.1.1	O Serviço SOS-Criança (116 111 / 217 931 617).....	524
5.1.2	O Sector Jurídico do IAC.....	525
5.2	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima: promover os direitos das vítimas de crimes.....	526
5.3	Caracterização do trabalho da APAV	527
5.3.1	Caracterização das vítimas.....	530
6	Conclusões	532
	Capítulo X	
	O acesso ao direito e à justiça da família e das crianças: as vozes dos profissionais do terreno	537
	Introdução.....	537
I	Acesso ao direito e à justiça: o sistema em questão	539
1.1	Apoio Judiciário: um direito e um sistema desconhecidos	539
1.2	Quem deve ter direito ao apoio judiciário financiado pelo Estado?...540	
1.2.1	Acesso ao direito e à justiça para pobres? - A questão dos critérios restritivos de elegibilidade em termos de rendimento	540
1.2.2	A não concessão de apoio judiciário aos cidadãos estrangeiros irregulares ou ilegais	542
1.3	O conhecimento dos direitos: a tensão entre informação jurídica e consulta jurídica ou a necessidade de questionar o conceito legal de “ato próprio de advogado”	543
1.4	O serviço de “porta de entrada”: atendimento, encaminhamento e “ajuda” informal.....	548
1.5	A inexistência e a invisibilidade dos gabinetes de consulta jurídica previstos na lei do apoio judiciário	550
1.6	A escolha, nomeação e a remuneração dos advogados do apoio judiciário:	553
1.7	A morosidade e as custas processuais: um impedimento ao acesso à justiça?	554
1.8	O(s) espaço(s) da(s) Justiça(s) ao serviço do acesso ao direito e à justiça	555
1.9	A estrutura e o financiamento do apoio judiciário	557

2	O Acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, em especial: as vozes em interação.....	558
2.1	O confronto e a complementaridade – a articulação e as tensões – entre as diversas funções, papéis e práticas sociais (Segurança Social, advogados, Ministério Público, administração pública, Provedor de Justiça, Comissões de proteção de crianças e jovens, polícia e associações da comunidade)	558
2.1.1	O requerimento de concessão de apoio judiciário: as críticas à Segurança Social	558
2.1.2	A ação dos serviços do Estado – CIG, ACIDI e Provedoria de Justiça – e o apelo à comunidade	559
2.1.3	A ação das organizações não-governamentais (ONGs)	561
2.1.4	A função e a prática do Ministério Público: o elemento charneira entre os cidadãos e a comunidade, o estado, os tribunais e as Comissões de proteção de crianças e jovens	562
2.1.5	As entidades que resolvem conflitos relativos a direito da família e das crianças	568
2.1.6	A polícia de proximidade – apoio e informação aos mais vulneráveis	580
2.1.7	Os advogados e a sua difícil relação com o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.....	583
2.2	As parcerias entre o Estado e a comunidade: a construção de uma rede de acesso ao direito e à justiça.....	585
2.3	O acesso ao direito e justiça da família e das crianças: as críticas e as propostas	588
3	As vozes do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças: as críticas e as propostas.....	590
	Capítulo XI	
	Acesso ao direito e à justiça da família e das crianças: uma rede fragmentada em pirâmide (ou as teses de uma tese)	597
	Referências Bibliográficas.....	617
	Outras fontes	644
	Acrónimos.....	646

ÍNDICE DE DIAGRAMAS

Diagrama 1 – Despesa do Estado em Sistema Judiciário por habitante e PIB por habitante	277
Diagrama 2 – Despesa do Estado em Apoio judiciário por habitante e PIB por habitante	279
Diagrama 3 – Despesa do Estado em apoio judiciário por habitante e salário médio anual	281

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 - A pirâmide da justiça (ou do sistema integrado da resolução de litígios)	101
Figura 2 – Evolução das concepções e preocupações dos programas de governo	243
Figura 3 – Relação entre % despesa em apoio judiciário por habitante por PIB por habitante e abrangência e despesa pública do/no sistema de apoio judiciário por habitante por país	307
Figura 4 – Pirâmide da litigiosidade da justiça da família e das crianças, em 2010 (processos entrados)	410
Figura 5 – Heptágono da litigiosidade da justiça da tutelar, em 2010 (processos entrados).....	411
Figura 6 - Pirâmide da litigiosidade da justiça tutelar cível, em 2010 (processos entrados).....	413
Figura 7 - Pirâmide da litigiosidade relativa a crianças em risco, 2010 (processos entrados).....	414
Figura 8 - Heptágono da litigiosidade relativa a crianças e jovens que cometem crimes, 2010 (processos entrados)	415
Figura 9 – Pirâmide da litigiosidade da justiça cível de família, 2010 (processos entrados).....	416

Figura 10 – Linha temporal de criação dos tribunais especializados de família e menores	427
Figura 11 - A rede (piramidal fragmentada) dos atores/instituições dos meios de acesso ao direito e à justiça da família em Portugal (2010)	615

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Casos com Apoio judiciário por 100.000 habitantes, quantia média despendida por caso e PIB por habitante, 2008	276
Gráfico 2 - Indicadores Socioeconómicos (1970-2008)	325
Gráfico 3 - Indicadores sociodemográficos.....	328
Gráfico 4 - Número de casamentos e divórcios, 1975 a 2008.....	330
Gráfico 5 - Divórcio e separação de pessoas e bens segundo a tipologia	331
Gráfico 6 - Nados-Vivos por Nacionalidade da Mãe.....	333
Gráfico 7 - Tipos de família.....	336
Gráfico 8 - Núcleos familiares, 1991 e 2001	337
Gráfico 9 - Núcleos familiares segundo o tipo, 2001	338
Gráfico 10 - Existência de filhos não comuns anteriores ao casamento	339
Gráfico 11 – Contexto político-institucional, transformações do direito da família e a evolução sociodemográfica em Portugal, 1975-2010.....	373
Gráfico 12 – Movimento processual nos tribunais judiciais de primeira instância (2000 a 2010).....	400
Gráfico 13 - Processos entrados nos tribunais judiciais de primeira instância por área processual (2000 a 2010).....	403
Gráfico 14 - A procura da justiça, em 2010 (processos entrados).....	404
Gráfico 15 – Processos findos nos tribunais judiciais de primeira instância por área processual (2000 a 2010).....	405
Gráfico 16 - Processos pendentes nos tribunais judiciais de primeira instância por área processual (2000 a 2010).....	406
Gráfico 17 - Movimento processual cível nos tribunais judiciais de primeira instância (2000 a 2010).....	407

Gráfico 18- Movimento processual tutelar nos tribunais judiciais de primeira instância (2000 a 2010).....	408
Gráfico 19- Processos findos por área de justiça, 2010.....	417
Gráfico 20- Processos cíveis findos nos tribunais de primeira instância de competência genérica e especializada por espécie de ação relativos a família e menores (2000 a 2010).....	420
Gráfico 21 – Processos cíveis findos à escala nacional pelos principais objetos de ação, 2010.....	422
Gráfico 22 - Processos tutelares findos nos tribunais de primeira instância de competência genérica e especializada por espécie de ação relativos a família e menores (2000 a 2010).....	423
Gráfico 23 - Proporção de Processos Cíveis e Tutelares Findos relativos a família e menores por tipo de tribunal	434
Gráfico 24 - Processos cíveis findos relativos a família e menores por tipo de tribunal	435
Gráfico 25 - Processos tutelares findos por tipo de tribunal.....	436
Gráfico 26 – Taxa de variação dos processos cíveis e tutelares findos nos tribunais de Competência Genérica e tribunais de família e menores, entre 2000 e 2010.....	437
Gráfico 27 - Processos cíveis de família findos nos tribunais de competência genérica pelos principais objetos de ação, 2010.....	438
Gráfico 28 - Processos cíveis findos nos tribunais de família e menores pelos principais objetos de ação, 2010	439
Gráfico 29 - 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 2010	440
Gráfico 30 - Taxa de variação dos processos tutelares findos nos tribunais de competência genérica e tribunais de família e menores por espécie de processo, entre 2003 e 2010	441
Gráfico 31 - Processos findos de ações cíveis de família segundo o patrocínio judiciário do autor e do réu, 2000 a 2006	445
Gráfico 32 - Processos findos de ações declarativas cíveis de família segundo o patrocínio judiciário (autores e réus), 2006 (sem apoio judiciário).....	446

Gráfico 33 - Processos findos de ações declarativas cíveis de família segundo o patrocínio judiciário (autores e réus), 2006 (com apoio judiciário)	447
Gráfico 34 - Averiguações oficiosas de maternidade e paternidade, 2004 a 2010	448
Gráfico 35 - Processos entrados no Ministério Público, em 2010	449
Gráfico 36 – Ações Tutelares Cíveis e Incidentes intentados pelo Ministério Público, 2004 a 2010	451
Gráfico 37 - Ações tutelares cíveis entradas no Ministério Público, em 2010.	452
Gráfico 38 - Decreto-Lei 272/2001, 2005 a 2010.....	456
Gráfico 39 - Número de processos e procedimentos de resolução (consensual) de litígios realizados nas conservatórias do registo civil por tipo de processo e procedimento, 2010.....	458
Gráfico 40 – Sistema de Mediação Familiar, 2008 a 2010.....	460
Gráfico 41 – Fluxo processual das CPCJ, 2006 a 2010	461
Gráfico 42 – Responsável pela sinalização (2010).....	462
Gráfico 43 – Crianças e jovens acompanhadas nos processos instaurados segundo o sexo, em 2010.....	465
Gráfico 44 – Crianças e jovens acompanhadas nos processos instaurados por grupos etários, em 2010.....	466
Gráfico 45 – Medidas aplicadas pelas CPCJ, 2010	467
Gráfico 46 – Total de ações cíveis findas e ações cíveis findas com apoio judiciário, 1990 a 2006.....	476
Gráfico 47 – Total de ações cíveis findas por tipo, 2000 a 2006	478
Gráfico 48 - Total de ações cíveis findas com apoio judiciário por tipo, 2000 a 2006	479
Gráfico 49 – Ações cíveis findas com apoio judiciário segundo o tipo de ação, 2006	480
Gráfico 50 - Total de ações cíveis de família com apoio judiciário e percentagem destas no total de ações cíveis com apoio judiciário.....	480
Gráfico 51 – Ações cíveis de família findas por tipo, 2000 a 2006	482
Gráfico 52 - Ações cíveis de família com apoio judiciário por tipo de ação, 2000 e 2006.....	483

Gráfico 53 - Percentagem do total de homens e do total de mulheres com apoio Judiciário por tipo de ação, 2006.....	488
Gráfico 54 – Pedidos de apoio entrados com decisão e a aguardar decisão de pessoas singulares, 2004 a 2008	493
Gráfico 55 - Pedidos de apoio entrados com decisão e a aguardar decisão de pessoas coletivas, 2004 a 2008	494
Gráfico 56 – Modalidades concedidas de apoio judiciário a pessoas singulares, 2004 a 2008.....	495
Gráfico 57 - Total de apoio judiciário por área de direito, em 2008.....	497
Gráfico 58 – Número de Consultas dos Gabinetes de Consulta Jurídica à escala nacional e do Gabinete de Consulta Jurídica de Lisboa	507
Gráfico 59 – Resultados das Consultas Presenciais	508
Gráfico 60 - Grupos etários dos utentes.....	510
Gráfico 61 - Evolução do número de processos de apoio, 1991 a 2010	526
Gráfico 62 - Tipo de Contato Efetuado para a APAV (2010).....	528
Gráfico 63 - Encaminhamento da Vítima/Utente para a APAV, 2010 (% válida)	529
Gráfico 64 – Grupos etários das vítimas femininas, 2010.....	531

ÍNDICE DE QUADROS

Quadro 1- Constelação jurídica do direito de acesso ao direito da família e das crianças em Portugal (do transnacional ao local)	78
Quadro 2 - Dois “tipos ideais” de direito: características básicas.....	84
Quadro 3 - Mudança social normal (estratégias do Estado) e campo jurídico do acesso ao direito (e à resolução de litígios) da família e das crianças	88
Quadro 4 - O direito internacional, europeu e nacional do acesso ao direito e à justiça vigente em Portugal	182
Quadro 5 – Análise dos Programas de Governo Constitucionais, 1976 a 1985	245
Quadro 6 – Análise dos Programas de Governo Constitucionais, 1985 a 2009	247

Quadro 7 – Análise dos Programas Eleitorais dos Partidos para eleições legislativas, 1976 a 1991	250
Quadro 8 - Análise dos Programas Eleitorais dos Partidos para eleições legislativas, 1991 a 2002	252
Quadro 9 – Os Debates e Tensões na Ordem dos Advogados	255
Quadro 10 - Indicadores Socioeconómicos de sete países da União Europeia, 2008	270
Quadro 11 - Agrupamento dos sete países por indicador socioeconómico....	271
Quadro 12 – Escala de desenvolvimento socioeconómico ponderados	272
Quadro 13 - Orçamento Público para o Sistema Judiciário e Apoio judiciário, 2008	272
Quadro 14 - Orçamento Público para o Sistema Judiciário e Apoio judiciário, 2008	273
Quadro 15 - Indicadores de Apoio Judiciário, 2008	275
Quadro 16 – Escalas de desenvolvimento socioeconómico e despesa pública em sistema judiciário e apoio judiciário por habitante.....	278
Quadro 17 – PIB por habitante e Orçamento Público para o Sistema Judiciário e Apoio judiciário, 2008	280
Quadro 18 – Legislação vigente relativa ao regime de acesso ao direito e à justiça por país.....	288
Quadro 19 – Natureza do sistema judiciário e de apoio judiciário por país....	291
Quadro 20 – Características do sistema de apoio judiciário por país	300
Quadro 21 – Modelos-tipo de sistemas de acesso ao direito e à justiça segundo a abrangência, tipo de entidade de concessão do apoio judiciário e tendência público/privado.....	310
Quadro 22 - Taxa bruta de nupcialidade: casamentos por 1000 habitantes	317
Quadro 23 - Idade média das mulheres ao primeiro casamento	318
Quadro 24 - Taxa bruta de divórcio: divórcios por 1.000 habitantes	318
Quadro 25 - Taxa Bruta de Natalidade: nados-vivos por 1000 habitantes.....	319
Quadro 26 - Nascimentos fora do casamento, por 100 nascimentos	320
Quadro 27 - Dimensão do agregado doméstico, 2010	321
Quadro 28 - Composição do agregado doméstico, 2010	322
Quadro 29 - Estado civil e percentagem de coabitantes, 2010	323

Quadro 30 – Tipo de núcleos conjugais	329
Quadro 31 - Dimensão do agregado familiar	335
Quadro 32 – Evolução Sociodemográfica e a Transformação do Direito da Família e do Acesso à Justiça em Portugal, 1970 a 2010	375
Quadro 33 – Evolução Socioeconómica e a Transformação do Direito da Família e do Acesso à Justiça em Portugal, 1970 a 2008	376
Quadro 34 – Mapa da estrutura/atores da rede/sistema do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças em Portugal	378
Quadro 35 - Indicadores sociodemográficos do total de concelhos abrangidos pela Justiça de família e menores, 2010	431
Quadro 36 – População residente em Portugal por tipo de tribunal que é abrangida, 2010.....	432
Quadro 37 - Número de ações de justiça de família e das crianças findas por 100.000 habitantes, 2010	433
Quadro 38 - Comparação de fontes sobre a intervenção do MP em processos de justiça da família e das crianças findos.....	442
Quadro 39 - Comparação de fontes sobre processos das crianças entrados .	443
Quadro 40 - Processos findos de ações declarativas cíveis de família segundo o patrocínio judiciário e a representação em ações, 2000 a 2006.....	445
Quadro 41 – Ações declarativas cíveis de defesa de menores, incapazes ou ausentes	447
Quadro 42- Ações Tutelares Educativas – Ministério Público	453
Quadro 43 – Ações de Promoção e Proteção – Ministério Público.....	454
Quadro 44- Modalidades de apoio judiciário concedido por tipo de ação, em 2006	481
Quadro 45 – Total de ações declarativas cíveis de direito da família e de ações declarativas cíveis de direito da família com apoio judiciário por objeto de ação, 2000 a 2006	484
Quadro 46 – Objetos de ação com e sem apoio judiciário no âmbito das ações declarativas cíveis de direito da família	485
Quadro 47 - Apoio Judiciário Concedido por tipo de Processo de divórcio e separação de pessoas e bens.....	486

Quadro 48 - Modalidades de apoio judiciário concedido por tipo de ação cível de família, em 2000.....	487
Quadro 49 - Modalidades de apoio judiciário concedido por tipo de ação cível de família, em 2006.....	487
Quadro 50	488
Quadro 51 - Total de pedidos de apoio judiciário em Portugal (continental), 2001	489
Quadro 52 - Pedidos de apoio judiciário por distrito de origem e por 1.000 habitantes, 2001	490
Quadro 53 – Percentagem de Pedidos de apoio entrados com decisão e a aguardar decisão de pessoas singulares, 2004 a 2008	492
Quadro 54 - Ações cíveis com apoio judiciário por objeto de ação (com e sem as ações cíveis não especificadas).....	498
Quadro 55 - Total de Apoio judiciário por Tipo de Ação de Família e Menores	499
Quadro 56 - Gabinetes de Consulta Jurídica – Ordenação cronológica.....	503
Quadro 57 – Informações prestadas por áreas jurídicas	509
Quadro 58 - Quem efetuou o contacto (2010).....	528
Quadro 59- Tipo de apoio prestado	529

INTRODUÇÃO GERAL

O acesso ao direito e à justiça não é capaz de eliminar o patriarcado dentro da família, antes ou depois do divórcio, mas pode alterar e equilibrar as relações de poder entre homens e mulheres. Também não é capaz de transformar as relações capitalistas de produção, mas pode regular e disciplinar o mercado e o Estado-Providência. Não pode, ainda, erradicar o sofrimento infligido por um processo-crime, mas, seguramente, ajuda a mitigar esse sofrimento. O acesso ao direito e à justiça será mais efetivo a promover estes importantes e vitais, embora limitados, objetivos se forem aproveitadas as melhores práticas dos programas nacionais que examinamos. Os critérios de elegibilidade devem ser mais elevados para incluir a totalidade da população, colocando fim à segregação dos pobres e criando uma estrutura cidadã de acesso ao direito e à justiça politicamente poderosa (Abel, 1985: 620 e 621)¹.

I A minha motivação

A citação de Richard Abel, em epígrafe, com que inicio esta Introdução Geral, é um bom ponto de partida crítico para a elaboração do estudo sobre o acesso ao direito e à justiça, no âmbito da resolução de conflitos que, normalmente, são designados de justiça civil, em geral, e, dentro destes, na área da justiça que denominei de justiça da família e das crianças. Fica, assim, fora do meu objeto de estudo o acesso ao direito e à justiça do denominado direito público (v.g. administrativo, fiscal, etc.) ou a defesa criminal.

Como Abel (1985), estou convicto que o acesso ao direito e à justiça não é auto-efetivo, nem neutro politicamente, nem é a panaceia da transformação social, mas tem um papel central e de charneira nas democracias contemporâneas, dado que “não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos dos cidadãos” e “estes, por sua vez, não existem se o sistema jurídico e judicial não for de livre acesso a todos os cidadãos, independentemente da sua classe social, sexo, raça, etnia e religião” (Santos *et al.*, 1996: 483).

Em termos amplos, pode-se começar por dizer, como defende Jacques Faget (1995), que o direito de acesso ao direito significa, num plano simbólico, a conquista da

¹ Nesta tradução, da responsabilidade do ora autor, traduzi *legal aid* por acesso ao direito e à justiça e *politically powerful legal aid constituency* por uma estrutura cidadã de acesso ao direito e à justiça politicamente poderosa.

cidadania, o acesso ao estatuto de sujeito de direito e de direitos e, num plano instrumental, o acesso à informação sobre o direito e a capacidade de efetivação dos direitos, seja ofensivamente (*mettre en oeuvre un droit*), seja defensivamente (*faire respecter son droit*)². Considerado em termos mais restritos, o acesso ao direito e à justiça representa os meios pelos quais os indivíduos conseguem aceder à informação jurídica e aos serviços jurídicos e resolver os conflitos em que são interessados, incluindo, assim, o acesso aos tribunais, à informação e consulta jurídica e aos mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios (Barendrecht e Maurits, 2006). O acesso à justiça e ao sistema de justiça como um todo são, pois, matérias fundamentais para a vida em sociedade, daí que vários autores considerem que o objetivo principal de um regime de acesso à justiça deva ser o de assegurar que todos os cidadãos conseguem efetivar os seus direitos ao mais baixo custo, não só em termos de custos de litigação, mas também em termos de custos sociais (Evans, 1997).

Os estudos de ciência política comparada sobre a consolidação, o desenvolvimento e a qualidade da democracia e do Estado de Direito (a título de exemplo, O'Donnell, 2004: 32-46) quase ignoram, nos seus estudos, a questão do acesso ao direito e à justiça como indicador de qualidade e aprofundamento da democracia, já que a maior parte dos textos sobre indicadores e índices sobre esta matéria analisa unicamente as questões ligadas ao sistema político e governativo e sistema de prestação de contas, ao nível de corrupção, à efetividade do poder legislativo, à liberdade de voto, direitos de natureza política e sistema eleitoral, à liberdade de expressão, de associação e de participação política, às questões ligadas à separação dos poderes e independência do judiciário, pluralismo organizacional e transparência das decisões, sendo raramente tido em conta, para aferir da qualidade da democracia, o indicador de natureza política, sociológica e jurídica do acesso ao direito e à justiça. No entanto, neste estudo, acompanho Sousa Santos, no sentido de que o acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático (Santos, 1996: 483). Nesse sentido, defendeu-se já, num relatório da *United Nations Development Programme* (UNDP, 2004), que, por um lado, não existirá uma governação democrática onde não houver acesso à justiça para todos; por outro lado, o acesso à justiça está ainda intimamente ligado com a redução da pobreza, pois as pessoas com menos recursos e marginalizadas vêm-se desprovidas de escolhas, de oportunidades e sem

² Na minha tradução livre, “implementar um direito” e “fazer respeitar o seu direito”.

voz em termos decisórios. Assim, a não existência de um acesso efetivo ao direito e à justiça representa falta de participação, de transparência e de responsabilização. É, pois, deste modo que o acesso ao direito e à justiça é hoje considerado, no sentido que explicarei ao longo deste estudo, não só como um direito constitucional fundamental, como também um direito social, e, ainda, um direito humano, com consagração em vários documentos jurídicos internacionais importantes, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 e, mais recentemente, a Carta Mundial do Direito à Cidade, de 2005. Ao nível da União Europeia (UE) está consagrado no Tratado de Amesterdão (artigos 61.º a 67.º) ou na Carta dos Direitos Fundamentais (artigo 47.º). Em Portugal, como num largo conjunto de países, este direito encontra-se constitucionalizado no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa.

Assim, garantir o acesso ao direito e à justiça é assegurar que os cidadãos conhecem os seus direitos, que não se resignam quando estes são lesados e que têm (ou lhes são dadas) condições para vencer os custos e as barreiras psicológicas, sociais, económicas e culturais para aceder ao direito e aos meios mais adequados e legitimados – sejam judiciais ou não judiciais – para a resolução do seu litígio (Pedroso *et al.*, 2002).

Ora, por um lado, historicamente o nascimento dos sistemas de *legal aid*³ (de acesso ao direito e à justiça), em 1949 (com o *Legal Aid Act*, no Reino Unido), está sociologicamente relacionado com os conflitos de família e a explosão dos divórcios no Reino Unido durante e na sequência da Segunda Grande Guerra Mundial. Por outro lado, as relações de família no espaço doméstico (e público, mais tarde) representam um conflito social estrutural, e a família (e os seus diversos conceitos) sofreu uma profunda e acelerada transformação social, o que implicou uma grande mutação na sua regulação pública/privada e, conseqüentemente, do direito da família. Por último, apesar da democratização das relações de família – e do direito da família – e da centralidade dada aos direitos das crianças nos últimos trinta anos, as relações sociais de família continuam estruturalmente desiguais, com especial vulnerabilidade das

³ Por uma questão de uniformização, ao longo de todo o texto só referirei expressões em línguas estrangeiras quando elas, por si só, são expressivas, significantes e significativas e, ainda, os títulos de livros não traduzidos em português. No que se refere às citações de livros, artigos ou outros tipos de textos, a que tive acesso, em língua espanhola, francesa, inglesa, italiana, serão traduzidos para português, sendo que essa tradução será da minha exclusiva responsabilidade.

mulheres e das crianças (e, atualmente, também dos idosos), pelo que o acesso ao direito e à justiça nesses conflitos é, claramente, um compensador das desigualdades sociais e do aprofundamento do respeito pela dignidade e pelos direitos humanos e, conseqüentemente, da qualidade da democracia nas sociedades contemporâneas. Assim, na seqüência da minha agenda de investigação anterior, pareceu-me natural a opção pelo objeto de estudo “o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças”, que será, em princípio, no futuro, alargado a outras áreas de conflito social e do direito e da justiça.

2 A relevância da escolha (das palavras, ou seja) dos conceitos

2.1 Sociologia do Direito

A sociologia do direito, enquanto ramo ou subdisciplina da sociologia, é o ponto de partida teórico-metodológico para este meu trabalho, enquanto campo interdisciplinar do conhecimento. Nesta área do saber incluo, como analisarei no capítulo primeiro, as análises teóricas e empíricas que apelam a denominações diferenciadas e que, naturalmente, têm marcas e diferenças entre si. Encontrei, entre outras, as denominações de sociologia do direito, sociologia jurídica, sociologia sobre o direito, sociologia no direito, direito e sociedade, direito em sociedade, análise sociológica dos sistemas jurídicos, direito em ação, estudos sociojurídicos, direito vivo, *sociolegal studies*, *law in context* ou, até, *cross-boundaries studies on law*. Ora, todos estes contributos integram a sociologia do direito, como a apresentarei neste trabalho, ou seja, “como um caminho de integrar o estudo do direito em ação dentro do sociologia, sem ignorar as especiais necessidades metodológicas e organizacionais da investigação e debate neste campo” (Guibentif, 2003: 179).

2.2 Acesso ao direito e à justiça

O acesso ao direito e à justiça que pretendo estudar abrange realidades e conceitos com significados e significâncias diversos, como, entre outros, *assistencia jurídica* (em espanhol), *legal aid*, *legal services*, *public interest law*, *cause lawyering*, *alternative dispute resolution* (em inglês), *aide juridique*, *aide judiciaire*, *médiation*, *arbitrage* e *conciliation* (em francês) ou *pro bono* (em latim).

Mesmo em português encontramos na literatura seja jurídica, sociológica, sociojurídica ou da ciência política, o uso dos conceitos acesso ao direito, acesso à justiça, acesso ao direito e à justiça, assistência jurídica, assistência judiciária, apoio judiciário, proteção jurídica, informação jurídica, consulta jurídica, patrocínio oficioso, defesa oficiosa, advogado nomeado defensor, advocacia pro-bono, defesa dos interesses difusos, acesso aos meios de resolução alternativa de conflitos, acesso aos tribunais, acesso aos documentos administrativos (entre outras). Esta “prolixia” conceitual é facilmente resolvida com o recurso ao conceito de direito de Santos (2000: 269), o qual consiste num “corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justicáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força”.

Este conceito tem a enorme potencialidade de incluir, em si, todas as realidades do direito e da justiça, ou seja, de acesso às normas jurídicas, aos procedimentos e à resolução de conflitos, em sentido amplo, pelo que bastaria recorrer ao conceito de “acesso ao direito” para abranger as realidades jurídicas, sociojurídicas e sociais objeto do nosso estudo. No entanto, embora com esse mesmo sentido, escolhemos usar o conceito “acesso ao direito e à justiça”, dado que nos parece ser, por razões de comunicação e compreensão em língua portuguesa, aquele que mais facilmente permite abranger todo o significado do meu objeto de estudo para as pré-compreensões de todos os cidadãos. Em princípio, todos compreenderão que se pretende abarcar, com este conceito, desde o conhecimento e consciência do(s) direito(s), à facilitação do seu uso, à representação jurídica e judiciária por profissionais, designadamente advogados, bem como a resolução judicial e não judicial de conflitos, ou seja, o acesso à pluralidade de ordenamentos jurídicos e de meios de resolução de litígios existentes na sociedade.

Este estudo não se limitará ao sentido mais restrito de acesso ao direito e à justiça, ou seja, a capacidade para conhecer o direito e aceder aos tribunais e obter deles uma resolução de litígios. Mas alargaremos a análise, a todos os meios de informação e consciencialização sobre o direito da família e das crianças existente na nossa sociedade, em sentido amplo (informação e consulta jurídica), bem como de resolução de conflitos decorrentes de iniciativas supraestaduais, do Estado (legislativo, executivo e poder judicial) – central ou local (autárquico) – da comunidade ou de

mercado ou, ainda, de parcerias entre o Estado e a comunidade (ex.: Comissões de proteção de crianças e jovens) e Estado e o mercado (ex.: Estado e a Ordem dos Advogados)⁴.

2.3 A Justiça da Família e das Crianças

A abordagem clássica do direito da família é o denominado direito da família de natureza civil, e patriarcal. Mas hoje é consensual que essa abordagem é limitada, que as transformações da família expandiram o direito da família para o direito constitucional, social e até criminal. As questões de conciliação entre a vida familiar, pessoal e o emprego e a promoção dos direitos das crianças assumem centralidades, sociais e jurídicas, que até há muito pouco tempo não eram, sequer, expectáveis.

Assim, num estudo, que pretendo interdisciplinar, a partir de um quadro teórico decorrente dos debates e da reflexão ocorrida na sociologia do direito crítica sobre o acesso ao direito e à justiça, decidi privilegiar a análise dos conflitos sociais e dos litígios inter-individuais que procuram a tutela do direito civil da família e, ainda dentro desta disciplina do direito, dos emergentes direitos da criança, pelo que nos parece que o conceito mais adequado a este objeto de estudo é o de justiça da família e das crianças. Este conceito expressa que os conflitos sociais e litígios inter-individuais que vou estudar decorrem da transformação das relações sociais da família e duma nova visão da criança como sujeito de direitos e não só como objeto de um antigo poder paternal. Consequentemente, o uso e o sentido que na dogmática e a prática jurídica e judiciária ainda fazem do conceito de justiça da família e de menores não serviam os propósitos deste estudo, pela consequente desqualificação dos direitos das crianças.

Embora o conceito de justiça da família e das crianças, numa perspetiva de sociologia do direito, tenha a potencialidade de incluir as relações e conflitos de família, em sentido amplo, reguladas pelo direito constitucional, direito europeu (ex.: conciliação da vida pessoal e profissional), direito do trabalho, direito da segurança social, entre outros, e até, como referimos, do direito criminal. Neste estudo, por uma questão de opção e das naturais limitações de tempo, espaço, disponibilidade, etc., de cada investigação, analisarei e refletirei sobre o direito e a justiça da família e das

⁴ Ao longo dos próximos capítulos explicitaremos o significado de conceitos como informação jurídica, consulta jurídica, proteção jurídica, apoio judiciário, patrocínio judiciário, modalidades de apoio judiciário, justiça de proximidade, etc.

crianças, ou seja, a litigação e os meios de resolução, judiciais e não judiciais, de acesso à tutela do direito (civil) da família, com a consequente resolução desses conflitos, aí incluindo, necessariamente, o direito de promoção dos direitos e proteção das crianças em perigo e, ainda, do direito tutelar educativo, ou seja, aquele que é aplicável às crianças com mais de 12 anos e menos de 16 anos que praticam um facto que seja qualificado pela lei penal como crime.

3 Apresentação do estudo

Este trabalho divide-se em onze capítulos de reflexão teórica e de investigação empírica. No primeiro capítulo analiso a construção de um campo teórico-metodológico, em primeira linha, da sociologia do direito crítica e, em segunda linha, da investigação que me proponho fazer, no âmbito desse campo interdisciplinar do conhecimento, sobre o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Assim, em primeiro lugar, percorri os “paradigmas fundadores” (do século XIX aos anos sessenta do século XX) e os debates em torno de uma sociologia do direito desenvolvida e consolidada (dos anos sessenta aos anos noventa do século XX). Escolhi, para ilustrar esses debates, para além da construção do campo, o denominado *gap problem* e a sua superação, a relevância das condições sociais, institucionais e “locais” na produção e desenvolvimento da sociologia do direito. De seguida, abordei a reestruturação da sociologia do direito analisando a “velha questão” do método e objeto da disciplina, admitindo que esta estuda os fenómenos jurídicos na sua totalidade, em interação com as diferentes dimensões – sociais e políticas, culturais e económicas – e espaços estruturais – mundialidade, cidadania, comunidade, mercado, produção e espaço doméstico – da sociedade e da produção do direito (Santos, 1995, 2000, 2009) através de uma abordagem interdisciplinar e de um pluralismo metodológico, que também inclua os estudos *bottom-up* e procure as “ausências” e as “emergências” das relações sociais e jurídicas (Santos, 2009). Referenciei como debates teóricos importantes da sociologia do direito crítica a análise (e rejeição) da autonomia do direito enquanto sistema social ou discurso, os *legal consciousness studies* e a sua preocupação com as “pessoas comuns” e os excluídos e o “novo” pluralismo jurídico que desenvolve os conceitos de Santos (1995, 2000, 2009) de pluralidade de ordens jurídicas e de interlegalidade numa determinada sociedade. A concluir, mapeei o atual campo de

análise da sociologia do direito em três polos: a relação entre o direito e o Estado, a interpenetração entre a regulação social e a jurídica na pluralidade de ordens jurídicas e o de cidadania e de constituição de novos atores sociais.

No capítulo seguinte, na sequência da reflexão efetuada nos capítulos anteriores, delineei um roteiro teórico e analítico de investigação para este estudo. O meu ponto de partida, segundo o pensamento de Boaventura de Sousa Santos, é o da produção do direito de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças nos diversos modos de produção, a sua constelação e interlegalidade, no âmbito do Estado-nação e da referida pluralidade de ordens jurídicas e da tensão entre regulação e emancipação. Em consequência, desenvolverei a ideia de que o acesso ao direito e à justiça de família e das crianças tem de ser concebido como um direito fundamental, humano e (também) social e como um fator de mudança social normal necessário à compensação das desigualdades, designadamente de género, nas relações sociais familiares. De seguida, enquadrarei o tema da investigação na globalização do campo jurídico, sendo que o direito da família e das crianças ocidental está sujeito a um processo de globalização de alta intensidade, enquanto o acesso ao direito e à justiça é de baixa intensidade. No entanto, o acesso ao direito e à justiça está sujeito a um processo de europeização dúplice, por via do direito europeu (*hard* e *soft law*) e por via da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e ação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Conselho da Europa. Por último, enquadrarei o objeto da minha investigação no âmbito das reformas judiciais e da busca de um novo paradigma de política pública de justiça, em que o acesso ao direito e à justiça necessita de uma política afirmativa de ação pública, como um modo de acesso ao político e de melhorar a qualidade da cidadania e da democracia.

No terceiro capítulo apresento uma análise crítica e um estado da arte sobre os estudos de acesso ao direito e à justiça, chamando a atenção para a estranha ausência deste tema nos estudos de ciência política comparada sobre a qualidade da democracia e da necessidade de uma política de afirmação positiva, nesta matéria. A sociologia do direito ao longo dos últimos cinquenta anos foi debatendo a origem, os obstáculos económicos, sociais e culturais da *legal aid* e o modo da sua superação, bem como os seus modelos jurídicos e institucionais (caritativo, *judicare* e advocacia pública). O desenvolvimento das políticas públicas e dos regimes jurídicos de acesso ao direito e à justiça está diretamente relacionado com o *Welfare State*. Assim, assiste-se à

sua expansão e retração, com o apogeu e declínio do Estado-providência. Neste início do século XXI verifica-se uma tensão entre os defensores da sua supressão e aqueles que defendem a sua (re)universalização e, ainda, enquanto política pública e prática social que deve estar presente em cada sociedade. Os caminhos trilhados permitem captar uma tensão de reestruturação da política pública ou ação pública (Commaille, 2009) do acesso ao direito e à justiça entre os atores do estado, da comunidade e do mercado e as relações de cooperação, de parceria e de exclusão que estabelecem entre si.

No capítulo IV, face ao antecedente quadro teórico, defino como hipóteses gerais, em primeiro lugar, a discrepância entre a transformação acelerada e democratizadora do direito da família, em Portugal desde 1977, e as práticas patriarcais desiguais vigentes no espaço doméstico, pelo que o ritmo e o grau do processo de democratização desse espaço dependem dos meios disponíveis de acesso ao direito e à justiça em cada sociedade. Em segundo lugar, a política de acesso ao direito e à justiça e o regime jurídico de apoio judiciário evoluem mais lentamente e não acompanham nem satisfazem as mudanças mais rápidas do direito da família e da necessidade de democratizar as relações familiares, bem como a consagração dos direitos das crianças. Em terceiro lugar, o regime jurídico de acesso ao direito e à justiça em Portugal surge tardiamente, na crise do Estado-Providência, e a sua oferta e desempenho é menos avançada que a de outros países europeus, pelo que, devido a este perfil tardio e de fraco desempenho, o Ministério Público (MP) assume, nas últimas décadas, a promoção e defesa dos direitos das crianças. Por último, o desenvolvimento da cidadania nas sociedades democráticas não se compadece com a ineficiência do regime de apoio de acesso ao direito e à justiça, pelo que o Estado e a comunidade, reconfigurando as suas funções, vão desenvolver iniciativas em parceria para a criação de entidades não judiciais que promovam e facilitam o acesso ao direito e à justiça.

Assim, a presente investigação tem um triplo objetivo. Trata-se, em primeiro lugar, de estudar as mudanças na construção de um direito de acesso ao direito e à justiça, ao nível internacional e nacional (constitucional e lei ordinária). Esta análise é efetuada em três vertentes, ou seja: a transformação do direito internacional e da ação das instâncias políticas europeias (ex.: Conselho da Europa e União Europeia), e, ainda, de um estudo comparado dos regimes jurídicos em sete países, incluindo Portugal.

Ainda, nesta primeira vertente, estudarei o *gap* entre a transformação do regime jurídico do apoio judiciário em Portugal, o desenvolvimento socioeconómico, a mudança política (governos) e o discurso político e profissional (partidos, governos e organizações profissionais de magistrados e advogados) sobre o acesso ao direito e à justiça. Em segundo lugar, trata-se de desenhar o perfil sociológico do acesso ao direito e à justiça através da análise da procura efetiva da justiça de família e das crianças nos tribunais judiciais de primeira instância, no Ministério Público e nas Comissões de proteção das crianças e jovens. Por último, trata-se de analisar os discursos e as representações dos atores profissionais a trabalhar no terreno na resolução de litígios da família e das crianças e na informação e consulta jurídica, ou seja, nos tribunais, no Ministério Público, nas Comissões de proteção das crianças e jovens, nos serviços públicos do Estado, nas organizações -não-governamentais, ou enquanto advogados (nomeados no âmbito do regime de apoio judiciário ou de profissão liberal no mercado). Assim, devido à complexidade dos objetivos, após uma breve nota de autorreflexividade, decidiu-se recorrer simultaneamente a metodologias qualitativas (análise documental, entrevistas e *focus group*) e quantitativas (análise estatística de dados).

No capítulo seguinte discute-se o direito de acesso ao direito e à justiça como um direito humano, fundamental e social de âmbito transnacional, internacional e estadual, encontrando-se dividido em duas partes. Na primeira, estuda-se a conceção do direito de acesso ao direito e à justiça como direito humano, em que se analisa de que modo este direito é concebido ao nível do direito internacional e como foi progressivamente entrando na agenda dos direitos humanos, seja através de tratados internacionais, seja através da ação do Conselho da Europa, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e da União Europeia. Na segunda parte do capítulo, o estudo centra-se nas transformações ocorridas no regime jurídico e no sistema de acesso ao direito e à justiça em Portugal após a Revolução democrática de abril de 1974. Narra-se a evolução da constitucionalização do direito de acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva, bem como da jurisprudência constitucional, e procede-se à análise dos diplomas legais que concretizam o imperativo constitucional de apoio judiciário, de forma a analisar o que foi mudando em cada alteração legislativa nas últimas três décadas de regime de acesso ao direito e aos tribunais em Portugal, sendo que os atuais critérios de aferição de legitimidade para aceder à prestação social de apoio

judiciário são muitos limitativos, por serem inferiores ao salário mínimo. Por último, pretendi estabelecer, em comparação com a transformação do regime jurídico do apoio judiciário, uma linha analítica das posições políticas assumidas pelos partidos políticos e pelos sucessivos governos, desde 1974, com o objetivo de captar a relevância ou irrelevância do debate político sobre o acesso ao direito e à justiça e construir um quadro de análise da contextualização das principais reformas legislativas, efetuadas em 1989 e em 2000. A análise efetuada permite demonstrar a (pouca) importância que o acesso ao direito e à justiça tem no conjunto das prioridades políticas na área da justiça, à exceção do final do século XX e início do século XXI. No entanto, constata-se a existência de um campo de luta política e profissional, pelo que analiso as tensões e as representações dos dirigentes das organizações profissionais forenses – magistrados judiciais e do Ministério Público e advogados – sobre o direito de acesso ao direito e à justiça e o sistema de apoio judiciário em Portugal, em que a Ordem dos Advogados defende o seu papel central, da advocacia enquanto profissão liberal, no sistema de acesso ao direito e à justiça, a associação sindical de juizes defende a criação de um corpo público de defensores oficiosos e o Ministério Público defende a sua condição de garante do acesso ao direito e à justiça no direito social (família, crianças e trabalho) e nos interesses coletivos e difusos.

No sexto capítulo analisam-se, em primeiro lugar, as principais transformações, nos últimos anos, dos regimes jurídicos e sistemas de acesso existentes em vários países da União Europeia (UE), como a Alemanha, a Espanha, a França, a Itália, a Holanda e o Reino Unido (País de Gales e Inglaterra). A seleção destes países como objeto de estudo prende-se com os seguintes fatores: apesar de todos estes países integrarem a União Europeia, apresentam níveis de desenvolvimento económico diferenciados, têm tradições jurídicas (continental e *common law*) e processos de desenvolvimento do Estado de Direito e níveis de proteção social diferentes; e ainda que apresentem semelhanças na cultura jurídica e judiciária, são, também, muitas as especificidades. Procede-se, em primeiro lugar, a uma breve caracterização socioeconómica e análise comparativa de alguns indicadores dos regimes jurídicos de tais países, referentes ao ano de 2008⁵. Portugal regista um nível de desenvolvimento socioeconómico mais baixo do conjunto dos sete países, apresentando a Holanda, a

⁵A seleção deste ano específico prende-se com o facto de a maioria dos indicadores terem sido retirados do último Relatório da Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça (CEPEJ), publicado em 2010, que se reporta a dados de 2008.

Alemanha e a França um PIB por habitante e um salário bruto médio anual de quase o dobro em relação a Portugal. Apesar disso, Portugal apresenta um investimento em apoio judiciário próximo do registado em França, Alemanha e Espanha e mesmo superior ao registado em Itália, ficando a longa distância do investimento efetuado no Reino Unido e na Holanda. Em segundo lugar, estudarei as principais transformações dos regimes jurídicos e sistemas de acesso ao direito e à justiça existentes nos referidos sete países da UE, procedendo a uma análise comparativa de modo a interpretar as suas semelhanças e diferenças, vulnerabilidades e potencialidades, o que me permitiu construir uma tipologia de sistemas polarizada entre o privado e o público e entre sistemas restritivos e abrangentes relativamente ao universo dos beneficiários. Assim, os sistemas mais abrangentes, em termos de despesa pública e de beneficiários, são o do Reino Unido, o da Holanda e o de Portugal, sendo que o Reino Unido e Portugal têm sistemas de financiamento público e de instituições públicas de decisão, enquanto a Holanda tem um sistema público, mas também uma grande presença do sistema mutualista e de seguros (obrigação de contratar seguros de proteção jurídica). Os sistemas mais restritivos, também em termos de despesa e de beneficiários, são os da Espanha, Itália, Alemanha e França, sendo que na Alemanha e em França é o próprio tribunal que decide a elegibilidade de quem procura a justiça, e em Espanha e Itália tal competência está atribuída a entidades que funcionam junto das profissões jurídicas.

O presente estudo pretendeu ir mais longe, e no capítulo VII dirigiu olhares cruzados sobre o acesso ao direito e à justiça numa área em particular – a família e as crianças. Estamos hoje perante novos cenários de relações familiares, flexíveis e fluidas e, também, da sua regulação jurídica, que privilegia a contratualização entre as pessoas adultas e retira do seio privado da família, publicizando-a, a promoção dos direitos e a proteção das crianças. Neste sentido, no capítulo sétimo pretende-se compreender as linhas de mudança ao nível da família, nos contextos de transformação da sociedade portuguesa e da família, no plano mais global, nas sociedades contemporâneas ocidentais, nos últimos trinta anos. Consequentemente, analisei as mutações (Commaille, 1994: 247) havidas na regulação jurídica da(s) família(s) e as roturas e as continuidades havidas no direito da família e a sua evolução para o atual direito da família e das crianças. Termino o capítulo estudando o impacto de tais mudanças na evolução, reconfiguração ou aparecimento de novos modos de resolução de conflitos e de acesso ao direito e à justiça de família e das crianças. A questão é a de saber quais

os “mecanismos” aos quais os cidadãos se podem dirigir de modo a defender os seus direitos. Assim, nesta importante área de conflito social encontramos, pois, na sociedade portuguesa, uma pluralidade de formas de acesso dos cidadãos ao direito e à justiça da família e das crianças através de meios judiciais e não judiciais e de iniciativa de entidades, públicas – estado central e autarquias -, da comunidade e do mercado, o que nos permitirá fazer um mapeamento e sistematização de todos os meios (visíveis) de resolução de conflitos e de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.

A análise da evolução da procura e da oferta, nos últimos anos, da justiça cível, em geral, e da família e das crianças, em particular, nos tribunais comuns e nos tribunais de família e menores é retratada no capítulo VIII através da análise dos dados estatísticos do denominado movimento processual, complementado com o que a Procuradoria-Geral da República regista nas suas estatísticas privativas sobre a atividade processual dos magistrados do Ministério Público de mobilização de justiça da família e das crianças. É, ainda, desenvolvida uma reflexão mais fina da mobilização da justiça de família e das crianças através da análise dos dados estatísticos dos denominados processos findos através das “Estatísticas da Justiça” oficiais, o que me permitiu caracterizar a relevância dos advogados, do Ministério Público e do regime jurídico do apoio judiciário na mobilização da justiça da família e das crianças, por requerentes e requeridos e por objeto de ação. Esta análise permite uma aproximação à natureza do litígio subjacente. Neste capítulo há ainda lugar para um breve retrato da procura, funcionamento e desempenho do atendimento e das ações de competência privativa do Ministério Público, do sistema de mediação familiar, das conservatórias de registo civil, enquanto entidades administrativas de resolução, na vertente de certificação dos conflitos de família. Analisou-se, ainda, a mobilização e o desempenho das Comissões de proteção de crianças e jovens no âmbito de uma nova relação entre o judicial e o não-judicial.

No capítulo IX procedo à análise do desempenho das entidades mais diretamente envolvidas na aplicação do regime jurídico de apoio judiciário, designadamente o Instituto da Segurança Social e a Ordem dos Advogados (OA), caracterizando, na medida do possível, as pessoas – e os conflitos em que estão envolvidas – que recorrem ao uso do sistema, a partir das estatísticas da justiça e da segurança social disponíveis. A análise centrar-se-á no uso do regime de apoio judiciário que é feito por aquelas(es) que procuram a tutela do direito e da justiça de

família e das crianças, no contexto da procura de apoio judiciário na justiça civil. Estudou-se, ainda, a evolução, desempenho (e morte anunciada) dos gabinetes de consulta jurídica. Por último, analisou-se o contributo da ação dos serviços públicos do estado (CIG e ACIDI), da Provedoria de Justiça e das ONG – conceito no qual se incluem todas as entidades organizadas da sociedade independentemente da sua forma jurídica – na promoção de informação jurídica aos cidadãos e encaminhamento para a tutela dos seus direitos. Através do “estudo de caso” da ONG Associação Portuguesa de Apoio à Vítima enquanto entidade de informação jurídica que participa na atividade das CPCJ, analisámos o seu contributo para o alargamento do sistema de acesso ao direito e à justiça.

No capítulo X dou voz às perceções, às representações, às declarações, em discurso direto, aos atores profissionais intervenientes na promoção dos direitos e na mobilização da justiça da família e das crianças, em sentido amplo, na sua qualidade de servidores públicos ou da comunidade que participam nas várias instâncias de informação jurídica, de consulta jurídica (quase ausente) e de acompanhamento e/ou resolução de litígios mapeados ao longo do decurso da nossa investigação. Com essas vozes, em interação, percorreu-se um labirinto de relações fragmentadas – promotoras e/ou inibidoras de acesso – entre instituições públicas (MP e serviços do Estado), da comunidade (ONG), do mercado (OA), a atuar em parceria (CPCJ), quer em rede, quer em pirâmide, que constituem a atual situação do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças em ação.

Consequentemente, no último capítulo, apresentarei as principais conclusões (as teses da minha tese) de modo a refletir e a contribuir para a construção de uma política (de ação) pública de acesso ao direito e à justiça de família e das crianças, democratizadora das relações no espaço doméstico e de aprofundamento da qualidade da nossa democracia.

CAPÍTULO I

A SOCIOLOGIA DO DIREITO CRÍTICA – UM CAMPO TEÓRICO-METODOLÓGICO EM CONSTRUÇÃO

Nos tempos atuais como em qualquer outra época, o centro de gravidade do desenvolvimento do direito não se situa nem na legislação, nem na ciência jurídica, nem tampouco na jurisprudência, porém na sociedade. (Ehrlich, 1936: xv)⁶

Introdução

O meu propósito, já enunciado, de estudar o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças na sociedade portuguesa, na perspectiva da sociologia do direito, exige que neste primeiro capítulo atente nas questões “teórico-políticas” e “teórico-metodológicas” (Santos, 2009:16) da criação, consolidação e reestruturação desse campo de conhecimento.

Um estudo desta natureza não permite, nem é o lugar adequado, uma análise profunda da evolução e das forças e fragilidades da sociologia do direito desde os finais do século XIX até ao início desta segunda década do século XXI. No entanto, de modo a mapear o quadro teórico da minha investigação, vou, neste capítulo, analisar, em primeiro lugar, as principais transformações, tensões, linhas de força, pesquisas, temas e problemas da sociologia do direito contemporânea. Em segundo lugar, enunciarei os tópicos teóricos do meu campo de investigação.

Ao analisar a sociologia do direito num quadro da sociologia do direito⁷, como efetuámos anteriormente (Ferreira e Pedroso, 1999), não podemos ficar indiferentes às transformações teóricas e metodológicas por que tem passado a disciplina. Para além dos paradigmas fundadores provenientes quer do campo sociológico, quer do campo jurídico, objeto de análise de uma história da Sociologia do Direito⁸, é

⁶ Ao escrever um capítulo sobre a “construção” da Sociologia do Direito, dado que a investigação não é separável da biografia e das circunstâncias de cada um, não podia deixar de começar com uma citação do autor que pela primeira vez, embora *en passant*, enquanto jovem estudante de direito, me chamou a atenção para a relação entre direito e sociedade. Ehrlich apareceu pela primeira vez traduzido, em Inglês, em 1936 (Ehrlich, 1936). Também citado, entre outros, por Treves e Arnaud (1999: 755). Cf. Ehrlich, 2002.

⁷ A sociologia da sociologia, a análise metateórica da sociologia ou a sociologia crítica da ciência tem conhecido nos últimos anos interessantes desenvolvimentos. A este respeito poderão consultar-se, entre outros, Santos (1989), Ritzer (1992), Ferreira (1996).

⁸ Não sendo nosso propósito desenvolver uma análise histórica das tradições fundadoras da sociologia do direito, remetemos o leitor para os seguintes trabalhos, entre outros: Hunt (1978), Diaz (1984), Santos (1986),

importante salientar que ela “só se constitui em ciência social, na aceção contemporânea do termo, isto é, em ramo especializado da sociologia geral, depois da Segunda Guerra Mundial” (Santos, 1994:141)⁹. Durante o período que vai *grosso modo* até final dos anos 1960, sob a influência norte-americana, a sociologia do direito caracterizou-se como uma disciplina preocupada essencialmente com pesquisas empíricas. Contudo, nos anos 1970, o ressurgimento do interesse por problemas teóricos radicalizou-se, defendendo-se mesmo nalguns casos extrema eliminação da pesquisa empírica dos estudos de sociologia do direito. Na atualidade, regista-se um certo equilíbrio entre as pesquisas empíricas e os estudos teóricos. Os anos 1990 são, assim, marcados por uma intensificação da reestruturação, ao nível internacional, bem como pelo reconhecimento do grande desenvolvimento da disciplina (Arnaud e Treves, 1993)¹⁰.

No quadro destes processos de reestruturação e desenvolvimento e perante a grande diversidade de abordagens existentes, quero referir cinco tópicos relacionados entre si, a que darei atenção e desenvolvimento diferenciado e até assimétrico, fundamentais para o entendimento da estrutura teórico-metodológica da sociologia do direito: a construção do campo da sociologia do direito; o denominado *gap problem* e as condições da sua superação; a identificação das dimensões analíticas consideradas prioritárias na condução da investigação; a dimensão crítica da sociologia do direito; e a relevância dos aspetos “locais” que determinam as condições de produção do próprio conhecimento sociojurídico (Ferreira e Pedroso, 1999).

Treves (1988), Arnaud e Dulce (1996) e Andriani e Arnaud (1995). Em Cotterrell (2001, vol. 1 e 2) e Souto e Falcão (2002) encontramos coletâneas de textos relevantes de autores “clássicos” e “contemporâneos” em *sociological perspectives on law*; para a sociologia do direito dos Estados Unidos da América cf. Villegas (2001); com interesse cf., ainda, para a história da cultura jurídica europeia, Hespanha (1997 e 2003).

⁹ Também neste sentido, entre outros, Legaz Lacambra (1964: 31), Banakar e Travers (2002: 349), sendo que Arnaud e Dulce (1996) ensaiam uma proposta de conceção da sociologia do direito como um campo do conhecimento interdisciplinar. Guibentif (2003) enuncia um conjunto de argumentos e de boas razões – de facto, organizacionais, estratégicas, reconhecimento simbólico como campo social, éticas e de “negociação cognitiva”, substantivas e de reconhecimento teórico com observação empírica – para que a sociologia do direito seja uma subdisciplina da sociologia.

¹⁰Ao constatar o desenvolvimento impressionante, mas anárquico, da disciplina (*Developing Sociology of Law, a World Wide Documentary Enquiry*, ed. por V. Ferrari, 1990, Milão: Giuffrè; *Law and Rights*, ed. por V. Ferrari, 1991/1993, Milão: Giuffrè), a criação do Instituto Internacional de Sociologia Jurídica (Oñati), sob a égide do *Research Committee on Sociology of Law* da Associação Internacional de Sociologia e com o apoio do governo do País Basco, reveste-se da maior importância para quem se interessa por esta área de estudos (cf. Guibentif, 1990). Dentre os empreendimentos deste instituto consta um *Thesaurus* da sociologia jurídica destinado a realçar as novas categorias utilizadas na área da pesquisa. Desta forma, qualquer matéria encontra-se dividida em sete áreas principais: I. perspectivas gerais sobre o direito e a sociedade; II. produção e modificação das normas jurídicas; III. Implementação do direito; IV. Resolução formal e informal dos conflitos; V. profissões jurídicas e judiciárias; VI. Políticas (policies); VII. Direitos (*rights*) (Arnaud e Treves, in Arnaud (dir.), 1999).

I A relação difícil entre o direito e as ciências sociais: a construção do campo da sociologia do direito

Como ponto de partida para a análise da construção do referido campo reconhece-se, como já antes escrevi, a existência de um problema matricial: o da relação difícil e ambivalente, ou hiato, entre o direito e as ciências sociais (Hunt, 1997: 103). A tensão a que esse problema deu origem esteve (e, para alguns, continuará a estar) na base de um conjunto de dicotomias e de dogmas de que se dão sinopticamente como exemplo os seguintes: o confronto entre uma perspectiva teórica e uma perspectiva empírica, uma perspectiva interna e uma perspectiva externa do direito; a oposição entre uma sociologia jurídica dos juristas e uma sociologia jurídica dos sociólogos; e a autodefinição do sociólogo do direito como observador acríptico e objetivo que só descreve os factos do direito¹¹.

As discussões surgidas a propósito dos temas levantados são muito interessantes quando analisadas do ponto de vista da “arqueologia da disciplina”. Contudo, quando o que está em causa é levar por diante um trabalho sociológico concreto sobre o direito, elas constituem-se como obstáculos e revelam «a exaustão» dos paradigmas tradicionais dos estudos sociojurídicos¹². O aprofundamento da problemática em causa remete-nos para o estudo das origens e do desenvolvimento da sociologia do direito¹³ e a análise das conceções de direito, de sociedade e das relações que entre eles se estabelecem¹⁴.

¹¹ Exemplos de outras dicotomias e problemáticas são: o direito como variável independente vs. o direito como variável dependente; o direito como indicador privilegiado da sociedade vs. o direito como expressão da exploração; uma visão normativista do direito vs. uma visão institucional e organizacional; teoria vs. empiria; macro vs. microsociologia do direito; o dogma da radical separação entre o âmbito do ser e o âmbito do dever ser; a impossibilidade da sociologia do direito de formalizar o seu objeto de conhecimento, afirmando, conseqüentemente, a sua dependência e o seu carácter auxiliar em relação à ciência jurídica (posição kelseniana) ou delimitando o objeto do conhecimento da sociologia do direito em termos de ação social ou de comportamentos (posições sociologistas), assumindo um anti-normativismo (Ferreira e Pedroso, 1999). Para uma análise aprofundada destas questões, consultar Nelken (1981), Santos (1994) e Arnaud e Dulce (1996).

¹² Em Santos (1986; 1987; 1988) encontramos uma sequência argumentativa fortíssima, crítica do paradigma tradicional dos estudos sociojurídicos e reveladora da sua situação de “exaustão”, onde tal fenómeno é designado por «processo de camelização da sociologia do direito» (Santos, 1987 e 1988).

¹³ Renato Treves ao procurar as origens e a fundação da sociologia do direito encontrou-as no pensamento dos autores que denomina como “os percursores” (v.g. Vico, Montesquieu, Savigny e Bentham) e nos contributos, que classifica, recorrendo a um critério disciplinar de conhecimento, de autores das “doutrinas sociológicas” (v.g. Saint-Simon, Comte, Spencer e Durkheim), autores “das doutrinas políticas” (v.g. Marx, Engels, Lassale e Renner) e das doutrinas jurídicas (v.g. Ihering, Ehrlich, Gurvitch e Geiger) o que, obviamente, não é consensual e merece desde logo a discordância parcial de Manuel Atienza, na sua nota preliminar do tradutor (Treves, 1989: 9-132).

¹⁴ Ainda que o tema da “autonomia do direito” permaneça incontornável, pelo menos como critério de classificação e organização do pensamento sociojurídico (Nelken, 1986), e ainda que, a partir dele, possam estabelecer-se inúmeras análises das correspondências ou indiferenças entre o direito e a sociedade (Santos, 1986, 1987, 1988; Guibentif, 1992), os modelos de análise sociojurídicos mais interessantes na atualidade são os que questionam a raiz da distinção direito/sociedade (Santos, 1986, 1987 e 1988). Ao que julgamos, será só no quadro

1.1 Os paradigmas fundadores da sociologia do direito

Arnaud e Dulce (1996) recusam o critério disciplinar e recorrem ao conceito de paradigma de Kuhn¹⁵ (1962), distinguindo entre os “paradigmas fundadores” e os “paradigmas emergentes” da sociologia do direito¹⁶. Entre os paradigmas fundadores Arnaud e Dulce (1996: 57-149), que seguirei de perto nesta parte, distinguem os paradigmas “provenientes duma análise sociológica do direito antes do século XX”, “os provenientes da criação de uma sociologia do direito” e “os conceitos e paradigmas de uma sociologia do direito desenvolvida”¹⁷.

1.1.1 Os contributos para uma análise sociológica do direito antes do século XX

No final do século XIX (e com reflexo até aos anos cinquenta do século XX), a sociologia do direito apresenta-se a princípio como uma disciplina teórica, vizinha da teoria geral e da filosofia do direito e ainda pouco interessada pelas pesquisas empíricas. Entre os paradigmas fundadores incluem-se o pensamento “dualista” de Hobbes, Locke e Rousseau, a “ciência empírica” de Montesquieu, o *Volksgeist* de Savigny, o “utilitarismo” de Bentham, o “conflitualismo” de Marx e o “funcionalismo” de Durkheim.

Nesta busca das raízes, Arnaud e Dulce (1996) consideram que há elementos que vão estar presentes na fundamentação da sociologia do direito atual, já presentes numa “conceção dualista do direito” presente no *Jusnaturalismo* de Hobbes, Locke e Rousseau, que desenvolvem uma teoria sociológica naturalista. O “estado da natureza” e o “contexto social” são ficções para justificar o estado moderno e, conseqüentemente, a necessidade de organização política e do direito, com as suas funções de garantir a segurança e a paz (Hobbes) e “os direitos naturais da liberdade, vida e propriedade” (Locke).

da tentativa de superação desta dicotomia e do desenvolvimento de sínteses teóricas que poderemos falar no contributo da sociologia do direito para o próprio processo de construção da teoria social, interpenetração que nem sempre tem sido fácil (cf. Turner, 1993; Therborn, 1995). Salvaguardando-se as diferenças de perspectiva, refiram-se a este respeito os trabalhos de Jürgen Habermas, Niklas Luhmann, James Coleman, Boaventura de Sousa Santos, Alan Hunt, Bryan Turner e Günter Teubner (Ferreira e Pedroso, 1999).

¹⁵ Para Kuhn paradigma é um conjunto de conceitos universalmente reconhecidos que proporcionam mecanismos de problematização e soluções a uma comunidade de investigadores durante certo tempo (Kuhn, 1962 *apud* Arnaud e Dulce, 1996).

¹⁶ Cotterrell (2001), na procura de textos que definam de forma significativa a identidade do campo da investigação, mapeia os problemas teóricos, as estruturas conceptuais e os métodos, distinguindo entre as “tradições clássicas” – trabalhos que com o tempo não são esquecidos, nem marginalizados e são perçecionados pelos seus comentários –, e os “debates contemporâneos” na sociologia do direito.

¹⁷ Ao analisar, em síntese, neste capítulo, os contributos para a criação e desenvolvimento da sociologia do direito, estou a seguir e a parafrasear Arnaud e Dulce (1996: 57-149)

Mas a ideia de uma “ciência empírica da sociedade” surge com Montesquieu (1689-1755), cujo título completo da primeira edição da sua famosa obra de 31 livros é o “Espírito das leis ou da relação que deve existir entre as leis e a constituição de todo o governo, costumes, clima, população, religião, comércio, etc.”, na qual analisa, com a metodologia das “ciências físicas”, a variação das leis em função de todos os fatores que compõem um contexto social e histórico¹⁸.

Por seu lado, Savigny (1779-1861) e a sua “escola histórica do direito” recusam o legalismo da vontade do legislador e consideram que o direito é produto do denominado *Volksgeist* (o espírito do povo). No lado oposto do pensamento temos Bentham (1748-1832) e o “utilitarismo” inglês, que consideram o direito como criação do legislador enquanto órgão do estado, mas o direito e a justiça tinham que ter um objetivo prático, ou seja, uma “utilidade social”, pelo que se estabelece uma conexão entre a norma legal e a sociedade, podendo-se calcular os custos e os benefícios da atividade legislativa ou de uma decisão judicial concreta.

Ainda no século XIX, “a conceção clássica de conflitualismo” coincide com a conceção dialética e materialista da história de K. Marx (1818-1883), em que este considera o direito e o estado como variáveis dependentes da estrutura económica e da relação de domínio que esta impõe. Assim, parafraseando Sousa Júnior (2002: 151) são elementos para esta articulação do real, na totalidade em que ele se manifesta, a interconexão estrutura/infraestrutura (relações de produção e direito) e, portanto, a interconexão entre a existência e consciência (ideologia e representações sociais). O direito e o estado são instrumentos do poder repressivo da classe social dominante, através da qual se impõe e transmite a sua ideologia. No entanto, o desenvolvimento e transformação dos “modos de produção” e “sociais” do capitalismo para o socialismo abre perspectivas para a superação desse direito, com privilégios, e o caminho para a universalização de direitos iguais para todos os trabalhadores (“a luta pela emancipação das classes trabalhadoras não significa uma luta por privilégios e monopólios de classe, e sim uma luta por direitos e deveres iguais, bem como pela abolição de todo o domínio de classe”)¹⁹.

¹⁸O projeto de Montesquieu seria estudar a vida social empiricamente, vendo o direito como estando no seu centro, e explorar a natureza do direito histórica e comparativamente. É neste sentido que o seu livro *L'Esprit des Lois* merece o estatuto de clássico, ou seja, devido ao que promete: a possibilidade de uma sociologia do direito moderna, algo que Ehrlich e outros começaram a desenvolver, com investigação empírica sistemática, mais de um século depois (Cotterrell, 2001: xv)

¹⁹A teoria marxista do direito tem o mérito de nos recordar que o direito diz respeito, em todos os seus aspetos, à distribuição e utilização do poder, em especial do poder económico. Salieta, ainda, a natureza e a função

Em contraponto, “a conceção originária do paradigma do funcionalismo” encontra-se na obra de Durkheim (1858-1912), na qual a sua reflexão sociológica se centra numa relação estreita e íntima entre o direito e a sociedade, que o leva a definir o direito como “a mesma organização social no seu aspeto mais estável e duradouro”. Para Durkheim a sociedade é constituída por uma série de órgãos ou estruturas sociais que realizam diferentes funções sociais para manter a unidade e a coesão do sistema social. A divisão do trabalho social é para Marx a origem das desigualdades e para Durkheim aparece como o elemento integrador.

Na sociologia do direito de Durkheim, à “solidariedade mecânica” corresponde um tipo de direito, que denominou de repressivo, o qual basicamente se compõe de sanções em que manifesta uma reação do conjunto da sociedade para quem viola uma rotina de conduta (atualmente o direito penal). Por outro lado, à “solidariedade orgânica” corresponde um tipo de direito fundado na ideia de contrato, ao que Durkheim denominou de “restitutivo” ou “cooperativo”, cujas sanções não são um castigo, mas uma reparação dos direitos violados pelas partes de um conflito social. Como forma de vencer a anomia da sociedade, Durkheim pretende, nas palavras de Santos (1994:124), “estabelecer uma lealdade à sociedade isomórfica da lealdade ao Estado. É por demais conhecida a solução por ele avançada: tais subunidades tinham produzido tão-só formas primordiais, primitivas, mecânicas de solidariedade; a sua globalização na sociedade tornava possível uma forma mais avançada, complexa e orgânica de solidariedade”²⁰.

Para Durkheim o direito é tratado como um facto social cuja importância está em ser um sistema de normas reguladoras da ação, que opera como meio de integração social e contribui para que a sociedade seja um sistema estável e integrado.

do poder coercivo do Estado que é canalizado ou legitimado pelo direito e, ainda, a íntima relação entre poder e conhecimento, ação e ideias, bem como a necessidade de reconhecer as forças e interesses materiais como estando na base de todos estes assuntos. No entanto, esta análise, não “resolveu”: a) a ideia da autonomia relativa do direito (não parece ter mais sucesso na explicação do seu funcionamento do que a ideia do direito como instrumento de uma classe social dominante ou como determinado por relações económicas); b) o conceito de ideologia, que nunca foi desenvolvido no pensamento marxista de forma a ultrapassar a sua rigidez, de que tinha funções específicas e inevitáveis (ex. contribuir para manter as relações sociais capitalistas). Apesar destas limitações, é de salientar o esforço notável e o contributo do marxista italiano Antonio Gramsci para os estudos sociojurídicos ao explorar as relações entre poder e crenças. Gramsci é ainda hoje importante em parte pela sua influência no movimento de estudos jurídicos crítico americano, que utilizaram os seus conceitos reificação e hegemonia para analisar o poder social do direito (Cotterrell, 2001: xv-xvi).

²⁰ Segundo Elías Díaz (*apud* Sousa Júnior, 2002: 151-152), há, pois, um sentido evolutivo na passagem da solidariedade mecânica para a solidariedade orgânica e, portanto, do direito repressivo para o direito restitutivo, cujos conceitos centrais são, respetivamente, as categorias *status* e contrato, caracterizando uma maior intervenção e autonomia da vontade e diminuição da coação (ideia esta próxima à que expressou Marx acerca do desaparecimento progressivo do direito). Para Durkheim, o fato social, definido pela coação da ação, conduz à distinção das sanções organizadas (próprias da Moral).

Ao conceber o direito como “facto social” e ao tratar os “factos sociais como coisas”, Durkheim estava a consolidar uma metodologia positivista que dominou nas ciências sociais até aos anos oitenta do século XX²¹.

1.1.2 Os contributos para a criação de uma sociologia do direito até aos anos cinquenta do século XX

A sociologia do direito, na tradição da cultura europeia, manifesta-se através dos movimentos sociologistas e antiformalistas – *revolt against formalism* – desenvolvidos dentro do próprio pensamento jurídico, nos princípios do séc. XX, os quais reivindicaram uma perspetiva sociocultural e socio-histórico do direito, assim como uma maior flexibilidade nos mecanismos de funcionamento interno dos sistemas jurídicos. Do movimento do direito livre de Ehrlich e seguidores – que defendeu uma conceção pluralista do direito e das suas fontes de produção, assim como uma conceção sociológica da ciência do direito –, passando pelo pluralismo jurídico e de direito social de Gurvitch, e, ainda, pelos paradigmas Weberianos, até chegarmos, às denominadas correntes realistas – que pretendiam elaborar uma teoria sociológica do direito redefinindo todas as categorias dogmáticas – produziu-se uma corrente crítica frente às construções científicas do direito dos juristas, que se consolidou como uma perspetiva sociológica do direito.

É consensual que o movimento do “direito livre” foi uma corrente crítica do direito, de carácter sociológico, que se desenvolveu na Alemanha e Áustria no início do século XX, e que provocou um debate profundo sobre a epistemologia, bem como as formas de criação, aplicação e interpretação do direito. Assim, este movimento

²¹ Durkheim escreveu, em síntese, no seu livro “Divisão do trabalho social e direito”, que não temos simplesmente que procurar se, neste tipo de sociedade, existe uma solidariedade social que provém da divisão do trabalho. (...) Mas é preciso sobretudo determinar em que medida a solidariedade que ela produz contribui para a integração geral da sociedade: é somente então que saberemos até que ponto ela é necessária, se é um fator essencial da coesão social ou, pelo contrário, se não é senão uma condição acessória e secundária. (...) Mas a solidariedade social não se presta à observação exata nem sobretudo à medida. Para proceder, quer a esta classificação, quer a esta comparação, é preciso substituir o facto interior, que nos escapa, pelo facto exterior, que o simboliza, e estudar o primeiro através do segundo. (...) Este símbolo visível é o direito. (...) Já que o direito reproduz as formas principais da solidariedade social, não temos mais do que classificar as diferentes espécies de direito para procurar em seguida quais são as diferentes espécies de solidariedade social que lhes correspondem. (...)

Para este trabalho, não nos podemos servir das distinções comuns dos jurisconsultos. A ciência não pode contentar-se com estas classificações empíricas e aproximadas. (...) Para proceder metodicamente é preciso encontrar alguma característica que sendo essencial aos fenómenos jurídicos seja suscetível de variar quando eles variam. (...) É conveniente assim classificar as normas jurídicas segundo as diferentes sanções que lhes estão adstritas. Trata-se de duas espécies: as repressivas e as de reposição das coisas. O laço de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele cuja rotura constitui o crime; designamos por este nome todo o ato que, num qualquer grau, determina contra o seu autor essa reação característica a que se chama a pena. (...) A própria natureza da sanção restitutiva basta para mostrar que a solidariedade social, à qual corresponde este direito, é de uma espécie completamente diferente. O que distingue esta sanção é que ela não é expiatória, mas reduz-se a uma simples reposição das coisas (Durkheim, 2002: 101-107).

“contestou” o formalismo, o legalismo, o logicismo e o idealismo, que eram as características dominantes da ciência jurídica nos começos do século XX, plasmadas fundamentalmente na jurisprudência dos interesses²² (Arnaud e Dulce, 1996: 76-77). Ehrlich (1862-1922) escreve que o direito é uma “realidade sociológica que o jurista deve procurar” e define a existência de um “direito social”, “vivo”, “extra-estadual” que vive à margem do direito do Estado²³. Este autor tinha um objetivo: fazer o direito funcionar melhor assegurando o seu significado para aquele que regula, dar aos juízes o conhecimento e a liberdade de tomar decisões sábias e auxiliar o estado na adoção de uma legislação eficaz. Tendo em conta toda a sua preocupação com as formas como o direito é constituído e validado nas experiências da vida em diferentes tipos de associações sociais, o enfoque de Ehrlich, enquanto jurista, é, em última instância, o estado e a sua produção de direito (Cotterrell, 2001: xvii).

Os seus objetivos levaram-no a colocar perguntas difíceis sobre o significado do direito estatal na experiência das populações reguladas por este, especialmente nas províncias do império Austro-húngaro onde Ehrlich ensinava (Bukowina)²⁴. Ehrlich estabeleceu na sociologia do direito, conforme citação efetuada no início deste capítulo, a ideia de que o centro gravitacional do direito não é a legislação ou as decisões judiciais, mas a sociedade em si mesma (Ehrlich, 1936: xv). O que isto significa, em primeiro lugar, é que a autoridade do direito não assenta apenas na sua garantia pelo Estado e no critério dos juristas da validade jurídica, o direito precisa de ter autoridade enraizada na experiência do dia-a-dia e na perspectiva daqueles que pretende regular, ou seja, a experiência das pessoas que interagem em muitos tipos diferentes de associações sociais. O seu “direito vivo” ou “vivido” é identificado em

²² No entanto, a jurisprudência dos interesses trouxe, como importância, para o nosso debate, também as ideias de fim, interesse e conflito, como elementos básicos da construção científica do direito. Ihering (1818-1892), seguido por Heck e pelos autores da Escola de Tübingen, com os seus princípios de uma “ciência prática do direito”, iniciou a sociologização do pensamento jurídico defendendo que a decisão judicial não é uma tarefa lógica, mas uma tarefa que tem de obedecer à “variação dos interesses e fins sociais”. A ideia de “ponderação de interesses” e a ideia de “fim social” das normas jurídicas destacam a sua dimensão funcional e utilitarista afastando o idealismo e a metafísica (Arnaud e Dulce, 1996: 78 e 79).

²³ Kantorowicz (1877-1940), seguindo Ehrlich, pretende demonstrar que todos os postulados da ciência jurídica tradicional devem ser afastados pelas “aspirações de uma nova ciência jurídica” de carácter sociológico e empírico. Fuchs considera igualmente que a sociologia do direito era a “autêntica” ciência jurídica, tratando-se de uma ciência “empírica”, “experimental”, “de observação”, ou seja, uma ciência quase natural. Bülow avançou, ainda, com um dos paradigmas mais polémicos do movimento do direito livre, ou seja, a “função criadora do direito por parte dos tribunais (Arnaud e Dulce, 1996: 76-78).

²⁴ Teubner (1997), no seu “Global Bukowina”, empregou a perspectiva de Ehrlich ao mundo em mudança, no qual vivemos, ao demonstrar a relevância das suas ideias para a compreensão da distribuição global do direito não estatal. Teubner faz um uso explicitamente livre dos textos de Ehrlich para demonstrar que as suas ideias são mais relevantes agora do que no passado. No entanto, Nelken (2009: xviii) considera que tal “extrapolação não é aceitável”. “Se o nosso objetivo é a progressão da disciplina, ler Ehrlich à luz de Luhmann, tal como o faz Teubner, (...) produzirá um compromisso instável entre os objetivos da contextualização e da descontextualização ou entre interpretar Ehrlich corretamente e considerar que Ehrlich está certo”.

categorias (família, propriedade, comércio e contrato, entre outros) que espelham, em grande parte, as classificações do direito estatal. Por exemplo, ele não vê distinções radicais entre diferentes tipos de ligações interpessoais: laços de partilha da língua, história ou local; laços emocionais de amizade ou parentesco; cooperação em negócios ou com outros propósitos instrumentais; ou relações assentes na partilha de crenças ou valores.

Assim, a sociologia do direito de Ehrlich centra-se no estudo do “social” – os diversos ambientes sociais em relação aos quais o direito deve estabelecer o seu significado. Este foco permite reconhecer a diversidade sociológica de tipos de direito relacionados com estes ambientes (Cotterrell, 2001: xvii). Este entendimento é fundador da ideia do pluralismo jurídico.

O contributo dos autores do movimento do direito livre para a criação da sociologia do direito pode ser analisado em três grandes vetores. Em primeiro lugar, a substituição da conceção tradicional das fontes formais da produção do direito por uma conceção sociológica das mesmas, a qual implica também a adoção do paradigma do pluralismo jurídico. Para além do direito estatal existe o “direito vivo”, que regula a vida dos grupos sociais de forma espontânea²⁵. Em segundo lugar, a substituição de dogmática jurídica pela sociologia do direito, como ciência que estuda os “factos do direito” – e não palavras – e o “direito vivo” ou “vivido”²⁶. Como escreve Kantorowicz, “a dogmática sem a sociologia está vazia. A sociologia sem dogmática está cega” (Kantorowicz *apud* Arnaud e Dulce, 1996: 83). Em terceiro lugar, defendem o paradigma de que as lacunas jurídicas estão sempre presentes em todo o sistema

²⁵ Ehrlich distingue entre os “factos do direito” que se geram espontaneamente nos grupos sociais: o uso (as normas dos grupos sociais como a família e as comunidades); o poder (relações económicas que definem hierarquias); a posse (as normas económicas em relação às coisas); e a declaração de vontade (contrato e testamento) (Arnaud e Dulce, 1986:80).

²⁶ Nesse sentido, Ehrlich escrevia que “querer encerrar todo o direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa. Leve-se em consideração, além disso, que cada um destes códigos estará superado necessariamente pelo direito vivo (...)”. (...) a ciência e a teoria do direito cumprem a sua tarefa muito mal, se elas simplesmente apresentam o que a lei prescreve e nada do que realmente acontece. (...) O direito vivo não está nas proposições jurídicas do direito positivo, mas é o que porém, domina a vida. Até mesmo as decisões judiciais não dão uma perfeita imagem da vida do direito. Só um diminuto trecho da realidade aparece diante das autoridades. (...) Não há outros meios a não ser abrir os olhos, informar-se através de uma observação atenta da vida, entrevistar as pessoas e anotar as suas respostas. A sociologia do direito deve começar pela pesquisa do direito vivo. (...) O pesquisador do direito tem de ocupar-se primeiramente com praxes concretas (...), somente as praxes concretas, relações de dominação, relações de direito, contratos, estatutos, disposições de última vontade, oferecem as regras da conduta segundo as quais os homens se guiam. (...) O direito vivo tem o seu próprio valor de conhecimento, o qual consiste em que o direito vivo constitui a base da ordem jurídica da sociedade humana.

Para conhecer o estado real do direito temos de investigar o que a sociedade humana produz, bem como o direito estatal e a influência real do Estado sobre o direito social. Todo o nosso saber é incompleto e a ciência do direito não é exceção; quanto mais científica se tornar, mais perfeita será. A pesquisa pode trazer bons resultados, desde que não se esqueçam as fontes de erro. O método é tão infinito quanto a própria ciência (Ehrlich, 2002: 110-115).

jurídico – recusando o dogma lógico da plenitude jurídica do sistema jurídico -, pelo que a função judicial, como se referiu, tem uma função criadora do direito. No entanto, os autores deste movimento nunca elaboraram um novo método de criação do direito, sendo certo que esta função criadora do direito exige a definição dos seus limites, designadamente a garantia de “segurança jurídica” na aplicação desse direito.

Gurvitch (1894-1965) apresenta-nos uma reformulação do pluralismo jurídico, criticando os autores que diluem o direito num “sociologismo” (Ehrlich) e os autores que fizeram concessões ao positivismo jurídico normativista (Weber), dado que para ele a sociologia do direito deve ser uma ciência autónoma da ciência jurídico-normativa. Assim, Gurvitch (2001: 11-23) parte da ideia de uma pluralidade de fontes de criação do direito, sendo o Estado mais um dos grupos sociais que criam direito, com a particularidade de aspirar ao monopólio dessa função. Consequentemente, por um lado, recusa a redução do direito ao direito estatal, chamando a atenção para os contrastes entre sociedade e estado. Por outro lado, faz a defesa incondicional do princípio do pluralismo jurídico e da existência de um direito não estadual ou direito social constituído pelos sistemas jurídicos existentes – “factos normativos” gerados espontaneamente – nas associações, “grupos intermédios” ou “comunidade social” da sociedade²⁷.

Max Weber (1864-1920) foi contemporâneo de Ehrlich e antecedeu uma geração a Gurvitch, e teorizou uma “sociologia compreensiva”, com recurso a um método sociológico de natureza qualitativa e histórica em contraponto com o método positivista de Durkheim. A sociologia, escreve Weber, “ é uma ciência que pretende entender, interpretando-a, a ação social, para dessa maneira a explicar causalmente no seu desenvolvimento e efeitos” (*apud* Arnaud e Dulce, 1996: 90), pelo que não se ocupa simplesmente de “factos sociais”, mas de “ações sociais”²⁸.

²⁷ Gurvitch deixou-nos uma análise histórico-crítica em que dialoga e critica as concepções teóricas relevantes conhecidas à época – Durkheim, Weber, Ehrlich e os estudos realistas americanos, designadamente Roscoe Pound – para a partir daí desenvolver a sua teoria da sociologia do direito. Assim, “sociologia do direito” é aquela parte da sociologia do espírito humano que estuda a realidade plena do direito, começando pelas suas expressões tangíveis e extremamente observadas das condutas coletivas efetivas (organizações, práticas e tradições consuetudinárias ou condutas inovadoras) e na sua base material (a estrutura espacial e a densidade demográfica das constituições jurídicas) (Gurvitch *apud* Cotterrell, 2001: 11-23; e Gurvitch *apud* Arnaud e Dulce, 1996: 87).

²⁸ Nas suas próprias palavras Weber (2002) distingue a ciência jurídica e a ciência socioeconómica. A tarefa da ciência jurídica (de um modo mais preciso, a jurídico-dogmática) consiste em investigar o reto sentido dos preceitos cujo conteúdo se apresenta como uma ordem determinante da conduta de um círculo de homens, demarcado de alguma maneira, isto é, em investigar as situações de facto subsumidas nesses preceitos e o modo de subsumi-las. Procede de tal sorte nessa tarefa que, partindo da sua indiscutível validade empírica, trata de determinar o sentido lógico dos preceitos singulares de todas as classes, para ordená-los num sistema lógico sem contradição. Este sistema constitui a ordem jurídica no sentido jurídico da palavra. A ciência económico-social considera aquelas ações humanas que estão condicionadas pela necessidade de orientar-se na realidade económica,

A relação entre a dogmática jurídica ou ciência jurídica tradicional e a sociologia do direito é para Weber um problema de uso de diferentes metodologias, do objeto e do fim proposto para cada disciplina. “A sociologia tem como objeto averiguar o que sucede de facto na realidade, isto é, pretende determinar qual é o comportamento dos membros de uma associação em relação com a ordem jurídica em vigor; a dogmática jurídica tem como finalidade estabelecer a coerência lógica das proposições jurídicas, ordenando-as num sistema lógico isento de contradições” (Arnaud e Dulce, 1996: 94).

Assim, Weber define direito como uma ordem ou ordenamento social, o que implica uma “série de regularidades fácticas de atuação social” (Arnaud e Dulce, 1996: 95) e que obedece ao seu paradigma de racionalidade, ou seja, a racionalidade jurídica comporta o recurso a normas gerais e abstratas no processo de decisão, o que garante um alto grau de racionalidade e previsibilidade²⁹. Consequentemente, o autor concebe o direito como “plural”, de um ponto de vista de tipo-ideal, quando os processos e critérios de decisão são estritamente jurídicos, e o direito será material quando os seus critérios de decisão sejam externos ao sistema jurídico, como, por exemplo, os critérios éticos, políticos, religiosos, etc.. Da combinação destes conceitos Weber extrai quatro “tipos ideais” de direito: o “irracional-formal” (a produção de normas não é controlada racionalmente – v.g. oráculos e crenças), o “irracional-material” (a decisão depende de apreciações valorativas concretas de natureza ética, sentimental, política e não de normas gerais), o direito “racional-formal” (só se atende a normas gerais e características gerais dos factos) e o direito “racional-material” (atende nos seus processos não a normas gerais abstratas racionais e lógicas, mas a normas utilitárias e de conveniência, postulados políticos). Estes quatro tipos de direito são utilizados por Weber como instrumentos de conhecimento e desenvolvimento da sua sociologia do direito³⁰.

nas suas conexões efetivas. Chamamos ordem económica à distribuição do poder de disposição efetivo sobre bens e serviços económicos que se produz consensualmente segundo o modo de equilíbrio dos interesses, e à maneira como esses serviços e bens se empregam segundo o sentido desse poder fáctico de disposição que descansa sobre o consenso (Weber, 2002: 117-123).

²⁹ Weber, no seu modo racional de entender a norma, considera que para além do direito, que referimos supra, os comportamentos sociais são regulados pelo uso e pela tradição.

³⁰ O direito é uma ordem com certas garantias específicas referentes à probabilidade da sua validade empírica. E entender-se-á por direito objetivo garantido o caso em que as garantias consistam na existência de um aparelho coativo, isto é, que se compõem de uma ou de muitas pessoas dispostas de modo permanente a impor a ordem por meio de medidas coativas, especialmente previstas para isso (coação jurídica). Falaremos de direito estatal, isto é, de direito garantido pelo Estado, quando e na medida em que a garantia, a coação jurídica, se estabelece mediante os meios coativos específicos, isto é, diretamente físicos no caso normal da comunidade política. (...) Recusamos como coisa evidente que se fale só de direito quando, graças à garantia da autoridade política, se disponha de coação jurídica. Não existe para nós nenhum motivo prático para isso. Falaremos de ordem jurídica, quando existir na perspectiva de aplicar qualquer meio coativo, físico ou psíquico, exercido por um aparelho

A concluir esta peregrinação pelos paradigmas de conhecimento da primeira metade do século XX, que contribuíram e foram decisivos para a criação da sociologia do direito, há que referenciar a “ciência social do direito”, na perspectiva realista, ou seja, com origem no “realismo escandinavo” (entre outros, Alf Ross) e no denominado realismo jurídico norte-americano (Llewellyn, Holmes, Cardozo e Pound). Nestas teorias realistas de enfoque diverso, na distinção de Ross, incidem, por um lado, no encontro da realidade do direito nos “factos psicológicos” (autores escandinavos) e, por outro lado, nas ações dos tribunais (autores americanos). O elemento comum a estas teorias é a teoria utilitarista de Bentham e encontra-se no facto de todas elas partirem de postulados empiristas, o que as conduz necessariamente a conceber o direito na sua realidade sociológica, recusando concepções metafísicas e lógico-formais do direito. Ao defenderem uma concepção “realista”, “sociológica”, “pragmática” e “funcionalista” faz-se uma clara diferenciação, na formulação de Holmes e de Pound, entre a *law in books* (as normas dos códigos) e a *law in action* (o direito em ação), seja o direito real aquele que, designadamente, os tribunais e outras instituições aplicam³¹.

Geiger (1891-1952)³², no seu diálogo com os realistas e na crítica a Hans Kelsen³³, considera o direito como um fenómeno social – um ordenamento social – que tem de analisar-se de um modo descritivo-sociológico, o que implica separar qualquer interferência devida a representações metafísicas, assim como um distanciamento do fetichismo normativo da doutrina jurídica, que sempre tende a atribuir ao “direito positivo” uma espécie de validade objetiva. Em suma, Geiger, como os realistas, não pretendia construir uma sociologia do direito como sua ciência auxiliar, complementar ou paralela à dogmática jurídica, mas o seu objetivo era a reconstrução da ciência jurídica com fundamento nos pressupostos descritivos, fácticos ou pragmáticos (Arnaud e Dulce, 1996: 104 e 105).

coativo, isto é, por uma ou várias pessoas que estejam dispostas a manejá-lo, caso se apresente a situação; quando, portanto, existe uma forma específica de socialização para fins da coação jurídica (Weber, 2002: 117-123).

³¹ Como dizia Cardozo, toda a decisão judicial tem “forças subconscientes”, tais como simpatias, emoções, hábitos, convicções, pré-juízos (Cardozo *apud* Arnaud e Dulce, 1996: 102).

³² Um alemão emigrado, primeiro na Dinamarca e depois na Suécia, que tem sido esquecido. Há quem o considere como um verdadeiro sociólogo do direito (Treves, 1999:122), o que levou o autor a declarar que para ele é irrelevante que a sua obra seja considerada um contributo para a teoria geral do direito ou para sociologia teórica do direito (Arnaud e Dulce, 1996: 103).

³³ Para Kelsen a sociologia do direito estuda não a lei, mas observa os comportamentos de criação e de violação da lei. Para ele enquanto o jurista estuda a lei, o sociólogo estuda as atitudes, as crenças e as ideologias que estão no contexto do uso do direito, bem como das atividades das instituições e cidadãos em relação com a lei (Cotterrell, 2007: 1417).

1.2 Os debates em torno da construção do campo teórico-metodológico de uma sociologia do direito desenvolvida e em consolidação: dos anos sessenta aos anos noventa

1.2.1 Os antagonismos que vêm dos anos sessenta: as dicotomias e o *gap problem*

Ao chegarmos aos anos sessenta do século XX, os debates na sociologia do direito centram-se nos antagonismos, o metodológico, comum às ciências sociais, e, ainda, como referimos no início deste capítulo, entre teoria e empirismo, sociologia jurídica dos juristas e sociologia jurídica dos sociólogos e a perspectiva interna e a perspectiva externa do direito.

O debate metodológico na sociologia, como na sociologia do direito, e até finais dos anos setenta era entre a dominante metodologia quantitativa ou positivista e a metodologia qualitativa ou compreensiva, na qual o mais importante não é a descrição quantitativa e objetivista da realidade, mas sim “a descrição-compreensiva” das ações humanas e sociais. A realidade social está em contínuo “diálogo”, “interação” e “comunicação” com as ciências sociais. Com esta perspectiva está aberta a possibilidade de um “pluralismo metodológico” em que se recorra aos métodos quantitativos – análise macrossociológica – e a metodologias qualitativas – análise microssociológica – que permita estudos de problemas concretos de processos de comunicação e interação da ação social, permitindo até dar um sentido interpretativo aos dados quantitativos. Assim, a partir da década de sessenta buscam-se modelos metodológicos alternativos (fenomenologia, interacionismo simbólico, pós-estruturalismo, pós-modernismo, construtivismo, etnometodologia, teorias sistémicas) que pretendem superar o referido antagonismo metodológico (Arnaud e Dulce, 1996: 107-118).

O segundo antagonismo ou dicotomia supra-identificado no desenvolvimento do campo em análise é entre teoria e empirismo. Na década de sessenta temos na Europa uma sociologia do direito teórica centrada, principalmente, na análise dos fins e das funções do direito e da estruturação dos sistemas sociais (Durkheim e Weber, a que já me referi, e Luhmann). Ao contrário, nos EUA deu-se um desenvolvimento unilateral da perspectiva empírica da disciplina dominada pelo “behaviourismo”³⁴ e por

³⁴ Entre outros autores merece especial atenção Donald Black (1972 e 1976), entendendo que dum ponto de vista sociológico o direito consistia “em observar atos, e não normas”, pelo que o “direito como facto social – controle social do governo – é o comportamento quantificável das agências governamentais e dos cidadãos em invocar e aplicar estratégias regulatórias ou sancionatórias em vários contextos” (...). O objeto da sociologia do direito é observar a variação do comportamento da lei como controle social e formular hipóteses testáveis acerca

métodos e técnicas quantitativas, que se ocupava principalmente da sociologia das profissões jurídicas e de estudos sobre o conhecimento do direito. Assim, até aos anos oitenta, a sociologia do direito na Europa caracterizava-se pela incomunicação entre a teoria, “com o predomínio do aspeto teórico”, e o empirismo, entre sociologia teórica do direito – basicamente funcionalista – e as escassas investigações empíricas baseadas em métodos quantitativos importados dos EUA (Arnaud e Dulce, 1996: 118 e 119).

Esta falta de comunicação entre a teoria e a perspetiva empírica, entre uma perspetiva interna e uma perspetiva externa, deu lugar a que se desenvolvessem simultaneamente duas sociologias do direito, uma de origem americana, ou antes anglo-saxónica, e uma de origem europeia continental, o que favoreceu o desenvolvimento de uma espécie de “sociologia do direito dos sociólogos” ou uma “sociologia das instituições jurídicas” ou de “eficácia do direito” (Febbrajo, 1984), mais ocupada em estudar eficácia das normas e das instituições jurídicas, os comportamentos dos seus destinatários, das organizações sociais – os “factos do direito” – do que em apontar os problemas estruturais e de funcionamento internos dos próprios sistemas jurídicos em conexão com os seus contextos culturais, públicos e económicos. Assim, a sociologia do direito assumia uma perspetiva externa, aplicava metodologia das ciências sociais e ocupava-se dos “factos do direito”, dos problemas dos comportamentos e da eficácia, enquanto a ciência jurídica (seja a teoria geral do direito ou a dogmática) assume uma perspetiva interna e ocupava-se, com recurso à metodologia jurídica, ou dogmático-formal, do aspeto estrutural das normas jurídicas. Se a ciência jurídica ocupava-se da validade formal do direito, a sociologia do direito ocupava-se da validade empírica ou da eficácia social do direito³⁵.

Em função destes antagonismos, ao longo deste período, de criação e desenvolvimento da sociologia do direito, foram-se construindo duas propostas opostas – uma solução integradora e uma solução dualista ou separatista –, bem como, posteriormente, a sua superação.

A solução integradora é uma espécie de renovada jurisprudência sociológica (Ross, Geiger e os realistas americanos) cujo interesse teórico mais destacado e a tentativa de libertar o pensamento jurídico de todo o tipo de formalismo, assim como

do comportamento dos padrões observados, com recurso às metodologias do “modelo científico natural tradicional”.

³⁵ Uma sociologia do direito, assim entendida, incorria num reducionismo fáctico, esquecendo os “factos do direito”, que são construídos mediante um processo de interação entre objeto de conhecimento e sujeito cognoscente. Contudo, é de salientar que esta denominada facticidade do direito não pode ser ignorada e entendida exclusivamente em termos de ação social e de organização social (Arnaud e Dulce, 1996:122).

da ideologia 'legalista'. Esta solução integradora parece implicar uma dissolução da ciência jurídica na sociologia do direito, ao estilo do proposto por Ehrlich no seu momento, entendendo que a única e verdadeira ciência do direito seria a sociologia do direito e desvalorizando cientificamente a ciência jurídica. A solução separatista de uma sociologia do direito externa que estudava o direito de fora com métodos e técnicas do conhecimento importados das ciências jurídicas. O objetivo é separar a sociologia do direito e vinculá-la à sociologia geral, como um ramo desta ou uma sociologia particular³⁶ (Arnaud e Dulce, 1996: 122-124).

Nos anos sessenta e setenta do século XX, como reflexo das dicotomias referidas, o *gap problem* era "o tema central dos estudos sobre o direito" (Abel, 1973: 189). Por um lado, estudava-se as diferenças entre a *law in books* e a *law in action*, ou seja, o texto das normas legais e as práticas, os comportamentos das instituições e dos profissionais (na administração pública nos tribunais) que deviam aplicar a lei, sendo certo que a interpretação e a aplicação do direito por essas instituições e profissionais tinham disparidades entre a lei e as práticas das instituições e, dentro destas, a possibilidade de existência de práticas diferenciadas entre os diversos atores individuais. Por outro lado, dava-se, também, especial atenção às discrepâncias entre as normas legais (*law*) e as normas de conduta reconhecidas na sociedade como legítimas (*society*). Tamanaha (2007: 628) enuncia, ainda, outros *gaps* relevantes para o estudo da sociologia do direito como seja, numa sociedade plural e até heterogênea, a discrepância entre o texto da lei e os valores e as práticas sociais e culturais de cada um dos grupos sociais, culturais e religiosos que aí coexistem. E, ainda, a discrepância que se pode verificar quando a lei é usada como instrumento de mudança social. E, por último, refere-se à disjunção inevitável quando o direito é transplantado de uma sociedade para outra, como nos processos coloniais (e neo e pós-coloniais), seja por imposição ou por importação.

Uma perspectiva empirista destes estudos e aliada às políticas públicas de reforma da justiça foi fortemente criticada, nos anos setenta e oitenta, por falta de enquadramento teórico e por analisarem os referidos *gaps* unicamente como um problema de efetividade da lei, que devia ser superado. No entanto, os próprios críticos, como Abel (1978), reconhecem que os estudos sobre o *gap* entre *law in books*

³⁶ Segundo alguns autores a sociologia do direito, assim concebida, seria sempre marginalizada pela dogmática jurídica, designadamente com os argumentos da "trivialidade dos objetos de análise" (profissões, etc.) ou a "insignificância dos resultados".

e *law in action* são relevantes como quadro analítico de investigação, designadamente do falhanço das reformas jurídicas dessa época. Nelken (1981) vem, assim, a defender uma reformulação do denominado *gap problem*, que deve ser considerado um ponto de partida e um elemento de uma abordagem teórica crítica da sociologia do direito.

A finalidade desta reflexão, após o período de desenvolvimento e consolidação da sociologia do direito, deve ser superar, como analisarei mais à frente neste capítulo, estas polémicas com um projeto científico “pluridisciplinar e interdisciplinar” e crítico (de juristas, sociólogos, antropólogos, economistas, historiados e investigadores de todas as ciências sociais), que conduz a um necessário entendimento e uma desejável superação da cultura jurídica formalista, legalista e estatal, que foi o fruto de uma racionalidade própria da modernidade (Santos, 2009; Arnaud e Dulce, 1996; Cotterrell, 1991; Sousa Júnior, 2002; Arnaud, 2002).

1.2.2 Dos anos sessenta aos anos noventa: a fratura e a crise³⁷

Quem analisa a sociologia do direito no quadro de uma sociologia da sociologia do direito, como referi, não pode ficar indiferente ao crescente protagonismo que o direito e a justiça assumem nas sociedades contemporâneas, o que remete para a análise das “condições sociais” que afetam o desenvolvimento da área de estudos sociais dedicada à investigação sociológica do direito. Em finais da década de 1950 e inícios da década de 1960, as lutas, os movimentos sociais e a “crise da administração da justiça” orientaram o interesse sociológico para as dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito (Santos, 1994: 144-145). Já na década de 1970, a crise dos Estados-Providência, a crescente inefetividade dos direitos entretanto generalizados e o acentuar da crise da justiça levaram a análises sobre os temas, tais como: a administração da justiça, a organização dos tribunais, a formação e o recrutamento dos magistrados, as motivações das sentenças, as ideologias políticas e profissionais dos vários sectores da administração e da justiça, o acesso e o custo da justiça, os bloqueios do sistema judicial e o ritmo, andamento e morosidade dos processos (Santos, 1994: 145).

A resposta da teoria e da investigação, em sociologia do direito, a estas condições sociais, neste período (como em todos), também depende das condições locais e foi dada de modo bastante diferenciado, como também já escrevi

³⁷ Os conceitos de fratura e crise são formulados por Arnaud e Dulce (1996).

anteriormente, nos países anglo-saxónicos, em geral, e nos EUA³⁸, em especial, em que a disciplina se desenvolve de modo acelerado, e na Europa Continental³⁹, em que a disciplina não se desenvolve ou desenvolve lentamente.

1.2.2.1 O desenvolvimento e a consolidação da sociologia do direito a partir dos EUA: o movimento *law and society* e os *critical legal studies* até ao início dos anos noventa

A partir dos EUA, Selznick (1969)⁴⁰ escreve que a sociologia do direito⁴¹ nos anos sessenta tinha a sua origem e influência em quatro grandes enfoques teóricos, da qual resulta para os juristas e para os sociólogos uma estreita inter-relação existente entre direito e sociedade, que permitiu a formação e consolidação de uma nova disciplina sociológica. O historicismo com a necessidade de relacionar ideias e instituições legais com as suas raízes históricas, na qual se tende a ver a evolução legal como resultados (ou não) da evolução das forças sociais, para o qual invoca o pensamento da *La division du travail social* de Durkheim e *Common law* de Oliver W. Holmes; o instrumentalismo (associado aos nomes de Bentham, Ihering, no século XIX, e Pound, no século XX) ao conceber o direito como instrumento para prosseguir determinados propósitos sociais. O anti-formalismo, associado ao nome de Ehrlich, que contribuiu com críticas a uma ideia de direito exclusivamente formal ou pura. E o pluralismo jurídico, com a sua afirmação de que o direito emana da sociedade e não apenas dos órgãos estatais, o que favorece e fomenta uma visão sociológica do direito.

Também a partir do olhar e da teoria e da investigação feita ou conhecida nos EUA, Evan (1962 *apud* Toharia, 1974: 29) distingue os seguintes enfoques e tendências de ação e desenvolvimento da sociologia do direito no início dos anos sessenta: a

³⁸ Apesar de existir uma diferença de tradição de cultura jurídica entre as sociedades europeia continental e as de tradição anglo-saxónica (seguida mais de perto pelos escandinavos), a cultura jurídica não é o único fundamento para este desenvolvimento diferenciado da sociologia do direito. O auge da sociologia do direito nos Estados Unidos da América está relacionado com a chamada tradição crítica do direito iniciada pelo realismo jurídico durante a década de 1920. As condições sociais e institucionais da criação da disciplina também têm a sua relevância. Nos EUA e na Commonwealth britânica a disciplina desenvolve-se, respetivamente, em torno da *Law and Society Association* (LSA) – criada em 1964 – e da sua revista *Law and Society Review*, cujo primeiro número saiu em 1966, e da *Socio-Legal Studies Association* (SLSA), que iniciou a sua atividade em 1990 (Arnaud, 1999; Clark, 2007).

³⁹Na Europa Continental, no entanto, apesar de uma notável tradição sociojurídica, como analisámos anteriormente, os estudos de sociologia do direito mantêm uma posição relativamente marginal, tanto de origem jurídica como sociológica (Dezalay, Sarat e Silbey, 1989). A partir do trabalho de R. Treves a sociologia do direito desenvolve-se nas universidades Italianas e entra em Espanha (com Elias Diaz). Em França, apesar do trabalho de J. Carbonnier, a disciplina não se desenvolve. Já na Alemanha, Bélgica e Países Baixos a influência dos EUA separa os teóricos dos práticos, sendo que Luhmann afirma não estar interessado no empírico (Arnaud, 1999; Clark, 2007).

⁴⁰ Cf. Selznick (1969) aqui citado *apud* Toharia (1974).

⁴¹ Selznick (1969) define o objeto principal da sociologia do direito como sendo os fundamentos de ordem legal, a mudança legal, a construção do direito e a resolução das necessidades e aspirações sociais. Selznick, em resposta ao behaviorismo de Black (1972) – cf. supra nota 29 -, para atingir o seu objetivo criou em Berkeley um programa de ensino com um campo multidisciplinar denominado “jurisprudence and social policy” (Cotterrell, 2007: 1418).

análise dos papéis sociais dos profissionais que desempenham funções no sistema jurídico, ou seja, uma sociologia das profissões jurídicas (ex.: Jerome E. Carlin (1962)); a análise organizacional das estruturas dos tribunais ou dos órgãos legislativos ou administrativos e a sua relação com a criação e a aplicação das leis (ex.: Alfred W. Blumrosen (1962)); a análise normativa das normas legais, em relação com os valores e os interesses nelas implícitos, que de modo direto e indireto, manifesto ou latente, protegem ou sancionam. (ex.: K. Renner (1949)); a análise institucional que configura o direito como uma instituição da sociedade encarregada de regular e de resolver os conflitos manifestos e latentes registados no seio da mesma (ex.: Talcott Parsons (1962)); e a análise metodológica (*Chicago Jury Project*) que pretende uma melhor compreensão da dinâmica dos julgamentos e de variáveis que podiam condicionar as decisões dos jurados (ex.: Hans Zeisel, Harry Kalven Jr. e Bernard Buchholz (1959)).

Estas tendências da sociologia do direito vão desenvolver-se nos movimentos *Direito, Ciência e Políticas Públicas* – mantinham o propósito de apoio à formulação de políticas públicas, com alguma índole crítica; *Process Jurisprudence* – estudava-se a atividade judicial e os condicionamentos sociais nos postulados jurídicos; e o *Law and Development*, que teve o seu auge no princípio da década de 1960, em que os investigadores sociojurídicos escolheram, como seu objeto, os países latino-americanos de modo a estudar as reformas legais, em especial no direito agrário, consideradas cruciais para o desenvolvimento dessas sociedades⁴² (Villegas, 2001: 5 e 6).

O Movimento Direito e Sociedade (*Law and Society*)⁴³

Parafrazeando Villegas (2001: 6), os estudos *Law and Society* assentam em três postulados essenciais: em primeiro lugar, como referi quando analisei o *gap problem*, um forte ênfase no estudo do direito tal como este opera na realidade social (*law in action*) em contraste com as abordagens dogmáticas (*law in books*); em segundo lugar, uma confiança, na investigação empírica baseada nas ciências sociais como instrumento

⁴²Contudo, a ineficácia das reformas legais daquela época ofuscou e desprestigiou esta fileira de estudos. Não obstante, quase três décadas depois renasceria a ideia de *Law and Development*, a de que o direito é um elemento essencial ao desenvolvimento e que, por conseguinte, as reformas legais – em especial dirigidas ao poder judicial – são uma condição incontornável do progresso dos povos (Villegas, 2001: 5 e 6). Em sentido crítico Santos (2009: 454) considera que a reforma dos tribunais na semiperiferia, por ação de agências essencialmente dos EUA e da Europa, são um exemplo de globalização de alta intensidade.

⁴³Podem distinguir-se pelo menos duas etapas neste movimento *Law and Society*: a primeira teve início com a sua fundação (ver nota 34) e estende-se até ao final da década de 1980; a segunda teve origem nos finais dos anos oitenta e continua até aos dias de hoje.

do conhecimento objetivo da realidade social; e, em terceiro lugar, uma concepção política progressista e reformista visando a consolidação dos valores democráticos, liberais e de equidade social. A partir desses princípios a preocupação central do movimento direito e sociedade centrou-se no estudo crítico e empírico dos processos institucionais e desenvolveu-se primordialmente em dois âmbitos temáticos: a justiça e a profissão jurídica.

Entre os estudos relativos à administração da justiça é possível identificar quatro grandes subtemas. Por um lado, os estudos sobre o acesso à justiça, em que se fizeram inúmeras investigações com o objetivo de mostrar quem eram os beneficiários do serviço público de justiça, com um interesse especial pela exclusão dos mais pobres (Curran, 1977; Carlin, Howard e Messenger, 1996; Mayhew, 1968 *apud* Villegas, 2001: 6)⁴⁴. Por outro lado, a resolução de conflitos assumiu também relevância, seja no conhecido *The Civil Litigation Research Project*, paradigmático a este respeito (Abel, 1973), ou nos estudos da dimensão antropológica dos conflitos (Nader, 1969; Collier, 1973; Mather e Yngvessom, 1980-81 *apud* Villegas, 2001: 6). Em terceiro lugar, o tema da pirâmide da litigiosidade recebeu especial atenção, concluindo-se que o sistema judicial e mesmo as instâncias oficiais não judiciais resolvem uma parte mínima dos conflitos sociais e, portanto, era necessário estudar a maneira como os outros mecanismos não oficiais de resolução de conflitos operam na sociedade (Felstiner, Abel e Sarat, 1980-81). O quarto âmbito destes estudos incide sobre os tribunais e os juízes, numa perspetiva institucional, na qual sobressaem as investigações sobre os tribunais (Kagan, 1978; Kagan *et al.* 1977 *apud* Villegas, 2001: 5 e 6), a decisão judicial e a mudança social (Simon e Lynch, 1989; Galanter, 1974 *apud* Villegas, 2001: 5 e 6)⁴⁵.

Nos estudos sobre as profissões jurídicas predominaram os estudos sobre os advogados e a transformação dessa profissão. Hurst (1950 *apud* Villegas, 2001: 7) estudou a especialização da profissão jurídica em relação com os clientes e o mercado do litígio, enquanto outros autores estudaram a disponibilidade de advogados para defender as causas dos estratos mais baixos da população (Handler e Hollingsworth, 1975 *apud* Villegas, 2001: 7) e, em geral, a relação entre o comportamento dos

⁴⁴ Sobre acesso à justiça em Portugal cf. Santos, 1994 e Santos, Marques, Pedroso e Ferreira, 1996, e Pedroso *et al.* (2002) e Ferreira e Pedroso *et al.* (2007).

⁴⁵ O ora autor deste texto integrou as equipas lideradas por Boaventura de Sousa Santos que realizaram investigação sobre acesso ao direito e à justiça, resolução de conflitos (oficial e não oficial), pirâmide de litigiosidade e tribunais em Portugal (Santos, Marques, Pedroso e Ferreira, 1996) e em Moçambique (Santos e Trindade (org.), 2008).

advogados e as diferentes classes sociais (Abel, 1989; Heinz e O’Laumann, 1982; Sarat e Felstiner, 1986 *apud* Villegas, 2001: 7).

Este tipo de investigação, que pretendia, através da análise empírica das instituições e da formulação de novas políticas públicas, resolver o problema central da inefetividade e ineficácia do direito, foi duramente criticada. A proximidade da universidade aos decisores das políticas públicas conduziu a uma sobrestimação do impacto social do direito e do estado, o qual desmantelou a agenda relativamente progressista que existia no início do movimento *law and society* (Trubeck, 1990: 28)⁴⁶. O movimento *law and society* e os seus referidos pressupostos teóricos, metodológicos e epistemológicos foram, assim, sujeitos a diversas abordagens críticas, destacando-se, entre elas, o movimento *Critical Legal Studies*.

Os estudos críticos do direito (*Critical Legal Studies*)

Os *Critical Legal Studies* (CLS)⁴⁷, embora tendo a mesma origem – realismo jurídico americano – não se confundem com a sociologia do direito. Mas a sua crítica aos estudos *law and society* anteriormente referidos, de serem positivistas, empiristas e de orientação institucional e reformista, vem a tornar-se decisivos para a evolução e transformação da sociologia do direito nos EUA⁴⁸.

Abel e Arnaud-Duc (*apud* Villegas, 2001) consideram que os CLS, na sua fase inicial, dedicaram a maior parte da sua energia a uma crítica do liberalismo (R. Unger), que é ao mesmo tempo uma crítica do formalismo e do objetivismo, bem como à possibilidade de estabelecer um processo jurídico politicamente neutro. Esta crítica ao pensamento liberal demonstra as contradições internas e as inadaptações dos conceitos-chave, como a separação entre o direito e a política ou a distinção entre o público e o privado (D. Kennedy; F. Olsen).

De forma eclética, os CLS aproveitaram outras tradições teóricas (marxismo, estruturalismo, fenomenologia entre outras). Continuando a parafrasear Abel e

⁴⁶ Segundo Austin Sarat, por exemplo, estes estudos “mitificaram o direito porque supunham que os objetivos do direito podiam e deviam ser alcançados. Ao tentar tornar o direito mais eficaz, tornaram-no mais difícil de resistir” (Sarat, 1985:28).

⁴⁷ No dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito os *Critical Legal Studies* são definidos como um movimento intelectual americano contemporâneo que procura compreender e criticar os fenómenos jurídicos fazendo uso de forma eclética, entre outras perspetivas teóricas, dos pontos de vista do realismo jurídico, do marxismo, do feminismo e do estruturalismo (Arnaud, 1999: 190).

⁴⁸ Segundo Abel e Arnaud-Duc (*apud* Villegas, 2001), os CLS, ao criticarem a *law and society* (LS) posicionaram-se no extremo oposto das abstrações vazias e dos enunciados dos programas. Houve um esforço de um lado (LS) e de outro (CLS) desta barreira para se conseguir uma aproximação (D. Trubek; S. Macaulay; F. Munger e C. Seron *apud* Abel e Arnaud-Duc, 1999).

Arnaud-Duc (*apud* Villegas, 2001), os CLS foram fortemente influenciados pelo marxismo e pelo pensamento de Foucault. Sobre a influência marxista desenvolveram-se estudos de uma superestrutura relativamente autónoma: o direito como ideologia (C. Sumner), como legitimação (A. Hyde) e como força hegemónica (E. Genovese); interessaram-se ainda sobre os movimentos das classes operárias e pelo direito ao trabalho (K. Klare; K. Stone; S. Lynd). O trabalho de Foucault foi amplamente citado, tanto o seu método de descrição minuciosa da micropolítica da vida quotidiana (R. Gordon), quanto a sua perspicácia, no momento em que se insere nas estruturas disciplinares (R. Abel).

Este movimento tem, ainda, uma marca interdisciplinar forte, devido à inclusão não só da teoria sociológica, mas também, e de forma especial, da teoria social, da filosofia e da ciência política, e também por uma grande diversidade tanto temática como conceptual (Villegas, 2001: 9).

Para um dos seus mais importantes mentores, Duncan Kennedy (*apud* Villegas, 2001), os CLS constituíram-se, no seu início, no final da década de 1970, como uma intervenção política e ao mesmo tempo intelectual⁴⁹. Neste plano desenvolveu uma crítica específica em áreas jurídicas como a dos contratos⁵⁰, direito da discriminação racial, direito do trabalho, direito do Estado-Providência, direito criminal, direito da deslocalização, direito internacional e das metodologias legitimantes que os juristas utilizam para reforçar e desenvolver estes campos como o positivismo liberal, a teoria liberal dos direitos da pessoa, a análise económica do direito, o funcionalismo sociológico, a análise interpretativa em direito constitucional, etc.

Alguns dos conceitos e palavras-chave são *gaps*, *conflicts and ambiguities*, indeterminação, contradição, mediação, legitimação do *status quo* (mas não do “capitalismo”), estruturação jurídica da base material (e portanto impossibilidade de “determinação numa instância final”). A atitude é ambivalente no que concerne o direito. Por um lado, insiste-se na sua autonomia relativa e no seu valor como campo

⁴⁹ A intervenção política assumiu as seguintes formas: 1) formação de “fações de esquerda” em várias faculdades; 2) publicação de uma nova literatura jurídica em revistas académicas; 3) a organização de “colónias de férias” onde algumas dezenas de participantes, homens e mulheres, discutem sobre as suas pesquisas e leem juntos os “clássicos”; 4) a organização de grandes conferências onde várias centenas de pessoas assistem a um grande número de apresentações nas formas mais diversas; 5) a constituição de uma “rede” nacional de apoio a estas atividades (Kennedy, 1999: 193).

⁵⁰ Unger, por exemplo, mostrou como o direito de contratos só é coerente se se observar através da ótica da liberdade contratual e se excluírem os princípios opostos contemplados no mesmo direito (1981:561). Duncan Kennedy fez algo semelhante em relação ao direito privado, o qual, na sua opinião, se encontra determinado por uma tensão insolúvel entre a visão individualista e a visão altruísta dos seus conflitos, que são também conflitos sobre “a natureza da humanidade, da economia e da sociedade” (1986: 49; 1989). Cf. Villegas (2001: 11).

de luta cultural e política; por outro lado, empenha-se em demonstrar a sua incoerência, contradições internas e cumplicidades. Ao mesmo tempo que se defende a noção neomarxista segundo a qual discurso político é igual a ideologia⁵¹, contra o discurso reformador americano da época⁵².

A segunda fase começa aproximadamente em 1983, com o *rights debate*. Segundo a corrente dominante dos CLS, a estratégia dos direitos civis – *The Civil Rights Strategy* – e a utilização do conceito dos direitos da pessoa nas teorias liberais e progressistas relegitimaria as instituições do estado, pelo que seria incoerente e alienante (Gabel & Kennedy, 1984; Olsen, 1984 *apud* Villegas, 2001). Ao provocar o *rights debate*, as mulheres brancas e os membros das minorias étnicas submeteram a rede CLS a uma crítica rigorosa que visava o remanescente das hierarquias sexuais e raciais que afetavam a sua vida interna (Mankel-Medoz, Golfarb, H. Daltib).

Este debate evidenciou uma questão sempre presente nos estudos críticos e na sociologia do direito. Será o direito uma ferramenta eficaz para a emancipação social⁵³? Os críticos tendem a responder negativamente: a estratégia jurídica é uma ilusão (Balbus *apud* Villegas, 2001). Mas outros autores entendem que o direito serve para implementar valores progressistas de emancipação. Sustentam que o direito proporciona aos movimentos sociais uma capacidade real de manobra que deriva das necessidades que tem o aparelho estatal de fazer concessões com o objetivo de manter ou aumentar a sua legitimidade (Villmoare, 1985; Trubeck, 1977 *apud* Villegas, 2001)⁵⁴.

⁵¹ Uma ideologia é hegemónica, segundo Robert W. Gordon, quando o seu efeito prático consiste em fechar a imaginação a possíveis ordens alternativas e, acrescenta logo, “o direito, como a religião e as imagens da televisão, é um destes grupos de crenças (...) que servem para convencer as pessoas de que as diferentes relações hierárquicas nas quais vivem e trabalham são naturais e necessárias” (Gordon, 1998: 648/199). Neste ponto é importante o conceito de “reificação” (ou coisificação), o qual consiste em tomar as categorias conceptuais que nós mesmos acreditamos como se fossem coisas, como fenómenos naturais e independentes de nós mesmos. No processo de reificação jurídica, isto é, de conversão do contingente em permanente, os críticos encontram um mecanismo de dominação inevitável: por seu intermédio a cultura jurídica oficial bloqueia a possibilidade de imaginá-la – e de por uma prática - visões alternativas do mundo (Villegas, 2001: 11/12).

⁵² A “rede nacional” dos CLS passa a ser o local de um debate entre “racionalistas” e “irracionalistas”. Os racionalistas herdaram tradições “científicas” da esquerda, principalmente do marxismo, da sociologia de Weber e de Durkheim e da historiografia pragmatizante americana. Os irracionais praticam um novo método de análise doutrinária fortemente influenciado pelo estruturalismo, mas posicionando-se simultaneamente nas genealogias da vanguarda cultural, como os boémios, os *beatniks*, hippies e situacionistas, mas também nas dos marxismos de oposição, do anarco-sindicalismo, do existencialismo, do feminismo radical, etc. (Kennedy *apud* Villegas, 2001).

⁵³ Como analisarei infra, Santos (2009: 542-611) responde-nos que o direito pode ser emancipatório através de uma legalidade cosmopolita e de uma hibridação com a legalidade demoliberal, dando como exemplo a luta pelos direitos humanos.

⁵⁴ Os críticos em geral rejeitam o instrumentalismo, preferindo uma visão neomarxista, segundo a qual a dominação social não resulta de forma exclusiva da dominação económica, mas também da dominação cultural. O postulado segundo o qual o direito progressista é mais uma estratégia de manipulação da classe dominante para manter-se no poder, é um postulado instrumentalista – o direito é uma ferramenta efetiva para algo – e por isso é incompatível com o postulado geral da escola crítica segundo a qual o direito é indeterminado (Kelman, 1989;

Este movimento perdeu vitalidade a partir do início da década de 1990 e a perspectiva crítica segmentou-se numa série de estudos dispersos entre os quais sobressaem, segundo Villegas (2001), os agrupados nas seguintes denominações: “estudos feministas” (*Feminism and Law*: Menkel-Meadow, 1988; West, 1988; Williams, 1991; Fineman, 1988; Minow, 1987 *apud* Villegas, 2001)⁵⁵; “estudos raciais” (*Critical Race Theory*: Crenshaw, 1988) e “estudos latinos” (*Latino Critical Studies* ou simplesmente *LatCrit*: Montoyo, 1994; Iglesias, 1999; Valdés, 1999 *apud* Villegas, 2001). Nesta mudança os CLS concentram-se nos seguintes temas: as contradições internas do pensamento jurídico dogmático e a sua impossibilidade de as resolver racionalmente; a função política de legitimação que o pensamento leva a cabo nas sociedades capitalistas modernas; e a possível transformação progressista da sociedade segundo uma conceção política de esquerda (Villegas, 2001: 10).

No início da década de 1990, os CLS iniciam uma terceira fase caracterizada principalmente pelo surgimento de uma nova geração que se interessa pelos debates europeus sobre o pós-modernismo e o pós-estruturalismo; pela intersecção do CLS com o feminismo radical; e a emergência de um debate sobre a possibilidade de coexistência das atitudes hipercríticas do antigo CLS, de Derrida e de Foucault, com as aspirações programáticas dos ativistas multiculturais. Os CLS foram um fator importante na formação de uma corrente de uma nova crítica interna da razão jurídica, bem como tem uma influência relevante no debate teórico e consequente evolução da sociologia do direito. Como escreve Duncan Kennedy (*apud* Villegas, 2001), citando uma carta de um amigo, os CLS “não são um mapa, mas talvez uma bússola”.

1.2.2.2O desenvolvimento e a consolidação da sociologia do direito na Europa: “o direito em sociedade” e “a sociedade no direito”

Os problemas fundamentais da sociologia do direito a partir dos anos sessenta, segundo Treves (1999), a partir do seu olhar europeu, são, por um lado, o problema do *direito em sociedade*, em especial a função e o fim do direito na sociedade e, por outro lado, o problema da *sociedade no direito*, ou seja, das condutas sociais (conformes

Gordon, 1998 *apud* Villegas, 2001). Alguns aderem à posição defendida por Poulantzas no sentido de que a autonomia do estado – e do direito – só é relativa e que, por conseguinte, a ordem legal está determinada “em última instância” pela estrutura do modo de produção capitalista (Villegas, 2001: 13/14).

⁵⁵ Segundo Abel e Arnaud-Duc (*apud* Villegas, 2001), os CLS mantiveram uma relação difícil com a pesquisa feminista. A pesquisa jurídica feminista garantiu uma concentração nas zonas de interesse político direto para as mulheres, como o estupro, o aborto, o direito da família e a discriminação no trabalho. O CLS teve ainda de responder de maneira adequada à acusação segundo a qual o movimento encerrou o feminismo no interior de um gueto, utilizando, no entanto, as suas implicações em todas as análises jurídicas. (K. Mackinnon; N. Taub e E. Schneider; K. Polan).

ou não conformes com as normas) das quais pode resultar um direito livre, vivo, latente ou em formação. Assim, segundo Renato Treves, existem duas tarefas essenciais da sociologia do direito: a de investigar a função do direito (e, portanto, também dos direitos do homem em toda a gama de suas especificações) na mudança social, tarefa que pode ser sintetizada na fórmula «o direito na sociedade»; e a de analisar a maior ou menor aplicação as normas dos Estados particulares, ou do sistema internacional em seu conjunto, relativas aos direitos do homem, tarefa que se resume na fórmula «a sociedade no direito». Ambas as tarefas têm uma particular e atualíssima aplicação precisamente naquela esfera de todo o ordenamento jurídico que compreende o reconhecimento e a produção dos direitos do homem (Bobbio, 1992 *apud* Treves, 1999).

Treves, com efeito, fez sugestões que podem caber num esquema de dupla dimensão, empírica e teórica. A dimensão empírica compreende a investigação sobre as profissões jurídicas, a investigação sobre a produção concreta das normas, seus fatores de criação, aplicação e desuso, a investigação sobre a opinião e as atitudes da sociedade em face das normas e dos comportamentos e, ainda, se previne ou resolve a maioria dos conflitos (Sousa Júnior, 2002: 153-154). A proliferação das investigações empíricas pretende satisfazer as exigências dos juristas antiformalistas relativamente aos referidos problemas quando estudam o direito em sociedade e a sociedade no direito devido à necessária vinculação entre investigação e teoria (Treves, 1999: 6).

Entre os problemas teóricos gerais, Treves considera essenciais, para além da dimensão correspondente à efetividade do sistema jurídico e das relações entre direito e mudança social (direito como controlo social vs. Direito como instrumento de transformação social), a especial relevância da questão da função do direito em sociedade, reconhecendo a importância dos contributos das teorias funcionalistas, valora positivamente e compartilha as objeções da sociologia crítica por serem abstratas e de tendência conservadora. Partilha, ainda, a ideia de apelar à “imaginação sociológica” de Wright Mills, que ajuda o indivíduo a compreender a sua própria experiência e a valorar o seu destino em procura de liberdade e da razão. O estudo das funções do direito assume, assim, uma importância central no debate teórico e epistemológico, podendo-se definir numa perspetiva epistemológica objetiva, como contribuição de uma parte (órgão) sobre o todo (organismo, ou seja sociedade), ou numa perspetiva epistemológica subjetiva, em que função é a ação dos indivíduos que

participam nas relações sociais e interagem, para tanto, no marco comum pré-definido, o sistema social (Arnaud e Dulce, 1996: 126)⁵⁶.

Ao longo dos anos desenvolveu-se uma corrente do pensamento que reconhece ao direito, seja como funções manifestas ou latentes (Merton), a “função de integração social” (Parsons) ou a de “ponto de equilíbrio do sistema social” (Bobbio) ou a de “importante fator de coesão social” (Luhmann)⁵⁷. Assim, Arnaud e Dulce (1996: 126-139) sistematizam e sintetizam a literatura publicada sobre o tema⁵⁸ e atribuem ao direito as seguintes funções: de integração e de controlo social; de resolução de conflitos; de regulação e de orientação social; de legitimação do poder social; e, ainda, a função promocional⁵⁹.

O debate sobre a conformação substantiva e processual das funções do direito é amplo, salientando-se desde logo a controvérsia entre pensadores defensores dos paradigmas funcionalistas e os seus críticos. Segundo Parsons (1951, *apud* Arnaud e Dulce, 1996), a sociedade (o sistema social) é constituído por quatro subsistemas – o político, o jurídico, o económico e o cultural – que desempenham as funções de adaptação (recursos e meios para adaptar ao meio externo), instrumental (prosecução de objetivos), a de integração e controlo social (reduzir os conflitos sociais e “equilibrar” as relações sociais) e de socialização (transmissão de cultura e valores). Cada um dos subsistemas é formado por múltiplas instituições, em que todos estes elementos funcionam em conjunto para manter a coesão, a ordem e o equilíbrio do referido sistema social. As principais críticas ao funcionalismo apontam-lhe, por um lado, uma conceção ideal de sistema social e um determinismo e, até, um automatismo no funcionamento das instituições e dos comportamentos sociais que não contempla a diferença individual e “estrutural”, mas só o desvio ocasional. Por outro lado, a partir

⁵⁶ Neste sentido, Ferrari (1989: 53) define função como a tarefa ou o conjunto de tarefas, não incompatíveis entre si, que são atribuídas com carácter primário aos elementos que operam num sistema “por um sujeito que atua mediante eles no sistema”.

⁵⁷ No entanto, o direito também pode ter funções negativas, o que não se confunde com as disfunções. “A disfunção pertence à patologia da função e a função negativa à fisiologia... a disfunção refere-se ao funcionamento de uma determinada instituição e a função negativa à sua funcionalidade” (Bobbio *apud* Arnaud e Dulce, 1996: 128/129).

⁵⁸ Na sua obra já referida, Ferrari (1989) considera que o direito tem três funções básicas: a de orientação social, a de resolução de conflitos e a de legitimação. Já anteriormente Llewellyn escrevera que o direito tem as funções de resolução de conflitos, de regulação da conduta, de legitimação e organização do poder social e da configuração geral das condições de vida (Arnaud e Dulce, 1996: 129). Relativamente aos tribunais e aos juizes seus titulares, Santos defende que as suas três principais funções são instrumentais, políticas e simbólicas (Santos, Marques, Pedroso e Ferreira, 1996; Santos, 2009: 108).

⁵⁹ Não discutirei, nesta sede, se a função promocional do direito (incentivação de comportamentos) é igual à função distributiva (repartição de bens e de oportunidades do *Welfare State*) e se é mesmo uma função. Ou se não será uma verdadeira função, mas uma mera técnica de regulação e controlo de comportamentos sociais com recurso à “promoção” e distribuição”.

seja de Dahrendorf ou retornando a Marx, em que se considera que o conflito é um elemento essencial do desenvolvimento das sociedades, não se aceita uma visão ideológica da integração social.

A partir deste debate, Luhmann vem a desenvolver a teoria sistémica, na qual reformula a ideia de “sistema” jurídico no contexto de uma teoria dos sistemas mais ampla. A teoria autopoietica, adotada por Luhmann, não vê os sistemas sociais em termos de *inputs* e de *outputs* (ex. sistema económico, sistema jurídico, sistema administrativo), e também não os considera como estruturas institucionais ou padrões de atividade, mas sim como sistemas de comunicação ou discurso, que devem ser entendidos de modo completamente distinto das motivações individuais. Cada sistema pode ser radicalmente autónomo (ou seja, com auto-observação, auto-produção e autorreprodução) – autorreferencial – e o seu código comunicativo (basicamente, o seu critério de validação, significação ou relevância) torna-o completamente diferente do dos outros sistemas⁶⁰.

No entanto, Luhmann, pretendendo romper com o organicismo e o determinismo, define função como “um esquema regulatório de sentido que organiza um contexto comparativo de prestações equivalentes”, pelo que uma mesma função pode ser desempenhada de formas equivalentes por diferentes estruturas. Assim, através da teoria sistémica se determinará os equivalentes funcionais.

O sistema social é, assim, um sistema de interações, aberto cognitivamente, mas também um sistema de comunicações fechado normativamente e autorreferencial, mas também “aberto” ao ambiente que ameaça constantemente o sistema. Esta ameaça reflete-se nos conceitos de complexidade (um excesso de possibilidades face à capacidade de receção do sistema, o que implica seleção) e de contingência (imprevisibilidade das próprias possibilidades, que implicam assumir riscos). A complexidade e a contingência colocam aos sistemas sociais os problemas da “estabilidade” (dimensão temporal), da escassez (dimensão material) e do dissenso (dimensão social). Para reduzir a complexidade e a contingência é necessário estabelecer conexões de sentido entre ações sociais. Os sistemas são, em definitivo, os

⁶⁰ Por exemplo, a codificação do direito torna-se completamente distinta dos outros sistemas ao focar-se na oposição “legal/ilegal”. O foco do sistema num sistema económico pode ser na “eficiência”, já um sistema científico usa a “verdade” de acordo com os seus protocolos científicos como a sua codificação essencial. Os sistemas não conseguem controlar nem mesmo influenciar-se uns aos outros, visto que cada um constrói o seu próprio ambiente nos seus próprios termos. Um sistema não toma como seu ambiente o que outro sistema dá. Assim, o acoplamento estrutural (*Structural Coupling*) sugere ligações que mantêm os sistemas juntos sem influência direta (Cotterrel, 2001a: xv/xvi).

que dotam de sentido (objetivo) e de racionalidade as ações humanas, transformando-as em acontecimentos (Arnaud e Dulce, 1996: 144-147).

O Direito não é, portanto, um conjunto de instituições, papéis ou atividades, mas sim um discurso organizado, como qualquer outro sistema social autopoietico, nos termos do seu código binário único. Para o direito esta codificação é legal/ilegal, ou legalmente certo/errado. O direito portanto não tem uma unidade, centro ou base fundamental. É meramente um processo de decisão ou linguagem.

O sistema jurídico autorreproduz-se a partir dos seus próprios elementos e estruturas e com as suas próprias relações com o seu ambiente intrassocial. Mas o sistema jurídico também opera com o seu ambiente, pelo que a questão é saber se o ambiente influi no funcionamento interno do próprio sistema, assim como conhecer as consequências que derivam da relação com o seu ambiente na hora de determinar a própria reprodução do sistema.

Luhmann (*apud* Arnaud e Dulce, 1996) argumenta que esta teoria tem consequências para a análise das funções do direito, para a ideia de justiça e para as relações entre direito, moralidade e facto. “O sistema jurídico não consegue comunicar como uma unidade e a sociedade não tem endereço”, pelo que devemos pensar apenas em termos de relações entre sistemas. Assim, para esta teoria, a relação do Direito com a “sociedade”, no sentido tradicional de “direito e sociedade” e “direito na sociedade”, geralmente torna-se literalmente sem sentido (Cotterrell, 2001).

1.3 A sociologia do direito crítica: um campo interdisciplinar

Após este breve percurso – seletivo como todas as opções – pelos paradigmas fundadores e do desenvolvimento e da consolidação da sociologia do direito pela fratura e pela crise, há que dar conta do debate desde os anos noventa do século XX até à atualidade sobre a reestruturação da sociologia do direito, o que acontece no âmbito da reestruturação de todas as disciplinas do conhecimento. Em primeiro lugar, atentarei no debate sobre o objeto e a metodologia. Em segundo lugar enunciarei alguns dos debates teóricos mais relevantes. E, por último, mapearei o atual campo analítico da sociologia do direito.

1.3.1 A reestruturação da sociologia do direito desde os anos noventa do século XX: o método e o objeto “ainda” em questão

A análise anteriormente efetuada até aos referidos anos noventa evidencia as diferenças entre aqueles que concebem a sociologia do direito⁶¹ como um sector da investigação sociológica caracterizado pela peculiaridade do seu objeto; os que a reputam como marco genérico de estudo da interação entre a sociedade e o direito; aqueles que a circunscrevem ao âmbito das análises empíricas de atitudes ou comportamentos jurídicos; ou os que a estendem até abarcar tudo o que se relaciona com as funções do direito, assim como os seus mecanismos de produção e de aplicação (Perez-Luño, 1991: 9)⁶². Ora, este já longo debate se a sociologia do direito tem um objeto próprio, uma função própria e métodos próprios, dado que sem isso não existiria uma disciplina do conhecimento separa, como referi, diversos autores, marca a evolução da disciplina e até o pensamento de quem evolui teórico-metodologicamente com o avanço dessa reestruturação.

Como reflexo (e também causa) dessa evolução, Renato Treves foi superando sucessivamente a sua formulação do objeto desta disciplina, de modo a poder integrar a evolução teórica e empírica, anteriormente analisada, bem como as condições sociais e institucionais do seu desenvolvimento. Assim, em 1966 escrevia estarmos perante uma disciplina de formação recente cujo objeto consistia, essencialmente, em promover e realizar investigação empírica para fins de carácter prático, relacionados com a produção e aplicação do direito (Treves, 1966). Posteriormente, no ano de 1977, Treves passou a defender que a sociologia do direito evoluiu para uma disciplina que tem como objeto de estudo as relações entre o direito e a sociedade e que se dividia em duas partes: uma parte histórica e teórica que precedia a investigação empírica, dado que os temas teóricos assumiram relevância, designadamente depois de

⁶¹ Para Elias Diaz (1992, *apud* Sousa Júnior, 2002), a partir de 1962, com a criação do Comité de Investigação em Sociologia do Direito (RCSL) na Associação Internacional de Sociologia (ISA) deu-se início a um esforço de reconstrução metodológica e de evolução conceptual com o objetivo de determinar o objeto, temas e possibilidades para a Sociologia do Direito. O mesmo autor considera que há um processo de constituição e de desenvolvimento da sociologia jurídica na contemporaneidade, notadamente no pós-guerra, na medida de sua configuração como: a) autêntica ciência; b) estabelecimento de uma base empírica; c) suficiente autonomia; d) adequada e correta metodologia. Trata-se, como se vê, de aplicação ao campo da sociologia jurídica de elementos caracterizadores da conceção de ciência fundado no paradigma positivista: observação, análise, verificação dos fenómenos sociais e, conseqüentemente, possibilidade de formular hipóteses e contrapô-las a teorias verificáveis e não verificáveis. Cf. Sousa Júnior (2002: 152).

⁶² Arnaud (2002) relembra-nos que Jean Carbonnier, por exemplo, mesmo reconhecendo que a sociologia jurídica pode ser definida como um ramo da sociologia geral (1994:15), lembra a especificidade da sociologia jurídica. À sociologia, a sociologia jurídica, é verdade, tomaria emprestado os métodos, assim como muitos dos seus conceitos, mas é ao direito, e não à sociologia, segundo ele, que a sociologia jurídica tomaria emprestado suas categorias específicas. À dogmática jurídica cabe estudar as regras nelas mesmas: à sociologia jurídica caberia a descoberta das “causas sociais que as produziram e os efeitos sociais que elas produzem” (1994:16). Durante um certo tempo, para aqueles que defendem a existência de uma disciplina da sociologia jurídica, essa será a tese dominante. Na Alemanha, Manfred Rehbinder fala da sociologia jurídica como ciência da realidade social do direito (1977 *apud* Arnaud, 2002). A sociologia jurídica é o estudo do “ser” do direito (o *sein* em relação ao *sollen*, o qual constitui o objeto de estudo da ciência jurídica).

a disciplina ter passado a ser ensinada em algumas universidades (Treves, 1977). Desde 1987 que Renato Treves, percebendo a transformação da sociologia do direito, passou a defender que a teoria e as investigações empíricas encontram-se entranhadas uma na outra, vinculando-se mutuamente para proporcionar as bases de uma possível construção sistemática da matéria objeto da disciplina (Treves, 1999:5)⁶³.

A construção do objeto e as opções metodológicas de uma sociologia do direito crítica surge neste contexto simultaneamente de “crise” e de “reestruturação” dos “saberes” disciplinares e, conseqüentemente, da sociologia⁶⁴. Proponho, para isso, a superação das referidas discussões em torno do que poderá ser considerado o objeto de análise “próprio” de uma sociologia do direito, admitindo antes que ela estuda os fenômenos sociojurídicos na sua totalidade e nas suas interações com diferentes fatores – sociais e políticos, culturais, económicos – e espaços “estruturais” – cidadania, espaço doméstico, mercado, comunidade, mundialidade e produção (Santos, 1995)⁶⁵. Concebem-se estas perspectivas como “o projeto científico e interdisciplinar” (Arnaud e Dulce, 1996)⁶⁶ que abrange todos, independentemente da sua origem disciplinar, e se constitui a partir de temas entendidos como “galerias por onde os conhecimentos progredem ao encontro uns dos outros” (Santos, 1986:47). Surgindo assim, o pluralismo metodológico como crítica ao paradigma dominante e à lógica positivista⁶⁷. Deste modo, a interdisciplinaridade não se obtém por decreto,

⁶³ Já Jean Carbonnier não acompanha essa transformação da sociologia do direito, e nunca deixou de lembrar que a sociologia jurídica, útil para se conhecer os desejos de uma população, para conhecer a efetividade e a inefetividade das regras de direito, não pode pretender muito mais. A sociologia jurídica, para ele, é uma disciplina auxiliar, preciosa, frequentemente incontornável, mas que não poderia dar ao legislador ou ao juiz senão informação (Arnaud, 2002: 235).

⁶⁴ O conceito de “crise da sociologia” tem sido utilizado de forma abundante desde que Alvin Gouldner (1970) dele fez uso. Um levantamento dos usos do conceito pode encontrar-se, entre outros, em Ferreira (1996). Também o conceito de “reestruturação do pensamento político e social” passou a fazer parte das análises sociológicas desde que Bernstein (1976) o utilizou. Cf., por todos, Ferreira, 1996.

⁶⁵ Deste ponto de vista, sigo o ensinamento de Boaventura de Sousa Santos e afasto-me da teoria sistémica de Luhmann e do seu excesso de “autorreferência”. Mais próxima das nossas preocupações encontra-se a teoria do “campo jurídico” de Pierre Bourdieu.

⁶⁶ A renovada sociologia do direito que se propõe tem como ponto de partida a desvinculação do direito do imperialismo estatal, a aceitação do carácter essencial plural e desagregado do jurídico, assim como a busca de “novos paradigmas conceptuais que permitam captar, nos seus termos específicos, a situação atual” de superação “das dicotomias da modernidade, a saber: no plano epistemológico, a dicotomia natureza-sociedade, no plano da teoria e da sociologia política, a dicotomia estado-sociedade e finalmente e no plano mais específico da sociologia do direito, a dicotomia justiça formal-justiça comunitária” (Arnaud e Dulce, 1996: 122).

⁶⁷ Quanto aos debates, temas e problemas que refletem as preocupações desta aproximação do fenómeno jurídico, são de destacar: o nascimento e o desaparecimento das normas jurídicas; a implementação da norma jurídica; os mecanismos formais e informais de resolução dos conflitos; as profissões jurídicas; as políticas públicas; os direitos humanos nas suas mais variadas expressões; a administração da justiça enquanto instituição política e organização profissional; o acesso ao direito e à justiça; a litigiosidade social e os mecanismos da sua resolução existentes na sociedade. A globalização, o pluralismo, o alternativo e o informal, a multiplicidade dos centros de decisão jurídica e a reestruturação do processo de produção da norma jurídica são outros tantos exemplos dos eixos em torno do qual se desenvolve esta perspectiva de análise dos fenómenos sociojurídico (cf. Santos, 1994; Arnaud e Dulce, 1996).

resultando antes da partilha de conhecimentos e de subjetividades entre os membros das equipas de investigação.

Santos (1987) apela à rebeldia metodológica, lembrando, por um lado, que “nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas é racional e é pois necessário dialogar com outras formas de conhecimento, deixando-se penetrar por elas”; e por outro lado, só a “autorreflexividade” (2000: 17 e 226) permite à sociologia do direito ser autocrítica enquanto produz a sua crítica e, por último, que o conhecimento a produzir não pode ser só *top-down*, mas tem de ser essencialmente *bottom-up*.

Essas premissas levam a reconhecer o pluralismo e a complexidade (Arnaud e Dulce, 1996: 228) como paradigmas maiores para explorar o que se torna, apropriando-me do conceito de Bourdieu (1986), um “campo” de investigação, relativamente ao “campo jurídico”, que este define como um universo social autónomo, com uma lógica de funcionamento específico que deriva da sua estrutura e que se vê condicionada pelas relações de força que se manifestam dentro dele, pelo que, em consequência, o dito campo é capaz de produzir e reproduzir práticas e discursos formando “um corpo jurídico relativamente independente das pressões externas”⁶⁸.

O pluralismo permite ao investigador levar em conta as demandas epistemológicas enquanto a complexidade é a única maneira de representar sistematicamente um fenómeno que é complexo, isto é, irreduzível a um modelo capaz de prever com certeza o seu comportamento. Aplicar esses dois postulados aos estudos da sociologia do direito permite renovar as perspetivas, deixando-se de raciocinar em termos disciplinares e ministrando-se o estudo de um campo de maneira realmente interdisciplinar (Arnaud, 2002: 242).

No texto anteriormente citado, Arnaud (2002) explicita que Boaventura de Sousa Santos é um exemplo desta nova sociologia crítica do direito, pois evoca uma compreensão pós-moderna do direito sobre a base de conceitos renovados como os de *interlegality*, *transgressive methods*, *new legal common sense*, *regulatory conversion*,

⁶⁸ Este campo de saber e de investigação corresponde ao que hoje os autores chamam sociologia do direito, sociologia jurídica, sociologia sobre o direito ou sociologia no direito, ou Direito em sociedade ou estudos sobre Direito e Sociedade, a análise sociológica dos sistemas jurídicos, *Law in Context*, *Law in Action* ou direito vivo, ou até *Cross-Boundaries Studies on Law*, e segundo Arnaud (2002: 190) a divisão do Thesaurus em sociologia do direito do IISJO, já referido, em 7 grandes áreas pode servir de reagrupamento dos temas nos congressos ou em grupos de trabalho deste campo.

*fragment identity, translocal condition*⁶⁹; quando enfatiza a necessidade de pensar o direito para além da dicotomia Estado/sociedade civil, sublinha, a justo título, a dialética que existe entre o pensamento e a prática, e justifica a rejeição de categorias disciplinares tradicionais.

A sociologia do direito tem, assim, uma função científica – estuda o direito na sua totalidade (como conjunto de normas, mas também como conjunto de interações) na perspetiva da mudança social⁷⁰ - uma função prática ou instrumental – permite um conhecimento, ou seja, uma “fotografia” da sociedade e do direito em sociedade a cada momento – e a função crítica, ou seja, a de trabalhar pela mudança da realidade jurídica, mediante uma análise crítica permanente e participando no trabalho de transformação social, o que consiste em assegurar que as reformas empreendidas para provocar uma mudança jurídica correspondem às aspirações sociais e não apenas aos interesses dos governantes e dos grupos de pressão que o rodeiam (Arnaud e Dulce, 1996: 166; Arnaud, 2002: 238).

A concluir esta breve reflexão, considero⁷¹, como escreve Boaventura de Sousa Santos, ao longo da sua obra, já citada, que nos últimos anos se desenvolveram condições sociais e teóricas para a construção de uma sociologia do direito crítica assente numa abordagem interdisciplinar e num pluralismo metodológico que inclua a investigação e os estudos *top-down*, mas também os *bottom-up*, na procura de serem conhecidas as “ausências” e as “emergências” das relações sociais e jurídicas, ainda não visíveis, em que o direito não seja só regulação, mas também emancipação social, e a sua unidade de análise é deslocada de uma perspetiva normativista substantiva e estatal para uma análise permanentemente crítica da normatividade, na sua totalidade (comportamentos, relações sociais, organizações sociais, normas, instituições, operadores jurídicos, etc.), que emerge das relações sociais, ou seja, o campo de análise do direito desloca-se da norma para o conflito social.

1.3.2 A sociologia do direito crítica: alguns debates teóricos em curso

Os debates teóricos atuais da sociologia do direito que emergiram nos anos noventa estão, necessariamente, relacionados com as transformações das sociedades. Entre os tópicos de debate que considero dominantes escolhi apresentar três que se

⁶⁹ Ou seja, em português, os conceitos de Sousa Santos de “interlegalidade”, “métodos transgressivos”, “novo sentido comum do direito”, “conversão regulatória”, “identidade fragmentada” e “condição translocal”.

⁷⁰ Cotterrell (1991) defende que a sociologia do direito deve ter fronteiras flexíveis e móveis e acolher toda a investigação científica do direito como fenómeno social.

⁷¹ Num sentido próximo do que vou explicar cf. Sousa Júnior (2002: 153/154).

interpenetram e se complementam. Em primeiro lugar, a análise (e rejeição) da denominada autonomia do direito enquanto sistema social ou, ainda, como discurso, do qual resulta que a crise do direito é politicamente determinada. Em segundo lugar, abordarei o direito como um “campo jurídico” e como um fenômeno social, que é “uma instância” e é “agir”. Em contraponto, referirei os *Legal Consciousness Studies* – Estudos de Consciência Jurídica – e as suas preocupações *bottom-up*, de como o direito constitui a vida social das “pessoas comuns” e, em especial, dos marginalizados. Por último, analisarei brevemente as novas questões de um tema teórico matricial da sociologia do direito, ou seja, o “novo” pluralismo jurídico.

A partir de uma análise das teorias sociológicas comparadas e aplicadas à realidade social, de Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhman, Guibentif (2007) constrói um “quadro teórico”, no âmbito da sociologia do direito contemporânea, como “uma grelha, destinada a situar as teorias em relação à realidade social”. Essas teorias, com as suas tensões e divergências, mas com “garantias de pertinência” comparáveis que permitem interpretar diferentes aspetos da realidade social. Assim, Pierre Guibentif defende, segundo este seu quadro teórico, que “o direito, como qualquer outro fenômeno social, deve ser abordado sob dois aspetos”, das “instâncias” e do “agir”. O direito é uma instância diferenciada, em que a sua realidade social se cruza com outras instâncias em que o discurso jurídico, para além da lógica jurídica se cruza com outras lógicas, como a da economia. Trata-se essencialmente de instituições e de profissões ligadas à administração da justiça, ao ensino do direito, etc.. Por um lado, tem-se um conjunto complexo de organizações a que se convencionou chamar “sistemas jurídicos nacionais”. Por outro lado, trata-se de “um mundo, mais difuso e movediço, de arenas de debate, de publicações, de dispositivos de consulta”. Trata-se comunicação jurídica que interfere ou se prende com atividades pertencentes a outras instâncias como a economia, a ciência, a gestão de organizações, etc.. Mas, o direito também é “agir”, ou seja, sujeitos individuais ou coletivos, que se afirmam, adquirem força em conflitos e jogos de alianças. “O direito poderá contribuir para a emergência de sujeitos neste mundo social envolvente, fornecer-lhes instrumentos e dar-lhes forças. Mas, também designa um âmbito, no interior do qual se verificam conflitos entre pessoas ou entidades envolvidas na prática do direito. Um dos desafios à investigação da realidade

jurídica é entender como se articulam estes processos internos e externos (Guibentif, 2007)⁷².

A crise e transformações do Estado-Providência, bem como os efeitos da globalização, a crise financeira e a resposta liberal, lançaram um grande debate sobre a crise e as transformações do direito, designadamente entre a concepção do direito como sistema autorreferencial e autopoietico, referida na secção anterior deste capítulo, e a concepção do direito como construção social, produzido num contexto social (Guibentif, 1992; Faria, 1997; e Santos, 1995 e 2000). Teubner (1986: 309) identificava as três grandes limitações da regulação jurídica atual com um “trilema regulatório”. A primeira, na expressão de Habermas, é a do direito “colonizar a Sociedade”. O Estado-Providência promoveu a instrumentalização política do direito até aos seus limites. Esta “sobre-juridicização da sociedade”, ao submeter situações concretas a um direito abstrato, visava a integração social, mas acabava por criar desintegração social. A segunda limitação revela-se como “materialização do direito”: o reverso da sobre-juridicização da sociedade é a sobre-socialização do direito. O direito fica prisioneiro da política ou dos subsistemas regulados, “politizando-se”, “economizando-se” ou “pedagogizando-se”, acabando por submeter a uma tensão excessiva a autoprodução dos seus elementos normativos (Teubner, 1986:311). A terceira resulta das referidas disfunções redundarem em ineficácia do direito. A discrepância da autoprodução interna do direito com a das outras esferas sociais, que regula, torna a regulamentação jurídica ineficaz ou contraproducente⁷³.

A “colonização”, a “materialização” e a “ineficácia” são consideradas os limites extremos, aquém dos quais se devem definir as fronteiras, mais rígidas e restritas, de regulação jurídica, de forma a permitir que o direito funcione eficaz e automaticamente sem se descaracterizar nem a si, nem às esferas sociais, que regula. As sociedades modernas, para os defensores dos sistemas autopoietico e autorreferenciais, são constituídas, como referi, por uma série de subsistemas (direito, política, economia, ciência, arte, religião, etc.), todos eles fechados, autónomos, autocontidos, e autorreferenciais, cada qual com um modo de funcionamento e um código próprios.

⁷² Guibentif (2007) considera existirem outras distinções comparáveis àquela que efetua entre “instância” e “agir”, como seja a distinção entre “regulação” e “emancipação” (Santos, 2002).

⁷³ Este enunciado sintético sobre os sistemas autorreferenciais e autopoieticos seguem a exposição de Sousa Santos (2000) e Guibentif (1992). Como escrevemos na secção anterior, o direito é um desses sistemas, um subsistema de comunicações jurídicas que funciona com o seu próprio código binário: legal/ilegal. O direito só se regula a si próprio. O direito é o ambiente que rodeia os outros subsistemas sociais, tal como estes são o meio-ambiente do direito.

As “perturbações” criadas por um sistema neutro só se tornam relevantes se forem convertidas em respostas ou reações autopoieticas. Santos (2000:147-148) recusa que a solução para a crise do direito seja a concepção do direito como um sistema autopoietico, seja na versão de Luhman ou na de Teubner, por não dar o devido relevo à relação entre a evolução da sociedade e a evolução do direito. Por outro lado, a discussão sobre a processualização e a reflexividade do direito é uma falsa questão, por assentar na concepção de autonomia do direito no Estado liberal, que segundo ele, é uma concepção mistificatória. O espetacular desenvolvimento do intervencionismo estatal no Estado-Providência modificou o direito moderno, quer como direito estatal, quer como direito científico. A crise não ocorreu no direito, mas sim nas áreas sociais que regula. Trata-se, portanto, da crise de uma política – o Estado-Providência – e não da crise da forma jurídica – o direito autónomo. O direito moderno, enquanto conceito muito mais amplo do que o direito estatal moderno, está em crise, não devido à sobreutilização que o Estado fez do direito moderno, mas devido à redução histórica da sua autonomia e da sua eficácia à auto-norma e eficácia do Estado. Os limites da regulação jurídica, essencialmente "materialização" (ou sobrecarga), e ineficácia são problemas politicamente determinados (Santos, 2000: 151).

Por seu lado, Bourdieu (1986) assinala também que Luhmann confunde o direito com o sistema social que o produz, ou seja, não distingue no seu conceito de autorreferência as estruturas simbólicas (normas e dogmática jurídica) das instituições sociais que as produziram. Ele está preparado para concordar que o direito “cria o mundo social, mas o mundo é que criou primeiro o direito”. Assim, a abordagem de Bourdieu é que o direito é uma estrutura simbólica e o “campo jurídico” é um campo de luta das pessoas individuais, das relações sociais de classe, dos grupos profissionais, das estruturas sociais de poder, ou seja, um campo de luta social e de poder em que as práticas jurídicas não funcionam numa lógica de discurso, mas de luta entre grupos sociais⁷⁴.

Outro dos “olhares” teóricos mais importantes dos debates em curso é o que resulta dos estudos aparecidos nos anos noventa no movimento *Law and Society*, no

⁷⁴ Cf. Bourdieu (1986), Arnaud e Dulce (1996: 172) e Cotterrell (2001: xviii). Bourdieu, apelando ao seu conceito de *habitus*, identifica, ainda, as características desse *habitus* (disposições ou ações de um grupo social específico) dos profissionais do direito, o que ajuda a compreender a identidade desses profissionais e a sua ação.

qual incorporam a tradição crítica⁷⁵ e que podemos agrupar sob a denominação de Patricia Ewick e Susan Silbey (1992, 1998), “Estudos de Consciência Jurídica” (*Legal Consciousness Studies*) – LCS –, onde se inclui o grupo de investigadores sociojurídicos ligados ao Seminário de Amherst, que analisam o fenómeno jurídico como um elemento constitutivo da realidade social⁷⁶. À perspectiva *top-down* opõem a perspectiva *bottom-up*, com recurso ao método da narrativa. Nestes novos espaços microculturais, a investigação etnográfica e a antropologia adquirem uma enorme importância, que contrasta com outras visões mais preocupadas com elementos estruturais de classe ou de hegemonia (Villegas, 2001: 15).

Os LCS identificam-se politicamente com os interesses dos sujeitos que estudam – os marginalizados, as minorias, os excluídos, etc. – e procuram imaginar formas sociais alternativas através da utilização do direito (Bumiller, 1988; White, 1990). O debate suscitado, no interior dos LCS, acerca da conveniência de utilizar o direito como instrumento de emancipação social resolve-se aqui no sentido afirmativo, isto é, reconhecendo as possibilidades da luta contra-hegemónica sem esquecer que o direito pode, de facto, operar, em certos casos, como instrumento de dominação social (Villmoare, 1985). Nesse sentido, a avaliação da relação direito/mudança social é aqui muito mais completa e elaborada do que nos Estudos Críticos do Direito (McCann, 1974).

A consciência jurídica é, portanto, parte de um processo no qual os significados dados pelos indivíduos ao seu mundo, e com ele ao direito, “repetem-se, formam padrões e estabilizam; e estas estruturas institucionalizadas chegam a fazer parte dos sistemas de significado utilizados pelos indivíduos” (Ewick e Silbey, 1992: 741/277). Sendo o direito um processo dinâmico de construção social, a ideia da visão instrumental e do carácter determinado do direito perde toda a capacidade

⁷⁵ Os Estudos de Consciência Jurídica representam hoje em dia a tendência dominante na sociologia do direito dos Estados Unidos. Estes estudos acolhem, ainda que com variações, partes essenciais tanto da tradição da *Law and Society* como da tradição crítica. Da primeira recebem a ideia de que a investigação empírica social é essencial para compreender a forma como o direito opera na sociedade; e da segunda adotam a pretensão crítica, isto é, a ideia de que os estudos sociojurídicos não devem somente descrever a forma como o direito opera na sociedade, mas sobretudo contribuir para a transformação da sociedade e para a defesa dos excluídos (Villegas, 2001: 15).

⁷⁶ Desde 1982 a Universidade de Massachusetts-Amherst, nos EUA, criou um grupo de discussão denominado “Amherst Seminar on Legal Ideology and Legal Process”. O objetivo do seminário era reconstruir uma sociologia simultaneamente empírica e crítica (Trubek e Esser, 1988: 13/345; Silbey e Sarat, 1987). Defendem, em primeiro lugar, uma investigação empírica que não implique uma adoção dos postulados positivistas; em segundo lugar, uma posição política progressista em benefício dos atores sociais vulneráveis ou marginalizados; finalmente, uma perspectiva teórica disposta a explorar as complexidades da relação entre direito e mudança social a partir de uma teoria social de tipo construtivista.

explicativa⁷⁷. Em seu lugar aparece o direito como um fenômeno social dotado de resultados contingentes que derivam da interação entre os indivíduos e as instituições (Villegas, 2001: 17).

Outras abordagens, tais como a de Christine Harrington e Barbara Yngvesson (1990), usam antes o conceito ideologia jurídica para se referirem a formas de consciência jurídica expressas nas relações sociais e na ação social. E esta consciência não é exclusiva de juristas, mas é comum aos cidadãos que (com modos muito diferentes) “enfrentam” instituições e processos jurídicos. Desenvolvem um conceito de “comunidades locais interpretativas” onde o senso comum sobre o direito e a sociedade é formado⁷⁸.

Trubeck e Esser (1989, *apud* Villegas, 2001) criticaram os LCS, relacionando a sua tenacidade empirista com a falta de uma crítica política forte. Não obstante, Villegas (2001: 20) crê que o debate atual contra o empirismo já não é o que era quando Trubek e Esser escreveram o seu referido ensaio. Os novos estudos de consciência jurídica são agora tributários em boa parte das tendências teóricas europeias dominantes na teoria social (Santos, 1989; Trubek e Esser, 1989). Durante as duas últimas décadas, estas tendências apontam para a superação tanto das posições objetivistas (funcionalismo, estruturalismo) como das subjetivistas (fenomenologia, etnometodologia, interacionismo, etc.) e tem origem na teoria social (Elliot, 1999), que adotam diferentes nomes, entre os quais *théorie pratique* (Pierre Bourdieu) e *theory of structuration* (Anthony Giddens). Estas abordagens teóricas são geralmente reconhecidas e adotadas nos estudos de consciências jurídica sob o nome de *constitutive theory of law* (teoria constitutiva do direito). No entanto, esta dissociação entre o teórico e o empírico pode-se apresentar também como uma característica da teoria social interpretativa, na qual a ideia de interconexão entre ação e estrutura é utilizada pelos LCS de preferência para mostrar a importância da construção social a partir da ação humana em detrimento dos elementos estruturais da ação⁷⁹.

⁷⁷Contrariamente a estas visões, insistem no carácter indeterminado do direito (Ewick e Silbey, 1992 e 1998 *apud* Villegas, 2001). As normas jurídicas dão lugar a práticas sociais plurais, dispare, variáveis, etc., que só se podem avaliar através da investigação empírica da consciência jurídica dos atores sociais, ainda que estejam limitados por estruturas sociais, têm uma importante capacidade criativa, construtiva.

⁷⁸Estes autores distinguem estas comunidades do sistema jurídico, enquanto os *legal pluralists* poderiam bem tratá-las como parte dele (Cotterrell, 2001: xiv).

⁷⁹A hipótese de Villegas (2001: 21/22) é, portanto, a seguinte: nos LCS parece haver uma rotura entre dois tipos contraditórios de fundamentação teórica: por um lado existe uma fundamentação teórica geral que usualmente é tributária de autores europeus, ligados, em termos gerais a tradições de teoria social de conflito (Bourdieu, Giddens, etc.). Esta fundamentação destina-se supostamente a sustentar aquilo que os LCS – e não só – denominam de uma teoria constitutiva da sociedade, segundo a qual a dicotomia entre estrutura e atores sociais

Apesar do recurso a esta teoria constitutiva do direito e do mérito de ter mostrado a complexidade e a criatividade do fenómeno jurídico em áreas individuais e coletivas anteriormente invisíveis, os estudos LCS continuam a merecer a referida crítica, dado que ignoram, por vezes, o facto de que o Estado – e o direito – exercem boa parte do seu poder através do uso seletivo da sua intervenção ou da sua não intervenção em diferentes espaços/tempos. Por outras palavras, o poder institucional consiste também em definir, de forma seletiva, que espaços sociais protege, quais abandona, quais libera e quais oprime (Santos e Villegas, 2001; Villegas, 2001)⁸⁰.

Os novos estudos de direito e sociedade dos LCS levam, assim, a cabo uma dupla redução dos seus objetos de investigação: em primeiro lugar, excluem ou minimizam os elementos institucionais ou a perspetiva *top-down*, em benefício das práticas sociais quotidianas específicas e, em segundo lugar, e ligado ao anterior, reduzem o objeto de estudo a microespaços sociais, nos quais a investigação empírica é “viável” de um ponto de vista das ciências sociais. Estes pressupostos conduzem a uma certa ocultação dos elementos essenciais da teoria crítica: a dimensão institucional da hegemonia e o elemento classista da violência simbólica (Santos, 1995; Villegas, 2001: 25).

A riqueza deste debate organizou-se, em boa parte, no confronto entre visões críticas e perspetivas empiristas, ainda que a intensidade destas discussões tenham diminuído durante a última década, como diminuíram em todas as ciências sociais. Após o resfriar deste debate, próprio talvez de uma época de transição paradigmática (Santos, 1995), na atualidade exploram-se novas possibilidades teóricas e novas relações interdisciplinares, no meio de um ambiente académico intenso e competitivo (Santos e Villegas, 2001; Villegas, 2001: 25).

Os debates enunciados sobre a “construção social do direito”, em que se conclui que o direito não pode ser reduzido ao direito do Estado e em que o “campo jurídico” é um espaço de luta social e de poder, e a *Constitutive Theory of Law* dos LCS,

seria superada. Contudo, por outro lado, a investigação empírica dos LCS parece sustentar-se numa tradição da teoria social diferente, tipicamente dos Estados Unidos, que poderíamos denominar como microrinteracionista, na qual, ao contrário da tradição da teoria social do conflito, prevalecem elementos ligados aos atores, tais como a consciência, a comunicação, a negociação e o consenso. Dada a prevalência da investigação empírica sobre a reflexão teórica nos LCS, o resultado da referida rotura conduz a uma prevalência dos atores e das suas práticas sobre as estruturas e seus efeitos restritivos sobre as ditas práticas e, deste modo, a uma prevalência dos elementos cognoscitivos da ação social sobre os elementos políticos.

⁸⁰ A análise institucional, particularmente a do Estado, está ausente e, conseqüentemente, a explicação da dominação é insuficiente. Por outro lado, a resistência não só é sobrestimada, como se presume emancipatória: “Aqueles que sofrem da pobreza presumem-se virtuosos ou justificados em todas as suas ações” (Villegas, 2001: 24).

em que defendem que a “consciência jurídica” é formada nas interações entre os indivíduos e as instituições nas relações sociais “das comunidades locais interpretativas”, onde o senso comum sobre o direito e a sociedade é formado, apelam ao repensar do direito no âmbito de uma pluralidade de ordens jurídicas, o que constitui o terceiro tópico que selecionei dos debates teóricos em curso na sociologia do direito. Assim, a reconstrução da tensão entre regulação e emancipação no direito hodierno apela a que na produção e aplicação do direito não se desconheça a sua pluralidade e o conhecimento acumulado sobre as sociedades onde ele é produzido e será aplicado.

Segundo Santos (2000: 159-161) “é necessário (des)pensar e (re)pensar o direito”. É necessário separar o direito do Estado, embora se deva reconhecer a centralidade do direito estatal no sistema inter-estatal⁸¹. Propõe-nos, assim, uma cartografia simbólica do direito, partindo da verificação que “circulam na sociedade, não uma mas várias formas de direito ou modos de juridicidade”. O direito oficial, estatal, que está nos códigos e é legislado pelo governo ou pelo parlamento, é apenas uma dessas formas se bem que tendencialmente a mais importante. Essas diferentes formas variam quanto aos campos da ação social ou aos grupos sociais que regulam, quanto à sua durabilidade, que pode ir da longa duração da tradição imemorial até à efemeridade de um processo revolucionário, quanto ao modo como previnem os conflitos individuais ou sociais e os resolvem sempre que ocorram, quanto aos mecanismos de reprodução da legalidade, e distribuição ou sonegação do conhecimento jurídico (Santos, 2000: 191). Parte-se, assim, da ideia da pluralidade sociológica das ordens jurídicas ou de um novo pluralismo jurídico.

O conceito de pluralismo jurídico encontra-se com sentidos convergentes e pequenas variações em trabalhos do direito, da antropologia e da sociologia⁸², em que é entendido como sendo a coexistência num mesmo espaço sociopolítico de mais de um sistema normativo, que podendo ser oficial ou não, incide sobre um mesmo objeto ou relação⁸³. A concepção que se encontra em trabalhos jurídicos é a da “existência simultânea, no seio de uma mesma ordem jurídica de regras de direito diferentes que

⁸¹ A dicotomia Estado/Sociedade Civil ocultou a natureza das relações de poder na sociedade e é indiscutível que o direito contribuiu decisivamente para isso. A dicotomia Estado/Sociedade Civil desencadeou uma relação dinâmica entre os dois conceitos que, em termos gerais, pode ser caracterizada como uma absorção recíproca e constante de um pelo outro, isto é, a reprodução da sociedade civil na forma de estado e a reprodução do estado na forma de sociedade civil (Santos, 2000: 161).

⁸² Ver Belley (1993: 446).

⁸³ A este propósito, cf., entre outros, Santos (1980); Griffiths (1986); Merry (1988); Wolkmer (1994).

se aplicam a situações idênticas” e, ainda, de "coexistência de pluralidade de ordens jurídicas distintas que estabelecem entre elas ou não relações de direito". Para a sociologia do direito, o mesmo conceito é concebido como a “coexistência de uma pluralidade de quadros ou sistemas de direito no seio de uma dada unidade de análise sociológica”. Por seu lado, a antropologia insiste no facto de que “à pluralidade de grupos sociais, correspondem múltiplos sistemas jurídicos dispostos segundo relações de colaboração, coexistência, competição ou negação” (Belley, 1993: 446 e ss.).

Apesar desta relativa conformidade quanto à definição de pluralismo jurídico, constata-se diferenças acentuadas, e até mesmo incompatibilidades, na forma como o conceito é conceptualizado pelas várias áreas que abordam as questões jurídicas. A primeira, e talvez a mais importante dessas diferenças, reside na conceção das fontes do direito, sendo que aqui a ciência jurídica revela, na sua maioria, uma visão muito limitada do conceito de pluralismo jurídico na medida em que restringe o âmbito da juridicidade unicamente ao direito do Estado (Arnaud e Dulce, 1996: 87). Santi Romano (1946, *apud* Arnaud e Dulce, 1996) foi um dos primeiros juristas a criticar a visão estatocêntrica do direito e, recorrendo ao conceito de “instituição”, muito em voga no início do século XX, referia a existência de várias ordens jurídicas distintas de “instituições” distintas: o direito estadual, o direito internacional, o direito canónico, os ordenamentos próprios dos entes considerados ilícitos ou ignorados pelo Estado e ainda os ordenamentos de certos entes que, apesar de regulados pelo direito estadual, possuem uma organização própria, não reconhecidos por aquele, como os regulamentos disciplinares privados, os regulamentos internos de estabelecimentos laborais e das associações ou instituições não reconhecidas pelo direito estadual (Vicente, 1990 *apud* Arnaud e Dulce, 1996). A antropologia, por seu lado, ao definir a lei, não em termos de Estado, mas de autoridade, não tem dificuldade em reconhecer empiricamente o pluralismo jurídico como sendo a situação em que um grupo vive com as suas leis, dentro de um contexto mais abrangente onde existe um Estado com a sua própria normatividade (Griffiths, 1986: 14). Para a sociologia, o conceito de pluralismo jurídico obedece aos mesmos propósitos que o conceito de direito, visando-se com ele enriquecer o campo analítico da teoria do direito e do estado através da revelação de conflitos sociais em que o direito ocupa, de múltiplas formas, o centro político das contradições (Santos, 1980: 78).

A diversidade relacional que permite o pluralismo faz com que o núcleo duro da conceção de pluralismo jurídico consista na negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o direito, ou seja, na recusa do monismo jurídico. Com isto não se quer negar a existência e atuação do direito produzido pela dogmática jurídica, mas apenas afirmar que, para além dessa normatividade aplicada pelo Estado, existem outras ordens normativas que paralelamente regem o comportamento e atitudes dos homens. Já Ehrlich e Gurvitch, autores supra-referenciados, entendem que existem muitos outros grupos sociais ou sociedades globais que, independentes do Estado, são capazes de produzir uma ordem jurídica autónoma e reguladora da sua vida interior, o que deixa perceber um *princípio de equivalência*, ou seja, uma limitação e uma colaboração recíprocas na esfera de independência de cada uma das ordens coexistentes (Wolkmer, 1994: 189)⁸⁴.

Boaventura de Sousa Santos, constatando o confronto de diferentes legalidades através de vários trabalhos empíricos⁸⁵, concebe inicialmente o pluralismo jurídico misturado nas atitudes e comportamentos dos indivíduos, e em que o respeito de uns implica necessariamente a violação de outros espaços, tornando os indivíduos transgressores compulsivos em resultado da liberdade multiplicada por si própria (Santos, 1988: 164). Posteriormente, o mesmo autor irá optar pelo conceito de *pluralidade de ordenamentos jurídicos*, como forma de contornar a ortodoxia conceptual

⁸⁴ As propostas de Ehrlich e Gurvitch, de não confundir o Direito com o Estado, e de que a sociedade compreende vários grupos, cada qual com a sua normatividade jurídica, estiveram posteriormente na base de muitas abordagens sobre o pluralismo jurídico. Jacques Vanderlinden veio depois a conceber o pluralismo jurídico como sendo a existência de mecanismos jurídicos diferentes, que se aplicam a situações idênticas, pois se as situações variarem consoante os mecanismos, em vez de pluralismo jurídico, o que se tem é uma *pluralidade de direitos* (Vanderlinden, 1972: 20). Para Jean Carbonnier, o pluralismo jurídico não está no confronto entre o jurídico e o infrajurídico, pois cada um tem uma natureza específica, o pluralismo radica nos diversos entendimentos e possibilidades de aplicação de uma só norma (Carbonnier, 1972: 149). A proposta de Leopold Pospisil é a de contrapor ao centralismo legal vários *níveis legais*, correspondentes a distintos subgrupos dispostos hierarquicamente por toda a sociedade, onde os indivíduos, em vez de pautarem o seu comportamento por razões qualitativas, seguem critérios hierárquicos de acordo com o nível em que se localizam (Griffiths, 1986: 15 e ss.). O trabalho de Sally Falk Moore incide sobre o que a autora denomina por *campos sociais semiautónomos*, ou seja, âmbitos sociais com normas próprias que, dispondo duma autonomia parcial frente à ordem estatal, determinam que os indivíduos não obedeçam somente a uma das ordens, mas se guiem pelas normas do direito oficial e pelas normas do campo social a que pertencem, sem ter que estabelecer quaisquer critérios hierárquicos de obediência, o que origina um pluralismo de matriz horizontal (Wolkmer, 1994: 184). Para John Griffiths, o pluralismo jurídico é um facto, é a própria realidade, por contraposição à ideologia do centralismo jurídico que mais não é do que uma ilusão dessa realidade fortemente implantada no imaginário jurídico, que reduziu ou tornou residuais as normatividades não estatais, cabendo assim ao pluralismo jurídico um papel subversivo de combate a essa ideologia mitológica de centralismo (Griffiths, 1986). Cf. Belley, 1993: 146. A propósito do direito do futebol cf. Gomes (1986) e Nolasco (1999).

⁸⁵ Nomeadamente entre um *direito do asfalto* dos moradores das favelas do Rio de Janeiro e Recife e o sistema jurídico estatal brasileiro, entre uma legalidade democrática, uma legalidade revolucionária durante a crise de 1974-75 em Portugal e em Cabo Verde onde depois da independência foram institucionalizados tribunais compostos por pessoas comuns com competência para julgar pequenos conflitos. No estudo sobre as justiças em Moçambique (Santos, Trindade e Meneses (org.), 2006), em que integrei a equipa de investigação, coexistiam um direito e um sistema de resolução de litígios denominado tradicional, uma justiça de diversas instâncias da sociedade, a justiça dos tribunais comunitários e a justiça dos tribunais judiciais.

implícita no pluralismo jurídico, e mostrar que, também ao nível supranacional, existem ordenamentos jurídicos que ultrapassam o direito do Estado (Sousa Santos, 1998:24). No seguimento deste autor, Wolkmer concebe o pluralismo jurídico como sendo o resultado da crise e esgotamento do modelo jurídico liberal-individualista, o que justifica o pluralismo jurídico como expressão do reconhecimento e legitimação de normatividades engendradas no seio de conflitos sociais que superem as marginalidades e permitam a emancipação dos sujeitos (Wolkmer, 1994: 313 e ss.).

Na realidade, o Estado nunca deteve o monopólio do direito. A constelação jurídica das sociedades modernas foi, assim, desde o início, constituída por dois elementos. O primeiro elemento é a coexistência de várias ordens jurídicas (estatal, supra-estatal e infra-estatal em circulação na sociedade); o direito estatal, por muito importante e central, foi sempre apenas uma entre várias ordens jurídicas integrantes da constelação jurídica da sociedade. Por outro lado, o segundo elemento referido consiste em que o Estado nacional, ao conceder a qualidade de direito ao direito estatal, negou-o às demais ordens jurídicas existentes sociologicamente na sociedade (Santos, 2000: 158).

Na cartografia simbólica do direito de Boaventura de Sousa Santos, as várias formas de direito são mapas sociais que recorrem aos mecanismos de escala, da projeção e da simbolização para representar e distorcer a realidade (Santos, 2000: 191). A investigação sociojurídica revela, pois, a existência de três espaços jurídicos diferentes a que correspondem três formas de direito: o direito local, o direito nacional e o direito global. É pouco satisfatório distinguir estas formas de direito com base no objeto de regulação pois, por vezes, regulam ou parecem regular o mesmo tipo de ação social. O que distingue estas formas de direito é o tamanho da escala com que regulam a ação social.

O direito local é uma legalidade de grande escala; o direito nacional estatal é uma legalidade de média escala; o direito mundial é uma legalidade de pequena escala. No entanto, a vida sociojurídica é constituída, na prática, por diferentes espaços jurídicos que operam simultaneamente e em escalas diferentes. A interação e a interseção entre os diferentes espaços jurídicos são tão intensas que, ao nível da fenomenologia da vida sociojurídica, não se pode falar de direito e de legalidade, mas antes de interdireito e interlegalidade. A este nível, é menos importante analisar os diferentes espaços jurídicos do que identificar as complexas e dinâmicas relações entre

eles (Santos, 2000: 194). Cada escala de legalidade tem um patamar de regulação próprio, com que define o que pertence à esfera do direito e o que dela é excluído.

As formas de direito distinguem-se também segundo o tipo de projeção da realidade social que adotam. A projeção é o procedimento através do qual a ordem jurídica define as suas fronteiras e organiza o espaço jurídico no interior delas. Tal como a escala, e pelas mesmas razões, a projeção não é um procedimento neutro. Tipos diferentes de projeção criam objetos jurídicos diferentes e cada objeto jurídico favorece uma certa formulação de interesses e uma conceção própria dos conflitos e dos modos de os resolver⁸⁶. Segundo o tipo de projeção adotado, cada ordem jurídica tem um centro e uma periferia, e tende a ser mais distorcida à medida que caminhamos do centro para a periferia do espaço jurídico. O segundo efeito da projeção diz respeito ao tipo de características do objeto social que são privilegiadas pela regulação jurídica. A este respeito há que distinguir dois tipos de projeção: a projeção egocêntrica e a projeção geocêntrica. A projeção egocêntrica privilegia a representação das características subjetivas e particulares de ações sociais que, pelo menos, na aparência são de natureza predominantemente consensual ou voluntarista. A projeção geocêntrica privilegia a representação das características objetivas e gerais das ações sociais padronizadas que, pelo menos, na aparência são de natureza predominantemente conflitual. Segundo o tipo dominante de projeção adotado, podem distinguir-se duas formas de direito: o direito egocêntrico e o direito geocêntrico. A análise do direito segundo os tipos de projeção permite-nos analisar a relatividade da distinção entre o direito e os factos, ou seja, entre a avaliação normativa e a descrição factual da realidade, uma distinção teorizada até à exaustão pela ciência jurídica. O direito geocêntrico produz uma justiça legalista. Ao contrário, o direito egocêntrico tende a apagar a distinção entre direito e facto e a ser mais exímio na fixação dos factos do que na fixação das normas.

A simbolização é a face visível da representação da realidade. Com o contributo da crítica literária, Boaventura de Sousa Santos distingue dois tipos-ideais de simbolização jurídica da realidade: o estilo homérico e o estilo bíblico. Estas designações metafóricas referem-se a tipos-ideais, isto é, a construções teóricas extremas de que as ordens jurídicas vigentes da realidade social se aproximam em

⁸⁶ Cada ordem jurídica assenta num facto fundador, um super-facto ou uma super-metáfora que determina o tipo de projeção adotado. As relações económicas privadas constituídas no mercado são o super-facto em que assenta o direito burguês moderno, do mesmo modo que a terra e a habitação concebidas como relações políticas e sociais são o super-facto subjacente ao direito não oficial das favelas do Rio de Janeiro (Santos, 2000).

maior ou menor grau. Nomeia o estilo jurídico homérico quando a simbolização jurídica da realidade apresenta as duas características seguintes: por um lado, a conversão do fluxo contínuo da ação social numa sucessão de momentos descontínuos, mais ou menos ritualizados, como, por exemplo, a celebração e cessação de contratos, a instauração de ações judiciais e o seu julgamento, etc.; e, por outro lado, a descrição formal e abstrata da ação social através de sinais convencionais, referenciais e cognitivos. Este estilo de simbolização cria uma forma de juridicidade que designa por juridicidade instrumental. Em contraste, o estilo jurídico bíblico cria uma juridicidade imagética e caracteriza-se pela preocupação em integrar as discontinuidades da interação social e jurídica nos contextos complexos em que ocorrem, e em descrevê-las em termos figurativos e concretos, através de sinais icónicos, emotivos e expressivos⁸⁷. Assim, embora o direito do Estado moderno tenha um estilo predominantemente homérico, o estilo bíblico está presente, e com grande intensidade, noutras formas de direito que circulam na sociedade.

A cartografia simbólica do direito aqui traçada é uma das vias possíveis de acesso a uma conceção pós-moderna de direito, assente nos conceitos de pluralidade de ordens jurídicas, e interlegalidade. Trata-se, assim, da sobreposição, articulação e interpenetração de vários espaços jurídicos misturados, tanto nas nossas atitudes, como nos nossos comportamentos, quer em momentos de crise ou de transformação qualitativa nas trajetórias pessoais e sociais, quer na rotina do quotidiano sem história (Santos, 2000: 205).

A interlegalidade é a dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico. Trata-se de um processo altamente dinâmico porque os diferentes espaços jurídicos não são sincrónicos e, por isso, também as misturas de códigos de escala, de projeção ou de simbolização são sempre desiguais e instáveis.

Os conceitos de pluralismo jurídico e de interlegalidade propostos por Boaventura de Sousa Santos aqui enunciados são, segundo Cotterrell (2001: xx) os conceitos “chave” de uma visão pós-moderna de direito, entendido como uma visão de diferentes espaços jurídicos sobrepostos, interpenetrados e misturados na nossa cabeça, bem como nas nossas ações. Estes conceitos apontam, em síntese, para objetos teóricos cuja investigação empírica requer instrumentos analíticos

⁸⁷ Independentemente da precedência histórica de qualquer destes estilos de simbolização e do predomínio momentâneo que qualquer um deles obtenha sobre o outro, existe sempre, em cada período histórico, uma tensão dialética entre ambos.

complexos⁸⁸. Os que aqui foram referidos mostram que a fragmentação da realidade e da legalidade é uma construção social segundo as regras da escala, da projeção e da simbolização na qual é importante reconhecer que o direito estatal continua a ser, no imaginário social, um direito central⁸⁹, um direito cuja centralidade, apesar de crescentemente abalada, é ainda um fator político decisivo⁹⁰.

1.3.3 O campo de análise: investigar é preciso para a afirmação da sociologia do direito

Desde os anos noventa do século XX a este início do século XXI, as condições sociais que interagem com o quadro teórico-metodológico que acabei de apresentar foram-se transformando. A globalização da economia, as políticas neoliberais de redução do estado, a recente crise dos mercados financeiros, a que acresce a progressiva visibilidade e protagonismo dos tribunais, a relação entre os *media* e os tribunais, a tensão entre o poder político e o poder judicial ou a questão dos direitos humanos e a redescoberta de novos movimentos sociais, sendo igualmente de referir temas da atualidade dos quais são exemplo a imigração, o racismo, o feminismo, a criminalidade, a insegurança dos cidadãos, o crime organizado, a corrupção, a bioética, o meio ambiente ou a informática (Santos *et al.*, 1996; Arnaud e Dulce, 1996; Santos, 1999). A difusão acelerada de novas tecnologias colocou na agenda de investigação as consequências da globalização do campo jurídico e manteve na agenda política e científica os temas da década anterior.

Do ponto de vista da constituição do campo analítico, destaco a importância de três polos. O da relação entre o estado e o direito, o da pluralidade de ordens jurídicas e a tendência para a interpenetração entre a regulação jurídica e a regulação social e, por último, o da cidadania e da constituição de novos atores sociais.

⁸⁸ Para o caso português, o direito comunitário de Vilarinho das Furnas e de Rio de Onor (Ruivo e Marques, 1982), o direito na instituição militar (Tenreiro, 1986), o direito do futebol (Gomes, 1986 e Nolasco, 1999), as normas que regem o poder médico por confronto com o poder administrativo (Carapinheiro, 1991), a relação entre o direito do trabalho e os princípios de autorregulação, autonomia coletiva e autotutela coletiva emanados da sociedade civil (Ferreira, 1998), a *lex mercatoria* e a arbitragem transnacional (Pedroso, 2000), a resolução de conflitos de consumo (Pedroso, 2002).

⁸⁹ Cotterrell (2001) relembra-nos – embora não o tivéssemos esquecido – que o próprio direito estadual precisa de ser internamente entendido “pluralisticamente”. O direito entendido como doutrina institucionalizada encaixa efetivamente no modelo de direito estatal, mas vai muito para lá disso, na medida em que a institucionalização pode assumir várias formas em muitos contextos, distantes do alcance do estado centralizado (Cotterrell, 1995).

⁹⁰ O cidadão comum tende a não reconhecer como jurídicas as ordens normativas que usam escalas, projeções e simbolizações diferentes. Tais ordens estão aquém do patamar mínimo ou além do patamar máximo de cognição jurídica. Algumas (as várias formas de direito local) estão demasiado próximas da vida quotidiana para parecerem direito, enquanto outras (as várias formas de direito global) estão demasiado longe (Santos, 2000).

O primeiro polo deste campo analítico pretende dar resposta ao primeiro debate teórico anteriormente apresentado, diz respeito à relação entre o estado e o direito. As investigações neste domínio revestem-se de um especial interesse se considerarmos a ação conjugada de fenómenos como as crises do estado-providência e de governabilidade, a “sobre-legalização da realidade”, o “aumento do discrepância entre as determinações legais e as práticas sociais” e a “excessiva colonização jurídica da vida social”. Perante este contexto, o direito transforma-se cada vez mais num sistema de distribuição de recursos escassos e, portanto, de tutela legal de um modelo de justiça social (Campilongo, 1997; Faria, 1997). Deste ponto de vista, já não é possível separar o político e o jurídico. O próprio debate e luta políticos vão opondo os partidários do princípio do mercado e do recurso absoluto às fórmulas da desregulamentação e flexibilização aos que sustentam a necessidade de recurso a políticas públicas e a formas de regulação social. Deste processo de imbricação entre as esferas política e jurídica, analisado em detalhe por Boaventura de Sousa Santos (1995: 56-59), resulta que o “regresso do político” seja, concomitantemente, um regresso ao direito⁹¹.

O segundo polo de análise desenvolve o outro debate teórico apresentado e resulta do princípio de que, “sendo embora o direito estatal um modo de juridicidade dominante, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos” (Santos, 1994: 153). Esta temática reveste-se de uma importância muito grande num momento em que a crise e as desigualdades sociais vão de par com a tendência para a interpenetração entre a regulação jurídica e a regulação social⁹². Importa, deste modo, questionar as condições em que a informalização e o pluralismo jurídico se constituem em modos de regulação favoráveis para os indivíduos e grupos sociais detentores de maior poder e recursos. Perante as tendências que sustentam que *informal is beautiful*, é necessário acautelar os contextos e situações que conduzem à conciliação e à mediação repressiva (Santos, 1982, 1988), ou seja em que as instâncias informais não neutralizam ou compensam as desigualdades sociais e económicas dos litigantes.

⁹¹ Estaremos, portanto, perante uma teoria política do direito ou uma sociologia política do direito que remove a pretensão de separar o político e o jurídico. Ao fazê-lo, reafirma a necessidade de discutir o estado, a democracia, a justiça social, a esquerda e a direita, a liberdade, a igualdade e a solidariedade de um ponto de vista político-jurídico. Esta abordagem pode ser feita em articulação com os trabalhos dos cientistas sociais que defendem uma conceção ampla dos estudos políticos (Held, 1988, 1991 e 1995 *apud* Santos, 1995).

⁹² Sobre a relação entre a regulação jurídica e a regulação social, consultem-se, entre outros Chazel e Commaille (1991); Arnaud e Dulce (1996: 307-308).

O terceiro polo que destaco na constituição do campo analítico da sociologia do direito interpenetra-se necessariamente com os dois anteriores. Com este polo de estudos, a que denominei de cidadania e constituição de novos atores sociais, tem um especial relevo ao nível político com, nas palavras de Santos, a “renovação da teoria democrática”, o desenvolvimento de uma democracia participativa e o aprender com a experiência dos movimentos sociais e das relações comunitárias. Trata-se de ampliar “os sentidos da democracia”, de modo a permitir, como lembra Maria Célia Paoli (1999 *apud* Sousa Júnior, 2002: 170), “recuperar os direitos de uma cidadania que, reinventando a si própria pela discordância e pela sua própria recriação, possa reinventar novos caminhos de construção democrática”. Ou, segundo Marilena Chaui, “a capacidade de colocar na sociedade um sujeito novo que cria direito e participa na direção da sociedade e do estado” (Chaui *apud* Sousa Júnior, 2002: 169/170). Ora, esses sujeitos novos tanto podem ser movimentos sociais como ser o próprio Estado, enquanto “novíssimo movimento social” ao assumir tarefas de meta-regulação, democratizando as tarefas de coordenação da ação de atores privados, ONGs, movimentos sociais, relativamente a matérias de que o Estado não tem ou perdeu o monopólio (Santos, 2009: 604/605).

No âmbito da produção do direito, da resolução de conflitos ou de acesso ao direito, há que ter presente os estudos relativos ao direito dos oprimidos, de Santos, desde, designadamente, o processo sobre a “legalidade” de Pasargada (2009: 131-215), ao mais recente sobre as estratégias políticas e jurídicas dos “sem terra” no acesso ao direito e à justiça no Brasil (Santos e Carlet, 2010). Também no Brasil, Sousa Júnior (2002: 172; 2008) vem desenvolvendo uma linha de investigação, em sociologia do direito, denominada “O Direito Achado na Rua”⁹³ – expressão criada por Roberto Lyra Filho – que pretende ser expressão deste propósito de estudos de cidadania e de constituição de novos atores sociais, enquanto reflexão sobre a atuação jurídica dos novos sujeitos coletivos e das experiências por eles desenvolvidas de criação de direito⁹⁴.

⁹³Nesta linha de investigação, em que se pretende, por um lado, determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos ainda que *contra legem*; por outro lado, definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de construir um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito; e, por último, enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas

⁹⁴ Sobre a participação dos movimentos sociais, em Portugal, no acesso ao direito e à justiça, cf. Duarte, (2007 e 2011).

Este polo de investigação orienta-nos para estudos interculturais dos direitos humanos com o objetivo de estabelecer “uma relação de equilíbrio entre o princípio da igualdade e o princípio do reconhecimento da diferença” (Santos, 2009: 22 e 509-541) e, ainda, como analisarei neste estudo sobre o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, uma nova perspetiva de conceber o acesso a esse direito e justiça não só como uma política pública, mas também como um direito humano e como uma política de ação pública (Commaille, 2009), de ação e práticas concertadas (ou em tensão) do Estado, das ONGs e dos movimentos sociais (ou em confronto com o estado, como em Santos e Carlet, 2008), o que implicará, nesta área, a assunção por parte do Estado, nessas novas funções de meta-coordenação, de parcerias com a comunidade para a resolução de conflitos de família e de promoção e proteção dos direitos das crianças (Pedroso, Branco e Casaleiro, 2010).

A concluir esta reflexão sobre a constituição do campo de análise, no quadro da viragem normativa⁹⁵ nas ciências sociais e perante a gravidade social e humana dos problemas que se colocam na atualidade à escala mundial a atitude acrítica e pretensamente neutra do sociólogo que só descreve os factos de direito é recusada. Sustenta-se a necessidade de insistir na reflexão crítica sobre o direito, dado que o recurso aos relativismos cultural, ético e político desacompanhado de propostas alternativas concretas sobre os novos sentidos do direito em sociedade, é revelador do seu limitado potencial crítico emancipatório. No quadro desta discussão, sustenta-se que as dimensões ética e política devem fazer parte integrante de uma sociologia crítica do direito que simultaneamente crie condições de visibilidade sociológica sobre os fenómenos sociojurídicos e desenvolva uma teoria democrática do direito que incorpore nos processos de teorização e de investigação valores fundamentais como a liberdade, a igualdade, a autonomia, a subjetividade, a justiça e a solidariedade. Daí que a investigação neste domínio em Portugal deva privilegiar a análise dos mecanismos de produção e das instâncias de aplicação do direito e de resolução de litígios, identificando os bloqueios do sistema e promovendo o acesso dos cidadãos ao direito e à justiça, o que constitui o tema do presente estudo⁹⁶.

A importância dos fatores locais para a investigação é muito grande quando a análise recai sobre realidades cujas especificidades substantivas não se enquadram ou

⁹⁵ Uma análise deste debate é feita, entre outros, por Ferreira (1996).

⁹⁶ Sobre a sociologia do direito e o seu campo de investigação em Portugal, cf. Beleza, 1989, e Pedroso e Ferreira, 1999.

se enquadram mal nas teorias e modelos analíticos vigentes. Assim, a pergunta “de onde falamos, quando falamos de sociologia do direito?” não é despidianda⁹⁷.

Em primeiro lugar, os autores que não ensinam ou não publiquem as suas obras em alemão, inglês ou francês têm mais dificuldade em ver (re)conhecido o seu pensamento. Assim mesmo, dentro da reflexão ocidental, é claro, ao longo dos séculos XIX e XX, o domínio da sociologia do direito europeia publicada naquelas línguas e a sociologia do direito americana. A título de exemplo, Leon Petrazycki é pouco conhecido na sociologia do direito devido, sobretudo, a questões linguísticas, visto que este escreveu em russo, polaco e alemão. Porém, de acordo com Adam Podgórecki (Podgórecki, 1981) ele será, para este autor, o pai não reconhecido da sociologia do direito. Com efeito, Petrazycki (que foi professor de Gurvitch, Timasheff e Sorokin, e que escreveram, posteriormente a ele, o primeiro, em francês, e os outros, em inglês) estabeleceu as bases para as ideias científicas modernas de pluralismo jurídico, que permitiram que o conceito de direito fosse aplicado a outros fenómenos para além de um mero produto de regulação do Estado-Nação (Cotterrell, 2001: xiii)⁹⁸.

Em segundo lugar, porque existe uma diferença de tradição entre as sociedades de cultura jurídica dos países anglo-saxónicos, americanos e escandinavos. Em terceiro lugar porque existem condições sociais muito diferenciadas de desenvolvimento e de institucionalização deste campo do saber no centro, na semiperiferia e na periferia do mundo. Em quarto lugar, porque se reconhece, como referi supra, a existência de uma “fratura”, no seio da sociologia do direito, entre uma sociologia jurídica do norte e uma sociologia jurídica do sul (Arnaud e Dulce, 1996: 51).

Tal situação alerta-nos muito claramente para a necessidade de desenvolvermos uma geo-sociologia da sociologia do direito que contrarie, de uma forma construtiva, a tendência que se reconhece para que a sociologia, ainda que com preocupações plurais e multiculturais, seja a sociologia dos países centrais. Uma forma de encarar esta

⁹⁷ Sobretudo se partirmos da hipótese de que a sociologia surge, e, em certo sentido, permanece, um “localismo globalizado”, uma “globalização hegemónica” (Santos, 1995), que fixa o conjunto de regras que determinam as condições de possibilidade do discurso sociológico, conferindo-lhe um “máximo de consciência possível”. Aliás, como refere Boaventura de Sousa Santos, a relação complexa entre conhecimento, comunidade científica e sociedade necessita de ser estudada tendo em conta que ela é “atravessada por uma tensão polarizada entre nacionalismo e internacionalismo, que se não pode esclarecer sem situar geopoliticamente a produção e a distribuição do conhecimento científico” (Santos, 1989: 155). No quadro desta discussão, torna-se interessante confrontar os pontos de vista de Alexandre (1996), Ritzer (1992), Santos (1989, 1994, 1995) e Turner (1994) (cf., por todos, Santos, 1989; Ferreira, 1997). Em Ferreira e Pedrosa (1997), sustentou-se a necessidade de, no quadro de uma “geo-sociologia da sociologia” esclarecer os pressupostos subjacentes ao “onde”, “como” e “porquê” do trabalho sociológico.

⁹⁸ Em todos os domínios do saber há processos de (re)visibilização e de invisibilização de autores ou de correntes de pensamento. Cotterrell (2001: xiii) entende que, por exemplo, a sociologia do direito de Durkheim é pouco ou mal conhecida na atualidade.

questão passa pelo esforço de “inovação teórica”, visando captar as especificidades das práticas, relações e contextos sociais do “Sul”, face à falta de adequação das teorias e categorias analíticas desenvolvidas para estudar as sociedades centrais (Santos, 1994: 53). Tendo sempre presente a necessidade de desenvolver análises sociojurídicas de índole comparativa⁹⁹, podemos dar como exemplos de problemáticas que obrigaram, entre nós, a um esforço de ajustamento as seguintes: a análise da articulação entre a função judicial e o sistema político; o impacto dos processos de transição democrática sobre o sistema judicial; a influência do nível de desenvolvimento económico e social sobre o padrão de conflitualidade, a propensão para a litigação e o tipo de litigação; a relação entre a cultura jurídica e a cultura política; a composição dos conflitos em áreas como a penal ou a laboral; a colonização dos tribunais pelas empresas; a maior ou menor auto-compositividade da sociedade; a vitimação; as atitudes perante o direito e a justiça; os bloqueios do sistema de acesso; a questão da morosidade, etc..

E, *last but not least*, o tema do acesso ao direito e à justiça, que analisarei, é um bom indicador do desenvolvimento das sociedades, da qualidade da democracia, do recurso e uso do direito, das diferenças e similitudes dos sistemas jurídicos e das políticas públicas (ou de ação pública), pelo que farei, nos próximos capítulos, um estudo de sociologia do direito do acesso ao direito e à justiça numa vertente internacional – a transformação do direito internacional e ação das instâncias políticas europeias, com um estudo comparado do regime jurídico da *legal aid* em sete países europeus –, e numa vertente nacional, com a análise da transformação do regime jurídico do apoio judiciário em Portugal, em geral, e em especial sobre o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças em Portugal.

⁹⁹ O termo “sociologia jurídica comparativa” e seus equivalentes “sociologia jurídica comparada” ou “sociologia comparada do direito” referem-se à utilização do método comparativo em matéria de sociologia jurídica. A finalidade científica deste método é a análise sistemática e metódica de vários objetos de comparação (*units of comparison*), análise esta que permite constatar certas semelhanças ou diferenças. Após haver-se procurado estas diferentes características e buscada uma explicação para estas variações, procura-se evidenciar elementos constantes e regularidades relativas às unidades analisadas, e mais particularmente definir quais condições provocam tais variações. Distingue-se geralmente em matéria de ciências sociais diferentes tipos de estudos conforme o objeto e o nível de comparação envolvidos. A pesquisa pode abranger várias nações, várias culturas ou várias sociedades. A expressão “comparação transnacional” (*cross-national comparison*) ou “internacional” refere-se a comparações entre sociedades que atingiram um grau de desenvolvimento socioeconómico, político e jurídico elevado. Por outro lado, o termo comparação transcultural (*cross-cultural comparison*) é utilizado principalmente em matéria de antropologia jurídica. A comparação trans-social (*cross-societal comparison*) refere-se de um modo geral a comparações entre coletividades que diferem quanto à situação geográfica, tipo de vida ou cultura (Memmi, 1999: 756-761).

CAPÍTULO II

ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS – A CONSTRUÇÃO DE UM CAMPO TEÓRICO E ANALÍTICO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO CRÍTICA

Introdução

No primeiro capítulo analiso a construção de um campo teórico-metodológico de uma sociologia do direito crítica. Assim, assentarei o meu trabalho (acesso ao direito e à justiça da família e das crianças) numa abordagem interdisciplinar (sociologia do direito e direito), em metodologias de *top-down* (v.g. transformação do direito da família; comparação do acesso ao direito e à justiça em sete países europeus), mas também *bottom-up* (entrevistas a profissionais de aplicação do direito do Estado, do mercado e de ONGs), em busca das “ausências” e das “emergências” das relações sociais e jurídicas, em que o direito seja uma tensão entre regulação e emancipação social (o direito e a justiça da família como compensador das desigualdades de género no espaço doméstico). Os meus objetos de análise são as normas jurídicas, as relações sociais, as instituições, os operadores jurídicos que atuam no âmbito do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.

O tema e o campo de análise escolhidos “atravessam” os debates teóricos da sociologia do direito, designadamente os que referi da relação de não autonomia entre o direito e a sociedade e conseqüente importância do político, as preocupações com as pessoas comuns no âmbito dos seus conflitos familiares e o pluralismo jurídico, seja nos diversos “modos de produção”, seja nas diversas práticas sociais de aplicação do direito e nas diversas instâncias de resolução de conflitos de família na sociedade portuguesa. Assim, o referido campo de investigação refletirá sobre Portugal, no contexto de instâncias supraestaduais europeias (Conselho da Europa e União Europeia), pensando o acesso ao direito e à justiça da família como um direito fundamental, social e humano, num contexto de aprofundamento da democracia, e como uma política de “ação pública” de ação e práticas concertadas (ou em tensão) do Estado com a comunidade, com a reconfiguração das suas funções, com o objetivo de compensar as referidas desigualdades no espaço doméstico.

Na seqüência da reflexão efetuada no capítulo anterior sobre a construção de um campo teórico-metodológico na sociologia do direito crítica cumpre-me agora delinear, neste capítulo, o roteiro teórico e analítico deste estudo. O meu ponto de partida é o da produção do direito – do Estado-Nação e da pluralidade das ordens jurídicas – com incidência no acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Darei, por adquirido, o que explanei anteriormente sobre a construção social do direito e a pluralidade de ordens jurídicas e atentarei na tensão entre o carácter regulatório e emancipatório desse direito e dos seus modos de produção nas sociedades contemporâneas. Em segundo lugar, conceberei o acesso ao direito e à justiça de família e das crianças como um direito humano, fundamental e social compensador das desigualdades sociais no espaço doméstico e refletirei na relação entre a transformação do direito e mudança social. Em terceiro lugar, apelarei ao quadro teórico da globalização do campo jurídico, designadamente no âmbito de um processo de europeização, resultante da ação do Conselho da Europa e da aplicação da CEDH, e, ainda, do direito da integração regional da UE para poder vir a analisar a *hard law* e a *soft law* aí produzida e a sua relação com o direito estadual e infra-estadual na área da família, do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças. Em quarto lugar, o meu trabalho será, necessariamente, subsidiário dos estudos sobre resolução de conflitos (formal e informal), da pirâmide de litigiosidade e de acesso ao direito e à justiça, como uma necessidade social e política para aprofundar a democratização das relações sociais.

I A produção do direito: o Estado-Nação e a pluralidade das ordens jurídicas

I.1 O direito na crise do Estado-Providência e do pós-Estado-Providência e na superação do paradigma da modernidade: entre a regulação e a emancipação

O presente trabalho centra-se no direito da família e das crianças e no acesso à justiça, ou seja, na resolução dos litígios relativos aos conflitos familiares e de promoção e de proteção dos direitos das crianças, o que no quadro da sociologia do direito me exigiu, em primeiro lugar, uma análise teórica da questão da produção do direito. Adota-se para este efeito, e neste trabalho, como se escreve na introdução geral, uma conceção sociológica e ampla de direito: “o direito é um corpo de

procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força. Dizem-se justificáveis os procedimentos e os padrões normativos com base nos quais se fundamentam pretensões contraditórias e se geram litígios suscetíveis de serem resolvidos por terceiras partes não diretamente envolvidas neles” – juízes, árbitros, mediadores, negociadores, facilitadores, etc. (Santos, 2000: 269).

A complexidade da regulação social e do direito moderno manifesta-se, de acordo com Boaventura de Sousa Santos (2000: 128), em cada um dos três princípios que a sustentam – os princípios do Estado, do mercado e da comunidade. No paradigma da modernidade, o direito é potencial e, simultaneamente, como pretendia Hobbes, a vontade do soberano, a manifestação do consentimento, no entendimento de Locke e, como defendia Rousseau, auto-prescrição da comunidade. Boaventura de Sousa Santos identifica e analisa a evolução do direito nos três períodos do capitalismo, através de uma permanente tensão entre a regulação e a emancipação¹⁰⁰.

No primeiro período do capitalismo, refira-se, em síntese, a soberania do povo transformou-se no Estado-Nação e o direito moderno tornou-se um instrumento de construção e regulação do mercado e da vontade do estado: o estado jurídico-racional de Max Weber (Santos, 2000: 135). Assiste-se ao grande desenvolvimento do direito privado, dado que a regulação das relações inter-individuais era o grande agente de autonomização e de regulação do mercado.

No segundo período, a construção do Estado-Providência, o desenvolvimento da economia, das políticas públicas, e designadamente das políticas sociais e do seu carácter distributivo, o reformismo político, económico e social, e, ainda, o nascimento da concertação social entre capital e trabalho, como instância de produção e de regulação social, provocou grandes transformações no direito. O desenvolvimento e acompanhamento destes processos económicos e sociais conduziram ao desenvolvimento de novos domínios do direito, como o direito económico, o direito de trabalho e o direito social, em sentido genérico, que inclui também as dimensões sociais do novo direito social da família e a transformação acelerada do direito civil da família nos últimos anos, bem como o desenvolvimento do direito das crianças e a resolução dos seus litígios, objeto deste estudo. Todas essas áreas do direito têm

¹⁰⁰ A análise que efetuo neste ponto sintetiza o pensamento de Boaventura de Sousa Santos (2000).

como características o enquadramento de políticas económicas e sociais e a conjugação de elementos de direito privado e direito público, questionando, assim, a linha de demarcação entre o Estado e a sociedade civil. O próprio direito constitucional torna-se num terreno de intermediação e negociação entre interesses e valores sociais conflitantes, e consagra o reconhecimento dos direitos sociais e económicos, a que é comum chamar a “terceira geração dos direitos humanos”. O direito torna-se distributivo e assume, face a debilidades do político, uma função de integração social. O Estado liberal legitimou-se através da racionalidade jurídico-formal. O Estado-Providência procurou legitimar-se no desenvolvimento económico e na forma de sociabilidade, que julgava fomentar. O direito foi despromovido da categoria de princípio legitimador do Estado para instrumento de legitimação do Estado. Assim se lançavam as sementes da banalização do direito (Santos, 2000: 138-141).

No atual período de crise do Estado-Providência e até do pós-Estado-Providência, verifica-se na produção do direito um esbatimento do papel do Estado, a expansão quase hegemónica do princípio do mercado e um ressurgimento, ainda que tímido, do princípio da comunidade. O esbatimento do papel do Estado é uma das consequências dos processos de globalização económica em curso, sob o impulso do mercado, através da desregulamentação, privatização, mercadorização e redução das políticas sociais, que pretende até atirar o acesso ao direito e à justiça para o mercado advocatício, em paralelo com o desenvolvimento da cidadania ativa e a participação da comunidade na produção do bem-estar social. O princípio da comunidade foi de certo modo reativado, não através de uma forma derivada e central no Estado, como no segundo período, mas de uma forma aparentemente mais autónoma. Conservadores e progressistas convergem no ressurgimento das redes de solidariedade, reciprocidade e auxílio mútuo como forma de recuperar a autonomia coletiva (Santos, 2000: 146)¹⁰¹.

No presente estudo, o que está em questão é a combinação de uma estratégia jurídica demoliberal e cosmopolita, no sentido do direito civil de família (e das crianças) vigente em Portugal ser usado pelo Estado, pelos grupos sociais e pelos mais vulneráveis para promoção do direito de igualdade nas relações familiares e na promoção dos direitos das crianças (Santos, 2009a: 581).

¹⁰¹ Segundo Santos (2000: 146), a ideia não é olhar para um passado que, provavelmente, nunca existiu, mas encarar a criação futura de um terceiro sector, situado entre o estado e o mercado, que organize a produção e a reprodução (a segurança social) de forma socialmente útil através de movimentos sociais e ONGs, em nome da nova solidariedade ditada pelos novos riscos contra os quais nem o mercado nem o Estado pós-intervencionista oferecem garantia.

Assim, a crise do Estado-Providência, bem como as crises seguintes, e a consequente crise do direito estatal e cientista alterou, e quase eliminou, a sua tensão constitutiva entre regulação e emancipação. No primeiro período, a emancipação foi sacrificada às exigências regulatórias do Estado e confinada a movimentos antissistema. No segundo período, a regulação estatal dos países centrais tentou integrar os projetos emancipatórios anti-sistémicos, desde que compatíveis com a produção e reprodução capitalista. No terceiro período evoluiu-se para uma mútua desintegração da regulação e da emancipação que foi transformada no duplo da regulação, desintegrando-se a ela própria (Santos, 2000: 152). Deste modo, o autor considera atualmente que o que é emancipatório não é o direito, mas o uso que movimentos ou organizações sociais que recorrem ao direito lhe dão, no âmbito das suas lutas (Santos, 2009a: 610).

1.2 Os modos de produção do direito nas sociedades capitalistas contemporâneas

Os estudos acerca da produção do direito (designadamente da oficial) são raros¹⁰². Guibentif (1993), ao efetuar uma revisão da literatura júri-sociológica sobre a “produção do direito”, constatou¹⁰³ que são numerosas as expressões usadas para designar aquele fenómeno, que inicialmente qualificou de modo genérico como elaboração do direito”¹⁰⁴. Assim, analisou as diversas expressões e conotações e confrontou-o com o conceito sociológico de produção¹⁰⁵.

¹⁰² Guibentif (1993) encontra os seguintes três fatores de explicação para a rarefação dos estudos sobre produção do direito: 1) as agências estatais estão mais interessadas no estudo do impacto das leis, o que orienta os sociólogos de direito para essa área; 2) a necessidade de também ter de recorrer a métodos de análise de conteúdo de ciência jurídica; 3) a convivência, nesta área, entre a sociologia do direito, a ciência política, a sociologia política e a ciência da administração levou a que, a primeira, tenha raramente abordado o estudo da elaboração do direito.

¹⁰³ Podem distinguir-se, segundo Guibentif (1993), três categorias. Em primeira linha, existem alguns poucos trabalhos que têm como tema principal a elaboração do direito, abordada em termos gerais (Chambliss, 1979, *On Lawmaking*; Santos, 1985, *On Modes of Production of Law and Social Power*). Para além disto, encontram-se trabalhos que se debruçam na elaboração do direito em determinados campos sociais. Trata-se principalmente de dois campos, onde aliás a sociologia do direito se tem mostrado particularmente ativa: o direito da família (Perrin, 1983; Lucke, 1991; Commaille e Hillcoat-Nalletamby, 1993) e o direito penal (Cohn e Gallagher, 1977; Savelsberg, 1987; Lascoumes et al., 1989; Robert, 1991). Finalmente, diversos trabalhos centram-se em certas modalidades de elaboração do direito, ou mais especificamente em aspetos destas. Trata-se principalmente dos trabalhos dedicados ao processo legislativo (Poitry, 1986; La Spina, 1987). Também poderão ser atribuídos a esta última categoria investigações dedicadas à formação da jurisprudência, pois, na medida em que no sistema jurídico as decisões anteriores vinculam os tribunais nas suas decisões futuras, deve considerar-se que os tribunais contribuem para a elaboração de novas normas jurídicas (Dezaley, 1985; Acker, 1990).

¹⁰⁴ Em Portugal, Guibentif (1993) recenseou alguns trabalhos sociológicos que abordam a elaboração do direito em domínios específicos, a saber o direito económico (Hespanha, 1980; Marques, 1986; Marques/Ferreira, 1991) a segurança social (Guibentif, 1985 e 1995) e a família (Barbosa et al., 1993), aos quais se pode acrescentar um estudo sobre as origens do Código Civil de 1966 (Mendonça, 1982). Refira-se, ainda, para o direito do desporto (Nolasco, 1999). Ainda segundo o recenseamento efetuado por Guibentif (1993), no âmbito de outras disciplinas, convém assinalar, por um lado, diversos trabalhos de historiadores, em particular sobre a legislação pombalina (Oliveira, 1982-1983), sobre a reforma da justiça civil – o vintismo (Vieira, 1992), sobre o tradicionalismo reformista

O conceito económico de produção, que significa elaborar algo (que satisfaça necessidades e contribua para a riqueza), foi retomado pela teoria Marxista, que desenvolve, nessa base, o seu conceito de “modo de produção”. Esta teoria defende que, na análise de uma determinada sociedade, deverá pensar-se como uma totalidade – o modo de produção – os mecanismos de criação de utilidades e riquezas, por um lado, e a organização das relações sociais, por outro (Giddens, 1972/1976: 79 ss.; Godelier, 1986)¹⁰⁶. Assim, o modo de produção capitalista, que assenta na dissociação entre força de trabalho e máquina, deverá gerir os conflitos entre burguesia capitalista e classe operária. Estas transformações do termo “produção” entre economia e marxismo permitem entender o sentido que os sociólogos usualmente investem na palavra “produção”, sentido que pode ser analisado em quatro elementos constitutivos: (1) falar em “produção” remete para a ideia de uma certa tecnologia (ideia que se herda tanto das conotações originais da palavra – saber fazer – como do modelo marxista da sociedade capitalista, caracterizada pela importância que nela reveste a máquina); (2) esta tecnologia proporciona ao homem os bens e serviços de que necessita (noção económica); (3) a utilização desta tecnologia implica divisões sociais que fazem da produção um processo conflitual, sobre o qual cada um dos diferentes intervenientes apenas tem um domínio parcial; (4) embora nenhuma força social possa pretender dominar este processo, pode dizer-se que esta tecnologia torna pensável uma sociedade que no seu conjunto proporciona a si própria as suas condições de subsistência, pensamento pelo qual uma sociedade se apropria da sua história (Guibentif, 1993).

Através de uma abordagem semântica do termo “produção” no discurso sociológico, confirmando a definição do conceito derivada da análise genética Guibentif (1993), reconstrói um conceito sociológico de produção e formula um conceito sociológico de produção de direito. Falar em produção do direito remeteria, em rigor, segundo este autor, para um modo de elaboração do direito, apresentando as

(Hespanha, 1982; Martins *et al.*, 1982) e sobre a elaboração do código civil de 1867 (Rodrigues, 1987). Por outro lado, existem diversos textos nos quais juristas tecem reflexões sobre a prática legislativa. Entre estes, são de mencionar em primeira linha as contribuições aos dois volumes sobre “A Feitura das Leis”, organizados sob a égide do I.N.A. (Miranda *et al.*, 1986), bem como reflexões sobre o processo legislativo no domínio penal (Dias, 1976) e sobre a produção normativa governamental (Gomes, 1989).

¹⁰⁵ Em vários textos utiliza-se a expressão “produção do direito” (Gomes, 1989; Santos, 1990a, 1990b, e Hillcoat-Nalletamby, 1993; Hutter, 1989; Lucke, 1991: 200 ss.). Mas são também frequentes as expressões “criação do direito” (*creation of law*: Cohn *et al.*, 1997; *création du droit*: Wroblewski, 1988; Robert, 1991) e “feitura da lei” (Miranda *et al.*, 1986; *lawmaking*: Chambliss, 1979, Savelsberg, 1987). Menos usuais, embora apareçam em diversos textos, são expressões utilizando o termo “construção” (Hespanha, 1980; Marques *et al.*, 1991). Finalmente, aparece, obviamente, a expressão “legislação” (Poitry, 1986; La Spina, 1987).

¹⁰⁶ Também citado por Guibentif (1993).

seguintes características: (1) faz intervir um dispositivo especializado; (2) o resultado da sua atividade beneficia de uma certa materialidade, o que significa, em particular, que pode circular e ter efeitos fora do contexto da sua elaboração; (3) resulta de um equilíbrio entre forças sociais mais ou menos antagónicas; (4) relaciona-se com o projeto mais amplo de autodefinição das sociedades modernas.

Mais recentemente, um conceito particular de produção do direito foi, segundo Guibentif (1993), proposto por Michael Hutter (Hutter, 1989). Este conceito foi elaborado a partir da teoria dos sistemas sociais proposta por Niklas Luhmann. No contexto desta teoria, o conceito de produção é definido por oposição ao conceito de autopoiese. A autopoiese define o modo de existir dos sistemas: trata-se de um processo permanente de auto-elaboração, obedecendo a regras definidas pelo próprio sistema e consistindo na transformação de matéria fornecida pelo próprio sistema. A produção consiste num processo de elaboração em que intervêm, além de elementos do próprio sistema, também elementos exteriores (Luhmann, 1984:40). O conceito de produção do direito derivado deste quadro teórico foi aplicado às relações entre economia e direito. Deste modo, a dinâmica interna destes dois sistemas sociais consiste num processo de autopoiese. Observam-se, no entanto, esforços, por parte do sistema económico, em orientar as transformações do sistema jurídico. Tratando-se de processos que não visam o próprio sistema económico, e cujo êxito depende em parte de algo de exterior ao sistema económico, a saber a autopoiese do direito, merecem a qualificação de produção. Fala-se assim em “produção de um ambiente jurídico [por parte] do sistema económico” (Hutter, 1989: 4)¹⁰⁷.

As principais diferenças entre este conceito de produção do direito e o conceito acima reconstituído são as seguintes. Em primeiro lugar, a sociedade em que tem lugar a produção do direito é caracterizada não tanto pela conflitualidade entre forças sociais, mas antes pela diferenciação entre sistemas sociais, cada um obedecendo a lógicas diferentes. Em segundo lugar, a distinção entre produção e autopoiese marca uma nítida fronteira entre o que acontece dentro do sistema jurídico (conceito que designa aproximadamente a mesma realidade que os conceitos de aparelho ou de campo) e o que se passa na periferia deste sistema. Em terceiro lugar, recorre-se, para a explicação do que se passa entre o sistema jurídico e os outros

¹⁰⁷ Idem.

sistemas, aos modelos elaborados pela teoria dos sistemas, envolvendo em particular os conceitos de “irritação” e de *structural coupling* (Luhmann, 1993; Teubner, 1992).

Segundo Guibentif (1993), Gunther Teubner, um dos autores que mais tem contribuído para a aplicação da teoria dos sistemas na sociologia do direito, refuta o conceito de produção de direito e intitulou a recensão que fez da obra de Hutter, “A produção alheia do direito”¹⁰⁸. Utilizando uma expressão que, segundo a teoria dos sistemas, deveria ser considerada como um pleonismo, Teubner admite, implicitamente, que o termo “produção”, sem especificação, conserva, para a maioria dos sociólogos do direito, o significado do sociólogo usual e não o que lhe confere a articulação com o conceito de autopoiese. Ainda para Guibentif (1993), a investigação disponível¹⁰⁹ revela uma séria limitação do conceito teórico, tanto na sua versão usual, como na proposta por Boaventura de Sousa Santos (1995 e 2000) – que analisarei de seguida – por não permitirem um modelo das conexões entre os conflitos sociais, por um lado, e o que se passa dentro do aparelho, por outro. Neste domínio deve recorrer-se, segundo o autor, ao conceito sistémico da produção do direito. Este sugere que sejam em primeiro lugar reconstituídos os conflitos – expressos em tomadas de decisões e debates – dentro de cada sistema ou campo social identificado, para tentar apenas numa segunda fase uma comparação entre os diferentes conflitos, por assim dizer paralelos. Será então possível interpretar certas controvérsias no seio do aparelho de produção do direito como resultado, por um lado, das conexões entre sectores sociais e sectores jurídicos, e, por outro lado, dos constrangimentos próprios de cada um dos sectores¹¹⁰.

Boaventura de Sousa Santos (1985; 1995; 2000) foi o autor desde os anos oitenta que, a nível internacional, teorizou de forma mais abrangente os “modos de

¹⁰⁸ Em alemão e no original *Die Fremdproduktion von Recht* (Guibentif, 1993).

¹⁰⁹ Alguns estudos confirmam uma certa autonomia do aparelho de produção do direito face ao seu contexto social. Para o caso português, veja-se, por exemplo, a «relativa autonomia», verificada por Jorge Miranda, do processo de revisão constitucional apresentado na Assembleia face aos projetos oriundos da sociedade civil (Miranda *in* Miranda *et al*, 1986:52), ou o “descomprometimento” da comissão encarregada da elaboração do projeto do novo código civil com os valores da época (Mendonça, 1982: 853). Todavia as investigações empíricas evidenciam também conexões entre estas duas esferas. A emergência do conceito moderno da propriedade corresponde ao que se chamou uma “apetência normativa” do modo de produção capitalista (Hespanha, 1980:218). Recentes evoluções da doutrina em direito dos negócios podem ser interpretadas como ligadas a certos interesses de grandes empresas de serviços financeiros (Dezalay, 1993). A natureza autoritária de um regime político condicionará em larga medida a legislação, nomeadamente no domínio do direito social (Guibentif, 1985). Apesar das ruturas políticas, pode falar-se em “linhas de continuidade no enquadramento jurídico-institucional da economia portuguesa” (Marques, 1986: 267), ligadas à permanência de certas constelações de interesses na economia portuguesa.

¹¹⁰ Operacionalizado desta forma, desde que aceitando os enriquecimentos que propõem os seus críticos e a teoria dos sistemas sociais, o modelo da produção do direito oferece, portanto, bons instrumentos de observação e intervenção do que se poderia chamar casos singulares de produção do direito (Guibentif, 1993).

produção de direito”. Defende, como já analisei, que há na sociedade uma pluralidade de ordens jurídicas, de formas de poder e de conhecimento e, conseqüentemente, uma pluralidade de modos de produção de direito, poder e conhecimento. A tese principal de Santos (2000: 253) é, em primeiro lugar, que as sociedades capitalistas são formações ou constelações políticas, constituídas por seis modos básicos de produção de poder que se articulam de maneiras específicas. Esses modos de produção geram seis formas básicas de poder que, embora inter-relacionadas, são estruturalmente autónomas. Em segundo lugar, as sociedades capitalistas são formações ou constelações jurídicas, constituídas por seis modos básicos de produção do direito. Estes modos de produção geram seis formas básicas de direito que, embora inter-relacionadas, são estruturalmente autónomas. Em terceiro lugar, as sociedades capitalistas são formações ou constelações epistemológicas, constituídas por seis modos básicos de produção de conhecimento que se articulam de maneiras específicas. Estes modos de produção geram também seis formas básicas de conhecimento que, embora inter-relacionadas, também são estruturalmente autónomas.

O autor distingue seis espaços estruturais: o espaço doméstico, o espaço da produção, o espaço do mercado, o espaço da comunidade, o espaço da cidadania e o espaço mundial. Estes espaços são os conjuntos mais elementares e mais sedimentados de relações sociais nas sociedades capitalistas contemporâneas. A distinção e a autonomia estrutural dos seis espaços estruturais são resultado de um longo processo histórico, e ainda hoje eles se apresentam de forma diferente no centro, na periferia e na semiperiferia do sistema mundial, devido, em grande medida, às diferentes trajetórias históricas em direção à modernidade ocidental. Nestes espaços produz-se direito, na conceção ampla atrás referida. Ora, como uma conceção como esta pode redundar na trivialização total do direito – se o direito está em toda a parte, não está em parte alguma – Santos (2000: 269) defende que, de entre a enorme variedade de ordens jurídicas circulando na sociedade, seis são particularmente relevantes por estarem ancoradas nos seis conjuntos estruturais de relações sociais, e serem, ao mesmo tempo, constituídas por eles e constitutivas deles. Como sucede com todas as outras dimensões, em campos sociais concretos, as formas de direito operam em constelações de juridicidade (ou melhor, de juridicidades): formas de direito diferentes, combinando-se de modo diferente, de acordo, com o campo social específico a que

forneem a ordenação normativa. A natureza jurídica da regulação social não é o atributo exclusivo de uma determinada forma de direito, mas sim o efeito global de uma combinação de diferentes formas de direito e dos seus respetivos modos de produção.

1.2.1 O modo de produção do direito de acesso ao direito da família e das crianças

No presente capítulo de enquadramento teórico deste trabalho analisarei sucintamente os espaços estruturais de produção do direito preponderantes na produção do direito da família e das crianças e na regulação dos seus conflitos, ou seja, os espaços doméstico, da comunidade, da cidadania (ou do Estado-Nação) e do mundo e, ainda, na produção do direito relativo aos meios de acesso ao direito e à justiça de família e das crianças onde preponderam os espaços do mercado, da comunidade, da cidadania e mundial. A interpenetração entre os modos de produção destes dois direitos autónomos na dogmática jurídica é necessária para conseguir respostas às hipóteses que irei formular no quarto capítulo.

O “direito doméstico”, segundo Santos (2000: 270-281) é um conjunto de padrões normativos e de mecanismos de resolução de litígios que emergem das relações sociais no agregado doméstico. É, em regra, informal, intersticial e desigual entre os membros da “família” em função das relações de desigualdade de base patriarcal, que varia amplamente no tempo e no espaço em função da cultura, classe, religião, etc.. No direito doméstico, a combinação da retórica, violência e burocracia, enquanto elementos estruturais do direito, varia em função do conflito, sendo que quer a retórica ou a violência podem ser polarizadas em torno do homem/marido/pai. O não pagamento de alimentos aos filhos, a violência doméstica e a negligência, maus-tratos e/ou abuso sexual de crianças são as expressões mais comuns de combinações de direito doméstico dominadas pela violência.

O espaço doméstico é, assim, um campo social complexo onde o direito do Estado relativo às relações familiares e o direito doméstico se envolvem num constante processo de interação, negociação, compromisso, conflito, reforço e neutralização mútuos. A crise do Estado-Providência e as crises que lhe sucederam, ao desregular e desjudicializar, diminuiu o papel do direito do estado, assumindo o direito

doméstico um papel mais forte na constelação de juridicidades que regulam as relações domésticas ou de família¹¹¹.

O direito doméstico e o direito estadual da família têm estado, ao longo dos últimos trinta anos, em mutações permanentes, como analisarei num próximo capítulo, para o direito estadual civil da família e de proteção das crianças em perigo, pelo que “as famílias” são regidas por constelações jurídicas compostas por complexas combinações de direito doméstico, direito de produção, direito estatal (constitucional, laboral, segurança social, criminal, civil, etc.) da família, em que tem havido uma retração do direito civil, uma expansão do direito social e do direito criminal e, em simultâneo, um caminho para a contratualização e privatização e para a republicização (Commaille, 1991; Picontó-Navales, 1997; Pedroso, Branco e Casaleiro, 2010).

Assumo a hipótese, como referi, que em Portugal o novo direito estadual de família e das crianças, que se vem constituindo desde 1977 na sequência da alteração do regime político de 1974 e da Constituição da República Portuguesa de 1976, tem uma grande discrepância com o direito da realidade social, o que ainda torna mais relevante o objeto deste trabalho para analisarmos a relevância ou irrelevância dos meios de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Sem estes meios, a hipótese é que a referida discrepância aumenta substancialmente.

O direito doméstico constela-se com todas as outras formas, em particular com o direito estadual – o direito do espaço da cidadania –, que tende a estar mais difundido nos diferentes campos sociais do que qualquer outra forma de direito e a considerar o campo jurídico como exclusivamente seu. O direito estadual de família visa atualmente “democratizar as relações de família”, promovendo a igualdade entre os adultos do casal e tornando as crianças sujeitos de direitos, assumindo a sua natureza híbrida de direito público e direito privado, ao mesmo tempo regulando o espaço privado e o espaço público, trazendo para o espaço público as desigualdades e as violações dos direitos das crianças através da ação do Estado, para promover a cidadania, e da comunidade através das suas associações de promoção e defesa dos referidos direitos.

¹¹¹ Já Ehrlich (2002: 111) escrevia que no direito de família, o que aqui atrai mais proximamente o observador é a contradição entre a real regulação familiar e a que o código manda. Mal pode existir na Europa um país onde a relação entre marido e mulher, entre pais e filhos, entre família e o mundo exterior, como se forma realmente na vida, corresponda às normas do direito positivo, ou onde os membros da família, na qual há uma semelhança de vida familiar, tentem fazer cumprir, uns contra os outros, os direitos que a letra da lei lhes confere.

O direito da comunidade, como sucede com o próprio espaço da comunidade onde é produzido, é uma das formas de direito mais complexas, na medida em que cobre situações extremamente diversas. Pode ser invocado tanto pelos grupos hegemônicos como pelos grupos oprimidos, pode legitimar e reforçar identidades imperiais agressivas ou, pelo contrário, identidades defensivas subalternas, pode surgir de assimetrias de poder fixas e irreconciliáveis ou, pelo contrário, regular campos sociais em que essas assimetrias quase não existem ou são meramente circunstanciais. As constelações de direito para as quais ele contribui são, por isso, muito diversificadas. As que envolvem o direito estatal têm, geralmente, um grande impacto na vida das pessoas, sobretudo nas que pertencem a grupos de excluídos (Santos, 2000: 277). As associações de promoção dos direitos das mulheres, das crianças, contra a violência doméstica, de defesa da igualdade de gênero, desempenham um papel fundamental no espaço da comunidade, desenvolvendo normas, redes de promoção dos direitos e de acesso ao direito e à justiça e de proteção dos mais vulneráveis, em regra, mulheres e crianças.

A comunidade e o Estado intervêm nas relações familiares na construção da constelação jurídica do direito doméstico e da família, com o referido duplo objetivo de atenuar a desigualdade ditada pelas relações patriarcais e de potenciar e promover os direitos dos que estão numa relação de vulnerabilidade. O direito da família, em sentido amplo, como referi, acaba por ser atualmente um dos meios que os Estados-Nação dispõem para regular e intervir na promoção da igualdade e dos direitos dos membros da família, assumindo em alguns estados, como em Portugal, essa proteção mesmo uma dimensão constitucional de um direito social, cabendo ao Estado promover esses direitos.

Segundo Santos (2000: 278), é necessário ter em consideração que o direito estatal tende a sobrestimar as suas capacidades regulatórias e a prometer mais do que aquilo que pode oferecer. Mas, e pela mesma razão, tem também assegurada uma prioridade organizativa nas constelações de direitos, dado que todas as outras formas de direito tendem a tomar a sua presença por garantida e a organizarem e maximizarem a sua própria intervenção e eficácia regulatória em redor dos limites, falhas e fraquezas do direito estatal. Um dos aspetos mais controversos é, assim, saber se o direito estadual de família, com a participação e a influência das associações de mulheres e defesa dos direitos das crianças, trouxe as relações de família, de igualdade

de género dentro da família, de promoção dos direitos das crianças para o espaço da cidadania e também da comunidade ou se preponderantemente se continuam a situar no espaço do doméstico e da “desigualdade patriarcal”.

Por último, o direito sistémico – o direito da integração normativa – é a forma de direito do espaço mundial, o conjunto das regras e padrões normativos que organizam a hierarquia centro/periferia e as relações entre os Estados-Nação no sistema inter-estatal e dão coesão ao sistema mundial. Tal como as outras formas estruturais de direito (à exceção do direito estatal), o direito sistémico nem sempre é socialmente construído como direito pelas partes envolvidas ou afetadas pelas suas exigências normativas. O direito sistémico está para o direito internacional como o direito doméstico, o direito da produção, o direito da troca e o direito da comunidade estão para o direito territorial do Estado: existe no reverso da juridicidade oficial que governa as relações entre Estados-Nação – umas vezes complementando-a, outras, contradizendo-a e minando-a (Santos, 2000: 278).

Ao nível do espaço mundo, como produção de direito, interessa especialmente a este trabalho o direito internacional (interestadual) vigente em Portugal, o direito do Conselho da Europa e da integração regional dos Estados-Nação, ou seja o da União Europeia. Como analisarei infra, o Conselho da Europa e a União Europeia são também promotores de transformação do direito da família e do apelo à constituição de regimes jurídicos e de políticas de acesso ao direito e à justiça.

1.2.2 A constelação e a interlegalidade do direito do acesso ao direito da família e das crianças

O direito estatal abrange uma multiplicidade de subcampos, uma variedade de tipos de juridicidade, cada qual com um carácter próprio e uma específica trajetória histórica, do direito constitucional, do direito do trabalho ao direito da família. A análise que pretendo efetuar interpenetra os modos de produção do direito estatal da família e das crianças com o do acesso ao direito e à justiça, dado que um sem o outro não garante a efetividade dos direitos. Os direitos da família e das crianças e do acesso ao direito e à justiça, enquanto subcampos do direito estadual em Portugal, são também produzidos no espaço mundial e dentro deste nos espaços regionais do Conselho da Europa e da União Europeia e constela-se, como vimos, com o direito sistémico, na versão direito de integração regional (direito comunitário ou europeu), com o “direito da comunidade” e com o direito doméstico.

Quadro I- Constelação jurídica do direito de acesso ao direito da família e das crianças em Portugal (do transnacional ao local)

Instituição da produção	Interlegalidade do direito da família e das crianças
Espaço Mundial (associações): <ul style="list-style-type: none"> • Espaço interestadual do Conselho da Europa • Espaço da União Europeia 	Associações contra a violência doméstica e de promoção dos direitos das crianças
Espaço Mundial (instituições): <ul style="list-style-type: none"> • Espaço interestadual do Conselho da Europa • Espaço da União Europeia 	Tratados: Tratados Internacionais Hard law (diretivas, regulamentos) – igualdade de género/direito de acesso à justiça Soft law (guidelines, planos...) – conciliação da vida familiar e profissional/acesso ao direito e à justiça
Estado	Direito Constitucional de família/acesso ao direito
	Direito Penal (proibição de comportamentos): violência doméstica
	Direito do Trabalho (licenças parentais)
	Direito da Segurança Social (proteção à maternidade e paternidade)
	Direito Civil de Família (igualdade de género; responsabilidades parentais)
	Regime Jurídico do Apoio Judiciário
	Tribunais, Ministério Público, Conservatórias do Registo Civil e Sistema Público de Mediação Familiar, apoio judiciário e parceria com a comunidade (CPCJ)
Mercado	Advogados (mercado e apoio judiciário)
	Seguros jurídicos
Comunidade (Ass. e cooperativas)	Informação Jurídica
	Apoio e Ação Social (violência doméstica, direitos das crianças)
	Serviços de mediação e conciliação
	Parceiros do Estado para elaboração de normas jurídicas estaduais e na resolução de litígios (CPCJ)
Espaço Doméstico	As relações sociais de família, parentesco, etc. .Uso (ou não) do direito estadual; Autocomposição (por vezes assistida por terceiros)

Fonte: Adaptado de Pedroso (2002)

A produção do direito da família e das crianças e do acesso ao direito e à justiça na sociedade portuguesa, que na aceção ampla defendida inclui também a resolução de litígios, é um campo de tensão e contradições entre regulação e emancipação. Por um lado, temos a promoção do princípio da igualdade (jurídica e substantiva), do direito a constituir família, da defesa dos direitos das crianças e, ainda, do acesso ao direito e à justiça e, por outro lado, temos a manutenção das desigualdades patriarcais no seio das “relações domésticas”, o que cria o paradoxo criticado pelo pensamento feminista de que a igualdade do direito estatal pode ocultar as desigualdades do espaço doméstico, o que se reflete na desigualdade no acesso à efetividade dos direitos. Consequentemente, os direitos da família e das crianças e do acesso ao direito e à justiça têm uma forte dimensão de interlegalidade (quadro I).

A análise da constelação jurídica do direito de acesso ao direito da família e das crianças na sociedade portuguesa – quadro I - permite encontrar normas, no sentido anteriormente definido, do espaço transnacional ao espaço local. Ao nível supraestadual e interestadual (tratados internacionais) do Conselho da Europa e regional da União Europeia, como se analisará, tem-se balanceado entre a *hard law* e a *soft law*, assumindo especial relevância a estratégia de entranhamento da *soft law*, decorrente das Resoluções do Conselho da Europa e das *guidelines* e documentos de natureza similar da UE.

Ao nível estadual, alguns estados, como Portugal, consagraram nas suas constituições a proteção da família, a igualdade jurídica entre os cônjuges, e dos direitos das crianças e o direito de acesso ao direito e à justiça, havendo ao nível da comunidade algum ativismo das referidas ONGs de defesa da igualdade de género, dos direitos das mulheres, contra a violência doméstica e de defesa dos direitos das crianças, o que permite um uso do direito da família pelo Estado (ação da administração pública e do Ministério Público) em articulação com estas entidades da comunidade num sentido de promoção da dignidade humana, da igualdade dos direitos, ou seja, emancipador.

Esta “ação pública” entre o direito e a ação, das instituições e associações do espaço mundial, e do Estado e da comunidade permite compensar as normas ordenadoras das relações desiguais de família no espaço doméstico.

A informação sobre os direitos, o aconselhamento e representação jurídica estão dependentes, em grande parte, do mercado de compra e venda de serviços jurídicos e a sua conseqüente inacessibilidade para quem não tenha suficiência de meios para comprar tais serviços. O próprio mercado já tentou corrigir essa sua falta através de seguros jurídicos, com relevância, em regra, reduzida, mas muito diferenciada, conforme cada sociedade e Estado.

Assim, na atual constelação de interlegalidade do direito de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças a ação do Estado e da comunidade são essenciais, como analisarei mais à frente, para a efetividade dos referidos direitos.

1.3 Acesso ao direito e à justiça da família e das crianças: um direito fundamental, humano e (também) social

1.3.1 De direito constitucional fundamental (direito, liberdade e garantias) a direito humano e a direito social

A produção do direito de acesso ao direito e à justiça, como se referiu na secção precedente e anteriormente no capítulo, tem uma forte centralidade no direito constitucional com origem na teoria constitucional liberal. Assim, o acesso ao direito e à justiça é consagrado nas constituições dos Estados do século XIX ao século XXI, como inerente à ideia de Estado de Direito e como uma garantia essencial para a proteção dos direitos fundamentais, como acontece com o artigo 20.º, da CRP de 1976 (Canotilho e Moreira, 2007).

A doutrina constitucional faz entre os direitos fundamentais a separação entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais. Os primeiros garantem genericamente o acesso individual a bens de liberdade individual, autonomia pessoal e participação política, enquanto os segundos garantem o acesso individual a bens económicos, sociais e culturais relacionados com o bem-estar e as condições materiais de vida (Novais, 2010: 340). Consequentemente a CRP de 1976 (e as suas revisões) incorpora esta dicotomia entre direitos, liberdades e garantias, de conteúdo negativo realizados diretamente através da lei e direitos sociais de conteúdo positivo, decorrentes do Welfare State, da necessidade de prestações do Estado ao indivíduo como forma de diminuir as desigualdades sociais (Canotilho, 2003: 335 e ss.).

Segundo Vieira de Andrade (2009: 366 e ss.), as normas constitucionais relativas aos direitos sociais implicam da parte do Estado, em primeira linha, um dever de legislar, de forma concreta, as medidas necessárias para tornar exequíveis essas mesmas normas, incluindo a garantia pública de existência de um sistema de prestações de bens e serviços, o que, se não for cumprido pelo Estado, ou o for de forma deficiente, significa estarmos perante uma omissão legislativa. Ora, tal não se verifica na norma ínsita no artigo 20.º da CRP, mesmo que o direito de acesso ao direito e aos tribunais implique uma dimensão prestacional por parte do Estado, sobretudo a existência de um sistema judiciário funcional, efetivo e célere, ao qual todos, independentemente da sua condição económica, tenham acesso, mesmo que a Constituição não garanta a gratuitidade da justiça nem sequer imponha medidas concretas, mas sim um princípio impositivo, abstrato, de acesso ao direito e à justiça, para todos.

Em termos de direito constitucional, nos termos do artigo 20.º e 18.º, n.º I, da CRP, como se analisará no capítulo V, o acesso ao direito e à justiça é um direito

fundamental diretamente aplicável a entidades públicas e privadas ainda que esteja dependente de prestações do Estado (tribunais, juízes, regime de apoio judiciário, etc.).

O conteúdo do referido artigo 20.º, da CRP – ver capítulo V – tem evoluído no sentido de deixar de ser um mero dever de conteúdo negativo ou garantia de um processo justo ou *due process*, para incorporar dimensões mais complexas como a garantia institucional do acesso aos tribunais para proteção dos direitos individuais e coletivos, pelo indivíduo e por outras instituições, ou seja de uma proteção jurisdicional, com acesso igualitário, com decisões e a sua execução efetiva, em tempo razoável (Canotilho, 2003: 494-501).

A divisão dicotómica entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais está hoje em crise (Canotilho, 2008:120; Novais, 2010:359; Nunes, 2008:70 e ss.; Ruiz, 2008:44). Mas, Novais (2006:34) também relembra que os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais face ao estado, pelo que ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado. Nesse sentido, defende o autor, segundo a conceção dos direitos como trunfos ter um direito fundamental significa duas coisas: de um lado, e no que respeita às relações entre indivíduo e Estado, significa ter uma posição, juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política; de outro lado, e no que respeita às relações entre particulares, significa também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças e lesões provindas de terceiros, mesmo quando, ou sobretudo quando, esses terceiros formam uma maioria ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares, ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica.

Assim, este estudo não estará limitado às distinções da dogmática do direito constitucional pelo que se considera que o acesso ao direito e à justiça tem a natureza de um direito fundamental e conseqüentemente é um “trunfo” democrático relevante contra as desigualdades, que tenham origem no Estado, nas relações de poder existentes na sociedade ou menos em outros indivíduos.

Mas, ter-se-á em conta, como se analisará no capítulo V, que o acesso ao direito e à justiça também é um direito humano, com origem no direito internacional, fundado na dignidade da pessoa humana, que permite a realização de todos os direitos

fundamentais – civis (direitos, liberdades ou garantias) e sociais – ou seja, a efetividade dos direitos individuais e coletivos (Cappelletti e Garth, 1978).

Ora, para conseguir este desiderato, o direito de acesso ao direito e à justiça está dependente de uma dimensão prestacional do Estado, como se referiu, que o aproxima dos referidos direitos sociais e não lhe retira as referidas dimensões de direito fundamental e de direito humano.

A análise destas três dimensões do direito de acesso ao direito e à justiça são muito interessantes numa perspetiva sociojurídica e permitem explicar tensões e condições na sua produção no direito estadual e supraestadual.

No atual campo de luta político-jurídica sobre a dimensão positiva dos direitos sociais e da dimensão de prestação do Estado fundamentalmente dependente da disponibilidade material do Estado e, assim, de conceção político-ideológica dominante em cada momento histórico (Novais, 2010: 340 e ss. e Loureiro, 2010: 55 e ss.) será interessante e relevante analisar de que modo as dimensões de direito fundamental e direito humano são invocadas como argumentos para a manutenção e desenvolvimento do sistema de acesso ao direito e à justiça, em cada Estado¹¹² e, em cada, momento.

1.3.2 Um conceito de direito social: a superação da dogmática jurídica civil

O direito da família e das crianças, tendo origem no direito civil, apela simultaneamente, como analisarei no capítulo VII, para o contratualismo e para a privatização das relações familiares entre adultos, mas apela à defesa do interesse público, à regulação pública quando estamos perante situações de violência doméstica, adoção, ou proteção de “crianças em perigo”. Ora, a igualdade entre “desiguais” nas relações de família e a referida defesa dos interesses públicos apelam a um direito e a uma justiça a que todos consigam ter acesso individual ou coletivamente. Consequentemente, o Estado e a sociedade têm de estar dotados de instrumentos que permitam evitar a exclusão social de todos aqueles que podem ou não conseguem aceder ao direito e à justiça de família legislado e garantido constitucionalmente pelo Estado. O modo de conseguir tal objetivo é considerar que do referido direito são indissociáveis os modos de lhe ter acesso, pelo que o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças deve ser considerado como um direito social. Este conceito não

¹¹² Em Portugal, o Tribunal Constitucional, no conhecido acórdão sobre as alterações ao Rendimento mínimo garantido/rendimento social de inserção, foi com fundamento na dignidade humana (e não nos direitos sociais) que declarou inconstitucional determinadas restrições a esse direito social.

é imune ao conceito da dogmática do direito constitucional de direitos sociais, como se referiu na seção anterior, mas não se confunde com ele. Este conceito apela a um modelo de direito distinto da dogmática jurídica (quadro 2).

O direito social emerge durante o Estado-Providência e assume-se como um meio de ação do Estado-Nação para fazer face às consequências da exclusão social. As características desse “direito social” (apresentadas de modo esquemático e comparativo no quadro 2) residem no facto de que muitas das suas regras, normas e princípios tratam de valores imateriais (como aqueles que estão presentes no direito à habitação, à proteção do ambiente, à segurança social) e destinam-se não aos indivíduos mas a grupos sociais ou comunidades de pessoas. Historicamente, os conceitos e as categorias de um direito com essas características têm a sua origem nas áreas da segurança social, da responsabilidade civil e dos acidentes de trabalho (Faria, 1997: 304). Mais tarde, esses conceitos, essas categorias, essa racionalidade e essas técnicas são estendidos para outros importantes ramos do direito moderno (como o direito ambiental, o direito das obrigações, o direito agrário, o direito urbanístico, o direito administrativo e, também o direito do consumidor), assegurando ao Estado um considerável aumento (e complexidade) dos seus instrumentos normativos e “prestacionais”. O que pretendo questionar e colocar na agenda científica e de investigação é a necessidade de o acesso ao direito à justiça da família e das crianças ser considerado como um direito social.

Enquanto o tradicional sistema legal de garantias individuais forjado pela dogmática jurídica era altamente seletivo e impermeável a conteúdos materiais, exigindo do Estado, basicamente, uma atitude de não interferência, o “direito social” é interveniente e compensatório, promovendo, deste modo, uma *seletividade inclusiva*¹¹³. Contrapondo-se à ideia de *igualdade*, na aceção formal do termo, que é um dos pressupostos básicos do paradigma da dogmática jurídica, o direito social é, deste modo, um “direito das desigualdades” ou de “discriminações positivas”¹¹⁴ (Faria, 1997: 304-306).

¹¹³ Por outras palavras, necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade; políticas e programas especialmente formulados, implementados e executados com o objetivo de concretizar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com a sua positivação. Oriundos das mais variadas fontes materiais, muitas delas conflituantes entre si, e editados em tempos distintos, tutelando interesses que nem sempre são combináveis e conciliáveis, esses textos destacam-se por exigir tratamentos diferenciados em favor de determinados segmentos sociais (Faria, 1997: 305).

¹¹⁴ Esta é uma noção impossível de ser definida a priori, afirmam dois conhecidos analistas. “Não caracteriza como uma forma jurídica específica de atividade ou tipo de trabalho economicamente determinado um conjunto de experiências práticas sociais: práticas cujo principal ponto comum é precisamente o de tentar

Quadro 2 - Dois “tipos ideais” de direito: características básicas

Caraterísticas	Modelo de Direito	
	Dogmática Jurídica	"Direito Social"
Conflito predominante	inter-individual	coletivo
Funções do direito	controle social e certeza jurídica	mudança e integração
Efetividade da norma	self-executing	dependente de um welfare commitment
Sistema jurídico	fechado e autónomo com relação ao meio social	aberto e sensível às contínuas pressões do meio social
Conceção de justiça	formal; comutativa	material; compensatória, distributiva e niveladora
Critério básico de interpretação	exegese	ponderação e balanceamento
Orientação hermenêutica	carácter lógico-dedutivo	socialização do julgamento
	fidelidade à lei	normalidade como referência – limite
Resultado	estrito	amplo
Efeitos	sobre as partes do processo	sobre grupos, classes e coletividades
	modelo vencedor/vencido	equilíbrio social
Envolvimento dos tribunais	emissão de um julgamento	envolvimento continuado

Fonte: Faria (1997: 313)

O desafio interposto aos “operadores” do direito não é mais “pensar uma situação em função das categorias jurídicas abstratas do direito civil”, nem, muito menos, interpretar o conteúdo das suas normas a partir de critérios rigorosamente lógico-formais e de estrita legalidade. O sujeito de direito cede o seu lugar ao assalariado, ao consumidor, ao profissional, às crianças, às vítimas de violência, às pessoas em situação de desigualdade e vulnerabilidade. A noção de contrato estiliza-se numa multiplicidade de tipos de contratos suscetíveis de ser, cada um deles, regido por uma regulamentação “particular”, o que, por consequência, termina acarretando “o problema de uma racionalidade jurídica cujas categorias já não seriam definíveis *a priori*, mas tão só *a posteriori*”¹¹⁵.

O “direito social” que não se limita a tratar do trabalho e da segurança social, como compensadores de desigualdades. Esse direito “não pode ser definido pelos objetos de que trata, mas antes por aquilo que fez com que tais objetos se tivessem

combater a exclusão. Da parte dos princípios, o conceito de integração deriva da consciência de que é necessário ir além do ponto de vista legal na apreensão das relações de obrigação social (ponto de vista que caracteriza o conceito exclusivo de solidariedade implementado pelo Estado-Providência). Por enquanto, apenas delimita uma zona fluida, que é apoiada apenas pelas recusas (raciocínio contínuo em termos de direitos sociais clássicos) ou perplexidades. É esta zona que agora temos de estruturar positivamente para compreender e atuar ao mesmo tempo. A luta contra a exclusão convida assim a compreender os novos termos da conquista de direitos além dos direitos e liberdades tradicionais, direitos-alegações (...). A luta contra a exclusão convida a explorar um terceiro tipo de direitos de integração, no qual o direito à inclusão surge como a figura principal”. (Cf. Jean Paul Fitoussi e Pierre Rosenvallon, 1996: 211-212).

¹¹⁵Para uma análise das origens desta conceção de direito social e da própria contribuição de Ewald ver Antoine Garapon (1991). Para uma análise do impacto desse tipo de direito no âmbito do poder judiciário ver Manuel Maria Zorrilla Ruiz (*apud* Faria, 1997).

tornado suscetíveis de um tratamento jurídico; direito social designa uma certa técnica, uma certa maneira de dizer o direito, articulada com um certo tipo de racionalidade jurídica, um tipo de jurisdição”; designa, também, uma determinada "maneira de pensar a questão das pontes do direito, as relações entre o facto e o direito e a questão de juridicidade". Por esse motivo, diz Ewald em outro importante texto, o “direito social” não deve ser compreendido como um complemento do direito privado; pelo contrário, ele esvazia-o na medida em que implica a substituição da adjudicação tradicional pela promoção de acordos baseados em sacrifícios e concessões mútuas, que são obrigadas a renovar-se continuamente; antes de se preocupar com a certeza jurídica, o “direito social” enfatiza a solidariedade como um compromisso em torno do qual os comportamentos são socialmente aceites (Ewald, 1986: 128 e 153).

As leis “sociais” são uma condição necessária (embora não suficiente) de legitimação do Estado. Tais leis, em vez de se cingirem apenas à definição das “regras do jogo”, são especialmente concebidas para intervir no jogo. Os teóricos do “direito social” costumam afirmar que a tradicional oposição entre interesses particulares e interesses gerais, tão valorizada pelo paradigma da dogmática jurídica em função das suas bases contratualistas e liberais, deveria ser substituída pelo reconhecimento de interesses *coletivos*. Em matérias como a proteção contra acidentes de trabalho, desemprego, proteção ao consumidor, políticas públicas nas áreas de saúde, proteção social, educação e formação profissional, acesso ao direito e à justiça, designadamente em matéria de família e das crianças, a aplicação do direito não é feita a um *vizinho*, no sentido geográfico, mas ao *próximo*, no sentido sociológico. Decorre justamente daí, no desenvolvimento e na aplicação desse tipo de direito, a necessidade de uma política pública ou de parceria entre o Estado e a comunidade numa política de ação pública (Commaille, 2009) e a importância de se utilizar uma estratégia hermenêutica especialmente concebidas para permitir a adequação do sistema normativo à realidade socioeconómica (Faria, 1997: 310) de quem lhe quer aceder.

1.4 O direito da família e das crianças e o acesso ao direito e à justiça e a sua relação com a mudança social normal

O acesso ao direito e à justiça é, conseqüentemente, uma questão que faz sentido dentro de um Estado social, ou melhor, é um dos problemas básicos do cidadão do Estado social, como analisaremos nos próximos capítulos. A relação do

Estado-Providência com seus cidadãos era mediada pelos *direitos sociais*¹¹⁶. Mas, neste período de crises sucessivas, os direitos sociais não perderam centralidade, dado que a sua manutenção e consolidação é essencial e constitutiva das democracias no século XXI. É clássica, como já referi, a distinção entre direitos civis, políticos e sociais feita por Marshall (1963: 7375), considerando que os direitos civis, sendo direitos de liberdade individual, têm nos parlamentos o paradigma da sua efetivação, enquanto os direitos sociais são mecanismos de distribuição dos benefícios sociais e minimizam alguns “impactos negativos” do mercado.

Os direitos sociais não dizem respeito só ao proibido, mas sobretudo ao que é devido e esperado – contra a lógica da punição (penalização), a lógica da prevenção. Os direitos sociais implicam não mais a liberdade, mas a vida como valor fundamental (Ewald, 1986: 25). O acesso ao direito e à justiça é inerente ao Estado e à qualidade da democracia, ao democratizar as relações entre os excluídos e o Estado e no caso da família e das crianças ao democratizar as relações no espaço doméstico.

Nestes termos, uma política nacional de acesso ao direito e à justiça visa, entre outras coisas, aumentar a qualidade da democracia, a igualdade, o respeito pelos direitos e a qualidade de vida no espaço doméstico. O seu objetivo não pode ser só a satisfação de cada um em particular, mas deve ser também a qualidade da democracia e da vida no espaço doméstico. Resta ao Estado – ou seja, poderes legislativo, executivo e judicial – dar instrumentos aos mais vulneráveis, sempre que necessário, e tais instrumentos são dados por *políticas públicas* ou pela participação do Estado em políticas de “ação pública” (que incluem a legislação, a regulamentação, programas – com verbas para recursos materiais e pessoais – e também, mas não só, a ação fiscalizadora nas atividades reguladas). O dever do Estado, portanto, não gera só um direito subjetivo individual tradicional, em princípio, mas um direito social cuja responsabilidade correspondente é, em primeiro lugar, pelo menos política.

O direito do trabalho e o direito da segurança social constituíram sistemas de proteção social do trabalhador perante eventualidades, como a doença, o desemprego ou o acidente de trabalho. A construção de um sistema análogo de seguro legal obrigatório poderia ser pensado no âmbito do acesso ao direito e à justiça, mas, por ora, a técnica utilizada tem sido, em Portugal, na área da família e das crianças, a de um sistema assistencial de isenção de custas e nomeação de advogado a quem não tenha

¹¹⁶ François Ewald (1986: 16) lembra que o *direito social* é um direito de proteção contra os acidentes ou azares da vida social.

recursos, híbrido com a atribuição ao Ministério Público da representação dos direitos e do interesse superior das crianças. A constituição e efetividade do acesso ao direito e à justiça enquanto direito social é um híbrido de direito público com recurso ao mercado, para a “contratação de advogados”, com a participação da comunidade (divulgação de direitos; ação social; participação em instâncias de resolução de conflitos), o que permite ao Estado compensar as desigualdades sociais produzidas no espaço doméstico, o que apela à reflexão sobre a “velha” questão da relação entre direito e mudança social. Commaille (1999: 511-513) parte da constatação da interdependência entre mudança social e mudança jurídica e ao conceber todas as relações possíveis entre esses dois termos e, citando Wróbleswski, propõe quatro tipos de situações: a mudança da lei e mudança social; a mudança da lei sem mudança social; nenhuma mudança da lei e mudança social; nenhuma mudança da lei e nenhuma mudança social¹¹⁷.

O interesse dessas reflexões teóricas é evidente, na medida em que oferecem modelos de relação entre mudança social e mudança jurídica. Na verdade, a investigação sobre casos concretos de mudança sugerem que sejam substituídos os modelos de relação causal simples ou modelo de relação instrumental causa-efeito (*light switch model*) por modelos de análise multivariada (*multi-variable analysis*) ou abordagens multidimensionais (*multi-dimensional structural model*).

No entanto, Friedman e Ladinsky (2002: 206) consideram que nas democracias modernas as regras e instituições legais são um ingrediente essencial da mudança social dirigida. São a força e autoridade da nação na sua tarefa sem fim de estímulo, atribuição e redistribuição de recursos físicos e sociais aos sectores económicos e aos estratos sociais da sociedade. O direito reflete as percepções, atitudes, valores, problemas, experiências, tensões e conflitos da sociedade. O direito, naturalmente, responde à mudança social na sociedade. Os processos legais refletem os problemas sociais, as insatisfações coletivas e a direção na qual se move a solução coletiva dos

¹¹⁷ No âmbito do direito da família, o direito pode ser a alavanca social, como não o ser. Toharia (1974: 33/34) dá-nos dois exemplos históricos: a lei francesa de 1973 que estabelecia a divisão obrigatória da herança, abolindo a liberdade absoluta de testar. Segundo Le Play teve como consequência que a autoridade paterna seria grandemente diminuída. B. Russell (1967, *apud* Toharia) assinala que esta alteração da lei de sucessões se traduziu numa diminuição da natalidade, pois os agricultores, proprietários de pequenas parcelas, de modo algum queriam ver-se obrigados a dividir entre vários filhos.

problemas, os interesses diversos e em conflito que se referem ao processo de tomada de decisões e, sobretudo, a natureza incremental da mudança social¹¹⁸.

Assim, o acesso ao direito e à justiça, em geral, e, em especial, do direito da família e das crianças pode contribuir para uma transformação social sem roturas, a que Santos chama mudança social normal. “O padrão da mudança social normal assenta na disponibilidade potencialmente infinita do direito territorial para levar a cabo uma transformação social através da repetição e da melhoria”. Essa utopia jurídica como o autor lhe chama envolve uma distribuição complexa de recursos jurídicos pelas três grandes estratégias do Estado: acumulação, hegemonia e confiança. Reside aí a complexidade e heterogeneidade da juridicidade estatal (Santos, 2000: 165).

Quadro 3 - Mudança social normal (estratégias do Estado) e campo jurídico do acesso ao direito (e à resolução de litígios) da família e das crianças

Dimensões	Estratégia		
	Hegemonia	Confiança	
Campo social	Participação	Riscos nas relações domésticas, conflitos de família, direitos das crianças	
Conhecimento	Ciência como bem estar	Ciência como recurso estatal e social	
Subjetividade	Género, Crianças	Cidadania	
Valor social	Democracia	Legal/ilegal Justo/injusto Relevante/irrelevante	
Mudança social	Repetição	Paz social; desigualdade social	Segurança jurídica: ordem e direito
	Melhoria	Mais justiça social; expansão dos direitos	Expansão e aperfeiçoamento da resolução de litígios mais acesso ao direito; mais direito

Fonte: Adaptado de Santos (2000: 166)

O acesso ao direito e à justiça da família e das crianças é um instrumento de melhoria social, dado que ao atenuar a relação de desigualdade no espaço doméstico e na família está a promover a expansão dos seus direitos, bem como do seu acesso ao direito e à resolução dos seus litígios.

2 A globalização do campo jurídico

2.1 O localismo globalizado de alta intensidade do direito da família vs. A baixa intensidade (ou fracasso) da globalização do acesso ao direito e à justiça

¹¹⁸ Friedman e Ladinsky (2002: 207) escrevem que se pode traçar uma distinção entre mudança no direito e mudança através do direito. Uma mudança no direito pode ser, e amiúde é, puramente formal e interna. Não afeta outro comportamento, a não ser o dos atores do domínio legal. Mudança através do direito também é uma mudança no direito, ou quase é assim invariavelmente; porém, é uma mudança no direito que não é meramente formal e interna, mas é mudança que leva a alguma modificação em modelos de comportamento no domínio do não legal.

Boaventura de Sousa Santos propõe-nos a teoria de que vivemos num “sistema mundial tardio”, que é constituído por três constelações de práticas coletivas de globalização: a constelação de práticas intraestatais, a constelação de práticas capitalistas globais e a constelação de práticas sociais e culturas transnacionais. As práticas intraestatais correspondem ao papel dos Estados no sistema mundial moderno, enquanto protagonistas da divisão internacional do trabalho, no seio do qual se estabelece a hierarquia entre centro, periferia e semiperiferia. As práticas capitalistas globais são as práticas dos agentes económicos cuja unidade espaço-temporal de atuação real ou potencial é o planeta. As práticas sociais e culturais transnacionais são os fluxos transfronteiriços de pessoas e de culturas, de informação e de comunicação. Cada uma destas constelações de práticas é constituída por: um conjunto de instituições que asseguram a sua reprodução, a complementaridade entre elas e a estabilidade das desigualdades que elas produzem; uma forma de poder que fornece a lógica das interações e legitima as desigualdades e as hierarquias; uma forma de direito que fornece a linguagem das relações intra e interinstitucionais e o critério da divisão entre práticas permitidas e proibidas; um conflito estrutural que condensa as tensões e contradições matriciais das práticas em questão; um critério de hierarquização que define o modo como se cristalizam as desigualdades de poder e os conflitos em que eles se traduzem; finalmente, ainda que todas as práticas do sistema mundial tardio estejam envolvidas em todos os modos de produção de globalização, nem todas estão envolvidas em todos eles com a mesma intensidade. As contradições e disjunções acima assinaladas sugerem que estamos num período transicional no que respeita a três dimensões principais: transição no sistema de hierarquias e desigualdades do sistema mundial; transição no formato institucional e na complementaridade entre instituições; transição na escala e na configuração dos conflitos sociais e políticos (Santos, 2001).

Assim, por um lado, o direito da família e das crianças com origem no ocidente, com a sua família nuclear (mesmo que com um casal de pessoas do mesmo sexo), que trato neste trabalho, reflete um conjunto de práticas infraestatais e um conjunto de práticas sociais e culturais transnacionais. Por seu lado, o acesso ao direito e à justiça tem estado praticamente confinado ao Estado-Nação. A *Legal Aid* que nasceu nos pós Segunda Grande Guerra Mundial (1945) ultrapassou as fronteiras de um modo tímido, mas dependendo sempre das políticas públicas do Estado-Nação.

Os processos de globalização resultam das interações entre as três constelações de práticas. As tensões e contradições no interior de cada uma das constelações, e nas relações entre elas, decorrem das formas de poder e das desigualdades na distribuição do poder. Boaventura de Sousa Santos (2001: 45) distingue quatro processos de globalização produzidos por outros tantos modos de globalização. O modo de produção da globalização é o conjunto de trocas desiguais pelo qual um determinado artefacto, condição, entidade, ou entidade local estende a sua influência para além das fronteiras nacionais e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar o local como outro artefacto, condição, entidade ou identidade rival. Assim, o modo de produção geral da globalização desdobra-se em quatro modos de produção, que dão origem a quatro formas de globalização: 1) *localismo globalizado* – (processo pelo qual determinado fenómeno local é globalizado com sucesso) e 2) *globalismo localizado* (impacto específico nas condições locais produzido pelas práticas e imperativos transnacionais que decorrem dos localismos globalizados). Para responder a esses imperativos transnacionais, as condições locais são desintegradas, desestruturadas e, eventualmente, reestruturadas sob a forma de inclusão subalterna¹¹⁹ – *globalização hegemónica*; 3) *cosmopolitismo* – resistência no sentido de transformar trocas desiguais em trocas de autoridade partilhada; 4) *Património comum da humanidade* – lutas transnacionais pela proteção e desmercadorização de recursos, entidades, artefactos, ambientes considerados essenciais para a sobrevivência digna da humanidade e cuja sustentabilidade só pode ser garantida à escala planetária – *globalização contra hegemónica*, que promoverá a participação democrática, uma distribuição de riqueza assente em direitos de cidadania e reconhecimento recíproco entre identidades e culturas.

O modelo de família ocidental e as suas mutações e o direito que a regula assume a natureza de um globalismo localizado. Já o acesso ao direito e à justiça parece imune à globalização e, apesar de promover a participação democrática e melhorar a qualidade da democracia, não assume sequer a natureza de globalização contra-hegemónica¹²⁰.

Os processos de globalização ocorrem de modos muito distintos: globalização de alta intensidade – processos rápidos, intensos e relativamente monocausais de

¹¹⁹ Estes dois modos de produção operam em conjunto, mas devem ser analisados separadamente dado que os fatores, os agentes e os conflitos que intervêm num e noutros são distintos.

¹²⁰ Sobre a transformação do direito de família e das crianças e do acesso ao direito e à justiça confrontar os capítulos seguintes.

globalização; globalização de baixa intensidade – para os processos mais lentos e difusos e mais ambíguos na sua causalidade. Como referi anteriormente, o direito da família e das crianças, de origem ocidental, centrado na família nuclear (casal e dois filhos), com respeito pela igualdade jurídica entre os cônjuges, constitui uma globalização de alta intensidade com a reprodução do modelo e políticas de família inter-estatais ou de harmonização regional. No entanto, o acesso ao direito e à justiça, apesar de se verificar, como estudarei infra, a sua consagração no direito internacional (v.g. Convenção Europeia dos Direitos Humanos) e no direito europeu (Carta dos direitos fundamentais da EU e artigo 6.º do Tratado de Lisboa) e alguma ação supraestadual para a sua promoção (Conselho da Europa, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, União Europeia) é um processo de globalização limitado (o movimento *legal aid* não se expandiu sequer a todo o ocidente) e de muito baixa intensidade assente designadamente na ação do Conselho da Europa (47 Estados-Membros), na União Europeia (27 Estados-membros) em planos, *guidelines*, ou seja, *soft law*, o que nos permite concluir que a existência de direito internacional não é sempre sinónimo de disseminação global.

2.2 A europeização do direito

2.2.1 O direito europeu: entre a *hard law* e a *soft law*

Do ponto de vista jurídico, a originalidade da União Europeia assenta na multiplicidade e variedade das suas normas, nas suas distintas condições e critérios de validade, na heterogeneidade das suas fontes (sejam elas formais ou informais) e na combinação de princípios de carácter basicamente económico (como o mercado único, liberdade de circulação de bens, serviços, capital e trabalho, livre concorrências, etc.) com outros de natureza eminentemente política (como solidariedade, não-discriminação, proporcionalidade, equilíbrio institucional, etc.), no âmbito do direito europeu. Já os *negócios comuns* das nações são administrados, com ênfase na produtividade e competitividade, por meio de mecanismos intergovernamentais, encarregados de harmonizar, designadamente, diferentes regulamentos financeiros, padrões para produtos e serviços, normas de proteção dos consumidores, e do ambiente, processos de educação, saúde e cultura, telecomunicações, ciência e tecnologia (Faria, 1997: 349).

Em termos *arquitetónicos*, a União Europeia fica distante quer do tradicional modelo jurídico-piramidal tão valorizada pela dogmática, com as suas normas

encadeadas em termos lógico-dedutivos, quer de um *ius commune* resultante da convergência e da integração, num mesmo *spatium historicum* e numa perspectiva de *longue durée*, de cada “família” de sistemas normativo prevalente em cada Estado-Membro da União europeia (Faria, 1997:351). O elemento-chave para a compreensão desta peculiar ordem normativa está na já mencionada autolimitação de parte dos poderes legislativos soberanos, pelos Estados-membros, delegando competências para órgãos supranacionais – como a União Económica e Monetária, etc.. O resultado é um policentrismo e um pluralismo expressos, nos termos conceituais e analíticos de Friedman, por pelo menos três tipos básicos de normatividade: uma, *imposta*; outra, *planificada mas voluntária*; e uma última, *não-planificada porém evolutiva*. Segundo Friedman (1993: 43-44), “a normatividade imposta é aquela que a União Europeia luta por afirmar e emana de Bruxelas. Estas são as únicas e verdadeiras normas transnacionais: as normas que se impõem às jurisdições locais, que são incapazes de lhe resistir. Naturalmente, esta situação pressupõe um poder para além do poder de imposição. A União Europeia tem esse poder de modo limitado: cada fragmento adicional de poder continua a ser fonte de oposição. Os esforços voluntários, mas planificados, de criar normas transnacionais é um aspeto importante de engenharia jurídica contemporânea. Este tipo de produção de direito pode realizar-se de vários modos. Um, é o Tratado: dois ou mais países celebram um acordo que os vincula a uma ação uniforme em uma ou mais áreas do direito. (...) Outro é a elaboração de “leis-modelo” e outra, é a “harmonização”. Esta última consiste na tentativa de que as legislações de diversos territórios obedçam às mesmas linhas, tenham os mesmos escopos e, se possível, recorram aos mesmos meios. (...) A normatividade não planificada e evolutiva é o efeito de convergência. Por convergência se entende a evolução dos sistemas jurídicos (ou parte deles) em direções paralelas (...). A convergência é um processo natural nas sociedades e processa-se segundo as mesmas linhas gerais (...), é um processo real, poderoso e massivo. Ao contrário das anteriores, esta normatividade é bem menos visível e muito mais subtil. As normas convergentes tendem a ser difundidas através de certos grupos específicos, que agem como seus portadores cosmopolitas”.

A produção de direito comunitário por tratado, diretiva ou regulamento tem tido o efeito de integração e harmonização jurídica da Europa, dado que o direito comunitário é fonte de direito dentro dos Estados-membros e prevalece sobre as leis

nacionais. A engenharia judicial comunitária, através da doutrina do efeito direto do direito comunitário, produzida pelo tribunal de justiça da comunidade, *constitucionalizou* a estrutura legal da comunidade como uma ordem jurídica. Esta política positiva de harmonização (diretivas) do direito comunitário constitui aquilo a que os sociólogos do direito e especialistas têm chamado a *hard law*.

A normatividade não planificada, mas evolutiva e de convergência tem sido designada por *soft law*. Segundo Snyder (1993), a *soft law* tem vindo a ser muito utilizada na União Europeia. O autor define *soft law* como regras de conduta que, em princípio, não são dotadas pela lei de força vinculante, mas que podem produzir efeitos práticos¹²¹. No entanto, é de reter que o desenvolvimento da *soft law* (comunicações da Comissão, códigos de conduta, linhas-guia, instruções internas, etc.) pode acentuar a contradição entre a eficácia, a legalidade e a legitimidade da UE.

A *hard law* corporiza, no nível do espaço da União Europeia, em regra, os processos de globalização do campo jurídico de alta intensidade – o que não acontece no direito de acesso ao direito e à justiça –, e a *soft law* os processos de globalização de baixa intensidade.

Assim, como referi, a União Europeia tem “legislado” na área do direito da família e das crianças através da *hard law* em matérias como igualdade de género (Resolução do Parlamento Europeu sobre a guarda de crianças e a igualdade de oportunidades - J.O. n.º C 129 de 20-05-91), conciliação entre a vida familiar e o trabalho (v.g. Diretiva n.º 93/104/CE do Conselho, de 23 de novembro de 1993, relativa a certos aspetos da flexibilização do tempo de trabalho ou Resolução 2000/C218/02 do Conselho e dos Ministros do Emprego e da Política Social, reunidos no seio do Conselho, de 29-06-2000, relativa à participação equilibrada das mulheres e dos homens na atividade profissional e na vida familiar), não discriminação em função do sexo (v.g. Diretiva n.º 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional) e reconhecimento de sentenças em matéria de divórcio e regulação das

¹²¹O exemplo mais famoso é a comunicação da Comissão na sequência da sentença do Tribunal de Justiça no caso *Cassis de Dijon*. Considerada como um ato quase-normativo, significou o início de uma nova estratégia da Comissão para completar o mercado interno. O acórdão do tribunal sancionava o princípio do mútuo reconhecimento. A Comissão iria garantir a regulamentação da concorrência não através de harmonização de legislação nacional por legislação comunitária, mas através de uma estratégia de litigiosidade seletiva da Comissão contra os Estados-membros ao abrigo do princípio do mútuo reconhecimento. Esta estratégia recorria ao uso da *soft law*, anunciado e defendido no Livro Branco da Comissão de 1985.

responsabilidades parentais (Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000).

No que se refere ao acesso ao direito e à justiça, como desenvolverei no capítulo V, a dimensão de *hard law* encontra-se na inclusão na Carta dos Direitos Fundamentais da UE e, depois, no Tratado de Lisboa, com a consagração do direito ao acesso ao direito e à justiça, e, ainda, na Diretiva do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços. Em tudo mais, como referi, a UE, nesta matéria tem atuado essencialmente através de *soft law* (Plano de Ação de Viena, o Conselho Europeu de Tampere, o Livro Verde, o Programa de Haia, o programa “Justiça Civil” para 2007-2013 e a proposta de diretiva sobre mediação em matérias civis e comerciais).

Deste modo, estudarei, nos capítulos seguintes, a europeização do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, o que significa “o exame não apenas do direito produzido pelas instituições europeias (o direito europeu), mas também da sua interação com os direitos internos e das condições sociais, económicas, culturais e institucionais da sua tradução nas ordens jurídicas dos Estados-membros” (Gonçalves e Guibentif, 2008: 9).

2.2.2 A europeização pela via da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Para além da europeização, pela via do direito e da ação da União Europeia, no que se refere aos direitos humanos e ao tema do acesso ao direito e à justiça, há que considerar um outro tipo de europeização resultante gradualmente, durante a segunda metade do século XX, com especial relevo a partir dos anos setenta, com a adesão de Estados Europeus ao Conselho da Europa, a ratificação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a aceitação pelos Estados-membros do recurso individual ao TEDH (Ziller, 2008: 29).

Este tipo de europeização interestadual assenta nos mecanismos tradicionais do direito internacional, mas tornou-se visível pela ação do Conselho da Europa, com as suas resoluções e recomendações e com os acórdãos do TEDH, que analisarei no capítulo V, que influenciaram de modo relevante as leis constitucionais de alguns Estados e a transformação, no que se refere ao objeto deste estudo, dos regimes jurídicos vigentes, em cada Estado-Membro, do apoio judiciário. A partir de 2007, a

CEDH, por remissão do Tratado de Lisboa, passou também a fazer parte integrante do direito da União Europeia. Assim, como se analisará, o acesso ao direito e à justiça, enquanto direito humano, europeizou-se, por via da CEDH e, a partir de 2007, por via, do referido Tratado da UE.

2.3 A globalização, o Estado e a resolução de litígios: as reformas judiciais e um novo paradigma de política pública de justiça

Desde os anos 1980 do século XX que a administração da justiça dos países desenvolvidos vive sob o signo de uma crise do sistema judicial, no contexto de crise do estado anteriormente referida. Esta crise manifesta-se, por um lado, pelo aumento da procura dos seus serviços, explosão de litigiosidade e por falta de recursos financeiros, técnicos, profissionais e organizacionais do sistema judicial para responder a este aumento da demanda. Por outro lado, os processos de globalização já anteriormente referidos levaram a que o judicial, a par de alguma “justiça dramática” (casos políticos de grande amplitude), se especializasse ou deixasse “colonizar” pela “justiça rotineira”, ou seja, essencialmente a “cobrança de dívidas”, de modo a assegurar o funcionamento da economia. Esta seletividade e esta concentração da litigação do sistema judicial afastaram os cidadãos da justiça reprimindo e suprimindo a litigação. Assim, ao longo dos últimos anos, as reformas da administração da justiça têm balançado, nos países periféricos, entre a indiferença e o crescente interesse das agências internacionais em aí implantar sistemas judiciais (Santos, 2001) e, nos países centrais e semiperiféricos, entre o que se pode designar por uma “administração tecnocrática da justiça” e por “desjudicialização da justiça” (Santos, 1982).

A reforma do judiciário é, por um lado, uma componente essencial do novo modelo de desenvolvimento e a base para uma boa governação. A administração da justiça é essencialmente um serviço prestado pelo Estado à comunidade, de maneira a preservar a paz social e facilitar o desenvolvimento económico através da resolução dos conflitos. Como alguns funcionários do Banco Mundial confessaram, foi “preciso verificar o falhanço de governos em África, esperar pelo colapso de ditadores na América Latina e assistir a profundas transformações na Europa Central e de Leste, para concluírem que sem um enquadramento jurídico e sem um judiciário independente e honesto, os riscos de colapso económico e social são enormes” (Santos, 2001: 4). O primado do estado de direito e o sistema judicial parecem ser os instrumentos ideais de uma conceção despolarizada da transformação social (Santos,

1998). Assim, as agências financeiras e as instituições políticas internacionais têm sido agentes da globalização do modo judicial. No entanto, o acesso ao direito e à justiça, embora conste dos seus programas, não é central – em consonância com o que denominarei, no capítulo III, de estranha ausência nos estudos comparados de ciência política sobre democracia –, dado que privilegiam o *Rule of Law*, a “modernização” do direito e a “capacitação” humana e em recursos materiais dos tribunais.

Por outro lado, os tribunais têm vindo a ser duramente criticados, particularmente em Itália, França, Portugal e Espanha, pela sua ineficiência, inacessibilidade, morosidade, custos, falta de responsabilidade e de transparência, privilégios corporativos, grande número de presos preventivos, incompetência nas investigações, entre outras razões. No estudo em que participei, sobre o uso dos tribunais em Portugal, emergiu uma imagem muito elucidativa acerca da grande distância e desconfiança dos cidadãos do sistema judicial, e do baixo grau de satisfação nas situações em que estiveram envolvidos em processos judiciais (Santos *et al.*, 1996).

Em Portugal, após a crise dos tribunais decorrente do processo de transição para a democracia (1974) e da judicialização dos conflitos familiares ou laborais, surgiu na década de noventa do fim do século passado uma nova crise. Iniciou-se, em Portugal, nessa altura, uma rotura dos tribunais, que deu origem a uma crise da justiça decorrente, do crescimento da demanda judicial e da sua “colonização” pela cobrança de dívidas tanto na jurisdição cível (ações declarativas e executivas) como na penal (cheques sem provisão) que é acompanhada recentemente pela referida automobilização do direito criminal e, nas zonas urbanas, pelo crescimento do crime de furto e de roubo, em regra relacionado com o consumo de estupefacientes ou de guetização em bairros urbanos periféricos de jovens sem escolaridade. A par de algum protagonismo dos tribunais (crimes de “colarinho branco”) o seu desempenho é, assim, abafado e banalizado por uma explosão de litigiosidade “rotineira” e por uma insuficiência de recursos para responder a este aumento da procura (Santos *et al.*, 1996). Esta situação de rotura é comum à generalidade dos denominados países desenvolvidos e é originada essencialmente, como referimos, num crescimento explosivo da procura dos tribunais pelas empresas, que como litigantes frequentes demandam, em regra, cidadãos consumidores, que não pagam atempadamente os bens e serviços que adquirem.

As reformas judiciais levadas a cabo nos países do sul da Europa, durante os períodos de transição democrática ocorridos nos anos 1970, foram desencadeados com recursos internos, em resposta a aspirações e necessidades internas, e com o objetivo de reintegrar os seus sistemas judiciais na transição democrática e na cultura jurídica continental europeias. As reformas judiciais em África, na Europa Central e de Leste têm sido influenciadas por fortes pressões internacionais – uma forma de globalização de alta intensidade. Nos países centrais e semiperiféricos tem-se assistido a uma tensão entre a “reforma tecnocrática da justiça” e o movimento de “desjudicialização da resolução de litígios”. Em ambos os processos se combinam fatores internos, a cada estado, de mudança com processos de globalização de baixa intensidade decorrentes do impacto da globalização do sistema económico na explosão de litigação rotineira, do aumento da procura dos tribunais e de, nos últimos 20 anos, instâncias internacionais, como o Conselho da Europa e a União Europeia, virem promovendo o desenvolvimento dos denominados meios alternativos de resolução de litígios.

Para os defensores da reforma da administração tecnocrática da justiça – os profissionais –, a solução reside no aumento quantitativo dos recursos disponíveis para o exercício das funções judiciais (mais tribunais, mais juízes, mais funcionários), o que tem como obstáculo a incapacidade financeira do estado para alargar o orçamento da administração da justiça. Para outros – os cientistas sociais, administradores, políticos – a solução reside numa melhor gestão dos recursos existentes, o que em geral envolverá alterações na divisão do trabalho judicial, a delegação descendente do trabalho administrativo ou de rotina e a promulgação de regras que tomem o processo judicial mais expedito. Tais soluções tendem a ser inviabilizadas pelos magistrados, preocupados com a eventual perda do controlo da atividade judicial, resistência passiva das rotinas estabelecidas e dos interesses miúdos e graúdos, que elas acabam por criar e reproduzir (Santos, 1982: 10)¹²².

Para além desta tendência de reforma da administração da justiça, de mais meios e de alterações de procedimentos de gestão e processos mais rápidos, existem outros dois tipos de respostas. O primeiro propõe transformações profundas na conceção e gestão do sistema judicial, apetrechando-o com múltiplas e sofisticadas inovações técnicas, que vão da automatização dos ficheiros e arquivos e do

¹²² No tratamento deste tema seguirei de perto o texto de Boaventura de Sousa Santos (1982).

processamento automático dos dados ao uso generalizado da tecnologia do vídeo, às técnicas de planeamento e previsão de longo prazo e à elaboração de módulos e de cadeias de decisão, que tornem possível a rotinização. Estas reformas envolvem a criação de uma série de perfis profissionais novos e formas novas de centralização e unificação de processos judiciais e assumem, por isso, uma amplitude tal que não é arriscado prever que, se aplicadas, produzirão alterações profundas na organização do trabalho da justiça e, mais ainda, no sistema de autoridade e hierarquia que o tem norteado.

O segundo tipo de reformas, muito distinto do anterior, caracterizava-se pela elaboração de alternativas ao modelo centralizado formal e profissionalizado, que tem dominado a administração da justiça sobretudo nos últimos 40 anos. Estas alternativas têm constituído o movimento RAL (*ADR – Alternative Dispute Resolution* ou *MAC – Mediation, Arbitrage et Conciliation*), que consistem, em geral, na criação de processos, instâncias e instituições relativamente descentralizadas, informais e desprofissionalizadas, que substituem ou complementam, em áreas determinadas, a administração tradicional da justiça e a tornam, em geral, mais barata, mais rápida e mais acessível. Estes dois grandes tipos de reformas são duas faces da mesma moeda, por isso vêm a ser realizadas simultaneamente e articuladamente, sendo os recursos tecnocráticos concentrados em certas áreas da administração da justiça, enquanto noutras se concentrarão os recursos *alternativos* ou *informalizantes*.

Estas reformas devem que ser analisadas em três sentidos: primeiro, é se criam uma maior assimetria do sistema judicial e, conseqüentemente, uma maior assimetria da dominação jurídico-política; segundo, se a resolução alternativa de litígios pela mediação, conciliação e arbitragem, não se tornaria repressiva por não terem poder coercitivo para neutralizar as diferenças de poder entre as partes; terceiro, se a resolução alternativa de litígios, nas suas diversas formas, mediação, conciliação e arbitragem, será um mero caminho de retirar sobrecarga judicial ou pode, também, ser um meio de desenvolver e acentuar o acesso ao direito e à justiça (Santos, 1982: 9-33).

A ineficiência e a inacessibilidade referidas decorrem, em grande parte, da desadequação e até incompatibilidade estrutural entre a arquitetura das leis e da administração da justiça, com o seu intrincado sistema de prazos, recursos e instâncias e funcionamento burocrático e as transformações aceleradas das realidades sociais e económicas, designadamente em Portugal (Faria, 2002: 3). A “crise da justiça” traduz-

se, ainda, pela ineficiência e inacessibilidade com que os tribunais vêm desempenhando as suas três funções básicas: a instrumental (resolução de litígios), a política (controle social, cumprimento dos direitos e obrigações, integração social) e simbólica (justiça social e padrões de legitimidade na vida política) – Santos *et al.*, 1996: 19-34). E, obviamente, tem um impacto de invisibilização e de desvio de recursos necessários a uma melhor justiça da família e das crianças.

Na escolha das respostas a dar à referida crise da justiça, é imperativo efetuar a ponderação entre as três dimensões em que a justiça assenta, a procura de uma decisão justa, o custo e o tempo decorrido (Zuckerman, 1999). Acrescem a estes fatores o da justiça ser um serviço público, e como tal sujeito a restrições orçamentais, o que torna a sua qualidade diretamente dependente dos recursos existentes. Assim, a escolha do modelo a seguir está dependente dos recursos financeiros disponíveis e deverá fundar-se numa solução de compromisso, não só entre as três dimensões referidas, mas atendendo também às efetivas necessidades da comunidade e do mercado no seu enquadramento atual¹²³.

O atual modelo de administração de justiça assenta no “quase monopólio” dos tribunais judiciais. Ora, as transformações do Estado moderno, do mercado e da sociedade, mas também da procura dos cidadãos pela defesa dos seus direitos individuais ou coletivos têm como consequência a necessidade de um novo paradigma de política pública de justiça¹²⁴.

Os tribunais não podem resolver todos os litígios. Não devem sequer resolver os litígios de massa, como, por exemplo, as dívidas, os crimes de condução em estado de embriaguez ou sem habilitação legal. É fundamental encontrar mecanismos que permitam gerir, de forma racional e diferenciada, o volume da procura do sistema judicial. Esses caminhos podem passar pela informalização e desjudicialização de certos litígios. Esta pode ser uma via, não só para “descarregar” os tribunais da “litigação de massa” e melhorar o seu desempenho, mas, também, para desenvolver uma perspetiva de inclusão social, reduzindo tensões sociais, criando solidariedades através da participação dos cidadãos e promovendo o acesso ao direito e à justiça.

A pedra de toque de um novo modelo de administração da justiça é, assim, a criação de um sistema integrado de resolução de litígios que assente na promoção do

¹²³ Estamos a citar parcialmente Santos *et al.* (2000, capítulo 13: 3-14).

¹²⁴ Esta parte do capítulo sintetiza a reflexão escrita em Pedroso, Trincão e Dias (2003) e Pedroso (2009).

acesso ao direito e à justiça pelos cidadãos e que permita vencer as barreiras sociais, económicas e culturais que obstem à sua efetivação. Neste modelo, o “tribunal” deve ser entendido como a entidade que os litigantes considerem mais legítima e adequada para a resolução do seu conflito e defesa dos seus direitos. Essa entidade tanto pode ser o tribunal judicial como qualquer instância que cumpra essa finalidade. No entanto, a limitação do acesso aos tribunais judiciais só deverá ser permitida aos “litígios de massa”, ou de “baixa intensidade” ou em casos em que não há um verdadeiro conflito, em que o interesse público ou repartição do ónus do risco social fundamente que o Estado, as empresas ou outras organizações devam assumir o custo/risco do seu direito não ser tutelado judicialmente, como contributo para que os tribunais judiciais sejam um serviço público de justiça de qualidade, cuja *ratio* seja, em primeiro lugar, a promoção e defesa dos direitos dos cidadãos.

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 ADR tanto podem 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).

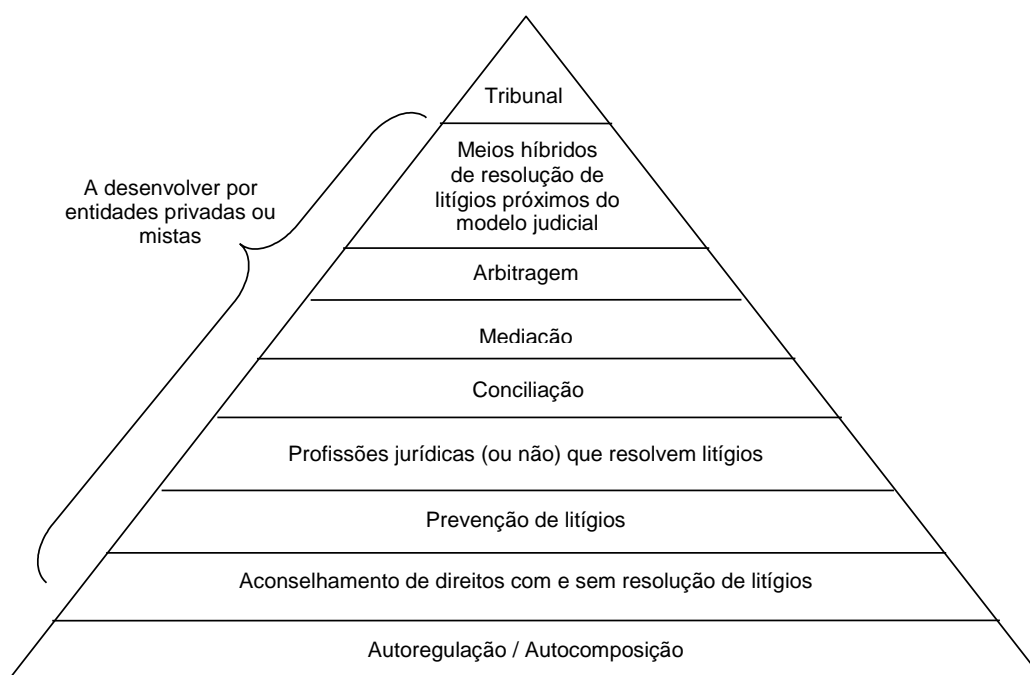
Esse novo sistema pode ser representado por uma pirâmide (figura 1) em que teremos, na base, os mecanismos de autocomposição, no seu vértice, os tribunais judiciais e na zona intermédia a panóplia de meios de ADR que o Estado e a sociedade conseguem gerar.

O desenvolvimento de um sistema integrado de resolução de litígios¹²⁵, que defendo, tem como consequência a assunção e reconhecimento, pelo Estado, de uma 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. A informalização da justiça e a desjudicialização, incluindo todo o movimento ADR, constituem, assim, caminhos da reforma da administração da justiça desde que não reproduzam as desigualdades entre as partes e não constituam modos de “mediação

¹²⁵ Loïc Cadiet (2009) defende, em sintonia com a minha proposta, “um sistema plural de resolução de litígios”.

repressiva” (Santos, 1982:26) e defendam a igualdade das partes e promovam o acesso ao direito. Só deste modo esta multiplicidade de processos pode tornar a justiça mais democrática. Este processo de construção de um novo paradigma de administração de justiça deve ser efetuado em simultâneo com a reforma dos tribunais judiciais e do regime jurídicos e dos meios de acesso ao direito e à justiça, com o objetivo de que estes sejam mais eficientes e centrados na promoção da cidadania.

Figura 1 - A pirâmide da justiça (ou do sistema integrado da resolução de litígios)



Fonte: Adaptado de Wouters e Van Loon (1991: 23); Santos *et al.* (1996: 50); Dufresne (1993); e Pedroso *et al.* (2003)

A justiça da família e das crianças, como se analisará em próximo capítulo, é composta no seu vértice da pirâmide pelos tribunais judiciais – comuns e especializados, com desempenhos que se hipotizam como bastante diferenciados – e um conjunto de meios de Resolução Alternativa de Litígios (RAL), em que se destacam desde já a atividade dos conservadores do registo civil (v.g. divórcios por mútuo consentimento; ações de alimentos a maiores), o serviço público de mediação familiar e as Comissões de proteção de crianças e jovens (CPCJ) – parceria entre o Estado e associações da comunidade – para promover os direitos e proteger as crianças em perigo.

3 Alargar os caminhos no acesso ao direito e à justiça: uma condição de uma melhor democracia

A completar o desenho dos fundamentos teóricos deste trabalho e a construção do campo de análise, há que enquadrar a resolução dos litígios de família e das crianças num dos temas mais caros e mais estudados pela sociologia do direito, o acesso ao direito e à justiça. Mauro Cappelletti e Brian Garth (1978) propõem dois caminhos analíticos. O primeiro, identifica o acesso ao direito e à justiça como igualdade no acesso ao sistema judicial e/ou à representação por advogado num litígio. O segundo, mais amplo, como acesso à garantia de efetividade dos direitos individuais e coletivos. Ora, é esta visão mais ampla que privilegio neste trabalho. Os nossos direitos só são efetivos se tivermos consciência deles e, na eventualidade de nos considerarmos lesados, podermos recorrer a uma instância ou entidade a quem se reconheça legitimidade, que dirima esse nosso litígio com o lesante.

O acesso ao direito e à justiça é, assim, um elemento constitutivo do regime democrático. Não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos dos cidadãos (Santos *et al.*, 1996: 483). Estes, por sua vez, não são efetivos se o sistema jurídico e o sistema judicial não forem de livre e igual acesso a todos os cidadãos, independentemente da sua classe social, sexo, raça, etnia e religião. Enquanto ponto de intersecção entre o político e o jurídico-institucional, o problema do acesso ao direito revela-se um excelente indicador sociológico do grau de contradição ou compatibilização entre diferentes princípios de regulação ou ordem social. Com efeito, esta questão convoca a referência a princípios como os da participação, igualdade e justiça sociais. Como interface privilegiado para a análise da articulação entre o sistema político democrático e os sistemas jurídicos e judicial, a temática do acesso à justiça e do apoio legal dos mais desfavorecidos transporta para a discussão os problemas da igualdade e da articulação num mesmo sistema dos princípios da justiça social e do mercado. Por exemplo, ela é utilizada por Marshall (1963) quando pretende ilustrar as dificuldades de combinação entre os princípios da igualdade social e do sistema de preços decorrentes da efetivação de direitos civis e sociais, quando contrapostos à efetivação dos direitos políticos.

No quadro da minha argumentação, o acesso ao direito e à justiça é também uma forma de acesso ao político. Neste sentido, as barreiras ao acesso à justiça são encaradas como barreiras ao exercício da cidadania e à efetivação da democracia, sobretudo se este for entendido num sentido amplo que envolva não só a igualdade no acesso à representação por advogado num litígio, mas também a garantia de *efetividade*,

eficácia e implementação dos direitos. Colocada a questão nestes termos, a contextualização sociopolítica da questão do acesso tem de ter em consideração a situação da sociedade civil, da organização dos interesses, dos movimentos sociais, das culturas jurídica e política e da mobilização e participação dos cidadãos em diferentes esferas e níveis de intervenção na sociedade.

Os estudos realizados pela sociologia do direito desde os anos noventa, como referirei, revelam-nos que os obstáculos ao acesso efetivo à justiça por parte das classes populares são de três tipos: económicos, sociais e culturais, pelo que a discriminação social no acesso à justiça é um fenómeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer. Nas relações familiares a desigualdade de género entre homens e mulheres, as relações patriarcais ainda dominantes, a dependência económica da mulher e da criança e a construção das crianças, como se não fossem sujeitos de direito, constituem obstáculos simultaneamente sociais, económicos e culturais no acesso ao direito e à justiça da família e das crianças na sociedade portuguesa. De modo a eliminar, ou pelo menos atenuar, os referidos obstáculos, vários países, após a Segunda Guerra Mundial, procederam a reformas legais e de transformação das profissões jurídicas com o objetivo de facilitarem o acesso à justiça. Evoluiu-se da fase inicial do “direito contra a pobreza” para, a partir de 1970, se passar à defesa dos interesses difusos, para posteriormente se defender a criação de meios alternativos de resolução de litígios (ADR – *Alternative Dispute Resolution*). Segundo Cappelletti (1981:5), o acesso à justiça caminhará para uma situação de integração das três fases, não havendo, por isso, entre elas, uma relação de substituição sucessiva, mas antes de coexistência, mantendo cada uma a sua função específica. Como analisarei no capítulo seguinte, o acesso ao direito e à justiça desenvolveu-se diferenciadamente, conforme cada Estado e sociedade, através de três tipos de sistemas institucionais, que denominarei de advocacia caritativa, advocacia convencional (*judicare*) e advocacia pública.

Na União Europeia, as suas instituições, designadamente a Comissão, o Conselho e o Parlamento, têm-se empenhado nos últimos anos em defender o desenvolvimento do acesso dos cidadãos ao direito e à justiça através da promoção dos meios alternativos de resolução de litígios. O atual movimento ADR (RAL) na Europa assume múltiplas formas, desde instituições de resolução de litígios criados pelo Estado a outras criadas por atores sociais ou, ainda, a outras, como os centros de

arbitragem de conflitos de consumo em Portugal, que combinam na sua génese e funcionamento uma partilha de responsabilidades entre a União Europeia, o Estado “central” e as autarquias locais (os municípios) e as associações de consumidores e de produtores e comerciantes (Pedroso, 2002). Ou, ainda, as Comissões de proteção das crianças e jovens definidas pela lei como “instituições oficiais não judiciárias” que são compostas por representantes de serviços públicos do Estado e das autarquias e representantes de associações relacionadas com a infância e juventude (associações de pais, instituições particulares de solidariedade social, etc.)¹²⁶.

Na sequência da reflexão de Santos *et al.* (1996), admite-se que dada a dependência em que a sociedade civil tem vivido em relação ao Estado, a autonomização das práticas sociais e dos atores sociais não estatais ocorre sob a égide do Estado, constituindo afinal uma nova oportunidade para este afirmar a sua centralidade e o seu ascendente regulador. As alterações, sem dúvida profundas, que virão a resultar deste processo para as relações entre o Estado e a sociedade civil, não podem deixar de ser condicionadas por continuidades político-institucionais enraizadas na sociedade portuguesa, conferindo ao Estado um papel determinante na delimitação e configuração do que não é estatal.

Considera-se, por outro lado, que o Estado, na sua ação de facilitação do acesso ao direito, procura uma fonte de legitimação, que pode ser real ou simbólica, em função da eficácia da sua intervenção e real efetividade dos direitos dos cidadãos. É, aliás, no quadro da consagração constitucional dos novos direitos económicos e sociais e da sua expansão paralela à do Estado-Providência que o direito ao acesso efetivo à justiça é considerado, como referi, por Santos (1994) um “direito charneira”. Ainda segundo o autor, os novos direitos sociais destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito não passariam de meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadora. Nesta sequência de argumentos, considera-se que a organização da justiça e a tramitação processual não podem ser reduzidas à sua dimensão técnica socialmente neutra – como era comum serem concebidas pela teoria processualista –, devendo investigar-se as funções sociais desempenhadas e, em especial, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagónicos (Santos, 1994).

¹²⁶ Os centros de arbitragem de conflitos de consumo e as comissões de proteção das crianças e jovens em perigo constituem, também, formas que se podem denominar de justiça de proximidade (Bastard e Guibentif; 2007 e Guibentif; 200, a propósito dos julgados de paz)

Neste estado de crise pós-Estado-Providência, o acesso efetivo ao direito e justiça da família e das crianças é promovido por uma política de “ação pública”, como referi, que concerte e articule a ação do Estado e as organizações da sociedade (Commaille, 2009). No entanto, a atitude positiva e promocional do Estado no domínio do acesso é tanto mais importante quanto menor for a capacidade de respostas da sociedade, pelo que é necessário promover a minimização do risco de não-acesso à justiça e ao direito dos indivíduos e grupos mais suscetíveis de serem alvo de discriminação, como, por exemplo, as mulheres e as crianças, no espaço doméstico. Acresce que a discrepância entre o quadro jurídico-institucional e as práticas sociais têm-se mantido, em Portugal, a um nível muito elevado, a qual se traduz num modelo jurídico-institucional semelhante ao dos países centrais, enquanto as práticas sociais são muito mais recuadas que o estabelecido legalmente (Santos, 1985; 1993; 1995).

Partindo da hipótese geral que o acesso ao direito depende do funcionamento da sociedade e do Estado, é meu propósito analisar a mobilização e o uso do direito e da justiça da família e das crianças, pelos cidadãos, de modo a compensar as desigualdades de género e a promover os direitos das crianças. Assim, garantir o acesso ao direito da família e das crianças é assegurar que os cidadãos conhecem os seus direitos (informação sobre direitos e consulta jurídica), não se resignam face à sua lesão e têm condições de vencer os custos de oportunidade e as barreiras económicas para aceder (com aconselhamento e representação jurídica) à entidade que consideram mais adequada para a resolução do litígio – seja uma terceira parte da comunidade, uma instância formal não judicial (v.g. a mediação familiar ou as Comissões de proteção de crianças e jovens) ou os tribunais judiciais.

CAPÍTULO III

PARA UMA SOCIOLOGIA DO DIREITO CRÍTICA DO ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA

Introdução¹²⁷

O acesso ao direito e à justiça nos Estados de direito das sociedades contemporâneas tornou-se, como referi, uma questão central para a qualidade da democracia e, conseqüentemente, objeto de estudo da sociologia do direito, da sociologia política, da ciência política e do direito. Assim, no presente capítulo, pretendo fazer uma análise crítica da evolução dos estudos em matérias, do que se denomina, de modo abrangente, de acesso ao direito e à justiça.

Em primeiro lugar, iniciarei uma reflexão, a partir de uma análise fragmentária das origens dos diversos sistemas de *legal aid*, nos países que mais cedo chegaram à industrialização, designadamente os Estados Unidos da América e a Alemanha. De seguida, através da metáfora das três vagas, analisar-se-á o desenvolvimento do acesso ao direito e à justiça no período áureo de 1945-1980, confrontando a experiência americana com algumas europeias, bem como o desenvolvimento dos modelos de *judicare*, advogado público (*public salaried attorney*) e sistemas mistos. No ponto seguinte, como consequência dessas experiências darei conta do debate sobre as origens e a necessária relação entre as referidas experiências e o desenvolvimento do Estado-Providência. Segue-se o declínio da *legal aid* com a crise do Estado-Providência, a partir dos anos oitenta do século XX. Dessa crise resultou a necessidade de (re)universalização do acesso ao direito e à justiça, no século XXI, e as novas parcerias entre o Estado, a comunidade e o mercado. A concluir este capítulo, em função do referido declínio do acesso ao direito e à justiça, analisarei dois temas, que são desafios de sempre (e também do séc. XXI), como sejam o estudo dos obstáculos ao acesso efetivo ao direito e à justiça, bem como a hipótese da sua superação. Por último, apresentar-se-á uma reflexão sobre o acesso ao direito e à justiça como um elemento constitutivo do aprofundamento da qualidade da democracia, com as propostas de

¹²⁷ O presente capítulo tem como ponto de partida – com continuidades e roturas – a investigação e a reflexão efetuadas pelo autor e incorporadas no Relatório do Observatório Permanente da Justiça (OPJ), *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão* (Pedroso et al., 2002), em Pedroso et al. (2003) e, ainda, Ferreira, Pedroso et al., 2007.

superação da dicotomia entre direitos civis e direitos sociais e de uma política afirmativa de ação pública (estado, ONGs, movimentos sociais).

I As origens e desenvolvimento do “movimento” acesso ao direito e à justiça

I.1 Do início do século XX aos anos cinquenta: fragmentos

O primeiro estudo conhecido, a que tivemos acesso, sobre acesso ao direito e à justiça é de 1919 (Heber Smith), intitulado sem ambiguidade de *Justiça e os Pobres – um retrato sobre a presente denegação de justiça aos pobres e sobre as entidades que tornam a sua posição mais igual perante a lei com particular referência ao trabalho de acesso ao direito e à justiça nos E.U.A.*, na qual se analisa a denegação de justiça para os pobres resultante da morosidade processual, dos custos excessivos das taxas dos tribunais e, ainda, do custo inacessível do aconselhamento e acompanhamento jurídico por um advogado¹²⁸. De forma clarividente escreve “que não existe direito para os pobres”, o direito é classista e conseqüentemente a democracia estará próxima do fim¹²⁹:

Os membros mais conservadores da magistratura e da advocacia irão negar, de forma veemente, qualquer sugestão de que não existe direito para os pobres, porém, e como as sociedades de legal aid sabem, esta é hoje a convicção de uma série de pessoas humildes e honestas, para quem, e à luz da sua experiência, tal convicção se assemelha simplesmente à verdade.

Foi nessa direção que, de forma impercetível, inconsciente e não intencional, aportámos. O final desse percurso será revelado pela história. As diferentes formas de recorrer ao direito das várias classes, se continuarem a existir, irão levar, inevitavelmente, à disparidade de direitos... e quando o direito reconhece e reforça a diferença de classes, surge a revolução ou o fim da democracia (Heber Smith, 1919).

O autor assertivamente defende que a democracia não sobreviverá sem a generalização do respeito do princípio da igualdade perante a lei e sem uma justiça

¹²⁸ Em língua inglesa, o livro intitula-se *Justice and the Poor – A study of the present denial of justice to the poor and of the agencies making more equal their position before the law with the particular reference to legal aid work in the United States (Heber Smith, 1919)*.

¹²⁹ Ao encontrar e ao ler o livro de Heber Smith (1919), fiquei estupefacto como no início do século XX se efetuou um diagnóstico profundo da *legal aid* em ação. Para além das causas de denegação de justiça, o livro estuda nove entidades – *agencies* – para tornar mais igualitária a administração da justiça e a aplicação da lei, a saber: 1. *small claims courts* (tribunais de pequenas causas); 2. *conciliation courts and conciliation in general* (conciliação); 3. *arbitration by courts and other organizations* (arbitragem); 4. *domestic relations courts* (tribunais de relações domésticas); 5. *administrative courts* (tribunais administrativos); 6. *administrative officials* (administração); 7. *assigned counsel* (advogados nomeados); 8. *defender in criminal cases* (defesa criminal); 9. *legal aid organizations* (organizações de acesso ao direito e à justiça). No entender de Heber Smith estas “agências” recorriam a três métodos diferentes para atacar o problema do custo excessivo e inacessibilidade dos pobres ao acompanhamento e aconselhamento jurídico por um advogado, ou seja, proibindo a presença do advogado, tornando-o desnecessário ou disponibilizando um ou vários advogados para desempenhar as suas funções (Heber Smith, 1919: 40).

imparcial, pronta e acessível para os socialmente mais desfavorecidos. De modo a atingir-se esse objetivo, defende que as organizações de apoio judiciário e o apoio judiciário devem ser efetuados através de uma “ação imediata e constitutiva”, mais eficiente e no âmbito do sistema judicial¹³⁰.

Esta preocupação com o acesso ao direito e à justiça para os pobres foi-se disseminando, no início do século XX, entrando mesmo na agenda da Liga das Nações, que publicou em 1927 um estudo intitulado *Legal aid for the poor*. Nesse estudo comparativo entre os meios de acesso ao direito e à justiça existentes, em várias sociedades, conclui-se que, desde o século XIX, se vem desenvolvendo sistemas de representação jurídica – consulta e representação em tribunal – e mesmo aconselhamento sobre os direitos dos cidadãos “extra-litigação”. Estes sistemas foram muitas vezes estabelecidos por impulso de ordens religiosas, organizações educativas ou sindicatos ou até governos locais com o propósito de informar os cidadãos sobre as várias opções à sua disposição, sobretudo em matérias cíveis ou de família, ou de os assistir de diferentes formas, como escrevendo requerimentos ou esclarecendo documentos legais, promovendo transações de conflitos de forma a evitar a litigação ou até iniciando a litigação quando não foi possível outra forma de resolução do conflito. Estes serviços comunitários não judiciais desenvolviam, assim, as capacidades dos cidadãos para decidirem quando e como mobilizar o direito.

Nos EUA, os sindicatos, instituíram centros de apoio judiciário para os seus membros desde 1890, tendo em vista fazer face a problemas que se colocavam à classe operária. De seguida, também as igrejas criaram instituições caritativas de apoio judiciário que mais tarde se estendeu às autoridades locais. Esta concorrência entre associações públicas e privadas, no início do século XX, reflete a rivalidade das diferentes forças sociais para assegurar o domínio das conceções ideológicas ligadas à industrialização do país (Blankenburg e Reifner, 1984: 218).

Heber Smith (1919:17), no referido estudo, analisa as origens e a natureza das organizações de apoio judiciário, que atuavam na cidade de Boston, classificando-as em seis tipos: 1. “empresas” privadas; 2. entidades públicas; 3. associações caritativas; 4. ordem dos advogados; 5. associações das faculdades de direito; 6. Parcerias das

¹³⁰Assim, as referidas organizações deviam atuar de modo a vencer o custo e a inacessibilidade da lei e dos tribunais, tornando-se mais eficientes e com recurso a melhores lideranças, financiamento mais adequado e a “fusão” das “sociedades” e gabinetes individuais com os serviços dos defensores públicos num gabinete central de apoio judiciário com autoridade e responsabilidade centralizada, sob controlo judicial e fazendo parte integral da administração da justiça (Heber Smith, 1919).

organizações de assistência social e religiosa – *charities* – e os advogados e as suas organizações profissionais (*Bar*).

As Organizações de Apoio Judiciário prestam, assim, segundo o autor, um grande serviço à comunidade, promovendo a “boa cidadania” através da proteção dos imigrantes, desconhecedores da língua e de como se defenderem da desigualdade, e assegurando os direitos dos nacionais defendendo, assim, a integridade e a equidade das instituições.

A Alemanha, no início do século XX, possuía também um desenvolvido sistema de apoio judiciário (Blankenburg e Reifner, 1984: 226). Desde o final do século XIX, a Alemanha estava em fase de industrialização e as organizações de trabalhadores desenvolviam-se rapidamente. Promulgaram-se leis sobre assistência na doença, seguros de acidente de trabalho, na indústria, e assistência aos reformados e deficientes. Todas estas leis eram tentativas de resolução dos problemas sociais do proletariado, visando impedi-los de se organizarem em partidos ou sindicatos. De início, a tarefa de apoio àqueles cujas leis de segurança social haviam conferido direitos novos, foi assumida pelos secretários dos sindicatos de trabalhadores. Perante o volume de pedidos de aconselhamento, reconhece-se que era necessário fornecer apoio judiciário aos trabalhadores. Com o apoio do governo, as autoridades locais e organizações caritativas instituíram gabinetes de apoio judiciário que prestavam a todos os seus serviços gratuitamente. O objetivo desta atividade era manter a paz social e evitar processos desnecessários. Este sistema de concorrência entre instituições de apoio jurídico conduziu a uma infraestrutura na qual o apoio judiciário era assegurado pelas três principais forças da sociedade alemã: sindicatos, igrejas e autoridades públicas. Assim, a “satisfação das necessidades jurídicas” e a ideologia do movimento “paz através do direito”, cada vez mais tinha em conta e satisfazia os interesses das classes desfavorecidas (Blankenburg e Reifner, 1984: 226).

Em França, foi com a revolução de 1789 e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que se afirmou o ideal de que a justiça deve ser acessível a todos, porque todos são iguais. O princípio da gratuidade da justiça foi inscrito na Constituição de 1791 e em todas as seguintes até 1848. Ainda que o princípio da gratuidade do processo judicial tenha sido proposta a vários níveis, a verdade é que só com a lei de 1851 é que foi adotado um sistema de assistência judiciária para as pessoas desprovidas de recursos, criando gabinetes especiais de assistência nos

tribunais cíveis, de comércio, juizes de paz, de segunda instância, Tribunal Supremo e Conselho de Estado. Todavia, não se tratava de encarar esta assistência como um direito, mas sim como um benefício ou um favor concedido a uma parte da população, isto é, aos indigentes assistidos. Se ao assistido fosse concedido este benefício ficaria dispensado do pagamento das custas habituais, que ficariam a cargo da contraparte no caso de o assistido ganhar o processo. Se tal não sucedesse, o Estado perdia as somas avançadas, o mesmo acontecendo aos advogados, que perdiam os seus honorários. Por outro lado, o âmbito da assistência era muito reduzido, já que se limitava ao julgamento e nem sequer se estendia à execução da sentença. Para além disso, o pedido de assistência não produzia efeitos suspensivos e não interrompia os prazos. Para Mar e Perdereau (2009), o sistema criado em 1851 traduziu-se, essencialmente, na transformação de uma caridade individual num sistema de caridade organizada¹³¹.

No Reino Unido, só em 1903 é que surgiu o primeiro diploma, o *Poor Prisoner Defence Act*, que criou uma espécie de sistema de apoio judiciário em matéria penal, através do qual os arguidos em processo-crime que tivessem rendimentos muito baixos podiam ser defendidos de forma gratuita, tanto por advogados quanto por solicitadores (a diferença entre *barristers/solicitors*, que não existe no sistema português), criando assim um sistema de natureza caritativa, que não era conhecido da maior parte das pessoas (cf. anexo ao Capítulo VI).

Por último, o caso sueco retratado por Regan (2002) é paradigmático. Em 1870 foram criados em várias cidades suecas os ‘Advogados dos Pobres’, que se tornaram ineficientes e, por essa razão, foram substituídos em 1920 por centros municipais de apoio jurídico, com financiamento público e com um corpo de profissionais forenses. Esses centros não se limitavam a providenciar pela representação em juízo, oferecendo diferentes tipos de serviços, como consulta jurídica, leitura e feitura de requerimentos, negociação e conciliação¹³².

¹³¹ Em França, só com a lei de 1972, e, mais tarde, com a lei de 1991, é que se instituiu um sistema de solidariedade social e um verdadeiro sistema público de assistência judiciária (cf. Capítulo VI).

¹³² Na verdade, os casos em tribunal constituíam uma pequena fração do trabalho desenvolvido, como se pode ver pelos números apresentados: o centro em Estocolmo, em 1923, assistiu 24.326 pessoas, mas apenas 1.294 casos é que deram entrada nos tribunais. Por sua vez, 3.975 processos foram resolvidos apenas com informação e consulta jurídica, outros 3.290 requereram pequenas intervenções, como escrever cartas ou requerimentos; 1.257 processos foram resolvidos através de conciliação. Por outro lado, para além de fornecerem uma vasta gama de serviços, estes centros não se limitavam a assistir pessoas com baixos recursos económicos, pois também podiam aí recorrer pessoas de classe média/média-baixa. Todavia, com o passar do tempo, estes centros foram desmantelados e o apoio jurídico foi, progressivamente, centralizado. As reformas de 1972 deram prioridade à representação em tribunal (Regan, 2002).

A tendência, na primeira metade do século XX, na maioria das sociedades foi o desaparecimento destes serviços da comunidade (sindicatos, associações religiosas, etc.) de *legal aid*, de forma gradual, até ao começo da II Grande Guerra (1945). Voltaram a florescer durante esse período como resposta aos problemas dos soldados e das suas famílias e voltando de novo a desaparecer no período pós-guerra, até ao seu reaparecimento na crise do Estado-Providência para substituir o Estado ou atuar concertadamente com o Estado. Em contraponto, os sistemas públicos de *legal aid* receberam, a partir dos anos cinquenta do século XX, injeções de financiamento público, tendo-se expandido largamente em alguns países ocidentais.

1.2 A metáfora das três vagas em ação (1945-1980): o desenvolvimento dos sistemas de acesso ao direito e à justiça

De modo a eliminar, ou pelo menos a atenuar os referidos obstáculos, vários países, após a Segunda Guerra Mundial, procederam a reformas legais e de transformação das profissões jurídicas com o objetivo de facilitarem o acesso à justiça. Cappelletti e Garth (1978) descrevem a evolução dos regimes de acesso à justiça apelando ao que chamei (Pedroso *et al.*, 2002) de ‘metáfora das três vagas’ (*three "waves" of change*). Para os autores, a existência de um verdadeiro *Movimento de Acesso ao Direito e à Justiça*, ainda que devam ser considerados vários antecedentes (como os que se referiram), apenas emergiu de forma organizada após a II.^a Guerra Mundial. A primeira vaga coincidiu com o aparecimento dos regimes de *legal aid*, que consistiam em providenciar assistência judiciária, na forma de representação em tribunal, aos indivíduos economicamente desfavorecidos. A segunda fase estendeu este movimento, a partir de 1970, à promoção da representação dos interesses coletivos e difusos, visando ultrapassar as questões sistémicas ligadas ao problema da desigualdade entre os indivíduos. A terceira vaga coloca a ênfase não só na criação de meios alternativos de resolução de litígios menos formais que os tribunais, os chamados ADR ou RAL (*Alternative Dispute Resolution* ou Resolução Alternativa de Litígios), mas também em reformas do próprio sistema de justiça, que se quer mais simples e acessível. E que apela, também, como veremos mais tarde, a uma maior eficácia na gestão dos recursos existentes e à busca de alternativas mais económicas.

1.2.1 A evolução da *legal aid* nos E.U.A.

Nos Estados Unidos da América desenvolveu-se um movimento de reformas legais e de programas de apoio aos cidadãos que passou por várias fases. A primeira vaga, ou fase, teve início em 1965 e consistiu num movimento caracterizado pela defesa e promoção de apoio judiciário aos cidadãos de menores rendimentos, designadamente através dos *Neighborhood Offices*¹³³. A segunda fase estendeu este movimento, a partir de 1970, à promoção de representação dos interesses difusos com o desenvolvimento das *public interest law firms* (defesa dos consumidores, ambiente, etc.), subsidiadas pelo Estado, comunidades e fundações. A terceira vaga iniciou-se ainda nos anos setenta, colocando a ênfase na mudança das instituições de resolução de litígios, isto é, na criação de meios alternativos de resolução de litígios menos formais que os tribunais, os chamados ADR – *Alternative Dispute Resolution* (Resolução Alternativa de Litígios – RAL). O caminho, como referi, será o da integração das três fases, não havendo, por isso, entre elas, uma relação de substituição sucessiva, mas antes de coexistência, mantendo cada uma a sua função específica (Cappelletti, 1981:5).

1.2.1.1 A primeira vaga (apoio judiciário aos pobres)

No início, nos anos sessenta, o apoio judiciário foi prestado em matéria cível, por juristas independentes que agiam por iniciativa própria ou através de associações de apoio judiciário, mantidas por contribuições caritativas e subvenções municipais. Em 1964, segundo Bellow (1984: 60), havia cerca de 150 associações, empregando 600 juristas. Este sistema sofreu modificações quando o apoio judiciário foi incluído em programas de combate à pobreza. Em menos de 10 anos foram envolvidos 2.000 juristas a tempo inteiro em 900 escritórios. O apoio judiciário foi muito descentralizado, pelo que a sua eficácia sempre dependeu mais da ação dos *Neighborhoods Offices* do que de decisões de ordem política.

Muitos dos traços característicos do apoio judiciário nos Estados Unidos da América (EUA) foram estabelecidos na década de sessenta, a saber: a) Autonomia local – o desenvolvimento do apoio judiciário teve, desde a origem, uma rede de organizações não lucrativas destinadas a assegurar os serviços numa dada área geográfica; b) *Staff model* – cada programa pagava e recrutava a sua própria equipa de juristas; c) Clientes indigentes – desde o início apenas quem tivesse recursos inferiores

¹³³ A reforma começou nos EUA em 1965, com o *Legal Service Program of the Office of Economic Opportunity* (OEO).

a certo limite, fixado com referência à definição de pobreza admitida pelo *Departement of Labor*, podia beneficiar de apoio judiciário; d) Especial interesse pela reforma do direito – o programa de desenvolvimento do apoio judiciário teve sempre em vista diversos objetivos: por um lado, facilitar a representação das partes em litígios individuais, por outro, encorajar a luta contra certas práticas de discriminação social e, por conseguinte desenvolver uma ação social e provocar reformas legislativas; e) e independência das estruturas do apoio judiciário (Bellow, 1984: 60).

O programa de apoio judiciário dos EUA foi, no início dos anos setenta, alvo de duras críticas políticas e bloqueado, em termos administrativos pelo *Office of Economic Opportunity*. Perante este cenário, a equipa que dirigia os serviços jurídicos do OEO, os membros do Congresso favoráveis ao programa e os juristas que exerciam atividade nos centros de apoio judiciário, efetuaram um esforço conjunto para libertar os serviços de *legal aid* da luta política e para os tornar organismos autónomos com fins não lucrativos, encarregues de gerir os fundos concedidos ao programa. Tais esforços tiveram os seus frutos em 1971, com o *Legal Services Corporation Act*. Esta lei de apoio judiciário é semelhante à anterior. Mas, mudou a forma como o novo programa foi apresentado e justificado. A preocupação central foi precisar a noção de “acesso à justiça”. No entanto, a dimensão, objetivos e funções dos serviços de apoio judiciário foram alargados, continuando a existir uma autonomia considerável para iniciativas de programas particulares (Bellow, 1984: 66).

Nos anos oitenta, o problema da insuficiência de receitas ganhou importância à medida que se tomou consciência das dificuldades existentes no desenvolvimento de um apoio judiciário real para os mais desfavorecidos. Essas dificuldades são de três tipos: há sempre um número excessivo de assuntos a tratar, isto por os assuntos serem cada vez mais e por a procura de serviços jurídicos aumentar à medida que tal necessidade pode ser satisfeita; por outro lado, há que impor uma disciplina para despender menos tempo com cada caso; e, por último, a inexperiência e a complexidade, tanto jurídica como emocional dos problemas, a dificuldade de entendimento entre advogados e clientes de meios sociais diversos e a impaciência e a hostilidade de juízes locais. A conjugação de todos estes fatores é a prática de uma atividade jurídica de rotina, de tal forma que o trabalho é forçosamente de fraca qualidade. Os gabinetes tornam-se meios fechados, nos quais é difícil criar novas possibilidades e imaginar que se possa agir de forma diversa (Bellow, 1984: 70).

Assim, no entender deste autor, deve ser criada uma rede de centros de formação prática, de escolas, para quem deseje entrar nos serviços de apoio judiciário, dado que, no futuro, não haverá juristas suficientes para satisfazer as necessidades de apoio judiciário dos pobres. Estes querem ter um melhor conhecimento dos seus direitos, das suas possibilidades em aceder aos tribunais e encontrar advogados competentes. Para o efeito, será vantajosa a colaboração de não-juristas, escolhidos entre os membros da comunidade e remunerados, aos quais, previamente, juristas qualificados prestariam formação.

1.2.1.2A segunda vaga (proteção de interesses difusos ou fragmentados e a proteção de interesses coletivos)

O recente desenvolvimento de ações intentadas por particulares, para proteção de interesses comuns a muitas pessoas, é um dos mais significativos fenómenos do direito contemporâneo. Em tais ações o demandante não visa apenas fazer valer os seus próprios direitos que, isoladamente, têm importância mínima, mas pretende que sejam respeitados os “interesses difusos ou fragmentados” de uma vasta categoria de pessoas na mesma situação. A complexidade das modernas sociedades cria situações nas quais um só ato pode prejudicar grande quantidade de pessoas, o que torna inadequado o tradicional sistema de justiça.

A decisão de intentar uma ação depende muitas vezes da análise dos custos que tal ação vai implicar. Quando se considera que é do interesse público que dada ação seja proposta devem, portanto, ter-se em conta regras especiais para encorajar o eventual demandante a agir, não devendo este pagar qualquer quantia, sendo dispensadas custas e honorários de advogados.

Mesmo quando existe um sistema de apoio judiciário, nem todos estariam em condições para se queixar, por pertencerem a grupos sociais que, por razões linguísticas ou outras, não se encontram em condições para tal. Pode, ainda, ser-se desencorajado de intentar uma ação se o assunto tiver tal complexidade que, para obter o resultado, serão necessários custos sem retorno. Considera-se, assim, no Estado-Providência, que os grupos e indivíduos afetados devem ser protegidos, designadamente, através da dispensa de custas e de honorários de advogados e das *class actions* (Kotz, 1984: 96). No âmbito de interesses difusos, o particular está a agir como um “Ministério Público” de carácter privado. O Congresso tomou medidas especiais quanto aos honorários dos advogados, encorajando indivíduos vítimas de

discriminação racial a solicitar a intervenção dos tribunais. Alguns tribunais vão mais longe, considerando que o demandante devia ser reembolsado do que pagou ao advogado ao atuar como *private attorney general* (Kötz, 1984: 99).

O demandante de uma ação é um particular, faz parte de um grupo de pessoas que se encontra numa situação similar, pois todas foram ou correm o risco de vir a ser afetadas por algo prejudicial. Ao tribunal, cabe decidir se essa ação deve ser considerada *class action*. Ora, só haverá *class action* se estiverem reunidos todos os membros de dado grupo, para que, juntos, sejam considerados demandantes. Admitindo as *class actions*, evita-se que numerosos membros do grupo venham individualmente congestionar os tribunais – economiza-se, então, tempo, trabalho e dinheiro. O particular interesse das *class actions* é evidente quando, perante um dano provocado a um grupo, um particular intenta uma ação, não apenas visando reparar o seu dano pessoal, mas os sofridos por todos os membros do grupo. As *class actions* podem ser uma eficaz arma de luta contra comportamentos antissociais, apesar das dificuldades técnicas e processuais de identificar todos os lesados e de dar conhecimento a todos os interessados¹³⁴ (Kötz, 1984: 103).

Nas sociedades com certo grau de complexidade, Louise e David Trubek (1984: 124) sustentam que há interesses que não têm apoio de qualquer grupo social ou económico, que só podem ser garantidos caso se institua uma participação permanente e eficaz na tomada de decisões importantes de carácter administrativo. É uma necessidade, a existência de gabinetes de advogados especializados na defesa de interesses de ordem coletiva, para se atingir a desejada participação. O movimento a favor de um direito que tem em conta os interesses de ordem coletiva foi útil na América para reconhecer a importância de uma participação dos cidadãos na construção do direito, mas os esforços são insuficientes. Se o ideal de uma justiça cívica (plena possibilidade atribuída a todos os cidadãos de participar na vida da comunidade) deve ser realizado, há que completar e reformar o que está em vigor.

Desde os anos oitenta está em curso a tarefa para encontrar meios mais completos e eficazes para assegurar a participação dos cidadãos na salvaguarda dos interesses de ordem coletiva. O movimento de defesa desses interesses assumiu uma tripla forma: gabinetes especializados na defesa de interesses coletivos criados antes de

¹³⁴ As *Shareholders' Derivate Suits* são diferentes das *class actions*, sendo também procedimentos relativos a interesses coletivos. Na *derivate suit* permite-se que um representante da sociedade intente, por conta desta, uma ação, quando os órgãos da sociedade deviam agir e não o fazem. Os direitos em questão são da sociedade – é o principal regulador da administração da sociedade, visa evitar abusos.

1960 (os fundos que tornavam possível o funcionamento de tais gabinetes provinham, sobretudo, de fundações e de contribuições privadas); gabinetes de advogados não especializados¹³⁵; e juristas do Estado (*governmental advocates*) que consistiu no último e importante desenvolvimento na proteção de interesses coletivos (Trubek, 1984: 129). Ora, os gabinetes jurídicos que se ocupam de interesses não defendidos por um grupo e as instituições do sector público com interesse na mesma área inserem-se no que Cappelletti designou a segunda vaga do movimento de acesso ao direito nos EUA.

A proteção dos interesses coletivos constituiu uma grande inovação na justiça. O movimento, propondo-se defender, no plano jurídico, os interesses desprovidos do apoio de qualquer grupo, depressa se transformou num movimento com vista a criar uma sociedade mais justa, uma sociedade na qual os interessados seriam chamados a participar na tomada de decisões que lhes dizem respeito. A preocupação em proteger os interesses coletivos levou a ouvir “novas vozes em novos grupos”. Contudo, não se criou uma estrutura institucional nem se elaborou uma estratégia adequada para conseguir esse ideal de mais justiça na sociedade. Isto não significa que os esforços para proteger os interesses coletivos tenham sido um fracasso. Segundo Louise e David Trubek (1984: 147) havia que adotar uma estratégia assente nos seguintes elementos devidamente coordenados: recorrer a advogados profissionais, sem relações com a administração; a ativistas individuais no seio da administração; a grupos exteriores aos organismos da administração e a novos processos de decisão na administração.

1.2.1.3A terceira vaga: o movimento ADR (*Alternative Dispute Resolution*)

As três vagas do movimento estão unidas pela ideia de um melhor acesso à justiça. Ao lado dos tribunais, há que ter em conta outros organismos de resolução de litígios, que sejam aptos a solucionar litígios (Galanter, 1984: 152).

A maioria dos conflitos que no atual estado de direito poderiam ser levados a tribunal, não o são. Muitos são regulados sem haver recurso ao tribunal porque o interessado se resigna, ou porque considera os factos meros incidentes. Entre os assuntos que chegam a tribunal, grande parte encontra solução na negociação entre os interessados, ou num *forum* que constitui um elemento integrante do complexo social

¹³⁵ Há duas categorias de gabinetes de advogados não especializados: alguns são, antes de mais, gabinetes privados e só trataram de assuntos relevantes do ponto de vista do direito dos interesses coletivos pelo proveito que estes lhes trazem; outros interessaram-se especialmente por este tipo de assuntos, apenas tratando de outros casos por questões de subsistência económica do escritório.

no qual a controvérsia se produziu, de que é exemplo o diretor de escola, o dono de loja, o administrador, etc.. Os tribunais apenas regulam uma pequena parte de todas as controvérsias levadas ao seu conhecimento, e, mesmo essa, não passa de uma diminuta parcela de todos os conflitos que poderiam aceder aos tribunais, e uma parte mais ínfima, ainda, do total dos litígios produzidos na sociedade (Galanter, 1984: 153; Santos *et al.*, 1996: 49).

A contribuição dos tribunais para a resolução de litígios não pode estabelecer-se considerando apenas os conflitos que são de facto resolvidos por uma decisão judicial. O interesse especial dos tribunais consiste em fornecerem o *background* de normas e de procedimentos, uma base para as negociações. A sua contribuição é também decisiva quando potenciais partes consultam decisões anteriores, em casos semelhantes ao seu. A análise da jurisprudência, além de dar a conhecer as regras de fundo do direito, mostra os remédios que se podem obter, assim como as dificuldades que podem surgir, as possibilidades de ganhar a ação e os custos necessários (Galanter, 1984: 158).

Há que analisar os tribunais não apenas como locais onde se julgam diferendos, mas como partes de um sistema complexo onde exercem, tão-só de forma indireta, uma influência no modo como está regulada uma série de conflitos. O cerne do acesso à justiça não é, em consequência, possibilitar que todos vão a tribunal, mas sim que se realize a justiça no contexto em que se inserem as partes.

Para Galanter (1984: 167), o desenvolvimento do acesso à justiça não significa levar os conflitos a tribunal. O verdadeiro sentido do movimento é outro, significa que se introduza sobretudo justiça nas relações e transações nas quais os indivíduos estão envolvidos. Os cidadãos não têm apenas a experiência da justiça quando recorrem às instituições patrocinadas pelo Estado, visto que justiça ou injustiça encontram-se também nas instituições primárias onde os cidadãos exercem a sua atividade, a sua casa, o local onde vivem, todo o seu meio. As normas, às quais têm de se conformar e as sanções que a sua desobediência implica nesses diferentes contextos, podem ser mais ou menos elaboradas e ter mais ou menos assentimento. O autor fala, a propósito, de “ordem espontânea” e de “direito espontâneo”, para referir este meandro das relações sociais que emanam da comunidade e que correspondem a uma forma de comportamento reconhecida, à qual as pessoas se conformam na vida de todos os dias. Galanter traduz, assim, por “direito espontâneo” os modelos concretos

de comportamento social que se impõem numa diversidade de contextos sociais na sociedade americana.

O acesso à justiça não deve ter em conta apenas os procedimentos judiciais, pois tem que ter presentes as mensagens que emanam dos tribunais, mas também as estruturas de base que transmitem tais mensagens. Para tratar convenientemente a questão do acesso ao direito e à justiça, há que considerar a influência que a atividade dos tribunais pode exercer na conclusão de acordos ou de regulamentos, num mundo em que a vida social é regulada em larga medida por normas que não emanam de poderes públicos. Tal como as escolas têm um importante papel na transmissão dos conhecimentos, apesar de não serem apenas elas que nos instruem, preparando-nos, isso sim, a aprender fora delas, também os tribunais nos preparam para reconhecer e fazer imperar a justiça para além das suas paredes.

1.2.2 A evolução do apoio judiciário em países europeus: experiências diversas a várias velocidades

Nos Estados-Providência surgiram múltiplos novos direitos em favor dos mais desfavorecidos e de grupos desorganizados, e, conseqüentemente, a preocupação de tornar tais direitos efetivos, assegurar o seu respeito e o do princípio constitucional da igualdade dos cidadãos de forma a garantir o acesso aos tribunais e a outros organismos de regulação de disputas. A sucessão destas três fases não se verificou por igual ordem cronológica nos EUA e na Europa.

A referência às três vagas, segundo a designação de Cappelletti, fundamenta-se na observação de uma sucessão de factos produzidos nos EUA. Em alguns pontos encontra-se uma evolução comparável na Europa, mas há que ter em conta a diferença dos contextos.

Enquanto nos EUA, nos anos sessenta, a discussão acerca dos problemas jurídicos dos pobres renascia com um interesse manifesto, nenhum desenvolvimento, com algum relevo, foi sentido na Alemanha (então República Federal da Alemanha – RFA). Pelo seu lado, em França só a partir dos anos setenta, do séc. XX, é que o tema mereceu debate político e intervenção legislativa. O mesmo já não se verificou no Reino Unido, onde o acesso ao direito e à justiça foi objeto de debate político, jurídico e de criação de instituições de informação, consulta e representação jurídica, desde os anos 40 do século XX.

A Alemanha (RFA) teve uma política muito conservadora quanto ao acesso à justiça. Essa passividade é explicada pelos juristas alemães em virtude do Código de Processo Civil de 1877, que instituiu o “direito dos pobres”, permitir a dispensa de custas e de honorários de advogados no caso de as partes não terem possibilidade para as suportar, isto se o assunto em apreço tivesse probabilidades de êxito. No entanto, o recurso a esta disposição legal foi muito limitado. Na RFA tomou-se consciência do problema posto pelo acesso à justiça trinta anos mais tarde que na Inglaterra, vinte anos após a “guerra contra a pobreza” ter ocorrido nos EUA e dez anos a seguir à Holanda ter instituído os seus primeiros “centros jurídicos”. Os esforços para facilitar o acesso à justiça tinham-se limitado, até então, à referida redução de custas, não tendo em conta o derrube de obstáculos relativos às dificuldades de informação e ao estatuto social dos interessados. Pelo contrário, aumentaram-se os obstáculos, ao serem exigidos procedimentos burocráticos a quem pretendesse beneficiar de apoio judiciário, designadamente o preenchimento de condições indispensáveis para beneficiar desse apoio.

Segundo Blankenburg e Reifner (1984: 224), vários fatores históricos explicam o facto de na Alemanha não se ter tomado consciência da necessidade de apoio judiciário. A falta de um fenómeno de imigração comparável ao dos EUA, a inexistência de um passado colonialista importante, bem como o facto dos trabalhadores estrangeiros que aí se instalaram, nos séculos XIX e XX, serem oriundos de países da Europa de Leste¹³⁶ próximos da cultura germânica levaram à aparente desnecessidade do apoio judiciário.

No entanto, a RFA só em 1969 retomou a discussão do apoio judiciário, sobretudo quanto às custas judiciais e honorários de advogados, dado que a ordem dos advogados alemã conservou o monopólio das consultas jurídicas¹³⁷. Os práticos do direito, na Alemanha, segundo Blankenburg e Reifner, têm menor espírito de iniciativa que os norte-americanos para descobrir novos campos de ação. O meio jurídico alemão continua fiel à ideologia de paz pelo direito. O destaque recai sobre o papel do juiz, mais do que sobre o do advogado.

¹³⁶ Só a partir de 1950 grupos de estrangeiros afastados da cultura alemã – italianos, jugoslavos, turcos, gregos e espanhóis – penetraram na sociedade alemã.

¹³⁷ Nos EUA, 75% dos juristas são advogados, enquanto na Alemanha os juristas repartem-se em quatro grupos com idêntico número: juizes, advogados, funcionários e juristas de empresas privadas. Assim, os advogados na Alemanha não têm a mesma importância que têm noutros sistemas jurídicos.

Na opinião dos mesmos autores, só há uma alternativa possível, que consiste na integração do apoio judiciário nas outras instituições existentes no estado e na sociedade. É esta a contribuição da Alemanha para a terceira vaga. As funções de apoio judiciário foram, assim, confiadas a instituições já existentes e a Alemanha pôs em prática, provavelmente, o melhor modelo do mundo de participação das pessoas na tomada de decisões com os seus comités de empresas, que funcionam para evitar conflitos na indústria.

Em França, segundo a Lei de 1972, o apoio judiciário era concedido em qualquer tribunal, desde que devidamente solicitado. O apoio judiciário podia ser requerido por qualquer cidadão francês ou estrangeiro, assim como por associações sem fins lucrativos. Existia uma tabela que determinava os valores abaixo dos quais se podia requerer o apoio, sendo os valores aumentados por cada pessoa que o litigante tivesse dependente de si. Uma das maiores inovações desta lei foi a possibilidade de o Estado compensar financeiramente os profissionais que prestam serviços a uma das partes. O montante de compensação era apurado consoante a natureza e a importância do processo, embora estivesse sujeito a um limite. Quando os valores do pagamento aos advogados fossem elevados, os requerentes do apoio judiciário deveriam compensar o seu advogado até um determinado montante. No entanto, a Lei de apoio judiciário de 1972 sofreu bastante contestação, em especial dos advogados que receavam que pusesse em causa as características liberais da profissão, uma vez que uma parte substancial dos cidadãos podia aceder a esse benefício. Insurgiram-se igualmente contra o facto de os montantes pagos aos advogados serem baixos, em especial para determinado tipo de casos (cf. o Capítulo VI e respetivo anexo).

Juntamente com a aprovação desta Lei foram iniciadas duas experiências: a implementação do *juiz-conciliador* e a criação da *Boîte Postale 5000* e das *comissões de conciliação*. Em relação ao juiz-conciliador, pretendeu-se substituir a nível local o espaço deixado pela extinção dos juizes de paz. O objetivo era construir um sistema de resolução amigável de conflitos para causas que, dados os custos, atrasos e riscos, normalmente não vão a tribunal. O conciliador para cada região era eleito dentro do tribunal de recurso mais importante entre antigos juizes de paz, funcionários de justiça ou pessoas locais que não ocupassem cargos para o qual tivessem sido eleitos. O conciliador devia personificar o espírito de serviço público e boa vontade, visto que não eram funções remuneradas, com a exceção do reembolso de algumas despesas. A

Caixa Postal 5000 e as Comissões de Conciliação são outras experiências lançadas em 1976 pela Secretaria de Estado dos Assuntos de Consumo. Os consumidores podiam enviar as suas queixas para a Caixa Postal 5000, sendo estas distribuídas para o respetivo departamento administrativo consoante o tipo de queixa. As organizações de consumidores e as entidades públicas procuravam, então, resolver os conflitos de forma informal¹³⁸.

Todavia, o Governo francês, sentindo os limites da Lei de 1972, começou a ponderar a sua alteração, pelo que o Conselho de Estado realizou em 1990 uma reflexão sobre o sistema de acesso à justiça e ao direito que viria a culminar na aprovação de uma lei no ano seguinte. O Conselho de Estado propunha três orientações fundamentais: 1) O apoio judiciário entendido num sentido mais abrangente e alargado a todas as jurisdições, em áreas como a assistência educativa, o direito laboral, o direito de alojamento ou dos estrangeiros, assim como na área penal; 2) A assistência de um advogado, mediante um tarifário instituído e adaptado aos tipos de procedimentos, nas fases a montante e a jusante dos procedimentos, ou seja, em todos os momentos; e 3) O aconselhamento e a assistência, assim como a representação das partes, norteados por critérios estabelecidos na lei, aplicando-se em todas as comissões em que se revelasse necessário (cf. o Capítulo VI e respetivo anexo).

No Reino Unido comemoraram-se, no dia 30 de julho de 2009, 60 anos do sistema de *Legal Aid*¹³⁹. Em 1939 abriu o primeiro *Citizens Advice Bureaux*, onde as

¹³⁸Nos primeiros dois meses de funcionamento receberam cerca de 3000 cartas nos seis departamentos onde se iniciou a experiência. Projetando este valor para a população francesa no seu todo, podemos calcular um valor de 300 a 400.000 cartas por ano.

¹³⁹Para este ponto foram consultados as seguintes fontes: 1. Harris, Peter (2000), *Reforming english civil justice: a market strategy for delivering Access to justice*. In <http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/Peter%20Harris%20seminar.doc>; 2. Flood, John; Whyte, Avis (2006), "What's wrong with legal aid? Lesson from outside the UK". In *Civil Justice Quarterly*, Vol. 25, janeiro 2006; 3. Goriely, Tamara (2002), "The English approach to Access to Justice. Paper presented to a World Bank Workshop", In http://info.worldbank.org/etools/docs/voddocs78/166/access_justice.goriely.pdf; 4. Lord Carter's Review of Legal Aid Procurement (2006), "Legal Aid: a market-based approach to reform". In <http://www.legalaidprocurementreview.gov.uk/publications.htm>; 5. PLEAS Task Force (2007), *Developing capable citizens: the role of public legal education*. In <http://www.pleas.org.uk/uploads/PLEAS%20Task%20Force%20Report%20Summary%20-%20Word%20version.doc>; 6. Legal Services Commission (2006), "Corporate Plan 2006/07. Helping more people deal with their problems" e Legal Services Commission (2007), "Corporate Plan 2007/8 – 2009/10. Transforming legal services"; 7. Legal Services Commission (2007), "Making legal rights a reality for children and families. The Legal Services Commission's Strategy for family legal aid". Vol. I e II. In http://www.legalservices.gov.uk/docs/cls_main/Vol2FINALwcovers010307.pdf e http://www.legalservices.gov.uk/docs/civil_consultations/CLS_strategy_children_and_families.pdf (dezembro 2007); 8. Luca, Alessandra de (2007), *L'accesso alla giustizia in Inghilterra fra stato e mercato*. Turim: G. Giappichelli Editore; 9. Flood, John (2009), "The transformation of Access to law and justice in England and Wales", paper apresentado no Colóquio Internacional «O acesso ao direito e à justiça da família em transformação», Universidade

peças se podiam dirigir para obter informação jurídica, sobretudo numa época conturbada como a da IIª Guerra Mundial. Em 1942 William Beveridge submeteu ao governo um relatório no qual recomendava que fossem combatidos aquilo a que chamou os cinco “males gigantes” (*Five Giant Evils*), ou seja, a doença, a ignorância, a preguiça, a pobreza e a indigência, criando assim a necessidade de estabelecer um Estado forte, ou seja, abrindo caminho para a criação do Estado-Providência. No seguimento desse relatório foi criado o Comité Rushcliffe, em 1944, que tinha por objetivo estabelecer as bases de um sistema nacional de apoio judiciário, e que deu os seus frutos em 1949¹⁴⁰, com o *Legal Aid and Advice Act*, de 30 de julho, que criou o regime de apoio judiciário em matéria civil e penal e o aconselhamento e apoio prévio. Durante os anos 1950 a maioria dos casos em que houve a concessão de apoio judiciário estava relacionada com questões de divórcio¹⁴¹ (em 1955 foram cerca de 78% dos processos). Em 1961 o regime foi estendido aos *Magistrates’ Courts* e em 1964 o Comité Widgery criou os critérios de elegibilidade a serem aplicados. Já em 1970 foi criado o primeiro centro jurídico, em Londres, e em 1975 já estavam abertos 14 centros, tendo aumentado para 32 em 1980.

Sendo, até à década de 1990, um sistema tipicamente de *judicare* (de acordo com a designação de Cappelletti e Garth), era-lhe apontado como principal defeito o facto de a assistência se limitar à consulta jurídica e à representação em juízo, devendo pois ser acompanhado de mais informação, educação e reformas legais. Todavia, a principal falha do regime era o seu elevado custo (alguns autores, como Blankenburg, apelidaram o regime britânico de ‘Rolls Royce do *Legal Aid*’), daí que o Governo tenha começado a apontar os advogados como os principais culpados pelo aumento dos custos, recorrendo à teoria da ‘procura induzida’. Na verdade, os advogados tinham o poder de decidir onde oferecer os seus serviços e qual o tipo de serviços.

O *Access to Justice Act* de 1999, que entrou em vigor em 2000, criou uma nova entidade – a *Legal Services Commission* (LSC) – que veio substituir a *Legal Aid Board*, criando dois subsistemas: o *Community Legal Service*, em matéria cível, e o *Criminal*

de Coimbra, Novembro de 2009; 10. Legal Services Commission (2006), *Legal Aid reform: the way ahead*. Department for Constitutional Affairs; 11. o sítio da Internet <http://www.communitylegaladvice.org.uk> (cf. anexo ao Capítulo VI).

¹⁴⁰ O modelo de assistência jurídica delineado pelo *Legal Aid Act* de 1949, centrado na assunção, pelo Estado, do ónus de retribuição dos advogados pelos serviços prestados às pessoas com baixos recursos económicos, continua a ter bastante sucesso fora do seu país de origem (Luca: 2007).

¹⁴¹ No final da II.ª Grande Guerra, com o regresso dos homens e a emancipação das mulheres, como resultado do trabalho efetuado durante este período, houve um *boom* no número de divórcios, que atingiu um pico de 60.300 divórcios (Flood, 2009).

Defence Service, em matéria penal¹⁴². Para além destas reformas, o novo diploma veio estabelecer a necessidade de os serviços de apoio judiciário serem estipulados através de contrato e de estarem submetidos a controle de qualidade, através do método denominado *Quality Mark*. A LSC criou o serviço *Community Legal Service Direct*, já em 2004, que permite obter apoio e aconselhamento através de linha telefónica e do sítio na Internet (cf. o Capítulo VI e respetivo anexo).

1.2.3 Advocacia social e advocacia política: o desenvolvimento dos modelos de *judicare*, *public salaried attorney* e sistemas combinados até aos anos oitenta

No imediato pós-guerra vigorou, na maioria dos países, um sistema de assistência judiciária gratuita organizada pelas ordens dos advogados, a título de *munus honorificum* (Cappelletti e Garth, 1978: 22 e ss.; Blankenburg, 1980). Os inconvenientes deste sistema eram muitos e rapidamente foram denunciados. A qualidade dos serviços jurídicos era baixíssima, uma vez que, ausente a motivação económica, a distribuição acabava por recair em advogados sem experiência e por vezes ainda não plenamente profissionalizados, em geral sem qualquer dedicação à causa. Os critérios de elegibilidade eram estritos e a assistência limitava-se aos atos em juízo, estando excluída a consulta jurídica e a informação sobre os direitos. A denúncia das carências deste tipo de sistema privado e caritativo implicou que, na maioria dos países, fosse sendo substituído por um sistema político e assistencial organizado ou subsidiado pelo Estado (Santos, 1994:149).

Em geral, e de forma comum a todos os países, este movimento de *legal aid* transformou a advocacia. A par da advocacia tradicional, surgiram, de um modo tímido, a advocacia social e a advocacia política. Estas duas novas faces da advocacia surgem inseridas em movimentos socialmente comprometidos, em que a primeira pretende unicamente resolver os problemas jurídicos dos mais carenciados a título individual (defesa de pobres), e a segunda pretende já defendê-los numa perspetiva coletiva (advogados de sindicatos, associações), isto é, defender os interesses coletivos dos cidadãos no sentido do *public interest advocacy*^{143,144}.

¹⁴² Esta divisão tem muita importância ao nível do orçamento alocado a cada um dos sectores: cerca de 1.2 biliões de libras, dos 2 biliões alocados para o sistema de apoio judiciário, vão para o sistema de apoio judiciário em matéria criminal, enquanto 0.8 biliões são gasto em matéria cível, indo a maior fatia para os casos de família e crianças, logo seguidos dos casos em matéria laboral, arrendamento e dívidas. É preciso notar que, de acordo com várias fontes, o sistema de apoio judiciário do Reino Unido é aquele com maior gasto bruto e *per capita*, não só em termos europeus, como também comparando com países como a Austrália e o Canadá (Flood, 2009).

¹⁴³ Blankenburg e Cooper (1982: 4) referem, ainda, como exemplo da advocacia política na antiga República Federal da Alemanha, a luta que foi mantida nos tribunais administrativos contra as *berufverboten*, ou

Em contraponto aos sistemas caritativos, e dentro das advocacias sociais e política, desenvolveram-se dois modelos alternativos: o da advocacia convencional e o da advocacia pública. O sistema de advocacia convencional, conhecido por *judicare*, foi criado em Inglaterra em 1949 (aperfeiçoado em 1974 e 1988), de acordo com o qual o cidadão elegível, atendendo aos seus limites de rendimento, escolhe um advogado de entre os que se inscreveram numa lista para prestação desses serviços (Sousa, 1993: 39-45)¹⁴⁵. A remuneração do advogado é assegurada pelo Estado segundo os preços correntes no mercado dos serviços advocatícios¹⁴⁶.

Neste sistema, cuja origem advém das reformas levadas a cabo pelos ordenamentos jurídicos austríaco, britânico, holandês, francês e alemão, o apoio judiciário é estabelecido como matéria de direito para todas as pessoas elegíveis dentro do âmbito de aplicação dos diplomas legais respetivos, sendo o Estado responsável pelo pagamento dos serviços prestados pelos profissionais forenses. O sistema de *Judicare* foi, contudo, alvo de algumas críticas, a saber: a) ainda que resolva o obstáculo económico ligado aos custos de um processo, não tem qualquer efeito nos outros tipos de obstáculos que, em regra, afetam as pessoas com menos recursos; b) espera que sejam as pessoas que reconheçam a existência de uma pretensão jurídica e que busquem assistência; c) e não encoraja que os profissionais procurem ajudar as pessoas a reconhecer os seus direitos e a encontrar soluções para os seus problemas (Cappelletti e Garth, 1978).

O modelo dos *Public Salaried Attorney*, com origem em 1965, aspirava a objetivos diferentes do sistema *judicare*, graças ao *Legal Services Program* do gabinete de *Economic Opportunity* dos EUA, tido como a vanguarda da guerra à pobreza. Os serviços legais eram assegurados nos *neighbourhood law offices* por advogados pagos pelo governo e encarregues de zelar pelos interesses das classes mais vulneráveis. Este sistema caracteriza-se por fazer esforços para alertar as pessoas para os seus novos direitos e

seja, as interdições profissionais de trabalhar na função pública a que o Estado sujeitava certos cidadãos, por serem, por exemplo, pacifistas, ecologistas, ou membros de associações ou de partidos políticos de esquerda.

¹⁴⁴ Cooper (1991) é uma interessante fonte de informação sobre *Public Interest Law*.

¹⁴⁵ Conforme os níveis de rendimento o utente poderá ter que dar alguma contribuição.

¹⁴⁶ O sistema francês, introduzido em 1972, modificado em 1974 e 1975, deu um passo com vista a um sistema efetivo de *judicare*. Uma particularidade do sistema francês desde 1972 é abranger também cidadãos acima do nível de pobreza, não apenas os mais carenciados. A França atingiu um importante modelo do sistema *judicare*. O sistema *judicare* foi alvo de significativo criticismo: o *judicare* derruba barreiras mas pouco melhora outros problemas tipicamente sentidos pelos pobres. É curioso observar que os pobres utilizam o sistema *judicare* para resolver problemas que lhes são já familiares – divórcio e direito penal - e não para fazer valer os seus novos direitos enquanto consumidores e arrendatários. O sistema *judicare* trata os pobres como indivíduos, não como uma classe.

para a necessidade de recorrerem a advogados para os fazerem valer. Os gabinetes, por um lado, eram pequenos e estrategicamente localizados junto de comunidades carenciadas, com vista a facilitar o contacto com os mais desfavorecidos e a derrubar barreiras sociais. Por outro lado, investiam muito na informação e na educação jurídicas, na mobilização das organizações e nas atividades de lobbying em sede legislativa e administrativa.

Os dois sistemas, o de *judicare*, em Inglaterra e França (depois de 1972), e com origem nos EUA, o do *salaried staff attorneys*, em que se recorre a juristas assalariados, ligados a um escritório que funciona sob a égide dos poderes públicos, apresentam vantagens que podem ser combinadas, de forma feliz, num sistema misto, de que são exemplos a Suécia¹⁴⁷ e a província Canadiana do Quebeque (desde 1970). Optaram por combinar os dois modelos anteriores, considerando que, por si só, cada um deles apresentava limitações que poderiam ser suprimidas através da sua complementaridade. Na Grã-Bretanha instituiu-se também tal combinação, através da criação de trinta *neighbourhood law centres*, em Londres, complementando o sistema de *judicare*.

Zander (1984: 41) partiu do sistema inglês, baseando-se no relatório da *Royal Commission on Legal Services* de 1979 e, na sua opinião, defende que a melhor solução é um sistema de apoio judiciário que combine juristas que exerçam a sua profissão a título privado - *judicare system* - e juristas assalariados - *staff model*. O autor aponta-nos as vantagens e os inconvenientes do *judicare system* (Zander, 1984: 43). Entre as vantagens do *judicare system*, salienta: a) o facto de os advogados privados terem competências que podem ser postas ao serviço dos clientes com vulnerabilidades sociais, desde que para o efeito sejam pagos¹⁴⁸; b) a circunstância de os advogados profissionais liberais existirem em numerosas cidades de província, o que permite, de forma eficaz e cómoda, o recurso aos seus serviços – caso não houvesse tais escritórios teria de ser criada uma densa rede de *staff offices* para os substituir; c) o facto de, desde que remunerados de forma adequada, o recurso a estes profissionais colocar ao dispor dos mais desfavorecidos os serviços de juristas experientes, o que

¹⁴⁷ No caso da Suécia, já houve várias alterações ao regime de assistência judiciária. Desde 1997, ano em que ocorreram grandes reformas, que o Governo sueco tem investido em alternativas mais ligadas ao sector privado, como no caso dos seguros de serviços jurídicos. Assim, todas as pessoas que tenham um rendimento acima de um determinado montante são compelidas a fazer um seguro deste tipo, tendo-se tornado bastante restritos os critérios de elegibilidade para beneficiar do apoio judiciário (Flood e Whyte, 2006).

¹⁴⁸ Em Inglaterra, profissionais liberais tratam de grande volume de causas, privilegiando, no apoio judiciário, causas de direito penal, matrimoniais, de danos provocados por pessoas, causas para as quais os mais desfavorecidos recorrem a advogados não assalariados.

não acontece no *staff system*, em que o apoio judiciário é assegurado por juristas inexperientes.

Quanto aos inconvenientes do *judicare system*, Michael Zander (1984: 44) chama-nos a atenção para o seguinte: a) em algumas regiões do país não há gabinetes jurídicos permanentes de profissionais liberais; b) os profissionais liberais dificilmente acreditam que o apoio jurídico possa conduzir a reformas no direito, e preferem não se ocupar dos interesses de grupos de cidadãos, só se sentem à vontade em assuntos tradicionais; c) a ética forense opõe-se a que profissionais liberais tenham uma ação na informação jurídica prestada a grupos de cidadãos. O sector público pode, em parte, diminuir tal inconveniente, ao estabelecer centros de apoio judiciário, tendo estes uma atividade na reforma do direito, na proteção de grupos sociais e na educação jurídica.

Na defesa de um sistema misto de apoio judiciário, Zander defende que este deve comportar um sector público e um sector privado¹⁴⁹. O âmbito do apoio judiciário, de acordo com o plano de Zander, deve ser o mais abrangente possível, pois deve abarcar o maior número de processos possível, bem como as matérias processuais civis e penais e prever a prestação de conselhos e a assistência jurídica¹⁵⁰. A concessão de apoio judiciário não deve estar subordinada a condições muito estritas relativas ao tipo da demanda – na maioria dos sistemas, sobretudo nos de *judicare system*, o apoio judiciário só é prestado após um exame ao fundo do problema. No sistema inglês, este exame depende da natureza do apoio jurídico solicitado. Os centros jurídicos não são submetidos a nenhum controle quanto ao interesse dos assuntos de que se vão ocupar, sendo apenas recusados os casos de diminuta importância (*small claims*)¹⁵¹.

2 A relação entre o desenvolvimento do Estado-Providência e do acesso ao direito e à justiça: a “justiça contra a pobreza” e “para todos”

¹⁴⁹ Em alguns sistemas, o beneficiário de apoio judiciário escolhe o jurista que lhe prestará assistência, de uma lista existente no tribunal ou em organismos de apoio judiciário; em outros sistemas, o cliente pode escolher, ele próprio, qualquer jurista que aceite patrociná-lo. Esta solução é preferível. Porém, se o sector público está interdito de tratar de algumas categorias de assuntos – como foi recomendado em Inglaterra – a escolha do jurista é limitada.

¹⁵⁰ O sistema inglês cobre todas estas áreas, com exceção de ações de difamação e processos em tribunais administrativos.

¹⁵¹ Zander entende que as custas abrangidas pelo apoio judiciário deviam ser as do beneficiário do apoio e também as da outra parte, no caso de o primeiro perder a ação – se o beneficiário do apoio está dispensado do pagamento das suas custas, mas tem de arcar com as da partecontrária caso perca a ação, pode optar por não agir.

2.1 O debate sobre as origens e o desenvolvimento do acesso ao direito e à justiça

Para Erhard Blankenburg (1996), a origem dos regimes de acesso ao direito prende-se, por um lado, com a emergência, durante o século XIX, daquilo a que o autor considera que a sociedade chama de “classes perigosas”. Estas seriam constituídas pelos trabalhadores ou operários que apareceram devido à industrialização capitalista e que migravam para os centros urbanos. Terá sido por esse facto que, nos Estados Unidos da América, as primeiras associações terão surgido por causa da preocupação crescente que a chegada dos imigrantes europeus provocava (cf. Herbert Smith, 1919). Por outro lado, Blankenburg acrescenta que os fenómenos da migração e urbanização, dentro das relações de produção capitalistas, originam conflitos sociais e desordem. Se a resposta dos Estados for no sentido de criminalizar as condutas e da imposição de sanções graves, aumentando, por essa via, o número de acusações, então, por forma a legitimar o seu poder coercivo o Estado terá, também, de providenciar assistência jurídica criminal a todos os acusados.

Todavia, Richard Abel (1996) contrapõe-se a esta explicação, defendendo que a razão funcional (migração) apresentada por Blankenburg poderá não estar sempre na origem da emergência de esquemas de apoio judiciário, já que as primeiras legislações sobre o tema, a britânica, de 1949, e a holandesa, de 1957, não tiveram por base nenhum movimento migratório para esses países. E quanto à segunda razão (legitimação de um sistema coercivo), Abel contrapõe que essa razão também não esteve na origem dos regimes de *legal aid* britânico e holandês, já que estes não tinham, à data do seu aparecimento, sistemas penais repressivos. Assim, para Abel (1985 e 1996), as razões do aparecimento dos regimes de apoio judiciário estarão ligadas às modificações que as estruturas e relações familiares sofreram em consequência da Segunda Guerra Mundial. Não só aumentaram as normas jurídicas relativas à liberalização do divórcio, como aumentaram, também, as taxas de divórcio. Será, pois, por esse facto que, de acordo com as conclusões do autor, as questões de família terão representado, consistentemente, sempre a maior categoria de conflitos de natureza civil dentro dos esquemas de apoio judiciário. Mas Mel Cousins (1996) contrapõe que se é verdade que o divórcio teve um impacto bastante profundo no aparecimento do regime de apoio judiciário no Reino Unido, o mesmo já não vale para França, já que neste país a taxa de divórcio era semelhante à britânica, todavia o

regime de apoio judiciário só apareceu neste país duas décadas depois. Daí que, para Cousins, o divórcio possa estar na base do aparecimento dos regimes de *legal aid* em países protestantes e liberais, mas tal não acontecendo em países católicos e mais conservadores.

Já Abel (1985: 482) também escrevera que os países protestantes (Inglaterra, Holanda, Suécia, Estados Unidos, Canadá e Austrália) estabeleceram a *legal aid* porque não podiam tolerar o fosso entre o ideal de justiça e a realidade social, enquanto os países católicos (França, Itália, Espanha, Bélgica, Grécia e Irlanda) – e também Portugal – não eram perturbados por esta tensão. Abel (1985: 482) avançava ainda que havia autores que também explicavam o desenvolvimento da *legal aid* com o argumento burocrático, ou seja, o crescimento do Estado através da multiplicação do executivo e também do legislativo, levando também ao crescimento da ação do poder judicial.

Há também autores que defendem que os sistemas de acesso ao direito e à justiça surgiram impulsionados pelas profissões legais, numa espécie de “necessidade induzida”. Todavia, autores como Paterson e Goriely (1996), ainda que admitam que os sistemas possam, de alguma forma, refletir os interesses dos profissionais, contrapõem que não foram estes que os inventaram. Se é verdade que se pode falar, nalguns casos, em “lobbying reformador”, os autores questionam por que razão nem todas as profissões jurídicas estão associadas ao desenvolvimento dos sistemas de *legal aid*. Mas, por exemplo, Shapiro (1981: 273 e 292), ao escrever “o ritmo ao qual o acesso à justiça é alargado fundamenta-se menos nos acessos de consciência do legislador e das necessidades de prestação de serviços do Estado-Providência do que na invocação dos direitos constitucionais nos tribunais. Assim, o ritmo de mudança é determinado, em boa parte, pelo acaso de nomeação de certas pessoas para os lugares de topo dos tribunais”, sobrevalorizou, para a experiência americana, o voluntarismo dos atores judiciais.

Abel (1985: 482) entende, ainda, que sendo o acesso ao direito e à justiça uma ideia, ele replica-se e espalha-se por imitação e replicação. Assim, os países vão copiando os regimes legais dos países que lhes são próximos.

Todavia, para Paterson e Goriely (1996), ainda que possam existir alguns fatores que ajudem a compreender o aparecimento dos esquemas de acesso ao direito e à justiça, não existe um sistema de prognose que permita “adivinhar” quais as

sociedades que vão, ou não, desenvolver semelhantes esquemas. Isto é, não estamos perante uma inevitabilidade histórica.

Os problemas sociais (imigração e urbanização) dão conta das formas específicas que assumiu o apoio judiciário nos EUA, mas não explicam a razão pela qual outros planos de apoio judiciário foram estabelecidos em Inglaterra (a questão dos divórcios) ou porque o sistema de *judicare* progrediu em zonas mais rurais dos EUA. Uma observação é óbvia: o apoio judiciário suscitou um movimento de grande amplitude e pretendeu satisfazer necessidades latentes em contextos sociais diversos (Blankenburg e Reifner, 1984: 220).

Cappelletti e Garth (1978), como se referiu, entendem que o movimento de *legal aid* se devolveu através das referidas três vagas – apoio jurídico a pobres; defesa dos interesses coletivos para atenuar desigualdades; simplificação da resolução de litígios e do sistema de justiça (RAL) – por todo lado, com especial incidência nos países desenvolvidos e com a interpenetração e a ação simultânea das referidas três vagas.

No entanto, Abel (1985: 480) relembra-nos, de modo crítico, que a evolução referida e as diversas formas que foram assumindo os sistemas públicos de acesso se refugiaram em discursos idealistas que escondem as forças políticas que lhes subjazem. A metáfora das três vagas do movimento de acesso ao direito que Cappelletti popularizou, cuja imagem aparece frequentemente na literatura, sugere, inevitavelmente, a ausência – aliás, a futilidade – da intervenção humana. Assim, haverá uma nova “vaga” que purificará as reformas sociais de qualquer resíduo político através do “desenvolvimento de direitos transnacionais, da litigação transnacional, e de outros meios de reforçar os novos direitos sociais que emergem da nova configuração europeia” – noutras palavras, o direito torna-se numa ideia pura, sem qualquer Estado que o possa constranger. Assim, um modelo idealista de *legal aid* não expressa as aspirações ou os receios das categorias sociais concretas. Ao invés, as reformas que alargam o acesso podem inspirar-se em várias filosofias políticas, desde as mais conservadoras às mais radicais. A construção do acesso ao direito e à justiça não representa um consenso. É, ao contrário, o resultado de uma luta política que, muitas vezes, dá lugar a conflitos (Abel, 1985: 481 e 482)¹⁵².

¹⁵² Abel (1985: 482 e 483) identifica que por todo o lado a construção da *legal aid* é um campo de luta política. Nos Estados Unidos da América, as organizações profissionais locais, as câmaras de comércio, as

2.2 O acesso ao direito e à justiça no apogeu do Estado-Providência: “a justiça para todos” e a efetividade dos direitos

Do debate brevemente enunciado sobre as origens e o desenvolvimento do acesso ao direito e à justiça há que considerar que estamos em cada Estado perante processos e campos de luta política. Os diferentes sistemas de apoio judiciário desenvolveram-se de modo diverso em função das condições sociais e económicas diretamente correlacionadas com o nível de desenvolvimento do Estado-Providência, os valores culturais e a religião dominante, a cultura e família jurídica de pertença, o modelo processual prevalecente, a propensão à litigação de cada sociedade e o modo de organização e desempenho das profissões jurídicas (Luca, 2007).

A política de acesso ao direito e à justiça, com o seu sistema público ou de financiamento público e o conseqüente regime jurídico de apoio judiciário, desenvolve-se, como referi, numa relação entre a construção do Estado-Providência, a cultura jurídica dominante em cada sociedade – efetividade dos direitos fundamentais e sociais – e, como analisarei na secção seguinte deste capítulo, o desenvolvimento de uma democracia e uma cidadania de alta intensidade (Santos, 1998; Santos e Avritzer, 2003: 62-63).

As reformas e o desenvolvimento dos sistemas de acesso ao direito e à justiça estão em estreita relação com a consolidação do *Welfare State*. Este, implica uma sociedade na qual o Estado desempenha um papel considerável, numa economia que continua sobretudo nas mãos de particulares e em que o Estado se ocupa em melhorar as condições económicas e sociais dos mais desfavorecidos – cidadãos com vulnerabilidades económicas, minorias, locatários, assalariados ou detentores de interesses difusos. A produção legislativa em favor dos mais carenciados é uma indiscutível característica do Estado-Providência. Interessa, porém, é que tais disposições não se tornem letra morta, incitando os mais desfavorecidos a exigir a aplicação dessas leis e regulamentos feitas em seu benefício. Lawrence M. Friedman (1984: 248-265) observa que novas forças sociais estiveram na base da extensão dos direitos que se criaram no Estado-Providência. Porém, não é líquido que essas mesmas forças consigam assegurar a garantia prática de tais direitos assim instituídos, facilitando o acesso à justiça de demandantes ou de beneficiários dos designados novos direitos.

organizações mais conservadoras e os governos estaduais e federais mas conservadores (referia-se a Reagan e a Nixon) sempre combateram e tentaram reduzir ou eliminar a sua relevância.

Segundo o autor, há que distinguir três questões, às quais correspondem três tipos diferentes de interesses presentes na nossa sociedade: os interesses que uma pessoa tem enquanto membro de um grupo; os que pode ter como membro de uma comunidade e os que tem enquanto cidadã de um Estado. Como membro de um grupo, pode ser parte num litígio de grupo; enquanto indivíduo que vive numa dada comunidade, pode ter uma querela com outro membro dessa comunidade; como cidadão, pode apresentar uma reclamação contra o Estado ou contra qualquer grande organização. Estes três tipos de interesses apelam a diferentes estratégias para melhorar a justiça na sociedade. De acordo com Friedman, a melhor definição de acesso à justiça deve-se a Cappelletti, ao referir que consiste nos “meios graças aos quais os direitos se tornam eficazes”.

Uma nova categoria de direitos foi criada na França e Inglaterra do final do século XVIII, direitos que diferiam claramente dos tradicionais, herdados do direito romano ou anglo-saxónico que, à exceção do direito de voto, reconhecido nesta data, eram fundamentalmente negativos, eram sobretudo limitações ao poder do Estado. Em 1944, a mensagem anual do Presidente Roosevelt foi muito precisa ao elencar os novos direitos – os direitos sociais – fundados nas necessidades mais do que na propriedade¹⁵³, opondo-se alguns aos direitos tradicionais.

O Estado-Providência assistiu a um alargamento dos seus direitos porque os cidadãos contavam, cada vez mais, com um aumento das suas liberdades. A afirmação de direitos sociais e os esforços feitos para os tornar efetivos transformaram completamente o Estado. Ao chegar aos anos oitenta, a filosofia política corrente era, ainda, no sentido de esperar do governo o controle da economia e do cidadão.

Segundo André Tunc (1984: 305-341), a transformação do acesso ao direito e à justiça foi muito acelerada. No séc. XIX, os cidadãos passavam toda a sua vida sem sequer pensarem em se dirigir à justiça, o direito era relativamente simples e respeitado por todos. Na vida quotidiana, podia não se pensar no direito. Hoje, estabelecem-se mais relações com a administração do que com os concidadãos – o problema do acesso à justiça no Estado-Providência torna-se, em grande parte, o problema do acesso a um mecanismo social e administrativo muito complexo e o problema do controlo da imparcialidade das decisões tomadas por este mecanismo.

¹⁵³ A Inglaterra tornou-se um modelo de um Estado-Providência, graças à nova Declaração dos Direitos do Homem (*Bill of Rights*). Uma afirmação comparável de direitos foi feita em França, no Preâmbulo da Constituição de 1946.

Assim, segundo o mesmo autor, colocam-se problemas muito especiais do acesso à justiça no Estado-Providência, pelo que há que tornar a legislação mais clara para o cidadão comum. O acesso à justiça implica, assim, uma administração com “figura humana” (Tunc, 1984: 325) – os governos, periodicamente, devem fazer esforços para ajudar os cidadãos a encontrar o seu caminho na administração, para simplificar as fórmulas e para ajudar os mesmos a conhecer e compreender as decisões tomadas.

Assegurar o acesso à máquina social e administrativa do Estado-Providência é um problema enorme. Outros problemas não são menos importantes: há que instituir certos meios eficazes para controlar esta máquina, bem como dar respostas rápidas, visto estas serem fundamentais, nos domínios sociais e administrativos.

Após o fim da Segunda Grande Guerra assistimos, assim, a diversas transformações no sistema de acesso ao direito e à justiça. A primeira grande mudança ocorreu na evolução das soluções caritativas para esquemas financiados pelo Estado. Não há a mínima dúvida acerca da escala e importância da reforma do acesso ao direito e à justiça nas sociedades desenvolvidas no período pós-guerra. A inadequada caridade das profissões legais foi substituída, em alguns Estados, por um regime nacional, de espectro largo, financiado publicamente ou através de esquemas mistos. Enquanto os esquemas caritativos ajudavam só os cidadãos mais pobres para um pequeno número de casos matrimoniais e criminais, os novos esquemas de financiamento público e/ou mistos oferecem um largo leque de serviços para os mais variados problemas legais dos cidadãos mais vulneráveis socialmente e, em algumas sociedades, também para os “não-pobres”. Estes regimes de acesso ao direito e à justiça recorrem, com frequência, aos serviços de advogados assalariados, em paralelo aos serviços jurídicos dos profissionais liberais (Cappelletti *et al.*, 1978).

Entre os anos cinquenta e oitenta do séc. XX foram efetuadas reformas similares do regime jurídico e dos meios de acesso ao direito e à justiça no Reino Unido, Holanda, EUA, Canadá, Suécia e Austrália, enquanto em outras sociedades, incluindo França, introduziram-se, apesar de tudo, reformas mais limitadas. Reinava o otimismo, que foi reforçado pelo grande estudo de Cappelletti *et al.* (1978), em que se identificam as três referidas vagas globais da reforma do acesso ao direito e à justiça, envolvendo, não só o apoio judiciário, mas também uma completa panóplia de instituições e dispositivos pessoais e processuais usados nos processos e, também, para prevenir litígios nas sociedades modernas. Mais do que justiça igual para os

pobres, a expansão do acesso ao direito e à justiça tem mais a ver com a política do *Welfare State* do que com o desenvolvimento da profissão liberal de advogado.

Segundo Regan (2002), o Estado-Providência é uma condição necessária para a existência dos sistemas de apoio judiciário do período pós-guerra, na medida em que as suas características delinearão a estrutura dos vários sistemas. Cappelletti (1975) e Abel (1985) reconheceram que as reformas ocorridas depois da Segunda Grande Guerra Mundial ao nível do *legal aid* fizeram parte de uma profunda transformação do papel dos governos, que deixaram de ter uma intervenção mínima para terem uma intervenção alargada em todos os sectores da sociedade. Daí que os sistemas caritativos tenham sido transformados em sistemas públicos financiados, com advogados pagos para representar os cidadãos.

Também foi na sequência do advento do Estado-Providência e da transformação que levou a cabo que os sistemas começaram a funcionar em termos de critérios de elegibilidade (quanto às pessoas e quanto ao tipo de processo) e de tipo de serviço oferecido ao cidadão. Na maioria dos casos, a responsabilidade da organização passou da mão dos advogados para agências públicas nacionais, com orçamentos dirigidos ao pagamento de advogados. É claro que as transformações não foram iguais em todas as sociedades, mas as tendências verificaram-se.

Por outro lado, vários autores têm afirmado que a existência de serviços “não oficiais” de acesso ao direito e à justiça é mais forte nas sociedades “liberais”, sendo subdesenvolvida nas sociedades assentes em democracias sociais (Regan, 2002). Uma perspectiva histórica e política permite perceber que as famílias jurídicas de origem têm fortes implicações no que toca ao desenvolvimento deste tipo de serviços. Assim, estes serviços tendem a florescer em sociedades onde o grau de autonomia do direito face ao Estado é maior, como no caso da *common law*, em que a comunidade oferece maior número de alternativas de resolução dos conflitos e em que se verifica um maior empenho por parte de voluntários e de não profissionais, havendo também maior número de entidades – formais e informais – a prestar informação e consulta e providenciando educação jurídica aos cidadãos. Por sua vez, as sociedades que dão maior ênfase à codificação oferecem aos seus cidadãos menos formas de resolução dos litígios fora do sistema formal, havendo, por outro lado, um maior desenvolvimento de alternativas dentro do sistema estadual, mas havendo sempre recurso a profissionais.

Já, na década de 1940, Cohn¹⁵⁴ defendeu que os serviços de apoio judiciário deviam, idealmente, perseguir dois propósitos complementares: por um lado, deviam prover a consulta jurídica e a representação em tribunal; por outro lado, deviam também providenciar uma vasta gama de serviços extra-litigação, de modo a auxiliar os cidadãos na escolha dos modos de mobilização do direito. Não estamos, porém, perante um sistema de escolha entre uma ou outra forma, mas sim de uma necessária complementaridade.

À medida que as sociedades foram crescendo e complexificando-se, aumentaram as relações dos indivíduos com a administração pública; as ações e as relações assumiram uma natureza mais coletiva, reconhecendo-se, de forma gradual, os direitos sociais e os deveres estaduais, da comunidade, das associações e dos próprios indivíduos. O Estado, ao querer assegurar a segurança material de todos, assumiu-se como redistribuidor e planificador, de modo a transformar a sociedade à medida das suas ambições de progresso social (Ost e van de Kerchove, 2002). O chamado Estado-Providência assistiu a um alargamento dos direitos sociais, fundados nas necessidades, mais do que na propriedade, opondo-se alguns aos direitos tradicionais, e os esforços feitos para os tornar efetivos, transformou completamente o Estado. É neste sentido que estes novos direitos se servem das ações afirmativas do Estado para serem usufruídos por todos, sendo neste contexto que o direito de acesso efetivo à justiça ganha uma atenção particular dentro do Estado-Providência, onde as reformas que tiveram lugar foram no sentido de capacitar os indivíduos enquanto consumidores, arrendatários, trabalhadores e, sobretudo, cidadãos. O direito de acesso efetivo à justiça tornou-se, pois, o requisito básico de um sistema jurídico moderno e igualitário, cujo objetivo é o de garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos (Cappelletti e Garth, 1978: 5).

2.3 A crise do Estado-Providência e o declínio do *Legal Aid*

Quando Cappelletti e Garth publicaram o seu estudo, o tema do acesso à justiça estava no centro da atenção do debate académico¹⁵⁵ e reformador de muitos países. Os projetos de investigação sobre o tema davam conta de uma demanda

¹⁵⁴E. J. Cohn, "LegalAid for the Poor", in *Law Quarterly Review*, Vol. 59 (1943).Apud Regan.

¹⁵⁵ Na primeira metade da década de oitenta do século XX a investigação académica sociojurídica, designadamente anglo-saxónica, deu especial relevância à investigação na área do acesso ao direito e à justiça. Para além dos autores já citados e de Abel (1985) refira-se, ainda, Cappelletti (1981), Garth (1980), Blankenburg (1980), Katz (1982), Zemans (1979) e Galanter (1984).

latente de justiça, ao mesmo tempo que chamavam a atenção para as barreiras que impediam um acesso efetivo à justiça por parte de todos os cidadãos. Mas com o começo dos anos oitenta o panorama alterou-se e entrou-se num período de afirmação de políticas neoliberais¹⁵⁶ visando a máxima redução possível da intervenção e do aparato estatal, na convicção de que deve ser a eficiência e não a igualdade material o objetivo a perseguir; o mercado, e não o Estado, o instrumento que deve realizar o bem-estar dos cidadãos (Luca, 2007: 4). Paralelamente, e não casualmente, o interesse pelo tema do acesso à justiça diminuiu bastante, quase desaparecendo. Assim, pode correlacionar-se a expansão do acesso ao direito e à justiça com a política do *Welfare State* – passagem de esquemas caritativos para esquemas públicos, sentido que começou a reverter nos anos oitenta e noventa, quando os governos perderam a fé nos programas do Estado-Providência e começaram a cortar nos orçamentos do regime de acesso ao direito (Regan et al., 1999; 2002).

O declínio dos regimes do acesso ao direito e à justiça, nos anos oitenta e noventa, está bem documentado na literatura sociojurídica, sendo um dos exemplos paradigmáticos apontados o regime de *legal aid* do Reino Unido (Paterson e Goriely, 1996). O governo britânico, a partir dos anos oitenta, começou a preocupar-se, sobretudo, com os custos do sistema, considerados excessivos. Verificou-se, assim, a existência de uma rotura no sistema de *legal aid* existente à data, ao nível político, centrando-se a atenção do debate na exigência de fazer uma melhor aplicação do dinheiro dos contribuintes, o que alguns autores chamaram de “passagem da igualdade à eficácia”, pois os governos começaram a preocupar-se com as formas mais eficazes de utilização dos limitados recursos existentes. Este momento que, do ponto de vista prático, assinalou o fim do desenvolvimento do sistema de *legal aid*, coincidiu com a crise do Estado-Providência e com o início de um período marcado por intervenções mais ou menos mascaradas por tentativas de redimensionamento e correlativas tentativas de “defesa” por parte das profissões jurídicas e dos grupos organizados,

¹⁵⁶ Em Inglaterra, 1979 foi o ano em que Margaret Thatcher subiu ao poder, tendo o Governo que liderava implementado uma política neoliberal que se propunha não só reduzir ao mínimo a intervenção estatal em todas as atividades de carácter individual, como também se propôs transferir para o sector público a lógica e os princípios do sector privado. Os anos que se seguiram formaram o período do chamado “*new public management*”. Este período caracterizou-se, pois, por uma série de privatizações, acompanhadas do desenvolvimento de formas de controlo dos serviços públicos alternativas à propriedade do Estado e à gestão burocrática, centradas numa confiança nas funções reguladoras do mercado livre e no emprego de técnicas próprias de gestão vindas do sector privado. Neste contexto, desenvolveu-se uma nova forma de atuação dos direitos sociais, definida como “consumidorista”, que se propunha efetivar a tutela dos direitos dos cidadãos através de estruturas típicas da economia de mercado (Luca, 2007).

interessados na manutenção do sistema. Mas este fenómeno não se restringiu ao Reino Unido já que, em razão da exigência de controlo da despesa pública, tida como prioritária, os vários sistemas de apoio judiciário de vários países (Canadá, Holanda, Suécia, etc.) foram sendo objeto de intervenções restritivas e somente nos países em que os regimes de apoio judiciário ainda não estavam suficientemente desenvolvidos e o movimento neoliberal ainda era débil é que se verificaram intervenções de melhoramento dos sistemas (Luca, 2007).

Vários autores, segundo Regan *et al.*(2002), argumentam que, ainda que este processo de expansão e de declínio esteja bem documentado na literatura, não tem sido totalmente compreendido, pelo que subsistem várias questões. Não se percebe com exatidão a existência do processo de expansão/declínio: o apoio jurídico limitou-se a evoluir ou as suas mudanças são o resultado de influências sociais e políticas? Se assim é, o que poderemos aprender sobre o poder das profissões forenses, o impacto da religião, ou o surgimento e queda do Estado-Providência? E será que as tradições das diferentes famílias jurídicas também são importantes?

Durante algum tempo houve a sensação de que a visão liberal da igualdade perante a lei estava prestes a concretizar-se. Durante a década de 1970 a literatura sobre o tema estava otimista relativamente ao impacto e à longevidade das mudanças. Cappelletti, por exemplo, defendeu que a justiça igualitária para os pobres estava finalmente a tornar-se uma realidade e que, ainda que se verificasse um problema na implementação, as sociedades recalcitrantes iriam, a seu tempo, reformar os seus sistemas. O otimismo foi reforçado com a identificação das vagas globais de reforma do acesso à justiça, envolvendo não apenas o apoio judiciário mas também uma vasta panóplia de instituições, de mecanismos e de procedimentos.

As explicações evolutivas foram vistas como ingénuas por outros autores, tais como Abel, que considerou a expansão deste sistema no período pós-guerra deveu-se a um sistema de controlo social da parte dos sistemas capitalistas, desenhados para melhorar as ações coletivas por parte dos trabalhadores e das pessoas com carências financeiras. Tal foi conseguido em parte através da concessão de direitos assistenciais, incluindo subsídios, proteção na saúde, proteção na habitação e proteção jurídica. Por sua vez, as reformas foram o resultado de uma procura induzida pressionada pela advocacia, na tentativa de estimular novos mercados jurídicos num período de saturação de profissionais forenses. Todavia, Abel não foi capaz de explicar a razão da

variação entre os vários países no tocante aos critérios de elegibilidade ou o porquê da resistência das profissões forenses às reformas do apoio judiciário (Regan *et al.*, 2002).

Verificou-se, assim, que, apesar do crescimento da procura na maior parte das sociedades, os requisitos de elegibilidade e de acesso ao sistema de apoio legal tornaram-se mais restritivos, ao mesmo tempo que restringiu os orçamentos a alocar ao apoio judiciário e que começou a ser introduzido ou desenvolvido o pagamento parcial (ou total) do custo dos casos pelos “clientes”. As orientações políticas dos diversos governos foram no sentido de restringir o espectro de casos para os quais o apoio judiciário estava disponível, limitando-o progressivamente, nos países onde foi mais desenvolvido, aos casos criminais. A elegibilidade do acesso ao direito e à justiça dos anos noventa retoma, por vezes, os esquemas caritativos anteriores à Segunda Grande Guerra Mundial. Isto teve como resultado que o público-alvo destes sistemas fosse uma camada cada vez menor da população, com condições económicas muito débeis, bem como uma restrição ao nível das matérias a tratar, destinando-se essencialmente às matérias criminais (Regan *et al.*, 2002).

2.4 A (re)universalização do acesso ao direito e à justiça no século XXI e as novas parcerias entre o Estado, a comunidade e o mercado

A este pessimismo e declínio dos regimes e meios de acesso ao direito e à justiça dos anos oitenta e noventa, e à recolocação da caridade advocatícia na agenda (Regan *et al.*, 2002) suceder-se-á, no final do século XX e início do século XXI, sobretudo na Europa, um discurso político e legislativo de desenvolvimento e consolidação de todos os meios que permitam aos cidadãos aceder ao direito e à resolução de litígios. Pode dizer-se, assim, que as alterações sofridas pelo Estado-Providência não fizeram diminuir a necessidade social de acesso à justiça, que era e continua a ser um elemento pré-jurídico. Por outro lado, as reformas levadas a cabo nos diversos países incidiram, sobretudo, nas modalidades à disposição dos cidadãos para resolução dos seus problemas e necessidades. Os últimos anos podem, pois, caracterizar-se pela busca de um equilíbrio entre os valores consolidados e os valores mais recentes, fruto das modificações liberais experimentadas pelo Estado social (Luca, 2007).

Como defendem Paterson e Goriely (1996), o direito é uma das formas pelas quais as pessoas se podem expressar enquanto cidadãos e ainda que não possa, por si

só, produzir uma sociedade justa, pode assegurar que a sociedade respeita determinados valores. Assim, o regime de acesso ao direito e à justiça, ao aumentar o valor da justiça processual, ajuda a diminuir o fosso entre os cidadãos. É por isso que o tema do acesso à justiça continua a ser merecedor de atenção, já que este direito continua a apresentar-se como o principal instrumento para a realização da igualdade material dos cidadãos.

Para os economistas, o acesso à justiça aparece associado à execução dos direitos de propriedade e dos direitos de crédito, representando assim uma condição essencial para o bom funcionamento do mercado. Hoje, com o fenómeno da globalização, verifica-se um aumento das interações transfronteiriças entre as pessoas, sobretudo com base em relações de consumo e contratuais, o que leva, por sua vez, a um aumento dos litígios e apresenta, assim, novos problemas no acesso à justiça. Isto leva também ao aumento do número de instâncias e de jurisdições que interagem, competem e conflituam entre si. Os utentes vêem-se, pois, perante um sistema multicamadas, constituído por normas nacionais e internacionais, o que pode aumentar, mas também complicar, o acesso à justiça. Por outro lado, para os economistas também é importante medir e avaliar o acesso à justiça das pessoas com fracos recursos, já que esta análise constitui, também, um dado importante para avaliar o desenvolvimento económico dos Estados (Maurits, 2006).

Russel Pearce (2004) defende que a maior parte dos advogados e dos juízes, assim como o público em geral, consideraria chocante a ideia de que a justiça pode ser vendida e comprada. Todavia, diz o autor, a verdade é que os sistemas jurídicos distribuem os serviços jurídico-legais através do mercado, ao mesmo tempo que a “distribuição” de justiça está intimamente ligada à qualidade dos serviços jurídico-legais prestados. Nesse mesmo sentido, Zemans (1996) advoga a existência de uma inter-relação entre sistema económico de mercado e evolução do sistema legal. Segundo explica o autor, na altura da industrialização o sistema jurídico e os serviços prestados pelos profissionais forenses refletiam a ideologia económica do mercado, uma vez que a representação por advogado era uma mercadoria que podia ser comprada, pelo que a tenacidade do profissional, sendo passível de conversão monetária, podia ser adquirida. À medida que o sistema jurídico, como meio de controlo, se começou a tornar mais eficiente, os princípios do mercado, isto é, as leis da oferta e da procura, obrigaram a que os custos associados à utilização do sistema fossem cada vez mais

elevados, de modo a desencorajar o recurso aos mesmos. Deste modo, apenas as pessoas que tinham recursos económicos para o fazer é que podiam aceder ao sistema. Isto é, o sistema jurídico tornou-se um sistema elitista, apenas acessível a uma elite com poder económico e, por essa via, poder social, pelo que as barreiras económicas se tornaram, por sua vez, barreiras sociais (de classe) e psicológicas, uma vez que o sistema judicial se transformou num sistema intimidatório por associar formalismo, poder e prestígio. Daí que o principal foco de operação de qualquer regime de acesso aos tribunais (e, como frisa o autor, o acesso à justiça tem sido exclusivamente associado com acesso aos tribunais) seja direcionado a providenciar assistência às classes mais desfavorecidas.

Todavia, para David Luban (1996), é falso que o argumento, segundo o qual os cidadãos com menos recursos não têm possibilidades de recorrer aos serviços de advogados, tenha uma natureza puramente económica. Para o autor, o Estado é que deve ser considerado responsável por esse facto, pois deriva de decisões estatais que o desenho do sistema jurídico não permita a sua operacionalidade por parte de todos, já que em termos formais e substanciais se torna mais difícil para os cidadãos com baixos recursos poder aceder ao sistema. Por outro lado, também é uma decisão estatal que haja restrições relativamente aos profissionais forenses, mantendo-se, assim, um monopólio profissional e, associado a este, um elevado nível de custos. Deste modo, o Estado concedeu as vantagens do sistema legal àqueles que podem pagar para o usar. Bamberger (1996) acrescenta que não é só a falta de dinheiro que torna um homem pobre. As ‘algemas’ que impõem a pobreza são a ignorância de direitos, a desconsideração da pessoa enquanto sujeito de direitos, o sentimento de abandono e a sensação de se ser um objeto manipulado pelo sistema.

Emmanuel Putman (2007) sugere também um paralelo com a economia. Quando a expansão do Estado-Providência trouxe consigo a afirmação positiva do direito de acesso ao direito e à justiça, estávamos num período em que já não se acreditava na ‘mão invisível’ e no jogo espontâneo entre oferta e procura, num período em que se começou a dar conta de que o mercado também está sujeito a falhas (as chamadas situações de *market failure*). Nesse sentido, o Estado de Direito devia dar aos seus cidadãos a garantia da satisfação dos seus direitos, devendo, pois, intervir sempre que as ‘mãos invisíveis’ falhassem. A proposta do *Welfare State*, no período pós-guerra, foi a de que era possível “colocar o capital contra a parede” e erigir um

formato de Estado mais condizente com uma missão de instância delegada de serviço público. Foi assim que surgiu um Estado amplo, qualificado como de proteção social (*Welfare State/Estado-Providência*), com ofertas universais de assistência social generosa, como foi o caso mais notório do subsídio de desemprego ou, do caso em questão, do regime de assistência judiciária. Este fenómeno teve um valor emblemático decisivo, porque mostrou que a cidadania pode impor um estilo de regulação social ao capital, usando para isso o Estado (Demo, 2005).

Todavia, esta visão – de que o sistema de acesso à justiça necessita de prestações sociais por parte do Estado – começou a deixar de ser viável dados os elevados custos de semelhante regime quando, há alguns anos atrás, um estudo britânico concluiu que a procura do sistema de justiça iria continua a aumentar, dado, cada vez mais, os indivíduos terem noção dos seus direitos. Além disso, verifica-se, cada vez mais também, uma expansão do domínio jurídico em todas as áreas de atividade, o que, por sua vez, leva a um conseqüente aumento da procura do sistema de justiça. Como defendem Grossman e Sarat (1996), num mundo de recursos limitados é necessária e inevitável uma forma de racionalização dos recursos, pois se todos os indivíduos tivessem total acesso ao sistema jurídico este poderia colapsar. É o princípio da igualdade que obriga, assim, à imposição de regras rígidas sobre a forma como os utilizadores reincidentes usam os tribunais e são representados em juízo.

Nesse sentido, foram implementadas reformas em vários Estados (como no caso britânico¹⁵⁷), começando os governos a apostar nos mecanismos de mercado de forma a responder à procura crescente do sistema de justiça. Este modelo, chamado de *Market-Based System* (Harris, 2000), encara a justiça e o sistema judiciário como uma atividade empresarial, ao contrário do modelo *welfarista*, em que as prestações sociais, como a assistência jurídica, requeriam a imposição de alguns sacrifícios à eficiência do mercado. Por outro lado, os utentes do sistema de justiça são vistos como consumidores que têm ao seu alcance uma ampla “seleção de produtos” aptos a resolver os seus problemas. Esta seleção inclui os diferentes mecanismos de resolução alternativa de litígios (como a mediação, arbitragem e conciliação) e o recurso a um

¹⁵⁷ São de referir os seguintes recentes relatórios: “A Fairer Deal for Legal Aid” (2005), do *Department for Constitutional Affairs* e “Legal Aid: a market-based approach to reform” (2006), *Lord Carter’s Review of Legal Aid Procurement*. Em ambos é notória a perspectiva de que devem ser implementadas várias mudanças no sistema, aproximando-o do modo de atuação do sistema mercantil, tendo em atenção um ‘clima fiscal pesado’ e ‘a natureza finita dos recursos’, ao mesmo tempo que se constata que “In England and Wales, we spend more on legal aid per capita than anywhere else in the world”. Assim, de modo a atingir uma maior eficácia e eficiência dos serviços, é necessário reformar o sistema e responder às novas necessidades que surgem, ao mesmo tempo que se procura reduzir o orçamento alocado ao regime.

ombudsman ou provedor de justiça, que são opções mais económicas que os mecanismos formais, ou seja, os tribunais. Por outro lado, existe também um maior acesso à informação jurídica, o que facilita um processo de decisão mais racional, já que esta se assume como indispensável à regulação da vida em sociedade e para obstar a litígios inúteis. A educação para os direitos¹⁵⁸, defende-se, pode funcionar como um modo alternativo de resolução de conflitos.

Quanto ao sistema formal de resolução de conflitos, ou seja, os tribunais, deve também, dentro deste novo modelo, funcionar segundo as regras de mercado. Isso é feito através do aumento do valor das custas judiciais e das taxas de justiça, o que levará a um aumento da eficiência do sistema judiciário ao desincentivar a procura. As pessoas com fracos recursos continuam a ser subsidiadas, mas esse apoio torna-se estratégico, pois existe uma avaliação das particulares condições de cada situação e não uma atribuição geral a todos os indivíduos com um rendimento inferior a determinado montante. Por outro lado, como se verifica em alguns sistemas (ex.: Reino Unido), os cidadãos podem ser indemnizados pelo tribunal no caso de se verificar morosidade processual, o que leva a que os tribunais sejam assim considerados responsáveis pela prestação dos seus serviços.

Verifica-se, também, o aparecimento de entidades privadas prestadoras de serviços de informação jurídica, que prestam os seus serviços via telefone ou Internet¹⁵⁹, tornando-se mais acessíveis aos cidadãos. A posição de Jacques Faget (1995) corrobora este argumento, ao defender que a estratégia adotada pelos profissionais forenses para o mercado de consulta jurídica revela que o acesso ao direito não representa apenas uma aposta democrática, representando também uma aposta financeira. As profissões forenses não estavam preparadas para compreender a explosão social do direito, que não se explica apenas pela inflação legislativa e

¹⁵⁸ É de referir um relatório de Julho de 2007 da *Public Legal Education and Support (PLEAS) Task Force*, sob o título “Developing capable citizens: the role of public legal education” (Cf. www.pleas.org.uk), no qual se chama a atenção para a importância da educação jurídica, no sentido de educação para o direito e para os direitos, como forma de capacitar os cidadãos para o Direito e para o mundo jurídico-legal, de modo a que os mesmos sejam capazes de fazer um uso efetivo e eficiente dos instrumentos à sua disposição, o que lhes permite obter benefícios e contribui para alcançar a justiça social, já que encoraja ao respeito pelo Direito e ajuda à construção da coesão social da comunidade. Ao mesmo tempo, cidadãos mais capacitados e conhecedores, com maior capacidade de comunicação e de decisão, podem evitar processos desnecessários em tribunal, chegando mais depressa a um consenso e evitando um uso desnecessário de recursos.

¹⁵⁹ No Reino Unido podem encontrar-se os seguintes sítios da Internet a prestar informação e consulta jurídicas: <http://www.judicium.com> e <http://www.freelawyer.co.uk/idx/index.asp>. Em Portugal também se encontram alguns, tais como <http://www.divorcionet.pt>, mas este fenómeno de prestar consulta jurídica pela Internet está a suscitar alguma polémica e dúvidas deontológicas à Ordem dos Advogados. Para mais informações, vide http://www.verbojuridico.net/inverbis/index.php?Itemid=31&id=145&option=com_content&task=view (Novembro de 2007).

multiplicação dos contenciosos técnicos, mas também pelo desgaste da capacidade dos grupos sociais de regular os seus litígios. Os profissionais de justiça sentiram, de forma ‘dolorosa’, o surgimento de práticas jurídicas alternativas ao seu monopólio. A explosão da procura social do direito provocou uma expansão do mercado de bens jurídicos, trazendo consigo a chegada de novos ‘mercadores’ ao ‘templo da consulta jurídica’ (Faget, 1995).

Quando se deu a emergência do Estado-Providência, para a qual concorreram vários fatores, como a organização sindical e partidária, a universalização da educação fundamental, o associativismo popular e o nível de progresso económico, houve um alargamento da atividade estatal a todos os sectores, com base na ideia de que era necessário um Estado forte e interventor. Porém, com o tempo, o mercado liberal, aproveitando-se da crise dos anos setenta, puxada em parte pelo problema do petróleo e culminando com a queda do socialismo real no final da década de oitenta, veio anunciar a sua tese eterna: a cidadania não pode regular o mercado (Demo, 2005). Hoje, verifica-se, assim, o fenómeno de enfraquecimento do Estado, pelo que se procuram diminuir os gastos e há a assunção por parte do Estado do papel de mediador, ao mesmo tempo que o mercado e a sociedade adquirem um estatuto mais forte e são deixados a agir e a aplicar os seus princípios.

De acordo com várias vozes¹⁶⁰, o regime de apoio judiciário está em crise, uma crise que não é só financeira, mas também ‘moral’, pelo que o sistema apela, assim, a uma reforma indispensável, que deve não só respeitar a filosofia de origem deste regime, isto é, a assistência aos mais desfavorecidos, mas também respeitar dois importantes princípios: a transparência e a responsabilização. Junta-se a esta opinião a ideia de que a perspectiva *welfarista* sobre os esquemas de *legal aid* é contrária às modernas formas de administração (o *new public management*).

De facto, a maior parte dos governos chegou à conclusão de que os gastos com os sistemas de apoio judiciário são muito elevados, pelo que estão a ser exploradas novas formas de combinar a oferta do sistema com a redução de custos. Daí que se caminhe cada vez mais para uma perspectiva de comprador-fornecedor de serviços jurídico-legais. E, como sublinham John Flood e Avis Whyte (2006), há um maior investimento por parte de vários governos em alternativas ao regime de apoio

¹⁶⁰ Ver, por exemplo, o *Rapport d’Information n° 23, au nom de la commission des Finances, du controle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l’aide juridictionnelle* (Outubro de 2007). Cf. <http://www.senat.fr/rap/r07-023/r07-0231.pdf>.

judiciário, tais como o seguro para despesas jurídicas (o chamado *Legal Expenses Insurance* – LEI, com grande mercado na Alemanha e na Suécia), os centros de consulta jurídica (como no caso do Reino Unido e que dependem de um staff de advogados, que são recrutados e formados), os serviços *pro bono* e os serviços *self-help* (neste domínio, a Internet adquire uma importância vital, ao fornecer uma vasta gama de produtos e de fontes de informação jurídica¹⁶¹) e, ainda, o *conditional fees agreement*, em que o cidadão acorda com o advogado que ele será pago, na condição de a demanda ter sucesso. Assim, segundo os autores mencionados, existe uma tendência para a privatização dos serviços e para a redução da intervenção estatal.

Constata-se, deste modo, que o tema do acesso ao direito e à justiça continua a ser merecedor de atenção, já que este direito continua a apresentar-se como o principal instrumento para a realização da igualdade material. Se, numa fase inicial de desenvolvimento do movimento, a “porta” que se pretendia abrir era a da justiça ordinária e, portanto, a expressão “acesso à justiça” fosse essencialmente compreendida como equivalente a acesso aos tribunais, a evolução do movimento levou a uma perda da centralidade dos tribunais estatais e dos advogados e à ampliação da perspectiva de que o acesso à justiça significa a resolução dos conflitos através de instituições imparciais, incorruptas e justas, independentemente de existir, ou não, lugar à necessidade de recorrer aos advogados ou aos tribunais (Luca, 2007). Surgem, assim, políticas caracterizadas por uma crescente regulamentação e, conseqüentemente, publicitação de sujeitos e fenómenos pertencentes à esfera privada. Em nome da redução da despesa pública o Estado abandonou o princípio da universalidade que constituía a base do *legal aid* e começou a confiar na capacidade empresarial dos profissionais forenses e das companhias de seguros. O que emerge é, em consequência, uma redefinição das relações entre o Estado, o mercado e a comunidade, na qual o primeiro, partindo do reconhecimento da indispensabilidade de satisfazer algumas necessidades e, ao mesmo tempo, da constatação da impossibilidade de o fazer diretamente, começa cada vez mais a confiar nos sujeitos privados do mercado e da comunidade e nos seus métodos de gestão, configurando a sua própria intervenção como subsidiária e reservando-se, sobretudo, um papel de regulador.

¹⁶¹ No âmbito do *Rapport* mencionado na nota de rodapé anterior, uma das propostas apontadas é a do investimento e difusão do uso das novas tecnologias no seio do sistema de assistência judiciária.

3 Que futuro para o acesso ao direito e à justiça? – desafios para o século XXI

No início da segunda década do século XXI, a crise do Estado-Providência, as crises dos mercados, designadamente as financeiras, mais recentes, e a ideologia do predomínio do mercado, tiveram como consequência, como se referiu, as políticas públicas liberais de redução do Estado e da despesa pública, mas não mataram a necessidade social e política de um direito de acesso ao direito e à justiça. Consequentemente os Estados e as sociedades democráticas necessitam de terem ao seu serviço regimes jurídicos e meios que satisfaçam, ainda que parcialmente, tal necessidade, de modo a compensar as desigualdades sociais e a fomentar a cidadania.

Neste quadro de crise e de necessidade social e política assume especial relevância a continuação e desenvolvimento dos estudos sociojurídicos sobre o acesso ao direito e à justiça na área de identificação dos obstáculos e da sua superação, a esse acesso efetivo, e, ainda, da relação entre esse direito e os meios disponíveis, em cada sociedade com a democracia.

A consagração constitucional dos novos direitos económicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituído de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e económicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.

Ora, no atual Estado pós-Estado-Providência, o acesso ao direito e à justiça terá de ser desenvolvido como um elemento constitutivo de uma democracia com qualidade e de alta intensidade (Santos, 1998; Santos e Avritzer, 2003: 62-63).

3.1 Os obstáculos ao acesso efetivo ao direito e à justiça e a hipótese da sua superação

Os estudos realizados pela sociologia judiciária desde o início do século XX revelam-nos que os obstáculos ao acesso efetivo à justiça por parte das classes populares são de três tipos: económicos, sociais e culturais¹⁶². Os custos económicos compreendem, nomeadamente: preparos, taxas e custas judiciais; honorários de advogados e outros profissionais como, por exemplo, peritos; gastos de transporte e

¹⁶² Sobre os diferentes tipos de barreiras de acesso à justiça conferir, entre outros, Macdonald (1984).

outros; uma série de custos de oportunidade com valor económico, para além dos custos resultantes da morosidade (Santos *et al.*, 1996: 486)¹⁶³. Todos estes custos tornam a justiça dispendiosa e proporcionalmente mais cara para as ações de pequeno valor, por alguns destes custos serem rígidos, o que vitimiza mais uma vez as classes populares, dado que é precisamente neste tipo de ações que tendem a intervir.

A sociologia da administração da justiça tem-se, assim, ocupado também dos obstáculos sociais e culturais ao efetivo acesso à justiça por parte dos grupos sociais mais vulneráveis e este constitui, talvez, um dos campos de investigação mais inovador. Os estudos revelam que a distância dos cidadãos à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas, não apenas fatores económicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais remotamente relacionados com as desigualdades económicas.

Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer como jurídico um problema que os afeta – ignoram quer os direitos em jogo, quer as possibilidades da sua reparação jurídica. Caplowitz (1963), por exemplo, concluiu que quanto mais baixo é o estrato social do consumidor maior é a probabilidade que desconheça os seus direitos no caso de compra de um produto defeituoso (*apud* Santos, 1994).

Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação. Os dados mostram que os indivíduos das classes mais baixas hesitam muito mais que os restantes em recorrer aos tribunais, mesmo quando reconhecem estar perante um problema jurídico. Numa investigação efetuada em Nova Iorque junto de pessoas que tinham sido vítimas de pequenos acidentes de viação, verificou-se que 27% dos inquiridos da classe baixa nada faziam, em comparação com 24% dos inquiridos da classe alta (*apud* Carlin e Howard, 1965), ou seja, quanto mais baixo era o *status* socioeconómico da pessoa acidentada, menor era a probabilidade de interpor uma ação de indemnização. Dois fatores parecem explicar esta desconfiança ou esta resignação: por um lado, experiências anteriores com a justiça, de que resultou uma alienação em relação ao mundo jurídico (uma reação compreensível à luz dos estudos que revelam ser grande a diferença de qualidade entre serviços advocatícios prestados

¹⁶³ Sobre os custos da litigação e sua influência na função da procura de tutela judicial, assim como na gestão da oferta, conferir Santos *et al.* (1996: Capítulo II).

às classes de maiores recursos e os prestados às classes de menores recursos)¹⁶⁴; por outro lado, uma situação geral de dependência e de insegurança, que produz o receio de represálias, se se recorrer aos tribunais.

Em terceiro e último lugar, verifica-se que o reconhecimento do problema como do foro jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para o resolver, não são suficientes para que a iniciativa seja, de facto, tomada. Quanto mais baixo é o estrato socioeconómico do cidadão, menos provável é que conheça um advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando contactar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.

No entanto, estudos mais recentes, como os inquéritos de opinião sobre as representações sociais dos tribunais, o direito e a litigiosidade (Santos *et al.*, 1996: 503-684; Santos *et al.*, 2003), permitem-nos concluir que, na sociedade portuguesa, os cidadãos têm um bom conhecimento do direito vigente, mas tal conhecimento não se reflete, necessariamente, no crescimento da procura dos tribunais. Acresce que estes estudos revelam que existe uma percentagem significativa da população (cerca de 20% em algumas matérias) que não conhece o direito e, conseqüentemente, tem mais dificuldades em reconhecer as possibilidades de reparação jurídica de problemas que a afetem.

Num inquérito de opinião realizado em Inglaterra, cujos resultados foram publicados em 2004, concluiu-se que surge, anualmente, cerca de um milhão de litígios para os quais existe uma solução de tipo jurídico, mas em relação aos quais não é proposta qualquer ação, sendo apontadas as seguintes explicações para tal inércia: a existência da convicção (errada) de que o ordenamento não oferece nenhuma solução; não reconhecimento da existência do litígio; reconhecimento da existência do litígio, mas não atribuição de importância à questão; e, finalmente, receio das possíveis conseqüências derivadas da eventual propositura da ação (Luca, 2007: 2).

O conjunto destes estudos revelou que a discriminação social no acesso à justiça é um fenómeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que, para além das condicionantes económicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de

¹⁶⁴ O peso das experiências anteriores com a justiça na conformação das expectativas sobre a eficácia do recurso aos tribunais resulta evidente nos resultados do inquérito realizado por Santos *et al.* (1996: Capítulo 10).

interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar. A riqueza dos resultados das investigações sociológicas no domínio de acesso à justiça não pôde deixar de refletir-se, como já referi, nas inovações institucionais e organizacionais que, um pouco por toda a parte, foram sendo levadas a cabo para minimizar as escandalosas discrepâncias verificadas entre justiça civil e justiça social (Santos, 1994:148).

3.2 Acesso ao direito e à justiça: um elemento constitutivo de uma democracia de alta intensidade

3.2.1 A superação da dicotomia entre direitos civis e sociais

A obrigação do Estado de promover o princípio da igualdade no acesso ao direito e à justiça para os seus cidadãos é muito anterior ao Estado-Providência. A teoria constitucional liberal, com fundamento nas teorias dos autores “igualitários” como Rousseau, Stuart Mill ou Dicey, sempre o afirmou (Cranston, 1986: 2).

Antes do início do desenvolvimento do *Welfare State*, o acesso ao direito e à justiça financiado pelo Estado era, para Marshall (1950), a passagem da igualdade formal perante a lei para a realização plena do exercício dos direitos civis. Como T.H. Marshall escreveu no seu livro *Citizenship and Social Class* (1950):

O elemento civil (da cidadania) é composto pelos direitos necessários à liberdade individual – liberdade individual, liberdade de expressão, de pensamento e de credo, o direito à propriedade privada e a contratar, e o direito à justiça. Este último tem uma natureza diferente dos anteriores, pois é o direito que permite obter todos os outros direitos em condições de igualdade com as outras pessoas e pelo recurso a um processo legal.¹⁶⁵

A importância atribuída ao acesso “ao direito e” à justiça por Marshall baseia-se no reconhecimento implícito do papel do direito não só como instrumento de governação, mas também como um dos principais elementos constitutivos da democratização das práticas sociais.

Cappelletti e Garth (1978), que nos finais dos anos setenta, como referi, coordenaram um grande projeto de investigação sobre o acesso ao direito em diversos países, defendem, na introdução ao seu estudo, que os governos devem ter uma ação afirmativa para tornar os direitos efetivos e “acessíveis para todos”, pelo que não reconhecem a divisão de Marshall em que os direitos civis seriam realizados através da lei e os direitos sociais teriam de resultar de uma ação coletiva. Ao contrário, defendem o “direito a um efetivo acesso” como o caminho essencial – of

¹⁶⁵ T.H. Marshall, quando em 1949 ensinava em Cambridge aos seus alunos “Citizenship and social class”, ao mesmo tempo que era aprovada, no Parlamento Inglês, o *Legal Aid and Legal Advice Act*.

paramount importance – para a realização dos direitos civis e sociais. Assim, propõem-nos dois caminhos analíticos. O primeiro, identificava o acesso ao direito e à justiça com a igualdade no acesso ao sistema judicial e/ou à representação por advogado num litígio. O segundo, mais abrangente, encarava o acesso ao direito como garantia de efetividade dos direitos individuais e coletivos. Ora, é esta visão mais ampla que aqui privilegiamos. Os nossos direitos só são efetivos se tivermos consciência deles e, na eventualidade de nos considerarmos lesados, podermos recorrer a uma instância ou entidade à qual se reconheça legitimidade que dirima esse nosso litígio com o lesante.

Luban (1996) argumenta que existe um direito a *legal services* em todos os países em que a legitimidade política está fundada na noção de *equality-of-rights-not fortune* (na igualdade de direitos e não na fortuna ou capacidade económica). Assim, é consensual que os direitos devem ser juridicamente implementados, pelo que defende, em resumo: 1. acesso aos serviços legais mínimos e necessários para aceder ao sistema legal; 2. acesso ao sistema legal é necessário para a igualdade de direitos; 3. igualdade de direitos é necessária para legitimar a forma de governo; 4. o que seja necessário para legitimar o governo deve ser tratado como direito; 5. logo, acesso ao direito e à justiça (*legal services*) é um direito sobre a nossa forma de governo. Assim, o argumento clássico a favor do *legal aid* é que sem assistência legal não se pode usar o sistema legal de modo efetivo. Claro que o direito não só transforma a sociedade, como é, em troca, transformado por esta. A criação dos regimes de acesso à justiça representou o começo de um novo estágio nas relações entre o direito e a sociedade, tendo sido fundamental para o incremento de uma cidadania inclusiva, pois, em combinação com outras reformas encetadas no período do Estado-Providência, permitiu deixar para trás um modelo que se baseava num Estado mínimo e que apenas se limitava a reagir perante as situações. Assim, estes regimes funcionaram como base de uma democracia social, assente, entre outros, no princípio da paridade de participação, representando a criação de um novo modelo político. O acesso à justiça encontra-se implicitamente contido no direito de acesso aos recursos sociais, já que os outros direitos sociais se tornam ilusórios se não o tiverem como base de sustentação. Na verdade, pesquisas recentes têm demonstrado que a vida quotidiana implica a necessidade constante de aconselhamento e assistência jurídicos, pelo que o acesso à justiça se torna fundamental como mecanismo facilitador da inclusão social. Caso contrário, estaremos perante um princípio de igualdade apenas formal, vazio de

conteúdo, e acessível apenas a um grupo muito restrito. Para além disso, é o próprio princípio da igualdade que obriga o Estado a formalizar o estatuto do acesso à justiça enquanto direito substantivo dos cidadãos a poderem requerer e a beneficiar dos regimes de *legal aid*.

O facto de as relações entre o direito e a sociedade serem de tipo reflexivo, como analisei no primeiro capítulo, transforma o direito substantivo de acesso à justiça num elemento vital do conceito de cidadania. A criação dos regimes de *legal aid*, ainda que estes, na prática, tivessem um carácter restrito, foi fundamental no movimento de desenvolvimento da cidadania do pós-guerra (Sommerlad, 2004).

3.2.2 A estranha (quase) ausência do acesso ao direito e à justiça nos estudos de ciência política comparada sobre a qualidade da democracia

Paradoxalmente, é o primado do princípio da igualdade e a teoria constitucional liberal que leva à criação da política pública de acesso ao direito e à justiça, mas quando analiso os estudos sobre transição, consolidação e desenvolvimento dos Estados de Direito ou, mais recentemente, sobre a qualidade da democracia, não encontro, como seria de esperar, em muitos autores, uma simples referência ao acesso ao direito e à justiça como indicador do funcionamento do Estado de Direito e da qualidade da democracia. Esta ausência, nesses textos, é, por si, reveladora e preocupante.

Na verdade, os textos sobre indicadores e índices da qualidade da democracia e do Estado de Direito assentam nas questões ligadas ao sistema político e governativo e sistema de prestação de contas, ao nível de corrupção, à efetividade do poder legislativo, à liberdade de voto, direitos de natureza política e sistema eleitoral, à liberdade de expressão, de associação e de participação política, entre outros da mesma natureza (Lijphart, 1999; Bollen e Paxton, 2000; Schmitter, 2003; Coppedge et al., 2008). É curioso, nesse sentido, o texto de Munck (2003), onde, numa análise feita a partir de um volume de cerca 40 estudos, só dois deles mencionam a igualdade no acesso aos tribunais como indicador da qualidade de um Estado de Direito Democrático, o que é denunciador da nossa tese. Outros autores focam, como princípios da democracia e indicadores da sua qualidade, as questões ligadas à separação dos poderes e independência do judiciário, o pluralismo organizacional e a transparência das decisões (Berg-Schlosser 2004). Mas mesmo a este nível não é focado o indicador do acesso ao direito e à justiça.

Há, porém, autores que, nas suas análises, ainda que de forma difusa, ligam a qualidade da democracia e das instituições democráticas não só à integridade do judiciário, mas também a um sistema efetivo de proteção jurídica (Beetham, 2002). O que abre espaço para referirmos os autores que, na forma clássica e na esteira de Marshall, se referem aos indicadores da igualdade jurídica e da igualdade de acesso aos tribunais como corolários dos princípios ligados às liberdades fundamentais e ao Estado de Direito (Saward, 1994; Diamond e Morlino, 2004; Bühlmann *et al.*, 2008). Por sua vez, Magone (2004) faz uma conexão direta entre Estado de Direito e acesso à justiça como indicadores da qualidade da democracia, referindo-os, em especial, como subcategorias da macro-categoria “cidadania”.

Golub (2003) é um dos autores que faz uma análise mais interessante e ampla das categorias/indicadores que atestam a qualidade de um Estado de Direito democrático, assumindo, também, uma conceção ampla de acesso ao direito e à justiça que engloba serviços, instituições e entidades para lá das instituições jurídicas, judiciárias e, normalmente, ligadas às profissões forenses, e que permitem, segundo este autor, consolidar uma cidadania efetiva, abrangente e inclusiva, capaz de capacitar – *empowerment* – jurídica e legalmente todos os cidadãos e, assim, promover uma verdadeira e igualitária democracia.

3.3 Por uma política afirmativa de ação pública do acesso ao direito e à justiça

Acompanho Commaille¹⁶⁶ (2009), no sentido de que a questão do acesso ao direito e à justiça tem de ser tratada do ponto de vista de uma sociologia política do acesso ao direito e à justiça. Num primeiro momento da reflexão, poderia considerar-se que a ligação entre acesso ao direito e à justiça e transformações sociais sugere que estas últimas obrigam a que haja a conceção de uma política voluntarista de acesso ao direito e à justiça suscetível de responder de forma adequada às novas necessidades de direito e de justiça que pressupõem as transformações sociais. Nesta perspetiva, a reação seria a de nos debruçarmos sobre quais poderiam ser, num tal contexto, os perfis daquilo a que poderemos chamar uma política pública de acesso ao direito e à justiça. Porém, uma tal opção não parece suficiente ao autor, que considera que falar

¹⁶⁶ Este texto de Jacques Commaille foi pensado e escrito para o Colóquio Internacional “O Acesso ao Direito e à Justiça da Família em Transformação”, realizado no âmbito deste Projeto de Investigação no dia 27 de Novembro de 2009, e que pode ser consultado em http://www.ces.uc.pt/projectos/mutacoes/media/pdf/Intervention_colloque_Coimbra_27_11_09_2.pdf.

de política pública neste domínio, como noutros, é deixar espaço à suposição de que bastará uma impulsão governamental, uma intervenção do Estado e das autoridades públicas, de acordo com o princípio da regulação *top-down*, para que o ajustamento se faça com as transformações sociais. Longe de depender apenas da vontade política de uma autoridade central à qual bastaria proferir o que convém fazer em matéria de acesso ao direito e à justiça, o seu objetivo é, antes, o de demonstrar que o tema do acesso ao direito e à justiça comporta questões de natureza política, institucional, social e cultural de que é necessário ter consciência. Esta é a razão pela qual, retomando uma distinção corrente em ciência política, prefere utilizar o conceito de ‘ação pública’ em vez do conceito de ‘política pública’. Esta substituição visa qualificar uma outra forma de análise da questão do acesso ao direito e à justiça, que parte de uma perspetiva na qual devem ser tomadas em conta as ações das instituições públicas bem como as de uma pluralidade de atores, públicos ou privados, provenientes tanto da sociedade civil quanto da esfera estatal, agindo conjuntamente num contexto de interdependências múltiplas, a nível nacional e também local, e eventualmente supranacional, para produzir formas de regulação das atividades coletivas, em matéria de direito e de justiça.

A ação pública resulta, aqui, de configurações múltiplas e interdependentes e de estratégias cruzadas dos atores, de redes de ação pública e de sistemas de ação que seguem uma esquema decisório que surge de uma acumulação de regulações negociadas que se inscrevem já não numa conceção linear e hierárquica, mas sim na transversalidade, na horizontalidade ou na circularidade.

É, pois, uma sociologia da ação pública em matéria de acesso ao direito e à justiça a que propõe, mas é também uma sociologia política do direito. Com efeito, nada é mais político que o direito e a justiça, nada comporta tantas questões de natureza política. É, precisamente, o caso do acesso ao direito e à justiça nas suas interações com o funcionamento do mundo social. Ora, a sociologia política visa, precisamente, analisar os processos políticos nas suas relações com a sociedade, não se restringindo apenas à consideração da esfera política *stricto sensu*, independentemente das outras esferas de ação social. Trata-se, assim, como se referiu, de estudar a política nas suas relações com as ordens sociais e os poderes sociais (Duran, 2009).

Por conseguinte, para construir esta sociologia política do acesso ao direito e à justiça convém, numa primeira fase, atender às principais instâncias ou atores suscetíveis de participar nesta política de acesso ao direito e à justiça, e observar as diversas lógicas que poderão fundamentar as suas estratégias, uma vez que é necessário atender aos elementos de contexto em que estes se inserem, ou seja, é necessário considerar o contexto político de cada país, as tendências históricas internas, bem como os processos de des-tradicionalização (como referido por Beck, 2001). Commaille aponta três ordens de atores principais: a) a instituição política; b) a instituição jurídica e judiciária e os seus agentes; e c) os cidadãos. Estes atores, por sua vez, inscrevem-se em diferentes lógicas, que podem assumir uma configuração democrática, uma configuração tecnocrática ou uma configuração neoliberal.

No que concerne aos autores, e considerando a instituição política, há que atender ao princípio da igualdade, que participa da realização do ideal democrático. Isto é, é o princípio da igualdade que concede aos cidadãos as possibilidades de recurso ao direito e à justiça, pelo que um efetivo acesso ao direito e à justiça implicam que este princípio seja efetivamente respeitado, concretizado ou reforçado. Porém, existem a este nível outros dois princípios, ou lógicas, suscetíveis de contrariar a realização do ideal democrático: por um lado, a autoridade da instituição jurídica e judiciária, inspirada num exercício de poder transcendente e numa regulação piramidal, que implica o culto das grandes instituições e a distância destas em relação aos cidadãos; por outro lado, a lógica de racionalização das funções públicas, da concentração dos fundos públicos e da redução dos custos, o que é incompatível com uma conceção alargada de acesso ao direito e à justiça que envolve uma difusão e multiplicação de estruturas e de serviços no conjunto do território.

Quanto à instituição jurídica e judiciária e seus agentes, é necessário mencionar as práticas de dissidência, por oposição à ideia de autoridade transcendente desta instituição, como já referido. Estas práticas de oposição e de posicionamento crítico relativamente aos poderes estabelecidos constituem o testemunho da predisposição de certos profissionais do direito a fazerem parte de movimentos resultantes da sociedade civil e, conseqüentemente, a serem a favor de políticas de acesso inspiradas nas necessidades dos cidadãos. Porém, nem todos estes profissionais o fazem de forma desinteressada, podendo também existir quem o faça tendo em vista a criação de novos 'mercados', de novas clientelas e de novas profissões.

Os cidadãos, por sua vez, agem de acordo com três grandes lógicas: uma lógica de evitamento; uma lógica de contorno; e uma lógica de apropriação. Se, por um lado, a morosidade da justiça, o seu esoterismo, as lacunas do direito, os custos exorbitantes e a arrogância dos profissionais levam a que os cidadãos evitem o recurso ao direito e à justiça, por sua vez a lógica do contorno resulta das mudanças de representação e de comportamento dos cidadãos relativamente à forma de resolução dos seus problemas, isto é, observa-se uma cada vez maior autonomização e autorregulação dos indivíduos face ao direito e à justiça, a par de uma desmultiplicação dos níveis e das formas de acesso ao direito e à justiça. A lógica de apropriação, por seu lado, corresponde à instituição do direito e da justiça como recursos mobilizados pelos movimentos sociais, o que deriva de um movimento de aquisição de consciência jurídica pelos cidadãos, bem como de um maior espaço concedido aos profanos ou leigos relativamente aos profissionais ou agentes da instituição jurídica e judiciária.

É, assim, importante considerar as razões e os modos usados pelos cidadãos em termos da mobilização que fazem do direito antes de analisar como é que são estruturados os sistemas de apoio judiciário. Na verdade, a mobilização jurídica ocorre não só quando os cidadãos contactam advogados ou recorrem aos tribunais, mas também quando, de acordo com Zemans (1983), existe a tradução de um desejo ou de uma necessidade numa procura ou alegação de direitos, independentemente da existência ou não de advogado, dentro e fora dos tribunais. Para Zemans, a escolha racional de uma determinada via é orientada pela gravidade da questão, pelo esforço que requer e pelo custo, financeiro e social, que envolve, o que se traduz em diferentes resultados: desde evitar as questões, negociá-las ou desenvolver estratégias de autoajuda, até ao recurso a um advogado.

Não se pode, por outro lado, afirmar que os cidadãos não mobilizam o direito quando recorrem a outras estratégias diferentes de procurar um advogado ou recorrer aos tribunais, até porque estes não se apresentam como as respostas mais comuns nem sequer são as únicas vias possíveis. Os cidadãos podem considerar o direito ou mobilizá-lo mesmo quando decidem evitar um problema jurídico. O facto de que não chega aos advogados ou aos tribunais pode, simplesmente, querer dizer que os cidadãos decidiram não entrar no sistema formal de justiça, o que não significa que não tenha ocorrido uma mobilização do direito ou da lei, já que as normas podem ter sido utilizadas de vários modos e em várias ocasiões. Assim, a complexidade do

processo de escolha tem implicações profundas no modo como se concebe o sistema de apoio judiciário.

Atendendo ao que foi escrito sobre os atores, é apropriado inseri-los nas diferentes combinações ou configurações contextuais, de modo a tornar mais claras as suas lógicas de funcionamento. Quando falamos da concretização do princípio da igualdade e de lógicas dissidentes dentro da instituição jurídica e judiciária, assim como da mobilização do direito e da justiça como recursos, por parte dos cidadãos, estamos a falar de uma configuração democrática. A redução dos custos, a racionalização das despesas públicas e a consequente lógica gestionária do direito inscrevem-se numa lógica tecnocrática, que está intimamente ligada, por sua vez, à lógica neoliberal. Esta preconiza uma política dual de acesso ao direito e à justiça: por um lado, assumem-se as segmentações do mercado, a institucionalização e a profissionalização da justiça a favor de categorias sociais favorecidas, por outro lado, assume-se, para as categorias sociais desfavorecidas, uma justiça feita de profanos e de incertezas sobre a sua competência, inscrevendo-se em movimentos de desformalização do direito e da justiça conformes a um contexto de contratualização e de um modelo de Estado minimal.

No quadro desta argumentação de necessidade de uma ação pública afirmativa, como referi, o acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque de um regime democrático e, também, uma forma de acesso ao político, pelo que não existirá democracia sem o respeito pela garantia dos cidadãos (Santos *et al.*, 1996: 483). Neste sentido, as barreiras ao acesso à justiça são encaradas como barreiras ao exercício da cidadania e à efetivação da democracia, sobretudo se o acesso for entendido no sentido amplo que envolve, para além da igualdade no acesso à representação por advogado num litígio, também a garantia de efetividade, eficácia e implementação dos direitos. Colocada a questão nestes termos, a contextualização sociopolítica da questão do acesso ao direito e à justiça tem de ter em consideração a situação da sociedade civil, da organização dos interesses, dos movimentos sociais, das culturas jurídica e política e da mobilização e participação dos cidadãos em diferentes esferas e níveis de intervenção na sociedade.

A concluir, sublinhar-se que a referida “lógica da apropriação” reforça a natureza de ação afirmativa que o acesso ao direito e à justiça tem, ou pode ter, sobretudo quando pensamos no recurso que a ele fazem os movimentos sociais, ao

mobilizarem o direito e o recurso aos tribunais como forma de luta e de protesto (Santos e Carlet, 2008; Duarte, 2007). Se bem que existam, ainda, alguns obstáculos à ação dos movimentos sociais¹⁶⁷, o recurso que estes fazem do direito e dos tribunais servem de alavanca a uma revolução democrática da justiça, orientada para a democratização do Estado de Direito, assente numa conceção alargada do acesso ao direito e à justiça que pressupõe um processo de transformação sociopolítico (Santos e Carlet, 2008).

4 Conclusão: as pluralidades de reformas em curso sobre acesso ao direito e à justiça

À medida que as sociedades foram crescendo e se foram complexificando, aumentaram as relações dos indivíduos com a administração. O Estado assumiu-se, por seu lado, como redistribuidor e planificador, de modo a transformar a sociedade à medida das suas ambições de progresso social, dando lugar ao chamado Estado-Providência. A afirmação dos direitos sociais, fundados nas necessidades, opondo-se alguns aos direitos tradicionais, e os esforços feitos para os tornar efetivos, transformou completamente o Estado. É neste sentido que estes novos direitos se servem das ações afirmativas do Estado para serem usufruídos por todos, sendo neste contexto que o direito de acesso efetivo à justiça ganha uma atenção particular dentro do Estado-Providência, onde as reformas que tiveram lugar foram no sentido de capacitar os indivíduos enquanto consumidores, arrendatários, trabalhadores e, sobretudo, cidadãos.

Vários países, após a Segunda Guerra Mundial, procederam a reformas legais e de transformação das profissões jurídicas com o objetivo de facilitarem o acesso à justiça. Nos Estados Unidos da América desenvolveu-se um movimento de reformas legais e de programas de apoio aos cidadãos que passou por várias fases: a primeira fase teve início em 1965 e consistiu num movimento caracterizado pela defesa e promoção de apoio judiciário aos cidadãos de menores rendimentos; a segunda fase estendeu este movimento, a partir de 1970, à promoção de representação dos interesses difusos; e a terceira vaga, que se iniciou ainda nos anos setenta, colocou a

¹⁶⁷Duarte (2007) aponta os seguintes obstáculos: dificuldade de proteção da titularidade difusa; bloqueios processuais relativos à legitimidade para agir; ausência de apoio judiciário aos movimentos sociais; e ausência de mecanismos alternativos de resolução de litígios.

ênfase na criação de meios alternativos de resolução de litígios menos formais que os tribunais, os chamados ADR (Resolução Alternativa de Litígios).

Hoje, e com o declínio do papel do Estado-Providência, verifica-se que os Estados e as sociedades estão a construir, como se referiu, um novo sistema de resolução de litígios em que se reconfiguram as funções do Estado e da sociedade civil, se desenvolvem as parcerias entre o público, a comunidade e eventualmente o mercado, e onde se assume um novo modelo de justiça.

No início do século XXI o acesso de todas as pessoas ao direito e à justiça continua a ser central para o aprofundamento da qualidade da democracia e da cidadania, pelo que há que refletir sobre todas as reformas em curso, em que os papéis do Estado, da comunidade e do mercado estão em redefinição, bem como sobre os diversos tipos de parcerias que se estabelecem entre os atores, com graus de participação diferente, de cada um destes pilares da sociedade, modelando políticas públicas (ou de ação pública – Commaille, 2009) de acesso ao direito e à justiça que variam conforme o Estado e a Sociedade em que se inserem.

A pluralidade das reformas em curso, sobre as quais irei analisar e refletir nos capítulos seguintes – ao nível das entidades europeias supraestaduais, em sete países europeus e no acesso ao direito e à justiça da família e das crianças em Portugal –, são o reflexo das tensões existentes, por um lado, entre a necessidade política e social de construir um sistema de acesso ao direito e à justiça que compense as desigualdades e fomenta a cidadania e as políticas liberais de redução do Estado, do serviço público e a despesa pública. Por outro lado, esta tensão varia entre o polo do desenvolvimento do mercado advocatício através do retorno a sistemas caritativos ou à advocacia *pro bono*, dos seguros de proteção jurídica e o apelo a que esta prestação social seja prestada pelo Estado ou em parceria com organizações não-governamentais da comunidade. O acesso ao direito e à justiça é, assim, um campo de luta política e profissional em que as reformas em curso refletem os compromissos efetuados em cada sociedade entre o Estado, o mercado e a comunidade. A defesa do sistema público de *legal aid* tem passado pelo desenvolvimento de parcerias entre o Estado e a comunidade (os *Community Law Centres* no Reino Unido ou as Comissões de proteção de crianças e jovens em Portugal) de modo a impedir a que a lógica do mercado hegemonize a reflexão sobre o acesso ao direito e à justiça.

CAPÍTULO IV

O ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS: OBJETO, HIPÓTESES E METODOLOGIA

Introdução

Em Portugal, ao contrário de outros países, escasseia a investigação e os estudos sobre o acesso ao direito e à justiça. À exceção da investigação de natureza interdisciplinar que vem sendo efetuada nos Centros de Estudos Sociais, as universidades, os seus docentes e investigadores não têm colocado este tema nas agendas de pesquisa e de reflexão científica, seja ao nível disciplinar – direito, sociologia, ciência política – ou interdisciplinar. Assim, com este nosso estudo pretendemos de algum modo contribuir para a supressão de tal lacuna, a partir de uma visão interdisciplinar assente na sociologia do direito (capítulos I e II).

Desde os anos sessenta, os estudos jurídicos, sociojurídicos e políticos acompanhando o desenvolvimento, a crise e a pós-crise do Estado-Providência e a ação dos movimentos sociais e cívicos têm reorientado as suas preocupações também para a reforma do acesso ao direito e à justiça, seja no âmbito da transformação dos regimes jurídicos da *legal aid*, da mutação dos sistemas públicos e institucionais de apoio judiciário ou, ainda, da participação dos movimentos sociais da comunidade e dos atores do mercado na reconfiguração do acesso ao direito e à justiça no séc. XXI (cf. capítulo III). Garantir o acesso ao direito e a justiça é hoje, consensualmente, aceite como um dever dos estados democráticos para com os seus cidadãos. Assim, tal direito encontra-se consagrado, por exemplo, no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa. Os sistemas públicos e jurídicos que têm como função garantir o acesso ao direito e à justiça devem assegurar que os cidadãos conhecem os seus direitos, que não se resignam quando estes são lesados e que têm condições de vencer os custos e as barreiras, independentemente da sua natureza, para aceder às formas mais adequadas para a resolução dos seus litígios.

A criação e evolução dos regimes jurídicos que garantem a todos os cidadãos este direito não são iguais em todos os estados e dependem dos níveis de

desenvolvimento económico e social, da cultura jurídica e judicial e dos padrões de litigiosidade de cada sociedade. O presente projeto de investigação pretende estudar, em primeiro lugar, a evolução do direito internacional do acesso ao direito e à justiça, nos últimos trinta anos, bem como da ação das instituições europeias (União Europeia, Conselho da Europa, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos), através dos seus relatórios e recomendações, das suas normas legais e das suas decisões jurisprudenciais, no sentido de averiguar de que modo é que contribuíram para a evolução (progresso ou retrocesso) dos regimes jurídicos estaduais do acesso ao direito e à justiça (cf. capítulo V).

Em segundo lugar, efetuarei um estudo sobre as transformações ocorridas no regime jurídico – constitucional e legal - e no sistema de acesso ao direito e à justiça, em Portugal, após a Revolução democrática do 25 de abril de 1974. O atual sistema é concebido como uma prestação social com condições de elegibilidade muito restritas, em que os advogados são pagos pelo Estado, mantendo a Ordem dos Advogados preponderância na organização da consulta jurídica e nomeação desses advogados (cf. capítulo V).

De seguida, através de uma análise socioeconómica e de um estudo sociojurídica comparado, analisarei os diferentes contextos estaduais e socioeconómicos da política pública e as principais transformações dos regimes jurídicos e sistemas de acesso existentes em vários países da União Europeia, como a Alemanha, a Espanha, a França, a Itália, a Holanda, o Reino Unido (Escócia, País de Gales e Inglaterra) e Portugal, ocorridas nos últimos trinta anos (cf. capítulo VI). Os países escolhidos como objeto de estudo, apesar de atualmente integrarem a União Europeia, têm níveis de desenvolvimento económico diferenciados, têm tradições jurídicas (continental e *common law*) e processos de desenvolvimento do estado de direito e níveis de proteção social diferentes; ainda que abundem as semelhanças na cultura jurídica e judiciária, são, também, muitas as suas especificidades.

Após a análise da transformação institucional dos referidos regimes jurídicos, designadamente em Portugal, é nosso objetivo, através de um estudo de caso, estudar o desempenho institucional e as práticas vigentes em Portugal (que facilitam ou dificultam o acesso ao direito e à justiça). Com essa finalidade, escolheram-se os conflitos relativos à família e às crianças e, conseqüentemente, a área do Direito e da justiça da família e das crianças como objeto de estudo da aplicação do regime jurídico

do apoio judiciário, bem como do *gap* entre *law in books* e a *law in action* e, ainda, da ação facilitadora do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças protagonizada por várias instituições do Estado e da comunidade (ONGs) e, ainda, por parcerias estimuladas pelo Estado.

Atendendo a esse desígnio mapear-se-ão as transformações da família e, conseqüentemente, do direito (civil) da família e das crianças, bem como dos meios existentes na sociedade portuguesa para a resolução judicial e não judicial de conflitos da família e das crianças e, ainda, para aceder a esse direito e a essas justiças formais e informais (cf. capítulo VII).

Pretende-se, assim, no contexto de uma transformação acelerada das famílias e do direito da família e das crianças (cf. capítulo VII), avaliar se o sistema de acesso ao direito e à justiça relativamente aos conflitos de família e das crianças responde às necessidades decorrentes dessas mutações (cf. os capítulos VIII, IX e X). Assim, identificar-se-á, no atual sistema do acesso ao direito e à justiça, em geral, e em particular no acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, as funções, as potencialidades e as vulnerabilidades, dos tribunais, do Ministério Público, das instituições do estado, da Ordem dos Advogados, do sistema de Segurança Social, das parcerias entre o Estado e a comunidade nas CPCJ, da parceria do estado com a Ordem dos Advogados e das organizações não-governamentais na promoção dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos. Pretende-se, ao investigar a aplicação do direito da família e das crianças e do regime jurídico do apoio judiciário identificar as práticas e a sua interpenetração entre comportamentos oficiais, não oficiais, formais e informais, públicos, semipúblicos e privados. O estudo da aplicação da lei e do desempenho dos meios de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças permite-nos, assim, analisar se as reformas do apoio judiciário contribuem para uma maior ou menor acessibilidade ao direito e à justiça e, conseqüentemente, se contribuem para uma sociedade mais (ou menos) democrática.

I O objeto de investigação

No presente estudo o acesso ao direito e à justiça é entendido da forma mais ampla possível, ou seja, de acesso à informação jurídica e consulta jurídica do Estado, da Ordem dos Advogados e da comunidade, de modo a que os cidadãos possam

conhecer e ter consciência dos direitos e, ainda, para garantir que estes não se resignam, quando são lesados, e que têm condições de vencer os custos e as barreiras, independentemente da sua natureza, para aceder às formas mais adequadas – judiciais e não judiciais – e legitimadas para a resolução desse litígio.

Esta conceção de acesso ao direito e à justiça inova face à conceção tradicional de remeter o estudo para o acesso aos tribunais e para o regime jurídico e o sistema público de apoio judiciário. A nossa abordagem é, assim, subsidiária de uma conceção teórica, desenvolvida nos capítulos I e II, que reconhece o pluralismo jurídico e a interlegalidade (Santos, 1987; 2003; 2009).

Assim, o objeto central deste estudo é triplo. Trata-se, em primeiro lugar, de estudar as mutações na construção de um direito de acesso ao direito e à justiça, - no contexto das mutações da família e da regulação jurídica da família (capítulo VII) - ao nível do direito internacional, constitucional e regime jurídico de apoio judiciário. Esta análise é efetuada em três vertentes, ou seja: a transformação do direito internacional e dos regimes jurídicos comparados em sete países e, em Portugal, e de instâncias políticas europeias (ex.: Conselho da Europa e União Europeia); e o *gap* entre a transformação do regime jurídico do apoio judiciário em Portugal, o desenvolvimento socioeconómico, a mudança política (governos) e o discurso político (partidos, governos e organizações profissionais de magistrados e advogados) sobre o acesso ao direito e à justiça (capítulos V e VI).

Em segundo lugar, trata-se de desenhar o perfil sociológico do acesso ao direito e à justiça através da análise da procura efetiva da justiça de família e das crianças nos tribunais judiciais de primeira instância, no Ministério Público, nas Comissões de Proteção das Crianças e Jovens (capítulo VIII) e a análise da procura do regime jurídico do apoio judiciário (capítulo IX).

Por último, trata-se de analisar os discursos e as representações – a que chamámos – dos atores profissionais a trabalhar no terreno na resolução de litígios da família e das crianças e na informação e consulta jurídica, ou seja, nos tribunais, no Ministério Público, nas Comissões de Proteção das Crianças e Jovens, nos serviços públicos do Estado, nas Organizações Não Governamentais, ou enquanto advogados (nomeados no âmbito do regime de apoio judiciário ou de profissão liberal no mercado) – cf. capítulo X.

Este estudo é, assim, a interface analítica entre essas três vertentes que, partindo do mesmo quadro conceptual e analítico, recorre, em cada uma delas, às metodologias mais adequadas para atingir o referido triplo objetivo.

A primeira vertente incide na transformação do direito de acesso ao direito e à justiça no contexto nacional e europeu (capítulos V e VI). Tive de recorrer a uma análise jurídica, sociojurídica e socioeconómica comparada, o que, apesar das muitas dificuldades, nos permitiu conhecer as referidas mutações no contexto da política pública da justiça. No que se refere a Portugal, a análise do contexto socioeconómico e sociodemográfico das continuidades e roturas no regime jurídico de apoio judiciário permitiu-nos compreender a sua especial relação com a mudança política, apesar do *gap* entre a legislação e os discursos políticos estudados.

A segunda dimensão do estudo incide sobre a procura efetiva das três instâncias de resolução de litígios (os tribunais, o serviço de mediação familiar e as Comissões de Proteção das Crianças e Jovens) e sobre três entidades que oferecem informação jurídica - o Ministério Público; o sistema de apoio judiciário (Segurança Social e Ordem dos Advogados) e uma organização não-governamental – sendo que o Ministério Público e os advogados nomeados pela Ordem dos Advogados também “oferecem” consulta jurídica e patrocínio judicial, conforme as suas competências legais (capítulos VIII e IX).

As limitações de informação estatística disponível – em quantidade e qualidade – limitaram-nos a análise, no caso dos tribunais, em regra ao período de 2000 a 2010, no caso do apoio judiciário, a informação proveniente da segurança social restringiu-nos ao período de 2004 a 2008 e a proveniente da DGPJ ao período de 2000 a 2006, no caso do Ministério Público 2004 a 2010.

No entanto, estas dificuldades não impediram que pudéssemos caracterizar a procura da justiça da família e das crianças – judicial e não judicial – e a relevância do Ministério Público e do apoio judiciário no acesso ao direito e à justiça designadamente da família e das crianças.

Na terceira vertente estudou-se as perceções, as representações e avaliações dos atores profissionais que desempenham funções no “judicial” e no “não judicial” e no Estado, na comunidade e no mercado, decorrendo a sua interação do atual modelo sociológico vigente de acesso ao direito e à justiça em Portugal. Essas perceções,

representações e avaliações refletem um retrato plural e multifacetado de todos os intervenientes em ação no acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.

Da articulação entre estas três vertentes do estudo é dada conta nos vários capítulos seguintes, o que nos permite ter uma compreensão mais ampla sobre a procura, a oferta e o desempenho das entidades que intervêm, de algum modo, na prestação de informação, consulta jurídica, patrocínio judiciário e resolução de litígios de família e das crianças, ou seja, sobre o objeto de estudo, em sentido amplo, o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.

2 Hipóteses de trabalho

I. Em Portugal, o estado de direito e a democracia chegaram tardiamente e só ficam instituídos a partir de 25 de abril de 1974 e consagradas na Constituição de 1976. Assim, o “novo” direito da família e das crianças, que se constitui a partir de 1977, em obediência aos princípios constitucionais, transformou-se de modo acelerado. Daí resulta a nossa primeira hipótese de trabalho.

Primeira hipótese – a transformação acelerada do direito da família e das crianças, no sentido de democratizar as relações de família e de consagrar os direitos das crianças, tem grandes discrepâncias com as normas e práticas vigentes no espaço doméstico, que se transformam mais lentamente, pelo que o processo de democratização deste espaço depende dos meios disponíveis de acesso ao direito e à justiça, em cada sociedade. Daí decorre uma segunda hipótese de trabalho:

Segunda hipótese – a transformação da política de acesso ao direito e à justiça e, conseqüentemente, do regime de apoio judiciário, em Portugal, não acompanha nem satisfaz as necessidades decorrentes das referidas mutações do direito da família e das crianças e da necessidade de democratizar as relações familiares e consagrar os direitos das crianças.

Embora, o debate político sobre o acesso ao direito e à justiça surja com a democracia, só no final de 1987 é que é criado em Portugal um regime jurídico de apoio judiciário¹⁶⁸. Daí a terceira hipótese de trabalho.

Terceira hipótese – o regime jurídico de acesso ao direito e à justiça em Portugal surgiu tardiamente, na crise do Estado-Providência, e a sua oferta e

¹⁶⁸ O anterior regime de assistência judiciária, criado em 1970, era muito limitado.

desempenho é mais distantes dos tribunais e quantitativa e qualitativamente menos desenvolvida que nos outros seis países europeus estudados (Alemanha, Holanda, Itália, Reino Unido, Espanha e França).

Desta hipótese geral derivam várias sub-hipóteses:

- Sub-hipótese 1 – O regime jurídico de apoio judiciário, em Portugal, apesar da sua transformação é extremamente restritivo e seletivo, destinando-se, devido aos seus critérios de seleção, aos mais pobres;
- Sub-hipótese 2 – existe um desempenho assimétrico nas várias vertentes do apoio judiciário. Verifica-se a inexistência de um sistema de informação jurídica e de gabinetes de consulta jurídica, enquanto o patrocínio (representação judicial e não judicial) e a consulta jurídica ocasional dependem do desempenho de cada um dos advogados nomeados pela O.A., após a segurança social ter deferido o pedido do candidato, por este satisfazer os requisitos de elegibilidade;
- Sub-hipótese 3 – O apoio judiciário assume especial relevância nos conflitos de família e das crianças e dentro destes é um facilitador (embora com limitações) no acesso ao direito e à justiça de família e das crianças e na promoção dos direitos de igualdade das mulheres e dos direitos das crianças;
- Sub-hipótese 4 – As instâncias não judiciais de resolução de conflitos e de família estão mais próximas dos cidadãos e potenciam o acesso ao direito e à justiça, relativamente aos tribunais. E dentro destes os tribunais especializados de família e menores, devido à sua especialização, potenciam mais o acesso do que os tribunais de competência genérica;

2. De acordo com este perfil (tardio e de fraco desempenho) do apoio judiciário, o Ministério Público assume, nas últimas décadas, para além da defesa da legalidade, a promoção dos direitos das crianças e dos trabalhadores. Ora, a minha quarta hipótese de trabalho é:

Quarta hipótese – a função e o ativismo do Ministério Público na defesa e promoção dos direitos das crianças (e dos conflitos de família que contendam com os direitos das crianças) resultam, em Portugal, de um Estado-Providência pouco desenvolvido, do aparecimento tardio e vulnerável do regime de apoio judiciário e,

ainda, do aparecimento tardio e débil de estruturas organizadas, nesta matéria, no âmbito da comunidade.

- Sub-hipótese 1 – O Ministério Público é um facilitador do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças junto dos tribunais e das Comissões de Proteção das Crianças e Jovens;
- Sub-hipótese 2 – A representação dos direitos das crianças é um campo de luta político-profissional entre o Ministério Público e a Ordem dos Advogados, atuando esta de forma contida devido à irrelevância do mercado advocatício relativo ao direito e à justiça de família e das crianças;

3. O desenvolvimento da cidadania nas sociedades democráticas não se compadece com a ineficiência de um regime de apoio judiciário, pelo que o estado e a comunidade, através dos seus atores individuais ou coletivos, vão desenvolvendo iniciativas que permitam o conhecimento dos direitos a todos os cidadãos, bem como o seu exercício junto de um tribunal ou de uma instância não judicial legitimada e aceite por quem procura a tutela de um direito. Daí a nossa quinta hipótese de trabalho:

Quinta hipótese – no início do séc. XXI, o acesso ao direito e à justiça, em geral, e em especial da família e das crianças, não se limitará a um regime de apoio judiciário público, de ação limitada, financiado pelo Estado, em que os serviços jurídicos são prestados por advogados nomeados pela Ordem dos Advogados, dado que o Estado através dos seus serviços também prestará informação e aconselhamento e articulará, informalmente ou em parceria, com as organizações de comunidade para a prestação de informação e aconselhamento jurídico, bem como a criação e desenvolvimento de entidades não judiciais para a resolução de litígios, designadamente na área do direito da família e das crianças.

- Sub-hipótese 1 – Esta reconfiguração do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças é composta pelos serviços jurídicos prestados no sistema de apoio judiciário (concessão pela Segurança Social e nomeação de advogados pela Ordem dos Advogados), pelo Ministério Público, pelo Estado – resolução de litígios (mediação familiar) e informação e consulta jurídica (contratação de advogados) – e pelas

ONGs, o que constitui para os cidadãos um sistema plural e labiríntico de acesso seletivo.

3 Estratégias metodológicas

Dada a diversidade dos objetos de cada uma das vertentes do estudo e a variedade das hipóteses de trabalho que orientaram a investigação também os procedimentos metodológicos adotados são complexos e diversos. Tal como foi delineada no quadro tronco do referido estudo e em consonância com as hipóteses formuladas, a pesquisa empírica teve como objetivo produzir informação original e sistemática sobre a transformação dos regimes jurídicos de acesso ao direito e à justiça, nos países da União Europeia (seis) e em Portugal, a partir do estudo comparado. Teve, ainda, o objetivo de produzir e sistematizar informação sobre a caracterização e o estado do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.

A opção por este estudo, em particular, justificou-se por três razões principais: conforma situações de grande conflito social e fragilidade emocional; configura-se uma área onde o direito e a justiça, em sentido amplo, compensam as desigualdades e promovem os direitos dos mais vulneráveis; corresponde a uma área onde a par das transformações legislativas ocorreram profundas alterações estruturais (demográficas e não só), nos últimos anos.

Contudo, não podemos esquecer que “*All writing is autobiographical in some sense*” (Marshall, 1984 *apud* Gordon, 2002) ou, como mais recentemente afirma Boaventura de Sousa Santos, “todo o conhecimento é autoconhecimento” (2000). Assim, a escolha deste estudo de caso prende-se também com a minha ligação profissional e biográfica à temática, enquanto ator de reformas legais, titular de cargos institucionais de 1996 a 2004 (Conselho Consultivo de Justiça, Conselho Superior de Magistratura e Presidente da Comissão Nacional de Proteção de Crianças em Risco, Presidente do Instituto da Segurança Social) e profissional do direito (primeiro como Juiz de direito – 1984 a 1990 - e depois como advogado – 1991 a 1995 e desde 2003). O envolvimento pessoal tem sido conceptualizado como sendo potencialmente prejudicial ao processo de investigação científica, que se quer objetivo e neutro. “A ciência moderna consagrou o homem enquanto sujeito epistémico, mas expulsou-o enquanto sujeito empírico. (...) Um conhecimento objetivo e rigoroso não pode

tolerar a interferência de particularidades humanas e de percepções axiológicas” (Santos, 2000:81-82).

Porém, de acordo com Reason e Marshal (2002) as pessoas vêm para a pesquisa com as oportunidades que lhes são oferecidas pelo seu sexo, classe, idade, raça e emprego, entre outras. No meu caso, a proximidade com o objeto de estudo agilizou contactos, a realização de entrevistas e a obtenção de informações. Facilitou também a compreensão de uma linguagem própria utilizada pelos profissionais da área, linguagem essa reconhecida pelas próprias associações como complexa, já que muitas vezes servem de decodificador aos utentes.

O envolvimento pessoal numa temática acarreta sempre riscos, porém, a reflexividade crítica, a adoção de metodologias rigorosas, o trabalho e discussão em equipa permitem ultrapassá-las e usufruir as vantagens e oportunidades. Nas palavras de Boaventura Sousa Santos, as ciências sociais críticas têm então de refundar uma das reivindicações originais da teoria crítica moderna: *a distinção entre objetividade e neutralidade*. A objetividade decorre sobretudo: (1) da aplicação rigorosa e honesta dos métodos de investigação que nos permitem fazer análises que não se reduzem à reprodução antecipada das preferências ideológicas daqueles que as levam a cabo; (2) da aplicação sistemática de métodos que permitam identificar os pressupostos, os preconceitos, os valores e os interesses que subjazem à investigação científica supostamente desprovida deles. “É esta objetividade que permite dar conta adequadamente das diferentes e até contraditórias perspetivas, posições etc. que se defrontam quanto ao tema em análise” (Santos, 2000:31).

3.1 A multidisciplinaridade metodológica

Tendo em vista os objetivos referidos acima optou-se por uma abordagem que conjuga metodologias quantitativas e qualitativas, no que se costuma designar triangulação metodológica. Alguns “puristas”, baseados na íntima relação entre epistemologia e metodologia, consideram que existe uma incompatibilidade entre metodologias quantitativas (de pendor epistemológico positivista) e metodologias qualitativas (de pendor epistemológico construtivista). Contudo, na história da investigação social, e em especial nos últimos anos, têm surgido diferentes formas de combinar metodologias recorrendo a noções como a triangulação¹⁶⁹ ou os métodos

¹⁶⁹ Para uma compreensão mais detalhada da origem e aplicações do conceito de triangulação metodológica consultar Duarte (2009).

mistos. De acordo com vários autores (Paul, 1996; Jick, 1984; Morse, 1994; Kelle, 2001 *apud* Duarte, 2009), a análise de resultados provenientes de diferentes métodos permite um retrato mais completo e holístico do fenómeno em estudo. Assim, a opção pela triangulação metodológica no presente projeto de investigação, com um carácter multidisciplinar e objeto de estudo tão complexo, pareceu a mais adequada. Esta abordagem possibilita-nos, segundo Duarte (2009), integrar diferentes perspetivas no acesso ao direito e à justiça (complementaridade) e desvendar paradoxos e contradições deste objeto de estudo, ao mesmo tempo que a utilização sequencial dos métodos permite-nos que o recurso ao método inicial informe a utilização do segundo método.

Nestes termos, a investigação assentou em quatro instrumentos metodológicos principais:

1. Levantamento e análise de diferentes fontes documentais relevantes:
 - a. Para a avaliação da ação das instituições europeias (União Europeia, Conselho da Europa, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos), nomeadamente relatórios e recomendações (*soft law*), legislação (*hard law*) e decisões jurisprudenciais;
 - b. Para o estudo de direito comparado, dos regimes jurídicos e sistemas de acesso existentes na Alemanha, a Espanha, a França, a Itália, a Holanda e o Reino Unido, a legislação vigente em cada país e documentação, designadamente a oficial do Ministério da Justiça ou instituição equivalente de cada um dos países; relatórios de investigação, de avaliação e de informação da União Europeia e nacionais, entre outras fontes;
2. Realização de um *focus group* ou painel de discussão com profissionais envolvidos na temática do acesso ao direito e à justiça na área do direito e da família e das crianças;
3. Realização de entrevistas a atores individuais e atores sociais coletivos públicos, semipúblicos e privados responsáveis, no atual sistema do acesso ao direito e à justiça, pela promoção dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos na área da família.
4. Recolha de informação estatística em diversas fontes: Instituto Nacional de Estatística; Direcção-Geral de Política da Justiça; Instituto de Segurança

Social; Procuradoria-geral da República; Associação Portuguesa de Apoio à Vítima; Comissão Nacional de Proteção de Crianças e Jovens em Risco; Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados; Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios; Eurostat; Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça.

3.2 O recurso ao método comparativo

Importa clarificar o recurso ao método comparativo para a análise das transformações dos regimes jurídicos e sistemas de acesso ao direito e à justiça existentes em seis países da União Europeia (Alemanha, Espanha, França, Itália, Holanda, Reino Unido (País de Gales e Inglaterra) e Portugal). A discussão sobre o método comparativo e do seu papel na construção do conhecimento está presente na sociologia desde os estudos clássicos do século XIX (dos autores Comte, Durkheim e Weber). Segundo Marc Bloch, “...aplicar o método comparativo no quadro das ciências humanas consiste (...) em buscar, para explicá-las, as semelhanças e as diferenças que apresentam duas séries de natureza análoga, tomadas de meios sociais distintos” (*apud* Schneider e Schmitt, 1998). Os meios sociais a que se refere Bloch podem ser sociedades distantes no tempo e no espaço (aplicação comum na história) ou, como é o nosso caso, em sociedades síncronas, vizinhas no espaço e que possuem um ou mais pontos de origem comum. Este tipo de abordagem permite conciliar, de um lado, o trabalho de elaboração teórica, de outro, o interesse votado à análise de processos sociais específicos.

Um elemento que merece atenção, em relação ao modo como utilizamos o método comparativo, diz respeito aos critérios empregados para a seleção dos casos singulares. A escolha dos países encontra-se vinculada, por um lado, à sua localização geográfica, continente Europeu, por outro, localização geopolítica, enquadrada na União Europeia, mais concretamente nas diferentes zonas identificadas pela ONU: Europa Meridional (Espanha, Itália e Portugal); Europa Ocidental (França, Alemanha e Holanda); Europa Setentrional (Reino Unido). Assim, ficam excluídas da nossa análise comparativa: a zona do Leste Europeu, por só recentemente terem alguns países aderido à União Europeia; e todos os países da zona setentrional, à exceção do Reino Unido, por ser o único que pertence à União Europeia. Este critério de filiação à União Europeia permite-nos explorar como as instituições europeias influenciam de forma

diferenciada os países. Simultaneamente, são países com tradições jurídicas distintas e com níveis de desenvolvimento socioeconómico diferentes.

O nível de análise sobre o qual se estruturou o trabalho de comparação é a análise socioeconómica e sociojurídica aprofundada dos casos singulares. Trata-se de investigar, em cada um dos países, quais foram as combinações específicas de elementos que possibilitaram esta ou aquela transformação do acesso ao direito e à justiça. Por conseguinte, para passarmos a um nível de generalização, exigido pelo método de comparação - e para não cair numa mera coleção de casos interessantes -, construímos tipologias de países mais amplas.

Em seguida, referirei de forma mais aprofundada as três últimas técnicas metodológicas utilizadas: *focus group*; entrevistas e recolha e tratamento de dados estatísticos¹⁷⁰.

3.3 Focus Group

Numa fase inicial da investigação, optou-se por realizar um *focus group* com peritos e representantes de instituições envolvidas no sistema de acesso ao direito e à justiça, na área do direito da família e das crianças, com os seguintes objetivos: aferir o papel de diferentes instituições públicas, “semipúblicas” e privadas neste sistema e obter as representações e opiniões sobre o sistema de acesso ao direito em Portugal. As questões chave eram: Qual o papel da sua instituição e das outras? Que outras instituições são importantes? Como funciona o sistema de acesso ao direito e justiça em Portugal? Quem está envolvido? Que articulações existem?

O recurso a esta técnica revelou-se importante para o presente projeto de investigação por duas ordens de razão. Em primeiro lugar, de acordo com Krueger (1997), o *focus group* é um tipo de entrevista recomendada para orientar e dar referencial à investigação ou à ação em novos campos. Com efeito, ao contrário de outros países, em Portugal escasseiam os estudos sobre a evolução dos regimes jurídicos de acesso ao direito e à justiça. Em segundo lugar, esta técnica permite obter o esboço das perceções, opiniões e representações das pessoas envolvidas sobre a temática em análise (Greenbaum, 1988), neste caso o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças em Portugal. A interação facilitada pela presença “face-a-face”

¹⁷⁰ Acresce ainda o levantamento e análise de fontes documentais, no âmbito do qual são de salientar as diversas deslocações à Biblioteca do Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, no País Basco, Espanha, para recolher bibliografia pertinente para a prossecução dos objetivos definidos anteriormente.

promove o confronto de opiniões e representações e permite obter uma maior diversidade e profundidade de respostas (Gibbs, 1997). Ao reunir as diferentes instituições envolvidas no sistema de acesso ao direito, na figura dos seus representantes, foi possível recolher uma vasta quantidade de informação qualitativa num espaço de tempo relativamente curto.

A estratégia de seleção das instituições resultou da leitura de diversos documentos, a partir dos quais mapeamos as instituições com atividades pertinentes para o nosso objeto de estudo: Ministério Público, do Ministério da Justiça, Instituto de Solidariedade e Segurança Social, Ordem dos Advogados, Comissão para a Cidadania e Igualdade de género, Associação de jovens Advogados Portugueses, da APAV, presidente da Comissão Nacional de Proteção de Crianças e Jovens em Risco e do Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra.

O *focus group* foi estruturado em torno de um guião temático semiestruturado (ver anexos do capítulo IV), tendo sido gravado, com recurso a câmara de filmar e gravador, e transcrito na totalidade. A sua análise fez-se através do levantamento exaustivo dos elementos e argumentos apresentados pelos entrevistados, organizados numa grelha com várias entradas: (1) Estrutura e Funcionamento do sistema de acesso ao direito e à justiça em geral e no direito da família em particular; (2) Papel específico desempenhado por cada uma das instituições; (3) Articulação entre as instituições no âmbito do acesso ao direito e à justiça; (4) Críticas/Problemas identificados ao/no sistema de acesso ao direito e à justiça em geral e no direito da família, em particular, e propostas de resolução.

3.4 Entrevistas a atores sociais

Num segundo momento, para responder ao último objetivo – avaliar o sistema de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças em ação e identificar qual é o papel atual das organizações governamentais e não-governamentais na promoção dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos – e explorar algumas pistas levantadas no *focus group*, a abordagem através de um conjunto de entrevistas semiestruturadas aos atores intervenientes apresentou-se como a forma mais apropriada. Procurou-se então não só recolher informação factual sobre o funcionamento da instituição e papel que desempenha no funcionamento do sistema de acesso ao direito e à justiça, mas também refletir e recolher opiniões de cariz mais subjetivo sobre o funcionamento deste sistema e a atuação dos diferentes intervenientes envolvidos.

As entrevistas foram dirigidas a grupos diferentes de atores intervenientes: representantes de instituições públicas, instituições governamentais e não-governamentais – Ministério Público, Ordem dos Advogados, de Associações da comunidade (APAV, IAC e Casa das Cores), da Polícia de Proximidade, de Comissões de proteção de crianças e jovens, da Provedoria de Justiça, do Sistema de Mediação Familiar, da Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género e do Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural; e atores individuais implicados no acesso ao direito e à justiça – magistrados judiciais e do Ministério Público junto do Tribunal de Família e Menores de Lisboa. As entrevistas a todos os intervenientes foram estruturadas em torno de um guião temático, com ligeiras adaptações, de acordo com a instituição e/ou função desempenhada. A seleção dos entrevistados resultou da leitura de diversos documentos, da análise dos *focus group* e das informações obtidas no decorrer das entrevistas, a partir dos quais mapeamos as diferentes instituições e intervenientes com atividades pertinentes para o nosso objeto de estudo.

O guião que estruturou as entrevistas aos representantes das instituições estava organizado em torno de quatro temas principais de pesquisa: (1) informação factual sobre a instituição e seu funcionamento geral; (2) funções desempenhadas no âmbito do acesso ao direito e à justiça, em especial o direito das famílias e crianças; (3) relações de cooperação, parceria e encaminhamento estabelecidas no quadro do acesso ao direito e à justiça; (4) avaliação do funcionamento do sistema de acesso ao direito e à justiça e da atuação dos diferentes intervenientes. O guião aplicado aos atores individuais, por sua vez, centrou-se no (1) funcionamento do atendimento aos cidadãos e em especial às famílias e crianças e (2) no sistema de informação e consulta jurídica nos quais estes têm um papel privilegiado.

Todas as entrevistas foram gravadas e transcritas integralmente. A sua análise fez-se através de uma grelha de categorias, previamente construída, que apontava no sentido dos quatro temas referidos anteriormente. Essa análise foi elaborada numa dupla lógica: primeiro avaliando cada entrevista individualmente e, depois, analisando todas as entrevistas por comparação de temas de pesquisa.

3.5 Recolha e tratamento de dados estatísticos

O objetivo primeiro da recolha e tratamento dos dados era alcançar uma caracterização rica do regime jurídico de acesso ao direito e à justiça, a partir do estudo de caso da justiça da família em Portugal. Dada a diversidade dos objetos de

estudo de cada um dos subprojectos e a variedade das hipóteses de trabalho que orientaram a investigação também as fontes utilizadas foram variadas: para a caracterização da procura efetiva da justiça da família e das crianças nos tribunais e da atividade das conservatórias de registo civil, em Portugal, utilizamos a informação estatística disponibilizada pela Direcção-Geral de Política da Justiça, nas estatísticas da justiça oficiais on-line; para a análise do apoio judiciário, em Portugal, recorreremos a informação estatística não publicada da Direcção-Geral de Política da Justiça e do Instituto de Segurança Social; a atuação do Ministério Público foi ponderada a partir dos relatórios da Procuradoria-Geral da República e de informação estatística não publicada da Direcção-Geral de Política da Justiça; a caracterização dos Gabinetes de Consulta Jurídica resulta da informação disponibilizada pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados e a do Serviço de Mediação Familiar provem das estatísticas disponibilizadas on-line pelo Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios; por fim, para a análise da atividade das Comissões de proteção de crianças e jovens em Risco e da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima recorreremos aos respetivos relatórios anuais;

A estas fontes acresce o Instituto Nacional de Estatística, onde se recolheu toda a informação estatística oficial para a caracterização sociodemográfica e económica de Portugal, e a Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça e o Eurostat, cuja informação estatística foi crucial para o estudo comparativo dos regimes jurídicos de apoio judiciário dos países da União Europeia (Alemanha, Espanha, França, Itália, Holanda, Portugal e Reino Unido). A multiplicidade de atores intervenientes e, conseqüentemente, de fontes, as alterações na recolha e registo da informação estatística e as alterações no próprio regime de acesso ao direito e à justiça dificultaram a diferentes níveis o trabalho de investigação.

Em termos gerais, no que respeita à referência temporal da investigação, tendo em conta as dificuldades referidas anteriormente, optamos por um período relativamente amplo, entre 2000 e 2010. O tratamento dos dados estatísticos teve subjacentes as seguintes preocupações: (1) desenvolver sempre que possível uma análise longitudinal, ainda que pouco aprofundada, da evolução da atividade da instituições e do regime de acesso ao direito e à justiça; (2) recolher informação tão atual e detalhada quanto possível. Partimos sempre que possível da análise geral do

regime de acesso ao direito e à justiça e da atividade das diferentes instituições, para o estudo de caso o direito da família e das crianças.

Complementarmente, no âmbito do terceiro objetivo, explorar as transformações ocorridas no regime jurídico e no sistema de acesso ao direito e à justiça, em Portugal, após a Revolução Democrática do 25 de abril de 1974, fizemos a recolha e tratamento de informação estatística, do Instituto Nacional de Estatística, respeitante às, intimamente relacionadas, transformações sociodemográficas e económicas, ocorridas desde essa data até 2010. O acesso e tratamento a informação estatística para uma análise longitudinal padece de vários constrangimentos, assim, optamos por uma análise de cinco em cinco anos, partindo sempre dos Recenseamentos Gerais da População¹⁷¹ (1970, 1981, 1991 e 2001), complementando ainda com a informação estatística conhecida, mais recente, ou seja, referente ao ano de 2010.

¹⁷¹ É por este motivo que o primeiro corte temporal é de 6 anos, em vez de cinco, como os seguintes.

CAPÍTULO V

O DIREITO DO ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA: UM DIREITO HUMANO, FUNDAMENTAL E SOCIAL DE ÂMBITO INTERNACIONAL, EUROPEU E ESTADUAL – UM CAMPO DE LUTA POLÍTICA E PROFISSIONAL

Introdução

As culturas jurídicas ocidentais, da família continental ou da *common law*, ao longo do século XX, em especial na sua segunda metade, assumiram e replicaram que “o direito de acesso efetivo à justiça pode ser visto como o requisito básico – o *direito humano mais básico* – de um sistema jurídico moderno e igualitário, cujo objetivo é o de garantir, e não apenas o de proclamar, os direitos de todos” (Cappelletti e Garth, 1978).

Neste capítulo ter-se-á, assim, em consideração que o direito do acesso ao direito e à justiça é aquele que permite realizar a efetividade de todos os direitos (civis, políticos e sociais) assumindo, esse direito, como referi, no capítulo II, uma tripla face e dimensão de direito fundamental, com uma natureza similar aos direitos, liberdades e garantias, de direito humano e, ainda, de direito social, superando-se, deste modo, as distinções da dogmática jurídica, que, embora relevantes, não permitem captar a sua realidade, na perspetiva da sociologia do direito, enquanto lei internacional, europeia e estadual, bem como as suas dimensões institucional e de prática jurídica e social em interação permanente. Nesse contexto, analisarei a produção e a transformação do direito internacional e estadual de acesso ao direito e à justiça no espaço mundial supraestadual – interestadual e regional (União Europeia) – em Portugal, seja através dos tratados internacionais, seja através da ação do Conselho da Europa, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e da União Europeia (Tratados da União e *soft law*). Estes níveis internacionais de produção de juridicidade interpenetram-se, em Portugal, com a constitucionalização e as transformações deste direito, ao nível do direito constitucional do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (art.º 20.º, da CRP) e que se concretiza, na lei comum, no denominado regime jurídico de apoio judiciário.

Após definir a “constelação jurídica” e a conseqüente “interlegalidade” do direito do acesso ao direito e à justiça, em Portugal, iniciarei o estudo dos tratados internacionais que consagram juridicamente os direitos humanos. É certo, que tanto no direito internacional, quanto nos sistemas jurídicos nacionais, o respeito e a proteção dos direitos humanos apenas podem ser garantidos através dos mecanismos judiciais efetivos existentes. Quando se dá a violação de um direito, o acesso ao direito e à justiça ganha uma importância fundamental para a vítima ou lesado e é uma componente essencial do sistema de proteção e de efetivação dos direitos humanos. Na verdade, pode afirmar-se que o direito de acesso à justiça se cruza com os direitos humanos em várias formas. Em primeiro lugar, é ele próprio um direito humano fundamental, com consagração em vários tratados e convenções. Em segundo lugar, é um meio de proteger e de usufruir outros direitos. Em terceiro lugar, para que o direito de acesso à justiça possa ser realmente usufruído, existem outros direitos humanos que devem ser também protegidos (tais como, entre outros, o direito à informação, o direito à segurança física, o direito à confidencialidade e o direito à privacidade).

Ao nível supraestadual analisar-se-á, ainda, a produção normativa do Conselho da Europa, as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e, ainda, a *hard* e a *soft law*, da União Europeia. De seguida estudar-se-á, em Portugal, a constitucionalização do direito de acesso ao direito e à justiça, a jurisprudência mais relevante do Tribunal Constitucional (TC) e, ainda, a transformação, nas últimas quatro décadas, do regime jurídico do apoio judiciário.

O estudo que efetuei ao longo do capítulo será complementado com a junção de seis documentos anexos, nos quais se reproduzem: as normas mais relevantes dos Tratados Internacionais (anexo 1); uma síntese das Resoluções, do Acordo e das Recomendações do Conselho da Europa (anexo 2); uma ficha de leitura dos acórdãos mais relevantes do TEDH (anexo 3); uma ficha de apresentação do Tribunal de Justiça das Comunidades (anexo 4); uma síntese dos documentos de *soft law* da União Europeia (anexo 5); e, uma análise, mais desenvolvida, da evolução do regime jurídico do apoio judiciário em Portugal (anexo 6).

A concluir, o presente capítulo, analisar-se-á a evolução e o direito vigente do acesso ao direito e à justiça, em Portugal – Constituição da República e regime jurídico do apoio judiciário – no contexto socioeconómico, da sua produção e vigência, da

ação política e das tensões entre profissões jurídicas. Analisarei¹⁷² as propostas políticas assumidas pelos partidos políticos e pelos sucessivos governos, desde 1974 até 2010, com o objetivo de construir um quadro analítico, que permita contextualizar o debate político na produção, nesse período, da política pública do regime jurídico de acesso ao direito e à justiça¹⁷³. Irei observar, por um lado, as propostas na área da justiça dos vários partidos políticos e, por outro, os Programas de Governo – cf. anexo 7¹⁷⁴. Deste modo se testará, que a origem da transformação deste direito foi política, por efeito da construção da democracia e da abertura à Europa, mas também, paradoxalmente, a pouca relevância que o acesso ao direito e à justiça tem no debate político-partidário, sobretudo no final do século XX e início do século XXI.

No entanto, o aprofundamento da sua constitucionalização de 1976 (CRP) para 1997 (última revisão constitucional que abrangeu a matéria) e a transformação do regime do apoio judiciário (essencialmente em 1987, 2000, 2004 e 2007) tem preponderantemente lugar e origem no campo da luta política e das profissões jurídicas, pelo que, a terminar, analisarei as tensões, os consensos, e as opiniões dissonantes e a luta entre (e dentro) das várias organizações dos profissionais do direito^{175,176}.

I O direito supraestadual e estadual do acesso ao direito e à justiça vigente em Portugal: a interlegalidade internacional (interestadual), europeia e estadual

¹⁷² Esta análise amplia, desenvolve e atualiza o capítulo III do Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa «O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão» - Pedrosa *et al.*, 2002, (cf. <http://opj.ces.uc.pt/pdf/10.pdf>). No anexo 7 encontra-se a análise descritiva programa a programa dos partidos e dos governos (síntese descritiva).

¹⁷³ Analisa-se, pois, as propostas dos principais partidos políticos (Partido Socialista (PS), Partido Popular Democrata/Partido Social Democrata (PPD/PSD), Partido Comunista Português (PCP), Centro Democrático Social/Partido Popular (CDS-PP), desde as primeiras eleições legislativas do pós-25 de Abril até às eleições de 2009 e relativamente ao Bloco de Esquerda (BE), devido à sua recente criação, nas eleições de 2005 e 2009, no que concerne o acesso à justiça e ao direito. Não foi possível analisar alguns programas eleitorais do CDS/PP, visto que estes não foram disponibilizados, apesar das diligências efetuadas nesse sentido. Quanto ao Bloco de Esquerda, apenas consegui obter os Programas relativos às Legislativas de 2005 e de 2009.

¹⁷⁴ Antes de iniciarmos a análise dos diversos programas de Governo e dos partidos políticos convém referir que, entre 1976 e 1985, devido à existência de sucessivas eleições (alguns governos chegaram a durar apenas algumas semanas) e à constituição de novos governos, os programas não diferem muito, pelo que o conteúdo programático referente à política de justiça de acesso ao direito e à justiça pode repetir-se, à imagem do que sucede com os respetivos programas eleitorais. Deste modo, não se incluem referências a programas eleitorais dos partidos políticos em determinados períodos, por não conterem qualquer novidade.

¹⁷⁵ As representações dos (dirigentes) das associações dos profissionais forenses – Magistrados Judiciais e do Ministério Público e Advogados – sobre a política de acesso ao direito e à justiça e sistema de apoio judiciário em Portugal foram recolhidas a partir de textos publicados pelos mesmos, de atas de congressos ou de artigos de revistas editadas pelas diferentes associações de magistrados ou da Ordem dos Advogados, bem como dos programas dos Bastonários, recolhidos até ao ano de 2009, nos quais se verifica que o tema do acesso ao direito é importante no debate das profissões jurídicas.

¹⁷⁶ A análise descritiva de cada um dos referidos documentos encontra-se no anexo “...”.

A crise do Estado-Providência e as crises económicas sucessivas do Estado pós Estado-Providência tem restringido e limitado os meios públicos (institucionais, financeiros e humanos) disponíveis para o acesso ao direito e à justiça, bem como tem reconfigurado os regimes jurídicos estaduais com o argumento de conter a despesa pública.

No entanto, os princípios e as normas que consagram esse direito, ao nível supraestadual e estadual, têm resistido e até se têm disseminado, como, por exemplo, no direito europeu. A explicação para tal situação parece decorrer, por um lado, deste direito ser necessário para compensar desigualdades e legitimar os regimes democráticos, pelo que no campo da luta política democrática ainda há forças para o manter e lutar pela sua expansão. Como referi na Introdução Geral, o PNUD (2004) defende que a luta contra a pobreza, a criação de oportunidades para os sem voz e desprovidos de escolha, implica uma governação democrática onde haja acesso à justiça para todos ou, ainda, o Conselho da Europa, como analisarei neste capítulo, recomenda desde 1976, aos seus Estados-Membros (atualmente 47países) que criem um regime legal de acesso ao direito e à justiça, designadamente de acesso aos tribunais judiciais.

Por outro lado, o consenso das famílias jurídicas continental e de *common law* sobre a sua consagração jurídica, por ser um elemento constitutivo dos Estados de direito e das democracias, permite, como se referiu, no capítulo III, o seu efeito de replicação (Abel, 1985). Por último, neste campo de luta sociopolítico, o facto de o direito do acesso ao direito e à justiça ter uma natureza híbrida ou com várias faces permite a sua construção, como se referiu na introdução ao capítulo, numa perspetiva liberal, como direito fundamental, da categoria dos direitos civis e políticos necessários ao seu exercício. E permite, também, a sua conceção como direito humano necessário para a defesa da dignidade humana ou, ainda, que seja entendido como direito social, com vista à realização dos direitos económicos e sociais e como compensador das desigualdades sociais.

É entre estas tensões e contradições que a produção do direito supraestadual e estadual do direito de acesso ao direito e à justiça se vem desenvolvendo. É nestas tensões e na maior ou menor discrepância entre este direito e as práticas institucionais e sociais da sua aplicação, que lhe permitirá ser mais ou menos efetivo.

Ora, para prosseguir este estudo e como o campo de análise é Portugal, parece-me necessário estudar o direito do acesso ao direito e à justiça vigente em Portugal, seja direito internacional, europeu ou nacional. Como resulta explícito do quadro – quadro 4 – que a seguir se apresenta, as normas e princípios de direito internacional, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), e do direito europeu, como os Tratados da União Europeia ou a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), fazem parte integrante do direito português, vigorando muitos deles diretamente na ordem interna, por força do princípio da receção do direito internacional previsto no artigo 8.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Deste modo, o direito do acesso ao direito e à justiça, em Portugal, assume também uma natureza transnacional e europeia, tendo o próprio sistema do apoio judiciário vigente, por ação dos princípios e normas contidos em vários dos tratados internacionais vigentes em Portugal, sido transformado, sucessivamente, em obediência ao direito internacional e europeu.

A produção internacional do direito interestadual dos direitos humanos designadamente a DUDH e a CEDH¹⁷⁷ influenciaram decisivamente a CRP de 1976, que constitucionalizou o direito do acesso ao direito e à justiça, inclusivamente, de modo mais abrangente do que se encontra no texto da CEDH.

A europeização – cf. capítulo II – do direito do acesso ao direito e à justiça continuou a desenvolver-se pela influência que as Resoluções do Conselho da Europa, dos anos setenta, como se analisará, mais à frente, tiveram na alteração de 1982, da CRP, e na criação do regime jurídico do apoio judiciário, no final de 1987.

Paradoxalmente, a referida europeização pela ação do CE e a constitucionalização do direito do acesso ao direito e à justiça, ocorrida desde 1976, vai demorar cerca de 11 anos a ser concretizado, em Portugal, através da criação do referido regime jurídico do apoio judiciário. No entanto, por um lado, Portugal antecipou-se ao Direito da União Europeia, que só com o Tratado da União Europeia de Lisboa, de 2007, consagra ao nível da União Europeia, um direito do acesso ao direito e à justiça. Por outro lado, a ação da União Europeia, através dos seus documentos (*soft law*), primeiro relativamente aos conflitos de consumo, e, depois, relativamente a litígios transfronteiriços, divulgação dos meios de resolução alternativa

¹⁷⁷ Apesar de Portugal só ter ratificado a CEDH em 1978.

de litígios (RAL) e a criação da Rede Judiciária Europeia, em matéria civil e comercial, tem vindo a influenciar a evolução do direito do apoio judiciário em Portugal.

Quadro 4 - O direito internacional, europeu e nacional do acesso ao direito e à justiça vigente em Portugal

Instituição de Produção		Interlegalidade do direito supraestadual e estadual de acesso ao direito e à justiça
Interestadual (Mundo)	1. Tratados	Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (1966)
	2. Órgãos de acompanhamento	Comissão de Direitos Humanos
Interestadual (Conselho da Europa)	1. Tratados	Artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950)
	2. TEDH	Acórdãos do TEDH
	3. Soft Law (ex:)	Resoluções e Recomendações e Conferências dos Ministros da Justiça Europeus (Conselho da Europa)
União Europeia	1. Tratados	Artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Tratado de Lisboa Diretiva 2002/8/CE
	2. Soft Law (ex:)	Livro Verde da Comissão Europeia sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial
Estado	1. Lei	Artigo 20.º CRP Regime Jurídico do Apoio Judiciário - Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto
	2. TC	Acórdãos do TC

A concluir, esta breve análise da interlegalidade da produção do direito do acesso ao direito e à justiça é de salientar o papel relevante da jurisprudência do TEDH, ao nível supraestadual, ao condenar Estados Europeus pelas violações do art. 6.º, da CEDH e, em Portugal, do TC, que com os seus acórdãos de declaração de inconstitucionalidade de várias normas do regime jurídico do apoio judiciário, por violação do art. 20º, da CRP (ex: critério de insuficiência económica da Lei n.º 34/2004, de 29/07), desencadeou processos de rotura e alteração do regime jurídico do apoio judiciário.

2 O acesso ao direito e à justiça enquanto direito humano com expressão internacional

2.1 Direitos Humanos: entre o universalismo e o multiculturalismo

O termo direitos humanos tem uma existência muito recente, tendo surgido na Carta das Nações Unidas, em 1945, estando ligado ao desenvolvimento do conceito de dignidade humana e de direitos fundamentais enquanto valores universais, que determinam a responsabilidade de serem protegidos e respeitados pelos Estados. A proclamação dos direitos humanos, ao nível internacional, levou a que, pela primeira vez, houvesse uma base jurídica para contestar e até judicializar os abusos de poder dos governos, assente na ideia de que o tratamento decente dos seres humanos conduz à paz e à criação de um mundo mais justo. Como defende Pureza (2004: 73), a incorporação da proteção internacional dos direitos humanos como uma das áreas nucleares do Direito Internacional contemporâneo, não sendo embora isenta de ambiguidades, revela uma trajetória de mudança de enorme importância, já que assenta na rutura com o entendimento estritamente interestatal¹⁷⁸ da regulação jurídica internacional.

Todavia, e como defendem Meckled-García e Çalt (2006) e Santos (2004, 2009), a expressão direitos humanos é uma expressão ambígua¹⁷⁹, uma vez que são, em regra, os Estados que definem e determinam os limites e o seu conteúdo em relação às provisões legais onde estão contemplados. O direito dos direitos humanos é uma forma de direito internacional público que cria direitos para os indivíduos e deveres para os Estados. Os tratados internacionais, que tratam dos direitos humanos têm, assim, uma natureza diferente dos tratados, que têm como objeto os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e o genocídio, estabelecendo-se como tratados multilaterais normativos, com uma disciplina¹⁸⁰ normativa comum a que preside o

¹⁷⁸ Segundo este entendimento, não estava em causa a proteção internacional do indivíduo como portador de interesses juridicamente relevantes e autónomos, mas sim a solução de conflitos interestatais radicados num dos elementos do Estado, isto é, o elemento pessoal. Todavia, o se e o quando de tal proteção ficavam dependentes de um juízo de oportunidade política, cuja iniciativa competia, exclusivamente, aos Estados, sendo reserva de decisão do Estado não só o prosseguimento ou desistência da ação, como também a afetação de uma eventual indemnização ao particular lesado (Pureza, 2004: 77).

¹⁷⁹ Os direitos humanos tornaram-se suspeitos enquanto roteiro emancipatório devido a duplos critérios na avaliação das violações contra eles cometidos, pela complacência para com ditadores amigos do ocidente, pela defesa do sacrifício dos direitos humanos em nome dos objetivos do desenvolvimento (Santos, 2004; 2009).

¹⁸⁰ Como nos explica Pureza (2004: 89 e ss.), a internacionalização progressiva dos direitos humanos também se apoia numa internacionalização dos mecanismos institucionais e procedimentais de garantia, consistindo o grau mínimo no sistema de relatórios, a que se segue o sistema de queixas e de reclamações interestatais. O nível interestatal é superado por um sistema de queixas individuais contra o Estado de nacionalidade, que é, todavia, um

primado do interesse do conjunto dos Estados (Meckled-García e Çalt, 2006; Pureza, 2004).

As normas de direitos humanos são as que conferem aos indivíduos o direito, seja em nome individual ou coletivo, de reclamar juridicamente perante as autoridades públicas, assentando essa lógica dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos no reconhecimento planetário da dignidade humana (Pureza, 2004: 79). Esta ideia da dignidade humana não é, porém, pacífica, já que, como defende Santos (2004, 2009), entre outros autores, todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas as concebem em termos de direitos humanos e, para além disso, todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. Contudo, na perspetiva defendida por Pureza (2004), advogar a concepção de direitos humanos como património comum da humanidade supõe situá-los no contexto de uma sociedade multicultural, como são hoje a sociedade internacional e as sociedades nacionais.

Francioni (2007) argumenta que o sentido, o conteúdo e os objetivos dos direitos humanos continuam a ter uma natureza controversa e a ser palco de amplos debates, tentando determinar se teremos de pensar em direitos humanos universais ou se o seu reconhecimento estará dependente da específica cultura de pertença de cada indivíduo, ou ainda se os direitos humanos serão individuais ou coletivos. Estar-se-á perante a tensão dialética entre duas perspetivas: aquela que concebe os direitos humanos como universais – inscrevendo-se numa lógica de globalismo localizado e como forma de globalização hegemónica – e a perspetiva multicultural dos direitos humanos – inscrevendo-se numa lógica de cosmopolitismo e como forma de globalização contra-hegemónica (Santos, 2004; 2009).

2.2 O direito humano de acesso ao direito e à justiça

Para Pureza e Nascimento (2009) a qualificação do acesso à justiça como direito humano não significa quedarmo-nos por uma leitura desta matéria no estrito plano do Direito Internacional, já que tal limitação decorre de uma distinção conceptual entre direitos fundamentais e direitos humanos que é, de acordo com os autores, uma distinção sem grande sentido e, sobretudo, sem conteúdo útil, pois sendo uma discussão porventura interessante para a dogmática jurídica, não terá

sistema facultativo, pois dependente de prévia aceitação formal pelo próprio Estado. Houve, também, um reforço da capacidade interventora da Comissão de Direitos Humanos, que tem uma atividade fiscalizadora.

qualquer relevo concreto para a proteção concreta das pessoas concretas. Assim, consideram que direitos fundamentais com proteção constitucional e legal e direitos humanos com proteção jurídica internacional são ferramentas complementares, ou seja, as legislações nacionais que estabelecem as regras do acesso à justiça num determinado Estado são instrumentos de concretização do direito humano à justiça, tanto quanto as normas de Direito Internacional sobre esta matéria são suportes do direito fundamental de cada um à proteção da sua dignidade através da justiça.

O desenvolvimento do acesso ao direito e à justiça, ao nível do direito internacional, está relacionado com o progressivo desenvolvimento da capacidade dos indivíduos proporem ações perante instâncias internacionais, já que, até então, este direito apenas emergia no contexto da responsabilidade jurídica dos Estados em caso de ofensas a estrangeiros, podendo os mesmos invocar o direito costumeiro e procurar uma solução perante os tribunais do Estado em que ocorreu a ofensa ou, caso tal não fosse possível, requerer a proteção do seu Estado de origem. Contudo, este direito tinha uma natureza limitada, pois a petição individual transmutava-se numa petição do próprio Estado, anulando-se o papel do indivíduo no seio de todo o processo, o que resultava muito insatisfatório, uma vez que o indivíduo se tornava dependente da vontade do Estado, tanto em termos de proposição da ação, como em termos de efeitos compensatórios a serem atribuídos (Francioni, 2007: 9).

2.2.1 O direito de acesso ao direito e à justiça nos tratados e convenções internacionais

Entendido de uma forma tradicional, o direito internacional é concebido como um sistema jurídico que regula as relações entre os Estados e no qual apenas os Estados, e não os indivíduos, têm direitos e obrigações, incluindo o direito de instaurar ações em tribunal. Contudo, hoje em dia os indivíduos também têm direitos e obrigações ao nível do direito internacional, já que o progressivo desenvolvimento dos direitos humanos conferiu a cada indivíduo a capacidade de invocar o direito internacional, o direito costumeiro e os tratados internacionais contra os Estados, incluindo o Estado de origem (Francioni, 2007: 7).

O direito de acesso ao direito e à justiça é hoje considerado um direito humano básico, com consagração em vários documentos jurídicos internacionais

importantes¹⁸¹, que podem configurar-se como um regime de cascata (Pureza, 2004: 86). A Declaração Universal dos Direitos Humanos (o primeiro nível), proclamada pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, consagra no artigo 8.º, que “toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e pela lei”. Encontra-se também consagrado no artigo 14.º¹⁸², do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos¹⁸³ (o segundo nível), adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966.

Em 1950, os membros do Conselho da Europa acordaram a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais¹⁸⁴, que tem sido modificada ou acrescentada por sucessivos protocolos e constitui hoje a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)¹⁸⁵. O artigo 6.º, desta Convenção, cuja epígrafe é “direito a um processo equitativo”, estabelece que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”. Acrescenta-se, ainda, que qualquer acusado tem o direito a “defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para

¹⁸¹ É o caso das quatro Convenções de Genebra de 1949, sobre Direito Internacional Humanitário, que consagram, no artigo 3.º comum, que: “*são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar (...) as condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.*” Isto significa que mesmo em contexto de conflito armado – logo, de exceção social – vale o direito de acesso à justiça como requisito essencial de uma cultura de direitos humanos. Esta norma é completada pelo artigo 105.º da III Convenção (sobre população civil) e pelo artigo 6.º do Protocolo Adicional II, que estabelecem que as garantias enunciadas no artigo 3.º comum se aplicam não só aos conflitos armados internacionais, mas também aos conflitos armados de carácter não internacional (Pureza e Nascimento, 2009).

¹⁸² Cf. a redação do referido art.º 14.º, nos anexos a este capítulo.

¹⁸³ Deve ter-se em consideração, no caso do Pacto, que, ao contrário do que sucede com outros direitos aí previstos, o direito de acesso à justiça pode ser objeto de derrogações, de acordo com o artigo 4.º do Pacto, em caso de risco público essencial para a existência do próprio Estado. O que quer dizer que um dos traços essenciais do Estado de Direito é passível de ser afastado, menorizando portanto o estatuto deste direito essencial. E estamos a falar exclusivamente da possível exclusão do que se poderá considerar o “fim de linha” em matéria de acesso à justiça – a efetivação de um processo judicial equitativo no quadro de um sistema judicial eficaz e isento – e nem sequer estamos a considerar elementos decisivos a montante, como o apoio judiciário ou a política de custas judiciais (Pureza e Nascimento, 2009).

¹⁸⁴ A Convenção Europeia dos Direitos Humanos foi o primeiro e o mais importante tratado multilateral concluído no quadro do Conselho da Europa e, de acordo com Sousa (2004), foi preocupação dos subscritores iniciais ir para além de um simples catálogo de direitos fundamentais, como era a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

¹⁸⁵ Denominação oficial em Portugal. Mas, a denominação mais conhecida é Convenção Europeia dos Direitos Humanos, com origem no texto em inglês. Ao longo do texto usaremos preferencialmente, por ser mais inclusiva, esta designação.

remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem” (n.º 3, do artigo 6º). Embora, não esteja expressamente escrito na CEDH, como está o direito à defesa, em processo crime, o direito ao acesso ao direito e à justiça, a interpretação e construção jurisprudencial do TEDH, como se analisará mais à frente, vai no sentido da consagração de tal direito^{186,187}.

2.2.2 As fragilidades do direito internacional de acesso ao direito e à justiça

Como muito bem defende Francioni (2007: 42), afirmar que o direito de acesso à justiça é reconhecido pelo direito internacional não significa que seja considerado um direito absoluto. Nesta sede, constata-se que o direito de acesso à justiça, em matéria de direitos humanos, está previsto de forma desigual nos direitos civis e políticos e nos direitos económicos, sociais e culturais. De facto, estes têm sido considerados não passíveis de judicialização em virtude da sua natureza programática e progressiva, dependente dos recursos disponibilizados pelos Estados. O Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, por exemplo, afirma explicitamente a realização progressiva destes direitos, implicando que a base de recursos e as condições socioeconómicas dos Estados-Parte serão tidas em consideração na avaliação da sua performance nesta matéria (Pureza e Nascimento, 2009). Para Victor Abramovich (2005), dada a interdependência entre direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais, existem várias situações em que a violação dos primeiros afeta os segundos e vice-versa, pelo que a diferenciação entre as duas categorias se costuma desvanecer quando se procura identificar a violação dos direitos em casos concretos. O que se tem verificado, então, é uma tentativa de romper o carácter supostamente não-judicializável dos direitos económicos, sociais e culturais através de uma interpretação alargada e mais criativa das responsabilidades dos Estados em matéria de direitos civis e políticos e seu impacto ao nível dos direitos económicos, sociais e culturais (Pureza e Nascimento, 2009).

¹⁸⁶O direito de acesso ao direito e à justiça está, ainda, consagrado, em termos regionais, no artigo 25º da Convenção Americana, no artigo 7.1 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e no artigo V da Declaração Islâmica Universal dos Direitos do Homem (cf. os anexos a este capítulo).

¹⁸⁷ Embora, ainda, não tenha sido assinada por Portugal refira-se, que no âmbito da ação da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado (DIP), criada em 1893, foram adotadas algumas convenções, na área da cooperação jurídica internacional e litigação, entre as quais a Convenção de 25 de Outubro de 1980 sobre Acesso Internacional à Justiça, que foi já assinada por 24 e entrou em vigor em Maio de 1988. O objetivo desta Convenção é o de facilitar, a qualquer nacional de um Estado Parte da mesma ou a residentes nesses Estados Parte, o acesso à justiça em todos os Estados Parte da Convenção.

Existem muitas circunstâncias em que os Estados, apesar de vinculados ao direito internacional, podem limitar ou impedir o acesso aos tribunais, por causas de natureza processual, seja por causas de natureza material. No que respeita às primeiras, os tratados deixam aos Estados-Parte margem para delinear os prazos e os requisitos processuais necessários ao exercício do direito de acesso à justiça. Relativamente às causas materiais, temos de distinguir as situações em que existem restrições ao acesso à justiça das situações em que o Estado não consagra nem reconhece o direito controvertido. Assim, só se está perante restrições ao acesso à justiça quando o Estado exclui, no todo ou em parte, a possibilidade de propor uma ação em determinadas circunstâncias ou relativamente a determinadas pessoas (imunidades).

Acresce que não existe nenhuma instituição de carácter global que garanta o acesso à justiça por parte de todos os indivíduos, oriundos de qualquer parte do mundo. No entanto, a situação já será diferente se considerarmos o direito internacional consagrado em cada tratado e cada convenção. De facto, a maior parte dos tratados estabelece os próprios mecanismos de acesso direto por parte dos indivíduos que sejam vítimas da violação de direitos humanos consagrados nos tratados (Francioni, 2007: 41)¹⁸⁸.

3 O Conselho da Europa e o acesso ao direito e à justiça

3.1 A ação do Conselho da Europa

O Conselho da Europa¹⁸⁹ foi criado, em 1949, com o fim de “defender os direitos do homem e a democracia parlamentar, e assegurar a preponderância do direito; concluir acordos à escala do continente para harmonizar as práticas sociais e

¹⁸⁸ É o caso do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, que permite aos indivíduos dirigirem-se ao Comité consagrado no seu artigo 28º (Artigo 28.º: 1. É instituído um Comité dos Direitos do Homem. Este Comité é composto de dezoito membros e tem as funções definidas a seguir. 2. O Comité é composto de nacionais dos Estados Partes do presente Pacto, que devem ser personalidades de alta moralidade e possuidoras de reconhecida competência no domínio dos direitos do homem. Ter-se-á em conta o interesse, que se verifique, da participação nos trabalhos do Comité de algumas pessoas que tenham experiência jurídica. 3. Os membros do Comité são eleitos e exercem funções a título pessoal). Contudo, o reconhecimento da competência deste Comité não tem carácter impositivo para os Estados, estando dependente da ratificação do Pacto e do seu Protocolo Adicional. A situação é diferente no que toca ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cujo sistema permite o acesso direto por parte dos indivíduos e tem carácter impositivo para os Estados. A ação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias será objeto de tratamento em ponto autónomo.

¹⁸⁹ Cf. <http://www.coe.int/>.

jurídicas dos Estados membros; e favorecer a tomada de consciência da identidade europeia, fundada sobre valores partilhados que transcendem as diferentes culturas”¹⁹⁰.

O Conselho da Europa tem registado uma atividade bastante profícua, que se tem pautado, sobretudo, por uma preocupação em envolver os diferentes atores existentes no terreno, de modo a obter uma maior legitimidade e capacidade de «imposição» das cartas ou convenções sufragadas pelos seus atuais 47 países membros. O tema do acesso ao direito e à justiça integra-se dentro de uma estratégia mais vasta de reformulação dos sistemas judiciais, não constituindo, por isso, uma prioridade direta na sua agenda política. As prioridades têm estado centradas em duas das grandes problemáticas com que a justiça se depara em termos europeus: a independência dos juízes e do sistema judicial (sobretudo nos países que atravessaram recentemente períodos de transição política, principalmente os países da Europa de Leste); e a qualidade, eficácia e eficiência da justiça¹⁹¹, no sentido de combater a morosidade¹⁹² e de garantir um acesso efetivo dos cidadãos ao sistema de justiça (Pedroso *et al.*, 2002: 38).

No entanto, a ação do Conselho da Europa foi fundamental para a disseminação da necessidade dos Estados-membros consagrarem regimes jurídicos de acesso ao direito e à justiça. Como se referirá as Resoluções e Recomendações do Conselho da Europa dos anos setenta, oitenta e noventa do século XX (Resolução n.º (76)5; Resolução n.º (78)8; Recomendação n.º (93)I¹⁹³) foram fundamentais para a criação, em Portugal, do regime jurídico do apoio judiciário, em 1987, bem como para as suas posteriores alterações.

As referidas Resoluções dos anos setenta defendiam que “para eliminar os obstáculos de natureza económica que entravam o acesso à justiça e permitir às pessoas economicamente carenciadas uma melhor defesa dos seus direitos nos Estados-Membros, é conveniente assegurar a igualdade de tratamento em matéria de

¹⁹⁰Já em 2005, após a terceira cimeira dos chefes de Estado e de governo do Conselho da Europa, realizada em Varsóvia, foi adotada uma declaração política e um plano de ação nos quais se define que o Conselho da Europa tem como tarefas principais para os anos vindouros, entre outras, “promover os valores fundamentais comuns, tais como os direitos do homem, o Estado de Direito e a democracia”.

¹⁹¹ Cf., nesta matéria, os vários relatórios produzidos pela CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice).

¹⁹² Na Resolução Interna CM/ResDH (2007)108, adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de Outubro de 2007, o Comité de Ministros, após 25 processos contra Portugal por violação do artigo 6º da Convenção com base em excessiva morosidade processual, e de ter convidado Portugal a adoptar medidas no sentido de obviar a tais casos de morosidade, encoraja as autoridades nacionais a continuar os esforços e reformas envidados até ao momento, notando com satisfação que em 22 dos 25 casos considerados houve conclusão dos processos.

¹⁹³ Ver anexo 2 a este capítulo, onde se encontram descritas, em síntese, cada uma destas Resoluções e Recomendações.

apoio judiciário entre os nacionais dos Estados-membros do Conselho da Europa e os estrangeiros” e que “a concessão de apoio judiciário – consulta e representação jurídica – não deveria continuar a ser considerada como um ato de caridade para com indigentes, mas como uma obrigação da comunidade no seu todo” (Res. 78).

Este espírito dos anos setenta, do século XX, levou os Estados-membros do Conselho da Europa, em janeiro de 1977, a assinarem o Acordo Europeu sobre a Transmissão de pedidos de assistência judiciária, de modo a permitir, que qualquer cidadão que tenha a sua residência habitual no território de um dos Estados-Membros possa fazer o seu pedido de assistência judiciária (seja em matéria cível, comercial ou administrativa) no território de um outro Estado que tenha assinado o Acordo.

As Recomendações dos anos oitenta e noventa consideraram que “o direito de aceder à justiça (...) constitui uma característica essencial de qualquer regime democrático”. Assim, o Conselho da Europa recomendou aos Estados-membros, que adotassem medidas de simplificação dos procedimentos, bem como reforçassem todas as medidas de informação jurídica ao público, de simplificação e celeridade processuais, em geral, e em especial, nos procedimentos relativos ao direito da família, que devem ser simples, céleres, de baixo custo e respeitam a natureza das questões em causa (Rec. 81). Recomendava-se, ainda, aos governos dos Estados-membros que facilitassem às pessoas em situação de grande pobreza, em colaboração com organizações não-governamentais (ONGs), o acesso efetivo ao direito (“o direito ao direito”), aos modelos para-judiciários de resolução de conflitos e aos tribunais (Rec. 93).

No século XXI, a intervenção do Conselho da Europa, na promoção do acesso ao direito e à justiça, tem sido efetuada através das conferências dos Ministros da Justiça europeus designadamente as dos anos de 2000, 2006 e 2007¹⁹⁴. Aí se consensualizou, com fundamento no argumento que a *legal aid* é uma condição para a proteção e promoção dos direitos humanos, a necessidade de incluir a melhoria do acesso ao direito e à justiça como um fator fundamental para a existência de um sistema de resolução de conflitos, judicial ou não judicial, com qualidade e efetiva abrangência. As propostas principais para a criação e desenvolvimento de um sistema moderno de acesso ao direito e à justiça assentam, por um lado, na distinção entre representação jurídica em processos judiciais e o aconselhamento e apoio jurídico extrajudicial, a ser prestado por “outros profissionais”, que não sejam advogados

¹⁹⁴ Cf. Síntese das Resoluções, Acordo e Recomendações no anexo 2, a este capítulo.

designadamente através de *law clinics* de estudantes de direito. Por outro lado, privilegiam todas as formas de acesso à informação jurídica, desde que a qualidade e a credibilidade sejam asseguradas, bem como o desenvolvimento do uso dos meios de resolução alternativa de litígios. Os Estados devem encontrar um ponto de equilíbrio financeiro ao nível dos custos com os seus sistemas de apoio judiciário, procurando implementar um sistema de seguros de proteção jurídica, mas sempre acautelando a situação económica dos litigantes e as suas probabilidades de êxito.

O Conselho da Europa, nestes últimos 40 anos, mantendo a sua preocupação com o acesso ao direito e à justiça, foi mudando o enfoque dos seus documentos, passando do discurso da eliminação dos obstáculos de natureza económica no acesso à justiça e de promoção da democracia para o discurso, em simultâneo, da promoção dos direitos humanos e gestor de contenção de custos e flexibilização do sistema, com o apelo ao desenvolvimento de soluções extrajudiciais. Nos últimos anos, em consonância com a centralidade que os direitos das crianças assumiram – cf. capítulo VII – também esse enfoque evolui para a defesa de uma justiça amiga das crianças, em que se atua de acordo com o princípio do superior interesse da criança e consequentemente se lhes facilita o acesso aos tribunais e às estruturas de mediação, de modo a garantir que os seus direitos são respeitados e promovidos.

A concluir, refira-se que a referida conferência de Ministros da Justiça recenseou, em 2000, entre os seus 47 Estados- membros, os seguintes sistemas institucionais na prestação de apoio e assistência jurídica pública ou financiada pelo Estado:

- a) a avaliação das probabilidades de êxito junto dos serviços públicos e livre escolha do advogado pelo requerente;
- b) a emissão de uma licença autorizando os profissionais a prestar apoio jurídico no âmbito do sistema;
- c) a nomeação, pela respetiva Ordem dos Advogados, como é o caso português, do advogado encarregue de prestar apoio jurídico, alargando esta obrigação a qualquer advogado que esteja na lista;
- d) a implementação de organizações não governamentais (parcerias entre entidades públicas e privadas) subsidiadas, total ou parcialmente, com fundos públicos.

No próximo capítulo, em que se estudará, em termos comparados, os regimes e sistemas de apoio judiciário, em sete países, aprofundar-se-á a análise das semelhanças e das diferenças de cada Estado e o tipo de sistema aí implantado.

3.2 O papel do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)

3.2.1 A mobilização e as funções do TEDH¹⁹⁵

Como escreveu Lisa Conant (2008), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) contribui, sobretudo através da sua atividade jurisprudencial, para a construção da cidadania ao assegurar que os indivíduos têm acesso aos direitos, pelo que o seu papel ativo e efetivo na defesa dos direitos veio reforçar a cidadania civil transnacional dos Estados-Membros. Importa, pois, analisar de que modo a sua ação amplia e desenvolve o direito de acesso ao direito e à justiça a nível europeu.

Quando foi criada a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, os seus subscritores preocuparam-se em que da Convenção nascesse para os Estados não só a obrigação de respeitar os direitos aí mencionados, mas, também, que fosse criado um mecanismo jurídico destinado a salvaguardar o efetivo respeito desses direitos, na ordem jurídica interna, de cada um, pelo que foi instituído o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹⁹⁶ (Sousa, 2004)¹⁹⁷.

Pode ser autor qualquer Estado contratante ou qualquer particular que se considere vítima e que pode, assim, dirigir diretamente ao TEDH uma queixa (estadual ou individual, consoante o caso), alegando a violação de direitos humanos consagrados na CEDH por um Estado contratante¹⁹⁸.

O TEDH tem funções interpretativas e, conseqüentemente, de estabelecimento de práticas a seguir pelos Estados, através da sua jurisprudência, sendo um verdadeiro

¹⁹⁵ Para mais informações, cf. o documento *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. História, organização e processo*, de Novembro de 2004 (Conselho da Europa). Cf. também o site Internet <http://www.echr.coe.int/ECHR>.

¹⁹⁶ Como escreveram Ireneu Cabral Barreto e Abel Campos (2004), pela primeira vez deu-se ao indivíduo o acesso a um sistema internacional juridiscionalizado de proteção dos Direitos Humanos, através do qual os Estados podem ser responsabilizados pelas violações das suas obrigações internacionais a este nível. Isto é, “pela primeira vez o indivíduo passou a ser sujeito, e já não apenas objeto, de Direito Internacional”.

¹⁹⁷ O TEDH (que se situa em Estrasburgo, França) é composto por um número de juízes igual ao número de Estados contratantes, que são eleitos por seis anos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Estes juízes, contudo, não exercem as suas funções em representação do Estado de que são nacionais, mas sim a título individual. O processo no TEDH é contraditório e público e as línguas oficiais são o francês e o inglês, podendo as queixas ser apresentadas numa das línguas oficiais dos Estados contratantes.

¹⁹⁸ Também é possível que o autor seja representante de uma alegada vítima, mas é necessário que esteja autorizado a fazê-lo (será o caso de um familiar que represente outro familiar que esteja desaparecido, que esteja numa situação de extrema vulnerabilidade ou um progenitor a representar o seu filho, mesmo sem a presença de um advogado; no caso de ser uma Organização Não-Governamental, só poderá atuar com o consentimento do próprio indivíduo ou da família). No caso de os autores serem um grupo, uma minoria ou um povo, o artigo 34.º, da Convenção reconhece explicitamente o seu direito de ação.

órgão judicial (com audiências, procedimentos e sentenças impositivas, prevendo, inclusivamente, apoio judiciário)¹⁹⁹. Deste modo, o TEDH tem de estar atento e aberto ao pulsar da “sociedade europeia”, ao evoluir das conceções e dos métodos e, sobretudo, das ideias, jurídicas dominantes (Barreto, 2004).

Deve ter-se, em atenção, que o TEDH não funciona como um tribunal de recurso relativamente aos tribunais nacionais. O que faz é reapreciar os casos, mas sem possibilidade de anular, alterar ou rever as decisões daqueles. No caso de considerar, que houve uma violação de direitos humanos, o TEDH decide que deverá ser atribuída uma justa compensação na forma de indemnização monetária. Pode, ainda, requerer do Estado condenado, que o informe como está o processo de indemnização a decorrer.

3.2.2 As tendências dos acórdãos mais relevantes do TEDH, em matéria de acesso ao direito e à justiça

No anexo 3, a este capítulo, apresenta-se, como já se referiu, uma síntese descritiva dos acórdãos mais relevantes, em matéria de acesso ao direito e à justiça, ou seja a interpretação que o TEDH dá ao art.º 6º, da CEDH, e as consequências que tais decisões têm na conformação dos regimes jurídicos e instituições dos sistemas estaduais de apoio judiciário.

As tendências, em síntese, dos acórdãos do TEDH, são, em primeiro lugar, a de consagrar uma interpretação do art.º 6º, da CEDH, em que todos os Estados têm de ter um regime de assistência jurídica gratuita para a defesa em todas as fases do processo-crime, quando o arguido não tem meios económicos suficientes para pagar a um advogado (anexo 3, a este capítulo). Em segundo lugar, no caso *Airey c. Irlanda*, o Tribunal decidiu que a CEDH garante direitos que são de natureza prática e efetiva, pelo que, como pode ler-se na decisão: *apesar da ausência de uma cláusula semelhante para litígios civis, o artigo 6º, parágrafo 1, pode, por vezes, obrigar o Estado a providenciar a assistência de um advogado quando tal assistência se revelar indispensável para um acesso*

¹⁹⁹ Nos últimos anos quase se pode dizer que este Tribunal se tornou uma vítima do seu sucesso, na medida em que o aumento exponencial do número de processos aí instaurados levou ao aumento da morosidade (Scheinin, 2007: 136). Uma vez que o TEDH tem uma grande pendência processual – 119.300 processos no ano de 2009, segundo o TEDH –, estão a ser criadas medidas para restringir o acesso a este tribunal. Em Dezembro de 2005, Lord Woolf (Cf. *Review of the working methods of the European Court of Human Rights*, in <http://www.echr.coe.int/ECHR/Resources/Home/LORDWOOLFREVIEWONWORKINGMETHODS.pdf>, acedido em Julho 2008) sugeriu algumas medidas aptas a reduzir a pendência no TEDH, entre as quais a constituição de *Satellite Offices* para dar informação e aconselhamento durante a fase inicial dos procedimentos, para que só cheguem ao Tribunal os processos que já estão prontos para uma decisão; fazer maior uso de figuras como o provedor de justiça ou Ombudsmen, ao nível nacional; ou um maior recurso dos meios alternativos de resolução de litígios – de forma a tornar o tribunal mais eficiente e célere (Scheinin, 2007: 152).

efetivo ao tribunal ou porque a representação legal é obrigatória, como é feito pelo direito interno dos Estados Contratantes para certos tipos de litígios, ou em razão da complexidade do procedimento ou do caso.

A decisão deste caso demonstrou, claramente, que o artigo 6.º contém obrigações positivas, pelo que se criou, por via jurisprudencial, a interpretação jurídica de que os Estados-membros, quando se justifique, têm de oferecer apoio judiciário em processos cíveis. Todavia, o Tribunal foi cauteloso, ao explicar, que não estava a reconhecer um direito geral ao apoio judiciário em todos os procedimentos civis. Como refere Mowbray (2004), no Caso *Andronicou e Constantinou c. Chipre*²⁰⁰ (1997 – VI), o TEDH rejeitou o pedido dos autores de que artigo 6.º obrigava os Estados a estabelecer um sistema de apoio judiciário em processo civil²⁰¹. Contudo, decidiu que o artigo 6.º deixa aos Estados a liberdade de escolha dos meios a serem usados em termos de acesso aos tribunais. A instituição de um regime de apoio judiciário é apenas um dentre outros meios, pelo que não compete ao TEDH indicar, e muito menos determinar, quais as medidas que devem ser tomadas. Tudo o que a Convenção exige é que um indivíduo possa usufruir de um direito efetivo de acesso aos tribunais em condições que não sejam contrárias ao artigo 6.º.

O TEDH reconhece, assim, o direito dos cidadãos a requerer o apoio judiciário, nos termos do artigo 6.º, da CEDH, designadamente nas situações em que a pessoa envolvida tenha um baixo nível de habilitações literárias e/ou um profundo envolvimento emocional com a causa, e esta envolver matérias jurídicas de natureza complexa ou procedimentos complexos ou, ainda, quando o sistema jurídico nacional requiera representação jurídica (Mowbray, 2004). No entanto, o TEDH não faz corresponder a este reconhecimento do direito ao acesso e à justiça civil uma

²⁰⁰ Os filhos dos demandantes tinham sido mortos por agentes da polícia durante uma crise armada envolvendo reféns, pelo que os autores pretendiam processar a autoridade pública competente por alegada negligência. Não existia, porém, qualquer sistema de apoio judiciário no Chipre, mas o Governo tinha feito uma oferta *ex gratia*, durante algumas semanas, de modo a que os autores pudessem financiar a sua ação, que havia sido rejeitada por os autores entenderem que não satisfazia a obrigação positiva que impedia sobre o governo por força do artigo 6.º da Convenção.

²⁰¹ Mesmo quando os Estados preveem regimes de apoio judiciário, as decisões dessas autoridades podem ser contestadas em Estrasburgo se se considerar que tais decisões impedem o acesso aos tribunais. No caso *Aerts c. Bélgica* (1998 – V), o autor tinha sido temporariamente sujeito a uma medida de internamento compulsório na ala psiquiátrica da prisão, após a sua prisão por ofensa grave. A Instituição de Saúde Mental respetiva tinha designado um centro especial para esse internamento, contudo, devido à falta de lugares, ele teve de continuar internado na prisão. Por esse facto, o senhor Aerts intentou uma ação civil contra as autoridades por não terem sido capazes de o internar nesse centro especial, tendo pedido apoio judiciário, que lhe foi negado por se ter considerado que a sua ação não tinha fundamento. Nestes termos, o Tribunal decidiu que não competia à entidade decisora do apoio judiciário avaliar a possibilidade de sucesso da ação, pois isso era competência do respetivo tribunal, pelo que tal decisão tinha negado ao autor o acesso aos tribunais, estando em clara violação do artigo 6.º (cf. Mowbray, 2004).

obrigatoriedade de os Estados consagrarem na sua legislação “regimes gerais” ou instituições de apoio judiciário, para os litígios de natureza civil.

4 A União Europeia e a consagração recente de um direito humano de acesso ao direito e à justiça

4.1 Os Tratados e a *hard law*: o Tratado de Lisboa consagra o direito efetivo do acesso ao direito e à justiça

A União Europeia, como era expectável por parte de uma organização, que começou por ter um carácter económico para depois passar a ter um carácter político, foi lenta na prossecução de preocupações ligadas aos direitos humanos. Para Smith (2007), o Ato Único Europeu (1986) iniciou tal processo através de uma referência contida no seu Preâmbulo, em que os Estados-Membros se mostram “decididos a promover conjuntamente a democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e legislações dos Estados-membros, na Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social”. Mais tarde, com o Tratado de Amesterdão (1997), estabeleceu-se, no artigo 6.1., do Tratado da União Europeia, que “a União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de Direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros”, pelo que a União “respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada, em Roma, em 4 de novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário” (art.º 6.2.). Deve tomar-se em atenção que, no caso de se verificar a existência de uma violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, de algum dos princípios enunciados, no n.º I, do artigo 6º, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode decidir suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação do Tratado ao Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado-Membro no Conselho (como resulta do artigo 7º).

O Tratado da União Europeia (TUE) não deixa dúvidas quanto ao carácter fundamental dos valores da liberdade, da segurança e da justiça para a construção

européia (Piçarra, 2007), enunciando no seu artigo 2.º, que é um dos objetivos da União a manutenção e o desenvolvimento de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça (Fontaine, 2006).

4.1.1 Da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ao Tratado de Lisboa: direito a ação e a um tribunal imparcial

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi adotada em Nice, em dezembro de 2000, pelos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Foi elaborada por uma Convenção composta por representantes dos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros, um representante do Presidente da Comissão Europeia, deputados do Parlamento Europeu e deputados dos parlamentos nacionais. No Capítulo VI da Carta, referente à Justiça, está consagrado, no artigo 47º, o «direito à ação e a um tribunal imparcial»²⁰². Segundo Smith (2007), à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, e em particular ao artigo 47º, deve ser dado o “prémio” de disposição legal mais abrangente em matéria de acesso à justiça. Para Storskrubb e Ziller (2007: 184), a Carta deve ser vista como a mais recente emanção de direito constitucional sobre acesso à justiça. De acordo com os autores, as palavras iniciais do corpo do artigo, ‘toda a pessoa’, é muito significativa, pois são mais abrangentes, que a mera cidadania europeia. Nos termos deste artigo, toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal e a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Para além disso, toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. Está, ainda, previsto que “é concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça”.

Formalmente, a Carta representava um compromisso político, sem ter, todavia, efeitos jurídicos obrigatórios e vinculativos. Mas, com o Tratado de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007, a Carta foi investida de força obrigatória através do artigo 6.º,

²⁰² Direito à ação e a um tribunal imparcial: Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça.

deste Tratado²⁰³, que lhe reconhece valor jurídico igual ao dos Tratados²⁰⁴. Nos termos deste mesmo artigo 6.º, consagra-se a adesão da UE à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) e estabelece-se que do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a referida Convenção e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. Pode, pois, reclamar-se que existe um direito efetivo de acesso ao direito e à justiça na União Europeia.

O Tratado de Lisboa também consagrou, nos seus artigos 67.º (em especial no número 4) e 81.º, (no n.º2, alínea e)) que: a União facilita o acesso à justiça, nomeadamente através do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais, em matéria civil, e o Parlamento Europeu e o Conselho, podem tomar, nomeadamente quando tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno, medidas destinadas a assegurar (...) o acesso efetivo à justiça. Estes artigos têm um escopo mais limitado que o artigo 47.º da Carta, já que, ainda que tenham em vista a prossecução e efetivação do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, se limitam, sobretudo, à cooperação judiciária em matéria civil. No entanto, não deixa de ser significativo que apesar da consagração de um direito fundamental tenha havido necessidade de consagrar o acesso efetivo à justiça para facilitar a construção do mercado interno²⁰⁵.

4.1.2 A Diretiva 2002/8/CE do Conselho: a melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços

A progressiva integração do espaço europeu conduziu ao “adensamento de relações pessoais, económicas, comerciais e empresariais” e, conseqüentemente, “ao

²⁰³ I. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.

²⁰⁴ A Carta já tinha sido englobada na Constituição Europeia que, todavia, se revelou um Tratado falhado após os Referendos de 2005 em França e na Holanda, cujo resultado foi um não redondo à ratificação do Tratado Constitucional.

²⁰⁵ Desde a entrada em vigor do referido art.º 6º, do Tratado de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007, até à presente data ainda não é conhecida nenhuma decisão sobre acesso ao direito e à justiça, em que se julgue a ausência ou insuficiência do regime jurídico e do sistema de acesso ao direito e à justiça de algum dos Estados-membros da UE. O Tribunal da Justiça das Comunidades e o Tribunal de Primeira Instância preveem nas suas regras de procedimento que a parte que não tem capacidade para pagar os custos do processo pode, a todo o tempo, pedir ao Tribunal o apoio judiciário. Para isso, necessita de constituir mandatário e juntar documento emitido pelo Estado de origem que relate de modo documentado a sua situação económica e prove a sua insuficiência económica, bem como documento que ateste os custos com o mandatário. Perante tais documentos, que não são vinculativos (Lasok, 1994: 145), o TJCE e o Tribunal de Primeira Instância decidem conceder (ou não) o apoio judiciário. (cf. anexo 4, a este capítulo)

disparo em flecha dos litígios jurídicos transfronteiras”, conflitos esses que não envolvem tão-só grandes empresas, mas, com maior frequência, também pequenas empresas e cidadãos (Brandão, 2002: 76). A pessoa individual ou coletiva que se considere titular de direitos que terão de ser resolvidos num Estado da União Europeia distinto do seu, pode necessitar de assistência judiciária em três fases: no aconselhamento pré-contencioso, no patrocínio de um advogado no julgamento e isenção de custas judiciais e na assistência para a declaração de executoriedade da sentença estrangeira ou diretamente na execução da mesma (2002: 76). Tais dificuldades serão, ainda, agravadas se estiver em causa uma pessoa de escassos recursos económicos e necessitada de recorrer a um sistema público de assistência judiciária. Ora, a adoção da Diretiva 2002/8/CE do Conselho, de janeiro de 2003, reflete a atenção e a prioridade que a Comissão Europeia dá aos litígios transfronteiriços.

Esta Diretiva compreende todos os procedimentos em matéria civil (incluindo o direito comercial, laboral e do consumo), independentemente da jurisdição perante a qual se dirima o litígio, consagra-se o direito a assistência judiciária para as pessoas que não disponham de recursos suficientes, seja cidadão da União Europeia ou nacional de um país terceiro que resida regularmente num dos Estados-membros, para aceder à resolução judicial ou extrajudicial de conflitos transfronteiriços que sejam intervenientes. A assistência judiciária incluirá: a) a assistência por advogado ou por outra pessoa habilitada por lei para desempenhar a representação em juízo; b) a isenção ou a assunção pelo Estado das custas judiciais; c) a cobertura, em determinadas condições, dos gastos suplementares ligados ao carácter transfronteiriço do litígio (tais como interpretação, tradução, gastos de deslocação, etc.). Os Estados-Membros da União Europeia ficam, assim, obrigados, para estes conflitos, a oferecerem no seu regime jurídico as modalidades de assistência judiciária previstas na diretiva. Acresce que as autoridades nacionais deverão tratar os pedidos com transparência, deverão fundamentar a decisão de indeferimento e prever a possibilidade de recorrer de tal decisão.

4.2 A ação da UE no acesso ao direito e à justiça: a *soft law* – dos consumidores aos cidadãos

A UE, nas primeiras décadas da sua existência até ao final do século XX, agiu, essencialmente, na promoção do acesso ao direito e à justiça dos consumidores

européus²⁰⁶. Unicamente a partir de 1998, com o Plano de Viena e o Conselho de Ministros de Tampere, em 1999, a UE evidencia a importância de garantir o acesso igualitário à justiça e a colaboração entre as autoridades judiciárias dos Estados-membros, no âmbito da criação do espaço europeu de liberdade, segurança e justiça (Melo Marinho, 2007). Nesse sentido, os Estados-membros foram aconselhados em Tampere a adotar “normas mínimas que assegurem em toda a União um nível adequado de assistência jurídica nos processos transfronteiriços, assim, como regras processuais comuns específicas para processos judiciais transfronteiriços simplificados e acelerados respeitantes a pequenas ações do foro comercial e de consumidores, bem como a ações de pensões de alimentos e a ações não contestadas. Deverão também ser criados, pelos Estados-Membros, procedimentos extrajudiciais alternativos”, um sistema de reconhecimento mútuo das decisões judiciais e, ainda, medidas para uma maior convergência e cooperação em matéria de direito civil²⁰⁷.

De seguida, a UE invocando os Tratados de Maastricht e Amesterdão e desenvolvendo as “medidas de Tampere” publicou o Livro Verde da Comissão Europeia sobre Assistência Judiciária Civil (2000), criou a Rede Judiciária Europeia, em matéria civil e comercial (Decisão do Conselho 2001/470/CE, de 28/05/2001) e, ainda, o Livro Verde da Comissão Europeia sobre os Modos Alternativos de Resolução dos Litígios em Matéria Civil e Comercial (2002)²⁰⁸.

O Livro Verde sobre Assistência Judiciária (2000) centrava as suas recomendações no desenvolvimento das modalidades de apoio judiciário civil, na remoção dos obstáculos para os litigantes em processos transfronteiriços e no custo e financiamento de um sistema eficiente de assistência judiciária. Assumia-se, por um lado, que as modalidades de assistência judiciária civil a desenvolver seriam, como se veio a consagrar na referida Diretiva: a prestação de conselhos jurídicos gratuitos ou a baixo custo, ou representação em tribunal por um advogado; isenção parcial ou total de outras despesas, designadamente de custas judiciais e apoio financeiro para compensar quaisquer despesas relacionadas com o litígio, como honorários de advogados. Por outro lado, concluía-se, que um sistema eficiente de assistência judiciária é caro e, por conseguinte, os Estados têm de procurar meios alternativos para garantir uma justiça a preços acessíveis”. Adiantava-se como solução os

²⁰⁶ Em Pedroso (2002) analiso e desenvolvo o tema da ação da UE no acesso ao direito e à justiça e a resolução de conflitos de consumo.

²⁰⁷ Para mais desenvolvimentos ver anexo 5, a este capítulo.

²⁰⁸ Para mais desenvolvimentos ver anexo 5, a este capítulo.

honorários condicionados (isto é, os advogados aceitarem prescindir dos honorários no caso do cliente perder o caso, mas exigirem uma percentagem da indemnização concedida na hipótese do cliente ganhar), e, ainda, os seguros de proteção jurídica, como forma de garantir uma justiça acessível (existentes, designadamente, na Alemanha e na Suécia).

A Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial (2001) veio dar corpo a três prioridades definidas em Tampere: o reconhecimento mútuo das decisões judiciais entre os Estados da UE, uma maior convergência em matéria civil e comercial e um incremento a um melhor acesso à justiça na União Europeia designadamente às pessoas envolvidas em litígios transfronteiriços.

O Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios (RAL) em matéria civil e comercial (2002) “é de ordem prática e conjuntural”, pois estes mecanismos dão uma resposta às dificuldades de acesso à justiça com as quais se confrontam vários países e que estão relacionadas com o aumento do volume de litígios existentes nos tribunais, com a morosidade dos processos judiciais e com o aumento dos custos destes processos. Defende, assim, que os RAL “inserir-se-iam plenamente no contexto das políticas sobre o melhoramento do acesso à justiça”, pois “desempenham, de facto, um papel complementar em relação aos procedimentos jurisdicionais, na medida em que os seus métodos são muitas vezes mais adaptados à natureza dos litígios.

A UE, nos anos seguintes, seja no programa de Haia (2004) seja no programa Justiça Civil (2007-2013), tem como objetivo promover a cooperação judiciária para a criação de um espaço europeu de justiça em matéria civil, baseado no princípio do reconhecimento mútuo. Ora, só dentro desse objetivo geral é que tem lugar o objetivo específico de “garantir a segurança jurídica e melhorar o acesso à justiça e melhorar a informação sobre os sistemas jurídicos dos Estados-Membros e sobre o acesso à justiça”.

Por último, em outubro de 2007, surgiu a proposta de Diretiva sobre mediação em matérias civis e comerciais, em que, na sequência do referido Livro Verde sobre RAL, se defende que a mediação deve ser vista como uma forma eficiente e célere de resolução extrajudicial de litígios em matérias civis e comerciais, já que é um processo que se adapta aos interesses das partes. Salientam que a mediação não deve ser vista como uma alternativa ‘pobre’ aos processos judiciais, daí que os Estados-membros

devam dar força executiva aos acordos resultantes de processo de mediação e, para além disso, estes acordos devem ser reconhecidos e exequíveis em qualquer dos Estados-membros.

Assim, propõe-se que a Diretiva que resultará desta Proposta apenas se aplique a litígios transfronteiriços, em matéria civil (como nos casos de direito da família) e comercial, mas que os Estados voluntariamente a apliquem aos processos e instâncias “nacionais” de mediação.

5 O Acesso ao Direito e à Justiça em Portugal: o artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa e a constitucionalização do direito de acesso ao direito e a tutela jurisdicional efetiva

A Constituição da República portuguesa (CRP), com 40 anos de antecedência face à União Europeia, constitucionalizou o direito de acesso ao direito e à justiça. A CRP de 1976 consagrou no seu artigo 20.º, n.º 2, sob a epígrafe “Defesa dos direitos”, inserido no capítulo dos direitos e deveres fundamentais, que “a todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. Aquando da primeira revisão da CRP, em 1982, pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, o artigo 20.º foi alterado, passando a ser a sua epígrafe “Acesso ao direito e aos tribunais” e o anterior n.º 1 passou a ser o n.º 2. O novo n.º 1 determinava que “todos têm direito à informação e à proteção jurídica, nos termos da lei”.

Aquando da segunda revisão da CRP, em 1989, o artigo 20.º adotou no n.º 1, o texto do n.º 2, da anterior versão, passando o n.º 2 a estabelecer que “todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário”, enquanto o n.º 1 passou a ser “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. Em 1997 realizou-se nova revisão da CRP, nesta matéria, através da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro. O artigo 20.º, cuja epígrafe passou a ser “Acesso ao direito e a tutela jurisdicional efetiva”, foi alvo de profunda alteração. O n.º 1 manteve a redação anterior, substituindo-se apenas a expressão ‘legítimos’ por ‘legalmente protegidos’. O n.º 2 foi objeto de alterações, passando a dispor que “todos têm direito, nos termos da lei, à

informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.” O n.º 3, então criado, determina que “a lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça”. O n.º 4 versa o seguinte: “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”. Por fim, o n.º 5, do artigo 20.º, refere que “para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”²⁰⁹.

O direito do acesso ao direito e a tutela jurisdicional efetiva é, em termos constitucionais, um direito fundamental, sendo o artigo 20.º, CRP, uma norma, que estabelece garantias e direitos específicos. É um direito constitucional de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, ou seja, um direito fundamental potestativo envolvente de prestações positivas e dependente de um ato de avaliação positiva (Costa, 2007). É, assim, por força do disposto no número I, do artigo 18.º, da CRP, um direito fundamental diretamente aplicável e que vincula as entidades públicas e privadas, ainda que esteja dependente de prestações estatais (tribunais, processos, apoio judiciário, etc.).

É, porém, um direito cujo conteúdo deve ser concretizado nos termos da lei ordinária²¹⁰, sendo-lhe “congénita uma incontornável dimensão prestacional a cargo do Estado²¹¹ (...) no sentido de colocar à disposição dos indivíduos – nacionais ou estrangeiros, pessoas individuais ou coletivas – uma organização judiciária e um leque de processos garantidores da tutela judicial efetiva” (Canotilho e Moreira, 2007: 408).

²⁰⁹ Aquando da discussão das propostas de alteração, Calvão da Silva referiu que no artigo 20.º estava consagrado “um dos grandes direitos ou um direito humano fundamental, visando (...) ir ao encontro da mais moderna doutrina e ensinamento sobre a matéria. Também no domínio do direito se fala na «terceira vaga», de modo a que nela se veja não só o acesso aos tribunais, propriamente ditos, mas também uma outra vertente mais ampla da moderna civilística e do moderno direito: trata-se da tutela jurisdicional efetiva que visa, desse modo, salvaguardar também o problema de outros tribunais que não os comuns, designadamente os que se ocupam da composição de interesses a nível de processos de conciliação, de arbitragem e de outros semelhantes, que hoje acabam por ser uma outra via de concertação de interesses”. O deputado manifestou-se, contudo, discordante, por ser, na sua perspetiva, redutora e não ter a mesma amplitude a alteração da expressão “interesses legítimos” para “interesses legalmente protegidos”, proposta para o n.º I do artigo 20.º. Congratulou-se com a alteração do n.º 2, que consagrou, como direito fundamental, o direito da/o cidadã/o se fazer acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. Cláudio Monteiro acrescenta que tal alteração implica um reforço da proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, bem como um reforço da dignidade da função do advogado. Estes excertos foram retirados do Diário da Assembleia da República, n.º 94, de 15/07/1997, relativo à discussão da revisão da CRP.

²¹⁰ A regulamentação não pode ser deixada a outro órgão de soberania que não seja a Assembleia da República ou, mediante a devida autorização, o Governo (Beirão, 2008).

²¹¹ Esta dimensão prestacional a cargo do Estado também existe relativamente a outros direitos, liberdades e garantias, tais como o direito de antena (art.º 40.º CRP). Algumas das liberdades são configuradas também como direito à prestação estadual das condições de exercício da liberdade.

A obrigação de intervenção do Estado de suprir e fazer superar as circunstâncias de desigualdade absoluta ou de disparidade relativa, na defesa de direitos individuais, superando a impossibilidade de realização do dispêndio inerente a uma causa, seja pela dispensa de encargos, com a taxa de justiça e outros custos, seja pela substituição na remuneração dos serviços do profissional do foro, que oferece o patrocínio judiciário, configura uma prestação de índole social (como enunciado na proposta de lei n.º 51/VIII, que deu lugar à Lei n.º 30-E/2000, que alterou o regime jurídico de apoio judiciário). Por se entender, a concessão do apoio judiciário, como uma prestação de índole social, a instrução, apreciação e decisão dos pedidos de apoio judiciário foram transferidas para a esfera das competências cometidas ao Ministério do Trabalho e da Solidariedade, através do Instituto da Segurança Social²¹². Contudo, e apesar de se estar perante uma prestação de índole social, o direito consagrado no artigo 20.º, da CRP, é, como se disse, em termos de direito constitucional, uma norma de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Porém, ao implicar prestações da parte do Estado, estas prestações estão afetadas, tal como as prestações implicadas pelos direitos sociais, por aquilo a que Novais (2010: 345) se refere, ao tratar dos direitos sociais, de “reserva do financeiramente possível que, por sua vez, reforça e potencia uma reserva do politicamente adequado ou oportuno na correspondente realização positiva”.

Por outro lado, e, ainda, que estejamos perante uma dimensão prestacional de um direito, liberdade e garantia, não é o facto de serem hoje os serviços de segurança social as entidades competentes para a apreciação da concessão do apoio judiciário, que significa estarmos perante uma dimensão do direito à segurança social²¹³ (consagrado no art.º 63.º CRP e que faz parte do catálogo de direitos sociais), pelo que as medidas restritivas de acesso ao direito (ex. aumento das custas judiciais) devem ser consideradas como restrições a um direito, liberdade e garantia, o que significa terem de limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses

²¹² Deve entender-se, na nossa opinião, que esta transferência de competências se deveu, sobretudo, ao movimento de desjudicialização “de um procedimento que, como nas demais prestações sociais, pode e deve ter tramitação administrativa, com a consequente libertação e reserva dos tribunais e do aparelho de administração da justiça para se concentrarem nas questões que têm verdadeira dignidade jurisdicional” (cf. Proposta de Lei n.º 51/VIII).

²¹³ De acordo com Canotilho e Moreira (2007: 815 e ss.), o direito à segurança social exige, para sua realização, o fornecimento de prestações da parte do Estado, impondo-lhe verdadeiras obrigações de fazer e de prestar, sendo que o incumprimento destas obrigações constitucionais pode traduzir-se numa omissão inconstitucional. A principal incumbência do Estado consiste na organização e manutenção do sistema de segurança social, de natureza pública e obrigatória, tratando-se de uma garantia constitucional de serviço público. Este sistema público deve obedecer a cinco requisitos: a) ser universal; b) sistema geral ou integral; c) sistema unificado; d) sistema descentralizado; e) sistema participado.

constitucionalmente protegidos, nos termos do art.º 18.º/2, e não como refração do direito à segurança social (Canotilho e Moreira, 2007: 411).

De acordo com Duarte (2007: 86), o direito de acesso à justiça não só tem como base jusfundamental a dignidade da pessoa humana, mas é, também, dotado de uma relevância qualificada, à exata medida que assegura a própria realização dos demais direitos fundamentais, pelo que “à míngua de tal garantia, os direitos e interesses subjetivos (todos eles, frise-se) quedam carentes de qualquer condição de praticabilidade, tornando-se meras proclamações formais, completamente esvaziadas de conteúdo”. Para além de ser, pois, um instrumento da defesa dos direitos, o direito de acesso a direito é, como se referiu, ainda integrante do princípio material de igualdade e do princípio democrático, na medida em que este exige uma democratização do direito e uma democracia do direito (Canotilho e Moreira, 2007: 410).

Deste modo, o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental, constituindo uma garantia imprescindível da proteção dos direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de Direito (Canotilho e Moreira, 2007). Assim, no artigo 20.º, da CRP, estão contidos vários direitos conexos, ainda que distintos: o *direito de acesso ao direito*, bem como o *direito de acesso aos tribunais*; o *direito à informação e consulta jurídicas* e ainda o *direito ao patrocínio judiciário* e, ainda, o *direito à assistência de advogado*²¹⁴. Encontram-se, ainda, englobados neste direito, o direito de fazer apreciar determinada pretensão por um tribunal, que é obrigado a pronunciar uma decisão fundamentada, bem como o direito à consulta dos autos; a exigência de que os prazos de ação e recurso sejam estabelecidos de modo razoável; a obter, em tempo útil, uma sentença, bem como o direito ao recurso de decisões que afetem direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados (Santos Serra, 2000). Mas, é de ter em atenção que o direito de acesso ao direito não se esgota no acesso aos tribunais ou à via judiciária, sendo estas dimensões daquele, mas não as únicas (Canotilho e Moreira, 2007: 410).

No que respeita ao direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário, o âmbito do mesmo não está delimitado pela CRP, que remete para a lei

²¹⁴Numa comunicação proferida em Setembro de 2000, o Conselheiro Manuel Santos Serra, presidente do Supremo Tribunal de Justiça, considerou que o artigo 20.º da CRP consiste “no direito a ver solucionados os conflitos, de acordo com a lei aplicável, por um órgão que ofereça garantias de independência e de imparcialidade, e perante o qual as partes se encontrem em condições da mais perfeita igualdade no referente à defesa das respetivas posições”. Cf. http://www.stadministrativo.pt/Lportuguesa/relint/relatorios/AIT/relatorios_ait2000.html (Outubro 2008).

ordinária a sua concretização. Mas, para Canotilho e Moreira (2006: 410) é incontestável que esse direito só terá um conteúdo essencial na medida em que abranja a possibilidade de acesso, em condições efetivas, a serviços públicos ou de responsabilidade pública, à informação e consulta jurídicas, bem como ao patrocínio judiciário. Quanto ao direito de se fazer acompanhar por advogado perante qualquer entidade, representa, para os autores mencionados, a constitucionalização do direito ao advogado, reconhecendo o advogado como um sujeito privado que exerce funções constitucionalmente relevantes para a prossecução da justiça, ao mesmo tempo que se reconhece, que o acompanhamento por advogado está associado à defesa de direitos. Tal não implica, porém, a proibição de os interessados prescindirem do mesmo ou de substituírem o advogado por outro defensor, salvo nos casos em que exista uma imposição de advogado, como acontece em matéria penal (Canotilho e Moreira, 2007: 413).

O direito do acesso ao direito e à justiça é, para todos os constitucionalistas citados, um direito constitucional de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, que configura uma dimensão de prestação social, o que não impede que, na perspetiva da sociologia do direito, seja concebido como um direito que tem três faces e pode ser usado e utilizado complementarmente como direito fundamental, para realizar o Estado de Direito, como direito humano, em promoção e defesa da dignidade humana, e como direito social, como compensador de desigualdades sociais ou económicas.

6 A voz do Tribunal Constitucional em Portugal: em defesa do acesso ao direito e a justiça

Ao longo dos anos o Tribunal Constitucional tem sido um ator relevante e consequentemente firmado jurisprudência sobre o acesso ao direito e aos tribunais, não só, em termos de concretizar o conteúdo do artigo 20.º, da CRP, mas, também, de avaliar a constitucionalidade de algumas normas ínsitas nos vários diplomas reguladores do regime de apoio judiciário e outras que, eventualmente, belisquem o instituto do acesso ao direito. Assim, irei chamar a atenção para alguns dos acórdãos do Tribunal Constitucional sobre a interpretação do referido artigo 20.º, da CRP, com apelo ao artigo 6.º, da CEDH, e à jurisprudência do TEDH, nesta matéria, que ajudaram a conformar o regime jurídico vigente de apoio judiciário.

O Tribunal Constitucional (TC) tem vindo a entender que o direito constitucional de acesso ao direito e à justiça tem uma dimensão garantística e uma dimensão prestacional. Assim, considerou, nos termos do Acórdão n.º 467/91²¹⁵, “a garantia fundamental do acesso aos tribunais é uma concretização do princípio do Estado de direito, apresentando (...) uma dimensão de defesa ou garantística (defesa dos direitos através dos tribunais) e uma dimensão «prestacional», significando o dever de o Estado assegurar meios (como o apoio judiciário) tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios económicos”. Deste modo, “a compreensão do sentido e alcance da norma do artigo 20.º, n.º I, da Constituição, haverá de ter em conta esta dupla dimensão da garantia do acesso à justiça – a dimensão de defesa e a dimensão de prestação – e ainda a necessária articulação de tal garantia com o princípio fundamental da igualdade (Constituição da República Portuguesa, artigo 13.º)”.

6.1 A dimensão garantística do acesso à justiça: o “direito ao tribunal” e ao contraditório

Nos termos do Acórdão n.º 467/91, “o «direito ao tribunal» (...) significa (...) a incumbência de o Estado realizar a tarefa qualificada de proporcionar aos cidadãos a tutela jurisdicional dos seus direitos”. Quanto a esta função do Estado de tutela jurisdicional dos cidadãos ou, dito de outra forma, a dimensão garantística do acesso à justiça. No mesmo Acórdão cita-se o Parecer n.º 8/78, da Comissão Constitucional, segundo o qual o acesso aos tribunais “se traduz em confiar a tutela dos direitos individuais àqueles órgãos de soberania a quem compete administrar a justiça em nome do povo”, estando a defesa dos direitos e dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos integrada no “conteúdo da função jurisdicional, tal como ela se acha definida no artigo 206.º da lei fundamental”. Por sua vez, pode ler-se nos Acórdãos n.º 529/94²¹⁶ e n.º 415/2003²¹⁷ que, no que toca à componente de acesso à tutela jurisdicional, o Tribunal Constitucional tem entendido que a mesma “implica a garantia de uma eficaz e efetiva proteção jurisdicional, desdobrada: a) no direito, para defesa de um direito ou interesse legítimo, de acesso a órgãos independentes e imparciais

²¹⁵Publicado no *Diário da República*, II Série, de 2 de Abril de 1992. Neste caso, o Provedor de Justiça requereu ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade «de todas as disposições do Código das Custas Judiciais que foram objeto de nova redação pelo Decreto-Lei n.º 387-D/87, de 29 de Dezembro», dado que as taxas e custas aí previstas podiam ser um obstáculo ao acesso ao direito e à justiça.

²¹⁶Publicado no *Diário da República*, II Série, de 20 de Dezembro de 1994.

²¹⁷ Cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030415.html?impressao=1> (Março de 2008).

titulados por quem goza estatutariamente de prerrogativas de inamovibilidade e irresponsabilidade quanto às suas decisões; b) no direito a obter num prazo razoável, por parte daqueles órgãos, uma decisão jurídica sobre uma questão jurídica relevante, e, c) no direito à execução da decisão tomada pelo tribunal”. Para além disso, e nos termos do Acórdão n.º 498/2004²¹⁸, o direito de acesso aos tribunais é “um direito a uma solução jurídica dos conflitos (...) possibilitando-se, designadamente, um correto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de umas e outras”, o que é visto pelo Tribunal Constitucional como uma dimensão do princípio da igualdade de armas, remetendo para a jurisprudência “quer da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, quer do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, [que a] tem entendido como critério de efetivação do direito a um processo equitativo previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”²¹⁹.

6.2 A dimensão prestacional do acesso ao direito e à justiça: o regime do apoio judiciário

6.2.1 A natureza não gratuita da justiça e os seus limites

De acordo com o Parecer Constitucional n.º 8/78, já mencionado, no artigo 20.º, da CRP, há uma reafirmação do princípio da igualdade, na medida em que se consagra a garantia fundamental do acesso ao direito e aos tribunais que não se esgota numa mera igualdade formal, uma vez que a insuficiência de meios económicos não pode constituir motivo de denegação de justiça. Não se pode dizer, todavia, “que do n.º I, do artigo 20.º, da Constituição decorre o imperativo de uma justiça gratuita”. Também no Acórdão n.º 433/87²²⁰ considerou o Tribunal Constitucional que “a ideia de uma justiça gratuita tem-se, em geral, por utópica”, pois a “inexistência de um princípio geral de gratuitidade da justiça vai precisamente ligada aos limites objetivos da dimensão prestacional da garantia consagrada no artigo 20.º, n.º I, da Constituição, e à ideia de equivalência de encargos que proscreve e transferência da responsabilidade individual dos sujeitos processuais para a comunidade”²²¹.

²¹⁸ Cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040498.html?impressao=1> (Março de 2008).

²¹⁹ Cf. Acórdão n.º 529/94.

²²⁰ Publicado no *Diário da República*, II série, de 12 de Fevereiro de 1988.

²²¹ Cf. Acórdão n.º 467/91.

Daí que, como pode ler-se no Acórdão n.º 467/91, as taxas de justiça sejam “a «contrapartida» da prestação de um serviço público vinculado à garantia fundamental do acesso aos tribunais”, podendo o legislador exigir o pagamento de custas judiciais “sem que, com isso, esteja a restringir o direito de acesso aos tribunais”, mas fazendo o Tribunal Constitucional a ressalva de que o legislador deve ter sempre em consideração “o nível geral dos rendimentos dos cidadãos de modo a não tornar incomportável para o comum das pessoas o custeio de uma demanda judicial, pois, se tal suceder, se o acesso aos tribunais se tornar insuportável ou especialmente gravoso, violar-se-á o direito em causa” (Acórdãos n.º 352/91²²² e n.º 467/91).

Mas não sendo a justiça gratuita, o sentido do preceito constitucional de garantia do direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais decorre da necessidade de assegurar “uma igualdade de oportunidades no acesso à justiça, independentemente da situação económica dos interessados”, de modo que “será assim de concluir que haverá violação da parte final do n.º I, do artigo 20.º, da Constituição, se e na medida em que na ordem jurídica portuguesa, tendo em vista o sistema jurídico-económico aí em vigor para o acesso aos tribunais, puder o cidadão, por falta de medidas legislativas adequadas, ver frustrado o seu direito à justiça, devido a insuficiência de meios económicos” (Acórdão n.º 467/91). Nesse sentido, o Tribunal Constitucional refere que a igualdade entre os cidadãos na questão do acesso ao direito e aos tribunais se pode assegurar através de diferentes vias, entre as quais “conta-se, como é sabido, o instituto de assistência judiciária, mas, ao lado deste, outros institutos podem apontar-se ou vir a ser reconhecidos por lei”. De todo o modo, é um dever do Estado de direito democrático “preocupar-se com proporcionar a todos os meios concretos do exercício de um tal direito, providenciando para que os litigantes carecidos de meios económicos para a demanda se não vejam, por esse facto, impedidos de defender em juízo os seus direitos, nem tão-pouco sejam colocados em situação de inferioridade perante a contraparte com capacidade económica” (Acórdãos n.º 467/91 e n.º 352/91).

6.2.2 O legislador deve escolher os meios de superar a insuficiência económica dos cidadãos

Como se escreveu anteriormente, a dimensão «prestacional» significa o dever de o Estado assegurar meios, como o apoio judiciário, que permitam evitar a

²²²Publicado no *Diário da República*, II Série, de 17 de Dezembro de 1991.

denegação da justiça por insuficiência de meios económicos. Assim, “o artigo 20.º do Diploma Básico estatui o direito geral à proteção jurídica, abarcando (...) vários direitos componentes, como sejam o de acesso ao direito, o de acesso aos tribunais, o de informação e consulta jurídicas e o de patrocínio judiciário”²²³.

Nestes termos, o Acórdão n.º 98/2004²²⁴ estabelece que o instituto do apoio judiciário “visa obstar a que, por insuficiência económica, seja denegada justiça aos cidadãos que pretendem fazer valer os seus direitos nos tribunais”. No mesmo sentido, o Acórdão n.º 723/98²²⁵, onde se lê “não sendo gratuito o serviço público de administração da justiça, o instituto do apoio judiciário tem como objetivo estabelecer as condições necessárias para que as pessoas com menos recursos económicos não sejam impedidas de fazer valer ou defender os seus direitos em juízo por causa do ‘preço’ desse serviço”, pelo que o instituto do apoio judiciário “confere a possibilidade de aceder aos tribunais, de qualquer grau hierárquico, mesmo às pessoas que não disponham de meios económicos necessários para recorrer aos serviços de um mandatário judicial ou para satisfazer os custos da subida de um recurso”.

Mas não basta que se verifique a “mera existência do referido instituto no nosso ordenamento; impõe-se que a sua modelação seja adequada à defesa dos direitos, ao acesso à Justiça, por parte daqueles que carecem dos meios económicos suficientes para suportar os encargos que são inerentes à instauração e desenvolvimento de um processo judicial, designadamente custas e honorários forenses”, pelo que “o acesso aos tribunais para defesa de direitos e interesses legítimos há-de imperativamente ser facultado pelo legislador em termos que permitam uma tutela efetiva desses direitos e interesses”. Isto é, compete ao legislador concretizar as medidas tendentes à modelação deste direito fundamental, e, como sugere o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 415/2003, “dispõe o legislador de uma considerável margem de liberdade na regulação desse acesso”, o que, no entanto, implica para o legislador um especial cuidado, já que este “não pode configurar os meios utilizados para atingir o desiderato constitucional, de modo tal que o acesso se torne injustificada ou desnecessariamente complexo”²²⁶.

²²³ Cf. Acórdão n.º 415/2003.

²²⁴ Cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040098.html?impressao=1> (Março de 2008).

²²⁵ Cf. <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos98/701-800/72398.htm> (Março de 2008).

²²⁶ Como se pode ler no Ac. 441/2008, o legislador ordinário “goza de discricionariedade legislativa no que importa à modelação do sistema de apoio judiciário, estando, porém, vinculado a prosseguir, nele, aquele escopo constitucional de igualdade material no acesso e na utilização do sistema de justiça, de sorte a não impedilos ou dificultá-los de forma inoportuna para o cidadão”.

6.2.3 As pessoas coletivas de escopo lucrativo também têm direito a apoio judiciário: a defesa de um conceito de insuficiência económica adaptado à realidade das sociedades comerciais

Em relação à Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, foi requerida ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade da norma do artigo 7.º, n.º 3, que afastou do seu âmbito de aplicação as pessoas coletivas com fins lucrativos. Sobre a matéria surgiu o Acórdão n.º 279/2009, o qual não teve unanimidade de votos, e nos termos do qual se veio julgar inconstitucional a referida norma, com base nos seguintes fundamentos: “Num contexto em que a justiça não é gratuita, a solução legal de negação absoluta do direito a proteção jurídica às pessoas coletivas com fins lucrativos em situação de comprovada insuficiência económica consubstancia uma grave restrição ao direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais na medida em que permite a efetiva denegação de justiça por insuficiência de meios económicos sem cobertura em nenhum argumento jurídico-constitucional relevante”. Pelo que, em concreto, poderá estar-se “a obnubilar e a desvalorizar a situação financeira concreta da empresa que pode ser de verdadeira insuficiência económica no momento em que requer o benefício da proteção jurídica”. Para além disso, o Tribunal Constitucional entendeu que “estes argumentos não apresentam nenhuma originalidade relativamente à situação do empresário em nome individual e, acima de tudo, não explicam a diferença de tratamento jurídico que lhes foi concedido pela Lei n.º 47/2007. Mais, o escopo lucrativo das sociedades comerciais revela-se totalmente inócuo para efeito de negação de qualquer modalidade de proteção jurídica quando os litígios que aquelas têm de enfrentar são imprevisíveis ou não se relacionam diretamente com a atividade social normalmente desenvolvida”. Entende, ainda, que “uma sociedade comercial, sobretudo em tempos de crise económica, pode estar em situação económica difícil, sem apresentar propriamente um passivo muito relevante ou mesmo sequer algum passivo conducente à declaração de insolvência, mas, contudo, necessitar da concessão de apoio judiciário para efetivar e executar os seus créditos sobre os seus devedores”. Adverte, assim, que “para prevenir e combater os abusos na concessão da proteção jurídica, o legislador ordinário deve antes criar condições para que o benefício da proteção jurídica seja apenas concedido às pessoas coletivas com fins lucrativos que se encontram em situação de efetiva insuficiência económica conforme tão-só exige a Constituição – sendo certo que o legislador ordinário não deixa de gozar de uma margem de liberdade de conformação na definição do conceito de insuficiência

económica adequado à realidade societária em presença e no estabelecimento dos procedimentos probatórios adequados à respetiva avaliação”.

Como se referiu, este Acórdão não teve unanimidade de votos, tendo um dos Conselheiros votado de vencido por entender que “não sendo pessoas humanas, mas apenas organizações *criadas* pelo Direito para prosseguir ou realizar os interesses das pessoas ou da comunidade (mais ou menos alargada), as pessoas coletivas não comungam do eixo antropológico reclamante da dignidade da pessoa humana e dos consequentes postulados jurídicos. Nestes termos, a convocação de qualquer refração do princípio da igualdade para aferir os direitos e deveres das pessoas coletivas por referência aos das pessoas singulares “sabe” a um mero argumento formal”. Para além disso, argumenta que “a problemática do apoio judiciário que é colocada pelo artigo 20.º da Constituição não tem nada a ver com a concessão de incentivos ou auxílios económicos ou fiscais à atividade económica”.

6.2.4 O Tribunal Constitucional e o critério de insuficiência económica dos requerentes: a inconstitucionalidade das fórmulas da Lei n.º 34/2004²²⁷

Relativamente à concessão de proteção jurídica, a Lei n.º 34/2004 estabeleceu que se teriam de tomar em consideração fatores de natureza económica e a capacidade contributiva do requerente de proteção, isto é, no caso de o requerente não ter condições objetivas para suportar pontualmente os custos de um processo (artigo 8.º, n.º 1), passou-se a fazer depender esta concessão do valor do rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica (artigos 8.º, n.º 5, e 20.º, n.º 1, e ponto I do Anexo da Lei n.º 34/2004), determinado a partir do rendimento do agregado familiar – rendimento das pessoas que vissem em economia comum com o requerente de proteção jurídica (n.ºs 1 e 3 do ponto I deste Anexo) – e das fórmulas previstas nos artigos 6.º a 10.º da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de agosto, pelo que, segundo o juízo do Tribunal Constitucional, “a apreciação em concreto da situação de insuficiência económica²²⁸ do requerente de proteção jurídica passou a ter lugar a título excecional (cf. artigos 20.º, n.º 2, da Lei de 2004 e 2.º da Portaria), diferentemente do que sucedia no direito anterior”.

²²⁷ O caso dos Acórdãos n.º 654/2006, n.º 46/2008, n.º 127/2008, n.º 224/2008 e n.º 441/2008.

²²⁸ Nos termos do Acórdão n.º 127/2008, “o conceito de insuficiência económica surge como um dos conceitos nucleares do regime constitucional do acesso ao Direito e aos tribunais”.

Nas palavras do Tribunal Constitucional, o método de apuramento da insuficiência económica foi construído em torno de elementos rígidos ou estáticos, mostrando-se insensível para atender às especificidades da situação económica de muitos cidadãos requerentes do apoio judiciário²²⁹. Ora, questionado quanto à constitucionalidade de tais preceitos²³⁰, o Tribunal Constitucional veio afirmar que “a aplicação conjugada deste Anexo e destes artigos não garante o acesso ao direito e aos tribunais, consentindo a possibilidade de ser denegado este acesso por insuficiência de meios económicos, na medida em que o rendimento relevante para efeitos de concessão de apoio judiciário é determinado a partir do rendimento do agregado familiar, independentemente de o requerente fruir o rendimento do terceiro que integra a economia comum. Devendo destacar-se que facilmente se poderá verificar a hipótese de o requerente de proteção jurídica não fruir, de facto, o rendimento do terceiro que integra a economia comum. Para além de poder haver interesses conflituantes entre os membros da economia comum, designadamente quanto ao objeto do processo, e de o requerente de proteção jurídica poder querer exercer o direito de reserva sobre a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, o terceiro em causa pode não estar juridicamente obrigado a contribuir para as despesas do requerente de apoio judiciário”.

Para além disso, o Tribunal Constitucional pôs também em questão o artigo 20.º, n.º 2 da Lei n.º 34/2004, pois a tal «válvula de segurança» que aí estaria contida “nunca se tornou efetiva por a comissão de que dependia a aplicabilidade deste mecanismo nunca ter sido instituída. Por último, o Acórdão n.º 127/2008 veio “julgar inconstitucional por violação do direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20.º, n.º 1 da CRP, as normas constantes dos artigos 6.º a 10.º da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de agosto, e do Anexo à Lei n.º 34/2004, de 29 de julho”. Assim, o TC considerou inconstitucionais as normas que se referiam à apreciação do rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica, bem como as fórmulas utilizadas para o apuramento do mesmo, o que teve como consequência a revogação dessa Lei e a introdução de um regime de cálculo da insuficiência económica menos restritivo, o que o legislador, entretanto, face aos referidos acórdãos, já tinha efetuado.

²²⁹ Cf. Ac. 441/2008.

²³⁰ Enquanto no Acórdão n.º 654/2006 a razão da inconstitucionalidade se prendia com o facto de o legislador imputar positivamente ao rendimento do agregado familiar do requerente rendimentos da pessoa que lhe prestava os alimentos aí considerados, no Acórdão n.º 46/2008 estava em causa a manifesta inadequação ou imprestabilidade dos critérios legais estatuídos (Cf. n.º Acórdão n.º 441/2008).

6.3 O TC e a delimitação pela negativa: o acesso ao direito e à justiça não significa direito ao recurso

Por outro lado, na interpretação que tem feito do artigo 20.º, n.º I CRP, o Tribunal Constitucional tem entendido, como se pode ler no Acórdão n.º 257/2007²³¹, que “a Constituição não impõe ao legislador ordinário que permita sempre aos interessados o acesso a diferentes graus de jurisdição para defesa dos seus direitos”, pelo que se julga que a Constituição “não consagra um direito geral de recurso das decisões judiciais, afora aquelas de natureza criminal condenatória e, aqui, por força do artigo 32.º, n.º I da Lei Fundamental”. Assim, “a limitação do recurso em função das alçadas não ofende (...) o princípio constitucional de acesso ao direito e aos tribunais”. Por outro lado, e ainda no que se refere à matéria de recursos, o Tribunal Constitucional entendeu, no Acórdão n.º 590/01, que, “não existindo já meios processuais disponíveis, não vale a alegação de que ao requerente esteja a ser dificultado ou impedido, *por insuficiência de meios económicos*, o acesso ao direito e aos tribunais”, uma vez que, nesse caso, o que se verifica é que “a impossibilidade de acesso aos tribunais resultará não da insuficiência de meios económicos, mas do simples facto (válido para todos) de terem já sido esgotados todos os meios processuais previstos na lei”.

7 A evolução do regime jurídico do apoio judiciário: da Lei n.º 7/70 à Lei n.º 47/2007

7.1 Do regime de assistência judiciária ao do apoio judiciário (1970-2000)²³²: a Lei n.º 7/70, de 9 de junho, o DL n.º 387-B/87, de 29 de dezembro e a Lei n.º 46/96, de 3 de setembro

A assistência judiciária²³³ foi introduzida em Portugal, como se referiu, ainda em pleno Estado Novo, através da Lei n.º 7/70, de 9 de junho, associada ao Decreto n.º

²³¹ Cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070257.html?impressao=1> (Março de 2008).

²³² Cf. anexo 5, a este capítulo, onde se encontra analisado de forma mais desenvolvida o regime de apoio judiciário.

²³³ De acordo com Salvador da Costa (2007), em Portugal a assistência jurídica a quem dela carecia foi, em regra, deixada sem contrapartida remuneratória aos profissionais do foro, mas certas normas de direito antigo já previam sobre situações relativas ao acesso ao tribunal dos indigentes. A primeira Lei de assistência judiciária foi publicada em Julho de 1899, graças à proposta apresentada por José Maria de Alpoim, inspirado em projetos antes apresentados e que não chegaram a ser discutidos, baseados numa lei francesa de 1851. Mais tarde, foi integrada no estatuto Judiciário, aprovado pelo Decreto n.º 13.809, de 1927. Em 1944, o Decreto-Lei n.º 33.548 estruturou o regime de assistência judiciária, abrangendo o duplo benefício do patrocínio gratuito e dispensa do pagamento prévio de custas (sem prejuízo da sua contagem e, no processo penal, a favor dos ofendidos e acusadores particulares). Para ser concedida, o pretendente teria de requerer à Junta de Freguesia um atestado de residência e

562/70, de 18 de novembro, que aprovou o Regulamento de Assistência Judiciária nos tribunais ordinários. A assistência judiciária compreendia a dispensa, total ou parcial, de preparos e do prévio pagamento de custas²³⁴, e bem assim o patrocínio officioso (a ser exercido por advogado e solicitador nomeados pelo juiz²³⁵, no processo em que fosse requerido, em princípio mediante escala organizada pela Ordem dos Advogados e Câmara dos Solicitadores, sendo atendível a indicação pelo requerente de advogado e solicitador, quando estes a aceitassem). Era aplicável em qualquer jurisdição, seria independente da posição processual que o requerente ocupasse na causa e do facto de ter sido já outorgada à parte contrária, podendo ser requerida em qualquer estado da causa, independentemente de a insuficiência económica do requerente ser superveniente. Nos processos criminais, a assistência apenas podia ser concedida aos acusados e àqueles de cuja acusação dependesse o exercício da ação penal pelo Ministério Público (Bases I, V e VIII).

Teriam direito à assistência todos aqueles que provassem por documento que se encontravam em situação económica que não lhes permitia custear as despesas normais da ação, assim como as pessoas coletivas, sociedades e outras entidades que gozassem de personalidade judiciária. Beneficiava de presunção de insuficiência económica o filho ilegítimo menor para investigar a paternidade e a maternidade e o requerente de alimentos.

Na sequência da previsão do artigo 20.º, da CRP de 1976, e da revisão de 1982, das Resoluções do Conselho da Europa referidas anteriormente, e porque se tinha em vista, na retórica do seu preâmbulo, “aproximar o direito da vida das pessoas, depurando-o do hermetismo que enfraquece o seu sentido humano”²³⁶, surgiu o Decreto-Lei n.º 387-B/87²³⁷, de 29 de dezembro. Com este novo Diploma, em que se

à Câmara Municipal que comprovasse a sua situação económica, através de um atestado emitido pela Junta de Freguesia, e de um certificado da Secção de Finanças onde se referisse que o requerente estava isento de qualquer contribuição ou encargo. Em alguns concelhos era ainda exigida uma informação do pároco da freguesia. Toda esta documentação era dispendiosa, pois estava abrangida pela tabela do imposto de selo, o que contribuiu para que o benefício da assistência judiciária não passasse, muitas vezes, de uma mera aspiração.

²³⁴ A obrigação de pagamento de custas e honorários só seria exigível quando o devedor, beneficiário da assistência, adquirisse meios que lhe permitissem efetuar-lo, cf. Base X.

²³⁵ De acordo com o artigo 15.º do Decreto n.º 562/70, o patrocínio podia também ser exercido por candidatos à advocacia, na falta ou impedimento de advogados ou solicitadores; e ainda pelo Ministério Público ou por funcionário do Tribunal, na falta ou impedimento de todos os outros.

²³⁶ Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 387-B/87.

²³⁷ Em 1986 foi nomeada uma Comissão para efetuar o levantamento e a concretização das diversas vertentes de uma política de acesso ao direito, tendo resultado na Lei de Autorização Legislativa n.º 41/87, de 23 de Dezembro e, mais tarde, no diploma *sub judice*. Para mais informações sobre os passos que precederam este diploma, ver Pedroso *et al.* (2002).

passa do regime de assistência para o regime de acesso ao direito e aos tribunais²³⁸, verificou-se o alargamento do instituto do acesso com a introdução da possibilidade dos cidadãos terem informação jurídica e consulta jurídica gratuita, nomeadamente através da criação de serviços de acolhimento junto dos tribunais para procederem às referidas ações. Por outro lado, o Estado e as instituições representativas das profissões forenses²³⁹ deviam assumir a responsabilidade conjunta pelo desenvolvimento e eficácia do instituto de acesso ao direito, assumindo-se o Estado como garante de uma adequada remuneração aos profissionais forenses que prestassem serviços jurídicos no âmbito do sistema de acesso ao direito (artigos 1.º a 5.º).

No que concerne à proteção jurídica (artigo 6.º), a inovação consiste em introduzir, para além da assistência judiciária em julgamento, agora denominada apoio judiciário, a consulta jurídica²⁴⁰, entendida não só como a informação sobre a existência ou inexistência do direito, mas compreendendo também a realização de diligências extrajudiciais ou mecanismos informais de conciliação (artigo 13.º). No que respeita ao apoio judiciário, o diploma não apresentou inovações significativas relativamente ao anterior regime. As inovações prenderam-se, sobretudo, com o alargamento do âmbito objetivo do apoio judiciário que, para além da dispensa, total ou parcial, de preparos, do patrocínio oficioso e da dispensa do prévio pagamento de custas, passou a compreender ainda a dispensa e o deferimento do pagamento de custas, o deferimento do pagamento de preparos e a dispensa do pagamento de honorários aos profissionais forenses pela prestação dos seus serviços.

Facilitou-se, ainda, a possibilidade de o requerente provar a sua insuficiência económica através de qualquer meio de prova (ao contrário da Lei n.º 7/70, que tipificava os documentos aptos a essa comprovação), tendo-se verificado uma expansão do elenco de presunções legais de carência económica²⁴¹.

²³⁸ Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, o sistema de acesso ao direito e aos tribunais destina-se a promover que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, de fazer valer ou defender os seus direitos.

²³⁹ As instituições representativas das profissões forenses são, como refere Salvador da Costa (2007), a Ordem dos Advogados e a Câmara dos Solicitadores.

²⁴⁰ O artigo 11.º, n.º 1, estabelecia que o Ministério da Justiça, em cooperação com a Ordem dos Advogados, instalaria e asseguraria o funcionamento de gabinetes de consulta jurídica, com vista à gradual cobertura territorial do país. No estudo que coordenei em 2002, apurámos que nessa altura estavam instalados os seguintes Gabinetes: Albufeira, Angra do Heroísmo, Barreiro, Cadaval, Castelo Branco, Coimbra, Covilhã, Évora, Guarda, Guimarães, Horta, Lamego, Lisboa, Matosinhos, Oliveira do Bairro, Pombal, Ponta Delgada, Porto, Setúbal, Sintra e Vila Nova de Gaia (Pedroso *et al.*, 2002).

²⁴¹ Assim, nos termos do artigo 20.º, gozava da presunção de insuficiência económica quem estivesse a receber alimentos por necessidade económica; quem reunisse as condições exigidas para a

Havendo concessão de patrocínio, o juiz da causa (artigo 32.º, n.º 2), no caso de não haver indicação pelo requerente, solicitava - e não, como anteriormente, nomeação feita pelo juiz, “mediante escala” (Base VIII da Lei n.º 7/70) - a nomeação de um advogado e de um solicitador (ou de apenas um deles, consoante o caso), respetivamente, à Ordem dos Advogados ou à Câmara de Solicitadores²⁴².

O direito à remuneração, por parte do defensor oficioso do arguido, foi outra novidade introduzida pelo Decreto-Lei n.º 387-B/87 (artigo 47.º). A remuneração seria calculada de acordo com o critério previsto no Decreto-Lei n.º 391/88, de 26 de outubro²⁴³, diferentemente da Lei n.º 7/70, que previa que os honorários do advogado ou do solicitador seriam fixados na decisão final da ação, respondendo o assistido pelo seu pagamento (acrescentando-se que a obrigação de pagamento de custas e de honorários só era exigível quando o assistido adquirisse meios que lhe permitissem efetuar tal pagamento).

Em 1996, após a Proposta de Lei n.º 52/VII do Governo, surgiu a Lei n.º 46/96, de 3 de setembro, que alterou os Decretos-Lei n.º 387-B/87 e n.º 391/88. As alterações consistiram em estender a proteção jurídica a estrangeiros e a apátridas que tivessem requerido a concessão de asilo ao Estado Português (artigo 7.º, n.º 2), situação não contemplada pelo Decreto-Lei n.º 387-B/87 e que deu lugar a várias declarações de inconstitucionalidade material pelo Tribunal Constitucional²⁴⁴. E restringiu-se, ainda, o apoio judiciário relativo às pessoas coletivas que apenas passou a poder ser concedido àquelas com fins não lucrativos (artigo 7.º)²⁴⁵.

7.2 O apoio judiciário no século XXI

atribuição de quaisquer subsídios em razão da sua carência de rendimentos; quem tivesse rendimentos mensais, provenientes do trabalho, iguais ou inferiores a uma vez e meia o salário mínimo nacional (deixaria de usufruir da presunção no caso de fruir outros rendimentos próprios ou de pessoas a seu cargo que, no conjunto, ultrapassassem um montante equivalente ao triplo do salário mínimo nacional); o filho menor, para efeitos de investigar ou impugnar a sua maternidade ou paternidade; o requerente de alimentos e os titulares de direito a indemnização por acidente de viação.

²⁴² Nomeação solicitada ao conselho distrital da Ordem dos Advogados ou à secção da Câmara dos Solicitadores territorialmente competente.

²⁴³ O regime financeiro do apoio judiciário sofreu profundas modificações com a publicação do Decreto-Lei n.º 391/88, de 26 de Outubro. Desde logo, o Estado surgiu como garante da adequada remuneração dos advogados e solicitadores pelos serviços prestados em sede de apoio judiciário. Assim, o pagamento de honorários e de despesas, realizadas no quadro da defesa oficiosa, seriam pagos pelo Cofre Geral dos Tribunais (artigo 11.º, n.º 1). Este Decreto continha uma tabela anexa na qual figuravam os valores máximos e mínimos a atribuir a título de honorários, a fixar tendo em conta “o tempo gasto, o volume e complexidade do trabalho produzido, os atos ou diligências realizados, bem como o valor constante da nota de honorários apresentada” (artigo 12.º). O artigo 13.º estabelecia o dever de colaboração dos advogados ou advogados estagiários com o juiz para fixação dos quantitativos devidos, quer a título de honorários, quer de despesas.

²⁴⁴ Cf. Diário da Assembleia da República, n.º 94, de 11 de Julho de 1996.

²⁴⁵ Esta inovação veio a ser objeto de um juízo de inconstitucionalidade, como já se referiu, por parte do Tribunal Constitucional

7.2.1 A Lei n.º 30-E/2000, de 20 de dezembro: a atribuição da competência de apreciação dos pedidos de concessão de apoio judiciário aos serviços da Segurança Social

7.2.1.1A desjudicialização da concessão do apoio judiciário: a lei e a contestação

O regime de acesso ao direito e aos tribunais foi alterado em 2000 através da Lei n.º 30-E/2000, de 20 de dezembro²⁴⁶, que estipulou a competência dos serviços da Segurança Social²⁴⁷ para a apreciação dos pedidos de concessão de apoio judiciário. De acordo com a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 51/VIII, que viria a dar lugar à Lei n.º 30-E/2000, justifica-se esta passagem de competências pelo facto de a instrução, apreciação e decisão dos pedidos de apoio judiciário poder, “com vantagem, ser acolhido na esfera das competências cometidas ao Ministério do Trabalho e da Solidariedade”²⁴⁸, o que terá como consequência poder progredir-se “na desjudicialização de um procedimento que, como nas demais prestações sociais, pode e deve ter tramitação administrativa, com a consequente libertação e reserva dos

²⁴⁶Para pôr em marcha as alterações que se preconizavam e vieram a constar da Lei n.º 30-E/2000, de 20 de dezembro, em 30 de Outubro de 2000 foi celebrado um protocolo entre os Ministérios da Justiça e do Trabalho e da Solidariedade, tendo sido estabelecido que a “competência para receber, instruir e decidir sobre pedidos de apoio judiciário”, a partir de 1 de janeiro de 2001, passaria a ser do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, com a exceção dos pedidos referentes a processo penal, que continuam a ser tramitados no tribunal, sendo competente para emitir a decisão o juiz da causa, tal como sucedia nas demais áreas no anterior regime de apoio judiciário. O mesmo protocolo determinava que os pedidos de apoio judiciário podiam ser apresentados em qualquer serviço da Segurança Social, sendo fixado em trinta dias o prazo de decisão que, não ocorrendo, implicava a criação de um ato tácito de deferimento. Ainda de acordo com o citado protocolo, a decisão sobre cada pedido de apoio judiciário seria notificada ao requerente e comunicada à Direcção-Geral da Administração Extrajudicial do Ministério da Justiça, bem como, no caso de ser requerida nomeação de patrono, notificada ao Presidente do Conselho Distrital da Ordem dos Advogados da área do tribunal competente para a ação ou da área de residência do interessado, na hipótese de ainda não estar determinado qual o tribunal territorialmente competente. O protocolo acautelava que da decisão de indeferimento poderia haver recurso judicial e da decisão de deferimento, impugnação pela contraparte ou pela Ordem dos Advogados. Um outro protocolo foi celebrado entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados (Anexo II), na mesma data – 30 de Outubro de 2000 –, com o objetivo de se proceder à revisão da legislação relativa ao regime de apoio judiciário e de demais normas referentes ao patrocínio por advogados. Nos termos desse protocolo, a Ordem dos Advogados obrigava-se “a nomear advogado titulado para o exercício do patrocínio oficioso em todos os processos que não sejam da competência própria dos advogados estagiários só podendo nomear advogados estagiários para o patrocínio oficioso em processos para os quais tenham competência própria para o exercício do mandato forense”. De modo a possibilitar o desempenho desta nova competência, o Ministério da Justiça comprometeu-se a transferir do seu orçamento para o da Segurança Social a quantia de cerca de € 1.500.000,00, durante o ano 2001, e proporcional participação nos anos seguintes, de forma a participar “nos custos da organização dos serviços competentes para a qualificação da obtenção de apoio judiciário” – cf. Protocolo entre o Ministério do Trabalho e da Solidariedade e o Ministério da Justiça – Cf. Anexo I em Pedroso *et al.*, 2002.

²⁴⁷ Para Canotilho e Moreira (2007: 411), como já referi, o facto de serem hoje os serviços de Segurança Social as entidades competentes para a apreciação de concessão de apoio judiciário não significa que estejamos aqui perante uma dimensão do direito à segurança social, mas sim perante uma dimensão prestacional de um direito, liberdade e garantia.

²⁴⁸ Na perspetiva de Salvador da Costa, o fim em vista com esta alteração de atribuir a uma entidade administrativa o exercício de uma função jurisdicional “seria, porventura, muito mais conseguido se a competência em causa se inscrevesse numa comissão presidida por um juiz conselheiro e integrada por um magistrado do Ministério Público, um advogado e um solicitador nomeados pelas respetivas organizações profissionais, e por um secretário de justiça” (Costa, 2000: 95). Antes da Lei n.º 7/70 e do Decreto n.º 562/70, era esta a solução que vigorava, uma solução similar à proposta (DL n.º 33548, de 13 de fevereiro de 1944).

tribunais e do aparelho de administração da justiça para se concentrarem nas questões que têm verdadeira dignidade jurisdicional”²⁴⁹.

O legislador entendeu que os serviços da Segurança Social estariam numa posição mais favorável para decidir “de forma socialmente mais justa” da concessão ou não do benefício de apoio judiciário (GPLP, 2002: 4)²⁵⁰. Isto, em virtude de usufruírem de uma especialização que se sabia ser possível nos serviços da Segurança Social, ao contrário do que sucedia nos tribunais, pois até as bases de dados desses serviços seriam postas ao serviço do apoio judiciário, pondo fim ao “desacreditado atestado de pobreza emitido pela Junta de Freguesia da área do requerente” (GPLP, 2002: 4). Argumentava-se, ainda, que a Segurança Social, com os seus cerca de 500 postos de atendimento onde poderiam ser entregues os requerimentos de apoio judiciário, aproximava o acesso ao direito e à justiça do local de residência dos cidadãos.

Na perspetiva do legislador, o incidente processual em que o apoio judiciário consistia era causador de morosidade processual o que atrasava o trabalho do tribunal. Assim, ao pôr fim ao regime de mais de trinta anos que atribuía aos juízes tal competência, o legislador pretendia, também, retirar dos tribunais um incidente que muitas vezes era utilizado para provocar a paragem do andamento dos processos, constituindo uma causa relevante na morosidade processual a que se chamou, em outros estudos, de longa duração²⁵¹, ²⁵².

O procedimento de apoio judiciário passa a ser autónomo relativamente à causa a que respeite, não tendo, em regra, qualquer repercussão sobre o andamento desta. Assim, o requerimento de apoio judiciário passou a dever ser apresentado em qualquer serviço de atendimento ao público dos serviços de segurança social²⁵³, sendo formulado em modelo (a aprovar por portaria dos ministros com a tutela da justiça e

²⁴⁹ Para além disso, “requalifica-se o patrocínio oficioso para se alcançar uma mais verdadeira igualdade de meios na lide judicial, trazendo ao patrocínio oficioso as regras gerais sobre competência dos advogados, advogados estagiários e solicitadores (...). O patrocínio oficioso passa, portanto, a ser apenas protagonizado pelos advogados, advogados estagiários e solicitadores que tenham competência própria para tal”. Cf. a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 51/VIII, in *Diário da Assembleia da República*, II série A, n.º 15, de 28/11/2000.

²⁵⁰ Como se pode ler no relatório do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento (GPLP) sobre “Monitorização do novo regime de apoio judiciário – o caso de Setúbal”, doravante designado de relatório do GPLP.

²⁵¹ Cf. Santos *et al.*, 1996; Ferreira e Pedroso, 1997; Gomes, 1998; e o *Relatório Breve sobre Bloqueios ao Andamento dos Processos e Propostas de Solução*, 1999.

²⁵² Salvador da Costa levanta, na defesa da judicialização do incidente, a questão da eventual inconstitucionalidade, pois, “à luz da reserva da função jurisdicional prevista no artigo 202.º, n.º I, da Constituição é justificadamente questionável se a solução legislativa ora consagrada não estará inquinada de inconstitucionalidade material” (Costa, 2001: 94).

²⁵³ Nos termos do artigo 21.º, a competência para decidir da concessão ou não do apoio judiciário cabe agora ao dirigente máximo dos serviços de segurança social da área de residência do requerente. O n.º 2 do artigo 21.º estabelece que a competência para conceder o apoio judiciário é delegável, mas é insuscetível de subdelegação.

da segurança social), a facultar gratuitamente, podendo ser apresentado pessoalmente, por telecópia, por via postal ou por transmissão eletrónica (neste caso através do preenchimento do respetivo formulário digital²⁵⁴, acessível por ligação e comunicação informática). No requerimento, o requerente devia especificar no pedido a modalidade de apoio judiciário pretendida ou, sendo caso disso, quais as modalidades que pretendia cumular (artigo 23.º).

A disposição inovadora do artigo 26.º determina, no n.º 1, que o prazo para a conclusão do procedimento administrativo²⁵⁵ e decisão sobre o pedido de apoio judiciário é de 30 dias. A contagem do prazo de 30 dias tem início no dia seguinte ao da entrada do requerimento de concessão de apoio judiciário nos serviços da Segurança Social e não se suspende aos sábados, domingos e feriados. O n.º 2 desta norma determina que, se tiver decorrido o prazo de 30 dias sem ter sido proferida qualquer decisão, considera-se tacitamente deferido o pedido de apoio judiciário, isto é, há lugar a um deferimento tácito ou presumido, sem necessidade de fundamentação²⁵⁶.

Havendo deferimento do pedido de apoio judiciário, deve a decisão especificar a modalidade e a medida concreta do apoio concedido²⁵⁷. No caso de haver indeferimento, a decisão que indefira o pedido de apoio judiciário importa a obrigação

²⁵⁴ Cf. formulários digitais de pessoa singular e pessoa coletiva, nos anexos 8 a 10, a este capítulo.

²⁵⁵ A decisão de deferir ou de indeferir o pedido de concessão de apoio judiciário consiste num ato administrativo, ou seja, é uma decisão de um órgão da Administração que visa produzir efeitos jurídicos numa situação individual concreta. A decisão terá de ser escrita, bem fundamentada e conter a referência do titular do órgão que emitiu a decisão, a indicação da delegação de poderes que exista, a identificação do requerente do apoio judiciário, o elenco dos factos assentes, a fundamentação fáctico-jurídica pertinente e o respetivo conteúdo decisório. A fundamentação da concessão ou não do benefício de apoio judiciário deve conter as razões de facto e de direito. Constituem matéria de facto os rendimentos e remunerações, os encargos pessoais ou de família, as contribuições e impostos liquidados e demais elementos patrimoniais relevantes para efeitos de apoio judiciário. Constitui matéria de direito a decisão sobre a insuficiência económica para custear, no todo ou em parte, os encargos normais da causa ou procedimento. Considera-se que há falta de fundamentação se os fundamentos forem insuficientes, contraditórios e/ou obscuros (Pedroso *et al.*, 2002: 202).

²⁵⁶ Neste caso, seria suficiente a menção em tribunal da formação do ato tácito, e quando estivesse em causa um pedido de nomeação de patrono, a tramitação subsequente à formação do ato tácito obedeceria às seguintes regras: “a) Nos casos em que o pedido tiver sido apresentado na pendência de ação judicial, o tribunal em que a causa está pendente notificará a Ordem dos Advogados ou a Câmara dos Solicitadores para procederem à nomeação do mandatário forense; b) Nos casos em que o pedido não tiver sido apresentado na pendência de ação judicial, incumbe ao interessado solicitar à Ordem dos Advogados ou à Câmara dos Solicitadores a nomeação do mandatário forense, mediante exibição do documento comprovativo da apresentação do requerimento de apoio judiciário”.

²⁵⁷ Nos casos em que é pedida e concedida a designação de patrono, compete à Ordem dos Advogados ou à Câmara dos Solicitadores a escolha e nomeação do mandatário forense, de acordo com os respetivos regulamentos internos, sendo essa nomeação feita de entre advogado, advogado estagiário ou solicitador, de acordo com a sua competência estatutária e em razão da natureza da causa. A nomeação é feita no prazo de 10 dias contados a partir da notificação da decisão de deferimento do apoio judiciário (artigo 32.º). O patrono nomeado para a propositura da ação deve intentá-la nos 30 dias seguintes à notificação da nomeação, devendo apresentar justificação no caso de não instauração da ação naquele prazo (artigo 34.º). Caso o patrono nomeado decida pedir escusa, o pedido deve agora ser feito mediante requerimento ao presidente do conselho distrital da ordem ou ao presidente da secção da Câmara dos Solicitadores, ao contrário do que sucedia nos termos do diploma anterior, em que o pedido devia ser dirigido ao juiz da causa (artigo 35.º).

do pagamento das custas e encargos devidos nos termos do Código das Custas Judiciais, bem como o pagamento pelo requerente da nota de honorários que o patrono nomeado lhe apresente em razão dos serviços que tenha prestado (artigo 31.º).

Relativamente a esta desjudicialização do procedimento de instrução e decisão de concessão ou de indeferimento do apoio judiciário, o Juiz-Conselheiro Salvador da Costa (2007: 18/19) escreve que é a mais radical dos últimos trinta anos, e está por demonstrar a vantagem que dela resulta para os cidadãos, “tudo apontando no sentido contrário”. Defende, pois, que na realidade, deixaram de funcionar os critérios de julgamento da matéria com o rigor minimamente exigível; passou-se, sem qualquer fundamento, para um sistema de deferimento tácito dos pedidos de apoio judiciário ao fim de trinta dias sobre a data do respetivo requerimento; deixou de ser ponderada na decisão de concessão da assistência judiciária a natureza e o valor das causas respetivas; aumentaram exponencialmente os custos da burocracia; passou a ideia de estarmos perante um serviço nacional de justiça sem critério rigoroso, informação ou ponderação de meios; duplicaram os pedidos de apoio judiciário; triplicaram os seus custos em termos incompatíveis com os recursos deste país, sob o alheamento de que a maioria dos cidadãos não recorre aos tribunais e cobre, por via de impostos, o custo do seu funcionamento.

7.2.1.2O alargamento dos beneficiários abrangidos e a possibilidade de escolha de patrono

Com esta Lei houve um alargamento relativamente aos beneficiários da proteção jurídica, que, de acordo com o n.º 1 do artigo 7.º, passaram a ser os cidadãos nacionais e da União Europeia que demonstrassem não dispor de meios económicos bastantes para suportar os honorários dos profissionais forenses, devidos por efeito da prestação dos seus serviços, e para custear, total ou parcialmente, os encargos normais de uma causa judicial. Esta norma, nos termos do n.º 4, incluía também as pessoas coletivas e as sociedades, desde que fosse feita a referida prova de insuficiência económica, pelo que passou a concessão de apoio judiciário a poder ser atribuída a pessoas coletivas e sociedades, sem a exigência de não prosseguirem fins lucrativos com a sua atividade.

Na redação da nova Lei foram introduzidas ligeiras alterações às modalidades de apoio judiciário, regulado no artigo 15.º. Assim, na alínea c) do artigo 15.º estabelece-se que este poderá abranger não só a nomeação e pagamento de

honorários do patrono (como nos diplomas anteriores), mas também, em alternativa, o pagamento de honorários do patrono (advogado; advogado-estagiário; solicitador) escolhido pelo requerente²⁵⁸.

A possibilidade de escolha de advogado, em regra, que era uma medida democratizadora do acesso ao direito e à justiça veio a ter um efeito perverso, que a destruiu e levou à sua revogação (Lei n.º 34/2004, de 29 de julho), com um certo consenso entre o governo e os profissionais forenses. Através da investigação que efetuei (cf. Pedroso *et al.*, 2002), constatou-se que um determinado número de advogados “acumulava” ilicitamente o estatuto de patrono com procuração, recebendo honorários por isso (da pessoa ou dos sindicatos, no caso de trabalhadores), e o estatuto de patrono oficioso, recebendo a remuneração devido do Ministério da Justiça. Esta situação decorria das pessoas escolherem o seu advogado, no mercado, e este depois encaminhava-os, também, para o regime do apoio judiciário. A proibição de escolha de patrono e de nomear, no âmbito do apoio judiciário, advogado que já tivesse representado os requerentes, colocou um fim a uma medida virtuosa, com um efeito perverso.

7.2.2 A Lei n.º 34/2004, de 29 de julho: a transposição da Diretiva Europeia e a introdução do conceito restritivo de insuficiência económica

A Lei n.º 34/2004²⁵⁹, de 29 de julho, que foi precedida de um acordo com a Ordem dos Advogados, visa essencialmente a delimitação do conceito de insuficiência económica, o reforço das modalidades de informação jurídica e de consulta jurídica e a transposição da Diretiva n.º 2003/8/CE do Conselho, de 27 de janeiro. Na Exposição de motivos da proposta de lei pode ler-se que “uma das lacunas da Lei n.º 30-E/2000, de 20 de dezembro, prende-se com a ausência de um conceito de insuficiência económica”, pelo que se pretende que a nova lei dote “os serviços da segurança social de um critério objetivo e transparente de concessão do benefício”, estando tal

²⁵⁸ Ao ser requerido o pedido de apoio judiciário na modalidade de nomeação de patrono, fica implícito o pagamento dos respetivos honorários pelo Cofre Geral dos Tribunais. Esta lei introduz a novidade do requerente do apoio judiciário poder solicitar o pagamento dos honorários do advogado ou do advogado estagiário que ele próprio escolher. O patrono pode, pois, ser indicado pelo requerente do apoio judiciário, mas não evita que tenha de ser nomeado no âmbito do apoio judiciário, podendo a entidade que nomeia (a Ordem dos Advogados) não aceitar a indicação do utente. O Estado apenas pagará os serviços dos advogados, advogados estagiários e solicitadores que tiverem sido nomeados através desse procedimento. O artigo 15.º, alínea c), deve ser interpretado em consonância com o artigo 50.º, de acordo com o qual será de atender a indicação pelo requerente do pedido de apoio judiciário de advogado, advogado estagiário ou solicitador, quando estes declararem aceitar a prestação dos serviços requeridos.

²⁵⁹ Para João Correia, advogado, esta lei “foi publicada com as seguintes graves imperfeições: 1. curtíssima *vacatio legis*; 2. omissão da imprescindível regulamentação; 3. inexistência de financiamento adequado” (cf. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 33, Set. Out. 2004).

concessão “dependente da prova da insuficiência económica, devendo a apreciação desta ter em conta o rendimento, o património e a despesa do agregado familiar do requerente”. Procura-se, também, “flexibiliza[r] o regime do apoio judiciário, garantindo-se que cada pessoa só paga na medida em que tal lhe seja possível”²⁶⁰. O que se pretendeu, e veio a ser declarado inconstitucional, como se referiu, foi restringir o acesso dos cidadãos ao apoio judiciário.

7.2.2.1 A informação jurídica

A Lei, no seu n.º 2, do artigo 2.º, estipula que o acesso ao direito compreende a informação jurídica e a proteção jurídica. A lei reconhece, assim, que não são apenas os obstáculos de natureza económica que impedem ou dificultam o acesso ao direito e aos tribunais, pelo que a realização ou defesa dos direitos dos cidadãos depende do conhecimento da respetiva existência e/ou violação, bem como dos instrumentos legais de que podem usar com vista ao respetivo acautelamento. O fim da informação jurídica é, pois, o de proporcionar um melhor exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres legalmente estabelecidos. O conteúdo da informação é suscetível de abranger, por um lado, as disposições e os procedimentos relativos à própria consulta jurídica e ao apoio judiciário e, por outro, as disposições legais tendentes à proteção dos direitos e interesses dos cidadãos. Impõe-se que o público em geral conheça o essencial do seu sistema de justiça e que o direito se torne acessível a todos os que a ele estão sujeitos. Qualquer ação a empreender neste domínio deve, todavia, ter em conta que ainda é significativo o chamado analfabetismo literal e relativamente extenso o analfabetismo funcional (Costa, 2007: 33).

No entanto, este artigo 2.º deve ser lido conjuntamente com o n.º 2, do artigo 5.º, nos termos do qual compete à Ordem dos Advogados, com a colaboração do Ministério da Justiça, prestar a informação jurídica, no âmbito da proteção jurídica, nas modalidades de consulta jurídica e apoio judiciário, o que constitui um entendimento muito restritivo da informação jurídica. Como se analisará nos capítulos seguintes, não existe em funcionamento qualquer serviço de informação ou consulta jurídica, que dê

²⁶⁰ De acordo com Salvador da Costa, e fazendo a comparação com o regime anterior, deixaram de se prever expressamente, por um lado, o apoio judiciário na modalidade de exames médico-forenses a realizar no âmbito do processo judicial e, por outro lado, as presunções de insuficiência económica. Ademais, deixou o juiz do tribunal criminal de ter competência para conhecer do incidente de apoio judiciário pedido pelos arguidos, e substituiu-se o apoio judiciário na vertente específica de deferimento do pagamento de taxa de justiça inicial, subsequente e de preparos para despesas pela vertente de pagamento faseado. E, ainda, deixou de ser atendível a indicação pelo requerente do apoio judiciário de causídico quando este declarasse aceitar a prestação dos serviços requeridos e não houvesse motivos que obstassem a essa atendibilidade (2007: 20).

cumprimento a esta norma, salvo a que seja dada em escritórios de advogados, por decisão da Segurança Social, a solicitação de um requerente.

7.2.2.2A transposição da Diretiva

No n.º 4, do artigo 6.º, faz-se, então, a transposição (ainda que parcial, como pode ler-se na Exposição de motivos da proposta de lei já referenciada) da Diretiva n.º 2003/8/CE, do Conselho, de 27 de janeiro, pelo que, no caso de litígio transfronteiriço, em que os tribunais competentes pertençam a outro Estado da União Europeia, a proteção jurídica abrange ainda o apoio pré-contencioso e os encargos específicos decorrentes do carácter transfronteiriço do litígio (o que terá de ser posteriormente definido por lei).

7.2.2.3As modalidades de apoio judiciário: a introdução do critério da apreciação liminar da inexistência de fundamento legal da pretensão

O artigo 14.^{o261} prevê e define o conteúdo da consulta jurídica²⁶², de modo a “abrange[r] a apreciação liminar da inexistência de fundamento legal da pretensão, para efeito de nomeação de patrono oficioso”²⁶³, enquanto o artigo 16.º, e seguintes, regulam as modalidades de apoio judiciário²⁶⁴, que são ligeiramente alteradas, pois deixa de haver diferimento do pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o

²⁶¹ No Boletim n.º 33 da Ordem dos Advogados (Set. Out. 2004), a advogada Catarina Lima da Costa, num artigo intitulado “O novo regime de acesso ao direito”, comenta que, a propósito da consulta jurídica, esta passa a ter uma importância fundamental, uma vez que, nos termos do artigo 14.º, n.º 1, “a consulta jurídica abrange a apreciação liminar da inexistência de fundamento legal da pretensão, para efeito de nomeação de patrono oficioso”. Assim, e nas palavras da advogada, “há muito que fazia falta um critério para selecionar as situações que poderão ser dignas de tutela jurídica, e aquelas que embora o sendo, não encontrarão, por outros motivos (...), salvaguarda no nosso ordenamento jurídico”.

²⁶² Será em sede de consulta jurídica que se fará o juízo sobre a existência de fundamento legal da pretensão, do qual depende a nomeação de patrono oficioso, pela Ordem dos Advogados, destinada à propositura de uma ação (cf. artigo 21.º). De acordo com o artigo 26.º, n.º 3, esta decisão é suscetível de impugnação para o conselho distrital da Ordem dos Advogados territorialmente competente, no prazo de 15 dias após o conhecimento da decisão (artigo 27.º, n.º 1). O conselho distrital tem, depois, 10 dias para revogar a decisão ou, mantendo-a, enviar aquela e cópia autenticada do processo administrativo ao tribunal competente.

²⁶³ De acordo com a informação presente no sítio da Internet da Ordem dos Advogados, a consulta jurídica deve ser realizada no domicílio profissional do advogado designado, que dispõe do prazo de 10 dias úteis para a prestar. Efetuada a consulta jurídica, o advogado deverá, no prazo de 3 dias úteis, remeter ao Conselho Distrital competente o duplicado da ficha em anexo ao ofício de designação/nomeação, devidamente preenchida. Se, após realização da consulta jurídica, se concluir pela existência de erro na identificação do fim para o qual o beneficiário pretende o apoio judiciário, deverá o advogado nomeado, conjuntamente com o mesmo, adequar junto dos serviços da Segurança Social o destino do respetivo apoio judiciário. Os Serviços da Segurança Social comunicarão ao Conselho Distrital territorialmente competente a retificação efetuada que será tida em conta para os devidos efeitos (cf. http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31923&idc=31930&idsc=627&ida=39758#3 – Setembro 2007).

²⁶⁴ Redação do artigo 16.º, n.º 1: O apoio judiciário compreende as seguintes modalidades: a) Dispensa total ou parcial de taxa de justiça e demais encargos com o processo; b) Nomeação e pagamento de honorários de patrono; c) Pagamento da remuneração do solicitador de execução designado; d) Pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo, de honorários de patrono nomeado e de remuneração do solicitador de execução designado; e) Pagamento de honorários de defensor oficioso.

processo, para passar a haver pagamento faseado²⁶⁵ dos mesmos, bem como de honorários de patrono nomeado e de remuneração do solicitador de execução designado. É, ainda, importante notar que o apoio judiciário se aplica não só em todos os tribunais, como também nos julgados de paz, qualquer que seja a forma do processo, aplicando-se, ainda, aos processos de divórcio por mútuo consentimento, cujos termos corram nas conservatórias do registo civil²⁶⁶.

Por último, é importante registar que, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, o pedido²⁶⁷ de apoio judiciário²⁶⁸ passa a ter de ser feito antes da primeira intervenção processual²⁶⁹, o que restringe a sua mobilização.

7.2.2.4 Os beneficiários

Para além de ser alargado o âmbito da proteção jurídica à resolução não judicial de litígios, é ainda alargado, por força da referida transposição da Diretiva mencionada, o âmbito dos beneficiários, pois que, nos termos do artigo 7.º, têm direito a proteção jurídica os cidadãos nacionais e da União Europeia, bem como os estrangeiros e os apátridas com título de residência válido num Estado membro da União Europeia, que demonstrem estar em situação de insuficiência económica. Já aos estrangeiros sem título de residência válido num Estado membro da União Europeia será apenas reconhecido o direito a proteção jurídica na medida em que ele seja atribuído aos Portugueses pelas leis dos respetivos Estados. Verifica-se, pois, que se antes apenas tinham direito à proteção jurídica os estrangeiros e apátridas que residissem habitualmente em Portugal, agora estende-se a proteção aos estrangeiros e aos apátridas que tenham um título de residência válido em qualquer Estado-Membro do

²⁶⁵ Neste caso, e de acordo com o estatuído no n.º 2, não são exigíveis as prestações que se vençam após o decurso de quatro anos desde o trânsito em julgado da decisão final sobre a causa. O pagamento faseado consiste, de acordo com a informação presente no Portal da Justiça, “numa modalidade que vale para os indivíduos que, não se encontrando abaixo do limiar mínimo de insuficiência económica, não vivem em situação de desafogo económico”, sendo que “compete aos serviços da segurança social fixar, de acordo com a capacidade de pagamento do requerente, o montante mensal que determinado indivíduo pode suportar de encargos com um processo judicial” (cf. <http://www.mj.gov.pt/sections/justica-e-tribunais/acesso-ao-direito-e-aos/apoio-judiciario> – Setembro 2007).

²⁶⁶ Na sequência do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro.

²⁶⁷ Continuam a poder requerer o apoio judiciário todos aqueles mencionados no anterior artigo 18.º (redação da Lei n.º 30-E/2000), com exceção do patrono nomeado pela Ordem ou pela Câmara dos Solicitadores para o efeito de fazer esse requerimento (cf. artigo 19.º).

²⁶⁸ É de referir que, nos termos do artigo 18.º, uma vez havendo concessão do apoio judiciário, e como já acontecia, este mantém-se para efeitos de recurso, qualquer que seja a decisão sobre a causa, e é extensivo a todos os processos que sigam por apenso àquele em que essa concessão se verificar, sendo-o também ao processo principal, quando concedido em qualquer apenso; sendo declarada a incompetência do tribunal; e no caso de o processo ser desamparado por decisão com trânsito em julgado. Acrescenta-se agora que o apoio judiciário se mantém ainda para as execuções fundadas em sentença proferida em processo em que essa concessão se tenha verificado.

²⁶⁹ Até então, e nos termos do artigo 17.º da Lei n.º 30-E/2000, o apoio judiciário podia ser requerido em qualquer estado da causa.

espaço comunitário europeu, desde que demonstrem, claro, que se encontram em situação de insuficiência económica.

As pessoas coletivas não são excluídas, por esta lei, como beneficiárias, mas é feita uma distinção entre as finalidades não lucrativas e as outras, para a qual é previsto um regime de acesso muito restritivo, designadamente as sociedades comerciais e, ainda, devido à sua natureza, os comerciantes em nome individual e os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada²⁷⁰.

7.2.2.5O conceito de insuficiência económica

Nos termos deste novo diploma, torna-se importante o desenho do conceito de insuficiência económica²⁷¹. A densificação do conceito de insuficiência económica pretendeu conter os custos do sistema, cuja procura tinha aumentado, e restringir o acesso, dado que os dirigentes da Ordem dos Advogados (e.g. Bastonário Dr. José Júdice) e alguns setores judiciais vinham contestando a generosidade da lei do apoio judiciário de 2000.

Segundo esse pensamento era preciso ter em linha de conta que é tão injusto e ilegal conceder a proteção jurídica a quem dela não carece, como negá-la a quem dela efetivamente necessita. O conceito de insuficiência económica não é absoluto, mas relativo, e a que justifica a concessão de proteção jurídica deve ser aferida tendo em conta os custos concretos de cada ação e a disponibilidade da parte que a solicita, só devendo ser concedido a cidadãos com capacidade económica superior à média em casos realmente excecionais (Costa, 2007: 56/57).

Assim, nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, encontra-se em situação de insuficiência económica aquele que, tendo em conta fatores de natureza económica e a respetiva capacidade contributiva, não tem condições objetivas

²⁷⁰ Estas entidades são mencionadas no âmbito do artigo 8.º, n.º 3, relativamente à aferição da insuficiência económica; e no artigo 16.º, n.º 3: “Se o requerente de apoio judiciário for uma pessoa coletiva, estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou comerciante em nome individual e a causa for relativa ao exercício do comércio, o apoio judiciário não compreende a modalidade” de pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo, de honorários de patrono nomeado e de remuneração do solicitador de execução designado. São, também, mencionadas no âmbito do artigo 22.º, n.º 5, onde se lê que o pedido de apoio judiciário apresentado por uma sociedade, estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou comerciante em nome individual e a causa for relativa ao exercício do comércio, deve ser feito em duplicado, sendo uma das cópias remetida, pelos serviços de segurança social, ao Ministério Público da comarca da residência ou sede do requerente, a fim de, verificados os pressupostos legais, ser instaurado processo de insolvência ou de recuperação da empresa.

²⁷¹ No Portal da Justiça disponibiliza-se informação sobre a matéria. Pode aí ler-se que se encontra disponível no sítio Internet da Segurança Social (bem como no da Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial) um “simulador de cálculo do valor do rendimento relevante”. Através de tal simulador, e mediante a aplicação da fórmula de cálculo do rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica, qualquer requerente pode saber se tem ou não direito ao benefício e em que modalidade e medida. Cf. o sítio Internet da Segurança Social em <http://195.245.197.196/app/procjuridica/default.asp>.

para suportar pontualmente os custos de um processo, sendo que o mesmo critério se aplica, com as necessárias adaptações, às pessoas coletivas. A prova e a apreciação da insuficiência económica²⁷² devem ser feitas de acordo com os critérios da Portaria n.º 1085-A/2004²⁷³, de 31 de agosto, que apresenta uma série de fórmulas de cálculo do rendimento relevante, rendas e deduções²⁷⁴. Em caso de dúvida sobre a verificação de uma situação de insuficiência económica, pode ser solicitado pelo dirigente máximo do serviço de segurança social que aprecia o pedido que o requerente autorize, por escrito, o acesso a informações e documentos bancários e que estes sejam exibidos perante tal serviço e, quando tal se justifique, perante a administração tributária.

7.2.3 A Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto: “Melhorar o Acesso à Justiça e aos Meios de resolução de Litígios”

A presente Lei, que entrou em vigor no dia 01 de janeiro de 2008, surgiu na sequência da apresentação pelo Governo da Proposta de Lei n.º 121/X, “identificando e introduzindo os aspetos carecidos de aperfeiçoamento ou alteração”.

Durante a discussão na generalidade da Proposta de Lei referida²⁷⁵, o representante do Governo²⁷⁶ disse, aquando da sua intervenção, que “a proposta tem um objetivo claro, que é o de melhorar o acesso à justiça e aos meios de resolução de litígios, alargando o leque de beneficiários e o leque de benefícios das prestações sociais que garantem o acesso ao direito”. Para tal, “é revisto o critério de insuficiência

²⁷² A insuficiência económica é apreciada da seguinte forma: a) O requerente cujo agregado familiar tem um rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica igual ou menor do que um quinto do salário mínimo nacional não tem condições objetivas para suportar qualquer quantia relacionada com os custos de um processo; b) O requerente cujo agregado familiar tem um rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica superior a um quinto e igual ou menor do que metade do valor do salário mínimo nacional considera-se que tem condições objetivas para suportar os custos da consulta jurídica e por conseguinte não deve beneficiar de consulta jurídica gratuita, devendo, todavia, usufruir do benefício de apoio judiciário; c) O requerente cujo agregado familiar tem um rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica superior a metade e igual ou menor do que duas vezes o valor do salário mínimo nacional tem condições objetivas para suportar os custos da consulta jurídica, mas não tem condições objetivas para suportar pontualmente os custos de um processo e, por esse motivo, deve beneficiar do apoio judiciário na modalidade de pagamento faseado, previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 16.º da presente lei; d) Não se encontra em situação de insuficiência económica o requerente cujo agregado familiar tem um rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica superior a duas vezes o valor do salário mínimo nacional. Se o valor dos créditos depositados em contas bancárias e o montante de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado de que o requerente ou qualquer membro do seu agregado familiar sejam titulares forem superiores a 40 vezes o valor do salário mínimo nacional, considera-se que o requerente de proteção jurídica não se encontra em situação de insuficiência económica, independentemente do valor do rendimento do agregado familiar. Para os efeitos desta lei, considera-se que pertencem ao mesmo agregado familiar as pessoas que vivam em economia comum com o requerente de proteção jurídica (cf. Anexo à Lei n.º 34/2004).

²⁷³ Esta Portaria foi alterada pela Portaria n.º 288/2005, de 21 de Março, sem alteração do seu sentido fundamental.

²⁷⁴ Esta Portaria, como já referimos na parte relativa à análise da voz do tribunal constitucional, foi declarada inconstitucional por ter sido considerada restritiva do acesso ao direito e à justiça, designadamente por contabilizar rendimentos do agregado familiar para quem não dispunha deles.

²⁷⁵ Em 03 de Maio de 2007, cf. DAR I série N.º 79/X/2 2007.05.04 (http://www3.parlamento.pt/plc/Iniciativa.aspx?ID_Ini=33432).

²⁷⁶ João Tiago Silveira, Secretário de Estado da Justiça.

económica, para que se torne mais abrangente: há elevação dos valores-referência do rendimento relevante para a proteção jurídica; e há uma contabilização mais justa do número efetivo de elementos do agregado familiar”; garantem-se, também, “modalidades de apoio judiciário como a nomeação de patrono oficioso e a dispensa de pagamento de taxas de justiça a mais pessoas e a novas situações”. Por outro lado, prevê-se “a concessão do benefício de apoio judiciário para a utilização de mecanismos de resolução alternativa de litígios, isto é, o patrocínio de advogado oficioso e as taxas passam a ser suportadas pelo Estado quando seja utilizado o sistema de mediação laboral, mediação penal, mediação familiar ou um centro de arbitragem”; são também criadas “condições para que a consulta jurídica se expanda a todo o território nacional, permitindo-se que possa ser prestada nos escritórios de advogados e não apenas em gabinetes de consulta jurídica”. Assim, neste novo desenho legislativo, que se encontra em vigor, há que analisar com algum detalhe os beneficiários da concessão de apoio judiciário, a proteção jurídica (consulta e informação), a reorganização das modalidades de apoio judiciário, novas regras relativas à seleção e admissão de profissionais forenses e o conceito de insuficiência económica.

7.2.3.1 Os beneficiários

No que respeita aos beneficiários da concessão, mantém-se a anterior previsão relativamente a pessoas singulares e de acordo com a nova redação do n.º 3, do artigo 7.º, as pessoas coletivas com fins lucrativos e os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada passam a não ter direito a proteção jurídica²⁷⁷, enquanto as pessoas coletivas sem fins lucrativos têm apenas direito à proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário²⁷⁸.

7.2.3.2A consulta jurídica

Quanto à consulta jurídica²⁷⁹, o artigo 14.º apresenta agora uma definição mais abrangente. A consulta jurídica consiste no esclarecimento técnico sobre o direito aplicável a questões ou casos concretos nos quais avulsem interesses pessoais legítimos ou direitos próprios lesados ou ameaçados de lesão, cabendo ainda as diligências

²⁷⁷ À data de entrega desta dissertação ainda não é conhecido que o Tribunal Constitucional tenha sido chamado a pronunciar-se sobre esta matéria, como o foi no passado.

²⁷⁸ Em regra beneficiam de isenção de taxas e custas, nos termos da legislação sobre custas judiciais.

²⁷⁹ De referenciar, no tocante à consulta jurídica, que o número 1 do artigo 25.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, estabelece que é garantida à vítima de violência doméstica a consulta jurídica a efetuar por advogado, bem como a célere e sequente concessão de apoio judiciário, com natureza urgente, ponderada a insuficiência económica, nos termos legais.

extrajudiciais que decorram diretamente do conselho jurídico prestado ou que se mostrem essenciais para o esclarecimento da questão colocada. Por outro lado, a consulta pode ser prestada em gabinetes de consulta jurídica ou nos escritórios dos advogados que adiram ao sistema de acesso ao direito²⁸⁰, devendo, tendencialmente, cobrir todo o território nacional. Quanto aos gabinetes de consulta jurídica, estes podem abranger a prestação de serviços por solicitadores (artigo 15.º).

7.2.3.3O apoio judiciário

Relativamente às modalidades de apoio judiciário, constantes do artigo 16.º, ainda que, no essencial, sejam as mesmas do anterior regime, há agora uma nova organização e redação, pelo que as modalidades passam, pois, a ser as seguintes: a) dispensa de taxa de justiça²⁸¹ e demais encargos com o processo; b) nomeação²⁸² e pagamento da compensação de patrono; c) pagamento da compensação de defensor oficioso; d) pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo; e) nomeação e pagamento faseado da compensação de patrono; f) pagamento faseado da compensação de defensor oficioso; g) e atribuição de agente de execução²⁸³. Por sua vez, e no que se refere às alíneas d) a f), a periodicidade do pagamento pode ser alterada em função do valor das prestações, sendo o valor da prestação calculado de acordo com as regras do n.º 2 do mesmo artigo.

7.2.3.4Âmbito de aplicação

Em termos do âmbito de aplicação²⁸⁴ do regime de apoio judiciário, este torna-se muito mais abrangente, já que, de acordo com o artigo 17.º, passa a aplicar-se

²⁸⁰ A prestação da consulta jurídica pode, ainda, ser feita por outras entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, nos termos da lei ou a definir por protocolo (artigo 15.º, n.º 4).

²⁸¹ De acordo com a Exposição de Motivos da Proposta de Lei 121/X, elimina-se a possibilidade de concessão de dispensa parcial de taxa de justiça e demais encargos com o processo, cuja lógica é incongruente com a modalidade de pagamento faseado introduzida pela Lei n.º 34/2004.

²⁸² O artigo 35.º, relativo a substituição em diligência processual, refere que o patrono nomeado pode substabelecer, com reserva, para diligência determinada, desde que indique substituto. Contudo, a remuneração do substituto é da responsabilidade do patrono nomeado.

²⁸³ O novo artigo 35.º-A refere que, em caso de atribuição de agente de execução, este é sempre um oficial de justiça, determinado segundo as regras da distribuição.

²⁸⁴ Assim, o regime de proteção jurídica é suscetível de ser aplicado nos julgados de paz e noutras estruturas de resolução alternativa de litígios, nas conservatórias, no Tribunal Constitucional, no Supremo Tribunal de Justiça, nos tribunais de 1ª instância, designadamente nos de trabalho, de família e menores, de execução de penas, marítimos, da Relação, no Supremo Tribunal Administrativo, no Tribunal Central Administrativo, nos tribunais administrativos e fiscais e no Tribunal de Contas (Salvador da Costa, 2007: 115). Não pode, todavia, funcionar em relação a causas da competência do Tribunal de Justiça da União Europeia ou do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que têm um regime de apoio judiciário próprio, como já se referiu anteriormente. Ademais, como a proteção jurídica só é concedida em relação a processos pendentes em tribunal e, excepcionalmente, nos processos de contraordenação, não há qualquer razão plausível para que seja concedida nos procedimentos de injeção, nos estabelecimentos prisionais e nas instituições policiais (Salvador da Costa, 2007: 119).

também nos julgados de paz e noutras estruturas de resolução alternativa de litígios²⁸⁵ e, também, nos processos que corram nas conservatórias, o que já acontecia, mas só quanto aos processos de divórcio por mútuo consentimento.

7.2.3.5O procedimento

O procedimento, constante da Secção IV da Lei, continua a ser o mesmo, anteriormente descrito (Lei n.º 34/2004, de 29 de julho), com ligeiras alterações. Assim, a audiência prévia (artigo 23.º) tem obrigatoriamente lugar, por escrito, nos casos em que está proposta uma decisão de indeferimento, total ou parcial, do pedido formulado, nos termos do Código de Procedimento Administrativo. Se o requerente não se pronunciar no prazo que lhe for concedido (através de notificação), a proposta de decisão converte-se em decisão definitiva (não havendo nova notificação). Relativamente ao prazo para a decisão do pedido, continua a ser de 30 dias (artigo 25.º), mas nos casos em que o deferimento for tácito (por não ter havido decisão no prazo legal), o tribunal ou a Ordem dos Advogados devem confirmar junto dos serviços da segurança social a formação do ato tácito, devendo a segurança social responder no prazo máximo de dois dias úteis.

No caso de o requerente ou a parte contrária decidir[em] impugnar a decisão (artigo 27.º), dispõe[m] de 15 dias após o conhecimento da mesma para apresentar a impugnação junto dos serviços de segurança social, que têm 10 dias para revogar ou manter a decisão. Após revogar ou manter a decisão, a segurança social deve enviar a impugnação e a cópia autenticada do processo administrativo ao tribunal competente (como no anterior regime), mas a decisão²⁸⁶ proferida pelo tribunal (de conceder ou recusar o provimento) é irrecorrível (artigo 28.º).

7.2.3.6A participação dos profissionais forenses

²⁸⁵ Nos termos do Anexo constante da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, alterada pela Portaria n.º 210/2008, de 29 de Fevereiro, as estruturas de resolução alternativa de litígios a que se aplica o regime de apoio judiciário são: julgados de paz; sistema de mediação laboral; sistema de mediação familiar; sistema de mediação penal; centro de arbitragem de conflitos do consumo de Lisboa; centro de arbitragem do sector automóvel; centro de informação de consumo e arbitragem do Porto; centro de informação, mediação e arbitragem de consumo de Vale do Cávado; centro de arbitragem de conflitos de consumo de Coimbra; centro de arbitragem de conflitos de consumo do Vale do Ave; centro de informação, mediação e arbitragem de conflitos de consumo do Algarve; e centro de informação, mediação e arbitragem de seguros automóveis.

²⁸⁶ O artigo 29.º trata do alcance da decisão final, ou seja, a decisão após ter havido impugnação. Este artigo sofreu algumas alterações, pelo que agora, se no momento em que deva ser efetuado o pagamento de taxa de justiça ainda não haja decisão final, mas já tenha havido decisão da segurança social a conceder o apoio judiciário numa ou mais modalidades de pagamento faseado, deverá ocorrer o seguinte: o pagamento da primeira prestação é devido no prazo de 10 dias contados da data da sua comunicação ao requerente, sem prejuízo do posterior reembolso das quantias pagas no caso de procedência da impugnação daquela decisão (artigo 29.º, n.º 5, b)).

O artigo 45.º, cuja epígrafe é «Participação dos profissionais forenses no acesso ao direito», é uma inovação. Nos termos deste artigo, que trata do modelo de recrutamento e seleção, da nomeação e remuneração, introduzem-se novas regras relativas à admissão dos profissionais forenses ao sistema de acesso ao direito, nomeação de patrono e de defensor e pagamento da respetiva compensação. Assim: a) a seleção dos profissionais forenses deve assegurar a qualidade dos serviços prestados aos beneficiários de proteção jurídica no âmbito do sistema de acesso ao direito; b) os participantes no sistema de acesso ao direito podem ser advogados, advogados estagiários²⁸⁷ e solicitadores; c) os profissionais forenses podem ser nomeados para lotes de processos e escalas de prevenção; d) se o mesmo facto der causa a diversos processos, o sistema deve assegurar, preferencialmente, a nomeação do mesmo mandatário ou defensor oficioso ao beneficiário; e) todas as notificações e comunicações entre os profissionais forenses, a Ordem dos Advogados, os serviços da segurança social, os tribunais e os requerentes previstos no sistema de acesso ao direito devem realizar-se, sempre que possível, por via eletrónica; f) os profissionais forenses participantes no sistema de acesso ao direito devem utilizar todos os meios eletrónicos disponíveis no contacto com os tribunais, designadamente no que respeita ao envio de peças processuais e requerimentos autónomos; g) os profissionais forenses que não observem as regras do exercício do patrocínio e da defesa oficiosos podem ser excluídos do sistema de acesso ao direito; h) os profissionais forenses participantes no sistema de acesso ao direito que saiam do sistema, independentemente do motivo, antes do trânsito em julgado de um processo ou do termo definitivo de uma diligência para que estejam nomeados devem restituir, no prazo máximo de 30 dias, todas as quantias entregues por conta de cada processo ou diligência em curso; l) e a resolução extrajudicial dos litígios, antes da audiência de julgamento, deve ser incentivada mediante a previsão de um montante de compensação acrescido. A admissão dos profissionais forenses ao sistema de acesso ao direito, a nomeação de patrono e de defensor e o pagamento da respetiva compensação, nos termos do número anterior, é regulamentada por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

²⁸⁷ Mais adiante iremos tratar da “polémica” relativa à possibilidade e aos limites de intervenção dos advogados estagiários, suscitada pelo Bastonário da Ordem dos Advogados, António Marinho e Pinto.

Pela primeira vez a lei “abre a porta” a que possa vir a ser desenvolvida uma regulação e controlo de qualidade mais efetiva ao desempenho dos patronos nomeados, mas tal desiderato vai depender da regulamentação futura.

7.2.3.7O conceito de insuficiência económica

a) O conceito de rendimento relevante e os limiares de €315 e de €1048

Uma outra matéria importantíssima no âmbito deste diploma é, como já se referiu, o “novo” conceito de insuficiência económica. Nos termos do artigo 8.º, encontra-se em situação de insuficiência económica aquele que, tendo em conta o rendimento, o património e a despesa permanente do seu agregado familiar²⁸⁸, não tem condições objetivas para suportar pontualmente os custos de um processo. Os critérios para apreciação da insuficiência económica²⁸⁹ encontram-se previstos num novo artigo - o artigo 8.º-A - segundo o qual no caso das pessoas singulares a insuficiência é apreciada de acordo com os seguintes critérios: a) o requerente cujo agregado familiar tenha um rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica igual ou inferior a três quartos do Indexante de Apoios Sociais²⁹⁰ (isto é, com um rendimento igual ou inferior a, aproximadamente, 315,00 euros) não tem condições objetivas para suportar qualquer quantia relacionada com os custos de um processo, beneficia da dispensa de taxas e de nomeação de patrono ou, ainda, das modalidades de atribuição de agente de execução e de consulta jurídica gratuita; b) o requerente cujo agregado familiar tenha um rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica superior a três quartos e igual ou inferior a duas vezes e meia o valor do Indexante de Apoios Sociais (ou seja, um rendimento superior aos 315,00 euros mencionados supra, mas inferior a, aproximadamente, 1.048,05 euros) tem condições objetivas para suportar os custos de uma consulta jurídica sujeita ao pagamento prévio de uma

²⁸⁸ A lei presume pertencerem ao agregado familiar do requerente de proteção jurídica as pessoas que com ele vivam em economia comum, isto é, com interdependência de cómodos, de meios e de interesses, o que pressupõe a comunhão de vida, no quadro de uma economia doméstica, sob a contribuição de todos ou de alguns para os gastos comuns (Costa, 2007 63).

²⁸⁹ A prova da insuficiência deve ser feita nos termos constantes do novo artigo 8.º-B. Em caso de dúvida sobre a verificação de uma situação de insuficiência económica, pode ser solicitado pelo dirigente máximo do serviço de segurança social que aprecia o pedido que o requerente autorize, por escrito, o acesso a informações e documentos bancários e que estes sejam exibidos perante esse serviço e, quando tal se justifique, perante a administração tributária.

²⁹⁰ De acordo com a Portaria n.º 9/2008, de 3 de janeiro, o valor do indexante de apoios sociais para o ano de 2008 foi de 407,41 euros. Para 2009, nos termos da Portaria n.º 1514/2008, de 24 de Dezembro, o valor do indexante dos apoios sociais foi de € 419,22, tendo mantido o mesmo valor para 2010, como resulta do comunicado emanado do Conselho de Ministros: “o Governo mantém, para 2010, o valor do Indexante de Apoios Sociais de 2009, no valor de 419, 22 euros, com entrada em vigor a 1 de janeiro de 2010” (cf. <http://www.maisvalias.com/2009/09/10/indexante-de-apoios-sociais-2010/>, acedido em janeiro de 2010).

taxa²⁹¹, mas não tem condições objetivas para suportar pontualmente os custos de um processo e, por esse motivo, beneficia de apoio judiciário nas modalidades de pagamento faseado e de atribuição de agente de execução; c) e não se encontra em situação de insuficiência económica o requerente cujo agregado familiar tenha um rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica superior a duas vezes e meia o valor do Indexante de Apoios Sociais (isto é, superior ao valor de 1048,00 euros). O rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica é o montante que resulta da diferença entre o valor do rendimento líquido²⁹² completo do agregado familiar e o valor da dedução relevante²⁹³ para efeitos de proteção jurídica e calcula-se nos termos previstos no anexo a esta lei.

Considera-se, nos termos desta lei, que pertencem ao mesmo agregado familiar as pessoas que vivam em economia comum com o requerente de proteção jurídica. O requerente pode solicitar, excecionalmente e por motivo justificado, que a apreciação da insuficiência económica tenha em conta apenas o rendimento, o património e a despesa permanente próprios ou dele e de alguns elementos do seu agregado familiar. Em caso de litígio com um ou mais elementos do agregado familiar, a apreciação da insuficiência económica²⁹⁴ tem em conta apenas o rendimento, o património e a despesa permanente do requerente ou dele e de alguns elementos do seu agregado familiar, desde que ele o solicite. Se, perante um caso concreto, o dirigente máximo dos serviços de segurança social competente para a decisão sobre a concessão de proteção jurídica entender que a aplicação dos critérios previstos nos números anteriores conduz a uma manifesta negação do acesso ao direito e aos tribunais pode, por despacho especialmente fundamentado e sem possibilidade de delegação, decidir de forma diversa daquela que resulta da aplicação dos referidos critérios.

b) A análise do formulário e uma simulação

Como se referiu, o modelo do requerimento de proteção jurídica em vigor (para as pessoas singulares) resulta da Portaria n.º 11/2008, de 3 de janeiro. Este requerimento está dividido em sete itens: 1) identificação do requerente; 2) outros

²⁹¹ Que será no valor de 30 euros (Cf. infra).

²⁹² Este valor resulta, nos termos do anexo à lei em análise, da soma do valor da receita líquida do agregado familiar com o montante da renda financeira implícita calculada com base nos ativos patrimoniais do agregado familiar.

²⁹³ O valor da dedução relevante é calculado através da soma do valor da dedução de encargos com necessidades básicas do agregado familiar com o montante da dedução de encargos com a habitação do agregado familiar. Todos os valores são calculados de acordo com as fórmulas matemáticas estabelecidas pela Lei n.º 47/2007, em especial, no anexo à mesma.

²⁹⁴ A forma de apreciação da insuficiência económica através das fórmulas contidas na lei, bem como os simuladores constantes da página Web da Segurança Social serão objeto de análise em sede própria.

dados do requerente; 3) composição e situação económica do agregado familiar do requerente (onde, para além de ter de ser dada informação sobre o número de pessoas que compõe o agregado familiar, é ainda necessário informar sobre: propriedade de bens imóveis por agregado familiar; propriedade de veículos automóveis por agregado familiar; e propriedade de outros bens por agregado familiar, comunicando quem é proprietário, qual a forma de aquisição ou o valor da aquisição); 4) modalidades de proteção jurídica (onde o requerente deve escolher a modalidade pretendida, nos termos dos artigos 6.º e 16.º da Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, já referidos; há ainda uma subcategoria onde se pede ao requerente que, por palavras suas, explique a sua pretensão); 5) certificação; 6) documentos a apresentar; e 7) local e forma de entrega do requerimento. Há ainda um último item, não numerado, e que será a preencher pelos serviços da segurança social, para assinalar quem apresenta o requerimento (o interessado, o Ministério Público, o advogado, o advogado estagiário ou o solicitador)²⁹⁵.

Este requerimento (disponível online no sítio Web da segurança social) vem acompanhado de uma folha com instruções de preenchimento e, apesar de não ser simples, face às entrevistas efetuadas, não parece ser um obstáculo à formulação do pedido de apoio judiciário. Aliás, muitas vezes é preenchido por advogado ou advogado estagiário e, como resulta do número 4, do artigo 22.º, da Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, compete aos serviços da segurança social a identificação rigorosa dos elementos referentes aos beneficiários, bem como a identificação precisa do fim a que se destina o apoio judiciário.

No sítio Web da segurança social²⁹⁶ existe um simulador que permite calcular se o requerente terá ou não direito a apoio judiciário, e que tem por base as fórmulas legais já referidas (em anexo à lei em vigor).

Assim, decidi colocar no simulador um cenário de uma família composta por 4 pessoas com um rendimento líquido mensal de €500 (ou seja, €6000/ano), um automóvel no valor de €500 e um depósito bancário no valor de €1000. Ora, com estes rendimentos, unicamente seriam concedidas a esta família as modalidades de apoio de dispensa de pagamento de taxa de justiça e demais encargos e nomeação de agente de execução ou de advogado para consulta jurídica.

²⁹⁵ Cf. anexo a este capítulo.

²⁹⁶ Ver <http://www.l.seg-social.pt/app/ProcJuridica2010/default.asp>.

Ora, o facto de esta família não ter direito à nomeação de advogado nem à dispensa do pagamento de taxas, o que só conseguiria se o seu rendimento líquido mensal relevante fosse inferior a €315, evidencia que os critérios de definição de insuficiência económica são muito restritivos e quase só abrangem as pessoas em situação de extrema pobreza.

7.2.3.8A Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro: a contestação da Ordem dos Advogados ao valor de compensação da prestação de serviços no apoio judiciário

A Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, visava regulamentar a referida Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, nomeadamente, a fixação do valor da taxa devida pela prestação de consulta jurídica, a definição das estruturas de resolução alternativa de litígios onde se aplica o regime de apoio judiciário, a definição do valor dos encargos referentes a nomeação e pagamento da compensação de patrono, de defensor oficioso ou de nomeação e pagamento faseado de compensação de patrono, a regulamentação da admissão dos profissionais forenses no sistema de acesso ao direito, a nomeação de patrono ou defensor e pagamento da respetiva compensação (Cf. Preâmbulo da Portaria n.º 10/2008).

No que se refere à consulta jurídica, a referida Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, previa que esta prestação seria gratuita ou sujeita ao pagamento de uma taxa (no valor de 30 euros), a ser definida por protocolo a celebrar entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados (artigo 1.º, n.º 1), podendo ser prestada nos gabinetes de consulta jurídica e nos escritórios dos advogados participantes no sistema de acesso ao direito. Quanto à nomeação dos profissionais forenses que prestam consulta jurídica, é feita pela Ordem dos Advogados a pedido dos serviços de segurança social, podendo ser feita de forma automática, através de sistema eletrónico gerido pela Ordem dos Advogados (artigo 1.º, n.º 3).

Por seu lado, a nomeação de patrono e de defensor em processo criminal é efetuada pela Ordem dos Advogados, pelo que os tribunais, secretarias, serviços do Ministério Público, órgãos de polícia criminal e serviços de segurança social devem solicitar a nomeação de patrono ou de defensor à Ordem dos Advogados, quando tal se mostre necessário (artigo 2.º). À Ordem compete também elaborar listas de escalas

de prevenção de advogados e de advogados estagiários para se deslocarem²⁹⁷ ao local onde ocorram diligências urgentes (artigos 3.º e 4.º).

Por último, relativamente à participação dos profissionais forenses no sistema de acesso ao direito, a seleção dos mesmos é feita nos termos que a Ordem dos Advogados definir, devendo sempre procurar assegurar a qualidade dos serviços prestados aos beneficiários de proteção jurídica (artigo 10.º). Para poderem participar, os profissionais forenses devem candidatar-se e, no momento da sua candidatura, devem optar, nos termos do artigo 18.º, pelas seguintes modalidades²⁹⁸ de prestação de serviços: lotes²⁹⁹ de processos; nomeação isolada para processos³⁰⁰; lotes de escalas de prevenção³⁰¹; designação isolada para escalas de prevenção; e designação para consulta jurídica. Todavia, o profissional não pode inscrever-se (como consta do número 4 do artigo em análise) para mais do que um lote de processos; para um lote de processos e para nomeação isolada para processos; para mais do que um lote de escalas de prevenção; ou para um lote de escalas de prevenção e para designação isolada para escalas de prevenção.

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados, num comunicado emitido em 4 de janeiro de 2008, salientou como aspetos negativos da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, os seguintes: “o baixíssimo, e por isso inaceitável, valor fixado como contrapartida da prestação de serviços pelos advogados”; “a inclusão no valor desses honorários das despesas efetuadas pelos advogados, o que, sendo inaceitável como princípio, se torna mais grave face ao valor irrisório proposto”; “a metodologia

²⁹⁷ Como a escala de prevenção não importa a efetiva permanência no local da eventual realização da diligência, quando os advogados ou advogados estagiários forem contactados devem deslocar-se no prazo máximo de uma hora após o contacto (artigo 4.º, n.ºs 2 e 4).

²⁹⁸ Tanto os lotes, quanto as nomeações e designações têm o limite geográfico da circunscrição.

²⁹⁹ Os lotes são de preenchimento sucessivo. À Ordem dos Advogados compete hierarquizar os profissionais forenses pertencentes ao sistema de acesso ao direito, determinando assim a ordem de preenchimento dos lotes. Sempre que houver a remoção de um processo do lote, designadamente por trânsito em julgado ou constituição de mandatário pelo beneficiário, esta remoção determina a substituição automática por outro processo, respeitando sempre as regras de prioridade no preenchimento dos lotes (artigo 21.º, números 1 a 4).

³⁰⁰ A nomeação isolada consiste na nomeação ocasional para um processo concreto, mas não será nomeação isolada se ocorrer durante uma escala de nomeação. O número de processos em que pode ser nomeado nesta modalidade não está limitado, mas a nomeação deve respeitar as regras de prioridade na atribuição de processos (cf. artigo 24.º).

³⁰¹ Os profissionais forenses não devem ser designados para mais do que duas escalas de prevenção por semana, devendo procurar-se garantir a distribuição homogénea do número de designações pelo período temporal de duração do lote (artigo 21.º, n.º 5). Por outro lado, apenas são contabilizadas para efeitos de preenchimento dos lotes as escalas de prevenção em que tenha ocorrido efetiva deslocação ao local de realização da diligência, enquanto que, por sua vez, é contabilizada em duplicado a escala de prevenção que, em virtude do número de diligências ou da particular complexidade de uma ou de algumas delas, implique a permanência no local das diligências por período superior a 6 horas (artigo 21.º, números 6 e 7, este último número com a redação que lhe foi dada pela Portaria n.º 210/2008, de 29 de Fevereiro).

adotada para o preenchimento dos lotes de processos”; e “a indefinição relativa aos custos a suportar pela Ordem e quanto ao respetivo ressarcimento”.

Em 25 de janeiro de 2008, o Bastonário emitiu uma mensagem em que manifesta a “rejeição total” da Portaria n.º 10/2008. Mais refere que o sistema de pagamentos mensais aí previstos, para “além de ofensivos para a dignidade dos Advogados portugueses, inviabilizam também a prestação do patrocínio forense aos sectores da população mais desfavorecidos”, e, entrando em vigor este regime, seria “politicamente aviltante para o próprio governo e constituiria uma inominável indignidade numa República que se diz baseada na dignidade humana”.

A luta entre a Ordem dos Advogados e o Governo manteve-se em simultâneo com um processo de negociação. Em nova mensagem, datada de 23 de fevereiro de 2008, o Bastonário veio comunicar que tinha sido alcançado um acordo entre o governo e a Ordem dos Advogados, no sentido de suspender os efeitos da Portaria n.º 10/2008, pelo que as principais alterações conseguidas foram: 1) manter os valores dos honorários que estavam em vigor antes da publicação da Portaria; 2) com a atribuição de cada processo ao defensor ou ao patrono será entregue uma quantia correspondente a 30% do valor dos honorários previstos para o mesmo e constante da Portaria n.º 1386/2004, de 10 de novembro, ao mesmo tempo que os restantes 70% serão pagos até 30 dias depois de findo o processo com base em comunicação remetida pela Ordem dos Advogados ao Instituto de Gestão Financeira, sem que esse pagamento esteja condicionado à confirmação pelas secretarias dos tribunais ou por outras entidades, nomeadamente pelo Ministério Público e órgãos de polícia criminal; 3) as despesas realizadas com o processo serão reembolsadas, também nos mesmos moldes em que o eram antes da publicação da Portaria n.º 10/2008³⁰². Ora, esse acordo veio a consubstanciar-se na redação da Portaria n.º 210/2008, de 29 de fevereiro, que veio ripristinar os valores de pagamento aos advogados e demais profissionais que constavam da Portaria n.º 1386/2004, de 10 de novembro, também ela fruto de negociações entre a Ordem dos Advogados e o Governo.

³⁰² Para além destas, foram também introduzidas as seguintes alterações: 1) continuarão a haver lotes de 50, 30, 20 e 10 processos, sendo contudo da competência exclusiva da Ordem dos Advogados a definição do n.º de lotes para cada comarca; 2) eliminação da exigência de um número mínimo de lotes de 50 nas áreas metropolitanas do Porto e de Lisboa; 3) o tempo de cada escala é reduzido de 12 para 6 horas, ou seja, as escalas serão contabilizadas em duplicado sempre que a permanência no local das diligências ultrapasse as 6 horas; 4) só os magistrados judiciais ou os do Ministério Público poderão fazer participações à Ordem dos Advogados contra os defensores ou patronos, tendo sido eliminada a possibilidade de essas participações também poderem ser feitas por órgãos de polícia criminal; 5) todas as nomeações de patronos e defensores passarão a ser feitas apenas pela Ordem dos Advogados.

8 O(s) contexto(s) da produção e transformação do direito de acesso ao direito e à justiça em Portugal: a constitucionalização e a europeização num campo de luta política e profissional

Ao longo deste capítulo apresentei os aspetos mais relevantes do direito do acesso ao direito e à justiça vigente, neste momento, em Portugal, com origem no direito internacional (a nível mundial e europeu), no direito europeu (União Europeia) e de direito estadual português (constitucional e regime jurídico do apoio judiciário). Ora, ao finalizar o presente capítulo vou analisar o contexto da sua produção e transformação em Portugal. Para isso, parece-me relevante escolher indicadores socioeconómicos e sociodemográficos, de natureza política (programas de partidos políticos e do governo) e da ação das profissões jurídicas (documentos das associações profissionais). Desse modo, pode-se analisar que tipo de relação a produção e transformação deste direito teve com os seus contextos socioeconómico (nível de desenvolvimento do país), político (a construção do Estado de Direito) e profissional (os interesses e representações).

8.1 O contexto socioeconómico (1970-2010): inexistência de relação entre o desenvolvimento socioeconómico e a transformação do regime jurídico do apoio judiciário

As tendências socioeconómicas gerais para o período de 1970 a 2010 apontam para uma melhoria generalizada das condições de vida, para a democratização do ensino e para uma maior participação das mulheres no mercado de trabalho. O PIB cresceu exponencialmente entre 1970 e 2007, de 1.059 milhões de euros para 163.119 milhões de euros, a preços correntes, situando-se o maior crescimento entre a década 1980 e 2001 – no recenseamento de 1981, o PIB era de 8.847 milhões de euros; no recenseamento geral da população de 1991 o valor ascendia aos 50.000 milhões de euros; e no recenseamento de 2001 atingiu os 129.308 milhões de euros.

O rendimento disponível das famílias, por sua vez, acompanha a tendência de crescimento do PIB, com um maior crescimento também nas décadas de 1980 e 1990. Esta evolução acontece apesar da tendência global de crescimento da taxa de desemprego. Note-se ainda que, muito embora a taxa de risco de pobreza tenha aumentado entre 1996 e 2010, de 37% para 43%, a taxa após as transferências sociais tem vindo a decrescer, atingindo em 2010, os 18%.

No período considerado, verifica-se que a taxa de atividade também cresce consideravelmente, resultante sobretudo de uma maior entrada da população feminina no mercado de trabalho. Verifica-se, ainda, que a taxa de analfabetismo da população feminina tem vindo a decrescer sistematicamente, aproximando-se da média nacional.

A mutação do direito constitucional do acesso ao direito e à justiça ocorre, como se referiu, em 1976, 1982, 1989 e 1997, enquanto o regime jurídico do apoio judiciário transforma-se em 1987, 2000, 2004 e 2007. Ora, comparando estes momentos de alteração jurídica com os dados socioeconómicos e sociodemográficos (quadros 32 e 33 do capítulo VII) não se consegue estabelecer qualquer relação entre o desenvolvimento económico do país e os momentos de alteração constitucional ou de alteração do regime jurídico do apoio judiciário.

Poder-se-ia escrever, que o sentido desta mutação do referido direito acompanha o desenvolvimento socioeconómico. Mas, por um lado, a manutenção, em vigor até 1987, da anacrónica lei da assistência judiciária de 1979 demonstra a inexistência de tal reflexo. Por outro lado, não existe nos textos das leis constitucionais ou comuns referidas, nas suas motivações, nos debates parlamentares, o mínimo indício que os momentos e os ritmos de transformação deste direito tivessem um qualquer tipo de relação com o desenvolvimento económico do país.

8.2 O contexto político

8.2.1 A constitucionalização e a europeização

Ao analisar a evolução da legislação relativa ao apoio judiciário, em Portugal, desde 1970, constata-se que a transformação do acesso ao direito e à justiça ocorre ao longo dos seguintes seis períodos:

- a) 1970 a 1976 – a assistência judiciária;
- b) 1976 a 1987 – a constitucionalização (1976 e 1982) do acesso ao direito e à justiça e manutenção da lei de assistência judiciária;
- c) 1987 a 2000 – o regime de apoio judiciário e desenvolvimento da norma constitucional (1989 e 1997);
- d) 2000 a 2004 – a desjudicialização da concessão do apoio judiciário e o alargamento dos beneficiários abrangidos;
- e) 2004 a 2007 – critérios restritivos e inconstitucionais de insuficiência económica

- f) Desde 2007 – conformação dos critérios jurídicos de insuficiência económica à jurisprudência constitucional.

Em junho de 1970, foi publicada a Lei n.º 7/70 sobre a assistência judiciária, sendo publicado em 18 de novembro do mesmo ano o Regulamento da Assistência Judiciária nos tribunais ordinários, através do Decreto n.º 562/70. Assim, foi já na última fase de vigência do Estado Novo, que estes diplomas foram promulgados, instituindo, para quem tivesse insuficiência económica para custear as despesas normais do processo, um regime tímido de natureza assistencialista, de dispensa, total ou parcial, do prévio pagamento de preparos e custas e de representação jurídica “pro bono”, assente no voluntarismo e no dever profissional e ético dos advogados, que eram nomeados, para o efeito, pelo juiz da causa.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976, inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 8.º) e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (artigo 6.º), vem, em termos jurídicos, fazer uma rotura ao consagrar, no seu artigo 20.º, que a todos os cidadãos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos. Mas, paradoxalmente tal desiderato não passou durante 11 anos da Constituição para a legislação e consequentemente para a sociedade.

Esta norma constitucional foi aprovada pouco depois do Conselho da Europa ter adotado a já referida Resolução 76-5 relativa ao apoio judiciário em matéria civil, comercial e administrativa. Neste contexto, o então Ministro da Justiça Mário Raposo declarou que:

O acesso ao direito “dá forma social à pessoa humana, torna-a mais capaz de se julgar e de julgar o mundo, impele-a a modificar-se e a modificá-lo no círculo incessantemente renovado das leis legítimas, decide-a a escolher outros motivos e aspirações para além dos propostos por esse mundo”, pois “antes de se gizarem as grandes intenções e as belas teorias se deverá assegurar ao homem, liminarmente, o acesso ao direito” (Raposo, 1977: 392)303.

Assim, na sequência da aprovação e entrada em vigor do art.º 20.º, da CRP, da referida Resolução 76-5 e, ainda, da entretanto, publicada Resolução 78-8, do

³⁰³Em Outubro de 1978, o Ministro da Justiça, Mário Raposo, deu posse a uma Comissão, presidida pelo Bastonário Ângelo de Almeida Ribeiro, com o fim de elaborar um anteprojeto de legislação regulamentadora do patrocínio officioso e da assistência judiciária e extrajudiciária, bem como da intervenção de advogados e solicitadores. A Comissão de Acesso ao Direito apresentou, em Junho de 1980, um relatório e um anteprojeto legislativo que deu origem à Proposta de Lei de Autorização Legislativa n.º 356/l, na qual era manifestada a intenção de reformular o sistema de assistência judiciária e de patrocínio officioso vigente, mediante a criação de mecanismos de assistência e de proteção jurídica. A partir dos trabalhos preparatórios da Comissão, a Ordem dos Advogados elaborou, em 1981, um anteprojeto de lei, que foi enviado ao Ministro da Justiça.

Conselho da Europa, sobre assistência judiciária e consulta jurídica, deu-se início, em Portugal, a um processo de reforma legislativa do acesso ao direito e à justiça, que não logrou atingir o seu objetivo, mantendo-se a situação de discrepância acentuada entre a norma constitucional e o regime *pro bono* da assistência judiciária.

Em 1982, a revisão Constitucional alterou, como se referiu anteriormente, a epígrafe deste artigo constitucional, dando lugar à expressão *acesso ao direito e aos tribunais*, numa “inovação sem precedentes em constitucionalismo comparado” (Raposo, 1984: 524). Até então falava-se em *acesso à justiça*, com o sentido de acesso aos tribunais, de garantia da via judiciária para a defesa de direitos (Alegre, 1989: 7).

No entanto, foi só com a publicação da Lei de Autorização Legislativa³⁰⁴ n.º 41/87, de 23 de dezembro, do Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de dezembro e do Decreto-Lei n.º 391/88, de 26 de outubro, que o novo regime de acesso ao direito – regime jurídico do apoio judiciário – iniciou a sua vigência, em 25 de novembro de 1988, mais de dezassete anos depois do regime criado no período de Marcelo Caetano. Com a entrada em vigor deste regime jurídico inicia-se um novo ciclo em que se previa um sistema público de acesso ao direito e à justiça (ainda só aos tribunais) com informação jurídica, consulta jurídica e apoio judiciário (representação por advogado e dispensa de pagamento de taxas e custas), em que o serviço prestado pelos advogados era remunerado pelo Estado.

A Revisão Constitucional de 1989, que veio introduzir algumas alterações ao artigo 20.º, da CRP, foi efetuada em consonância com este novo regime jurídico do apoio judiciário, de 1987. Mas, a Revisão Constitucional de 1997 altera, de novo, o artigo 20.º, da CRP, alargando o seu âmbito ao “acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva”. Como já se escreveu, neste capítulo, com esta alteração ao artigo 20.º, da CRP, também se constitucionalizaram vários direitos conexos: o direito de acesso ao direito; o direito de acesso aos tribunais; o direito à informação e consulta jurídicas; o direito ao patrocínio judiciário; o direito à assistência de um advogado; o direito a uma decisão judicial fundamentada; o direito à consulta dos autos; o direito a uma decisão em prazo razoável; e o direito ao recurso de decisões que afetem direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados (Canotilho e Moreira, 2007; Santos Serra, 2000).

³⁰⁴ A publicação desta lei resulta da Proposta de Lei n.º 11/V que o Governo apresentou, em Novembro de 1987, à Assembleia da República, e do Projeto de Lei n.º 97/V, no qual seria retomado o Projeto de Lei n.º 342/IV do Grupo Parlamentar do PCP.

Assim, pode concluir-se, em primeiro lugar, que, de 1976 até 1997, a dimensão política de que o acesso ao direito e à justiça é um elemento constitutivo da construção da democracia e do Estado de Direito, esteve sempre presente no legislador constitucional, como expressão da ação política do órgão de soberania, que é a Assembleia da República. Em segundo lugar, pode afirmar-se que a constitucionalização do acesso ao direito e à justiça tem sido mais profunda e acelerada que a transformação da legislação de apoio judiciário, que por sua vez tem uma grande discrepância institucional e prática com a realidade social, como se estudará nos capítulos seguintes.

Pode, ainda, concluir-se que com a entrada em vigor do DL n.º 387-E/87, de 29 de dezembro, se concluiu, em Portugal, a primeira fase de europeização do acesso ao direito e à justiça por via da conformação do regime de apoio judiciário à CEDH e às resoluções dos anos setenta do século passado do Conselho da Europa.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 30-E/2000, de 20 de dezembro, inicia-se um novo ciclo e opera-se a transformação do sistema de apoio judiciário vigente, que atribui ao Instituto da Segurança Social a competência para apreciar os pedidos de apoio judiciário, alarga os beneficiários abrangidos, com o critério de insuficiência económica mais abrangente de sempre, permite que estes escolham o advogado que entendam, exige que o patrocínio oficioso seja efetuado por advogado – para melhorar a qualidade da oferta – e melhora a tabela de pagamentos. Neste sistema, o Ministério da Justiça financia, designadamente pagando aos advogados, a Segurança Social decide a atribuição do apoio judiciário e a Ordem dos Advogados gere a nomeação de advogados para prestar o serviço de apoio judiciário, ou seja, o estado contrata advogados através da referida Ordem.

Mas, em 2004, é introduzido um conceito de insuficiência económica, através da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, excessivamente restritivo, cuja regulamentação foi objeto de vários acórdãos do Tribunal Constitucional a determinar a sua inconstitucionalidade. Daí que a Lei n.º 34/2004 tenha sido alterada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, que procura alterar o conceito de insuficiência económica, em conformidade com a CRP, ao mesmo tempo que alarga ligeiramente, por essa via, o leque de beneficiários da prestação social que garante o acesso ao direito e à justiça.

As alterações de 2000, 2004 e 2007 mantiveram o sistema tripartido da lei de 2000 (Ministério da Justiça, Segurança Social e Ordem dos Advogados), tiveram

sempre origem em propostas dos governos e refletiram sempre acordos com a Ordem dos Advogados³⁰⁵, o que permite concluir, também, que estas alterações legislativas tiveram, essencialmente, origem no político. Refletiram, ainda, uma segunda fase do fenómeno da europeização pela ação convergente dos Conselhos de Ministros da Justiça do Conselho da Europa e da União Europeia, como se escreveu, ao recomendarem a existência de um sistema de apoio judiciário, a criação de meios de resolução alternativa de litígios e a contenção de custos.

Todavia, a União Europeia também europeizou a “tradição constitucional” portuguesa (e a de outros Estados) ao consagrar, no Tratado da União Europeia de Lisboa, de 2007, um direito do acesso ao direito e à justiça como se encontrava previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

As transformações deste regime jurídico de acesso ao direito e à justiça, de 1970 a 2010, por um lado, deram-se a uma velocidade muito mais lenta que o desenvolvimento socioeconómico da sociedade portuguesa e do que a transformação do direito da família e das crianças, que analisarei no capítulo VII. Por outro lado, a mutação deste regime tem sido sobretudo efetuada nos campos da política europeia (CE e UE) e nacional (Assembleia da República e do governo), com uma forte pressão da Ordem dos Advogados (acordos de 2000, 2004 e 2007) e jurídico-constitucional – e não socioeconómico –, decorrente da constitucionalização referida, com a intervenção, nos últimos anos, do Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional um conceito de insuficiência económica, que, por ser tão restritivo, quase só permitia aos indigentes o acesso ao apoio judiciário.

Ora, no entanto, a ação relevante do político, nesta matéria, não foi consensual, pelo que passarei, de seguida, a analisar, no período de 1976 a 2010, a ação dos governos, dos partidos e das associações dos profissionais do direito.

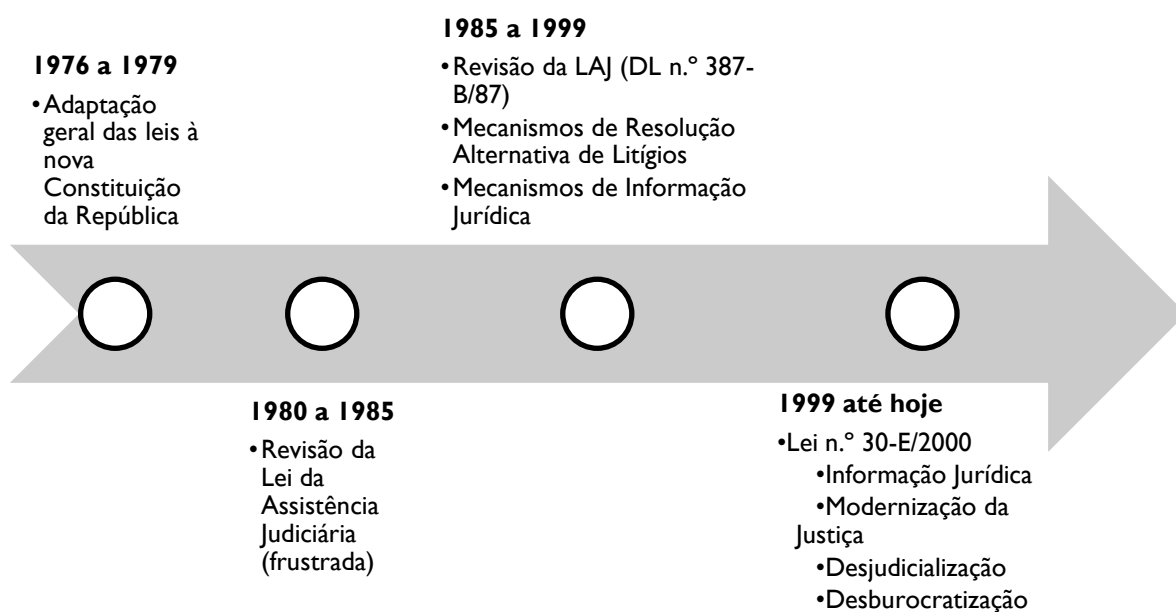
8.2.2 Os Programas de Governo: da transição democrática, à reforma e “modernização” da justiça

A partir da análise conjunta dos programas políticos dos últimos trinta anos podemos distinguir, grosso modo, quatro fases (momentos ou períodos) que correspondem a “conceções” e preocupações distintas no que respeita à justiça e direito e, nomeadamente, ao acesso ao direito e à justiça (figura 2). Nos anos seguintes

³⁰⁵ Como se referiu, em 2000 e 2004 os acordos com a Ordem dos Advogados precederam a aprovação da legislação e, em 2007, foi negociado, após a publicação da legislação, devido à contestação da Ordem dos Advogados à portaria, que fixava as remunerações dos advogados.

à Revolução de 1974 até ao início da década de 1980, período temporal conturbado com a sucessão de governos, os diferentes programas de Governo remetiam, no que toca à justiça, essencialmente para a necessidade de democratização do sistema judicial e atualização da legislação existente em conformidade com a nova Constituição. Neste período apenas o programa do III Governo Constitucional (1978)³⁰⁶, que foi simultaneamente o mais curto, referia – e pela primeira vez – a promoção do “acesso aos direitos por parte de todos os cidadãos” como objetivo do Ministério da justiça, anunciando uma nova e mais ampla política de assistência judiciária (quadro 5).

Figura 2 – Evolução das conceções e preocupações dos programas de governo³⁰⁷



Ultrapassado este período político da transição democrática, centrado, no que tocava à justiça, na adaptação legislativa à nova realidade política e constitucional, desponta uma nova fase, entre o início e meados da década de 1980, em que os programas dos Governos começam a dedicar uma maior atenção à temática do acesso ao direito e à justiça. Os programas políticos do VII ao IX Governo Constitucional remetem especificamente para a necessidade de reformulação e melhoramento da lei da assistência judiciária, por influência das Resoluções do Conselho da Europa, com o objetivo de garantir a proteção das classes desfavorecidas, o que não consegue ser concretizado (quadro 6). Assim, os governos não conseguem concretizar, em termos

³⁰⁶ Presidido por Nobre da Costa.

³⁰⁷ Note-se que, no período de 1985 a 1999, a Revisão da LAJ (lei do apoio judiciário) deu-se através da criação do regime jurídico do apoio judiciário, com o Decreto-Lei n.º 387-B/87, 29 de Dezembro.

legais, a referida constitucionalização do direito de acesso ao direito e à justiça efetuada em 1976 e aprofundada com a revisão constitucional de 1982.

Durante a década de oitenta, do século XX, os programas de governo têm uma preocupação, embora não seja central na política da justiça, com o acesso ao direito e à justiça, que não estava refletida nos programas eleitorais dos partidos, como analisarei de seguida, pelo que se admite, como hipótese, que o pensamento político dos Ministros da Justiça, nesta matéria, é um fator de reforma do acesso ao direito e à justiça, de modo a colocar Portugal formalmente de acordo com o direito internacional e a ação de instituições europeias, como o já referido Conselho da Europa. Com essa iniciativa protagonizada pelos Ministros da Justiça³⁰⁸ veio a ser publicado, em 1987, o regime jurídico do apoio judiciário, o que tinha sido conseguido de 1970 a 1987.

Na perspetiva dos sucessivos governos a política de acesso ao direito e à justiça não foi prioridade até 1987, havendo uma dissonância entre a ação do governo e a Assembleia da República, no exercício dos seus poderes constituintes em 1976 e 1982.

Ainda que os mecanismos de arbitragem sejam referidos no programa político do VII Governo Constitucional (1981/1983), é no período seguinte, entre 1985 e finais da década de 1990, que os mecanismos de resolução alternativa de litígios (arbitragem, conciliação, etc.) vão, a par da necessidade de informação (consulta jurídica, atendimento), obter maior destaque nos programas dos diferentes Governos, no que respeita ao acesso ao direito e à justiça, o que foi concretizado na reforma da legislação e na criação do regime jurídico de apoio judiciário, em 1987, e na sua reforma no ano 2000, como analisei anteriormente.

Por fim, é possível identificar uma nova fase, que teve início em 2000 e se estende até aos dias de hoje, em que os programas dos governos remetem para a necessidade de modernização da justiça. As palavras-chave deste período são desjudicialização, desburocratização, simplificação, “desmaterialização” (pelas novas tecnologias). Nesta fase a justiça é concebida como devendo estar ao serviço da cidadania, mas também do desenvolvimento económico e social.

³⁰⁸ Dos documentos analisados (discursos, iniciativas políticas, nomeação de comissões de reforma), é notório o papel relevante dos Ministros Mário Raposo, na preparação, e Laborinho Lúcio, na concretização do DL n.º 387-B/87, de 29 de dezembro.

Quadro 5 – Análise dos Programas de Governo Constitucionais, 1976 a 1985

Governo	I Governo Constitucional	II Governo Constitucional	III Governo Constitucional	IV Governo Constitucional	V Governo Constitucional	VI Governo Constitucional	VII Governo Constitucional	VIII Governo Constitucional	IX Governo Constitucional
Data	23 de julho de 1976 a 23 de janeiro de 1978	30 de janeiro de 1978 a 29 de agosto de 1978	29 de agosto de 1978 a 15 de setembro de 1978	22 de novembro de 1978 a 7 de julho de 1979	7 de julho de 1979 a 3 de janeiro de 1980	3 de janeiro de 1980 a 9 de janeiro de 1981	9 de janeiro de 1981 a 4 de setembro de 1981	4 de setembro de 1981 a 9 de junho de 1983	9 de junho de 1983 a 6 de novembro 1985
Primeiro-Ministro	Mário Soares (PS)	Mário Soares (PS e CDS/PP)	Alfredo Nobre da Costa	Carlos Alberto da Mota Pinto	Maria de Lurdes Pintassilgo	Francisco Sá Carneiro (PPD/PSD, CDS/PP e PPM)	Francisco Pinto Balsemão (PPD/PSD, CDS/PP e PPM)	Francisco Pinto Balsemão (PPD/PSD, CDS/PP e PPM)	Mário Soares (PS e PPD/PSD)
Ministro da Justiça	António Almeida Santos	José Dias dos Santos Pais	Mário Raposo	Eduardo Correia	Pedro de Sousa Macedo	Mário Raposo	José Menéres Pimentel	José Menéres Pimentel	Rui Machete Mário Raposo
Programa do Governo	Progressiva democratização do sistema judicial e garantia da igualdade dos cidadãos perante a lei (revogando todas as normas contrárias à Constituição da República de 1976)	Conclusão do Programa apresentado pelo I Governo Constitucional		Adaptação e atualização da legislação existente	Modernização do Sistema Judicial no seu todo; Necessidade de difusão de mecanismos de arbitragem e adoção de dispositivos dissuasores de uma litigância excessiva;				
Medidas ou Mecanismos de Acesso ao direito e à justiça	Não existem medidas concretas	Não existem medidas concretas	Ponto 2.3.14 do capítulo destinado à política de justiça revela preocupação do governo em promover o acesso ao direito por parte de todos os cidadãos e refere uma nova e mais ampla política de assistência judiciária	Não existem medidas concretas	Não existem medidas concretas	Difusão de mecanismos de arbitragem; Concretização de uma política de acesso ao direito, através dos dispositivos de assistência judiciária e a intervenção dos profissionais de foro	Reformulação da lei de assistência judiciária, com o objetivo de garantir a proteção das classes mais desfavorecidas	(repetição) Reformulação da lei de assistência judiciária, com o objetivo de garantir a proteção das classes mais desfavorecidas	Necessidade de melhorar a legislação relativa à assistência judiciária

No século XXI a iniciativa política mantém-se, assim, no governo. Os programas de governo de 1999 e de 2004, no âmbito da modernização da justiça, preveem medidas de reforma do apoio judiciário. Ambos os governos negociaram com a Ordem dos Advogados, embora só o programa de governo de 2004 o preveja, a gestão da prestação de serviços dos advogados, no âmbito do apoio judiciário. Todavia, a lei de 2000 tem, como se referiu, um âmbito mais abrangente e menos seletivo, não tendo um critério de insuficiência económico indexado ao rendimento líquido do agregado familiar. A lei de 2004, ao restringir a elegibilidade para aceder ao regime, reflete uma visão política minimalista do regime do apoio judiciário, o que veio a ser censurado pelo Tribunal Constitucional.

Assim, enquanto no século XX os sucessivos governos, independentemente da sua orientação ideológica, não pretenderam retroceder nas reformas efetuadas no apoio judiciário. Em 2004, por razões de opção política, o governo conservador (PSD/CDS) pretendeu minimizar o acesso ao apoio judiciário, o que veio a ser mitigado, em 2007, pelo governo, de orientação social-democrata (Partido Socialista), após a censura do TC. Esta tensão legislativa evidencia que o acesso ao direito e à justiça e, conseqüentemente, o regime do apoio judiciário, são um campo de luta política, que sempre esteve presente nas orientações dos partidos e das associações profissionais, como analisarei de seguida.

8.2.3 O acesso ao direito e à justiça nos programas dos partidos políticos e dos governos (1976 a 2009)

8.2.3.1 O acesso ao direito e à justiça entre o público, o mercado, a comunidade e as parcerias

Da análise dos programas eleitorais dos diferentes partidos políticos – ver anexo³⁰⁹ – emerge, em primeiro lugar, que o acesso ao direito e à justiça, em regra, não é central ao debate político, nem sequer ao debate sobre a política de justiça. Em segundo lugar, esse debate divide-se em cinco grandes temáticas/eixos analíticos, associadas ao acesso ao direito e à justiça – informação e educação para a cidadania; apoio judiciário (consulta jurídica e patrocínio); criação de entidades de resolução alternativa de conflitos e desjudicialização; e a flexibilização processual – sendo importante perceber como cada um dos partidos se posicionam, aproximando ou afastando-se conforme a temática (ver os quadros seguintes, 7 e 8).

³⁰⁹ Aqui farei unicamente uma síntese analítica desses debates. A descrição de cada uma das posições está efetuada no anexo 7, a este capítulo.

Quadro 6 – Análise dos Programas de Governo Constitucionais, 1985 a 2009

Governo	X Governo Constitucional	XI Governo Constitucional	XII Governo Constitucional	XIII Governo Constitucional	XIV Governo Constitucional	XV Governo Constitucional	XVI Governo Constitucional	XVII Governo Constitucional	XVIII Governo Constitucional
Data	6 de novembro de 1985 a 17 de agosto de 1987	17 de agosto de 1987 a 31 de outubro de 1991	31 de outubro de 1991 a 28 de outubro de 1995	28 de outubro de 1995 a 25 de outubro de 1999	25 de outubro de 1999 a 6 de abril de 2002	6 de abril de 2002 a 17 de julho 2004	17 de julho de 2004 a dezembro de 2004	12 de março de 2005 a 27 de setembro de 2009	27 de setembro de 2009
Primeiro-Ministro	António Cavaco Silva (PPD/PSD)	António Cavaco Silva (PPD/PSD)	António Cavaco Silva (PPD/PSD)	António Guterres (PS)	António Guterres (PS)	Durão Barroso (PPD/PSD e CDS/PP)	Pedro Santana Lopes (PPD/PSD e CDS/PP)	José Sócrates (PS)	José Sócrates (PS)
Ministro da Justiça	Mário Raposo	Fernando Nogueira Laborinho Lúcio	Laborinho Lúcio	José Vera Jardim	António Costa	Maria Celeste Cardona	José Pedro Aguiar-Branco	Alberto Costa	Alberto Martins
Programa do Governo		Reformas legislativas, sobretudo na área cível, referiam residualmente o acesso ao direito e à justiça			Mobilizar a justiça ao serviço da cidadania e do desenvolvimento;	Política de Modernização da justiça: mais acessível aos cidadãos, mais adequada às necessidades de empresas, mais célere e ágil (reformas de informatização e simplificação processual)		Garantir a efetividade dos direitos e deveres e tornar o sistema de justiça um fator de desenvolvimento económico e social.	(Continuação do programa anterior) Justiça mais fácil, desburocratizada, simples, mais célere e acessível aos cidadãos; Aposta nas novas tecnologias;
Medidas ou Mecanismos de Acesso ao direito e à justiça	Necessidade de Concretização de uma política de acesso ao direito, Referia as vantagens da arbitragem e conciliação, nomeadamente na área comercial, permitindo o alargamento dos mecanismos de acesso;	Preocupação com a implementação de mecanismos de arbitragem	Necessidade de um acesso mais fácil ao direito e à justiça - uma das quatro prioridades para a área da justiça – através: modernização da organização judiciária, desenvolvimento dos centros de arbitragem, cobertura do país com Gabinetes de Consulta jurídica gratuita; criação do Programa Cidadão e Justiça para a difusão de informação sobre o funcionamento do sistema judicial;	Garantir a concretização dos direitos dos cidadãos, com a melhoria do acesso através das seguintes estratégias: assegurar uma defesa digna (advogado indicado pela OA); criação de Gabinetes de Consulta jurídica; reforçar os meios de atendimento e encaminhamento dos cidadãos nos tribunais e lançar linhas telefónicas diretas; acesso à informação jurídica através de meios informáticos;	Desenvolver uma justiça mais próxima e acessível aos cidadãos, com estruturas mais flexíveis e modernas, através da participação ativa dos operadores judiciais, modernização do sistema jurídico e judiciário e promoção do acesso à justiça e ao direito em condições de igualdade e celeridade;	Reforço dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos; Reforço dos julgados de paz e a criação de jurisdições especializadas; 3 linhas de intervenção: 1) condensação e sistematização da legislação existente; 2) facilitação do acesso a informação legislativa através da Internet; 3) apoio à criação de uma entidade com a OA para regular a atribuição de advogados de patrocínio oficiosos;		Promoção da desjudicialização e resolução alternativa de litígios (Julgados de Paz; centros de arbitragem); Inovação tecnológica na justiça, permitindo o acesso ao processo judicial digital e a serviços on-line; Qualificação da resposta judicial, através do descongestionamento processual; Funcionamento mais transparente dos tribunais;	(Continuação do programa anterior)

A temática da informação e educação para a cidadania aparece mencionada, pela primeira vez, em 1995 nos programas eleitorais, designadamente no do PS, que propõe a criação de uma Rede Nacional de informação Jurídica, e o do PPD/PSD, que propõe a realização de programas de formação para a cidadania para crianças e jovens e de cursos sobre administração da justiça para mediadores sociais e cidadãos. Se no caso do PS esta temática é referida nos dois programas eleitorais seguintes, no caso do PPD/PS a informação e educação para a cidadania, com o programa justiça e cidadania, é retomada, em 2002, com a proposta de criação de uma estrutura descentralizada de informação jurídica. Entre os restantes partidos, o único que faz referência à informação e educação para a cidadania é o PCP, já em 2005, na proposta de organização de um programa de divulgação sistemática da função social do Direito e dos tribunais nas escolas e outros locais.

Relativamente ao apoio judiciário, importa observar os programas eleitorais quanto ao seu carácter mais generalista ou específico e quanto à defesa de manutenção do sistema atual ou a criação de um sistema estritamente público de apoio judiciário. Não obstante as diferenças entre os programas eleitorais do PPD/PSD, PS e CDS/PP, uma das características que os programas eleitorais destes partidos têm em comum é o carácter genérico da maioria propostas apresentadas nos programas eleitorais. Estes contrastam com o grau elevado de especificidade dos programas do PCP, onde salvo raras exceções, são apresentadas medidas concretas como a criação dos Julgados de Paz ou do defensor público. A manutenção do sistema atual ou criação de um Instituto do Defensor Público, com defensores públicos, é uma das temáticas que suscita maiores debates não só entre partidos, como na própria Ordem dos Advogados e entre os magistrados judiciais. De referir também, nesta sede, a forma como o PS, no programa de 2002, concebe o sistema de apoio judiciário, encarando-o como uma prestação social. Por fim, é de salientar que a temática do acesso ao direito e à justiça “desaparece” dos dois últimos programas eleitorais dos dois grandes partidos portugueses (PS e PPD/PSD), focando-se a atenção destes dois partidos na desjudicialização, modernização, desburocratização. Nas duas últimas legislativas, apenas os partidos com menos representação parlamentar, em especial PCP e Bloco de Esquerda, continuam a referir a temática do acesso ao direito e à justiça.

O PCP foi o primeiro partido a propor a criação de um Instituto de Acesso ao Direito para a concretização dos benefícios do apoio judiciário, como fim de aproximar os cidadãos da justiça. Este instituto aparece referenciado pelo PCP, desde 1999, nos vários programas eleitorais, associado à criação de um defensor público. O PPD/PSD incluiu também, entre 1999 e 2002, nos seus programas eleitorais a criação de um Instituto do Defensor Público, com um corpo de advogados com a exclusiva função de promover o apoio judiciário. À semelhança do PPD/PSD e o do PCP, o Bloco de Esquerda no programa de 2009 defende a criação do Instituto do Defensor Público. O PS, por sua vez, contrapõe ao Instituto do Defensor Público no programa eleitoral de 2002, uma “terceira via”, em que é criado um novo sistema, mas cujo carácter não é estritamente público: criação de um novo sistema de consulta e patrocínio jurídico que envolvesse várias entidades (OA, Procuradoria-Geral da República, Câmara de Solicitadores e demais entidades).

A criação e desenvolvimento de entidades de resolução alternativa de conflito são um vetor consensual nos programas eleitorais dos partidos políticos. PPD/PSD e CDS/PP foram os primeiros partidos a referirem, nos seus programas eleitorais de 1976 a 1979, as entidades de resolução alternativa de conflito. O CDS/PP referia apenas o favorecimento de métodos não contenciosos de solução de conflitos, mas o PPD/PSD ia mais longe e propunha a criação de um regime legal para os métodos não contenciosos de resolução de litígios. Estes mecanismos voltam a ser referidos nos programas eleitorais destes dois partidos em 1985, estando presentes em todos os programas eleitorais do PPD/PSD e CDS/PP³¹⁰ até hoje. No caso do PS e PCP os mecanismos de resolução alternativa de litígios surgem pela primeira vez nos programas eleitorais das eleições de 1983, a partir das quais se constituiu o IX Governo Constitucional (1983-1985) para não mais “saírem”. Note-se que o Partido Comunista Português até 1983 não tinha sequer referências concretas à política de justiça, passando a partir desta data não só a dar destaque à temática do acesso ao direito e à justiça como a apontar medidas concretas de intervenção. De resto, o Partido Comunista Português é responsável pela introdução na discussão pública sobre os “Julgados de Paz”, como justiça de proximidade, que posteriormente obtém consenso entre os restantes partidos (quadros 7 e 8).

³¹⁰ Para os programas que temos disponíveis.

Quadro 7 – Análise dos Programas Eleitorais dos Partidos para eleições legislativas, 1976 a 1991

Período	1976-1980					1980-1983	1983 - 1985	1985-1987	1987-1991
Governos Constitucionais	I ao V Governo Constitucional					VI ao VIII Governo Constitucional	IX Governo Constitucional	X Governo Constitucional	XI Governo Constitucional
Partido que formou Governo	PS (07/1976 a 01/1978)	PS (01/1978 a 08/1978)	PPD/PSD (08/1978 a 11/1978)	PPD/PSD (11/1978 a 07/1979)	PS (07/1979 a 01/1980)	PPD/PSD, CDS/PP e PPM	PS PPD/PSD	PPD/PSD	PPD/PSD
Partidos	PS	Reformulação da organização judiciária para o exercício dos direitos de cidadania; Facilitação do acesso de todos os cidadãos aos tribunais, independentemente da fortuna, através da criação de órgãos de consultadoria e de assistência gratuita, para quem não disponha de meios, e simplificação das normas de processo;				(Coligação com a Associação Social Democrática Independente (ASDI) e com a União de Esquerda para a Democracia Socialista (UEDS)) Democratização do acesso ao direito e à justiça; Alteração da lei de assistência judiciária para garantir a efetiva proteção jurídica das classes mais desfavorecidas; Criação de gabinetes regionais de informação jurídica;	(coligação PS com o PPD/PSD – Bloco Central) Modernização e democratização da justiça concretizadas pelo acesso ao direito e aos tribunais, independentemente da fortuna através: alterações aos institutos de assistência judiciária e ao sistema de defesa oficiosa; instituição dos tribunais arbitrais;	Igualdade de acesso, quanto à informação quer quanto à sua aplicação, e participação, na administração, dos cidadãos na justiça; Reorganização dos tribunais e reformas processuais e do regime de custas (permitindo soluções extrajudiciais ou de arbitragem); Reforma da assistência judiciária; Alargamento do âmbito de intervenção do Provedor da Justiça;	Não foi elaborado programa eleitoral;
	PPD/PSD	Revitalização e democratização do sistema judiciário para melhorar o acesso dos cidadãos ao direito e à justiça; Regime legal para os métodos não contenciosos de resolução de conflitos (arbitragem e conciliação) Revisão do instituto da assistência judiciária (participação de estagiários de advocacia e criação de gabinetes de consulta gratuita)				(Coligação PPD/PSD e CDS – Aliança Democrática (AD)) Reconversão dos dispositivos de assistência judiciária existentes; Criação de novos tipos de apoio jurídico aos cidadãos em geral;	(coligação PS com o PPD/PSD – Bloco Central) Sem referências concretas à política de justiça	Simplificação do acesso aos tribunais; Criação de novos mecanismos de conciliação;	Desenvolvimento dos mecanismos alternativos da justiça judicial (arbitragem e composição informal de litígios) em conexão com uma política geral de acesso ao direito
	CDS	Criação de um defensor do cidadão face ao Estado Simplificação e redução de custos do acesso dos particulares à justiça; Garantia de uma assistência judiciária mais ampla e acessível; Humanização do sistema judiciário, Favorecimento de métodos não contenciosos de solução de conflitos (arbitragem e conciliação)				(Coligação PPD/PSD e CDS – Aliança Democrática (AD)) Reconversão dos dispositivos de assistência judiciária existentes; Criação de novos tipos de apoio jurídico aos cidadãos em geral;		Redimensionamento material e humano do sistema; Simplificação processual; Alargar o campo de negociação, arbitragem e composição voluntária de conflitos;	
	PCP	Sem referências à política de justiça				Sem referências à política de justiça	Criação de um sistema público de informação, consultoria e representação em juízo; Redução das custas judiciais para os cidadãos de menores recursos e a gratuidade para os trabalhadores em processos laborais; Participação dos cidadãos na administração da justiça através da criação de julgados de paz;	Criação de um Sistema Nacional de acesso ao Direito que faculte informação jurídica e combata as desigualdades no acesso à justiça (serviços de apoio extrajudiciário e pré-judiciário e representação em juízo) Redução das custas judiciais e outros encargos para os cidadãos de menores recursos económicos; Reorganização da justiça de trabalho, através da criação de novos meios de composição de conflitos; Criação de Julgados de Paz;	Democratização do acesso à justiça através da aprovação de uma lei sobre o acesso ao direito: facultar aos cidadãos informação jurídica; criação de gabinetes de consulta jurídica em todo o país; limitação drástica das custas e outros encargos aos cidadãos de menores recursos; Criação de Julgados de Paz;

A temática da “desjudicialização” é referida, pela primeira vez, no programa eleitoral de 1991 do PPD/PSD. Ainda que esta designação surja novamente apenas no programa eleitoral do PS, já em 1999, a forma como é referida, “prossecação do esforço de desjudicialização”, indicia desde logo que este é um processo que foi continuado desde o início da década de 1990. Com efeito, esta temática está presente, de forma direta ou indireta, em quase todos os programas eleitorais, dos diferentes partidos, desde meados da década de 1970, através de referências aos mecanismos alternativos ou extrajudiciais de resolução de conflitos, fomentando a utilização dos julgados de paz, serviços de mediação pública ou centros de arbitragem. Contudo, nos últimos anos a preocupação com a desjudicialização foi aumentando, ocupando atualmente um grande protagonismo nos programas eleitorais, em especial do PS, PPD/PSD e CDS/PP. Note-se que PCP e Bloco de Esquerda não utilizam esta expressão nos seus programas políticos.

Por fim, a temática da flexibilização e simplificação processual, por vezes associada à desjudicialização, tem também assumido um crescente protagonismo nos programas eleitorais dos partidos políticos, em especial nos programas dos dois maiores partidos, PS e PPD/PSD. Já em 1976, o CDS/PP referia como uma das propostas eleitorais a simplificação processual e redução de custos do acesso dos particulares à justiça. Mais tarde, em 1991, PPD/PSD propunha a simplificação e desburocratização da justiça, proposta essa que se mantém nos programas eleitorais subsequentes, como no de 2005: “fomento da celeridade processual e simplificação procedimental”. No caso do PS, esta temática surge apenas nos dois últimos programas eleitorais e associada à inovação tecnológica: “inovação tecnológica na justiça, permitindo o acesso ao processo judicial digital e a serviços online; qualificação da resposta judicial, através do descongestionamento processual”. A importância atribuída pelo PS, PPD/PSD e CDS/PP a esta temática, contrasta com a quase inexistência de propostas que se enquadrem neste vetor nos programas eleitorais do PCP e do Bloco de Esquerda.

Quadro 8 - Análise dos Programas Eleitorais dos Partidos para eleições legislativas, 1991 a 2002

Período		1991-1995	1995-1999	1999-2002
Governos Constitucionais		XII Governo Constitucional	XIII Governo Constitucional	XIV Governo Constitucional
Partido que formou Governo		PPD/PSD	PS	PS
Partidos	PS	Desenvolver a criação de tribunais arbitrais de conflitos de consumo; Dignificação do sistema de defesa oficiosas; Redução do sistema de custas judiciais;	Simplificação e racionalização do regime das custas; Reforço do sistema de resolução de conflitos através da arbitragem; Revisão da legislação em matéria de defesas oficiosas, acesso ao direito e tribunais; Criação de uma Rede Nacional de Informação Jurídica;	Modernização do Sistema judiciário, através das novas tecnologias de informação e novos instrumentos de gestão dos tribunais; Recurso mais alargado a formas de conciliação e resolução de conflitos; Criação de mecanismo de contratualização de meios de prevenção de litígios ou de composição extrajudicial de conflitos em colaboração com diferentes entidades; Adoção de medidas favorecedoras da transação judicial e desincentivadoras do desenvolvimento de estratégias litigantes; Prosecução do esforço de desjudicialização; Criação de Centros de Arbitragem por áreas; Criação duma estrutura de coordenação nacional de informação e divulgação dos direitos aos cidadãos; Criação dum novo sistema de consulta jurídica e patrocínio jurídico que envolvesse várias entidades;
	PPD/PSD	Simplificação e desburocratização; Facilitação do acesso dos cidadãos à justiça, independentemente das suas condições económicas; Promoção de novas formas de dirimir os conflitos fora dos tribunais; Abertura de novos Gabinetes de Consulta Jurídica; Desjudicialização do sistema através da instalação de novos centros de arbitragem;	Acesso mais fácil e económico, informação generalizada aos cidadãos, multiplicação das formas de resolução não jurisdicional dos conflitos; Continuação da instalação de Gabinetes de Consulta Jurídica gratuita; Revisão do estatuto dos defensores oficiosos; Criação de mecanismos expeditos e flexíveis de apoio judiciário; Descentralização do programa Cidadão e Justiça; Programas de formação para a cidadania para crianças e jovens; Realização de cursos sobre a administração da justiça para mediadores sociais e cidadãos; Multiplicação de mecanismos de arbitragem não jurisdicional de conflitos; Abertura de espaços à intervenção de Juizes sociais; Criação de Tribunais Municipais de pequenos conflitos, Especialização de alguns sectores da justiça;	Criação de um Instituto do Defensor Público, para a criação dum corpo de advogados com a exclusiva função de promover o apoio judiciário; Criação de Tribunais Permanentes de Arbitragem;
	CDS/PP			
	PCP	Sem referências concretas à política de justiça;	Criação de um Instituto de Acesso ao Direito para a concretização dos benefícios do apoio judiciário; Reavaliação da organização judiciária, com o fim de aproximar os cidadãos da justiça;	Criação de Julgados de Paz; Criação da figura do defensor público, no âmbito de um Instituto Público de Acesso ao Direito; Implementação de estruturas de mediação familiar; Criação de um programa de divulgação sistemática da função social do direito e dos tribunais junto das escolas e de outras instituições,

8.2.3.2A grande linha de tensão: advocacia convencionada com a Ordem dos Advogados vs. Defensor Público

Da análise efetuada o debate político-partidário sobre acesso ao direito e à justiça só no final do século XX, início do século XXI, assumiu alguma centralidade, o que está em linha com a última grande reforma do regime jurídico do apoio judiciário (2000), anteriormente analisada, que consagrou um regime financiado pelo Estado (paga os serviços da Ordem dos Advogados e dos advogados), a sua conceção política como prestação social – embora os constitucionalistas defendam que não é uma prestação do sistema da segurança social -, atribuída pela Segurança Social e a contratação de advogados convencionada com a Ordem dos Advogados, que gere a sua remuneração. A grande linha de tensão que passa pelas propostas dos programas eleitorais dos partidos, que têm representação parlamentar, é a relativa ao modo como concretizar o direito de acesso ao direito e à justiça, nas suas vertentes de informação jurídica, consulta e patrocínio (atualmente em tribunais e junto de meios não judiciais). Uns defendem, com pequenas diferenças, o sistema de convenção com advogados através da Ordem dos Advogados. O sistema de serviço público através da criação do Instituto Público de Acesso ao Direito e à Justiça, é defendido pelo PCP e pelo BE e foi defendido durante algum tempo pelo PSD (1999 a 2002). No entanto, também já foi admitido por todos os partidos, em tempos diferentes, a criação de um sistema de colaboração e parcerias, para o desenvolvimento de uma estrutura/coordenação/rede de informação jurídica e, ainda, para a nomeação de advogados para a consulta e patrocínio judiciário.

Para concluir, deve referir-se que nos vários programas partidários, mas, também, nos programas de Governos, se destaca a menção à Ordem dos Advogados como parceiro privilegiado nas reestruturações, alterações e medidas a adotar no âmbito do acesso ao direito e à justiça. Não obstante, deve inferir-se, como análise de seguida, que esta entidade tem interesses próprios e representações do acesso ao direito e à justiça nem sempre coincidentes com as expressas nos programas partidários. Nomeadamente, a figura do defensor público, que referimos no ponto anterior, é um dos temas que tem suscitado maior debate e oposição no âmbito da Ordem dos Advogados.

8.2.4 A organização das profissões e o acesso ao direito e à justiça: as diferentes perspetivas de advogados, juízes e Ministério Público

Em 2003, aquando do primeiro Congresso da Justiça, foi firmada uma Declaração de Princípios entre as várias organizações de profissionais judiciais responsáveis pela administração da justiça em Portugal, entre os quais os advogados (representados pelo seu bastonário) e magistrados judiciais e magistrados do Ministério Público (representados pelo Presidente da ASJP e pelo Presidente do SMMP). Nessa Declaração reafirmou-se que “os recursos financeiros orçamentados e os investimentos previstos para a Justiça são manifestamente insuficientes para que seja cumprido o princípio constitucional do Acesso ao Direito e à Justiça e para que sejam cumpridas cabalmente as funções judiciais do Estado, não criam condições suficientes para resposta as exigências iminentes de uma justiça célere e rigorosa que os cidadãos exigem e de que precisam, não se adequam ao facto de a Justiça ser uma das principais funções do Estado”³¹¹.

Ora, esta declaração demonstra o consenso em torno do princípio constitucional do direito de acesso ao direito e à justiça, mas oculta que os advogados continuaram a pugnar pela sua centralidade, no acesso ao direito e à justiça, enquanto os juízes defendem a criação dos defensores públicos e o Ministério Público não se opõe ao modelo vigente, desde que o MP seja o garante do acesso ao direito e à justiça nos direitos sociais (trabalho e crianças) e nos interesses coletivos e difusos.

8.2.4.1 As tensões e os debates na Ordem dos Advogados: da tentação do controle à função de gestora de nomeação dos advogados

De acordo com a análise efetuada – ver anexo II, a este capítulo – as tensões e os debates no seio dos advogados e da Ordem dos Advogados sobre acesso ao direito e à justiça, podem ser agrupados nos seguintes temas (quadro 9): a função e o papel da Ordem dos Advogados no sistema e no regime jurídico do acesso ao direito e à justiça, a participação dos advogados estagiários e a rejeição dos meios alternativos de resolução de litígios.

O papel que a Ordem dos Advogados deve desempenhar, no âmbito do regime de acesso ao direito e à justiça, de acordo com a posição maioritária, que tem sido defendida (ainda que tenha sido a que não vingou), é a de que a Ordem dos Advogados deve ser a entidade determinante da concretização do regime do acesso ao direito, havendo uma frontal objeção a todas as propostas relativas à criação da figura de um defensor público. No final dos anos noventa, a Ordem dos Advogados pretendeu

³¹¹ O autor foi um dos relatores de mesa do acesso ao direito e à justiça do primeiro Congresso da Justiça.

através da criação de um Instituto de Acesso ao Direito, dentro da Ordem, que lhe fosse concedida a gestão de todo o sistema de apoio judiciário. Contudo, em 2002, o então Bastonário Rogério Alves defendeu que a Ordem apenas deveria ter o papel de gestão da nomeação dos advogados (com o reforço dos meios de controle e fiscalização das nomeações), sendo esta a posição, após negociação com o governo, que agora lhe compete, no âmbito do sistema (triangular) de apoio judiciário, em vigor (e a que é defendida pelo atual Bastonário Marinho e Pinto).

Quadro 9 – Os Debates e Tensões na Ordem dos Advogados

Temas	Debates/Tensões	
	Posição Vencida	Posições vencedoras
Participação dos advogados estagiários	Defende-se que os advogados estagiários devem participar do acesso ao direito e à justiça e que o apoio judiciário é fundamental na sua formação	Em 2002, Arménia Coimbra e, em 2009, Marinho e Pinto defenderam que os advogados estagiários deviam ser afastados do apoio judiciário, salvo nos processos para os quais são legalmente competentes. Foi a posição que vingou no regulamento de 2008.
Papel da OA no regime de acesso ao direito e à justiça	Determinante: a OA devia gerir o acesso ao direito e à justiça através do IAD (José Miguel Júdice e João Correia)	Em 2002, Rogério Alves (e recentemente Marinho e Pinto) defendeu que à OA apenas devia caber o papel de nomeação de advogados
Desjudicialização e meios alternativos	Os bastonários Júlio de Castro Caldas e José Miguel Júdice defenderam a criação de meios extrajudiciais no seio da Ordem dos Advogados (Arbitragem; Mediação)	Rejeição dos modelos existentes

A participação dos advogados estagiários, no âmbito do sistema de apoio judiciário, confrontou o entendimento do apoio judiciário como instrumental à formação dos advogados e necessário para a construção dum mercado para esses jovens advogados, com o entendimento, de que este regime não é de formação, mas sim um mercado para os advogados, com carteira profissional, o que atualmente se constitui como um mercado relevante para a remuneração regular de um segmento de advogados. Nesta sede, a posição dominante ou maioritária, nos discursos, tem sido a de que os advogados estagiários devem participar no acesso ao direito e à justiça, o que é fundamental para a sua formação profissional. Porém, a posição discordante do Bastonário Marinho e Pinto (já defendida em 2002 por Arménia Coimbra), alicerçada no parecer de Vital Moreira, foi a que venceu e a que ficou plasmada no Regulamento n.º330-A/2008 de 24 de junho (Regulamento de Organização e Funcionamento do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados), já que em

sua opinião “a formação dos advogados estagiários não pode, nem deverá ser feita à custa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos economicamente mais frágeis”.

No que concerne ao tema da desjudicialização e dos meios alternativos de resolução de litígios a posição defendida (e vencedora) tem sido a da rejeição dos modelos propostos, com a acérrima defesa da imprescindibilidade do papel, que o advogado deve ter na sociedade e que a defesa efetiva dos direitos dos cidadãos só é conseguida nos tribunais judiciais. Esta postura foi mitigada pelas posições dos Bastonários Júlio de Castro Caldas e José Miguel Júdice, que defenderam a criação de meios extrajudiciais de resolução de litígios – arbitragem e mediação – promovidos e fomentados no seio da Ordem dos Advogados, mas que não tem sucesso.

A Ordem dos Advogados tem sempre mantido ao longo dos anos uma posição reivindicativa de aumento do preço do pagamento dos serviços prestados no âmbito do apoio judiciário. Mais recentemente, essa posição evoluiu para o pagamento atempado dos serviços prestados.

8.2.4.2 O discurso das organizações de juízes e do Ministério Público

Ao contrário do que sucede com a Ordem dos Advogados, são poucas as fontes/opiniões sobre o acesso ao direito e à justiça e sistema de apoio judiciário por parte dos magistrados, quer judiciais quer do Ministério Público. Se é verdade que o acesso ao direito e à justiça faz parte das suas preocupações, é também verdade, por sua vez, que os temas mais quentes que por estes são tratados, sobretudo ao nível das suas associações sindicais – Associação Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP) e Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP) – incidem, particularmente, nas questões dos seus respetivos estatutos, no recrutamento e formação, nas condições de trabalho e de instalação dos tribunais ou no papel dos tribunais na organização judiciária. E hoje fala-se, principalmente, de questões como o segredo de justiça, escutas telefónicas e/ou a politização das magistraturas. Ao nível do trabalho de campo desenvolvido foi, contudo, possível obter alguma informação^{312,313}.

³¹² Irei agora dar conta desta informação, bem como das percepções que consegui apurar através da análise de documentos relativos a congressos realizados, discursos em sede de abertura de ano judicial ou outros encontrados nas páginas da internet, seja no sítio da ASJP, seja no do SMMP, Conselho Superior da Magistratura ou outros

³¹³ É curioso notar que os artigos encontrados na *Revista do Ministério Público* sobre o tema do acesso ao direito e à justiça e/ou regime de apoio judiciário, para além de serem em número reduzido, são da autoria, não de magistrados, mas sim de sociólogos, tais como os artigos de João Paulo Dias (2002; 2005; 2008). Por sua vez, na *Revista Julgar*, não se encontrou nenhum artigo sobre o tema.

A Associação Sindical dos Juizes Portugueses: a criação de um corpo de defensores públicos

No seguimento da Proposta da Ordem dos Advogados de um Pacto para a Justiça e Cidadania, a Direção Nacional da Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP) apresentou uma declaração na qual diz ser seu compromisso o respeito dos direitos dos cidadãos³¹⁴. Nessa ordem, mostram-se cientes das preocupações da Ordem dos Advogados com a questão do acesso ao direito, mas demonstram reservas quanto à criação do Instituto de Acesso ao Direito por considerarem que este implicará custos acrescidos ao “já parco orçamento da Justiça”. Para além disso, mostram-se críticos do sistema de apoio judiciário por entenderem que a concessão não é feita de forma racional, pois só a racionalização permitiria “dele beneficiar quem efetivamente dele seja carecido”. Por seu turno, consideram que a dignificação da magistratura judicial passa essencialmente pela “recondução do juiz à sua exclusiva função de julgar”.

No já mencionado Congresso da Justiça, realizado em dezembro de 2003, o Secretário da ASJP à altura (Jerónimo Freitas), num discurso em que focou vários aspetos considerados fulcrais pela Associação, criticou o regime de apoio judiciário instituído, com a reforma de 2000, considerando que tal regime permitia “que qualquer um, independentemente da sua capacidade económica, beneficie de patrocínio judiciário e isenção no pagamento de custas judiciais”, o que, na sua opinião, vai contra o princípio de racionalização da concessão de apoio judiciário. Nesse sentido, apontou como alternativa a criação de um corpo de defensores públicos, “recrutados de entre advogados, seletivamente escolhidos, cuidadosamente preparados, de dedicação exclusiva e com autonomia técnica consagrada na lei”. Para Jerónimo Freitas esta figura teria menores custos financeiros e retiraria muito da “experiência positiva e a qualidade que a assistência jurídica do MP revelou no âmbito da jurisdição laboral”.

Em dois comunicados da Direção Nacional da ASJP, um datado de 22 de outubro de 2004 e o outro de 19 de novembro do mesmo ano, critica-se, novamente, o modelo de apoio judiciário, à época já modificado pela Lei de 2004, e entendido como uma questão prioritária e exemplo significativo do estado a que chegou a Justiça em Portugal. Argumenta-se, pois, que “apresenta uma relação qualidade/custo

³¹⁴ Boletim n.º 20 da Ordem dos Advogados (Maio de 2002).

manifestamente desproporcionada, com a agravante que em muitos casos exclui os que dele carecem e beneficia quem não precisa”.

As críticas ao sistema de apoio judiciário vigente surgem, também, num documento de abril de 2005, documento esse entregue pela Direção Nacional da ASJP ao Ministro da Justiça (então Alberto Costa), após reunião tida com este. Nesse documento, que continha uma série de medidas consideradas prementes para fazer face aos problemas sofridos pelo sistema judiciário, afirma-se que “o atual regime de apoio judiciário não garante a qualidade desejável do patrocínio e é extremamente dispendioso”. Ou seja, para além do argumento financeiro, há agora o argumento de que “na maior parte dos casos o patrocínio judiciário é assegurado por advogados com pouca experiência profissional” estando em causa uma cada vez maior especialização do direito. Por isso advogam, mais uma vez, a criação de um corpo de defensores públicos. Esta posição, embora não expressa, em novos documentos públicos é a que tem continuado a ser veiculada pelos dirigentes da ASJP.

O Ministério Público: a pretensão de ser o garante do acesso ao direito e à justiça nos direitos sociais e dos interesses difusos e não oposição ao modelo vigente de apoio judiciário

Os textos e documentos encontrados para análise, relativos à posição do MP, foram, também, escassos, mas têm uma data mais recente que os anteriormente analisados, situando-se entre 2007 e 2008. Mais, do que questionarem o sistema de apoio judiciário, há uma reflexão sobre o papel desempenhado pelo Ministério Público³¹⁵ no acesso ao direito e à justiça.

Em 2007, o SMMP emitiu um Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 121/X, que deu posteriormente lugar à Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto. Este Parecer totalmente virado para a análise das alterações ao regime de apoio judiciário, que se pretendem instituir, apresenta 14 considerandos, os quais esmiúçam os vários pontos da proposta apresentada pela Governo. O SMMP começa por considerar que, de facto, “urgía proceder à reformulação do instituto do apoio judiciário”, mas vai ao longo do texto

³¹⁵ Quanto ao Ministério Público, a Constituição determina que são suas funções, nos termos do estatuído no número 1 do artigo 219.º, “representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática”. O mesmo estabelece a lei ordinária, ao nível da Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, com as alterações introduzidas até à Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto (Lei Orgânica do Ministério Público), que no seu artigo 1.º dispõe que “O Ministério Público representa o Estado, defende os interesses que a lei determinar, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defende a legalidade democrática, nos termos da Constituição, do presente estatuto e da lei” (as suas competências são especificadas no artigo 3.º do mesmo diploma).

introduzindo críticas positivas e comentários de não concordância com alguns dos aspetos da Proposta. Assim, apresenta como positivo o alargamento da rede de prestação de consultas jurídicas, bem como a possibilidade de ser concedido apoio judiciário noutras estruturas de resolução alternativa de litígios para além dos julgados de paz. Aplauda-se ainda o facto de se vedar a possibilidade de apoio judiciário às pessoas coletivas com fins lucrativos. Apresentam, porém, reticências relativamente às nomeações de advogados para lotes de processos, temendo que tal prática possa “instituir um sistema de avença de determinados escritórios de advogados”. Censura-se, por seu turno, algumas das alterações efetuadas em sede de processo penal; e entende-se que a proposta peca por omissão relativamente aos seguintes pontos: a) não continuar a prever o enquadramento de determinadas situações em presunções de insuficiência económica, em particular “a situação do menor para efeitos de investigar ou impugnar a sua paternidade ou maternidade”, já que consideram “particularmente difícil assumir a representação do menor em defesa dos seus interesses quando se esbarra com a indiferença e falta de colaboração dos respetivos representantes, que podem inviabilizar a concessão de apoio judiciário para efeitos de propositura daquele tipo de ações”; b) o facto de continuar por prever como é feito ou se é feito algum controlo judicial da tempestividade de concessão de apoio judiciário, já que “são frequentes as situações em que a Segurança Social defere um pedido de apoio judiciário sem que os seus serviços se apercebam de que se está perante um momento processual em que já não poderia ser concedido o apoio”.

Já em 2008, e na sequência do VIII Congresso do Ministério Público, resulta da síntese conclusiva que “o Ministério Público deve surgir como uma das portas de acesso dos cidadãos ao direito e à justiça em promoção dos direitos sociais (laborais, de menores e de família), dos interesses difusos e do Estado, atuando no interior do próprio tribunal e num momento prévio ao do exercício do poder jurisdicional”. Daí que se reconheça importância ao atendimento ao público realizado pelos magistrados do Ministério Público, pois “nesse momento de informação, encaminhamento e de informalidade e de busca de consenso entre um cidadão e um outro cidadão ou instituição, assenta uma possibilidade de justiça mais simples, rápida e eficaz que o Ministério Público e a sociedade não podem desperdiçar”. Pelo que, resulta essencial, que o Ministério Público funcione “a um nível de concreta proximidade social”, no qual

“não se pode dispensar o trabalho em rede, a cooperação institucional e a necessidade dos saberes das outras ciências sociais”.

9 Conclusão: um direito humano, fundamental e (também) social, ainda em construção, num campo de luta político-profissional

O direito de acesso ao direito e à justiça cruza-se com os direitos humanos em várias formas, sendo, mesmo, um direito humano fundamental, com consagração em vários tratados e convenções, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) ou a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950). Esta dimensão internacional do acesso ao direito e à justiça, como direito humano, é complementar da sua outra face de direito constitucional fundamental, essencial ao Estado de Direito, que tem uma dimensão prestacional do Estado e, conseqüentemente, também, uma face de direito social com vista à compensação das desigualdades. Esta multiplicidade de faces do acesso ao direito e à justiça será um trunfo para a sua defesa e promoção.

O Conselho da Europa adotou, desde os anos setenta, do século XX, vários documentos, no âmbito do acesso ao direito e à justiça, tais como o Acordo Europeu sobre a transmissão de pedidos de assistência judiciária, as recomendações e resoluções do Comité de Ministros do Conselho da Europa, como também resoluções no âmbito das conferências de ministros da justiça europeus, como um meio de influenciar a ação dos Estados-Membros. Também no âmbito do Conselho da Europa foi acordada a CEDH e a criação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que tem desempenhado um papel ativo na construção jurisprudencial de uma cidadania efetiva, ao assegurar que os indivíduos têm acesso aos seus direitos. É vária a jurisprudência deste Tribunal, sobretudo no tocante ao artigo 6.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, relativo ao direito a um processo equitativo. Para além da específica referência à defesa criminal contida no número 3, deste artigo, esta norma tem sido interpretada pelo TEDH de forma a consagrar um direito à assistência judiciária também em processos cíveis, quando assim o exijam os interesses da justiça.

De uma organização que começou por ter um carácter puramente económico, a União Europeia passou a ter como um dos seus objetivos a integração dos direitos

humanos, nos Tratados da UE, processo que se iniciou com o Ato Único Europeu. Dentro dessa transformação o acesso ao direito e à justiça foi ganhando espaço, de forma progressiva, através da *soft law* (Plano de Ação de Viena, Conselho Europeu de Tampere, Livros Verdes da Comissão Europeia sobre Assistência Judiciária Civil e modos alternativos de resolução de litígios em matéria civil e comercial), sobretudo a golpe da necessidade de apoio judiciário para os conflitos transfronteiriços e, anteriormente, da defesa do direito dos consumidores. Assim, o direito de acesso ao direito e à justiça foi consagrado, a nível de *hard law*, através da Diretiva 2002/8/CE, para os litígios transfronteiriços, e nos Tratados da UE, com a Carta de Direitos Fundamentais, que passou a integrar o Tratado de Lisboa (2007), podendo assim proclamar-se que existe, desde então, um direito efetivo de acesso ao direito e à justiça na União Europeia.

A europeização do direito de acesso ao direito e à justiça efetuou-se, assim, por duas vias. Em primeiro lugar, a via interestadual, por ação do Conselho da Europa, do direito internacional (CEDH) e da jurisprudência do TEDH. E, ainda, em segundo lugar, por força da ação da União Europeia, através da *soft law* e, mais recentemente, através da referida Diretiva e a sua consagração como direito no Tratado de Lisboa.

O direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva na atual redação do artigo 20.º, da CRP (revisão de 1997), é um direito fundamental, constituindo uma garantia imprescindível da proteção dos direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de Direito. 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 proteção jurídicas e à representação por advogado. Este direito, em termos constitucionais, tem uma natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, sendo diretamente aplicável e vinculando entidades públicas e privadas, ainda que esteja dependente de prestações estatais. O seu conteúdo deve, todavia, ser concretizado nos termos da lei ordinária, tendo uma dimensão prestacional que deve ser satisfeita pelo Estado.

Ao longo dos anos, por seu turno, o Tribunal Constitucional (TC) tem firmado jurisprudência sobre a temática do acesso ao direito e aos tribunais, não só em termos de concretizar o conteúdo do artigo 20.º da CRP, mas também de avaliar a constitucionalidade de algumas normas ínsitas nos vários diplomas reguladores do

regime de apoio judiciário e outras que, eventualmente, belisquem o instituto do acesso ao direito. Assim, são vários os acórdãos do TC que têm aprofundado a noção de dimensão garantística de acesso ao direito e aos tribunais, alicerçada na função do Estado de tutela dos direitos dos cidadãos. Apesar destas garantias, o TC tem entendido que do artigo 20.º, da CRP, não decorre o imperativo de uma justiça gratuita, pelo que as taxas de justiça são vistas como a contrapartida a pagar pela prestação de um serviço público e não como a restrição do direito de acesso aos tribunais. Porém, o TC adverte o legislador de que deve sempre ter em conta o nível geral dos rendimentos dos cidadãos. O TC entende também que o instituto do apoio judiciário visa obstar que seja denegada justiça por motivos de insuficiência económica, conferindo aos cidadãos, mesmo quando não tenham meios económicos suficientes, a possibilidade de acederem aos meios judiciários. O TC tem conformado, assim, com a sua jurisprudência o regime jurídico de apoio judiciário, tendo inclusive considerado inconstitucional o método de apuramento da insuficiência económica, constante dos artigos 6.º a 10.º da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de agosto, anexa à Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, pela sua rigidez, o que levava, em muitas situações, a que fosse denegado o direito de acesso aos tribunais.

Foi a Lei n.º 7/70 que introduziu em Portugal a assistência judiciária, ainda em pleno Estado Novo, seis anos antes de a Constituição da República ter consagrado este direito a nível constitucional. Porém, a Lei n.º 7/70, de natureza assistencialista, 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 e representação jurídica, paga pelo Estado. Em 2000, com a Lei n.º 30-E/2000, de 20 de dezembro, procedeu-se a uma reforma substancial do regime de apoio judiciário, com um critério de elegibilidade abrangente, em que o Ministério da Justiça financiava o sistema pagando à Ordem dos Advogados e aos advogados, se desjudicializou para o Instituto da 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 respetiva. Nesta arquitetura institucional cabia à Ordem dos Advogados a gestão e a nomeação dos advogados para prestarem serviços no sistema de apoio judiciário. Em 2004, surge a Lei n.º 34/2004 que, para além de fazer a

transposição da Diretiva Comunitária relativa aos litígios transfronteiriços e de alargar o seu âmbito também aos cidadãos da União Europeia, restringe o critério de elegibilidade para aceder ao sistema, o que veio a ser declarado inconstitucional. Em agosto de 2007 foi publicada a Lei n.º 47/2007, que entrou em vigor em janeiro de 2008, com a Ordem dos Advogados a exigir (e a conseguir) a alteração da portaria de regulamentação para aumentar o valor de pagamento aos advogados. Com esta reforma o apoio judiciário passou 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). Os critérios de aferição da insuficiência económica, apesar de terem sido alterados, são bastante restritivos, dado que colocam o patamar de acessibilidade a todas as modalidades do apoio judiciário num rendimento líquido inferior a €315, ou seja, abaixo do salário mínimo.

As mutações do direito constitucional (alteração do artigo 20.º da CRP) e do regime jurídico do apoio judiciário evidenciam que a sua transformação não tem relação com o desenvolvimento socioeconómico do país, mas que assenta na sua dimensão política, em que o acesso ao direito e à justiça é um elemento constitutivo do Estado de Direito, para além de um elemento de tensão entre as profissões jurídicas. No entanto, apesar da produção e da transformação deste direito terem origem na iniciativa política – Assembleia da República com poderes constituintes e governo -, a democracia e a Constituição da República de 1976 não trouxeram o acesso ao direito e à justiça para o centro do debate político. Paradoxalmente, apesar de a CRP de 1976 (e alteração de 1982) só em 1987 foi criado o regime do apoio judiciário. Assim, o acesso à justiça desenvolveu-se de modo mais acelerado e profundo ao nível do direito constitucional (CRP de 1976, com as alterações de 1982 e 1997), o que não tem correspondência na criação e desenvolvimento do regime jurídico do apoio judiciário. As leis do apoio judiciário de 2000 a 2007, referidas, consagram, apesar dos seus critérios restritivos para a elegibilidade dos seus requerentes, uma perspetiva menos seletiva, defendida por governos sociais-democratas (do Partido Socialista), e a lei de 2004, uma perspetiva minimalista e muito restritiva de um governo conservador (coligação PSD/CDS).

Só no final do século XX, início do século XXI, é que esse debate político-partidário teve alguma centralidade no debate público sobre a política de justiça. A grande linha de tensão passa pelos partidos políticos que defendem o sistema agora vigente através de convenção com a Ordem dos Advogados (CDS, PS e PSD, na maioria do período) e aqueles que defendem o sistema de defensor público (PC, BE e, num pequeno período, PSD). Esta tensão desaparece quando se propugna um sistema de colaboração e parcerias, já admitido por todos os partidos, em tempos diferentes, para a criação de uma estrutura ou coordenação ou rede de informação jurídica aos cidadãos. Nos últimos anos o debate político sobre acesso ao direito e à justiça foi substituído pela modernização e desjudicialização.

O debate profissional, através das organizações de advogados, juízes e Ministério Público, centra a sua atenção na defesa da identidade e interesses dessas profissões. O debate tem sido polarizado pelos advogados em torno da imprescindibilidade de participação da Ordem dos Advogados no sistema do apoio judiciário, responsável por todo o sistema ou, pelo menos, como gestora da nomeação dos advogados e, conseqüentemente, contra a criação do sistema de defensores públicos. Internamente, na Ordem dos Advogados, confrontaram-se, inclusivamente no âmbito de processo eleitoral, o grupo que pretendia a responsabilidade por todo o sistema de apoio judiciário e que defendia que os serviços prestados no apoio judiciário fossem adjudicados aos advogados em formação (estagiários) e o grupo vencedor que unicamente pretende a gestão da nomeação dos advogados e, como argumento da não desqualificação do apoio judiciário, defende que o apoio judiciário tem de ser prestado por advogados habilitados, com cédula profissional, o que criou um novo segmento de mercado advocatício. Face ao exterior, os advogados uniram-se para rejeitar a desjudicialização e a resolução alternativa de litígios e para defender um melhor e atempado pagamento dos seus serviços.

Embora o acesso ao direito e à justiça não seja central no discurso de juízes e magistrados do Ministério Público, este reflete o mesmo debate político. Do lado da organização sindical dos juízes (ASJP) surge a análise que o atual regime legal de apoio judiciário é muito dispendioso e oferece aos cidadãos serviços de pouca qualidade, devido à fraca preparação dos advogados nomeados. Defende-se, por isso, e como alternativa, a criação de um corpo de defensores públicos. De modo diferente, os magistrados do Ministério Público (SMMP), através do seu sindicato e dos seus

congressos, aceitam o atual sistema de convenção entre o Estado e a Ordem dos Advogados e, mais do que apresentarem críticas ao sistema atual de apoio judiciário, defendem o importante papel que o Ministério Público desempenha no atendimento ao público, nas áreas das crianças e do trabalho, nas quais entendem oferecer uma justiça mais simples, rápida e eficaz, concretizando a necessária proximidade com os cidadãos. Consideram a defesa do interesse superior das crianças como sendo sua função primordial, não entendendo ser possível pensar o sistema de outra forma (como pretendido por alguns advogados) e consideram que o acesso ao direito e à justiça nas questões de direito social (crianças e trabalho) e na defesa dos interesses difusos deve ser garantido pelo MP e não, em exclusivo, pelos advogados.

CAPÍTULO VI

AS TRANSFORMAÇÕES RECENTES NOS SISTEMAS DE ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA EM SETE PAÍSES DA UNIÃO EUROPEIA: ANÁLISE SOCIOECONÓMICA E SOCIOJURÍDICA COMPARADA

Introdução

Após ter estudado no capítulo anterior o acesso ao direito e à justiça como direito humano, como direito internacional e europeu, como direito fundamental constitucional português e, ainda, a produção e transformação do regime jurídico do apoio judiciário em Portugal, num contexto de tensão política e profissional, efetuarei, neste capítulo, em primeiro lugar, uma breve caracterização socioeconómica decorrente da análise de alguns indicadores estatísticos, da relação entre o desenvolvimento económico do país, os rendimentos médios desse país e a despesa pública no sistema judiciário e no sistema público de apoio judiciário em sete países da União Europeia no ano de 2008: Portugal, Alemanha, Espanha, França, Itália, Holanda e Reino Unido (Inglaterra e País de Gales)^{316,317}. A seleção destes países como objeto de estudo teve em consideração os seguintes fatores: apesar de todos estes países integrarem a União Europeia e constituírem democracias, apresentam níveis de desenvolvimento económico diferenciados; têm tradições jurídicas (continental, *common law* e mistas) e processos de desenvolvimento do Estado de Direito também diferenciados; têm diferentes níveis de proteção social; e, ainda, que apresentem algumas semelhanças na cultura jurídica e judiciária dominante, são, também, muitas as especificidades.

Em segundo lugar, sem esquecer essa análise socioeconómica, estudar-se-ão as principais características dos regimes jurídicos e sistemas de acesso ao direito e à justiça existentes nos referidos sete países da União Europeia³¹⁸.

³¹⁶ A seleção deste ano específico prende-se com o facto de a maioria dos indicadores terem sido retirados do último Relatório da Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça (CEPEJ), publicado em 2010, que se reporta a dados de 2008. Cf. European Commission for the Efficiency of Justice (2010), *European Judicial Systems. Edition 2010 (data 2008): efficiency and quality of justice*.

³¹⁷ De notar que a escassez de dados comparativos internacionais relativos a um período de longa duração dificulta ou impossibilita mesmo uma análise comparativa longitudinal.

³¹⁸ Para uma visão geral comparada das diferentes características dos sistemas de apoio judiciário dos países selecionados e Portugal ver o quadro 20 que apresentamos neste capítulo.

Proceder-se-á, assim, à análise e à descrição dos regimes jurídicos e sistemas de acesso ao direito e à justiça vigentes nos referidos sete países. A partir desse estudo relativo ao direito e às instituições de cada país, que se encontra como anexo a este capítulo³¹⁹, desenvolvi uma análise comparativa desses sete regimes de modo a mapear e a interpretar sócio-juridicamente as semelhanças e as diferenças, as vulnerabilidades e as potencialidades dos regimes jurídicos e dos sistemas de acesso ao direito e à justiça desses países.

Para fazer essa análise efetuei o estudo dos regimes jurídicos e instituições dos referidos sete países (cf. capítulo anterior para Portugal e anexo I, a este capítulo, para os restantes países), defini um conceito comum de acesso ao direito e à justiça ou de apoio judiciário e identifiquei as seguintes quinze variáveis que me permitissem fazer o estudo comparativo, a saber: a) a natureza do regime jurídico e do sistema; b) consagração do regime de acesso ao direito e à justiça na Constituição; c) diplomas legais vigentes; d) natureza das matérias e conflitos abrangidos (Penal/Cível/Administrativo); e) critérios de elegibilidade; f) processo de instrução do pedido; g) modalidades de apoio judiciário concedidas; h) necessidade de advogado para todos os litígios; i) número limite de processos com apoio judiciário; j) montante limite a atribuir; k) instituições alternativas aos tribunais; l) meios de resolução alternativa de litígios; m) concessão de apoio judiciário em meios alternativos de resolução de litígios; n) a articulação com a comunidade – parcerias; e o) a existência de seguros de proteção jurídica (quadro 19).

A concluir, agregar-se-ão estes sete países analisados em quatro modelos diferentes de regimes jurídicos e de sistemas de acesso ao direito e à justiça.

I Análise socioeconómica comparada da política pública de acesso ao direito e à justiça em sete países da União Europeia (Portugal, Alemanha, Espanha, França, Holanda, Itália e Reino Unido)

Numa análise comparada dos regimes jurídicos e sistemas de acesso ao direito e à justiça em sete diferentes países da União Europeia é crucial analisarmos, em primeiro lugar, o contexto socioeconómico, em cada Estado, dos regimes jurídicos e

³¹⁹ Para mais informações relativamente a Portugal consultar o capítulo anterior. Relativamente aos restantes países consultar o anexo I, a este capítulo.

sistemas de acesso ao direito e à justiça aferido pela combinação de alguns indicadores estatísticos (número de habitantes; produto interno bruto por habitante; total de despesa pública anual do Estado por 100.000 habitantes; salário bruto médio anual e taxa de risco de pobreza antes e depois das transferências sociais). Em segundo lugar, cumpre averiguar se existe alguma relação entre esse nível de desenvolvimento socioeconómico e a opção política relativa ao montante de despesa pública afeta ao sistema judiciário e a sua relação (ou não) com o montante de despesa pública alocada a apoio judiciário, em cada um dos estudados sete países.

1.1 Os dados socioeconómicos dos sete países em análise: os diferentes níveis de desenvolvimento

A análise conjunta de diferentes indicadores socioeconómicos selecionados aponta, apesar de todos os países pertencerem à União Europeia (UE) para quatro níveis de desenvolvimento socioeconómico distintos entre os sete Estados em análise (quadro 10). A escala de desenvolvimento socioeconómico³²⁰, que construí, resulta da média³²¹ de valores (de 1 a 4) atribuídos a cada país consoante a posição ocupada para cada um dos indicadores (quadros 11 e 12). Para a construção da escala ponderaram-se indicadores de cariz mais económico, como o PIB por habitante ou o salário bruto médio anual, e indicadores socioeconómicos e sociopolíticos, por dependerem de opção política, como a despesa pública anual do Estado por 100.000 habitantes e a taxa de risco de pobreza após as transferências sociais. Optou-se aqui por não considerar os valores absolutos, mas apenas os valores ponderados, ou seja, os valores “cruzados” com a população, ou seja, por 100.000 habitantes.

³²⁰A escala é, à semelhança dos índices, uma medida composta de variáveis, que é construída de maneira a ordenar os elementos em estudo, neste caso os sete países, relativamente a um conjunto de variáveis, permitindo reduzir os dados de diferentes variáveis (com escalas distintas) a um único indicador. Foi construída a escala de cada variável através da atribuição de um “score” (pontuação – baseada na escala de Likert) a cada um dos países. A escala de desenvolvimento económico foi criada a partir da média aritmética dos scores atribuídos às 4 variáveis (Babbie, 2003). Por exemplo, a escala da Holanda é obtida do seguinte modo: com o PIB por habitante (36.322 € ≥ 30.000€ o que corresponde na escala à posição 1), Salário Médio Bruto Anual (49.200 € ≥ 40.000€, o que corresponde na escala à posição 1) e a Despesa Pública Anual por 100.000 habitantes (2.775 milhões de euros ≥ 2.000€ milhões de euros, o que corresponde na escala à posição 1) mais elevados do conjunto de sete países e a taxa de pobreza mais baixa (11% < 12%, o que corresponde na escala à posição 1) foi-lhe atribuída a pontuação 1 nas escalas das diferentes variáveis. Fazendo a média aritmética da pontuação atribuída nas escalas de cada uma das variáveis, através da soma das pontuações atribuídas em cada uma das escalas, neste caso (1+1+1+1=4) e dividindo pelo total de variáveis (4), conclui-se que a Holanda ocupa (em média) a primeira posição na escala de desenvolvimento económico.

³²¹ Posição de acordo com o valor médio obtido: 1° ≥ 1 e < 1,5; 2° ≥ 1,5 e < 2,5; 3° ≥ 2,5 e < 3,5; 4° ≥ 3,5.

Quadro 10 - Indicadores Socioeconómicos de sete países da União Europeia, 2008³²²

	Número de habitantes	Total da Despesa Pública Anual do Estado	Total da Despesa Pública Anual do Estado por 100.000 habitantes	PIB por habitante	Salário bruto médio anual	Taxa de risco de pobreza	
						antes das transf. sociais	depois das transf. sociais
Alemanha ³²³	82.351.000	697.211.000.000 €	846.633.313 €	28.012 €	41.952 €	46	13
França	63.937.000	387.200.000.000 €	605.596.134 €	32.500 €	31.837 €	42	13
Itália	59.619.290	536.736.702.010 €	900.273.556 €	27.423 €	22.746 €	43	19
Holanda	16.405.399	455.299.000.000 €	2.775.299.766 €	36.322 €	49.200 €	35	11
Portugal	10.617.575	76.557.000.000 €	721.040.351 €	15.668 €	19.900 €	42	19
Espanha	45.283.259	407.849.000.000 €	900.661.766 €	24.038 €	29.364 €	38	20
Reino Unido	54.439.700	643.786.033.927 €	1.182.567.196 €	22.583 €	26.121 €	41	19

Fonte: CEPEJ (2008 e 2010) e Eurostat

Num primeiro patamar desta escala de desenvolvimento socioeconómico, o mais elevado, encontra-se a Holanda que se destaca do conjunto destes países com um PIB por habitante de 36.322€ e um salário bruto médio anual de 49.200€. A Holanda apresenta ainda a despesa pública anual por 100.000 habitantes mais elevada. Este maior investimento público tem reflexos na reduzida e inigualável taxa de pobreza depois das transferências sociais, de 11% (quadros 10 e 12).

Num segundo patamar, da referida escala, encontram-se a Alemanha e a França que, ainda, que apresentem uma despesa pública anual inferior a países como o Reino Unido, têm um PIB por habitante de cerca de 30 mil euros e um salário bruto médio anual de perto de 42 mil euros e 32 mil euros, respetivamente. Sendo de notar que o salário médio bruto anual e a taxa de risco de pobreza se aproxima, nestes dois países, do registado na Holanda. No que respeita à despesa pública anual por 100.000 habitantes, na Alemanha ascende aos 800 milhões de euros e na França ronda os 600 milhões de euros.

Num terceiro patamar, da escala de desenvolvimento socioeconómico, surgem o Reino Unido e a Itália que assumem uma posição intermédia. Nos indicadores de carácter estritamente económico (PIB por habitante e salário médio bruto anual) e na despesa pública anual por 100.000 habitantes, ainda que com diferenças, registam valores que os aproximam de países com um nível de desenvolvimento superior, como

³²² Todos os dados do CEPEJ reportam-se a Reino Unido e País de Gales, enquanto os valores das taxas de pobreza recolhidos no Eurostat reportam-se apenas ao Reino Unido.

³²³ Os dados referentes à Alemanha datam de 2006, visto que a Alemanha não conseguiu fornecer as informações pedidas para o relatório de 2010 da CEPEJ.

a França e Alemanha ou mesmo a Holanda. Não obstante, no que respeita à taxa de risco de pobreza aproximam-se dos valores registados nos dois países com o nível de desenvolvimento económico mais baixo, Espanha e Portugal. Com efeito, ainda que antes das transferências sociais apresentem valores muito próximos da Alemanha e da França, cerca de 40%, após as transferências sociais estes países veem a sua taxa reduzir para 13%, enquanto o Reino Unido e a Itália apenas reduzem apenas para 19%. Esta diferença reflete diferentes políticas sociais, que se espelham também no apoio judiciário, como se analisará mais à frente.

Quadro 11 - Agrupamento dos sete países por indicador socioeconómico

Posição na Escala	PIB por habitante	Salário Médio Bruto Anual	Despesa Pública Anual por 100.000 habitantes (milhões de euros)	Taxa de Risco de Pobreza depois das Transferências Sociais
1º	Holanda França	Holanda Alemanha	Holanda	Holanda
2º	Alemanha Itália	França		Alemanha França
3º	Espanha Reino Unido	Espanha Reino Unido Itália	Reino Unido	Portugal Reino Unido Itália
4º	Portugal	Portugal	França Espanha Alemanha Itália Portugal	Espanha
Escalões	1º ≥30.000€; 2º ≥25.000€ e <30.000€; 3º: ≥20.000€ e <25.000€; 4º <20.000€	1º ≥40.000€; 2º ≥30.000€ e <40.000€; 3º: ≥25.000€ e <30.000€; 4º <25.000€	1º ≥2.000; 2º ≥1.500 e <2.000; 3º: ≥1.000 e <1.500; 4º <1.000	1º <12; 2º ≥12 e <16; 3º ≥16 e <20; 4º ≥ 20

No último patamar encontram-se Espanha e Portugal, ocupando a posição mais baixa da escala de desenvolvimento socioeconómico. De notar, contudo, que Espanha apresenta um nível económico ligeiramente superior ao de Portugal, ocupando a terceira posição na escala do PIB por habitante e salário médio bruto anual, mais precisamente o PIB por habitante e o salário médio bruto anual são superiores a 20 mil euros, enquanto em Portugal rondam os 15 mil euros. No que respeita à despesa pública anual por 100.000 habitantes encontram-se no mesmo patamar ainda que Espanha apresente novamente valores ligeiramente superiores. Com efeito, apenas na escala da taxa de pobreza depois das transferências sociais, Portugal regista uma melhor posição do que Espanha, de resto, este é o único indicador em que Portugal não apresenta o valor mais baixo do conjunto dos países (quadros 10 e 11).

Quadro 12 – Escala de desenvolvimento socioeconómico ponderados

Escala de Desenvolvimento Socioeconómico	País
1º (< 1,5)	Holanda
2º (≥ 1,5 e < 2,5)	Alemanha França
3º (≥ 2,5 e < 3,5)	Reino Unido Itália
4º (≥ 3,5)	Espanha Portugal

1.2 A despesa pública efetuada no sistema judiciário e no apoio judiciário

1.2.1 A despesa pública do sistema judiciário

No que respeita ao sistema judiciário, em termos absolutos, a Alemanha é o país que apresenta o orçamento mais elevado, de cerca de 9 mil milhões de euros (quadro 13). A estes seguem-se Itália, Reino Unido, Espanha e França, com cerca de 4 biliões de euros alocados ao sistema judiciário. Do conjunto destes países apenas Portugal não ultrapassa os mil milhões de euros, transferindo somente 549.945.590€ do total do orçamento público ao sistema judiciário.

Quadro 13 - Orçamento Público para o Sistema Judiciário e Apoio judiciário, 2008

	Total do orçamento alocado ao sistema judiciário (tribunais, Ministério Público e apoio judiciário)	Total do orçamento alocado ao sistema judiciário (tribunais, Ministério Público e apoio judiciário) por habitante	% da Despesa total anual do Estado gasto em sistema judiciário
Alemanha	8.731.000.000 €	106,02 €	1,25
França	3.692.145.526 €	57,75 €	0,95
Itália	4.282.629.598 €	71,83 €	0,80
Holanda	1.879.359.000 €	114,56 €	0,41
Portugal ³²⁴	549.945.590 €	51,80 €	0,72
Espanha	3.906.088.640 €	86,26 €	0,96
Reino Unido	4.087.221.356 €	75,08 €	0,63

Fonte: CEPEJ (2008 e 2010)

³²⁴ O valor de Portugal exclui os gastos com o Ministério Público e os gastos com a construção de novos edifícios.

Em termos percentuais a despesa do Estado alocada ao sistema judiciário apenas ultrapassa o 1%, da despesa pública total, na Alemanha. Ainda, assim, cada um dos restantes países apresenta percentagens ligeiramente distintas (quadro 13). A Espanha e a França são os países que alocam a segunda maior porção do seu orçamento ao sistema judiciário, 0,96% e 0,95% respetivamente, seguidas da Itália, com 0,80%. Entre os seis países a Holanda é o país que investe uma menor porção do seu orçamento total no sistema judiciário, 0,41% (quadro 13).

No que concerne ao total do orçamento alocado ao sistema judiciário por habitante, Alemanha e Holanda despendem a maior quantia por habitante, cerca de 100 euros, seguidas da Espanha com 86 euros por habitante. Entre os países que despendem menos dinheiro por habitante ao sistema judiciário surge Portugal e França, com 51,80€ e 57,75€ por habitante, respetivamente, cerca de metade do que é investido pela Alemanha e Holanda, 106,02€ e 114,56, respetivamente.

1.2.2 A despesa pública em apoio judiciário

A percentagem do montante dedicado ao sistema judiciário gasta em apoio judiciário e o montante deste apoio por habitante apresentam valores muito distintos em cada um destes países, o que se reflete, como se analisará de seguida, nos diversos regimes de proteção jurídica, ou seja, de acesso ao direito e à justiça aí existentes.

Quadro 14 - Orçamento Público para o Sistema Judiciário e Apoio judiciário, 2008

	Total do orçamento público anual gasto no apoio judiciário	Total do orçamento público anual gasto no apoio por habitante	% da Despesa total anual do Estado gasto em apoio judiciário	% despesa em sistema judiciário em gasto em apoio judiciário	%Despesa em apoio judiciário por habitante por PIB habitante
Alemanha	557.000.000 €	6,76 €	0,08	6,38	0,024
França	314.445.526 €	4,92 €	0,08	8,52	0,015
Itália	115.938.469 €	1,94 €	0,02	2,71	0,007
Holanda	419.248.000 €	25,56 €	0,09	22,31	0,070
Portugal	36.432.072 €	3,43 €	0,05	6,62	0,022
Espanha	219.707.018 €	4,85 €	0,05	5,62	0,020
Reino Unido	1.878.704.340 €	34,51 €	0,29	45,97	0,153

Fonte: CEPEJ (2008 e 2010) e cálculos do autor

O Reino Unido, apesar das medidas restritivas desde os anos noventa do século XX, continua a apresentar os valores mais elevados de despesa pública em apoio judiciário. Cerca de 46% do orçamento alocado ao sistema judiciário é gasto em apoio judiciário, o que se traduz em cerca de 35 euros por habitante – ou seja, quase

metade do orçamento do sistema judiciário é alocado ao apoio judiciário (quadro 14). Note-se que no Reino Unido, muito embora o público-alvo seja os cidadãos economicamente desfavorecidos/vulneráveis, a *Legal Services Commission* oferece informação jurídica gratuita e aconselhamento jurídico inicial a todos os cidadãos, independentemente da condição económica.

A Holanda, que apresentava, como vimos anteriormente, o nível de desenvolvimento socioeconómico mais elevado, no que toca aos indicadores de despesa pública de acesso ao direito e à justiça não consegue equiparar-se ao Reino Unido. Ainda, assim, no conjunto dos sete países é o único que ocupa o segundo patamar, destacando-se ao atribuir cerca de 20% do orçamento do sistema judiciário ao apoio judiciário e despender 22,31€ de apoio judiciário por habitante. No terceiro patamar, encontramos países com níveis de desenvolvimento socioeconómico muito díspares: Alemanha, França, Espanha e Portugal. O conjunto destes países aloca percentagens muito semelhantes do orçamento do sistema judicial ao apoio judiciário, cerca de 6% a 9%, o que corresponde a 3 a 6 euros por habitante para apoio judiciário, valores muito distantes dos observados para a Holanda e para o Reino Unido (quadro 14).

É de notar que Portugal, ao contrário do verificado relativamente aos indicadores socioeconómicos, não se encontra no último patamar. Este é ocupado pela Itália que despender apenas cerca de 3% do orçamento total alocado ao sistema judiciário em apoio judiciário, o que se traduz em menos de 2€ por habitante, refletindo a intenção, identificada por Luca (2007), do Estado italiano não despender dinheiro no regime de acesso ao direito. Estes valores são tão mais significativos, quando sabemos que Itália apresenta um dos orçamentos alocados ao sistema judiciário mais elevados dos seis países e é um dos países com uma das taxas de pobreza mais elevadas.

Assim, ainda, que o direito de acesso à justiça esteja consagrado na Constituição Italiana, o investimento do Estado é bastante baixo, o que poderá admitir, como hipótese, estar associado por um lado à existência de um número limite de processos de apoio judiciário, mas também à longa tradição de patrocínio gratuito por advogados (*pro bono*) e à existência de instâncias pré-judiciais, como os juízes de paz. Contrariamente aos países que estabelecem um montante máximo a atribuir por cada processo ou ato, a Itália restringe o número de casos – e não o montante a gastar por

processo –, o que justifica o facto de este ser dos países que despende um maior valor por processo, equiparando-se à Holanda e Reino Unido, que não têm qualquer tipo de restrição no montante em dinheiro a alocar a cada processo ou número de limite de processos com apoio judiciário.

Quadro 15 - Indicadores de Apoio Judiciário, 2008

	Número total de casos de apoio judiciário por 100.000 hab.	Quantia média garantida por caso	Número de casos criminais com apoio judiciário por 100.000 hab.	Quantia média garantida por caso em matéria criminal	Número de casos (sem serem criminais) com apoio judiciário por 100,000 hab.	Quantia média garantida por caso sem serem de matéria criminal
Alemanha			72			
França	1392	353 €	626,8	263 €	765,2	427 €
Itália	247,1	787 €	165,3	898 €	81,8	563 €
Holanda	2482,3	1.029 €	963,4	994	1518,9	1.052 €
Portugal	1036,9	331 €				
Espanha	1389,6	349 €				
Reino Unido	3051,1	1.131 €	1144,4	1.931 €	1906,7	651 €

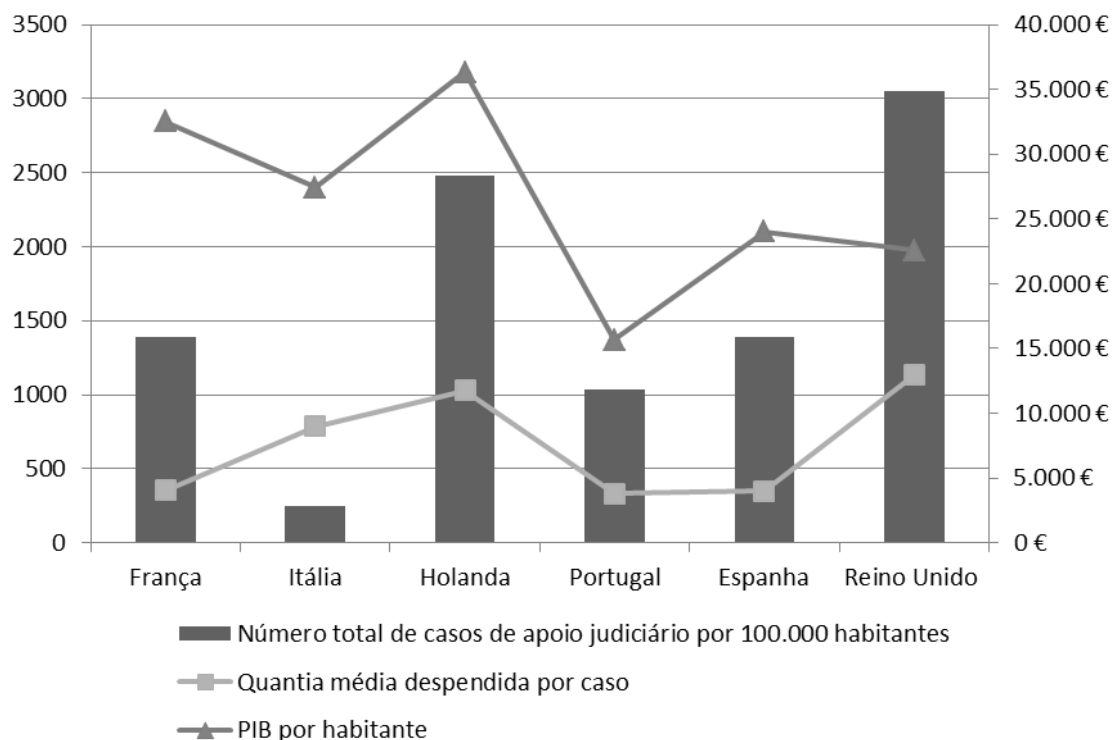
Fonte: CEPEJ (2008 e 2010)

Importa, ainda, assinalar, quanto aos indicadores de despesa em apoio judiciário, as diferenças respeitantes ao número de processos e montante atribuído por cada processo (quadro 15). O facto de os indicadores não estarem completos para três países, Alemanha, Portugal e Espanha³²⁵, coloca entraves à comparação entre os países. Ainda, assim, julgamos pertinente explorar as diferenças entre os restantes países. O Reino Unido continua a destacar-se quando se atenta no número total de casos de apoio judiciário por 100.000 habitantes com cerca de 3.000 casos por 100.000 habitantes, seguido a Holanda que regista perto de 2.500 casos por 100.000 habitantes. Portugal, França e Espanha apresentam valores muito próximos, cerca de 1000 casos por 100.000 habitantes. Itália regista o valor mais baixo de casos com apoio judiciário por 100.000 (cerca de 240 processos), todavia a quantia média garantida por caso é das mais elevadas, como se referiu, próxima mesmo da Holanda. Como seria de esperar, o Reino Unido e a Holanda não só se destacam no número de casos por 100.000 habitantes, como na quantia média paga por processo, o que está intimamente relacionado com o facto de serem os únicos países (juntamente com Portugal) que não

³²⁵ Portugal e Espanha não conseguiram especificar no inquérito que responderam a que tipo de casos se destinava o apoio judiciário (crime ou não crime).

estabelecem limite ao apoio judiciário em termos de número de casos ou de montante (gráfico I).

Gráfico I - Casos com Apoio judiciário por 100.000 habitantes, quantia média despendida por caso e PIB por habitante, 2008



Fonte: CEPEJ (2010)

Na maioria dos países, mais concretamente França, Holanda e Reino Unido, o número de processos não criminais por 100.000 habitantes com apoio judiciário é ligeiramente superior aos criminais. Porém, apenas no caso francês a quantia média despendida é superior em processos não criminais. Holanda e Reino Unido atribuem, em média, uma quantia superior por caso em matéria criminal do que nas outras áreas de litigação. A Itália destaca-se não só por ter um número maior de casos criminais com apoio judiciário em relação aos não criminais, como a quantia média despendida por pessoa em processo criminal é superior à gasta nos casos não criminais.

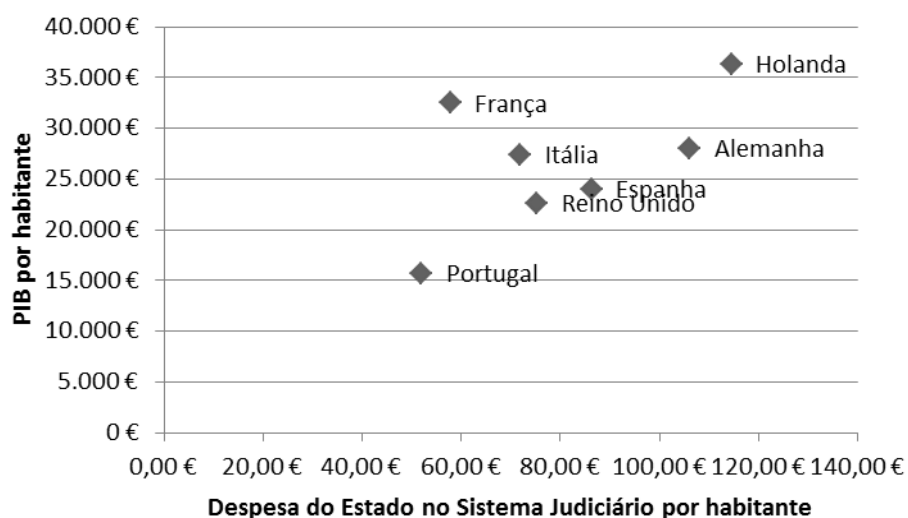
1.3 A relação entre o desenvolvimento económico e socioeconómico e a despesa pública no sistema judiciário e em apoio judiciário, nos sete países

1.3.1 O desenvolvimento económico e socioeconómico e a sua relação com a despesa pública no sistema judiciário em cada país

Após a análise dos indicadores socioeconómicos e de despesa com o sistema judiciário e apoio judiciário individualmente, em cada país, explora-se, em seguida, a relação entre estes para o conjunto dos sete países. Em termos gerais, constata-se que se a despesa no sistema judiciário por habitante está relacionada com o nível de desenvolvimento socioeconómico do país, aferido pela referida escala de desenvolvimento socioeconómico – quadro 12 –, mas esta relação não é clara entre nível de desenvolvimento socioeconómico e investimento no apoio judiciário por habitante.

Com efeito, os países que ocupam os lugares cimeiros da escala de desenvolvimento socioeconómico, Holanda e Alemanha, apresentam a despesa pública anual no sistema judiciário por habitante mais elevada no conjunto dos países (114,55€ e 106,02€, respetivamente), como podemos observar no diagrama 1.

Diagrama 1 – Despesa do Estado em Sistema Judiciário por habitante e PIB por habitante



Fonte: CEPEJ (2008 e 2010)

Esse diagrama representa a relação entre PIB por habitante e despesa do Estado no Sistema Judiciário por habitante e revela que são os países com um maior PIB por habitante – que correspondem grosso modo aos países mais desenvolvidos socioeconomicamente referidos anteriormente –, Holanda e Alemanha, que apresentam os valores mais elevados de investimento por habitante no sistema judiciário (114,56€ e 106,02€, respetivamente) e vice-versa. É de salientar, contudo, que França apesar de um PIB por habitante de 32.500€, superior a Espanha (24.038€) e Portugal (15.668€), apresenta investimento por habitante no sistema judiciário de apenas 57,75€, inferior a Espanha (86,26€) e muito próximo de Portugal (51,8€).

Assim, à exceção da situação de França e da Espanha, pode-se concluir que os Estados alocam despesa pública ao seu sistema judiciário em função do seu PIB e do seu nível de desenvolvimento socioeconómico.

1.3.2 O desenvolvimento económico e socioeconómico e a sua relação com a despesa pública em apoio judiciário

Ao observar as escalas de desenvolvimento socioeconómico, de despesa pública do Estado no sistema judiciário por habitante e no apoio judiciário por habitante são de salientar as variações dos sete países nas diferentes escalas (quadro 16). Com efeito, apenas a Holanda se mantém no primeiro patamar de todas as referidas escalas.

Quadro 16 – Escalas de desenvolvimento socioeconómico e despesa pública em sistema judiciário e apoio judiciário por habitante

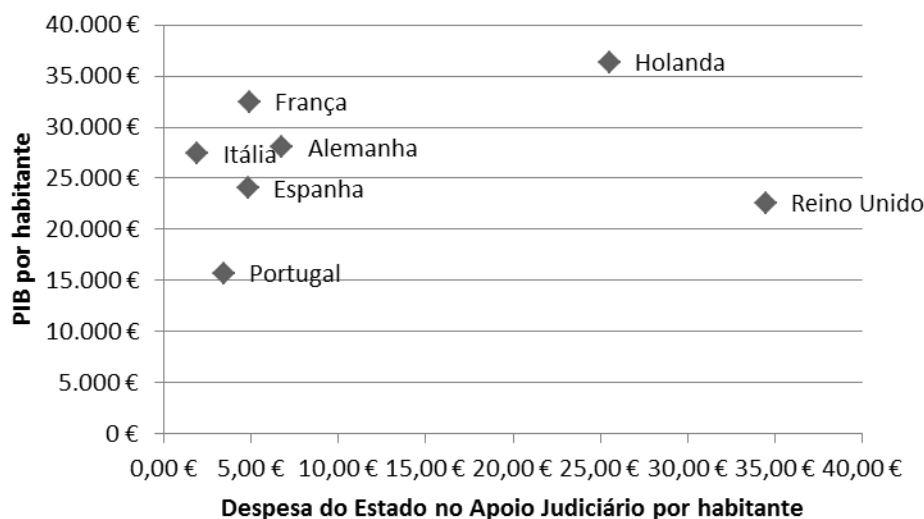
	Escala de Desenvolvimento Socioeconómico	Escala de Despesa pública anual despendida no sistema judiciário (tribunais, ministério público e apoio judiciário) por habitante ³²⁶	Escala de Despesa pública anual despendida em apoio judiciário por habitante
1º	Holanda	Holanda Alemanha	Reino Unido Holanda
2º	Alemanha França	Espanha	Alemanha
3º	Reino Unido Itália	Reino Unido Itália	França Espanha Portugal
4º	Espanha Portugal	França Portugal	Itália

A despesa no sistema judiciário por habitante está, como se referiu, relacionada com o nível de desenvolvimento socioeconómico do país, à exceção de Espanha e França (quadro 16), que trocam de posições na escala de desenvolvimento socioeconómico e na escala de despesa pública anual alocada ao sistema judiciário (tribunais, ministério público e apoio judiciário) por habitante. Mais concretamente, a França, que se encontra no segundo patamar da escala de desenvolvimento socioeconómico, desce para o último patamar, onde se encontra Portugal, na escala de despesa pública anual alocada ao sistema judiciário por habitante. Já Espanha, que ocupa, à semelhança de Portugal, o último patamar da escala de desenvolvimento socioeconómico, encontra-se no segundo patamar da escala de despesa pública anual

³²⁶ 1º ≥ 100€; 2º ≥ 80€ e < 100€; 3º; ≥ 60€ e < 80€; 4º < 60€.

alocada ao sistema judiciário por habitante. É notório que a Espanha sempre deu prioridade ao investimento no sistema de justiça como resposta aos problemas de violência política, com fundamento autonómico, designadamente no País Basco³²⁷. Assim, ao contrário dos restantes países considerados, em Espanha e em França não existe uma relação direta, embora em sentido diferente, entre desenvolvimento socioeconómico e investimento no sistema judiciário.

Diagrama 2 – Despesa do Estado em Apoio judiciário por habitante e PIB por habitante



Fonte: CEPEJ (2008 e 2010)

No que respeita ao investimento público anual alocado ao apoio judiciário por habitante, na maioria dos países analisados, Reino Unido, Itália, Espanha, França e Portugal, não está diretamente relacionado com as condições socioeconómicas dos países. Como se pode observar no quadro 16, há países, como o Reino Unido, Portugal e Espanha, que ocupam uma posição mais elevada na escala de despesa pública anual despendida em apoio judiciário por habitante em relação à escala de desenvolvimento socioeconómico, enquanto países como a França e a Itália descem uma posição na escala de despesa pública anual despendida em apoio judiciário por habitante em relação à escala de desenvolvimento socioeconómico.

Com efeito, por um lado, países com níveis de desenvolvimento socioeconómico muito distintos apresentam indicadores semelhantes de despesa pública em apoio judiciário por habitante, como é o caso de Alemanha (6,76€) e

³²⁷ Relativamente à França, numa análise comparativa, com estas características, não é possível investigar a razão desta opção de um investimento mais baixo, em termos comparados, com os outros países, no sistema judiciário.

Portugal (3,43€), sobretudo se os comparamos em termos de % PIB/habitante em que a despesa de Portugal e da Alemanha representa, respetivamente, 0,022 e 0,024. Por outro lado, o Reino Unido, que se encontra no terceiro patamar da escala de desenvolvimento socioeconómico (quadro 12), apresenta uma despesa pública anual no sistema de apoio judiciário por habitante de 34,51€, um valor mais elevado do que o registado na Holanda (25,56€) e na Alemanha (6,76€). Enquanto a Itália, que ocupa também o terceiro patamar da escala de desenvolvimento socioeconómico, apresenta uma despesa pública anual no sistema de apoio judiciário por habitante mais baixa (1,94€) do que a registada em Espanha (4,85€) e Portugal (3,43€), que ocupam o último lugar da escala de desenvolvimento socioeconómico.

Quadro 17 – PIB por habitante e Orçamento Público para o Sistema Judiciário e Apoio judiciário, 2008

	PIB por habitante	Total do orçamento público anual gasto no apoio judiciário por habitante	%Despesa em apoio judiciário por habitante por PIB por habitante
Alemanha	28.012 €	6,76 €	0,024
Espanha	24.038 €	4,85 €	0,020
França	32.500 €	4,92 €	0,015
Itália	27.423 €	1,94 €	0,007
Holanda	36.322 €	25,56 €	0,070
Portugal	15.668 €	3,43 €	0,022
Reino Unido	22.583 €	34,51 €	0,153

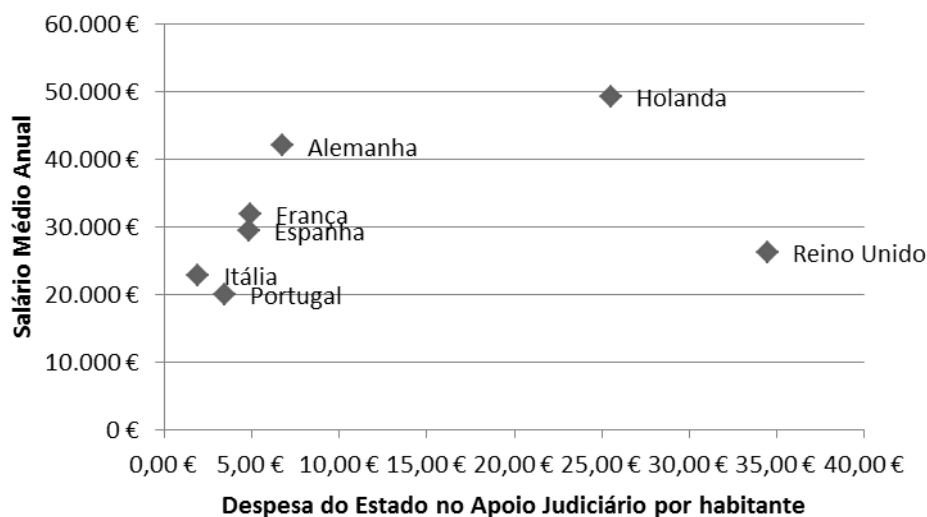
Fonte: CEPEJ (2008 e 2010) e cálculos dos autores

Quando se observa a relação entre despesa do Estado no apoio judiciário, por habitante, e PIB por habitante, em cada um dos referidos sete países, ainda se torna mais evidente que não há uma relação direta entre o nível de riqueza de um país, medida pelo indicador de montante do PIB por habitante, desse país, e a despesa pública em apoio judiciário, também por habitante, nesses sete países (diagrama 2). Com efeito, países com um PIB por habitante semelhante, como Alemanha (28.012€) e Reino Unido (22.583€), apresentam um investimento no apoio judiciário por habitante muito distinto, 6,76€ na Alemanha e 34,51€ no Reino Unido. De resto, o valor da despesa em apoio judiciário por habitante na Alemanha é próximo do registado para Portugal (3,43€), que tem o PIB por habitante (15.668€) mais baixo do conjunto dos países.

Mais, concretamente, se ponderarmos o apoio judiciário por habitante com o nível de desenvolvimento económico dos sete países, neste caso medido pelo PIB por

habitante, é possível identificar três grupos de países distintos. Um primeiro grupo, composto pelo Reino Unido (0,07) e Holanda (0,153), com um coeficiente mais elevado. Um segundo grupo intermédio, onde se encontra a Alemanha, a Espanha e Portugal, com um coeficiente de cerca de 0,02. E, por último, um terceiro grupo com um coeficiente inferior a 0,02, onde se encontram a França (0,015) e a Itália (0,07).

Diagrama 3 – Despesa do Estado em apoio judiciário por habitante e salário médio anual



Fonte: CEPEJ (2008 e 2010)

O cruzamento entre salário médio anual e despesa do Estado em apoio judiciário por habitante, patente no diagrama 3, reforça o que disse anteriormente. Ao observar a relação entre a despesa pública em apoio judiciário por habitante e o salário médio anual (diagrama 3) verifica-se que países com um salário médio anual semelhante, como o Reino Unido (26.121€) e Espanha (29.364€) apresentam um investimento no apoio judiciário por habitante muito díspar, 34,51€ no Reino Unido e 4,85€ na Espanha. Da mesma forma, países com um salário médio anual distinto, como a Alemanha (41.952€) e Portugal (19.900€) registam um investimento no apoio judiciário por habitante mais próximo, 6,76€ na Alemanha e 3,43€ em Portugal.

Considerando, por último, as taxas de pobreza dos sete países depois das transferências sociais, observamos comportamentos distintos: num polo encontramos a Holanda que, apesar dos níveis baixos de pobreza (11% de taxa de risco de pobreza após as transferências sociais), é o segundo país que mais despesa pública aloca ao apoio judiciário por habitante (25,56€). No polo oposto encontramos a Itália que, apesar das taxas de pobreza relativamente elevadas (19% de taxa de risco de pobreza após as transferências sociais), investe menos no apoio judiciário (1,94€) do que países

com taxas de pobreza iguais ou inferiores, como Portugal (3,43€) ou Espanha (4,85€) (quadros 10 e 14).

Assim, as opções políticas e os regimes jurídicos vigentes de acesso ao direito e à justiça são mais relevantes, em alguns dos sete países, como Portugal, do que as condições socioeconómicas gerais e do montante do PIB por habitante, desses países, em particular, na definição do nível de proteção jurídica garantido pelo Estado aos cidadãos através dos regimes jurídicos e sistemas públicos de apoio judiciário. A alocação de despesa ao apoio judiciário, em cada um, dos sete países estudados, está diretamente relacionada com o modo como na segunda metade do século XX foram aí criados e desenvolvidos os seus sistemas de apoio judiciário. O Reino Unido e a Holanda criaram e desenvolveram, assim, mais cedo (1949 e 1957) e de forma mais abrangente sistemas de apoio judiciário mais desenvolvidos, a que era alocada mais despesa pública, que se entranharam na vida das sociedades, como no caso do Reino Unido em que a oferta de informação e aconselhamento jurídico é universal para todos os cidadãos. Os outros países, como se analisará na segunda parte deste capítulo, não criaram nem desenvolveram deste modo os seus regimes jurídicos e sistemas de acesso ao direito e à justiça, pelo que a sua criação tardia, implica um menor grau de desenvolvimento e abrangência.

1.4 O “retrato” de Portugal em despesa em apoio judiciário no contexto comparado destes sete países

Portugal, tendo em conta o que foi referido anteriormente, destaca-se na análise dos indicadores para o conjunto dos sete países pela posição relativamente ambígua. Desde logo, o PIB por habitante (15.668€) e o salário médio bruto anual (19.900€) são os mais baixos do conjunto destes países. Porém, simultaneamente, o país apresenta uma taxa de pobreza depois das transferências sociais (19%) igual a países socioeconomicamente mais desenvolvidos, como o Reino Unido e Itália.

Apesar de registar os valores mais baixos de despesa pública anual por 100.000 habitantes (721.040.351€) e de montante alocado ao sistema judiciário por habitante (51,80€), equipara-se, no que respeita à despesa em apoio judiciário por habitante (3,43€), no sistema de apoio judiciário, a países com um nível de desenvolvimento socioeconómico superior. Com efeito, Portugal transfere um montante por habitante para o apoio judiciário próximo ao de países como Alemanha (6,76€) ou França (4,92€), o que significa, como se referiu, em percentagem de despesa de apoio

judiciário, por PIB por habitante, a uma percentagem de 0,022, próxima da Alemanha (0,025) e mesmo mais elevada do que a de França (0,015) e de Itália (0,007).

Em suma, o baixo desenvolvimento socioeconómico e as piores condições de vida da população portuguesa são ligeiramente atenuadas, no final do século XX e neste início do século XXI, através da política social de transferências sociais para diminuir a taxa de risco de pobreza, o que também se verifica na despesa com o apoio judiciário. Na mesma linha, em Portugal, a política pública e, conseqüentemente, o regime jurídico de apoio judiciário e a alocação de despesa pública à sua efetivação está também direcionada para os mais pobres. Como se escreveu, no capítulo anterior, a concessão de apoio judiciário, em todas as suas modalidades, com isenção de pagamento de qualquer taxa, só é atribuída a quem tiver menos de €315 de rendimento relevante, para este efeito, no agregado familiar (cf. capítulo V e IX).

2 Análise comparativa e interpretação sociojurídica dos regimes de acesso ao direito e à justiça em sete países da União Europeia

Analisado, na primeira parte deste capítulo, o contexto socioeconómico e o montante de despesa pública alocada ao apoio judiciário, em cada um dos referidos sete países, passarei de seguida a estudar, em termos comparados, os regimes e os sistemas institucionais vigentes em cada país, de modo a estudar a sua relação com o contexto acabado de analisar.

2.1 O conceito de acesso ao direito e à justiça: ponto de partida para o estudo comparativo

Após a recensão dos estudos, e a análise daí decorrente, da evolução das políticas públicas e dos sistemas de acesso ao direito e à justiça efetuada no capítulo III e do estudo da sua transformação num direito humano, fundamental, com “natureza social”, de âmbito internacional, europeu e estadual, realizado no capítulo anterior, bem como a análise dos regimes jurídicos e sistemas de apoio judiciário dos referidos sete países, constante no anexo, a este capítulo, está-se em condições de apresentar, para este estudo comparativo, um conceito amplo de acesso ao direito e à justiça ou de apoio judiciário.

De acordo com a Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça (CEPEJ) (2008 e 2010), que tem vindo a fazer um trabalho de recolha de dados e de convergência de conceitos, de modo a permitir estudos comparados, no que refere, em particular, aos regimes de apoio judiciário, todos os Estados-Membros do Conselho da Europa, ao nível de previsão legal, obedecem aos critérios mínimos exigidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, consagraram na lei sistemas públicos de apoio judiciário para os processos-crime³²⁸.

Nos sete países estudados –Portugal, França, Alemanha, Itália, Holanda, Espanha e Reino Unido – o apoio judiciário abrange processos criminais e não criminais, a representação em juízo, a consulta jurídica e outras formas de apoio judiciário extrajudicial, como o aconselhamento na preparação e elaboração de documentos (tais como contratos, testamentos ou outro tipo de documento legal), o aconselhamento e a representação perante meios de RAL – como a mediação (França e Holanda) – e até, como se referirá, financiamento dos honorários de detetive particular (Itália).

O apoio judiciário é, como se analisará, na maioria dos casos, concedido sempre que se encontram cumpridos determinados requisitos, previstos na lei, o que tanto pode ser relativamente à situação económica do requerente, quanto à situação de mérito da ação para a qual se concede o apoio. Todavia, em alguns destes países a atribuição de apoio judiciário está restringida a um número máximo de processos, como é, por exemplo, o caso de Itália. Outros países não têm um *numerus clausus* de processos aos quais conceder apoio judiciário, mas limitam o montante máximo, a atribuir por processo, com concessão de apoio judiciário (como no caso de França, Espanha e Portugal). Por sua vez, existe ainda a categoria de países que não têm restrições nem em termos do número de processos a financiar, nem em termos do montante a despender (como o Reino Unido e a Holanda).

A decisão de conceder ou não o apoio judiciário pode ser da responsabilidade dos tribunais (é o caso alemão e francês), da responsabilidade de uma entidade externa ao tribunal mas com ligação a profissão forense (os casos espanhol e italiano), ou ainda de uma entidade própria, criada para o efeito ou uma entidade administrativa, que assume essas funções, também externa ao tribunal (como na Holanda, Reino Unido e Portugal).

³²⁸ A CEPEJ não considera, nesta sua análise, a interpretação jurisprudencial do TEDH de que o artigo 6.º da CEDH também deve ser interpretado no sentido de consagrar o acesso ao direito e à justiça para processos não criminais (ver Capítulo V).

Com o desenvolvimento dos meios alternativos de resolução de litígios – em especial a mediação – verifica-se que vários Estados-Membros têm reformado os seus sistemas de apoio judiciário de modo a que este também contemple a concessão de apoio judiciário nos casos em que estejam envolvidos este tipo de meios de resolução de litígios. Isso já acontece em França, Holanda (sobretudo nos casos relativos a mediação familiar), Espanha, Portugal e Reino Unido.

Consequentemente, usarei, neste estudo, o seguinte conceito:

- o regime jurídico e o sistema de acesso ao direito e à justiça, também denominado apoio judiciário, é aquele que é organizado e financiado, com preponderância do Estado, podendo o apoio judiciário ser atribuído pelo Estado ou por este em cooperação, com entidades da sociedade e mesmo do mercado, inclui a informação, o aconselhamento e a representação jurídica, por profissionais habilitados, judicial e extrajudicial e, ainda, o acesso ao tribunal e a meios de resolução alternativa de litígios, para todos os cidadãos, ou, em especial, para aqueles que não têm meios económicos suficientes para obter o aconselhamento e/ou representação jurídica³²⁹.

A partir deste conceito de espectro largo comparei e caracterizei os referidos regimes jurídicos e sistemas, nos referidos sete países, registando, com recurso às quinze variáveis referidas na introdução a este capítulo, as semelhanças, as ausências e as especificidades de cada um deles (quadro 19).

2.2 A constitucionalização do direito de acesso ao direito e à justiça

No que toca aos regimes de acesso à justiça, todos os sete países consagraram o direito de acesso ao direito e à justiça a nível constitucional (quadro 18). Se é certo que por questões de tradição jurídica não existe constituição no Reino Unido, a verdade é que já a Magna Carta, de 1215, consagrava a pretensão a proteção jurídica, estipulando que *“To no-one we will sell, to no-one deny or delay right of justice”*. Foi com a revolução de 1789 e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que se afirmou o ideal de que a justiça deve ser acessível a todos, porque todos são iguais. O princípio da gratuitidade da justiça foi inscrito na Constituição Francesa de 1791 e em todas as seguintes até 1848.

³²⁹ A definição de apoio judiciário do esquema de avaliação da CEPEJ é a seguinte: o apoio que é atribuído pelo Estado a pessoas que não têm os meios financeiros suficientes para se defenderem perante um tribunal (ou para iniciar um processo em tribunal) ou obterem conselhos jurídicos.

O regime de acesso ao direito e aos tribunais é estabelecido no artigo 103.º, da Constituição Alemã. Em Espanha, o artigo 24.º, da Constituição Espanhola, reconhece a todas as pessoas o “direito a obter a proteção efetiva dos juízes e dos tribunais para exercer os seus direitos e os seus interesses legítimos, sem que, em algum caso, tal proteção possa ser recusada”, bem como o direito de “se defender e de se fazer representar por advogado”, sendo que o artigo 119.º, por sua vez, precisa que “a justiça será gratuita nos moldes estabelecidos por lei e para todos os casos, desde que haja justificação da insuficiência de recursos”. Na Holanda existe uma longa tradição de assistência judiciária, de que são corolários os artigos 17.º e 18.º, da Constituição Holandesa, que consagram, desde 1978, os princípios do acesso à justiça para todos os cidadãos e do direito a representação em tribunal. Nos termos do artigo 24.º, da Constituição Italiana, todas as pessoas economicamente desfavorecidas deverão ter acesso a meios que lhes permitam ir a tribunal, seja na qualidade de autor, seja na de réu. Em Portugal, como já se referiu no Capítulo anterior, a Constituição da República consagra no artigo 20.º, sob epígrafe “Acesso ao direito e á tutela jurisdicional efetiva”, o direito de acesso ao direito, o direito de acesso aos tribunais, o direito à informação e consulta jurídicas e, ainda, o direito ao patrocínio judiciário e à assistência de advogado.

Importa, ainda, lembrar que todos os Estados em análise estão vinculados pelos seguintes instrumentos jurídicos internacionais: a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) e o Tratado de Lisboa (2007) que, de diferentes formas, consagram e promovem o direito ao acesso ao direito e à justiça (cf. capítulo V).

2.3 O sentido da transformação dos regimes jurídicos do acesso ao direito e à justiça nos últimos vinte anos

Para além disso, todos os países têm diplomas, ao nível da legislação ordinária, que regulamentam os sistemas públicos de apoio judiciário, definindo quem pode ser beneficiário, os documentos que devem ser apresentados, que tipo de modalidades podem ser concedidas ou quais as causas que podem motivar o indeferimento ou, mesmo, o cancelamento da concessão (quadro 18).

No Reino Unido comemoraram-se, no dia 30 de julho de 2009, 60 anos do sistema de *Legal Aid*, mas em 1999 foi estabelecido o *Access to Justice Act*, que entrou

em vigor em 2000, criando uma nova entidade – a *Legal Services Commission (LSC)* – que veio substituir a *Legal Aid Board*, e em 2005 entrou em vigor um novo Regulamento, que veio simplificar o processo de concessão de apoio, bem como introduzir novas regras quanto ao critério de insuficiência económica.

Na Holanda o primeiro diploma a regular o apoio judiciário surgiu no final da década de 1950, em 1957 (*Wet Rechtsbijstand aan Onen Minvermogenden*), tendo as últimas modificações legais entrado em vigor em julho de 2009.

Na Alemanha, por seu turno, estão em vigor duas Leis de 1980, a Lei de 13 de junho de 1980 que rege o apoio judiciário, estando as suas disposições integradas no Código de Processo Civil, e a Lei de 18 de junho de 1980 que rege o apoio no acesso ao direito, isto é, a consulta jurídica e a assistência em juízo das pessoas economicamente desfavorecidas. Estes dois diplomas foram já objeto de alteração legislativa em 1994 e em 2004 (esta última alteração no seguimento da Diretiva Europeia relativa ao acesso ao direito no caso de litígios transfronteiriços).

Em França, nos termos da Lei de 1972, o apoio judiciário era concedido em qualquer tribunal, desde que devidamente solicitado, sendo os pedidos de apoio judiciário remetidos para o *Departamento de Apoio Judiciário* sediado nos principais tribunais judiciais ou administrativos. Esta lei de 1972 sofreu bastante contestação, em especial por parte dos advogados, pelo que o governo francês, de então, decidiu alterar o regime em vigor através da Lei n.º 91-647, de 10 de julho de 1991, entrada em vigor em janeiro de 1992, que instaurou o regime de acesso ao direito, compreendendo este o apoio para consulta jurídica, bem como a assistência em processos não jurisdicionais. A Lei n.º 91-647 já foi sujeita a diversas modificações, a última delas em 2007, com a Lei n.º 2007-210, de 19 de fevereiro de 2007, relativa à modificação do regime de seguro de proteção jurídica.

Já em Espanha, a Ley 1/1996, de 10 de janeiro, relativa à assistência jurídica gratuita, uniformizou os sistemas de apoio jurisdicional que existiam para as diferentes áreas do direito, sendo o regulamento da assistência jurídica gratuita feito através dos Decreto-Real n.º 996/2003, de 25 de julho e Decreto-Real n.º 1455/2005, de 2 de dezembro (que é específico para os procedimentos relativos a violência de género). A Ley 1/1996 já foi objeto de alterações legislativas através da Ley 14/2000, de 29 de dezembro; Ley 1/2000, de 7 de janeiro; Ley 53/2002, de 30 de dezembro; Ley 7/2003,

de 1 de abril; e Ley 16/2005, de 18 de julho (esta última para regular as especificidades dos litígios transfronteiriços).

Quadro 18 – Legislação vigente relativa ao regime de acesso ao direito e à justiça por país

Países	Regimes de Acesso à Justiça consagrados na Constituição	Diploma legal inicial	Diploma legal vigente
Alemanha	Sim (Art. 103.º)	Leis de 1980	Leis de 1980 (alteradas em 1994 e em 2004)
Espanha	Sim (Art. 24.º)	Lei 1/1996	Lei 1/1996 (alterada pela Lei 14/2000, Lei 1/2000, Lei 53/2002, Lei 7/2003 e Lei 16/2005) e Decreto-Real n.º 996/2003 e n.º 1455/2005
França	Sim (desde a Constituição de 1791 e com a adoção de um sistema de assistência judiciária em 1851)	Lei de 1972	Lei n.º 91-647, de 1991 (alteradas pelas Lei n.º 98-1163 e Lei n.º 2007-210)
Holanda	Sim (Art. 17.º e 18.º)	Lei de 1957	Lei de 1994 (alterada em 2004 e 2009)
Itália	Sim (Art. 24.º)	Lei 115/2002	Lei 115/2002 (alterada pela Lei n.º 25/2005 e pelo Decreto Legislativo n.º 116/2005)
Portugal	Sim (Art. 20.º)	Lei n.º 7/70	Lei n.º 30-E/2000; Lei n.º 34/2004 (alterada pela Lei n.º 47/2007)
Reino Unido	Não (não há constituição, mas já em 1215 a Magna Carta consagrava o direito à justiça)	Lei de 1949	Access to Justice Act de 1999 (revista em 2005)

Em Itália as despesas judiciais e a proteção jurídica a cargo do Estado (*Patrocinio a spese dello Stato*) são reguladas pelo Decreto do Presidente da República n.º 115, de 30 de maio de 2002 (publicado no Jornal Oficial Italiano n.º 139 de 2002), que constitui o texto único (T.U.) em matéria de despesas judiciais. O T.U. n.º 115/2002 corresponde à Lei n.º 134/2001, que veio modificar a Lei n.º 217/1990, de 30 de julho.

Em Portugal, está em vigor, a Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, sendo que, como se referiu no capítulo anterior, o primeiro diploma surgiu ainda em época de ditadura, em 1970, só tendo sido alterado no final da década de oitenta (1987), dando-se posteriormente, já em 2000, uma profunda reforma do sistema de apoio judiciário.

A análise do quadro 18 e dos diplomas legais supra-enunciados permite concluir que, nos últimos vinte anos, houve alterações sucessivas nos regimes jurídicos dos sete países, que são objeto de análise.

Como se escreveu no Capítulo III, a *legal aid* tem vindo a ser reestruturada nos pós-Estados-Providência, no sentido da contenção da despesa pública, alargamento da participação do mercado (v.g. seguros de proteção jurídica, participação das Ordens de Advogados e promoção de serviços pro bono) e a criação de parcerias entre o Estado

e associações da comunidade (e.g. centros de consulta jurídica, de promoção dos direitos das vítimas ou das crianças).

Ora, a análise da transformação da legislação supra enunciada dos regimes jurídicos do acesso ao direito e à justiça nos sete países, entre os anos 1990 e 2010, permite concluir que existem algumas tendências comuns a essas reformas: a) restrição dos critérios de concessão de apoio judiciário, designadamente no de aferição da insuficiência económica; b) privatização ou redução da intervenção do estado na proteção jurídica dos cidadãos, com um maior investimento por parte de vários governos em alternativas ao regime de apoio judiciário, tais como a promoção de seguros para despesas jurídicas (o chamado *Legal Expenses Insurance* – LEI, com grande expansão na Alemanha e Holanda), e a criação de parcerias entre o estado e associações da comunidade, como os centros de consulta jurídica (como no caso do Reino Unido e que dependem de um staff de advogados, que são recrutados e formados), as *Maisons de Justice et du Droit*, em França, ou o desenvolvimento dos serviços *pro bono* e os serviços *self-help*; c) reformas institucionais; d) alargamento do apoio judiciário a conflitos que decorram em entidades de resolução alternativa de litígios (como os Julgados de Paz, Conservatórias, Serviços de Mediação – em todos os países exceto Alemanha e Itália); e e) a transposição da diretiva Europeia 2002/8/CE, do Conselho de Ministros da União Europeia, de alargamento ou criação de regimes de apoio judiciário para os litígios transfronteiriços.

2.4 A natureza (preponderantemente) pública, principal ou subsidiária, dos regimes jurídicos e do sistema de acesso ao direito e à justiça

2.4.1 A natureza e financiamento dos regimes e dos sistemas: o público, o mercado, o comunitário ou associativo e as parcerias

Em termos comparativos, - cf. anexo a este capítulo – resulta da análise que, nos sete países selecionados, existem, maioritariamente, sistemas públicos de apoio judiciário (quadro 19). A maior parte destes regimes são financiados centralmente pelo Ministério da Justiça de cada um desses países (Espanha, França, Holanda, Itália, Portugal e Reino Unido), excetuando-se o caso alemão onde o financiamento é regional, feito através de cada *Länd*.

É de mencionar que, ainda que o financiamento seja público, verifica-se que muitos destes regimes funcionam de forma subsidiária ou supletiva. Isto é, nos sistemas que preveem, como na Alemanha ou Holanda, a existência de seguros denominados de

proteção jurídica ou a existência de formas alternativas de resolução dos litígios, os cidadãos devem fazer atuar esses meios em primeira linha. Só no caso, de tal não ser possível, seja porque a pessoa não está coberta por um desses seguros ou o âmbito de aplicação, do mesmo, apenas prevê determinado tipo de prestação jurídica, seja porque não é possível resolver o litígio por outra via, que não a judicial, é que o sistema público de apoio judiciário intervém.

Na verdade, na Alemanha e na Holanda o apoio judiciário tem um carácter subsidiário em relação aos seguros de proteção jurídica, já que os titulares de um seguro deste género ficam excluídos do âmbito de aplicação do apoio judiciário, pelo menos, no tipo de matérias que tais seguros cobrem, pois há várias áreas de conflitualidade e do direito (v.g. conflitos de família) que não são abrangidas pelo mercado de seguros e que têm de ser abrangidas pelo sistema público. De referir, ainda, que na Holanda todos os beneficiários do apoio judiciário pagam uma determinada contribuição monetária para aceder ao sistema público. Em França, as alterações legislativas de 2007 vieram introduzir regras de supletividade de utilização do sistema público de *aide judiciaire* quando os indivíduos tenham contratado um seguro de proteção jurídica.

Em todos os países considerados existem entidades privadas, provenientes do mercado, que oferecem serviços de proteção jurídica através de seguros de proteção jurídica, ainda que o uso de tais seguros seja diferente entre os vários países. Assim, em Itália e Portugal são pouco utilizados. Em França estão, normalmente, associados aos seguros para proteção automóvel ou de habitação. Na Alemanha, por sua vez, são bastante populares e muito utilizados, mas apenas cobrem a escolha do advogado e algumas despesas do processo. Na Holanda, cerca de 1,3 milhões de pessoas já tem este tipo de seguro, que também surge associado ao seguro automóvel ou da casa.

Há, ainda, a possibilidade, em todos os países, de recorrer a entidades provenientes da comunidade que prestam serviços de apoio jurídico, como é o caso dos sindicatos ou das associações de consumidores, de imigrantes, de apoio à vítima, de promoção dos direitos das crianças ou outras. À exceção da Alemanha, em todos os países o estado estabelece alguma forma de parceria com a comunidade, como é o caso em Portugal com as Comissões de proteção de crianças e jovens ou dos Centros de Consulta Jurídica no Reino Unido.

Quadro 19 – Natureza do sistema judiciário e de apoio judiciário por país

Variáveis		Países						
		Alemanha	Espanha	França	Holanda	Itália	Reino Unido	Portugal
Natureza e organização do sistema de apoio judiciário	Natureza e financiamento	Sistema público supletivo (seguros de proteção jurídica)	Sistema público	Sistema público supletivo (seguros de proteção jurídica)	Sistema público supletivo (seguros de proteção jurídica e de formas alternativas aos tribunais)	Sistema público	Sistema público	Sistema público
	Entidade Responsável pelo financiamento do sistema	Land (Senado de cada região)	Ministério da Justiça	Ministério da Justiça	Ministério da Justiça	Ministério da Justiça	Ministério da Justiça	Ministério da Justiça
	Entidade Responsável pela gestão do sistema	Land (Senado de cada região)	Ministério da Justiça	Ministério da Justiça	Entidade administrativa com competências próprias	Ministério da Justiça	Entidade administrativa com competências próprias (LSC)	Ministério da Justiça
	Entidade com competência para concessão/indiferimento	Tribunal de 1ª instância	Colegio de Abogados do tribunal onde corre a ação e Comissão de Assistência Jurídica Gratuita	Gabinete de Apoio Judiciário do Tribunal onde corre a ação	Centros de Aconselhamento Jurídico, dependentes do Conselho de Apoio Judiciário	Conselho da Ordem dos Advogados da sede do tribunal onde o processo corre termos	Legal Services Commission (Community Legal Service e Criminal Defence Service) - CLAS	Instituto da Segurança Social
	Nomeação e contratação de advogados	Livre escolha	Oficioso (Colegio de Abogados)	Oficioso (Barreau des Avocats)	Contratos com sociedades de advogados	Livre escolha	Contratos com sociedades de advogados	Nomeação oficiosa
Instituições Alternativas aos tribunais que facilitem o acesso à justiça	Não	Não	Sim (Maisons de Justice et du Droit ; antenas jurídicas ; CDAD ; PAD)	Sim (Sindicatos; Associações)	Sim (Sindicatos; Associações; Juízes de Paz)	Sim (uso obrigatório em certas matérias antes de recorrer aos tribunais)	Sim (Sindicatos; Associações; Mediação Pública; Julgados de Paz)	
Mecanismos de Resolução alternativa de litígios	Sim (voluntário e raramente utilizado)	Sim	Sim (Lei de 1998; pouco difundido)	Sim	Sim (mas pouco disseminados)	Sim (com vários tipos de serviços oferecidos, incluindo serviços telefónicos e on-line)	Sim	
Concessão de Apoio judiciário em meios alternativos de resolução de litígios	Não	Sim	Sim	Sim (mediação)	Não	Sim	Sim (a partir de 2007)	
A articulação com a comunidade – Parcerias	Não	Sim (ao nível das Comunidades Autónomas)	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	
Exigência de advogado nos primeiros degraus de acesso ao sistema	Não (Amtsgericht)	Não	Não (Tribunais de Pequena Instância)	Não	Não (Juízes de Paz)	Não	Não (Processos de Jurisdição Voluntária; Julgados de Paz, Sistemas de Mediação Pública)	

Assim, existe uma tendência para a privatização da proteção jurídica através da transferência da intervenção do apoio judiciário para instituições de natureza privada (seguros de proteção jurídica), e, ainda, para a comunitarização, ou seja, a transferência da legal aid para associações da sociedade, como os sindicatos ou associações de consumidores ou de promoção dos direitos de grupos socialmente vulneráveis (crianças, mulheres, vítimas de violência, etc.), ou para parcerias entre o Estado e associações da comunidade, como se referiu. O papel do sistema público é, assim, reduzido através dessas políticas públicas de privatização e de comunitarização que visam diminuir a despesa pública alocada ao sistema de apoio judiciário.

2.4.2 A organização e gestão do apoio judiciário

2.4.2.1 A organização

A gestão do sistema de apoio judiciário, por um lado, cabe, em cada país, à entidade financiadora, à exceção dos sistemas mais desenvolvidos do Reino Unido e da Holanda, em que tal função cabe a uma entidade administrativa com competências próprias (quadro 19).

Por outro lado, a entidade responsável pela concessão ou indeferimento do apoio judiciário, pode ser uma de três tipos: a) tribunal – é o que acontece na Alemanha e em França; b) Ordem dos Advogados (ou comissão com a sua participação) junto do tribunal onde corre o processo – é o caso de Itália e de Espanha; ou c) entidade com competências próprias/entidade de natureza pública (estado central) – é o que se passa na Holanda, no Reino Unido – em que existe uma entidade do Estado que tem essa função – e em Portugal, onde tal competência está atribuída aos serviços da segurança social (quadro 19).

O Estado financia, concede ou delega a concessão de atribuição de apoio judiciário e contratualiza a nomeação de advogados com a Ordem dos Advogados ou contrata advogados, por contrato de sua iniciativa, ou após escolha dos interessados.

2.4.2.2 A nomeação e remuneração dos advogados

Nos sete países existem três sistemas quanto à nomeação de advogado: a) nomeação (aleatória) pela Ordem dos Advogados, de forma oficiosa – é o que acontece em Portugal, em França e em Espanha; b) escolha livre, em que é o próprio beneficiário quem, após ser-lhe concedido o benefício do apoio judiciário, escolhe livremente o seu patrono – são os casos da Alemanha e da Itália; c) contrato entre o

Estado – entidade administrativa gestora – e advogados e sociedades de advogados, que é o caso do Reino Unido e Holanda, onde existem contratos entre várias sociedades de advogados e as entidades decisoras/concessoras do apoio judiciário, sendo feito um encaminhamento dos utentes/beneficiários para tais firmas, consoante o tipo de litígio em causa.

Estamos, assim, perante diferentes variações do já referido sistema de *judicare*, ou seja, de advocacia convencionada (como analisado no capítulo III). De acordo com este sistema na sua formulação clássica o cidadão elegível, atendendo aos seus limites de rendimento, escolhe um advogado de entre os que se inscreveram numa lista para prestação desses serviços, sendo a remuneração do advogado assegurada pelo Estado segundo os preços correntes no mercado dos serviços advocatícios. Ora, no primeiro sistema referido a contratação dos advogados é feita pelo Estado através da Ordem dos Advogados; no segundo tipo de contratação é o beneficiário quem escolhe livremente o seu patrono, sendo os seus honorários assegurados pelo Estado; já no terceiro sistema, estamos perante a versão clássica do *judicare* (Reino Unido e Holanda).

Em todos os países, independentemente da forma de nomeação de patrono, é o Estado, quer seja o Estado central, através do Ministério da Justiça (Portugal, Espanha, Itália, Reino Unido e Holanda), quer seja o Estado local (Alemanha), que financia o pagamento de honorários dos advogados. Mesmo no caso francês, em que o pagamento dos honorários é assegurado pela *Caisse de règlements pécuniaires des avocats*, é o Ministério da Justiça que financia o mesmo (quadro 19).

Em Portugal, a remuneração dos advogados officiosos obedece a níveis de honorários diferentes dos praticados no mercado (atendendo ao tipo de ação e de diligência praticado) e estão fixados em Portaria (ver Capítulo V) após acordo entre o estado e a Ordem dos Advogados. Existem sistemas bifásicos, em que há critérios de seleção e recrutamento dos advogados e, uma vez recrutados, não podem pedir escusa de patrocínio (Holanda e Espanha), sendo pagos nos termos do contrato com a entidade administrativa que os contratou. Haverá, ainda, a possibilidade de os advogados terem remuneração diferente consoante a natureza cível ou penal das ações; e os honorários do sistema de acesso são estabelecidos pela Ordem dos Advogados (como sucede em França), de acordo com o orçamento previsto para essa área (quadro 19).

2.5 Os conflitos abrangidos e as áreas jurídicas abrangidas

Em todos os países pode ser requerido apoio judiciário em matéria cível³³⁰ e penal, sendo que, na maior parte deles, é, ainda, possível requerer este benefício em matéria administrativa, laboral e até em alguns assuntos relativos à segurança social. Todavia, em alguns países não é possível requerer apoio judiciário em determinadas áreas de conflitualidade e de direito.

Entre os países com os regimes de apoio judiciário mais abrangentes estão França, Espanha e Portugal. Em França o apoio judiciário pode ser requerido para qualquer processo em matéria civil, penal ou administrativa. Em Espanha o apoio judiciário pode ser concedido para todo o tipo de causa, seja cível, penal, administrativa ou laboral, abrangendo todas as fases do processo, incluindo recursos. No caso português, o regime de apoio judiciário aplica-se em todos os tribunais qualquer que seja a forma do processo, sendo concedido independentemente da posição processual que o requerente ocupe na causa e do facto de ter sido concedido à parte contrária e é extensivo a todos os processos que sigam por apenso àquele em que essa concessão se verificar, sendo-o também ao processo principal, quando concedido em qualquer apenso e mantém-se ainda para as execuções fundadas em sentença proferida em processo em que essa concessão se tenha verificado.

No Reino Unido, Alemanha, Holanda e Itália registam-se algumas exclusões/limitações, ainda que em escalas distintas, na atribuição de apoio judiciário. No Reino Unido, com a lei de 1999, foram excluídos do âmbito de financiamento alguns tipos de litígios, como no caso dos danos pessoais, que passaram estar cobertos pelos *conditional fees agreements*³³¹, ou os litígios resultantes de uma atividade comercial, que passaram a ter de estar cobertos, obrigatoriamente, por um seguro contra todos os riscos, e foram ainda excluídas todas as causas relativas a negligência (excetuando a negligência médica), as transferências de propriedade, os testamentos e os conflitos de vizinhança. Em material cível ficaram apenas cobertos pelo âmbito do apoio judiciário os processos envolvendo matérias familiares, algumas matérias laborais, recursos judiciais e algumas matérias relativas à segurança social. Quanto à Alemanha, o apoio judiciário é concedido para todos os tipos de litígios, em matéria

³³⁰ Como referido no capítulo V, ocorre que a abrangência de matérias cíveis é uma decorrência da interpretação jurisprudencial que o TEDH tem feito do artigo 6.º da CEDH.

³³¹ São acordos estabelecidos pelos clientes com os advogados (*barristers/solicitors*), com base nos quais estes últimos renunciam à totalidade ou a uma soma parcial dos seus honorários em caso de perda da ação.

civil, para os processos gratuitos e para os processos nos tribunais do trabalho, administrativos, sociais e fiscais, não podendo, todavia, beneficiar de apoio judiciário os devedores em processo de falência, sendo que neste caso beneficiam de um diferimento das custas judiciais. Na Holanda foi excluída a concessão nos seguintes casos: quando o pedido diz respeito a um processo penal que tem por objeto uma infração que será provavelmente sancionada com uma pena de multa de montante reduzido; quando o processo se refere ao exercício de uma profissão independente (neste caso a lei dispõe que tais questões relevam do normal risco ligado à profissão) ou a uma atividade comercial (não com forma de pessoa coletiva), a menos que a continuação de tal profissão ou atividade dependa do resultado do processo ou a profissão ou atividade tenha terminado pelo menos um ano antes, o requerente seja ou tenha sido requerido num processo em primeira instância e o custo do apoio judiciário não possa ser pago de outro modo; quando o processo é da competência de um tribunal internacional ou de um órgão análogo que dispõe do seu próprio sistema de apoio judiciário, ou quando o processo permite que as partes assumam a sua própria defesa, sem necessidade de recorrer a um advogado. Em Itália, o âmbito de aplicação do regime é amplo, já que se aplica em todos os tribunais e para quase todos os tipos de processos e em todas as fases processuais, excetuando-se os processos que envolvam cessação de créditos.

Paradoxalmente, dois dos sistemas que excluem determinadas matérias do apoio judiciário, Reino Unido e Holanda, são simultaneamente os que apresentam a maior despesa pública, como se referiu, em apoio judiciário por habitante, 34,51€ e 25,56€, respetivamente, têm modalidades de apoio judiciário abrangentes e concedem apoio judiciário para a utilização de mecanismos alternativos de resolução de litígios.

2.6 Os critérios de elegibilidade

Relativamente aos critérios de elegibilidade dos beneficiários de apoio judiciário, a maior parte dos países utiliza critérios baseados no rendimento ou na insuficiência económica, que costumam ser rígidos, sendo que na Alemanha e no Reino Unido é ainda avaliado, para além da insuficiência económica dos requerentes, o mérito da causa.

2.6.1 A instrução e a concessão de pedidos: a prova da insuficiência económica

Na maior parte dos países estudados, com exceção da Itália, existem formulários próprios para fazer o pedido de apoio judiciário.

Assim, em França o pedido de apoio judiciário faz-se mediante o preenchimento de um formulário – *Formulaire Cerfa* n.º 12467*01. No pedido deve mencionar-se qual o objeto da ação para a qual se requer a concessão de apoio judiciário e, no caso em que a mesma seja considerada sem fundamento, não existirá concessão do apoio. Para além disso, deve também fazer-se a prova da condição económica do requerente, juntando todos os documentos aptos a essa prova. Os pedidos devem ser entregues ou remetidos ao *Bureau d'Aide Juridictionnelle* do tribunal onde corre termos a ação para a qual resulta necessário requerer apoio judiciário.

No Reino Unido as pessoas devem primeiro dirigir-se ao *Community Legal Advice* mais próximo da sua zona de residência e é nesse centro que todo o processo é encaminhado. A avaliação do mérito dos pedidos é feita com base num teste dos meios financeiros (rendimento bruto mensal) e do mérito jurídico da causa.

Na Alemanha os formulários de pedido de acesso à consulta jurídica devem ser solicitados junto dos tribunais de primeira instância (*Amtsgerichte*) e devem os mesmos ser apresentados no tribunal de primeira instância (*Amtsgericht*) do distrito onde o requerente tem a sua residência. No tribunal a avaliação é feita por um funcionário de categoria superior que assiste os juizes (o *Rechtspleger*), que analisa o pedido e decide se estão reunidas as condições requeridas para a obtenção de apoio judiciário, devendo para isso analisar se a pretensão jurídica do requerente é correta ou pelo menos defensável, tendo em conta os factos expostos e os documentos apresentados, e deve estar convicto de que o requerente dispõe de elementos de prova concretos.

Em Espanha, por sua vez, o pedido deve ser feito através de formulário próprio, como resulta do R.D. 996/2003, e que pode ser obtido através da página da Internet do Ministério da Justiça ou junto dos *Servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados*, das *Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita* ou nas secretarias judiciais e deve ser apresentado junto da Ordem dos Advogados (*Colegio de Abogados*) da circunscrição judicial onde a causa é julgada ou junto do tribunal do domicílio do requerente, que a transmite à Ordem dos Advogados territorialmente competente. O pedido deve ser acompanhado de todos os elementos que façam prova da situação económica do requerente e sua família, bem como da pretensão que pretende fazer valer em tribunal.

Em Itália não existem formulários predefinidos, pelo que o pedido pode ser transmitido por fax ou por via eletrónica, desde que se respeitem as formalidades em matéria de prova. Para beneficiar do apoio em qualquer fase do processo e, para ser admissível, o pedido deve ser assinado e deve conter, sob pena de inadmissibilidade, as indicações de facto e de direito que permitam apreciar se as pretensões que o interessado pretende invocar não são manifestamente infundadas, indicando especificamente as provas que tenciona apresentar. Deve ser apresentado unicamente pelo interessado ou pelo seu advogado, ou ser enviado por carta registada, junto do Conselho da Ordem dos Advogados da sede do tribunal perante o qual corre o processo ou, se o processo não estiver pendente, da sede do tribunal competente para conhecer do processo quanto ao mérito da questão.

Em Portugal, por seu turno, o requerimento de apoio judiciário é, desde 2001, apresentado em qualquer serviço de atendimento ao público dos serviços de segurança social, havendo um modelo de requerimento³³² que pode ser apresentado “pessoalmente, por telecópia, por via postal ou por transmissão eletrónica, neste caso através do preenchimento do respetivo formulário digital, acessível por ligação e comunicação informática”. No requerimento deve estar referida a modalidade ou modalidades de apoio judiciário pretendidas.

2.6.2 Os critérios de insuficiência económica: o rendimento elegível para a concessão de apoio judiciário

Na maior parte dos países estudados, e de modo a avaliar a elegibilidade dos requerentes, deve ser junto um conjunto de documentos que façam prova da sua condição de insuficiência económica, bem como, tal como acontece em alguns países, documentos que sustentem o mérito da causa (como já se referiu).

Na Alemanha, a prova da situação de insuficiência económica e, como tal, dos critérios de elegibilidade, é feita através do cálculo do rendimento disponível, ou seja, rendimento e património ao qual são deduzidas as despesas imprescindíveis (impostos e cotizações sociais e profissionais e, ainda, despesas de alojamento) por um lado e, por outro lado, dedução de um *forfait* por cada membro do agregado do requerente.

Em França, segundo os dados mais recentes, para se poder qualificar para a concessão de assistência jurídica, o rendimento mensal auferido deve ser abaixo de um

³³² O requerimento de apoio judiciário será formulado através de modelo “a aprovar por portaria dos ministros com a tutela da justiça e da segurança social, que é facultado, gratuitamente, junto da entidade referida no número anterior” (artigo 22.º, número 2, da Lei n.º 47/2007).

certo limite: € 929 para obter a modalidade de apoio judiciário total e de €1.393 para obter a modalidade de apoio judiciário parcial. Este montante é majorado pelo número de dependentes (cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente) em €167 para os primeiros dois dependentes e em €106 para as pessoas subsequentes. São analisados os rendimentos de trabalho, rendas, anuidades, pensões e pensão alimentícia usufruídos.

No Reino Unido, para além de ser avaliado o rendimento bruto mensal, ao qual são deduzidas as despesas mensais de cada requerente (impostos, segurança social, renda de casa, hipoteca, pensões de alimentos, etc.), é também avaliado se o requerente recebe outro tipo de rendimentos (pensão de alimentos, bolsas, subsídios, apoio familiar, etc.) e/ou o património que possui (contas bancárias, poupanças, ações cotadas na bolsa de valores, etc.). É também tido em conta o número de pessoas que constitui o agregado familiar e o número de filhos. De acordo com os valores mais recentes, atende-se a um rendimento bruto que deve ser inferior a cerca de € 3.276 mensais, sendo que para requerentes com mais de 4 filhos dependentes se aplica um limite maior de rendimento bruto (cerca de € 274 por cada filho). Se o rendimento bruto do requerente exceder este valor, não será considerado elegível.

No caso holandês, ao ser solicitado o apoio judiciário devem juntar-se imediatamente documentos comprovativos dos rendimentos e dos bens, bem como todos os documentos necessários relativamente ao processo. De acordo com os dados de 2009, todos os indivíduos cujos rendimentos excedessem 33.600€ (no caso de ser casado ou viver em economia comum) ou € 23.800 (no caso de ser solteiro), o que corresponde respetivamente a € 2.800 e € 1.983, por mês, não têm direito a assistência jurídica, sendo que estão obrigados ao pagamento de uma contribuição (que varia entre os € 98 e os € 732 por processo) todos os indivíduos a quem for concedido apoio judiciário, dependendo a mesma dos rendimentos auferidos (cujos limites foram já mencionados). Os critérios de insuficiência económica, no entanto, não se limitam a avaliar o rendimento, mas avaliam ainda a disponibilidade de outros meios financeiros (como poupanças).

Em Espanha estabeleceu-se um duplo mecanismo: para além da imposição de um critério objetivo, baseado na situação económica do requerente, foi criado um critério flexível de apreciação subjetiva, que possibilita o reconhecimento excepcional da concessão de apoio judiciário a pessoas cuja situação económica excede os limites

legais, desde que por determinadas circunstâncias a aceitação seja recomendável. Assim, o direito à assistência jurídica gratuita é concedido às pessoas cujos recursos e rendimentos, calculados anualmente por unidade doméstica, não excedam o dobro do salário mínimo em vigor no momento da aplicação e são tidos em conta o património e as pensões recebidas, bem como todos os sinais exteriores de riqueza. Todavia, não constitui obstáculo à obtenção do apoio o facto de se ser proprietário da casa de morada de família. Assim, o apoio judiciário será total quando o rendimento do requerente for inferior ou igual ao dobro do salário mínimo interprofissional (para 2009 o valor era de 7.381,33 euros anuais).

Para Portugal, como já se referiu no anterior capítulo, os critérios de definição de insuficiência económica são muito restritivos e quase só abrangem as pessoas em situação de extrema pobreza, colocando o patamar de acessibilidade a todas as modalidades do apoio judiciário num rendimento mensal líquido de €315, ou seja, abaixo do salário mínimo, e o patamar de não elegibilidade nos €1048.

2.7 Modalidades de apoio judiciário

Na maioria dos sistemas, e sendo a pessoa considerada elegível ou apta a obter a concessão do benefício de apoio judiciário de acordo com os critérios impostos, há lugar a representação por advogado, seja na posição de autor, seja na de réu. As modalidades podem ser diversas, passando pela informação jurídica, a consulta jurídica e a representação em tribunal, podem ser totais (abrangendo todas custas do processo e os honorários do advogado e outros profissionais) ou parciais (abranger somente a taxa de justiça, por exemplo). Pode haver ainda lugar a um reembolso das prestações auferidas, dependendo do rendimento do requerente.

2.7.1 Representação jurídica (judicial e extrajudicial)

Em termos de representação em juízo, todos os sistemas preveem esta modalidade, havendo, como já se mencionou, três sistemas diferentes de nomeação de advogado. No Reino Unido estão previstas duas formas de representação em juízo: *Help at Court*, ou assistência em diligência singular, e *Legal Representation*, ou assistência em juízo (para todo o processo).

Quadro 20 – Características do sistema de apoio judiciário por país

Variáveis	Países						
	Alemanha	Espanha	França	Holanda	Itália	Reino Unido	Portugal
Natureza das Matérias (Penal/Civil/Administrativa)	Abrangente	Abrangente	Abrangente	Abrangente	Abrangente	Abrangente	Abrangente
Crítérios de Elegibilidade dos beneficiários de Apoio judiciário	Insuficiência económica e mérito da causa	Insuficiência económica	Insuficiência económica	Insuficiência económica e mérito da causa	Insuficiência económica	Insuficiência económica e mérito da causa	Insuficiência económica
Rendimento para ser elegível	Rendimento e património ao qual são deduzidas as despesas imprescindíveis	Rendimentos, calculados anualmente por unidade doméstica, que não excedam o dobro do salário mínimo (€7.381,33, em 2009)	Rendimentos de trabalho, rendas, anuidades, pensões e pensão alimentícia usufruídos (€929 para obter a modalidade de apoio judiciário total e €1.393 para obter a modalidade de apoio judiciário parcial)	Rendimentos e outros meios financeiros (rendimento inferior a 33.600€ (no caso de ser casado ou viver em economia comum) ou € 23.800 (no caso de ser solteiro))		Rendimento e outros meios financeiros (rendimento bruto deve ser inferior a cerca de € 3.276)	Rendimentos mensais líquidos abaixo dos €1048
Modalidades de apoio judiciário concedidas	Consulta jurídica e apoio judiciário (taxas de justiça e pagamento de honorários)	Dispensa de pagamento de taxa de justiça; pagamento de honorários (advogado, solicitador e peritos)	Total ou parcial, consoante o rendimento do requerente;	Apoio judiciário total e parcial (advogados); e apoio no acesso ao direito (guichets jurídicos)	Isenção do pagamento de taxa de justiça; pagamento de honorários de advogado; pagamento de despesas do processo	Seis níveis: a) consulta e informação jurídica; b) assistência em diligências; c) assistência extrajudicial em conflitos de direito da família; d) assistência em juízo; e) mediação familiar; f) financiamento parcial	Informação Jurídica; Consulta Jurídica; Apoio Judiciário (dispensa de taxa de justiça; pagamento faseado de taxa de justiça; nomeação de advogado; pagamento de honorários; atribuição de agente de execução)

2.7.2 Dispensa ou pagamento faseado de taxas judiciais ou despesas de processo

Pode dizer-se, como defendem Van Zeeland e Barendrecht (2003), que na Alemanha o sistema de apoio judiciário está organizado como um sistema de empréstimos, ou seja, o beneficiário de apoio judiciário terá de reembolsar as prestações recebidas do Estado, mensalmente, de acordo com a sua situação económica. O beneficiário paga o processo em mensalidades em função do seu rendimento, reembolsando em várias prestações o montante adiantado pelo Estado (*Staatskasse*). Este pagamento a prestações pode ser exigido até um prazo máximo de quatro anos, independentemente dos incidentes processuais por que tenha passado. Chegado ao fim dos 48 meses, se a totalidade dos custos não for liquidada, o remanescente dá-se como perdido, isto é, não é exigido ao beneficiário que reembolse o Estado.

Também em Espanha o beneficiário do apoio deve, se a sua situação económica melhorar³³³ e durante os três anos posteriores à conclusão da causa, reembolsar as despesas pagas pelo Estado (incluindo as relativas ao pagamento das despesas da contraparte no caso de perda da ação). Também deverá haver reembolso ao Estado no caso de o beneficiário ter ganho a ação e, por tal facto, ter sido ressarcido. Também, em Portugal, a lei prevê a possibilidade de ressarcimento, no caso do beneficiário vir a ter “rendimentos” para o efeito.

2.7.3 Informação e consulta jurídica

No que toca à informação jurídica, a maior parte dos sistemas prevê formas de prestação de informação jurídica. Na Holanda, por exemplo, verifica-se um grande incremento de sistemas de informação on-line, como é o caso da aplicação *Rechtwijzer* (ou *Roadmap to Justice*, em <http://geschillenboom.rvr.org/RvR/geschillenboom>) que foi criada pelo Conselho de Apoio Judiciário em cooperação com a Universidade de Tilburg e consiste num mapa, que guia os usuários passo-a-passo, com base em opções já configuradas. Este sistema presta informação quanto às seguintes matérias: arrendamento, trabalho, consumo, direito administrativo e direito da família. Para além deste mapa, estão ainda a ser desenvolvidas as seguintes aplicações: Divórcio On-line, Responsabilidades Parentais On-line e Mediação On-line. Na Holanda é ainda possível

³³³ O que sucederá se os rendimentos auferidos ultrapassarem o dobro do salário mínimo.

contactar gratuitamente um dos 30 'guichets' jurídicos³³⁴ (*juridische loketten*) para obter informações (incluindo sobre os modos alternativos de resolução de litígios, como a mediação).

Em termos de consulta jurídica, esta modalidade está prevista em Portugal e no Reino Unido (a *Legal Help*, a que corresponde tanto a consulta como a informação jurídicas), sendo que na Holanda também está prevista em duas modalidades (os *juridische loketten* prestam uma consulta de 30 minutos, gratuita, onde se avalia se se está perante um problema de natureza jurídica ou outro, quais as hipóteses de sucesso de uma causa a intentar, quais os possíveis custos e duração e uma consulta jurídica de 3 horas, mediante o pagamento de um montante reduzido, para tentar chegar a um acordo entre as partes sem necessidade de ir a tribunal). Na Alemanha a consulta jurídica é prestada relativamente a processos em matéria de direito civil, incluindo o direito do trabalho, direito administrativo, direito constitucional e direito social, bem como em matéria penal e de direito das contraordenações. Nos processos que impliquem a aplicação do direito de outros Estados, a consulta jurídica é concedida se os factos estiverem relacionados com a Alemanha, mas está excluída no âmbito do direito fiscal, sendo que todos os advogados são obrigados a prestar consultas jurídicas – ainda que, na prática sejam muitos os advogados que não participam no apoio para consulta, porque o consideram uma atividade insuficientemente remunerativa –, só podendo escusar-se excepcionalmente por um motivo grave (nos *Länder* de Bremen e Hamburgo as consultas jurídicas são prestadas por gabinetes públicos de consulta jurídica).

2.7.4 Apoio judiciário e resolução alternativa de litígios

Para além disso, deve ainda ser considerado se os regimes preveem a existência de formas alternativas aos tribunais e, ainda, a concessão de apoio judiciário para mecanismos de resolução alternativa de litígios. Em França, para além de existir uma forte aposta numa justiça de proximidade³³⁵, através da instituição das *Maisons de Justice et du Droit* ou dos *Conseils Départementaux d'Accès au Droit*, que são uma forma de implementar uma justiça mais acessível, rápida e compreensível para os cidadãos, já que se apresentam como uma forma de deslocalizar a instituição judiciária de modo a

³³⁴ Estes guichets estão abertos a todas as pessoas, independentemente da idade ou da nacionalidade. A primeira consulta, com duração de trinta minutos, é gratuita para todos, sendo as seguintes reservadas às pessoas que preenchem as condições exigidas para obtenção do apoio judiciário.

³³⁵ Sobre justiça de proximidade cf. Wyvekens e Faget (2001) e o dossier organizado na *Droit et Societé* por Bastard e Guibentif (2007).

que todos os cidadãos possam beneficiar do serviço público de justiça. Existem, ainda, diferentes mecanismos de resolução alternativa de litígios, tais como a conciliação, a transação e a mediação, sendo que pode ser requerido apoio judiciário, seja na modalidade de nomeação de advogado para assistir as partes em caso de transação, seja em caso de mediação judiciária. Também em Portugal é possível requerer apoio judiciário para recorrer ao sistema público de mediação, às conservatórias do registo civil ou aos julgados de paz³³⁶.

No Reino Unido foram criadas também as seguintes modalidades de apoio judiciário: *Approved Family Help*, que se traduz na assistência extrajudicial em conflitos de direito da família, e *Family Mediation*, ou, como o próprio nome indica, mediação familiar.

Em Itália, pelo contrário, são excluídas as despesas de consultoria extrajudiciária.

2.8 Resolução alternativa de litígios

Existem, nos diversos sistemas, diferentes nuances no que se refere à existência de instituições alternativas aos tribunais e mecanismos de resolução alternativa de litígios. Existem, assim, as seguintes tipologias: a) possibilidade de aceder aos tribunais sem advogado; b) existência de entidades administrativas não judiciais; c) possibilidade de utilização de sistemas de arbitragem; d) possibilidade de utilização de sistemas de mediação.

Quanto ao à primeira tipologia, verifica-se que na Alemanha o primeiro degrau de acesso ao sistema é o *Amtsgericht* (com uma alçada até € 5000), onde não é necessária a presença de advogado (ainda que, em regra, estejam presentes). O mesmo acontece em Portugal, nos processos de jurisdição voluntária. Em França, nos tribunais de pequena instância, que foram criados recentemente, não é necessária a presença de advogados.

Em termos da existência de entidades administrativas não judiciais, existem várias possibilidades. Assim, em Itália encontramos a figura do *Giudice di Pace*, com a função de descongestionar o trabalho dos tribunais em cerca de um terço da sua pendência. Todavia, os juízes de paz arriscam-se a ser vítimas do seu próprio sucesso, na medida em que se verifica um aumento substancial dos processos pendentes, o que

³³⁶ Sobre os julgados de paz cf. Pedrosa *et al.* (2003) e, em particular sobre Portugal, Guibentif (2007).

se traduz em morosidade). Também Espanha e Portugal desenvolveram experiências de criação e desenvolvimento de uma “Justiça de Paz”.

No que concerne os mecanismos de resolução alternativa de litígios (RAL), são apresentados como um aperfeiçoamento no sistema de acesso (por se apresentarem como sistemas céleres e eficientes), tendo sido introduzidas reformas em vários países, como no caso da Holanda, onde até há pouco tempo não existia uma tradição na utilização de tais mecanismos. Em França existe um aumento da utilização da mediação, que começa a ser compulsória em alguns casos, pelo que, antes de se aceder aos tribunais, é necessário esgotar todas as hipóteses de mediação. Em Portugal, o recurso à mediação, designadamente de família, é unicamente sujeito a recomendação formal, mas de recurso voluntário. Na Alemanha, o sistema de RAL é absolutamente voluntário e raramente utilizado, havendo um predomínio da utilização do sistema judicial para a resolução dos conflitos. Em Itália o uso de meios de resolução alternativa de litígios não está muito disseminado, uma vez que a ênfase continua a ser colocada sobre o juiz e os tribunais, à exceção de um intenso recurso aos juízes de paz. Apesar disso, a arbitragem encontra-se bastante consolidada, em diversos países, e é sobretudo utilizada nos conflitos de natureza comercial, entre empresas, uma vez que é um meio eficiente, célere e discreto. Porém, o seu uso não é quantificável, uma vez que não faz parte das estatísticas da justiça.

2.9 As parcerias

Em termos de parcerias com organizações da comunidade os vários países também apresentam diferenças. Se em França, Holanda e Reino Unido são várias as experiências que visam incrementar o acesso dos cidadãos ao direito e à justiça, como foi o caso francês das *Boutiques du Droit*, implementadas em várias cidades francesas durante os anos de 1970 e 1980 e constituíram uma das práticas mais inovadoras em matéria de informação e de aconselhamento jurídico. Pelo seu lado, os *Neighbourhood Centres* britânicos consistiam em agrupamentos de advogados e juristas que faziam consulta jurídica nos bairros populares, dando concretização aos valores de acessibilidade, proximidade e respondendo às necessidades dos seus habitantes.

Há contudo, em quase todos os países, sindicatos de trabalhadores ou associações de consumidores que funcionam como prestadores “não públicos” de aconselhamento jurídico. Na Holanda, os advogados, em regra, também oferecem uma primeira consulta gratuita, de cerca de trinta minutos. No Reino Unido a criação das

parcerias é feita a nível local, havendo um investimento em funções de gestão e coordenação. Estes partenariados, como têm conhecimento direto do terreno, são centrais na determinação das “necessidades latentes de justiça” locais, bem como na planificação das modalidades de utilização dos recursos disponíveis. Todavia, e não obstante uma rápida difusão pelo país destes partenariados, a verdade é que tiveram um escasso impacto, pelo que há autores, como Flood (2009), que consideram que existe necessidade de repensar o papel dos mesmos.

Em Espanha existem ainda os serviços de apoio a vítimas de crimes violentos e contra a liberdade sexual, que funcionam na dependência do Ministério da Justiça ou das comunidades autónomas, determinando o apoio económico e/ou psicológico e social, consoante os casos analisados. Como as comunidades autónomas têm poder de iniciativa, podem incluir outros serviços que facilitem o acesso ao direito e à justiça. Por fim, em Portugal, existem diversas experiências de parceria (v.g. CPCJ) e de informação jurídica e consulta jurídica protagonizada por ONGs, que analisarei nos próximos capítulos.

2.10 Os seguros de proteção jurídica

Como se referiu, assiste-se, em vários dos países estudados, como no caso alemão, britânico, holandês e, mais recentemente, francês, a uma tendência para a subsidiariedade dos regimes públicos de apoio judiciário, na medida em que o mercado de seguros de proteção jurídica vai ganhando terreno, impondo como critério de elegibilidade que, caso a pessoa esteja coberta por um seguro de proteção jurídica, tenha de acionar o mesmo, não podendo recorrer ao sistema público, a menos que o âmbito de aplicação do seguro não seja extensível ao litígio em causa.

A Alemanha é o país que detém o maior mercado de seguros de proteção jurídica, na Europa, sendo que cada cidadão na Alemanha gasta por ano, em média, 36 euros em prémios de seguro de proteção jurídica. O mercado de seguros de proteção jurídica cresceu, neste país, sem que se verificassem alterações de fundo ao sistema jurídico, uma vez que o apoio judiciário cobre todas as áreas de litigação, estando apenas sujeito à verificação das condições referentes à situação económica do requerente e à viabilidade da ação que lhe serve de fundamento. Por ano, este tipo de seguro cobre mais de três milhões de processos, dos quais 3,7% são relativos a matérias ligadas ao direito da família – mas apenas cobrem a consulta jurídica. Pelo que, nestas matérias (bem como em processo-crime), o sistema de apoio judiciário é

crucial, pois cobre matérias que não são abrangidas pelos seguros de proteção jurídica (Kilian e Regan, 2004; Mattei, 2007).

Este género de seguro começou a ser comercializado já tardiamente em Inglaterra, nos finais da década de setenta do século passado, e a sua introdução no mercado foi estimulada pelo sucesso obtido com este tipo de seguros na Alemanha (bem como noutros países, como é o caso da Suécia, país no qual, já no final da década de setenta, 75% da população estava coberta por este tipo de apólice, geralmente comercializada como elemento acessório do seguro de habitação). A sua difusão foi acolhida de forma favorável, por se considerar que permite o acesso à justiça daquela camada da população que, ainda que estando num patamar superior ao permitido pelo regime de apoio judiciário, não tem capacidade de custear um processo de forma autónoma. Todavia, só a partir da década de 1990 é que o sector começou a conhecer um maior desenvolvimento, já que as várias companhias seguradoras começaram a competir entre si e a oferecer mais variedade de produtos e melhores preços (Mattei, 2007).

Os principais tipos de seguros existentes no mercado britânico são os seguintes: a) *commercial legal expenses insurance*, que cobre os conflitos resultantes do exercício de uma atividade empresarial; b) *personal legal expenses insurance*, que se destina aos sujeitos privados. Este último pode funcionar como elemento acessório de um outro tipo de seguro (é o caso mais difundido no mercado), como por exemplo o seguro de responsabilidade civil derivado da circulação de veículos automóveis, ou pode funcionar de forma autónoma, mas neste caso a sua cobertura está sujeita a uma série de limitações (a maior parte das apólices exclui os conflitos em matéria matrimonial e no caso de difamação).

Em França, por intermédio da Lei n.º 2007-210, de 19 de fevereiro de 2007, relativa à modificação do regime de seguro de proteção jurídica, foi introduzida uma modificação importante ao regime de apoio judiciário consagrado em 1991. A partir desta reforma, sempre que se verificar que uma pessoa, que seria à partida elegível para a concessão de apoio judiciário, tenha contratado um seguro de proteção jurídica – deve referir-se que os seguros de proteção jurídica não são obrigatórios –, não poderá beneficiar do apoio judiciário (Senado Francês, 2007). Ou seja, foi introduzida a subsidiariedade da concessão de apoio judiciário sempre que existir uma outra forma de cobrir os custos de um processo, ainda que tal processo não seja automático, já

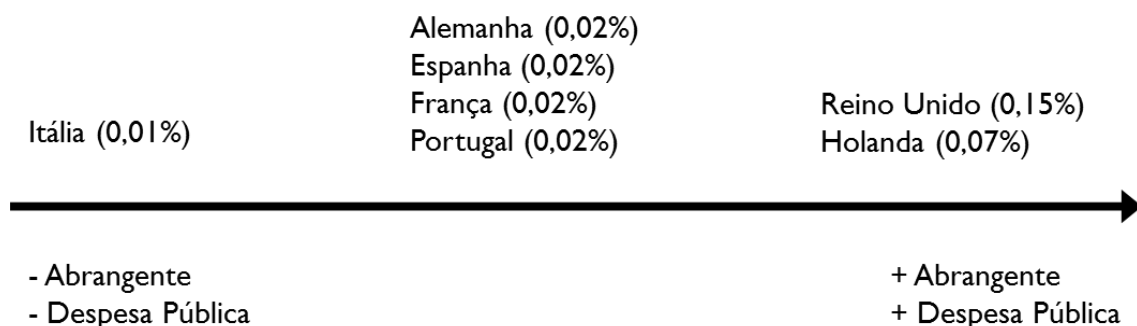
que é necessário analisar, para cada caso, qual o tipo de seguro contratado, que tipo de procedimentos cobre, etc..

3 Os modelos de acesso ao direito e à justiça

Da análise efetuada pode concluir-se que os regimes jurídicos e sistemas de acesso ao direito e à justiça se encontram polarizados entre os mais abrangentes e os pouco abrangentes. São regimes **mais abrangentes** aqueles: a) Têm alocada mais despesa pública para satisfazer as necessidades de apoio judiciário; b) Que oferecem mais modalidades de apoio judiciário; c) Têm critérios menos seletivos para a concessão de apoio judiciário, na apreciação conjunta do critério de insuficiência económica e de idoneidade do mérito da causa; d) Disponibilizam instituições alternativas aos tribunais e de mecanismos de resolução alternativa de conflitos, bem como a concessão de apoio judiciário para a utilização destes últimos; e) e em que não existem limites ao montante de apoio judiciário a alocar ou ao número de processos com apoio judiciário.

Muito embora todos estes critérios sejam importantes para avaliar a abrangência dos sistemas, o último critério mencionado, que restringe, formal e quantitativamente, o apoio judiciário concedido, foi utilizado como fator de diferenciação entre os regimes mais abrangentes e os pouco abrangentes.

Figura 3 – Relação entre % despesa em apoio judiciário por habitante por PIB por habitante e abrangência e despesa pública do/no sistema de apoio judiciário por habitante por país



Ora, como se analisou, no início deste capítulo, não há uma relação direta entre os níveis de desenvolvimento socioeconómico dos sete países e o montante de despesa pública alocada a apoio judiciário. Mas, tendencialmente, a abrangência de um

regime jurídico e correlativo sistema de acesso ao direito e à justiça está relacionada com o montante de despesa pública em percentagem do PIB que lhe é alocada (figura 3).

Pode-se dividir o nível de despesa pública em três grupos, sendo que os sistemas mais abrangentes são aqueles que têm alocada mais despesa pública e os menos abrangentes são aqueles à qual é destinada menos percentagem do PIB do orçamento do Estado (figura 3).

No entanto, esta relação é tendencial, dado que nos países “intermédios” (Alemanha, Espanha, França e Portugal) em alocação de despesa pública a apoio judiciário o grau de abrangência dos seus sistemas é diferenciado.

Assim, aferiu-se também a abrangência pelos conflitos para os quais pode ser requerido o apoio judiciário e as modalidades que cada um dos sete regimes jurídicos oferece. Na sequência do artigo 6.º, da CEDH, todos os países estudados abrangem os processos criminais e, ainda, por força da referida Diretiva da UE, abrangem os litígios transfronteiriços. Todos os sistemas abrangem os conflitos relacionados com a família.

Os países mais seletivos e excludentes são o Reino Unido, a Alemanha e a Holanda, que excluem litígios para os quais os requerentes têm a possibilidade de ter seguro ou de aceder a meios de resolução desses litígios para os quais não necessitam de apoio judiciário. Apesar destas exclusões, também são estes países que apresentam os valores mais elevados de despesa pública em apoio judiciário por habitante e que têm um maior espectro de modalidades de apoio judiciário (ver quadro 14 e subcapítulo 2.5 deste texto). Assim, apesar das exclusões referidas, o Reino Unido e a Holanda são considerados países abrangentes pelas modalidades oferecidas e dado que tais exclusões são diversão do apoio judiciário para o mercado e para a comunidade. Entre os referidos países intermédios, os mais abrangentes são, por sua vez, Portugal, Espanha e França atendendo ao espectro de modalidades de apoio judiciário.

Em terceiro lugar, atente-se na combinação do critério de abrangência com os que permitem posicionar os países entre os polos de natureza pública e de natureza privada, considerando a obrigatoriedade, legal ou não, de seguros de proteção jurídica e a supletividade do sistema público de apoio judiciário (em caso de obrigatoriedade, reflete-se uma preponderância da privatização do apoio judiciário por oposição a uma preponderância do sistema público).

Por último, ponderou-se, na definição destes modelos, o tipo de Entidade Responsável pela concessão e/ou indeferimento do apoio judiciário: a) tribunal; b) fora do tribunal, mas junto de profissão forense (Ordem dos Advogados); e c) fora do tribunal e junto de entidade pública, de natureza administrativa (Reino Unido e Holanda), criada especificamente para a avaliação e concessão ou indeferimento do apoio judiciário e entidade (pública) que assume essas funções (como é o caso do Instituto da Segurança Social em Portugal), que acaba por se assemelhar, em termos de competências, a uma entidade criada para o efeito (e daí a sua agregação em termos de análise).

A combinação destas categorias resulta em quatro tipologias de sistemas de apoio judiciário. O tipo A), em que os sistemas são **tendencialmente públicos e abrangentes**, cuja entidade responsável pela gestão está fora do tribunal e criada especificamente para essa função ou em que é competente uma entidade pública que assume as mesmas funções. Enquadra-se nesta tipologia o Reino Unido (*Legal Services Commission*), onde os seguros de proteção jurídica não são obrigatórios, as modalidades de apoio judiciário concedidas são abrangentes (incluindo informação e consulta jurídica, bem como representação em juízo, para quase todos os tipos de litígios e em diversas áreas jurídicas), existem mecanismos alternativos aos tribunais e é concedido apoio judiciário para a utilização dos mesmos. No tipo B), encontra-se Portugal com um sistema público, de média abrangência, com as mesmas características do Reino Unido, com uma opção política, no século XXI, de alocação média de despesa pública ao apoio judiciário, em comparação com os outros países, mas com critérios de rendimento muito restritivos de elegibilidade.

No tipo C), onde se enquadram Itália e Espanha, muito embora sejam sistemas **tendencialmente públicos**, são sistemas **menos abrangentes e de natureza profissional** (concedem menos modalidades e estabelecem limites ao montante e ao tipo de apoio a conceder), e onde a entidade que faz a gestão e apreciação dos processos de apoio judiciário está fora do tribunal, mas junto de profissão jurídica (Ordem dos Advogados).

Quanto ao tipo D), este tende para a privatização, já que os **seguros de proteção jurídica** são obrigatórios ou estão associados a outro tipo de seguro (podem estar associados a um seguro de responsabilidade civil ou a um seguro de veículo), verificando-se, pois, a supletividade do regime público. É, assim, um **sistema**

misto, com um sistema público supletivo, pouco abrangente. Para além disso, são sistemas menos abrangentes e em que é o tribunal que se assume como a única entidade, seja para a resolução dos conflitos, seja ao nível da proteção jurídica – enquadram-se neste tipo a Alemanha e a França, mesmo que neste último caso existam várias entidades alternativas ao tribunal, com origem na sociedade, ou em parceria com o Estado, o que não é suficiente para retirar a França deste modelo.

Quadro 21 – Modelos-tipo de sistemas de acesso ao direito e à justiça segundo a abrangência, tipo de entidade de concessão do apoio judiciário e tendência público/privado

Abrangência	Tipo de Entidade (Concessão do apoio judiciário)	Tendência Público/Privado	
		Público	Misto Público/Privado
Abrangente	Fora do tribunal, em entidade pública de natureza administrativa criada para o efeito	Reino Unido	Holanda
Média Abrangência	Entidade Administrativa (Segurança Social)	Portugal	
Pouco Abrangente	Tribunal		Alemanha França
	Fora do Tribunal, mas junto de profissão jurídica (OA)	Itália Espanha	

Quanto à Holanda, estamos perante um quinto tipo (tipo E)) – **misto, tendencialmente privado, com um sistema público supletivo abrangente desenvolvido.** Se, por um lado, este regime que assenta na obrigatoriedade de contratar seguros de proteção jurídica e, conseqüentemente, na supletividade do sistema público, este último está concebido de forma a ser muito abrangente, estando montado todo um conjunto de estruturas e de modalidades de apoio judiciário. Para além disso, a entidade gestora é fora do tribunal e criada especificamente para o efeito, sendo pública de natureza administrativa³³⁷.

A partir destas tipologias, constata-se que os sistemas, que assentam a concessão do apoio judiciário em entidades próprias/entidade pública apresentam regimes mais abrangentes, enquanto os sistemas que assentam a decisão dessa atribuição no tribunal ou em profissão jurídica, ou seja, entidade de cariz mais judicial, apresentam regimes menos abrangentes.

4 Conclusões

³³⁷ Conselho de Apoio Judiciário ou Raad voor Rechtsbijstand, sedado em Utreque.

Neste capítulo começou-se por efetuar uma breve caracterização da relação entre o desenvolvimento económico, os rendimentos médios e a despesa pública no sistema de apoio judiciário relativamente a sete países da União Europeia (Portugal, Alemanha, Espanha, França, Itália, Holanda e Reino Unido). Da análise dos níveis de desenvolvimento socioeconómico e da despesa em apoio judiciário conclui-se, em primeiro lugar, que os sete países selecionados para a análise comparativa dos regimes jurídicos e sistemas de acesso ao direito e à justiça – Portugal, Alemanha, Espanha, França, Holanda, Itália e Reino Unido – apresentam níveis de desenvolvimento socioeconómico e despesa com apoio judiciário muito distintos. Portugal regista o nível de desenvolvimento socioeconómico mais baixo do conjunto dos sete países. A Holanda, a Alemanha e a França, por sua vez, apresentam um PIB por habitante e um salário bruto médio anual de quase o dobro em relação a Portugal. Em segundo lugar, estas diferenças ao nível do desenvolvimento socioeconómico não têm relação direta com o montante de despesa pública alocada pelo Estado ao apoio judiciário. Com efeito, Portugal apresenta um investimento em apoio judiciário próximo do registado em França, Alemanha e Espanha, e mesmo superior ao registado em Itália. O Reino Unido e a Holanda são Estados que alocam o maior volume de despesa pública ao acesso ao direito e à justiça, o que é explicável por uma opção política decorrente de serem os países que, a seguir ao fim da Segunda Grande Guerra Mundial, iniciaram a construção dos seus sistemas como uma componente da construção da igualdade e da democracia, pelo que têm sistemas mais desenvolvidos, o que não aconteceu, desse modo, nos outros Estados.

Passou-se, em segundo lugar, ao estudo das principais características dos sistemas de acesso ao direito e à justiça existentes nesses países, procedendo a uma análise comparativa desses sete regimes de modo a mapear e a interpretar sócio-juridicamente as semelhanças e as diferenças, do que resultaram cinco tipologias de sistemas, em que as variáveis consideradas assentaram na maior ou menor abrangência dos mesmos (despesa alocada, modalidades de apoio judiciário, abertura à resolução alternativa de litígios), na natureza mais pública ou mista de pública e privada, por serem obrigatórios ou bastante difundidos os seguros de proteção jurídica e o sistema público ser supletivo, e, ainda, no tipo de entidade que concede o apoio judiciário.

Concluiu-se que em todos os países selecionados existem sistemas públicos de apoio judiciário, com regulamentação legislativa seletiva a definir os beneficiários

através de critérios de apreciação da insuficiência económica. A legislação prevê, ainda, o requerimento, os trâmites processuais, a instrução e as modalidades que podem ser concedidas ou os motivos que podem levar ao indeferimento do pedido. Verifica-se, também, uma tendência para a “privatização” do apoio judiciário através de instituições de natureza privada ou de natureza associativa (como sindicatos ou associações de consumidores) ou através de seguros de proteção jurídica, ainda que a recetividade de tais seguros seja diferente entre os vários países. Mas, é certo que todos os países estão a reformar os seus sistemas, no sentido de diminuir a despesa pública a alocar ao apoio judiciário. Os mecanismos de resolução alternativa de litígios e as parcerias entre o Estado e a comunidade já estão presentes em todos os países considerados, ainda que o nível de desenvolvimento e da procura dos mesmos, seja bastante diferenciado entre os vários países (é o caso de Itália e França), havendo países onde é possível requerer apoio judiciário para aceder a estes meios (como em Portugal).

A concluir, constatou-se a existência de cinco tipologias de sistemas de apoio judiciário, nos referidos sete países. Em primeiro lugar, o tipo A) – **público e abrangente**, em que os sistemas são tendencialmente públicos e abrangentes, cuja entidade responsável pela gestão e avaliação dos pedidos está fora do tribunal e foi ou criada especificamente para essa função, na qual se enquadra o Reino Unido, onde os seguros de proteção jurídica não são obrigatórios, as modalidades concedidas são abrangentes, existem mecanismos alternativos aos tribunais e é concedido apoio judiciário para a utilização dos mesmos. No tipo B) – **público, de média abrangência**, com as mesmas características do Reino Unido, com uma alocação média, em termos comparados, da despesa pública ao apoio judiciário, mas com critérios de rendimento muito restritivos para a elegibilidade dos beneficiários. No tipo C) – **público, pouco abrangente e profissional**, onde se enquadram Itália e Espanha, muito embora sejam sistemas tendencialmente públicos, são menos abrangentes (já que concedem menos modalidades e estabelecem limites ao montante e ao tipo de apoio a conceder), e onde a entidade que faz a apreciação dos processos de apoio judiciário está fora do tribunal, mas junto de profissão jurídica (Ordem dos Advogados). Quanto ao tipo D) – **misto, privado e com regime público supletivo e pouco abrangente**, tende para a privatização, já que os seguros de proteção jurídica são obrigatórios, verificando-se, pois, a supletividade do regime público de apoio judiciário. Para além disso, são sistemas menos abrangentes e em que

é o tribunal que se assume como a única entidade, seja para a resolução dos conflitos, seja ao nível da proteção jurídica, enquadram-se neste tipo a Alemanha e a França, mesmo que neste último caso existam várias entidades alternativas ao tribunal e onde existem várias parcerias entre entidades públicas e associações locais ou pertencentes à comunidade, o que não altera a natureza dominante do sistema. Quanto à Holanda, estamos perante um quinto tipo (E), **misto de privado e regime público supletivo e muito abrangente**. Se, por um lado, este regime assenta na obrigatoriedade de contratar seguros de proteção jurídica e, conseqüentemente, na supletividade do sistema público, este último está concebido de forma a ser muito abrangente, estando montado todo um conjunto de estruturas e de modalidades de apoio judiciário. Para além disso, a entidade gestora é fora do tribunal, foi criada especificamente para proceder à avaliação e concessão/indeferimento do apoio judiciário, sendo pública de natureza administrativa.

Neste contexto, resultou da análise que as transformações do regime jurídico de acesso ao direito e à justiça em Portugal deram-se, por um lado, a uma velocidade muito mais lenta que o desenvolvimento socioeconómico da sociedade portuguesa e do que a transformação do direito da família e das crianças, que se analisará no capítulo seguinte. Por outro lado, a mutação deste regime de criação tardia, comparada com os regimes mais desenvolvidos, tem sido sobretudo efetuada no campo da luta política e constitucional e com tensão entre as profissões jurídicas (ver capítulo anterior), com a opção política, desde 2000, de crescimento da alocação de despesa pública ao apoio judiciário, como é indiciado pelos dados de 2008, do CEPEJ, e com a intervenção, nos últimos anos, do Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional um conceito de insuficiência económica, que, por ser tão restritivo, quase só permitia aos indigentes o acesso ao apoio judiciário.

CAPÍTULO VII

MUDAM-SE AS FAMÍLIAS, MUDA-SE O DIREITO E MUDA(M)-SE, TAMBÉM, A(S) JUSTIÇA(S) DE FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS

Introdução

Depois de ter feito, nos capítulos anteriores, o estudo da produção e da transformação do direito internacional e estadual do acesso ao direito e à justiça, enquanto direito humano, direito fundamental e direito social, num campo de luta política e profissional, e uma análise comparada de alguns regimes jurídicos e constitucionais de apoio judiciário em sete países da União Europeia, eis-nos agora chegados ao capítulo de cruzamento dessas matérias com o direito da família e das crianças, de modo a contextualizar-se a transformação do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças em Portugal.

Neste capítulo, irei, em primeiro lugar, analisar as grandes linhas da mudança ocorridas na família, em simultâneo com a transformação da sociedade em Portugal, no contexto da transformação da família nas sociedades ocidentais, nos últimos trinta anos. Em segundo lugar, refletir-se-á sobre as mutações³³⁸ havidas na regulação jurídica da(s) família(s) e, conseqüentemente, as roturas e continuidades havidas, por força da ação pública e da ação política, no direito da família, a que prefiro chamar direito da família e das crianças. Em terceiro lugar, estudarei o impacto de tais mudanças na evolução, reconfiguração ou aparecimento de novos modos de acesso ao direito e de resolução de conflitos de família e das crianças em Portugal. Concluirei este capítulo com um mapeamento e sistematização de todos os meios de acesso ao direito e de resolução de conflitos, ou seja, de acesso ao direito à justiça – judicial e não judicial – da família e das crianças na sociedade portuguesa.

I A(s) família(s) portuguesa(s) também mudaram, com certeza? – Um retrato das mudanças no contexto da transformação da(s) sociedade(s) portuguesa e europeia

³³⁸ Uso o conceito de “mutação” no sentido que lhe deu Commaille (1994:247), ou seja “mutação da regulação jurídica em interação com a regulação política, mutação do modelo de dominação legítima”.

Iniciarei este capítulo pela apresentação de uma panorâmica geral de transformação da família na Europa e, mais concretamente, com referência aos sete países, em que se estudou, no capítulo anterior, a evolução dos regimes de acesso ao direito e à justiça (Alemanha, Espanha, França, Holanda, Itália, Reino Unido e Portugal). As mesmas razões de diferentes desenvolvimentos económicos, culturas jurídicas, contextos culturais, religião, continuam a justificar a opção e, ainda, com o fundamento, que só assim se poderá comparar e contextualizar, na área da família e das crianças, as transformações dos referidos sete regimes de acesso ao direito e à justiça. As transformações demográficas permitem generalizar – com cuidado – a análise de uma Europa, a partir dos anos sessenta e setenta do século XX, com menos casamentos, menos filhos e mais coabitação, divórcios, recomposição familiar, famílias mais pequenas, filhos fora do casamento, famílias mais pequenas e famílias homossexuais (Kiernan, 2004). No entanto, a situação não é a mesma no norte, no centro e no sul da Europa, como Portugal, em que estas tendências só chegaram nos anos oitenta e noventa e de modo mais atenuado.

Após esta visão panorâmica, no contexto da Europa, far-se-á uma análise das mutações ocorridas na família em Portugal, com recurso aos indicadores sociodemográficos e socioeconómicos. Este estudo segue a mesma matriz analítica a que se recorrerá – ver infra neste capítulo – na análise das transformações do direito da família e permitiu concluir, que as tendências dominantes são as mesmas na transformação da família e na mutação da regulação jurídica das famílias: a democratização e igualdade de género, a prevalência do indivíduo e secularização, desinstitucionalização e contratualização das relações familiares e as novas formas de conjugalidade, a valorização do afeto em detrimento da hierarquia e da tradição e a diminuição da importância da procriação e o crescimento da importância dos direitos das crianças.

1.1 Breve panorama da mutação da família na Europa

A família tem estado no centro de discussões políticas e legislativas em diversos países europeus devido às tendências comuns de mudança da família, nas últimas décadas. Entre estas transformações nos padrões familiares estão alterações demográficas que influenciam diretamente a relação entre família, as políticas públicas e o direito.

Os processos sociais que ajudam a explicar estas tendências comuns de evolução incluem, segundo Torres *et al.* (2008), fenómenos de recomposição social como a desruralização e a expansão das classes médias; alterações socioeconómicas como o crescimento do sector dos serviços; desindustrialização e uma maior participação das mulheres no mercado de trabalho; e, adicionalmente, profundas alterações culturais. Estas transformações refletem-se noutra conjunto de fenómenos relacionados com a regulação da família conhecidos como secularização, sentimentalização, privatização e individualização. Ainda que estes processos tenham efeitos semelhantes ao nível das tendências gerais, ainda prevalecem certas especificidades em cada um dos países europeus associadas a fatores políticos, ideológicos e culturais (Therborn, 2004 *apud* Torres *et al.*, 2008). É este o caso de Portugal, em que a transformação da família começou o seu percurso mais tardiamente, em especial a partir da mudança política iniciada em 25 de abril de 1974, marco histórico também no que toca à evolução da situação socioeconómica, inseparável das questões da mutação das famílias.

Quadro 22 - Taxa bruta de nupcialidade: casamentos por 1000 habitantes³³⁹

	1960	1965	1970	1975	1980	1985	1990	1995	2000	2005	2010 ³⁴⁰
França	7	7,1	7,8	7,4	6,2	4,9	5,1	4,4	5,1	4,5	3,8
Alemanha	9,5	8,2	7,4	6,7	6,3	6,4	6,5	5,3	5,1	4,7	4,7
Itália	7,7	7,7	7,3	6,7	5,7	5,3	5,6	5,1	4,9	4,2	3,6
Holanda	7,8	8,8	9,5	7,3	6,4	5,7	6,4	5,3	5,5	4,4	4,36
Portugal	7,8	8,4	9,4	11,3	7,4	6,8	7,2	6,6	6,2	4,6	3,8
Espanha	7,8	7,1	7,3	7,6	5,9	5,2	5,7	5,1	5,4	4,8	3,6
Reino Unido	7,5	7,8	8,5	7,7	7,4	6,9	6,6	5,6	5,2	5,2	4,32

Fontes: Council of Europe e Eurostat

A seguir à Segunda Guerra Mundial, registou-se na Europa uma tendência geral, nos padrões de nupcialidade, para o aumento dos casamentos e em idades mais jovens, que atingiu o seu ponto alto durante a década de 1960 e princípios da década de 1970 (Kiernan, 2004). Desde aí as taxas de nupcialidade têm decrescido e a média de idades no primeiro casamento aumentado um pouco por toda Europa. No conjunto dos sete países que temos vindo a considerar – cf. o capítulo anterior –, o declínio das taxas de

³³⁹ Recorremos aqui a duas fontes estatísticas distintas mas complementares: até 2000 utilizamos os dados fornecidos pelo Council of Europe (2005), para os anos de 2005 e 2010 recorremos ao Eurostat. Sempre que não existiam os valores para 2010 recorremos aos valores mais recentes disponíveis (usualmente 2009).

³⁴⁰ Os valores mais recentes da taxa bruta de nupcialidade do Eurostat para a Holanda e o Reino Unido são de 2009.

nupcialidade começou na Alemanha em meados da década de 1960 e estendeu-se para a maioria dos restantes países na primeira metade da década de 1970 (quadro 22). Em Portugal as taxas de nupcialidade mantiveram a tendência de crescimento até 1975. Desde a década de 1980 as taxas de nupcialidade continuaram a decrescer mas a um ritmo menos acelerado, que nos outros países.

Quadro 23 - Idade média das mulheres ao primeiro casamento

	1960	1965	1970	1975	1980	1985	1990	1995	2000
França	23	22,7	22,6	22,5	23	24,2	25,6	26,9	28
Alemanha	23,5	22,9	22,5	22,3	22,9	24,1	25,2	26,4	27
Itália	24,8	24,2	23,9	23,7	23,8	24,5	25,5	26,6	27,4
Holanda	24,2	23,6	22,9	22,6	23,2	24,4	25,9	27,1	27,8
Portugal	24,8	24,6	24,2	23,6	23,2	23,4	23,9	24,7	25,3
Espanha	26	25,4	24,9	23,9	23,4	24,2	25,3	26,8	27,8
Reino Unido	23,3	22,6	22,4	22,5	23	23,9	25	26,2	27,5

Fonte: Council of Europe

No que respeita à idade média ao primeiro casamento³⁴¹, como podemos ver na tabela abaixo, regista-se uma tendência de maior juvenilidade das mulheres ao primeiro casamento até à década de 1980, altura a partir da qual em toda a Europa a idade média das mulheres ao primeiro casamento começa a aumentar, o que também acontece mais cedo nos restantes países da Europa do que em Portugal (quadro 23).

Quadro 24 - Taxa bruta de divórcio: divórcios por 1.000 habitantes

	1960	1965	1970	1975	1980	1985	1990	1995	2000	2005	2010 ³⁴²
França	0,7	0,7	0,8	1,2	1,5	1,9	1,9	2,1	1,9	2,5	
Alemanha	1	1,1	1,3	1,9	1,8	2,3	1,9	2,1	2,4	2,4	2,3
Itália				0,2	0,2	0,3	0,5	0,5	0,7	0,8	0,9
Holanda	0,5	0,5	0,8	1,5	1,8	2,3	1,9	2,2	2,2	2	1,9
Portugal	0,1	0,1	0,1	0,2	0,6	0,9	0,9	1,2	1,9	2,2	2,5
Espanha						0,5	0,6	0,8	1	1,7	2,2
Reino Unido	0,5	0,7	1,1	2,3	2,8	3,1	2,9	2,9	2,6	2,6	2

Fontes: Council of Europe e Eurostat

Na maioria dos países considerados o divórcio aumentou desde meados da década de 1960, a seguir a um período de taxas de divórcio relativamente estáveis. No início da década de 1970 as maiores taxas de divórcio encontravam-se em França,

³⁴¹ No que respeita à idade média das mulheres ao primeiro casamento apresentamos aqui dados estatísticos apenas até 2000, por não existirem informações mais recentes para a totalidade dos países aqui considerados.

³⁴² Os valores mais recentes da taxa bruta de divórcio do Eurostat para a Holanda, Itália, Portugal e Reino Unido são de 2009.

Reino Unido e Holanda, enquanto durante a década de 1980 as taxas de divórcio aumentaram na maioria dos países. Portugal, por sua vez, apresenta nesta década as taxas de divórcio mais baixas, para o qual contribuiu o facto de o divórcio só ter sido introduzido com a reforma da legislação da família em 1977 (quadro 24).

Entre 1960 e meados da década de 1980 as políticas públicas e a legislação relativas ao divórcio foram ou completamente revistas ou substancialmente reformadas na maioria dos países ocidentais. A maioria dos países liberalizou as suas leis do divórcio e permitiram que a culpa, responsabilidade ou ofensa não tenham de ser atribuídas pela lei a nenhum dos cônjuges. “As sociedades do presente, e ao contrário de um passado não muito distante, deixaram de condenar os que se veem na contingência de recorrer à rotura conjugal. Da estigmatização vivida pelos que se separavam quando o divórcio era excecional passa-se à aceitação e à normalização de uma prática que se tornou muito menos rara” (Torres, 1996:7).

Quadro 25 - Taxa Bruta de Natalidade: nados-vivos por 1000 habitantes

	1960	1965	1970	1975	1980	1985	1990	1995	2000	2005	2010
França	17,9	17,8	16,7	14,1	14,9	13,9	13,4	12,6	13,2	12,9	12,8
Alemanha	17,3	17,4	13,4	9,9	11,1	10,5	11,4	9,4	9,3	8,3	8,3
Itália	18,4	19,5	17	15,2	11,6	10,4	10,2	9,2	9,4	9,6	9,3
Holanda	20,8	19,9	18,3	13	12,8	12,3	13,2	12,3	13	11,2	11,1
Portugal	24,1	23,4	20,8	19,8	16,2	13	11,8	10,7	11,7	9,9	9,5
Espanha	21,5	20,9	19,4	18,8	15,3	11,9	10,3	9,2	9,9	11,4	10,5
Reino Unido	17,5	18,4	16,2	12,4	13,4	13,3	13,9	12,6	11,6	12,9	13

Fontes: Council of Europe e Eurostat

Na década de 1990, é possível observar algumas diferenças nos níveis de divórcio entre os países da Europa. Podemos distinguir três grandes grupos ou regiões: a Europa Setentrional (Reino Unido) onde as taxas de divórcio estiveram sempre acima dos 2,5%; a Europa Ocidental (França, Alemanha e Holanda) em que as taxas de divórcio variaram entre 1,5% e 2,5%; e os países da Europa Meridional (Espanha, Itália e Portugal) em que as taxas de divórcio raramente ultrapassaram o 1% (quadro 24). Porém, no início do século XXI Espanha e Portugal apresentam taxas que se aproximam das observadas na Europa Setentrional e Ocidental, contrariamente a Itália.

Ao longo do tempo, na Europa, registou-se uma tendência de declínio da natalidade, com algumas oscilações, e são evidentes as diferenças entre países quer no ritmo, quer na extensão do declínio (quadro 25). Nas décadas de 1960 a 1970,

Portugal e Espanha eram os países com as maiores taxas de natalidade. Ainda, que desde meados dos anos 1960 Portugal e Espanha registem uma tendência de declínio da natalidade, é só no início da década de 1980 que a quebra é significativa. Enquanto nos restantes países a maior quebra se faz sentir já em meados da década de 1970. A partir da década de 1990 regista-se uma relativa estagnação das taxas de natalidade em todos os países, designadamente os sete países de que analisámos os sistemas de acesso ao direito e à justiça (quadro 25).

Quadro 26 - Nascimentos fora do casamento, por 100 nascimentos

	1960	1965	1970	1975	1980	1985	1990	1995	2000	2005	2010
França	6,1	5,9	6,8	8,5	11,4	19,6	30,1	37,6	42,6	48,4	52,6
Alemanha	7,6	5,8	7,2	8,5	11,9	16,2	15,3	16,1	23,4	26,6	33,3
Itália	2,4	1,9	2,1	2,5	4,2	5,3	6,3	8,1	9,7	15,2	25,4
Holanda	1,4	1,8	2,1	2,1	4,1	8,3	11,4	15,5	24,9	34,9	44,3
Portugal	9,5	7,8	6,9	7,2	9,2	12,3	14,7	18,7	22,2	30,7	41,3
Espanha	2,3	1,7	1,4	2	3,9	8	9,6	11,1	17,7	26,6	32,5
Reino Unido			8	9	11,5	18,9	27,9	33,6	39,5	42,9	46,9

Fonte: Council of Europe e Eurostat

Outra das grandes transformações no comportamento de fertilidade na maioria dos estados europeus é o notável aumento da proporção de nascimentos ocorridos fora do casamento legal (Kiernan, 2004), que na maioria dos países, pelo menos no século XX, tinha sido o enquadramento convencional para o nascimento de crianças. Aparentemente, no conjunto dos sete países, todas as nações registaram aumentos na proporção de nados-vivos fora do casamento, mas existem diferenças nas taxas entre os vários países (quadro 26). Entre a década de 1990 e 2000, encontramos num extremo Reino Unido e França com percentagens entre os 30% e 40%. No outro extremo, encontra-se a Itália em que menos de 10% dos nascimentos ocorrem fora do casamento, onde ainda é feita a diferenciação legal entre filhos legítimos e ilegítimos. Entre estes dois extremos encontramos Alemanha, Holanda, Portugal e Espanha. Muito embora se registre uma separação entre casamento e reprodução, não existe uma separação entre “parceria” e parentalidade, já que a maioria do aumento dos nascimentos fora do casamento surgem de casais que coabitam (Kiernan, 2004). Therborn (1996:290) defende que o aumento dos nascimentos fora do casamento é um indicador da desregulação das normas sexuais e parentais a favor de uma maior escolha individual.

Em suma, nas últimas décadas por toda a Europa homens e mulheres têm casado menos e tido menos filhos e em idades mais velhas, bem como coabitado e divorciado mais, do que as gerações anteriores. Estas são as tendências gerais, mas como vimos existem também variações importantes entre as sociedades na extensão, ritmo e período em que estes desenvolvimentos tiveram lugar. De acordo com Torres *et al.* (2008), só é possível aceitar a existência de um modelo de família europeu se o entendermos como um conjunto de características muito gerais, na medida em que na prática estas características correspondem a comportamentos diferentes e mesmo a contradições. As características culturais, ideológicas, políticas, mas também as condições estruturais, como o peso dos constrangimentos religiosos e os rendimentos díspares, interferem nas tendências gerais de sentimentalização, secularização, privatização e individualização sentidas em toda a Europa, com reflexo direto, mas diferenciado, nas mutações ocorridas nos diversos direitos estaduais de família.

Quadro 27 - Dimensão do agregado doméstico, 2010

	1	2	3	4	5 ou mais	Média
Alemanha	17,3	38,3	18,5	17,5	8,4	2,4
Espanha	10,5	27,3	24,6	26,3	11,4	3
França	29,4	35,1	14,5	13,8	7,2	2,1
Holanda	26	38	11,9	17,4	6,7	2,1
Itália ³⁴³	9,9	23,4	25,6	28,2	13	3,1
Portugal	18	39,6	21,6	14	6,8	2,3
Reino Unido	29,3	34,7	16,1	13,4	6,4	2,1

Fonte: ESS – European Social Survey, 2002 e 2010

Os países da Europa apresentam um padrão comum de famílias pequenas, com uma média de cerca de três pessoas, apesar das variações. A dimensão média dos agregados familiares varia de 2,6 na Europa Ocidental e Setentrional e valores mais próximos de 3 na Europa do Sul, sendo a Itália o país como maior número médio de pessoas por agregado doméstico, 3,14 (quadro 27). Os agregados familiares de maior dimensão, com 5 ou mais pessoas, têm também uma expressão reduzida no conjunto destes sete países, à exceção de Espanha e Itália. Estes dois países apresentam simultaneamente das percentagens menos elevadas de agregados domésticos unipessoais (quadro 27).

³⁴³ A Itália não participou no European Social Survey de 2010, assim, os dados apresentados são de 2002.

No que respeita ao perfil dos agregados familiares europeus, é visível o predomínio da vivência em casal (quadro 28). As famílias monoparentais, por sua vez, têm no conjunto destes sete países pouca expressão. As principais diferenças entre os sete países encontram-se nas categorias “vive sozinho” e “Outras situações”. Num pólo temos a Alemanha, a Holanda, a França, o Reino Unido e a Itália que apresentam as maiores percentagens de indivíduos que vivem sozinhos. No outro pólo encontramos Espanha e Portugal com as percentagens mais elevadas de indivíduos que vivem “noutras situações”, designadamente com os pais³⁴⁴ (quadro 28). Assim, muito embora, nomeadamente o fenómeno de individualização seja um traço comum aos sete países, este processo é mais acentuado nuns países do que noutros, de acordo com as especificidades de cada um. Alguns países têm obstáculos maiores à independência dos indivíduos, não só por questões culturais, mas também devido às desigualdades sociais e às dificuldades encontradas em entrar no mercado de trabalho, que, simultaneamente, não são compensados pelos sistemas de proteção social (Torres *et al.*, 2008).

Quadro 28 - Composição do agregado doméstico, 2010

	Adulto sem crianças	Casal sem filhos	Casal com filhos	Pai/Mãe com filhos	Outras situações
Alemanha	38,7	29,3	16,1	3,9	12
Espanha	19	20,8	26,4	2,8	30,9
França	34	27,4	22,3	5,5	10,8
Holanda	34,8	30,5	23	4,1	7,6
Itália	30,5	20,7	22,3	2,3	23,6
Portugal	17,7	23	25,3	3,6	30,5
Reino Unido	31,1	26,5	19,4	7,7	15,4

Fonte: Eurostat

Relativamente à distribuição dos casais sem filhos é de notar que as maiores percentagens se encontram nos países da Europa setentrional e ocidental (Alemanha, Reino Unido, Holanda e França) e as mais baixas nos países da Europa Meridional (Portugal, Espanha e Itália). Simultaneamente, este último grupo de países apresenta as taxas mais elevadas de casais com filhos e indivíduos a viver com os pais. De acordo

³⁴⁴Nos dados do European Social Survey de 2002 cerca de 20% dos indivíduos em Portugal e Espanha viviam com os pais (esta categoria foi suprimida do European Social Survey de 2010). De salientar ainda a transformação verificada na Itália, onde aumentou exponencialmente o número de indivíduos a viver sozinho, de 8,8% para 30,5%.

com Anália Torres *et al.* (2008), estes resultados para os países da Europa Meridional são indicadores de uma menor e mais tardia independência nas suas crianças/filhos.

Na Europa a grande maioria dos indivíduos são casados, note-se que no conjunto destes sete países a percentagem de casados é sempre superior a 50%. As pessoas solteiras, por sua vez, representam entre 25% a 30% da população de cada um dos países (quadro 29). Assim, as situações de divórcio, viuvez e separação são pouco expressivas em todos os países. Os resultados sobre a coabitação mostram um nível de informalidade nas relações maior entre os países da Europa Setentrional e Ocidental do que nos países da Europa Meridional.

Quadro 29 - Estado civil e percentagem de coabitantes, 2010

	Casado	União Civil Registrada ³⁴⁵	Separado	Divorciado	Viúvo	Solteiro	Coabitante
Alemanha	54	0,9	1	8,4	6,2	29,6	13,3
Espanha	51,8	2,4	1,3	4,9	7	32,6	10,4
França	43,8	2,7	0	12,9	9,5	31,1	18,7
Holanda	49,1	5,3	0,7	10,4	9,1	25,4	16,7
Itália ³⁴⁶	60,5	-	2,2	1,8	6,7	28,8	7,6
Portugal	55,6	2,6	0,8	6,4	13,5	21	5,5
Reino Unido	45,4	0,8	1,8	13,3	11	27,7	18,8

Fonte: ESS – European Social Survey, 2010

“Estes dados reforçam a ideia de uma Europa de casais, com famílias monoparentais ou divórcios pouco representativas, mostrando que estas são, certamente, situações temporárias. Aqueles que se divorciam ou separaram regressam a uma relação conjugal através do casamento ou coabitação” (Torres *et al.*, 2008).

³⁴⁵ De referir que em Portugal, ainda que no ESS seja apresentado o valor para “uniões cívicas registadas”, ao contrário de outros países europeus (ex. França, com o pacto civil de solidarité, vulgo PACS; Holanda; ou Reino Unido, com a civil partnership), não existe a união de facto registada. Contudo, desde 2001, com a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto), produzindo-se, assim, efeitos jurídicos. Nos termos do artigo 1.º deste diploma considera-se união de facto “a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”, sendo que a prova desta situação pode ser feita por qualquer meio legalmente admissível. As pessoas que vivam em união de facto têm direito, de acordo com o estipulado no artigo 3.º, a: a) Proteção da casa de morada da família; b) Beneficiar do regime jurídico aplicável a pessoas casadas em matéria de férias, feriados, faltas, licenças e de preferência na colocação dos trabalhadores da Administração Pública; c) Beneficiar de regime jurídico equiparado ao aplicável a pessoas casadas vinculadas por contrato de trabalho, em matéria de férias, feriados, faltas e licenças; d) Aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições aplicáveis aos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens; e) Proteção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social e da presente lei; f) Prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, por aplicação dos regimes jurídicos respetivos e da presente lei; g) Pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, por aplicação dos regimes jurídicos respetivos e da presente lei.

³⁴⁶ A Itália não participou no European Social Survey de 2010, assim, os dados apresentados são de 2002.

1.2 As mutações da família também chegaram a Portugal

Em termos gerais, demograficamente, Portugal tem vindo a assistir, nas últimas quatro décadas, a um aumento gradual da população residente. O maior aumento deu-se na passagem da década de 1970 para a década de 1980. Segundo os recenseamentos, o país cresceu de 8.6663.252 habitantes, em 1970, para 9.833.014 habitantes, em 1981. No último recenseamento, em 2001, Portugal tinha cerca de 10.000.000 habitantes, passando para aproximadamente 10.636.979 indivíduos em 2010. Assim, nos últimos anos regista-se um abrandamento no crescimento da população. Entre 2001 e 2006, a taxa de crescimento foi de cerca de 2,6% e, de 2006 para 2010, atingiu os 0,35%³⁴⁷.

No que respeita concretamente à família, após uma fase que Almeida *et al.* (1998) designa de «familiarismo renovado», até à década de 60, caracterizado por uma nupcialidade elevada, rejuvenescimento da idade média no casamento, por um menor número de nascimentos fora do casamento e por um aumento dos casais com filhos, seguiu-se um movimento de «modernização», iniciado em meados da década de 1970, caracterizado pela inversão das tendências anteriores. De acordo com Sofia Aboim, “é, com efeito, uma vida familiar em mudança a que se nos apresenta no dealbar do século XXI, atravessada pelos movimentos de modernização da sociedade portuguesa que ocorreram 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” (2006:63). É neste processo de mutação, a que alguns chamam de modernização das famílias portuguesas que atentarei em seguida.

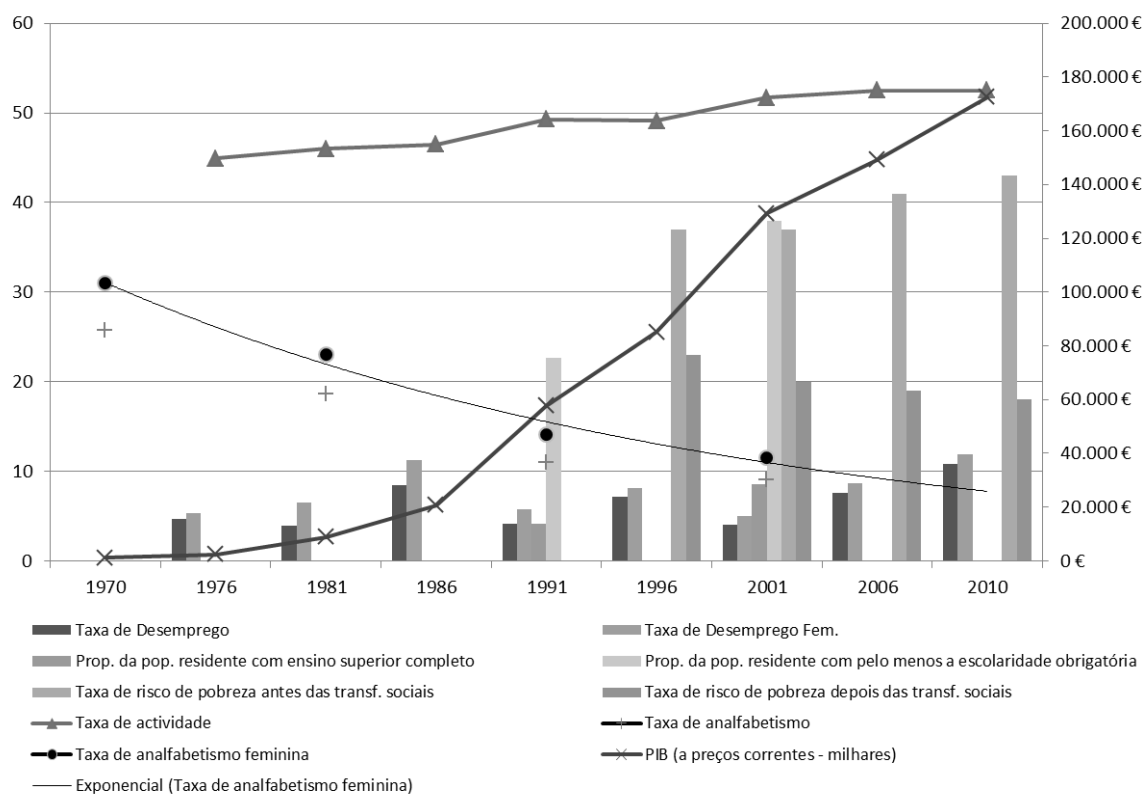
1.2.1 A transformação da família no sentido da democratização e da igualdade de género

As mulheres são no plano das práticas, como no plano simbólico, protagonistas fundamentais da transformação social da família e do comportamento demográfico. “O aumento exponencial do trabalho profissional feminino, que não tem cessado de aumentar, bem como o elevado número de mulheres nos graus superiores de ensino, deram sustentação à emergência de novas formas de relação familiar, mais igualitárias,

³⁴⁷ A taxa de crescimento é calculada da seguinte forma: o resultado da subtração do número de habitantes no momento inicial (passado) ao número de habitantes no momento final (presente) a dividir pelo número de habitantes no momento inicial (passado), que se multiplica por 100 para obter a percentagem, ou seja $((\text{presente} - \text{passado})/\text{passado}) * 100$. A título de exemplo a taxa de crescimento da população portuguesa entre 2006 e 2010 resulta do seguinte cálculo $((10.636.979 (2010) - 10.599.095 (2006))/ 10.599.095 (2006)) * 100 = 0.35\%$.

e contribuíram para uma nova arquitetura das posições femininas na divisão do trabalho” (Aboim, 2006).

Gráfico 2 - Indicadores Socioeconómicos (1970-2008)



Fontes: Barreto et al. (2000); INE; Eurostat

Entre 1970 e 2010, a taxa de actividade da população portuguesa cresce consideravelmente, resultante sobretudo de uma maior entrada no mercado de trabalho da população feminina. Desde 1975 até agora o volume de mulheres ativas não tem cessado de aumentar. Representando, nessa altura, 32,9 %, mas em 2010 exerciam já actividade profissional 48,3% das mulheres portuguesas. A participação das mulheres no mercado de trabalho, em Portugal, foi potenciada entre outros fatores, desde a década de 1960, pela guerra colonial. Entre 1961 e 1974 os jovens do sexo masculino eram obrigados a prestar serviço militar durante cerca de quatro anos. Não obstante, acompanha-se Anália Torres et al. (2008), no sentido de que, apenas, mais tarde, a revolução de 25 de abril permitiu as mudanças legais, que eram necessárias para o desenvolvimento do discurso sobre oportunidades iguais entre homens e mulheres, nas diferentes esferas da vida.

No mesmo período, entre 1970 e 2010, com a democratização do ensino regista-se um aumento da escolaridade feminina. Com efeito, a taxa de analfabetismo

da população feminina tem vindo a decrescer sistematicamente, contrariando a tendência inicial de menor escolarização das mulheres, e aproximando-se da média nacional. Porém, o fenómeno de democratização do ensino patente na redução da taxa de analfabetismo e no aumento da proporção da população residente com, pelo menos, a escolaridade obrigatória e com ensino superior completo (ver anexo I, a este capítulo) tem consequências nos comportamentos demográficos tradicionais, não só das mulheres como dos homens, nomeadamente no retardar da idade de entrada no casamento. O alongar da formação escolar corresponde a um atraso da entrada na vida adulta ativa.

A maior participação das mulheres no mercado de trabalho contribuiu, de um modo ou de outro, para a melhoria da condição socioeconómica das famílias. De resto, o período considerado é marcado por uma melhoria generalizada das condições de vida da sociedade portuguesa (gráfico 2). O Produto Interno Bruto (PIB) cresceu exponencialmente entre 1970 e 2010, de 1.059 milhões de euros para 172.571 milhões de euros a preços correntes, situando-se o maior crescimento entre a década 1980 e 2001. No recenseamento de 1981, o PIB era de 8.847 milhões de euros, já no recenseamento geral seguinte da população, de 1991, o valor ascendia aos 50.000 milhões de euros, e no recenseamento de 2001 atingiu os 129.308 milhões de euros. O rendimento disponível das famílias acompanha a tendência de crescimento do PIB, com um maior crescimento também na década de 1980 e 1990. Esta evolução acontece apesar da tendência global de crescimento da taxa de desemprego. Note-se ainda que, muito embora a taxa de risco de pobreza³⁴⁸ tenha aumentado entre 1996 e 2010, de 37% para 43%, a taxa após as transferências sociais tem vindo a decrescer, atingindo em 2010 os 18%.

Estas mudanças na sociedade portuguesa contribuem para o que Wall (2005) designa de movimento de privatização da vida conjugal e familiar. “A emigração nos anos 60 e 70, a melhoria das condições de vida, a entrada da mulher no mercado de trabalho (permitindo um duplo rendimento familiar), as alterações de valores a seguir ao 25 de abril, entre outras, deram aos jovens casais novas oportunidades de formarem família, de realizarem sonhos de casa própria, de se autonomizarem em relação aos parentes e à terra, de se distanciarem de interações familiares formais,

³⁴⁸ O Instituto Nacional de Estatística (2010) define taxa de risco de pobreza como a proporção da população cujo rendimento equivalente se encontra abaixo da linha de pobreza definida como 60% do rendimento mediano por adulto equivalente.

hierarquizadas e fortemente controladas pelas gerações mais velhas, de viverem algum companheirismo, de centrarem o seu esforço na educação e na promoção da vida dos filhos” (Wall, 2005:45). Ora, se a estas mudanças juntarmos a igualdade formal perante a lei, o fim da figura do “chefe de família”, a possibilitação legal do divórcio e a não distinção legal entre filhos dentro e fora do casamento, teremos iniciado o caminho no sentido da democratização das relações familiares e da igualdade de género.

1.2.2 A prevalência do indivíduo e da secularização, desinstitucionalização e contratualização das relações familiares e as novas formas de conjugalidade

No processo de «modernização» das famílias, as relações conjugais e parentais dos indivíduos assumem crescentemente um carácter privado e sentimental, com a valorização da liberdade de escolha amorosa, da realização afetiva e do bem-estar individual e o predomínio da visão da família como um espaço de intimidade e afeto. Em suma, há uma individualização das relações familiares que se reflete nos indicadores das dinâmicas familiares.

“As relações familiares passam a assentar na ideia de liberdade e ausência de controlo exterior³⁴⁹ (que marcava o casamento por conveniência, arranjado normalmente por escolha paterna), entendendo-se não só enquanto produto de uma escolha individual, mas sobretudo como visando a realização de cada indivíduo (cônjuges e filhos), com consideração pelas diferenças que singularizam cada pessoa” (Aboim, 2006:44).

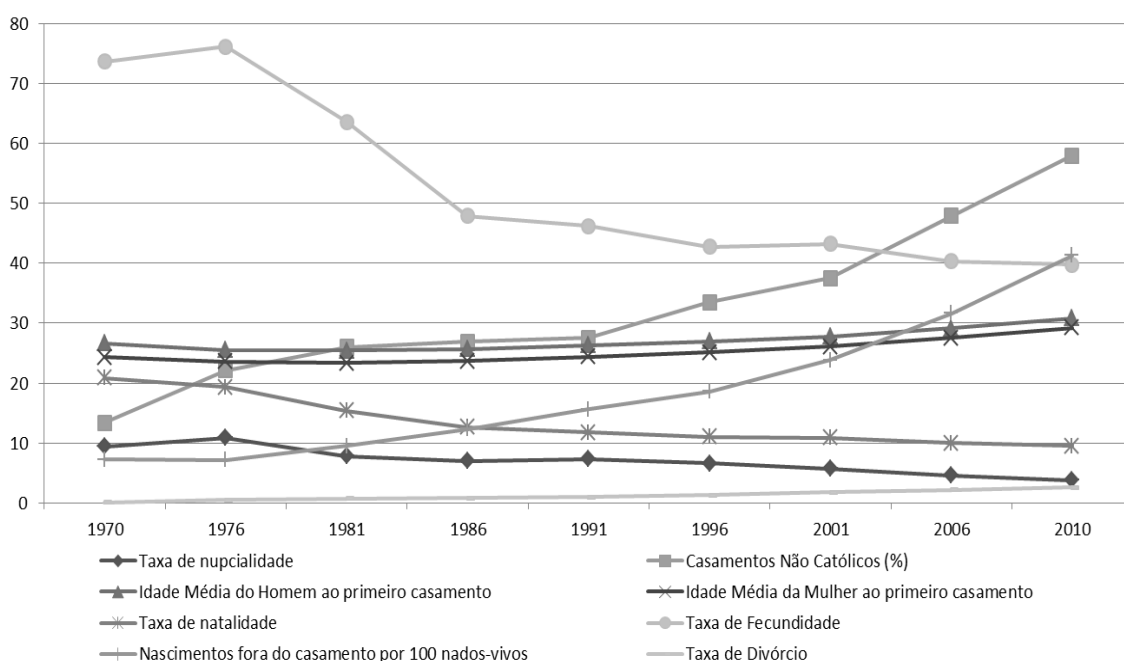
As formas de constituição e de organização da conjugalidade, que os indicadores demográficos permitem, em grandes linhas, visualizar, apresentam sinais de reforço da informalização do laço conjugal e de pluralização do leque de transições possíveis nos percursos familiares, acrescentando-os de momentos de rotura e recomposição, em conformidade com uma visão menos institucional da relação a dois e da própria família (Aboim, 2006) e de individualização e realização pessoal. Tende-se a casar menos, cada vez mais tarde e mais frequentemente apenas pelo civil.

A partir do final dos anos setenta do século passado, o número de casamentos começa a baixar de forma consistente, decrescendo de cerca de 100 mil casamentos em 1975 para menos de metade em 2010, isto é, 39.993 casamentos (gráfico 3). As

³⁴⁹ Ainda que a investigação sociológica tenha mostrado que não existe uma oposição linear entre um passado feito apenas de interesses materiais e um presente onde apenas vale o amor, liberto de qualquer marca social. Afinal, como demonstrou Bourdieu (1980) e outros, a livre escolha do parceiro quase sempre acaba por recair em alguém com uma posição social muito próxima.

taxas de nupcialidade (número de casamentos por mil habitantes) confirmam esta tendência, isto é, depois de subirem regularmente desde 1960 até meados dos anos 1970, entram em acentuada queda até à atualidade. Quanto à idade média ao primeiro casamento, em termos globais, entre 1970 e 2010 é de registar um aumento, tanto no caso dos homens como no das mulheres, de 26,6 anos para 30,8 e de 24 para 29,2 anos, respetivamente, fenómeno inseparável, como se referiu, do prolongamento da formação escolar e do correspondente atraso na entrada na vida adulta. Se se observar, em detalhe, a evolução da idade média ao primeiro casamento, verifica-se que ela registou um declínio entre 1970 e 1981, para voltar a subir até aos dias de hoje. A percentagem de casamentos civis não tem parado de progredir, sendo a tendência de secularização muito forte. Os casamentos não católicos, que em 1970 representavam pouco mais de 10% do total de casamentos, em 2010 atingem os 57,9%.

Gráfico 3 - Indicadores sociodemográficos



Fontes: Barreto *et al.* (2000); INE

O decréscimo da nupcialidade, adiamento do momento do casamento na trajetória individual ou a sua crescente laicização, são tendências que andam a par com o aumento da informalização do laço conjugal patente na expansão da coabitação pré-nupcial (Aboim, 2006). Em 1996 apenas 12% (7.857) dos casamentos tinham residência comum anterior e em 2010 esta percentagem atingiu 40% (17.449) dos casamentos

celebrados. Também a proporção de núcleos conjugais coabitantes aumentou entre 1991(3,9%) e 2001 (6,9%) (cf. anexo I, a este capítulo e quadro 30).

Quadro 30 – Tipo de núcleos conjugais

	1991		2001	
	N	%	N	%
Casados	2.384.509	96,1%	2.517.039	93,1%
Cohabitantes	96.052	3,9%	185.917	6,9%
Total	2.480.561	100,0%	2.702.956	100,0%

Fontes: Censos 1991 e 2001

Esta evolução das estruturas familiares é acompanhada, como se analisará mais à frente, por transformações do direito da família como a que aconteceu em 2001, em que é adotado um regime jurídico de proteção das pessoas que vivem em economia comum há mais de dois anos (cf. nota 345).

Outro indicador da crescente informalidade das relações familiares é o aumento dos nados-vivos fora do casamento. Os nascimentos fora do casamento por 100 nados-vivos aumentaram exponencialmente (ao contrário da evolução global do número de nascimentos e da taxa de natalidade), o que foi acompanhado pela introdução do princípio da igualdade na Constituição Portuguesa, em 1976, como já referimos, deixando de se fazer distinção entre filhos legítimos (nascidos na constância do matrimónio) e ilegítimos (nascidos fora do casamento).

Em 1970 registavam-se apenas 7,22 nascimentos fora do casamento por 100 nados-vivos. Em 1991, este valor era já de 15,6 e, em 2010, atingiu os 41,3. O maior aumento deu-se nos primeiros anos do século XXI, entre 2001 e 2006, em que passou de 23,8 para 31,6 nascimentos. De acordo com Sofia Aboim (2006), os nascimentos fora do casamento resultam sobretudo da informalização da conjugalidade, caracteristicamente moderna e mostra-se conseqüente com as tendências de desinstitucionalização e desvalorização simbólica e estatutária do casamento.

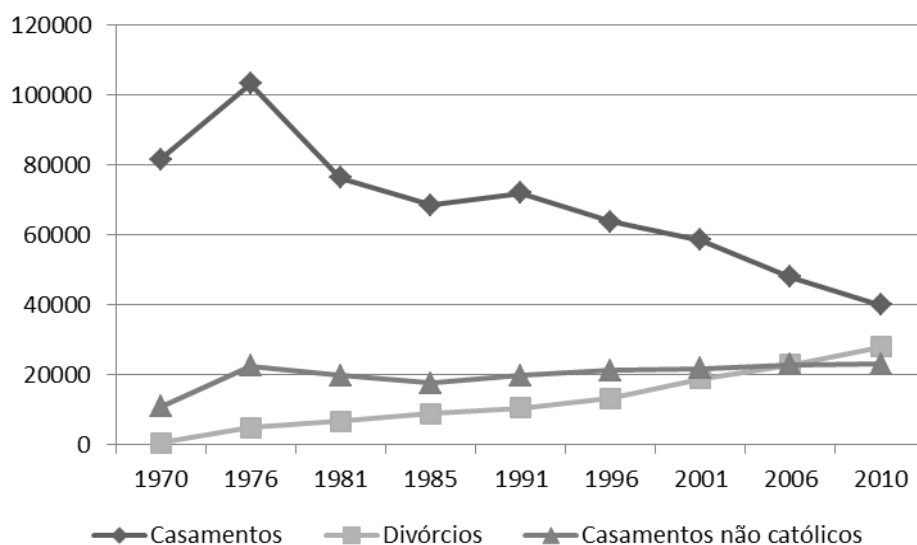
1.2.3 Valorização do afeto em detrimento da hierarquia e da tradição: a naturalização e desjudicialização do divórcio

A crescente importância do bem-estar individual numa relação que se quer satisfatória nos afetos e nas recompensas quotidianas altera a conceção de casamento, contestando a sua perenidade enquanto instituição, e abre portas ao divórcio. Nas palavras de Anália Torres (1996:6), “de instituição a preservar a qualquer custo, o casamento tornou-se, tendencialmente, numa relação que dura enquanto se mantiver

compensadora para quem nela está envolvida.” Os valores por detrás do casamento alteraram-se significativamente passando a enfatizar mais os laços interpessoais e o bem-estar individual do que a dimensão institucional do casamento.

Esta “mudança de valores que transfere para a vida privada a ideia de igualdade de oportunidades e de maior autonomia e liberdade pessoal, materializou-se em profundas reformas jurídicas” (Torres, 1996:7). Com efeito, a frequência do divórcio aumenta em Portugal, desde a década de 1970, fruto também das alterações no direito da família e das crianças (gráfico 4). As alterações aos institutos do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens, que até aí estavam interditos aos casamentos católicos – a esmagadora maioria dos casamentos – permitem o divórcio e a separação a todo o tipo de casamentos. É de registar o forte impacto que esta legislação teve: o número de divórcios quadruplicou entre 1970 e 1976, atingindo em 1981 os 6.827 divórcios. Esta transformação não é tão visível ao nível da taxa de divórcio, que passa de 0,5 em 1976 para 0,7 em 1981 (gráfico 4).

Gráfico 4 - Número de casamentos e divórcios, 1975 a 2008

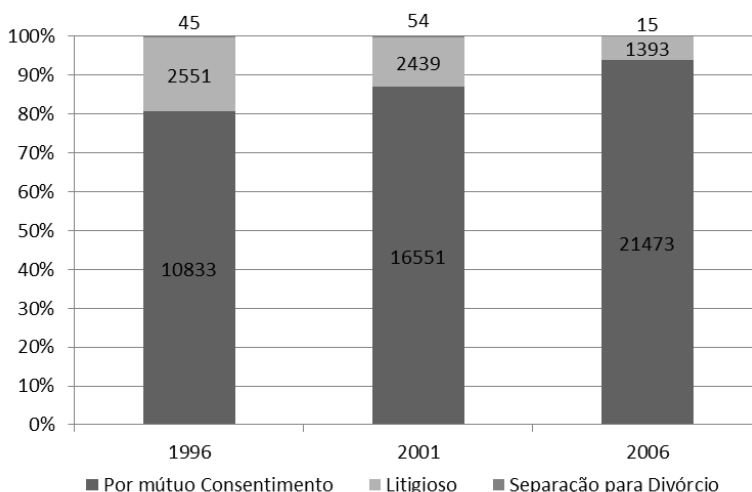


Fontes: Barreto et al. (2000); INE

Desde essa altura, que o número de divórcios não parou de aumentar, registando-se, em 2010, perto de 28 mil divórcios, ao mesmo tempo que o peso dos casamentos dissolvidos por morte do cônjuge decresce gradualmente, representando nesse ano cerca de 62,8% (47.146) - cf. anexo I, a este capítulo. O crescimento contínuo do número de divórcios é acompanhado de sucessivas alterações legislativas, sobretudo a partir de meados da década de 1990, no sentido de facilitarem o processo

de divórcio e a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, “retirando-o” dos tribunais, dando competência, inicialmente em 1995, às Conservatórias do Registo Civil para o decretarem, em concorrência com os tribunais e depois, em 2001, passando a ser uma competência exclusiva dessas conservatórias³⁵⁰.

Gráfico 5 - Divórcio e separação de pessoas e bens segundo a tipologia



Fonte: INE, Estatísticas Demográficas

Estas alterações jurídicas facilitam o processo de divórcio, desjudicializando-o. O peso dos divórcios por mútuo consentimento no total de divórcios aumenta, ao mesmo tempo que os divórcios litigiosos diminuem, sendo que a primeira modalidade duplica em números absolutos, num espaço de 10 anos (gráfico 5). Em 2007, a Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, veio simplificar o processo de separação de pessoas e bens e de divórcio por mútuo consentimento. Esta facilitação poderá ajudar a explicar o crescimento do número de divórcios, entre 2006 e 2010, em relação a períodos anteriores (gráfico 5).

1.2.4 Da diminuição da importância da procriação e o crescimento da relevância dos direitos das crianças

As sociedades contemporâneas têm vindo a testemunhar profundas mudanças no lugar da criança na família. São mudanças quantitativas, na diminuição da descendência, mas também qualitativas nas motivações para a procriação e no valor social da criança (Cunha, 2005). De acordo com Ariès (1960 *apud* Wall, 2005) é no

³⁵⁰ O Decreto-Lei n.º 163/95, de 13 de Julho, que atribui às Conservatórias do Registo Civil competência para, paralelamente aos tribunais, decretarem o divórcio e a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento. Em 2001, o Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, atribui a competência decisória exclusiva nos casos de separação e divórcio por mútuo consentimento às Conservatórias do Registo Civil.

lugar da criança e no seu estatuto social dentro da família que se encontra mesmo a chave da modernização da vida familiar.

O recuo da fecundidade a partir de meados do século XX na Europa inscreve-se numa tendência longa de restrição intencional dos nascimentos, mas que só foi possível, nos anos 70, com a difusão de anticoncepcionais, designadamente, da pílula anticoncepcional e do dispositivo intrauterino. “A procriação já não é uma inevitabilidade da vida a dois, mas uma opção do casal” (Cunha, 2005:395). Em Portugal este processo de recuo da fecundidade surgiu, após um atraso de uma década (Cunha, 2005), potenciado pela terciarização da economia e da sociedade, extensão da escolarização, aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho, entre outras (Rosa e Vieira, 2003). Tais mudanças sociais são também inseparáveis das transformações políticas e jurídicas do pós-25 de abril. Como se referiu, o aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho só é possível com a introdução do princípio da igualdade na Constituição da República Portuguesa de 1976 e com o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro – alterações ao Código Civil – que tem especial importância e constitui uma reforma e uma rotura no direito da família.

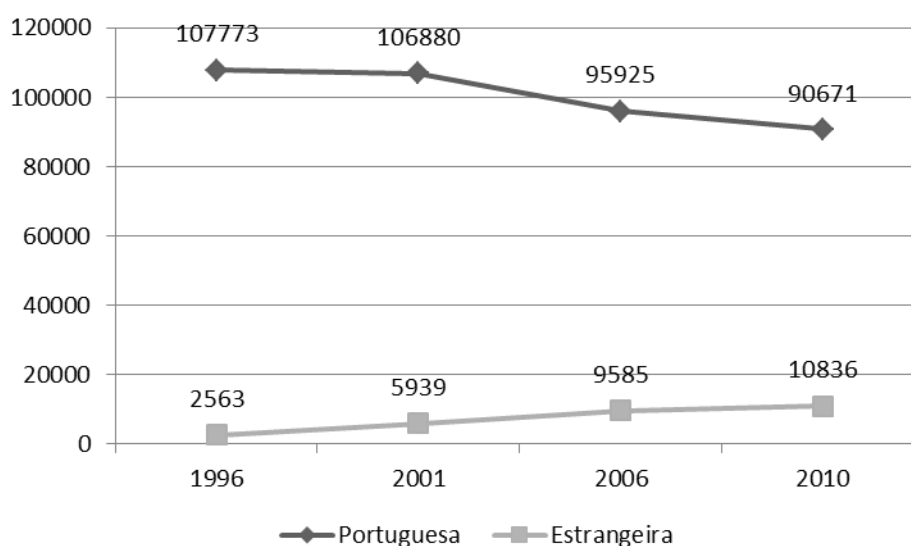
As elevadas taxas de natalidade e fecundidade dos anos 1970 caem para níveis baixíssimos nas décadas seguintes. Com efeito, após um ligeiro aumento da taxa de natalidade entre 1970 e 1975, esta assistiu a um decréscimo acentuado até à primeira metade da década de 1990, passando de cerca de 20%, em 1975, para aproximadamente 11%, em 1996. A tendência de decréscimo mantém-se até 2010, ainda que a um ritmo mais lento. Nos anos 70, do século passado, a diminuição da taxa de fecundidade é de tal forma significativa que, na década seguinte, 1980, a população portuguesa perdeu a capacidade de assegurar a substituição de gerações (Rosa e Vieira, 2003).

À semelhança das tendências registadas na Europa (Kiernan, 2004), em Portugal o movimento de declínio da natalidade é acompanhado por um aumento da idade média da mãe ao nascimento do primeiro filho. Na década de 90, a média de idade da mãe ao nascimento do primeiro filho rondava 25 anos, enquanto em 2010 a média de idades está já próxima dos 30 anos, mais concretamente 28,9, o que tem impactos diretos na redução da fertilidade (cf. anexo I, a este capítulo).

A redução do número de nados-vivos e da taxa de natalidade nas últimas décadas do século XX e início do séc. XXI pode ser explicada pelos baixos níveis de

fecundidade, com a exceção de 1996 a 2001. Embora se trate de um crescimento pequeno, este fenómeno episódico talvez se possa explicar pelo facto de o país, nesse momento, atravessar um período de crescimento económico, potenciado também pelos apoios vindos da União Europeia. Estando em fase de crescimento, Portugal transformou-se, nesse período, de país de emigrantes em país de acolhimento. Entre 1996 e 2010, enquanto os nados-vivos de mães estrangeiras aumentaram significativamente, praticamente duplicando o número de nados-vivos, a cada cinco anos (gráfico 6). Já os nados-vivos de mães de nacionalidade portuguesa têm vindo sistematicamente a decrescer. A tendência de crescimento de nados-vivos de mães estrangeiras regista um abrandamento entre 2006 e 2010, fruto provavelmente da conjuntura internacional e nacional de crise, tornando-se Portugal um país menos atrativo para os fluxos migratórios (gráfico 6).

Gráfico 6 - Nados-Vivos por Nacionalidade da Mãe



Fonte: INE

O recuo da fecundidade na Europa nas últimas décadas, possibilitada pelo recurso a métodos contraceptivos eficazes (Cunha, 2005) e a emergência de uma família moderna, privatizada e relacional (Wall, 2005) vieram levantar novas interrogações sobre o valor social da criança na sociedade contemporânea. “Se há uma tendência para os casais terem hoje poucos filhos, de forma planeada e de modo a satisfazerem expectativas afetivas, no passado as descendências numerosas eram não só inevitáveis num contexto de contraceção incipiente, como necessárias para o bom funcionamento da vida familiar e doméstica” (Cunha, 2005:465). Esta tendência é consequente com a

emergência da criança, designada por Zelizer (1985 *apud* Jacqueline Scott, 2004), “economicamente inútil” mas “emocionalmente inestimável”.

Esta conceção da criança enquanto objeto afetivo da família conjugal contemporânea tem raízes na produção académica dos anos 50 e 60, em especial a partir dos trabalhos de Ariès (1960 *apud* Wall, 2006). Este autor argumenta que ao retirar a criança à educação familiar e ao trabalho infantil, a sociedade devolve a criança à família enquanto objeto afetivo privilegiado. Foi o trabalho de Ariès que levou, ao longo das últimas décadas, à análise sistemática das funções instrumentais e expressivas que as crianças desempenham no seio da família. Segundo Bassand e Kellerhals (1975 *apud* Cunha, 2005), as crianças na família contemporânea perderam a função económica (enquanto participantes ativos na produção familiar), função assistencial (a assistência aos pais idosos), função de linhagem, função religiosa e função estatutária.

A crescente valorização social da infância e as novas reflexões sobre a infância e as crianças têm, obviamente, consequências no modo como as reformas legais vão dar outra centralidade e importância às crianças. De objetos, o novo direito da família vai construir as crianças como sujeitos de direitos, o que, necessariamente, para além da alteração do Código Civil, já referida, que terminou com a diferenciação entre crianças nascidas dentro e fora do casamento, levou à valorização, na mesma reforma de 1977, das famílias constituídas pelo vínculo da adoção como uma família com o mesmo estatuto jurídico – no regime de adoção plena – de uma família biológica e a consequentes e sucessivas alterações legais no sentido de facilitar e agilizar, substantiva e procedimentalmente, a adoção, e, ainda, de criar novos institutos, como o apadrinhamento civil, como solução para crianças e jovens em perigo e/ou que não possam ser educadas pelos seus pais³⁵¹.

No mesmo sentido e desde a universalização da Declaração Universal dos Direitos da Criança, que todo o denominado, agora, direito das crianças, abandonou uma perspetiva meramente paternalista e protecionista, e se reconstruiu à volta do conceito de criança como sujeito de direitos, o que em Portugal aconteceu, em 2001 – com a entrada em vigor – da legislação para a promoção dos direitos e proteção das crianças em perigo e tutelar educativa, relativamente às crianças entre os 12 e os 16

³⁵¹ Refiram-se, durante a década de noventa, as várias alterações ao regime jurídico da adoção, como o Decreto-Lei n.º 227/94, de 8 de Setembro, o Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de Maio e, mais recentemente, a criação do instituto do apadrinhamento civil, através da Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro.

anos que praticam crimes³⁵². Todo este cenário de reforma legislativa do direito da família e das crianças vem confirmar a ideia já anteriormente expressa de que a criança se tornou, ao mesmo tempo, rara e preciosa (Commaille, 2004: XXIV).

1.2.5 As famílias portuguesas de hoje

A vida familiar, em Portugal, regista um movimento de modernização, como se analisou anteriormente, mais ou menos tardio relativamente a outros países da Europa. Este processo de modernização tardio tem, no entanto, impacto nas formas familiares, isto é, na dimensão e no tipo de família e agregado doméstico em que estão inseridos os indivíduos na última década.

A dimensão média do agregado doméstico diminui progressivamente, desde 1970, de 3,7 pessoas para 2,8 pessoas, em 2001, enquanto na composição das famílias segundo o número de pessoas, as famílias com 3 a 4 pessoas são as mais representativas desde 1970, seguidas dos agregados familiares constituídos por duas pessoas (quadro 31). Simultaneamente, verifica-se que, neste período, os agregados familiares mais numerosos (com 5 ou mais pessoas) perdem importância em favor dos agregados familiares menos numerosos (com duas ou menos pessoas). Em 1970, as famílias compostas por uma só pessoa eram as menos representativas, porém, em 1981, a percentagem destas ultrapassa a das famílias com cinco pessoas e mais, aumentando progressivamente até, em 2001, atingir os 17,3%.

Quadro 31 - Dimensão do agregado familiar

	Dimensão do agregado familiar (%)				N.º médio de pessoas por família
	1 pessoa	2 pessoas	3 a 4 pessoas	5 e + pessoas	
1970	10,0	21,9	52,2	15,9	3,7
1981	13,0	23,5	52,9	10,6	3,4
1991	13,9	25,3	54,2	6,6	3,1
2001	17,3	28,4	44,8	9,5	2,8

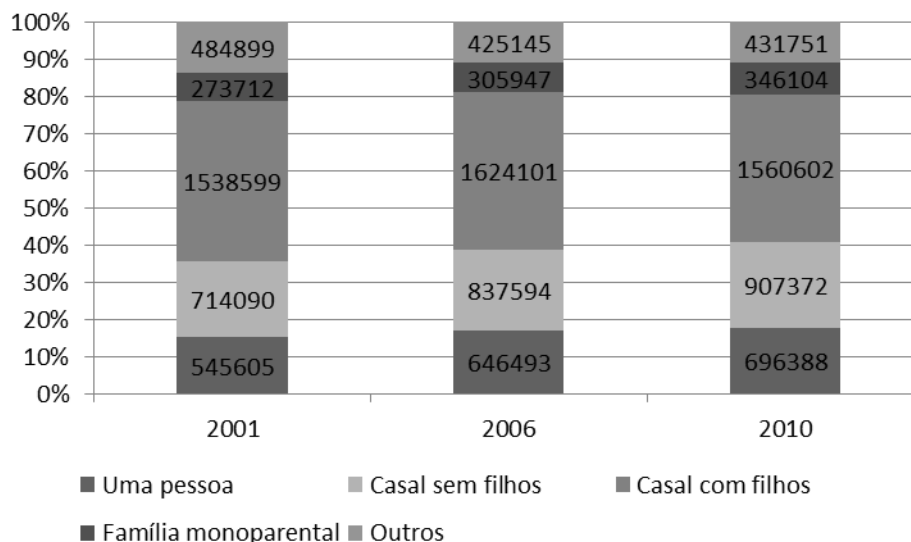
Fonte: INE

Segundo os Censos de 2001, a esmagadora maioria das famílias portuguesas, 99,9%, são “famílias clássicas”, ou seja, englobam indivíduos que residem no mesmo alojamento e que têm relações de parentesco entre si, ocupando a totalidade ou parte do alojamento (Leite, 2003). Por conseguinte, as famílias institucionais – o conjunto de

³⁵² A partir do final da década de 1990, temos, entre outras: a Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, respeitante a crianças e jovens em perigo; a Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, Lei Tutelar Educativa; em 2003, a Lei n.º 31/2003, que altera o Código Civil, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, a Organização Tutelar de Menores e o Regime da Adoção; e já em 2008, os Decretos-Lei n.º 11/2008 e 12/2008, ambos de 17 de janeiro, alteram o regime de execução das medidas de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo em meio natural de vida, bem como o regime de execução do acolhimento familiar.

indivíduos residentes num alojamento coletivo que, independentemente da relação de parentesco entre si, observam uma disciplina comum, são beneficiários dos objetivos de uma instituição e são governados por uma entidade interior ou exterior ao grupo - têm, em Portugal, um peso pouco significativo.

Gráfico 7 - Tipos de família

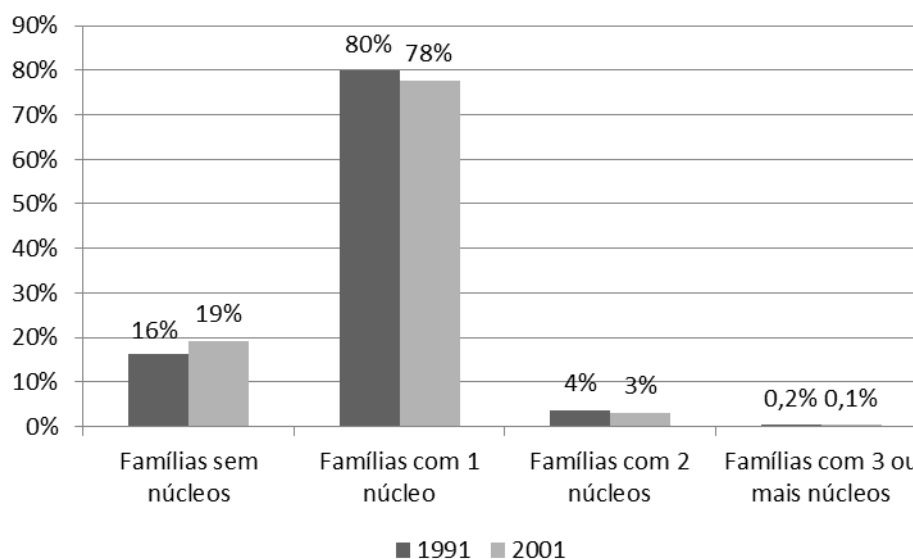


Fonte: INE

No entanto, nos últimos anos regista-se um ligeiro aumento do peso das pessoas sós e dos “casais sem filhos”, ainda que a família nuclear (casal com filhos) continue a representar mais de 40% das famílias, esta apresenta uma tendência em declínio (gráfico 7). São os casais sem filhos, as pessoas sós e as famílias monoparentais que registam variações positivas, fruto do envelhecimento da populacional, do adiamento da maternidade e do aumento do divórcio.

No entender de Sofia Aboim (2006), o crescimento mais rápido dos casais sem filhos reflete, provavelmente, o envelhecimento da população (que contribui para aumentar o número de *empty-nests*, ou seja, de casais cujos filhos já saíram de casa, o aumento do divórcio e do re-casamento, que levaria pelo menos um dos cônjuges a formar nova conjugalidade sem filhos co-residentes a tempo inteiro, ou ainda o adiamento da maternidade para fases mais tardias do curso de vida, o que para além de aumentar o tempo de conjugalidade sem filhos, pode também favorecer um alargamento da prática da coabitação enquanto etapa pré-nupcial.

Gráfico 8 - Núcleos familiares, 1991 e 2001



Fonte: INE

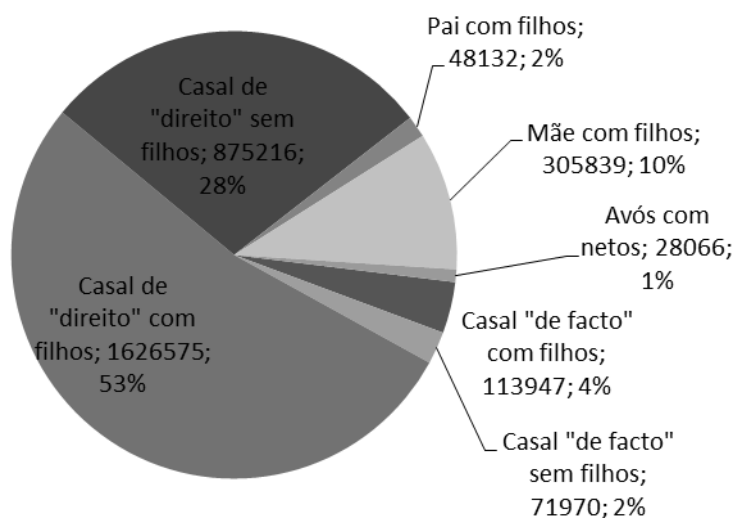
Para além das famílias clássicas, é possível quantificar e caracterizar os núcleos familiares. O núcleo familiar refere-se ao conjunto dos indivíduos dentro de uma família clássica, entre os quais existe uma relação do tipo: casal com ou sem filho(s) não casado(s), pai ou mãe com filho(s) não casado(s), avós com neto(s) não casado(s) e avô(ó) com neto(s) não casado(s). A grande maioria dos indivíduos que vive em famílias clássicas pertence a famílias com apenas um núcleo familiar, todavia, entre 1991 e 2001, o peso destes núcleos têm vindo a decrescer à medida que a proporção dos núcleos familiares unipessoais aumenta, representando em 2001 cerca de 19,2% dos núcleos familiares (gráfico 8).

Das famílias sem núcleos, a esmagadora maioria são famílias unipessoais, ou seja, famílias com uma só pessoa (cf. anexo I, a este capítulo). De acordo com Leite (2003:30), “em 2001, as famílias unipessoais representam, em Portugal, 17,3% do total de famílias (13,8% em 1991). Face a 1991, este tipo de família é o que regista o maior acréscimo (cerca de 45%).”

Ao observar a totalidade dos núcleos familiares segundo o tipo verifica-se que o tipo de núcleo com maior proporção é o de casal de direito – significando, ainda, um homem e uma mulher casados – com e sem filhos, seguido do núcleo de mãe com filhos (gráfico 9). A expressão dos núcleos familiares de pai com filhos e de avós com netos têm uma expressão pouco significativa no total de núcleos.

Entre os núcleos familiares conjugais verifica-se que, independentemente do tipo de conjugalidade, a maioria dos casais portugueses tem filhos (cf. anexo I, a este capítulo). Contudo, essa percentagem é ligeiramente superior nos casais de direito (67,8%, em 1991, e 64,7%, em 2001).

Gráfico 9 - Núcleos familiares segundo o tipo, 2001



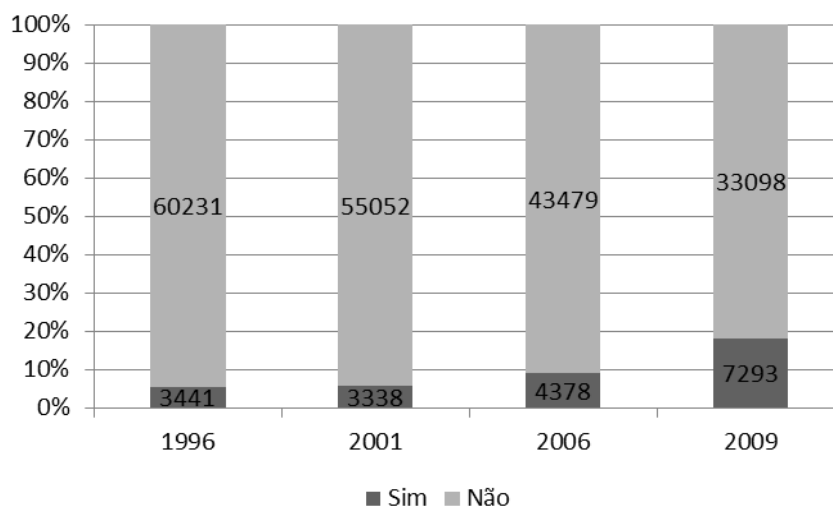
Fonte: INE

De acordo com Almeida *et al.* (1998), os tipos de família que surgem no contexto de modernização têm uma estrutura semelhante à da década de 60, contudo nem sempre têm o mesmo significado. “Por exemplo ser mãe ou pai sozinho com filhos significa cada vez mais, ser divorciada/o e não viúva/o ou solteiro/a, como no passado” (Wall e Lobo *apud* Almeida *et al.*, 1998:51). Simultaneamente, algumas novas formas familiares como os casais homossexuais ou as famílias recompostas entram nas categorias outros ou casal com filhos, não sendo ainda considerada uma categoria à parte nas tipologias dos recenseamentos. Por conseguinte, a representação estatística, à semelhança do direito, acompanha mais lentamente as mudanças nos significados das vidas domésticas.

Ainda, assim, é possível observar a tendência de aumento das famílias recompostas, nomeadamente a partir da existência de filhos não comuns anteriores ao casamento. Percentagem, essa, que regista uma tendência de aumento entre 1996 e 2008, passando de 5,4% em 1996, para perto de 10% em 2008 (gráfico 10). Os censos, de 2001, incluíram, pela primeira vez, os núcleos familiares reconstituídos, isto é, o núcleo constituído por um casal “de direito” ou “de facto” com filho(s), em que pelo

menos um deles seja filho, natural ou adotado, apenas de um dos membros do casal, ou seja fruto de uma relação conjugal anterior. De acordo com Leite (2003), do total de núcleos familiares conjugais com filhos, 2,7% são núcleos familiares reconstituídos. Esta tendência de existência de filhos não comuns e de reconstituição das famílias é um indicador de potencial conflito e indutor da procura da justiça da família e das crianças para dirimir os litígios familiares da anterior relação conjugal e dos filhos aí nascidos.

Gráfico 10 - Existência de filhos não comuns anteriores ao casamento



Fonte: INE

Em suma, “as formas de constituição e de organização da conjugalidade, que os indicadores demográficos permitem, em grandes linhas, visualizar, apresentam sinais de reforço da informalização do laço conjugal e de pluralização do leque de transições possíveis nos percursos familiares, acrescentando-os de momentos de rotura e de recomposição, em conformidade com uma visão menos institucional da relação a dois e da própria família” (Aboim, 2006:69). Contudo, um balanço de diferentes pesquisas realizadas no âmbito da sociologia, antropologia e história feito por Sílvia Portugal (2006) permite concluir que existe um consenso quanto à diversidade das estruturas familiares na sociedade portuguesa, parecendo “coexistir, no passado, como hoje, a família nuclear e a família-tronco, os agregados simples e os agregados complexos” (2006:90).

2 A regulação jurídica da família em mudança (ou quando a regulação da família já não é o que era)³⁵³

A transformação da família torna mais difícil definir o que seja a própria família, o que necessariamente implica mudanças na regulação política e jurídica da família. Aliás, Bernini (2007) refere que se continua a ter de utilizar o termo ‘família’ porque não existe outro capaz de o substituir. Desde o fim da segunda grande guerra mundial (1945), com especial aceleração nos últimos trinta anos, que temos vindo a assistir na Europa, e no denominado mundo ocidental, a mutações das relações familiares. Inevitavelmente, a velocidade e magnitude de tais mutações, como se analisou anteriormente, teve e tem efeitos sobre os indivíduos, não só em termos sociais e emocionais, como também jurídicos e económicos³⁵⁴.

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 nova 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 afetivo de que ele precisava³⁵⁵. Mas, no final do século XX (sobretudo a partir da década de 1970), 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 subjetividade, 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

³⁵³ Este texto sobre a mudança do direito da família teve uma anterior versão, em Pedrosa e Branco (2008).

³⁵⁴ Daí que vários autores considerem que a família constitui um domínio de pesquisa particularmente rico, tanto para a sociedade quanto para os investigadores, uma vez que interessa ao conjunto das ciências do homem e da sociedade, chamados a cruzar os seus saberes com o intuito de tentar apreender o fenómeno familiar e as suas evoluções.

³⁵⁵ Para Meulders-Klein (1999) estávamos perante o “Senhor Ganha-Pão” e a “Senhora Lar”.

Bauman, estamos perante um novo modelo de família: a família líquida³⁵⁶. 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 de Anna Zanatta (2008): “um indivíduo singular pode ter uma vivência familiar que englobe várias formas familiares: por exemplo, pode iniciar a sua vida num 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 se voltar a casar, 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 com a mesma pessoa com quem viveu em união de facto; não se pode excluir que não 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 em 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).

Está-se hoje, assim, perante novos cenários familiares, flexíveis e fluidos, onde se verifica, conforme os dados analisados anteriormente, neste capítulo, o aumento das uniões de facto; o aumento do número de crianças nascidas fora do casamento; o aumento das famílias recompostas; o aumento das famílias transnacionais; o aumento das famílias unipessoais e, ainda, o aumento das famílias monoparentais. Estes cenários são ocasionados, como se analisou na parte inicial deste capítulo, pelos seguintes (principais) fatores: 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: 126 e ss.). Mas,

³⁵⁶Zygmunt Bauman criou e tem aprofundado, ao longo de diversas obras, entre as quais *Modernidade Líquida* (1999) e *Amor Líquido* (2003), o conceito de “líquido”, onde as 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”.

mais do que falar em crise da família³⁵⁷, deve falar-se em desestruturação de um certo modelo de família (Bolieiro e Guerra, 2009), isto é, a família estável e harmoniosa, afetiva e fecunda, governada por regras rígidas de divisão do trabalho e assente numa hierarquia entre homem e mulher, pais e filhos³⁵⁸.

Assim, num contexto conotado com a flexibilidade e a fluidez, o modelo prevaemente continua a ser o da família nuclear e família tronco (Portugal, 2006:90), 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.

2.1 Todo o direito da 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 de género 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 correta 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 (Pereira 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 o autor defende que “por toda a Europa, assim como na América do Norte e Austrália, a família

³⁵⁷Helena Bolieiro e Paulo Guerra (2009: 531) entendem que não estamos perante uma crise da família, mas sim perante várias formas de a viver. Pode-se aplicar aqui a teoria dos OJNI – objetos jurídicos não identificáveis, que instam o legislador e as instituições a adotarem novas formas de regulação e a adaptarem os institutos já existentes (cf. Gerard, Ost e van de Kerchove, 1990).

³⁵⁸Pode dizer-se, como resulta da análise efetuada na primeira parte deste capítulo, que na Europa coexistem vários modelos familiares: o modelo nórdico (países escandinavos), caracterizado pela saída precoce dos filhos da família de origem, de um número elevado de uniões de facto e de crianças nascidas fora do casamento e, também, uma alta taxa de divórcios; o modelo mediterrâneo (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).

convencional é hoje, e cada vez mais, uma prática minoritária” (Roseneil, 2006: 41). A verdade é que, a família nuclear ainda é a prevalecente, mas assistimos à proliferação de situações familiares que não se ajustam aos modelos estabelecidos pelas instituições jurídicas e que criam inseguranças no seu funcionamento (Martínez, 2008)³⁵⁹.

2.2 As tendências da mudança: a caminho da família como legislador em ca(u)sa própria

A análise já referida da transformação das famílias³⁶⁰ 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 afeto; a centralidade afetiva das crianças e da responsabilização da esfera pública pela socialização e promoção dos direitos das crianças.

Consequentemente, verifica-se uma mutação acelerada da regulação jurídica³⁶¹ da(s) família(s) nas sociedades ocidentais³⁶², cuja análise permite observar uma mutação no modelo de produção do direito da família. Segundo Commaille (1994:247-259) passou-se de um “modelo dogmático-finalista” para um “modelo pragmático-gestionário” e de uma “regulação unívoca” para uma “regulação plurívoca”. Deste modo, identifico os seguintes principais eixos da mudança do direito da família: a

³⁵⁹Segundo 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.

³⁶⁰Segundo Zanatta (2008: 15 e 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 géneros.

³⁶¹Como se sabe, o Direito pode assumir, principalmente, duas formas: pode complementar, dirigir e moldar os processos sociais dos quais procede; mas pode também retardar ou bloquear esses mesmos processos sociais – é a dialéctica do direito (Van Houtte, 1998). 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, e que o legislador é chamado a afrontar (Pocar e Ronfani, 2008).

³⁶²No Projeto de Lei n.º 509/X, do Partido Socialista, que deu lugar à atual Lei do Divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro), assume-se, no seu preâmbulo, que a transformação das formas de constituição e organização da vida familiar são 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 afetiva 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 36º, n.º 3 CRP consagra, nesse sentido, o princípio da igualdade entre os cônjuges); o processo de secularização, por sua vez, implicou uma retração das referências religiosas para esferas mais íntimas, o que levou a que estas assumissem dimensões menos consequenciais noutros aspetos da vida.

consagração do princípio da igualdade, a democratização da vida familiar e a paridade de género; o individualismo e a privatização do direito da família; a secularização, desinstitucionalização e contratualização das relações familiares; a (re)publicização do novo direito da família; a valorização do afeto em detrimento da hierarquia e da tradição; a diminuição da importância da procriação na constituição das famílias; os direitos da criança no centro do novo direito da família; a fragmentação, retração e expansão do direito da 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.

2.2.1 Da consagração do princípio da igualdade à democratização da família e à paridade de género

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), em que as mulheres assumem, para além da condição de mulher e mãe, um novo estatuto social, económico e político, trazendo para dentro da família e do direito da família o princípio da igualdade³⁶³ entre os homens e as mulheres, entre os cônjuges e/ou entre os filhos nascidos dentro ou fora do casamento.

A igualdade jurídica dos cônjuges³⁶⁴ foi, assim, uma consequência das pressões sociais assentes em movimentos de democratização e de afirmação dos direitos

³⁶³O princípio jurídico da igualdade foi, nas últimas décadas, universalizado, internacionalizado e constitucionalizado através, respetivamente, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e de diversas constituições. Todavia, ainda que já tenham passado 34 anos desde que o princípio da igualdade foi consagrado na CRP, a igualdade de facto ainda está longe de ser uma realidade, o que se atesta pela desigualdade de contributos para a vida familiar entre homens e mulheres, pela assimetria de horas de trabalho e de salários ou pelas horas de cuidado familiar que as mulheres despendem a mais do que os homens (Torres, 2008: 25). Para Bolieiro e Guerra (2009), e como reverso da medalha, a igualdade dos cônjuges pode levar ao aumento explosivo do número de mulheres divorciadas vivendo em famílias monoparentais com filhos pequenos, mais pobres e onde os sistemas se revelam incapazes de cobrar os alimentos devidos e não pagos. Por seu turno, o surgimento de relações simétricas entre os cônjuges põe em causa a existência de um dever de assistência enquanto tal, já que este instituto foi desenhado pelo legislador atendendo a uma clara divisão de papéis entre ambos os cônjuges, isto é: ao marido cabia o papel de provedor económico, enquanto que a mulher era o provedor de afetos. Havendo uma simetria na relação, deixa de haver um dever de alimentos, havendo autores que defendem que a continuação de tal dever impede a emancipação da mulher, ao tratá-la como o 'sexo fraco', ao mesmo tempo que impõe ao homem uma obrigação injusta e pesada (Van Houtte, 1998).

³⁶⁴A igualdade material, contudo, está ainda longe de ter sido atingida, havendo pesquisas que demonstram que este princípio está mutuamente dependente da situação económica de homens e mulheres, isto é, quando existe igualdade em termos dos rendimentos auferidos por ambos os cônjuges. Caso contrário, tal não acontece, como se verifica nas situações em que é o marido o único a ter rendimentos ou quando os rendimentos auferidos pela mulher são consideravelmente inferiores aos do marido. Pelo que nestas circunstâncias o princípio da igualdade/autonomia acaba por resultar em detrimento das mulheres casadas. Contudo, em várias investigações levadas a cabo na Bélgica as mulheres não vêem como problemática a dependência económica face aos maridos.

fundamentais, ao mesmo tempo que terá potenciado transformações em direção à maior independência das mulheres e à sua plena inserção no mercado de trabalho³⁶⁵. As mulheres conquistaram uma independência económica nova e, ao mesmo tempo que a conquistaram, aumentou em todos os países a idade núbil média e o número de divórcios e aumentou, ainda, a percentagem de mulheres que tomam a iniciativa de pedir o divórcio³⁶⁶. Por outro lado, não mudou muito a velha tendência de os filhos pequenos serem confiados às mães, na regulação do exercício do poder parental. 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 social³⁶⁷.

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

Aliás, as mulheres entrevistadas apresentaram várias razões para ficarem a trabalhar em casa, considerando-se, em primeiro lugar, as organizadoras do trabalho doméstico e as responsáveis pela educação das crianças e só depois se considerando pessoas autónomas que podiam construir algo através de trabalho não-doméstico. A dependência económica só começa a ser sentida como problemática quando os interesses pessoais colidem com os interesses familiares, sobretudo quando existem problemas maritais e o marido exerce o seu poder económico sobre a mulher. Parece, pois, claro que o princípio da igualdade/autonomia não produz os resultados desejados pelo legislador, pelo facto de o desequilíbrio entre os cônjuges ser evidente no que concerne a situação económico-financeira, sobretudo quando estamos perante situações familiares em que é o marido que trabalha fora de casa e a mulher é doméstica (Van Houtte, 1998).

³⁶⁵Estamos a parafrasear Oliveira (2004).

³⁶⁶É, todavia, simplista pensar que haja uma relação direta 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 géneros, a independência económica feminina tem um papel positivo na estabilidade conjugal, enquanto que 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 direto da entrada no mercado de trabalho, o que acontece é que quando as mulheres trabalham adquirem maior poder contratual dentro da relação matrimonial, 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, modelo esse que entrou em crise. Os dados das pesquisas 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).

³⁶⁷As difíceis condições pelas quais as mulheres têm de passar após uma situação de divórcio estão bem documentadas, porém, a prestação de alimentos a ex-cônjuges é vista como injustificada e atentatória do princípio da autonomia. Na verdade, com o divórcio, a dependência económica surgida com o casamento, através dos filhos e dos cuidados que estes implicam, dá lugar a uma relação económica entre pessoas que vivem em casas separadas, já que estamos perante a alocação de rendimento entre lares diferentes. Tal situação, porém, dá azo a confusões e lacunas conceptuais: se se considera como certo que os progenitores têm uma responsabilidade económica relativamente aos seus filhos/as depois do divórcio, já não existe tanta certeza no que toca ao direito que os filhos/as do mesmo progenitor, mas que vivam em lares diferentes, tenham de desfrutar de um standard de vida similar – o sistema permite que o progenitor que não tem a guarda dos filhos/as pague um montante residual de prestação de alimentos ao mesmo tempo que concentra os seus rendimentos na sua atual família. É necessário, pois, considerar o divórcio não como um único acontecimento, mas sim como parte de um processo que se desenrola ao longo do tempo, no qual os rendimentos familiares se alteram abruptamente, bem como o equilíbrio entre os diferentes membros da família (Jackson, 1995; Maclean, s/d).

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 se poder considerar consolidado. É certo que nas sociedades contemporâneas as relações de género tendem a tornar-se mais simétricas e paritárias e a adquirir um carácter mais voluntário e consensual. No entanto, a paridade entre os géneros ainda não chegou totalmente ao direito da família, designadamente na regulação das responsabilidades parentais relativamente aos filhos, que para muitos continua a ser denominado “exercício do poder paternal”³⁶⁸. Daí que para a autora norueguesa Tove Stang Dahl seja necessário analisar a discriminação de género velada ainda existente na legislação, já que esta é, no seu todo, neutral em termos de género, camuflando assim as mulheres enquanto categoria jurídica, o que tem efeitos não só para as mulheres, mas também para os homens (*apud* Aubert, *s/d*).

2.2.2 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.

³⁶⁸ Em Portugal, como analisaremos mais à frente, é só com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que a regulação do poder paternal foi alterada para regulação das responsabilidades parentais, prevalecendo o princípio do exercício por ambos os progenitores.

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; difundem-se formas de união diversas ou alternativas ao casamento e aumentam os nascimentos de crianças fora da união matrimonial; as problemáticas ligadas às uniões homossexuais ou às uniões multiculturais.

2.2.3 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, a ocorrerem cada vez mais tarde 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 informal³⁶⁹), ainda que possa haver tendência, dado que uma das características da população a viver em conjugalidade informal seja 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).

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,

³⁶⁹Segundo o estudo de Sofia Aboim, as conjugalidades informais revelam agora tendência para a expansão em grupos sociais mais escolarizados (2006: 81).

libertou-se do estatuto desigual em que o modelo anterior a confinava³⁷⁰, 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), “À chacun sa famille, à chacun son droit”.

Deste modo, para além 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)³⁷¹. 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

2.2.4 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 em termos de regular as consequências sociais das escolhas familiares pelos indivíduos, em particular no que toca as relações entre pais e filhos, em nome do interesse superior das crianças – a este propósito, Helena Bolieiro e Paulo Guerra consideram que o século XXI será o século da Criança (2009: 556). Assim, ao lado da contratualização das relações entre

³⁷⁰Com 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 atos da vida conjugal, que lhe davam o exercício do poder paternal sobre os filhos menores, ou que lhe permitiam denunciar os contratos de trabalho celebrados pela mulher sem a sua autorização, foram substituídos por regras igualitárias (Oliveira, 2001: 224).

³⁷¹A existência de famílias unipessoais é resultado de vários fatores: 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 recombinações tem posto inúmeros problemas, seja ao nível da regulação social, seja ao nível 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 respetivas atribuições de direitos e de deveres. Estamos perante uma rede de relações complexas, uma vez que entre adultos e crianças se podem estabelecer 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 um ‘agregado proteiforme, de geometria variável’ (Pocar e Ronfani, 2008).

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 filial³⁷².

Dentro desta 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), bem como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e mesmo outras situações geradas pela transnacionalização das relações e dos afetos, 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 teto’ 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).

2.2.5 A valorização do afeto em detrimento da hierarquia e da tradição

A “sentimentalização” é um neologismo bastante expressivo de uma das atuais características predominantes das transformações em curso do direito da família. Com a valorização da afetividade, 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 (seja através da união de facto, seja institucionalizando juridicamente o casamento).

Por outro lado, a aceitação do divórcio está, também, praticamente generalizada, estando, aliás, pré-inscrito no próprio projeto conjugal³⁷³ a possibilidade de rotura (Commaille, 1991: 23). O divórcio pode ser encarado, assim, como uma decorrência do próprio processo de individualização e de valorização do afeto³⁷⁴, cujas conseqüências são as de que ninguém deve permanecer casado contra a sua vontade,

³⁷²O que se verifica, então, é que enquanto o Estado se desinteressa, cada vez mais, da vida privada dos casais, interessa-se cada vez mais pelas crianças, o que resulta em políticas intervencionistas e protecionistas tendentes a garantir a sua saúde e a sua segurança, mesmo que isso implique ir contra a vontade dos pais (Meulders-Klein, 1999: 585).

³⁷³Desenvolveu-se uma nova filosofia do casamento, através da qual este é visto como uma fase da vida potencialmente temporária, da qual se pode sair a qualquer altura (Jackson, 1995).

³⁷⁴Na opinião de Rita Lobo Xavier (2009), o enquadramento jurídico do divórcio é hoje sobretudo de ordem patrimonial. Quem se acolhe a uma instituição jurídica como o casamento civil espera do Estado a tutela do investimento que representa o cumprimento dos deveres de solidariedade ligados à comunhão de vida, sendo a lei um “instrumento muito limitado”, na medida em que não pode tutelar os afetos. Daí que as opções feitas com este diploma sejam de natureza puramente política e alheias a qualquer estratégia de política familiar.

impedindo-se, desse modo, a busca da felicidade e da realização pessoal. Sendo a rotura conjugal um processo emocionalmente doloroso, a tendência tem sido também, ao nível 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 rotura 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 rotura definitiva da vida em comum³⁷⁵.

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 afetiva o núcleo central desta relação. Por último, também nos últimos anos o desenvolvimento jurídico da adoção vem privilegiar os filhos do afeto, conferindo-lhes os mesmos direitos e deveres que aos filhos biológicos.

2.2.6 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, bem como das famílias monoparentais.

Mas se a procriação deixa de ter um papel central, com uma conseqüente baixa da taxa de natalidade³⁷⁶ (que acaba por ser contrabalançada pela alta taxa de fecundidade entre os grupos de migrantes³⁷⁷), nota-se que a vontade de não ter filhos

³⁷⁵ Em Portugal, a Lei n.º 61/2008 também consagrou o divórcio sem culpa.

³⁷⁶No período entre 2001 e 2007 verificou-se um declínio do índice sintético de fecundidade (ISF) de 1,46 para 1,33 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. Cf.: Instituto Nacional de Estatística, Estatísticas Demográficas – 2006 (2008); Instituto Nacional de Estatística, Anuário Estatístico de Portugal 2007 (2009).

³⁷⁷Sendo geralmente populações mais jovens, contribuem para a natalidade do país de acolhimento numa escala superior à que se verifica em relação à mortalidade. Cf.: Instituto Nacional de Estatística, Estatísticas Demográficas – 2006 (2008).

anda a par com a ansiedade por tê-los (Oliveira, 2001: 342), pelo que a valorização do afeto leva a que o projeto parental seja encarado também por outras vias, entrando assim em linha de conta não só a adoção, bem como com 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 recombinações³⁷⁸, vemos que se multiplicam as situações de concorrência entre a paternidade biológica e a paternidade afetiva (Oliveira, 2001: 343), sendo que tanto a maternidade quanto a paternidade³⁷⁹ são objeto de proteção constitucional em várias legislações, não permitindo a discriminação entre filhos biológicos e afetivos.

2.2.7 Os direitos das crianças no centro do direito da 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.

Esta prioridade reflete-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 proteção das crianças em situação de risco. Como se referiu, esta é uma das vertentes da (re)publicização do direito da 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 proteção de crianças e jovens), e, conseqüentemente, reforça o controle das relações familiares por via judicial, administrativa e social (Picontó-Novales, 1997: 109 a 127)³⁸⁰.

³⁷⁸Relativamente às famílias recombinações, é interessante notar todas as nuances que estas comportam, com o estabelecimento de relações de afeto entre membros de uma família que é agora composta de padrastos, madrastas, 'avodrstas e avodrstas', novos 'tios' e 'tias' e demais membros familiares. Todas estas relações, sejam somente de afeto, como sejam de afinidade, também podem ser alvo de alterações no caso de as famílias se desfazerem. Com certeza que os Tribunais terão de começar a estabelecer e regular regimes de visitas que, por ora, ainda serão vistos como atípicos, mas que se vão tornando cada vez mais frequentes (é o que acontece, já há algum tempo, no Canadá, onde aos padrastos e 'pais afetivos' tem sido reconhecido um estatuto jurídico, tanto em termos de obrigação de prestação de alimentos, como de direitos de visita e de custódia parental (Bala, 1994)). Aliás, é de apontar que a Lei n.º 61/2008 veio também alterar o regime da afinidade, já que estas relações desaparecem com a dissolução do casamento através do divórcio, o que não acontecia no passado.

³⁷⁹ Paulo Guerra e Helena Bolieiro consideram que um dos maiores desafios à família nos dias de hoje é o de repensar a figura do pai, assente que ternura e afetos não são assuntos que lhe sejam estranhos (2009: 556).

³⁸⁰É por isso que utilizamos o conceito direito da família e das crianças (ver introdução geral).

2.2.8 A fragmentação, a retração e a expansão do “direito da 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 influência 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 familiar³⁸¹).

Fala-se em retração ou contração da regulação de tipo normativo porque se verifica que a preocupação da sociedade e do Estado já não é a de orientar o comportamento privado das pessoas, mas a de 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 família³⁸², uma vez que o direito tem de se confrontar com a inadequação das categorias tradicionais face às mutações das categorias das práticas sociais (Commaille, 1991: 31), o que gera complexidade jurídica e necessidade de permanente adequação³⁸³. 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 (Pereira 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 (rotura ou por consenso; com culpa ou sem culpa; decorrente

³⁸¹ Pinheiro (2011: 40 a 47) considera que o direito de família extravasa as relações familiares e para-familiares. Citando Cornu (*apud* Pinheiro, 2011: 45) aponta como principais ramos do direito de família em sentido amplo o direito social da família, que agrega as normas do direito de trabalho, da função pública e da segurança social e, ainda, o direito penal da família, o direito fiscal da família e o direito do estatuto civil da família.

³⁸² 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.

³⁸³ Para Olga Martínez (2008), o legislador contemporâneo é um normalizador de situações, ao contrário do legislador da modernidade, que pretendia ser um moralizador.

de separação de facto); a adoção de medidas que facilitem as situações de pós-divórcio ou a equiparação dos direitos dos vários (novos) modelos familiares (entre outras situações).

2.2.9 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 parentais 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 institucional, 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)³⁸⁴. Esses conflitos de família passam, assim, a ser dirimidos, preferencialmente, por entidades administrativas e através de mediação e/ou conciliação³⁸⁵.

2.2.10 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 objeto do direito da família e quais sejam os seus objetivos. As inovações legislativas³⁸⁶ que vão sendo introduzidas são-no por virtude de uma ‘atualização’ 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

³⁸⁴ É, portanto, 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 rotura. Daí que se perceba, neste contexto, o tipo de esperanças depositado nas fórmulas de mediação familiar, tendentes a substituir o combate judicial e as negociações entre advogados pela assistência ativa de um terceiro neutro e afável, cujo papel é o de fazer com as partes encontrem, elas mesmas, as bases de um acordo durável e mutuamente aceitável, tendo em conta as necessidades de cada uma e, em particular, as das crianças, num espírito de responsabilidade (Meulders-Klein, 1999).

³⁸⁵ Sobre a desjuridificação e desjudicialização das relações jurídicas, cf. Pedroso *et al.*, 2003 (capítulo I).

³⁸⁶ Há quem defenda que, confrontados com estas mutações aceleradas, os legisladores reagem, muitas das vezes, de forma incoerente, o que se traduz numa redação cada vez mais defeituosa das leis, seja em termos de fundo, seja em termos de forma, refugiando-se em conceitos indeterminados que abrem as portas a interpretações e aplicações jurisprudenciais e doutrinárias flutuantes e imprevisíveis, muitas das vezes contraditórias (Meulders-Klein, 1999).

imigrantes e dos seus conflitos, os países europeus têm de ter em conta as exigências contrastantes, em particular as de harmonizarem o respeito pelos direitos humanos e pelos princípios dos ordenamentos jurídicos, com o respeito pelas 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 pormenorizar os deveres conjugais, refugiando-se na adoção de cláusulas gerais que os cônjuges – que querem ser os seus próprios legisladores – não de concretizar segundo o seu projeto 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’, onde o casal se tornou o seu próprio legislador (Oliveira, 2004: 765). Ora, estas mutações refletem-se necessariamente na transformação da regulação jurídica da família através de reformas, resultantes, designadamente, 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, criminal³⁸⁷.

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 reflete em Portugal, designadamente após a democratização do sistema político e da sociedade, iniciada com o movimento militar e social de

³⁸⁷Estas 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 que 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).

25/04/1974. A partir desse momento, as mutações do direito da família e das crianças em Portugal passaram a acompanhar as principais tendências de mudança através da sua universalização, internacionalização, europeização³⁸⁸; constitucionalização; desinstitucionalização do direito civil da família; e, ainda, da sua fragmentação e expansão para o direito social (trabalho, emprego, segurança social, formação profissional, concertação entre a vida pessoal, familiar e profissional) e até criminal.

3.1 O Direito internacional (universal e europeu) de família e das crianças aplicável em Portugal

Há, relativamente à família e às crianças, um conjunto de direitos humanos que vai desde o requisito de as partes consentirem de forma livre em casar, passando pelo exercício dos direitos reprodutivos, pelo exercício dos direitos de maternidade/paternidade (biológica ou por adoção), até aos direitos dos indivíduos dentro da unidade familiar. Por sua vez, a família, enquanto unidade, também deve ser protegida pelo Estado que, por seu turno, está obrigado a respeitar o direito à privacidade e intimidade da família. É, contudo, a este nível que encontramos as maiores tensões, sobretudo quando estão envolvidos direitos das mulheres e das crianças³⁸⁹ (Stark, 2005: 249).

Portugal, atualmente, ratificou, pelo que se encontram em vigor, os principais instrumentos internacionais relativos à regulação das relações familiares³⁹⁰, 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), adotada e proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217A (III) de 10 de

³⁸⁸ Quando em 1957 foi assinado o Tratado de Roma, poucos eram os que consideravam que a parceria económica constituída viesse a ter qualquer tipo de impacto no direito da família. E todavia, o que é hoje a União Europeia (UE) começou a adotar leis e políticas que têm impacto direto nas leis e políticas nacionais dos Estados-Membros. Existe hoje um largo espetro de políticas e normas, ao nível de diferentes áreas de direito, que têm impacto nas políticas de família, nos direitos atribuídos às famílias e, mais recentemente, na regulação das relações transfronteiriças. O direito comunitário tem-se preocupado, sobretudo, com a reunião familiar, permitindo o movimento das famílias dos trabalhadores ou outros atores económicos, tentando, assim, preservar a 'família intacta'. Ironicamente, enquanto as normas comunitárias substantivas vão no sentido de permitir o movimento familiar, na prática o livre movimento leva à fragilização da vida familiar. Daí que as atividades mais recentes da UE em matéria de direito da família já não se prendam tanto com a manutenção da família intacta, mas sim com a resolução dos conflitos resultantes da 'desintegração' da 'família transfronteiriça' (Probert, 2007).

³⁸⁹ E nesta sede abrem-se vários debates, como já se referiu no capítulo V, sobretudo entre as concepções universais e as concepções relativistas de direitos humanos.

³⁹⁰ A título de exemplo, refiram-se todas as convenções internacionais relativas à adoção (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.

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 proteção, 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. Os artigos 17.º, 23.º e 24.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³⁹¹ protegem os diferentes direitos relativos à família e às crianças, bem como os artigos 10.º a 13.º do Pacto Internacional de direitos Económicos, Sociais e Culturais³⁹². Nesta sede de referir, também, a Carta Social Europeia, através da qual os Estados, incluído Portugal, se comprometem a assegurar às suas populações os direitos sociais aí especificados, a fim de melhorar o seu nível de vida e promover o seu bem-estar, referindo-se, em especial, que as crianças e os adolescentes têm direito a uma proteção especial contra os perigos físicos e morais a que se encontrem expostos, bem como a uma proteção social, jurídica e económica apropriada (artigos 7.º e 17.º); que as trabalhadoras, em caso de maternidade, têm direito a uma proteção especial (artigo 8.º); e à família, como célula fundamental da sociedade, é reconhecido o direito a uma proteção social, jurídica e económica apropriada para assegurar o seu pleno desenvolvimento (artigos 16.º e 19.º, sendo que este último se refere, especificamente, ao trabalhador migrante e sua família).

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, estabelece, ainda, 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 9º, 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 respetivo exercício”. Este é o quadro que “emoldura” a família ao nível 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 34 anos de vigência.

3.2 O Direito constitucional da família e das crianças

³⁹¹Cf. anexo 2, a este capítulo.

³⁹²Cf. anexo 3, a este capítulo.

Nos termos da CRP (artigo 67.º), a família é um valor fundamental da vida em sociedade, ao qual a Constituição confere proteção, tornando-a, assim, objeto de uma garantia constitucional (Pereira Coelho e Oliveira, 2003: 153). 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) Regular 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 atividade profissional com a vida familiar.

Desse modo, por um lado, e de acordo com o previsto, no número 1, do artigo 36.º, da CRP, “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”. Por outro lado, o número 3, deste artigo, é uma grande conquista da Constituição de 1976, ao consagrar o princípio da igualdade entre os cônjuges³⁹³. 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, nº 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 proteção da sociedade e do Estado³⁹⁴, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de

³⁹³ Na formulação constitucional: “Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos”.

³⁹⁴ Para além disso, o Estado assegura especial proteção 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, como se referiu anteriormente, a Lei de Proteção 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.

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

A maternidade e a paternidade são, nos termos do artigo 68.º, valores sociais eminentes, pelo que “Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação 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 adoção é igualmente conferida proteção 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 e o cumprimento da obrigação constitucional do princípio da igualdade. A regulação da família pelo direito civil é o objeto do Livro IV do Código Civil (artigos 1576.º a 2020.º), ao qual se devem juntar todas as leis avulsas que regulam vários aspetos da família contemporânea e que vão permitindo que o direito da família em Portugal se vá “atualizando”.

O Código Civil Português não fornece nenhuma definição jurídica do que é a família, apenas se podendo concluir do artigo 1576.º, que “são fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção”³⁹⁵. A Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, estabeleceu, ainda, através da figura do apadrinhamento civil, “a relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afetivos que permitam o seu

³⁹⁵É importante integrar aqui uma nota relativa à Lei da Nacionalidade, na medida em que, através da Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril, e do Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de Dezembro, foram introduzidas alterações que modificaram substancialmente os regimes de atribuição e de aquisição da nacionalidade portuguesa, em especial, na matéria relativa à família, no tocante à aquisição de nacionalidade pelo casamento, união de facto e adoção (cf. artigos 12.º e ss. do Decreto-Lei n.º 237-A/2006).

bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil” (artigo 2.º)³⁹⁶.

O artigo 1577.º, do CC, estipulava que o casamento 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”. No entanto, o reconhecimento jurídico 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 proteção aos aspetos patrimoniais da união de facto de pessoas do mesmo sexo, não lhes sendo, todavia, reconhecido o direito a adotar (art. 7.º), nem o de ser beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, como estabelece o artigo 6.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Nestes termos, é importante referir a recente Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, no seguimento da Proposta de Lei n.º 7/XI/I.ª, do Governo, entrada em 21 de dezembro de 2009 na Assembleia da República, com votação e aprovação na generalidade em 08 de janeiro de 2010³⁹⁷, que veio alterar o instituto jurídico do casamento civil, permitindo o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, assentando as suas premissas nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, da proibição da discriminação em função da orientação sexual e, ainda, do direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade³⁹⁸.

³⁹⁶Os artigos 4.º e 5.º tratam da capacidade para apadrinhar e ser apadrinhado. O artigo 7.º, por sua vez, estabelece o exercício das responsabilidades parentais dos padrinhos, enquanto que o artigo 8.º se refere aos direitos dos pais. De acordo com o disposto no artigo 24.º, os direitos e obrigações dos padrinhos inerentes ao exercício das responsabilidades parentais e os alimentos cessam nos mesmos termos em que cessam as dos pais, ressalvadas as disposições em contrário estabelecidas no compromisso de apadrinhamento civil. Os termos em que pode operar a revogação do apadrinhamento civil constam do artigo 25.º.

³⁹⁷Tal Proposta de Lei não foi objeto de discussões pacíficas, tendo surgido contestação da parte de alguns partidos políticos, bem como da parte da Igreja Católica e de movimentos da comunidade, que propunham a realização de um referendo, o que não veio a realizar-se. Enquanto PS, PCP/PEV e BE se uniram nesta alteração, o PSD veio manifestar o seu voto contra o alargamento do casamento civil aos homossexuais, propondo, em contrapartida, a figura da união civil registada entre homossexuais. Por sua vez, o porta-voz da Conferência Episcopal Portuguesa, Padre Manuel Morujão, declarou que “o verdadeiro casamento é entre homem e mulher”, não aprovando, assim, a alteração do regime jurídico do casamento civil por tais alterações atentarem contra a família enquanto base da sociedade. Vera Lúcia Raposo (2009) considera que Portugal, embora se autoproclame de Estado laico, mantém demasiados resquícios de um Estado confessional.

³⁹⁸Contudo, esta alteração do instituto jurídico do casamento civil não tem quaisquer implicações ao nível do regime jurídico da adoção, ficando bem claro que a admissibilidade legal da adoção se continua a restringir às pessoas que celebraram casamento com pessoa de sexo diferente, isto é, nos termos do quadro jurídico anterior. Esta opção foi considerada como um “aborto jurídico” por Marcelo Rebelo de Sousa. Para Vera Lúcia Raposo (2009), pior do que impedir o casamento a pessoas do mesmo sexo é admiti-lo, mas acompanhado de “castrações legais”, isto é, coartar a possibilidade de aceder a uma série de faculdades e direitos disponíveis para os “cônjuges genuínos”, sendo que as principais restrições se referem a matérias conexas com a descendência, seja biológica, seja afetiva, vedando quer a adoção, quer o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, artigo 6.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, pelo que se haverá de concluir que os cônjuges do mesmo sexo não podem adotar, e assim oferecer um lar a uma criança que esteja a crescer institucionalizada, mas podem, em contrapartida, criar para si *ex novo* um filho mediante a procriação medicamente assistida (Raposo, 2009). É curioso notar que o Presidente da República requereu, no início de Março de 2010, a fiscalização preventiva do diploma ao Tribunal

O divórcio também é objeto de garantia constitucional e é regulado pela lei civil. Apesar de instituído em 1910, aquando da I.^a 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.^a 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 “rotura definitiva da vida em comum”. Também em Portugal se caminhou nessa direção, com a aprovação do Decreto 232/X (que, todavia, foi sujeito a veto presidencial³⁹⁹ em agosto de 2008 e reapreciação e nova aprovação pela Assembleia da República). Já em 31 de outubro de 2008 foi publicada a Lei n.º 61/2008, entrada em vigor no dia 30 de novembro do mesmo ano, e que veio 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 cônjuges⁴⁰⁰.

Assim, e muito sucintamente, nos termos do artigo 1773.º, do Código Civil (CC), na redação 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

Constitucional, mas relativamente apenas aos artigos 1.º, 2.º, 4.º e 5.º, deixando de fora o mencionado artigo 3.º (cf. Página Oficial da Presidência da República Portuguesa, in <http://www.presidencia.pt>). Segundo uma notícia publicada no Jornal *Público* (14/03/2010), Miguel Vale de Almeida considerou esta lacuna do Presidente “um gesto político calculado e simbólico”, argumentando que Cavaco Silva não queria “correr o risco de o TC considerar o artigo inconstitucional e ele ficar com o ónus de ter também de legalizar a adoção por casais do mesmo sexo”.

Na sua declaração de 17 de Maio de 2010, relativa à promulgação da Lei n.º 9/2010 e que foi publicada em Diário da República no dia 31 do mesmo mês, o Presidente da República veio dizer que procedeu à promulgação do diploma, ainda que dele discordando, por entender que não devia “contribuir para arrastar inutilmente este debate, o que acentuaria as divisões entre os Portugueses e desviaria a atenção dos agentes políticos da resolução dos problemas que afetam gravemente a vida das pessoas”, como o desemprego, “o agravamento das situações de pobreza, a situação que o País enfrenta devido ao elevado endividamento externo e outras dificuldades que temos de ultrapassar” (cf. <http://www.presidencia.pt/?idc=22&idi=41152>, acedido em Maio de 2010).

³⁹⁹ 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>.

⁴⁰⁰ Na mensagem que acompanhou a promulgação do diploma em análise, o Presidente da República 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 em termos patrimoniais, 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 suscitam 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 monitorizar a aplicação prática do regime.

acordo, na conservatória do registo civil, ou no tribunal, se o casal não tiver conseguido o acordo sobre algum dos assuntos constantes do artigo 1775.º do mesmo diploma⁴⁰¹ – ou ser sem o consentimento de um dos cônjuges, devendo ser requerido em tribunal⁴⁰² 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 rotura 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 parentais⁴⁰³, quer na constância do matrimónio, quer após a sua rotura. Na constância do matrimónio, as responsabilidades parentais⁴⁰⁴ são exercidas por ambos os pais, de comum acordo (artigo 1901.º CC). Em caso de 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. Contudo, relativamente aos atos da vida corrente, o exercício das responsabilidades parentais 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.

⁴⁰¹A 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.

⁴⁰²Haverá sempre uma tentativa de conciliação dos cônjuges (artigo 1779.º CC).

⁴⁰³ A mudança de designação, de poder paternal para responsabilidades parentais, implica, como resulta das palavras de Anália Torres (2008), uma mudança conceptual que desloca o centro de atenção daquele que detém o poder – o adulto – para aquele cujos direitos se querem salvaguardar – a criança.

⁴⁰⁴ No que toca ao enfraquecimento do cumprimento dos deveres inerentes às responsabilidades parentais, nomeadamente no que se refere à prestação de alimentos, e de modo a assegurar o direito das crianças à proteção e a desenvolvimento integral, criou-se uma nova prestação social – a garantia de alimentos devidos a menor, Lei n.º 75/98, de 19 de Novembro – instituindo-se o Fundo de Garantia dos Alimentos devidos a Menores, gerido pelo Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, a quem cabe assegurar o pagamento das prestações de alimentos em caso de incumprimento da obrigação pelo respetivo devedor (Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de Maio).

Os artigos 1911.º e 1912.º, do CC, na nova redação, 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 proteção 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 a maternidade, com a concessão a todas as trabalhadoras do direito de faltar durante noventa dias, no período da maternidade, 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 gerais⁴⁰⁵, cujo objetivo expresso era o de garantir “gradualmente uma adequada proteção 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 proteção da maternidade e da paternidade. Esta Lei (complementada pelos Decretos-Lei n.º 136/85, de 3 de maio, e 154/88, de 29 de abril) instituiu, de forma sistemática e pela primeira

⁴⁰⁵ Pelo que os artigos 1.º a 7.º desse Decreto-lei estabeleciam que: 1.º - «À família, como instituição social fundamental, serão assegurados pelo Estado a proteção e os meios indispensáveis ao pleno desempenho das suas atribuições específicas»; 2.º «A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes, que ao Estado cabe respeitar e salvaguardar, protegendo os pais nas exigências específicas da sua insubstituível ação na educação dos filhos»; 3.º «Aos pais será proporcionado pelo Estado um sistema de proteção social adequado à especificidade da sua condição e serão criadas condições que lhes permitam optar, alternadamente mas livremente, entre o exercício de uma atividade profissional e a dedicação à missão educativa»; 4.º «O Estado promoverá e desenvolverá uma política de educação familiar, nomeadamente no âmbito do planeamento familiar, com respeito das consciências, convicções e sentimentos religiosos de cada um»; 5.º «Ao Estado compete organizar e desenvolver uma rede nacional de proteção materno-infantil, com especial relevância para as medidas profiláticas e os cuidados especiais com a gravidez e o parto»; 6.º «Constitui ainda objetivo da política social familiar fomentar e desenvolver a criação de estruturas adequadas, nomeadamente creches e jardins-de-infância, que assegurem a ocupação dos tempos livres das crianças e dos jovens e a guarda das crianças durante os períodos de trabalho de seus pais»; 7.º «O Estado reconhece o valor social e fomentará a intervenção da iniciativa particular, designadamente das instituições privadas de solidariedade social, na prossecução dos objetivos decorrentes dos artigos anteriores».

vez, a proteção 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 após o parto; c) a proteção da saúde da criança e do seu desenvolvimento no seu primeiro ano de vida; d) o papel do Estado, cada vez mais interventor, na proteção da maternidade e paternidade, do nascituro e da criança e no domínio dos cuidados de saúde; e) a especial proteção dos pais no âmbito do trabalho, nomeadamente, o direito da mulher a licença de maternidade, direito a faltas para assistência a menores doentes e o direito do pai a licença de paternidade; e f) no âmbito da segurança social veio definir, entre outros, o direito ao subsídio de maternidade ou paternidade⁴⁰⁶. Culminando toda a referida evolução legislativa, em 2003 surgiu o Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, alterado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro) que reescreveu os normativos respeitantes às questões em causa⁴⁰⁷ e criando um regime jurídico de licenças, faltas e flexibilidade laboral de proteção da parentalidade⁴⁰⁸, não colocando em questão, nesta matéria, a evolução legislativa ocorrida na construção do caminho do reconhecimento jurídico da igualdade e da paridade de género.

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 proteção legal e os crimes sexuais contra a família e as crianças tinham natureza semipública, apenas sendo investigados se houvesse queixa.

⁴⁰⁶ Através da Lei n.º 142/99, de 31 de Agosto (república 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 proteção social na maternidade, paternidade e adoção, instituindo medidas sociais de reforço da proteção social, em especial a atribuição de subsídios sociais (Subsídio social de maternidade; Subsídio social de paternidade; Subsídio social por adoção; e Subsídio social por riscos específicos).

⁴⁰⁷As normas do Código do Trabalho aqui relevantes são os artigos 33.º a 65.º (Subsecção IV: Parentalidade).

⁴⁰⁸Nos termos do artigo 35.º do Código do Trabalho, com a redação que lhe foi introduzida em 2009, a proteção na parentalidade concretiza-se através da atribuição dos seguintes direitos: a) Licença em situação de risco clínico durante a gravidez; b) Licença por interrupção de gravidez; c) Licença parental, em qualquer das modalidades; d) Licença por adoção; e) Licença parental complementar em qualquer das modalidades; f) Dispensa da prestação de trabalho por parte de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, por motivo de proteção da sua segurança e saúde; g) Dispensa para consulta pré-natal; h) Dispensa para avaliação para adoção; i) Dispensa para amamentação ou aleitação; j) Faltas para assistência a filho; l) Faltas para assistência a neto; m) Licença para assistência a filho; n) Licença para assistência a filho com deficiência ou doença crónica; o) Trabalho a tempo parcial de trabalhador com responsabilidades familiares; p) Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares; q) Dispensa de prestação de trabalho em regime de adaptabilidade; r) Dispensa de prestação de trabalho suplementar; s) Dispensa de prestação de trabalho no período noturno.

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 doméstica⁴⁰⁹). Assim, através da Lei n.º 16/2007, de 17 de abril, a interrupção voluntária da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, 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 doméstica⁴¹⁰, 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 vítima⁴¹¹.

O direito penal da família prevê, assim, diversos tipos de legais de crime. Nos artigos 247.º a 250.º do Código Penal estão, pois, tipificados os crimes contra a família (bigamia, falsificação de estado civil, subtração de menor e violação da obrigação de alimentos). Para além disso, a circunstância de o agente ser descendente ou ascendente, adotado ou adotante da vítima é suscetível 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 nos termos do artigo 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, do Código Penal, 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

⁴⁰⁹Para análise da evolução da legislação sobre violência doméstica consultar Lisboa, Manuel *et al.* (2009), *Violência e Género. Inquérito nacional sobre a violência exercida contra mulheres e homens*. Lisboa: CIG.

⁴¹⁰ De referir a Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas. De referir, também, o III Plano Nacional contra a Violência Doméstica – 2007/2010, o III Plano Nacional Para a Igualdade e a Cidadania de Género – 2007/2010 e, também, o I Plano Nacional contra o Tráfico de Seres Humanos – 2007/2010.

⁴¹¹Se antes a dita “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 proteção 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 – direta ou indireta – de dependência, pelo que deverão poder escolher, se a formação dessa opção for completamente livre, que se admite possa ser apreciada judicialmente, se um procedimento criminal entre eles deve prosseguir ou não.

agravadas no caso de a vítima ser ascendente, descendente, adotante, adotado, parente ou afim até ao segundo grau do agente (artigo 177.º, n.º I, alínea a). O grau de parentesco pode também funcionar como desqualificador do crime, como se verifica no caso de infanticídio (artigo 136º).

3.6 A relação entre as mudanças sociais, as mudanças políticas e as mudanças no direito da família e das crianças

Nos últimos 30 a 40 anos as grandes mutações no direito da família e das crianças, em Portugal, ocorreram nos seguintes quatro períodos:

- a) de 1974 a 1978 (a primeira rotura) – a democratização do direito da família;
- b) de 1994 a 1995 (a reforma da agilização) – a abertura ao processo de desjudicialização do divórcio e de início da mutação do poder paternal e do regime de adoção;
- c) de 1998 a 2001 (a reforma dos direitos das crianças e da desjudicialização) – o reconhecimento das crianças como sujeitos de direitos; das uniões de facto e da simplificação e desjudicialização;
- d) de 2006 a 2010 (a segunda rotura) – a publicização do crime de violência doméstica, a consagração do regime das responsabilidades parentais e a alteração do conceito de casamento.

Efetuada esta periodização, há que analisar relacionando-a com a evolução dos indicadores sociodemográficos e socioeconómicos desses períodos, bem como da sua relação com o contexto político, ou seja, das políticas dos governos de cada período e das maiorias parlamentares que apoiavam esses governos (quadros 32 e 33). Para isso, recorro às ferramentas analíticas da sociologia política, que visa, precisamente, analisar os processos políticos nas suas relações com a sociedade, não se restringindo apenas à consideração da esfera política *stricto sensu*, independentemente das outras esferas de ação social. Trata-se, assim, de estudar a política nas suas relações com as ordens sociais e os poderes sociais (Duran, 2009, *apud* Commaille, 2009). Deste modo, pretendo analisar, no referido período, as relações entre a transformação social das famílias portuguesas com as mudanças e as opções políticas dominantes nestas matérias, bem como a sua relação com as referidas mutações no direito da família ocorridas em Portugal.

3.6.1 A primeira rotura: a democratização do direito da família (1974 a 1978)

O período de 1974 a 1978 caracteriza-se ainda, como se referiu anteriormente, por um padrão de família na qual ainda não se refletem as grandes transformações, que já estavam a ocorrer na Europa. Em Portugal, os indicadores sociodemográficos e socioeconómicos permitem-nos caracterizar a situação dos inícios dos anos setenta: relativamente fraca participação das mulheres no mercado de trabalho, elevadas taxas de analfabetismo, em especial no feminino, manutenção da tendência de aumento da taxa de nupcialidade e da taxa de fecundidade e início da tendência de aumento dos divórcios, como já foi referido no ponto I do presente capítulo (quadros 32 e 33).

No entanto, com a democratização política e a transição para a democracia, fizeram-se ouvir os movimentos defensores dos direitos das mulheres, na luta pela consagração da igualdade jurídica entre homens e mulheres e, ainda, os movimentos pela legalização do divórcio.

Assim, as mudanças introduzidas na Constituição de 1976, no Código Civil e na Organização Tutelar de Menores, em 1977, anteriormente analisadas, são a consequência deste período de transição de um regime autoritário (também em questões de família), de matriz católica e conservadora, para um regime político democrático, laico – pelo que teve de negociar também neste período uma nova Concordata com a Santa Sé –, com a consequente democratização das relações familiares. Em matéria de casamento e de filiação, as alterações legais que se deram, em consequência da mudança política e das pressões sociais assentes em movimentos de democratização e de afirmação dos direitos fundamentais (Oliveira, 2002), foram profundas, designadamente com a separação do casamento civil e do casamento católico (embora este tenha efeitos civis por força da nova Concordata), a permissão legal do divórcio – o que aconteceu ainda em 1975, antes da Constituição, por força de movimento social nesse sentido –, a consagração da igualdade entre os cônjuges – com o fim da figura do homem como “chefe de família” –, a não discriminação entre filhos tidos dentro e fora do casamento e um princípio de adequação da OTM (Organização Tutelar de Menores), que regulava as providências tutelares cíveis, de intervenção sobre crianças carenciadas e vítimas ou aquelas que tivessem praticado crimes, à Constituição da República de 1976.

Mas, esta consagração do princípio jurídico da igualdade entre homens e mulheres e de democratização das relações de família não se limitou às alterações

referidas, pois também em matéria de arrendamento e sucessões foi privilegiada a posição do cônjuge sobrevivente com a transmissão obrigatória do arrendamento e a aquisição da qualidade de herdeiro legítimo em posição de igualdade com os filhos. O mesmo aconteceu, a título de exemplo, na alteração da legislação sobre o desempenho de profissões interditas a mulheres (ex.: o acesso à magistratura ou a funcionário judicial) ou condicionadas à autorização dos pais ou dos maridos, como era, antes de 1977, o acesso ao exercício da profissão de comerciante⁴¹². A concluir, refira-se ainda que esta pressão e luta pela igualdade até permitiu que, em matéria de arrendamento, a lei reconhecesse a união de facto, por mais de dois anos, para que o “unido de facto” sobrevivente tivesse direito à transmissão do arrendamento nas mesmas condições de um cônjuge sobrevivente⁴¹³.

Ora, todas estas alterações jurídicas de rotura decorreram, não em consequência das transformações sociais e económicas ainda não evidenciadas nas estatísticas analisadas (quadros 32 e 33), mas de todo um movimento político, na sociedade portuguesa, de luta pela democratização e igualdade e, consequentemente, também entre homens e mulheres, nas relações de família⁴¹⁴. Assim, neste período, o consenso político sobre a alteração destas matérias era maioritário, razão pela qual os governos e a Assembleia da República deram expressão a este desígnio constitucional, sendo, no entanto, os governos constitucionais de maioria socialista que negociaram com a Igreja e aprovaram as referidas reformas do direito da família⁴¹⁵.

⁴¹² A reforma constitucional de 1976 e a consequente alteração do Código Civil teve como consequência necessária a adaptação de toda a outra legislação ao princípio da igualdade, dando-se como exemplos as alterações ocorridas na legislação do arrendamento, exercício de profissões públicas e do Código Comercial.

⁴¹³ É de notar que a proteção da transmissão da posição de arrendatário à pessoa que vivesse com o titular do arrendamento em termos análogos às dos cônjuges já era acautelada antes do Regime do Arrendamento Urbano (Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro), através do Decreto-lei n.º 420/76, de 28 de Maio. Assim, o artigo 1.º deste diploma estipulava que: I. Gozam do direito de preferência relativamente a novo arrendamento para habitação, no caso de caducidade do anterior por morte do respetivo titular, ainda que não fosse o primitivo arrendatário, e sucessivamente: b) As pessoas a que se refere o artigo 1109.º do Código Civil, desde que coabitem com o titular do arrendamento caducado há mais de cinco anos. Também o número 2 do artigo 1111.º do Código Civil, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 46/85, de 20 de Setembro, estipulava que: no caso de o primitivo inquilino ser pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, a sua posição também se transmite àquele que no momento da sua morte vivia com ele há mais de 5 anos em condições análogas às dos cônjuges.

⁴¹⁴ Neste período, os movimentos sociais pelos direitos das mulheres e igualdade de acesso às profissões e pela legalização do divórcio, com especial relevância nos centros urbanos como Lisboa e Porto, e, consequentemente, pela não discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento e valorização da posição do cônjuge sobrevivente em matéria de arrendamento e sucessões, estiveram muito ativos, entendendo que todas estas alterações beneficiariam as mulheres na luta por um estado de igualdade formal e material.

⁴¹⁵ De facto, durante os primeiros cinco Governos Constitucionais (entre 1974 e 1980, liderados por: Mário Soares – I e II Governos; Nobre da Costa – III Governo; Mota Pinto – IV Governo; e Maria de Lurdes Pintassilgo – V Governo e até hoje única mulher a exercer o cargo de Primeiro-Ministro) foram várias e importantes as mudanças introduzidas na legislação de família.

3.6.2 A reforma da agilização: a abertura ao processo de desjudicialização do divórcio e de mutação do poder paternal e da adoção (1994 e 1995)

O período político que se seguiu, entre 1980 e 1986, coincidiu com a preparação política, social e económica de entrada na Comunidade Económica Europeia, em janeiro de 1986. Não há, porém, alterações ao direito da família e das crianças a registar durante este ciclo, dado que, com a reforma de 1977, o direito da família deixou de estar na agenda política, que se encontrava direcionada para a entrada na CEE⁴¹⁶.

No ciclo político seguinte, que decorreu de 1987 a 1995⁴¹⁷, foi um período caracterizado pela estabilidade política decorrente de uma governação com maioria absoluta, centrado no crescimento económico – obras públicas -, induzido também pelos fundos europeus, e que não teve iniciativas políticas e legislativas de alteração do direito da família e das crianças.

No entanto, neste período que vai de 1987 a 1995 (sete anos), os indicadores demonstram uma grande transformação do país e da família em Portugal: melhoria acentuada das condições de vida com a consolidação da entrada das mulheres no mercado de trabalho, a redução das taxas de desemprego e o aumento do rendimento disponível das famílias, a par da redução da taxa de analfabetismo; no que toca à família, mantêm-se a tendência de decréscimo da taxa de natalidade e fecundidade e do número de casamentos, e a tendência oposta de crescimento dos casamentos não católicos e dos nascimentos fora do casamento por 100 nados-vivos (quadros 32 e 33).

No entanto, apesar de este período de transformação social, apenas nos dois últimos anos deste período político – 1994 e 1995 – se registam alterações no direito da família e das crianças. É criado, em 1994, com o objetivo de simplificar os procedimentos, incluir a participação da Segurança Social e clarificar os requisitos de facilitar o crescimento do número de adoções como solução para as crianças sem família ou dela retiradas judicialmente, o novo regime de adoção, com o Decreto-Lei n.º 227/94, de 8 de setembro. Seguem-se, em 1995, outras duas modificações importantes: por um lado, o Decreto-Lei n.º 163/95, de 13 de julho, inicia o processo de desjudicialização do divórcio, já que este diploma atribui às Conservatórias do

⁴¹⁶Estiveram no poder os VI a X Governos Constitucionais (liderados por: Sá Carneiro – VI Governo; Pinto Balsemão – VII Governo; Mário Soares – IX Governo; e Cavaco Silva – X Governo).

⁴¹⁷ Seguiram-se os XI e XII Governos Constitucionais, durante o período compreendido entre 1987 e 1995, que foram liderados por Cavaco Silva (Partido Social Democrata).

Registo Civil competência para, paralelamente aos tribunais, decretarem o divórcio por mútuo consentimento no caso de casais sem filhos menores; por outro lado, a Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, introduz a opção do exercício comum do poder paternal.

Ao terminar este ciclo político, o governo de então, com estas alterações legais pretendeu responder com a desjudicialização do processo de divórcio por mútuo consentimento, como uma medida de descongestionamento dos tribunais, em que a procura e as pendências cresciam “explosivamente”, e cujos dois principais litígios que procuravam a justiça cível eram as cobranças de dívidas e os processos de divórcio. Assim, em simultâneo com a criação da injunção para responder ao crescimento da cobrança de dívidas e as retirar para um mecanismo parajudicial – à época com insucesso – foi iniciado o processo de desjudicialização do divórcio por mútuo consentimento, com o fundamento que era um litígio de fraca intensidade ou sem conflito, que só ia a tribunal por ser legalmente obrigatório⁴¹⁸.

A possibilidade legal de os pais, quando separados, exercerem em comum o poder paternal é uma resposta ao já analisado crescimento dos divórcios e do nascimento de filhos de pais não casados, em simultâneo com o que o interesse superior da criança justificava.

A outra medida de agilização e simplificação da adoção vai no mesmo sentido de que o interesse superior da criança é ter direito a uma família, ou seja, a “um colo”, e de que é uma medida que responde às necessidades de um grupo de crianças em risco. Esta fundamentação e consciencialização foi-se generalizando, de um certo modo consensualmente, desde meados dos anos oitenta, com o trabalho de reflexão efetuado no Centro de Estudos Judiciários e nas ONGs que têm como objeto a promoção e a defesa dos direitos das crianças⁴¹⁹.

3.6.3 A reforma do reconhecimento das crianças como sujeitos de direitos, das uniões de facto e a continuação da simplificação e desjudicialização (1998 a 2001)

⁴¹⁸ Estas medidas seguem-se à divulgação, em 1994, no Centro de Estudos Judiciários, da primeira versão do relatório sobre a administração da justiça em Portugal (Santos *et al.*, 1994), em que se diagnosticava o estado de colonização dos Tribunais pela cobrança de dívidas e a importância dos litígios aparentes, em que só iam a Tribunal por obrigação legal. Este relatório veio a assumir uma versão de livro em Santos *et al.*, 1996.

⁴¹⁹ Não podemos ignorar a relevância do facto de o Ministro da Justiça de então, Laborinho Lúcio, ser desde sempre, juntamente com Armando Leandro – Diretor do CEJ à época e hoje Presidente da Comissão Nacional de Proteção das Crianças e Jovens em Risco – um animador desse movimento de promoção dos direitos das crianças.

É, todavia, o período político que se inicia em 1996⁴²⁰, com a realização de diversos relatórios de diagnóstico e reflexão⁴²¹, que regista um maior número de alterações legislativas na área objeto de estudo, introduzindo em 1998 modificações aos regimes de adoção, investigação da maternidade e paternidade e divórcio. É ainda durante este período que são instituídos dois regimes relevantes na área dos direitos das crianças e jovens: a Lei de Promoção e Proteção, dos direitos das crianças em perigo, e a Lei Tutelar Educativa. É também, em 2001, que são regulamentados os regimes de proteção das pessoas a viver em economia comum e em união de facto (hetero e homossexual). E é, ainda, em 2001, que é atribuída competência decisória exclusiva às Conservatórias do Registo Civil nos casos de separação e divórcio por mútuo consentimento e ao Ministério Público para decidir questões como autorizações e suprimentos de consentimento relativamente a crianças (Decreto-Lei 272/2001).

Ora, os dados mais relevantes sobre a sociedade portuguesa e a família dão-nos que em 2001, por um lado, a condição socioeconómica das mulheres portuguesas melhorou substancialmente com um aumento da taxa de atividade e da escolaridade feminina, associada a um contexto social de níveis de escolaridade e rendimento disponível das famílias mais elevados (quadros 32 e 33). Por outro lado, ainda, que a maioria das famílias portuguesas continue a ser famílias nuclear com filhos, não é de menosprezar a relativamente baixa taxa de nupcialidade, em especial de casamentos católicos, e o aumento da taxa de divórcio, em relação a períodos anteriores, e a consolidação da tendência de decréscimo da taxa de natalidade e fecundidade.

Assim, as mutações legais ocorridas respondem a transformações de natureza diferente. A alteração da legislação da adoção em 1998 e a reforma do denominado direito de menores, aprovado em 1999 e entrado em vigor em 2001, representam, como primeira tendência, uma reforma profunda da lei e do discurso jurídico ao colocarem as crianças e o seu superior interesse como sujeitos de direitos, em consonância com um movimento difuso dos profissionais (do direito, psicologia, serviço social, médicos) e da comunidade, já referido, e, que se iniciou no período

⁴²⁰Liderado por António Guterres (XIII e XIV Governos Constitucionais, de 1995 a 2002, conduzido pelo Partido Socialista).

⁴²¹Tais como: 1º Relatório da Comissão para a reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas; Relatório Final, sobre o Direito de Menores, da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas; Relatório da Comissão Interministerial para o Estudo da Articulação entre os Ministérios da Justiça e da Solidariedade e Segurança Social; Relatório do Grupo de Trabalho para o Estudo das Questões Relativas à Criança em Risco.

anterior, no sentido de colocar na agenda política, de modo central ao direito da família, a questão dos direitos das crianças.

Como segunda tendência e resultante da ação política de um conjunto de deputados do Partido Socialista, na altura designados de fraturantes⁴²², com o apoio da maioria parlamentar de esquerda, e um pouco à revelia do governo de então, consagrou-se o reconhecimento jurídico, em 2001, das uniões de facto, sejam homo ou heterossexuais.

A terceira tendência deste período é a continuação da desjudicialização, em resposta à necessidade de descongestionamento dos tribunais, de todos os “falsos litígios” na área da família e das crianças, ou seja, em matérias que o tribunal tinha funções predominantemente certificatórias. Assim, foi desjudicializado para o Ministério Público a competência exclusiva em ações de autorização de alienação ou de suprimento de consentimento relativamente ao estado das pessoas ou bens de crianças ou outros incapazes. E, ainda, como se referiu, foi desjudicializada para as Conservatórias do Registo Civil a competência exclusiva – não em paralelo com os tribunais – para as ações de divórcio por mútuo consentimento.

3.6.4 A segunda rotura: publicização do crime de violência doméstica, consagração do regime das responsabilidades parentais e alteração do conceito de casamento

Entre 2002 e 2005 nada aconteceu de relevante em termos de reforma legal na área de direito da família e das crianças⁴²³.

O período de 2005 a 2010⁴²⁴ corresponde a um ciclo político fecundo no que toca a alterações ao direito da família e das crianças, sendo de ressaltar, sobretudo, as alterações relativas à publicização da criminalização da violência doméstica; ao regime do divórcio (através da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, deixando de existir divórcio litigioso e a distinção entre divórcio com e sem culpa); estabelecendo-se o regime das responsabilidades parentais em substituição do poder paternal (com todos os efeitos

⁴²² Este grupo de deputados tinha origem na Juventude Socialista e eram liderados por Sérgio Sousa Pinto, sendo, na defesa dessa legislação, de referir, ainda, Ana Catarina Mendes.

⁴²³ Entre 2002 e 2005 estiveram no poder os XV e XVI Governos Constitucionais, dirigidos pelo Partido Social Democrata, sendo o primeiro liderado por Durão Barroso, que deixou o Governo para ir para a Presidência da Comissão Europeia, sucedendo-lhe Santana Lopes (num processo bastante conturbado da vida política portuguesa, já que não houve eleições e, decorridos apenas cerca de seis meses, o Presidente da República, Jorge Sampaio, veio dissolver o Parlamento). Registam-se, em 2003, através da Lei n.º 31/2003, as alterações ao Código Civil, à Lei de Proteção e Promoção e ao regime de adoção, que unicamente pretendem evitar que as CPJC entreguem crianças a pessoas idóneas para adoção.

⁴²⁴ Com a dissolução do Parlamento houve lugar a novas eleições legislativas, tendo obtido a maioria absoluta o Partido Socialista, liderando José Sócrates o XVII Governo Constitucional (entre 2005 e 2009), a que se seguiu um novo governo, agora com maioria relativa.

que isso acarreta para o estatuto da criança e dos pais); aprovando o novíssimo regime do apadrinhamento civil ou de regulamentação das medidas de proteção das crianças; ou ainda, em dezembro de 2009, o Partido Socialista ter apresentado a ‘polémica’ Proposta de Lei relativa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, que resultou na Lei n.º 9/2010, de 31 de maio.

Neste período, as transformações socioeconómicas significativas na sociedade portuguesa são o aumento da taxa de desemprego e, conseqüentemente, da taxa de risco de pobreza antes das transferências sociais. Já no que toca à evolução sociodemográfica verifica-se a manutenção da tendência de declínio das taxas de nupcialidade e de natalidade e de aumento dos divórcios. A família portuguesa mostra sinais de uma transformação, ainda em curso, associados às mutações socioeconómicas e sociodemográficas ao longo de trinta anos, com o aumento das pessoas sós e dos “casais sem filhos” e das famílias recompostas (quadros 32 e 33).

As transformações ocorridas, neste período, ao nível da publicização do crime de violência doméstica, do regime de responsabilidades parentais e de alteração do conceito de contrato de casamento para permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, constituem, contrariamente às reformas dos dois períodos anteriores de mutação gradual, roturas com o direito da família anterior, em sentido amplo, só comparáveis, anteriormente, em termos simbólicos, com as roturas, já referidas, do período de democratização do direito da família, de 1974 a 1977. Estas mutações dividiram os atores políticos e sociais, como já analisei anteriormente, seguem a tendência europeia e respondem à necessidade de promover a igualdade e os direitos das mulheres. Respondem, ainda, ao novo estatuto de sujeito de direito das crianças e ao crescimento dos filhos fora de um casamento e da existência de pais – que tenham sido casados ou não – separados, que pretendem exercer em conjunto as responsabilidades parentais. Por último, consideram a importância social e política das novas conjugalidades que, embora ainda minoritárias, pretendem ter os mesmos direitos que uma denominada família clássica (quadros 32 e 33).

Uma outra rotura decorre de um maior tolerância e política inclusiva para com estrangeiros e imigrantes, ao permitir a aquisição de nacionalidade portuguesa pelo casamento, união de facto e adoção.

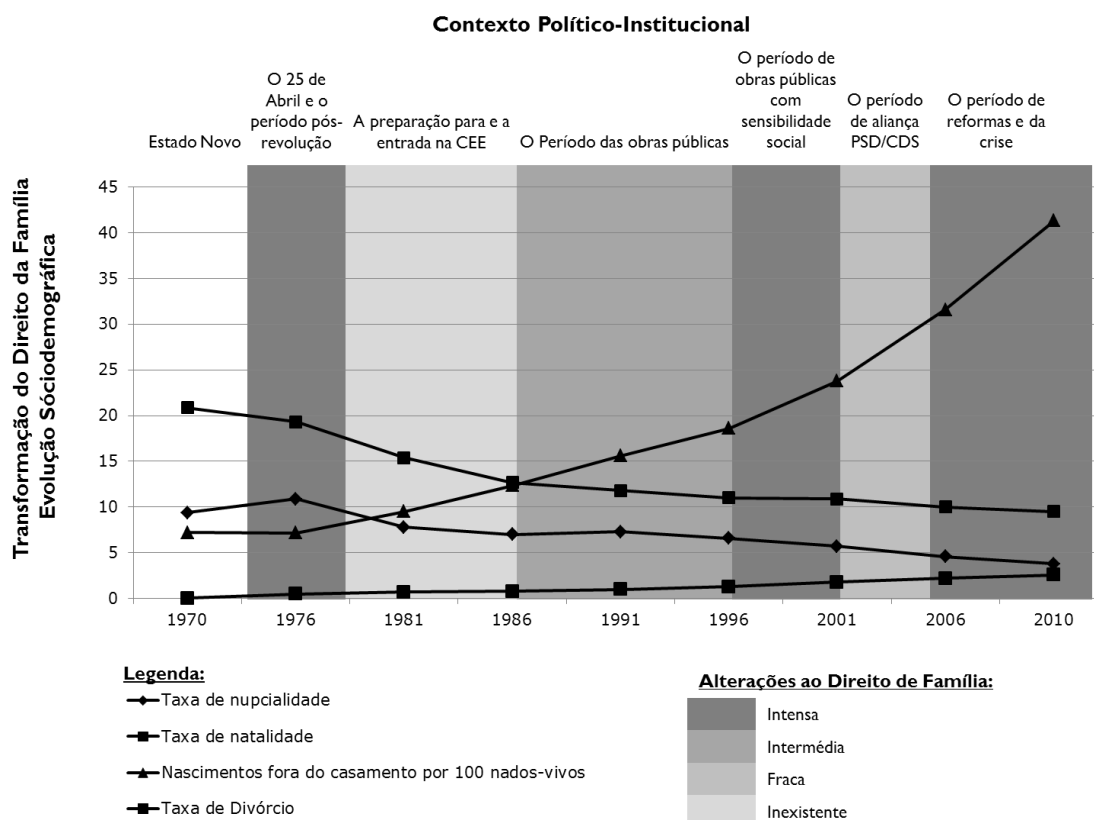
As outras alterações legais ocorridas relativas à criação do regime jurídico do apadrinhamento civil e do regime de execução do acolhimento familiar e das medidas

de proteção de crianças e jovens em perigo, em meio natural de vida, são, em período de rotura, uma continuidade do desenvolvimento de um direito das crianças iniciado, pelo menos, com a legislação de 2001.

3.6.5 A centralidade da ação pública e da ação política na transformação do direito da família em Portugal

Da análise efetuada resulta que existiram três períodos de intensa transformação do direito da família em Portugal, o período de 1974 a 1977, com a consagração do princípio da igualdade e de democratização do direito da família, o período de 1998 a 2001, com o reconhecimento, pelo direito português, das crianças como sujeitos de direito e de reconhecimento das uniões de facto, e o período de 2006 a 2010, em que ocorreu a publicização do crime de violência doméstica, a consagração do regime das responsabilidades parentais e a alteração do conceito de casamento (gráfico II).

Gráfico II – Contexto político-institucional, transformações do direito da família e a evolução sociodemográfica em Portugal, 1975-2010



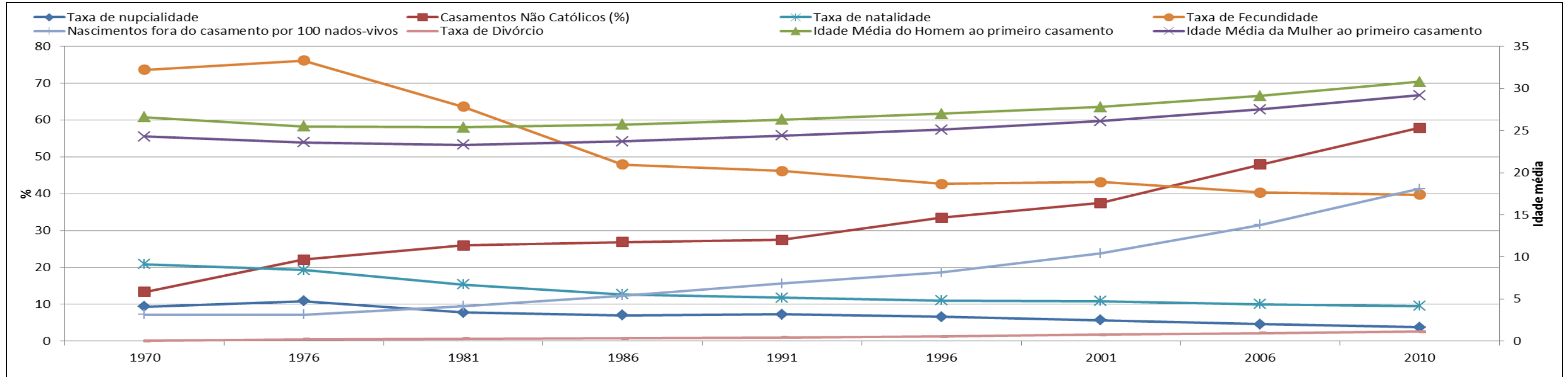
Estas mutações ocorridas no direito da família e das crianças interpenetram a transformação social e económica da família portuguesa e a ação, que se torna preponderante, da esfera política, na luta pelo respeito dos princípios de igualdade e da

não discriminação dentro da família. Essa ação da esfera política decorreu de movimentos de ação pública (Commaille, 2009), com origem na comunidade (ONGs) e no Estado, no primeiro período (1974 a 1977), em defesa da igualdade e democracia na família e de luta contra a discriminação. No segundo (1998 a 2001) e terceiro (2006 a 2010) períodos, essa ação pública centrou-se na promoção dos direitos das crianças, na não discriminação em função da opção de conjugalidade e da orientação sexual e de defesa das vítimas de violência doméstica.

A esta ação pública juntou-se a ação dos governos e do parlamento, tendo ocorrido durante períodos de governação do partido socialista e da maioria política na Assembleia da República dos partidos de esquerda (PS, PC, Verdes e mais recentemente do Bloco de Esquerda), por serem períodos em que se puderam formar consensos políticos tendentes às referidas mudanças.

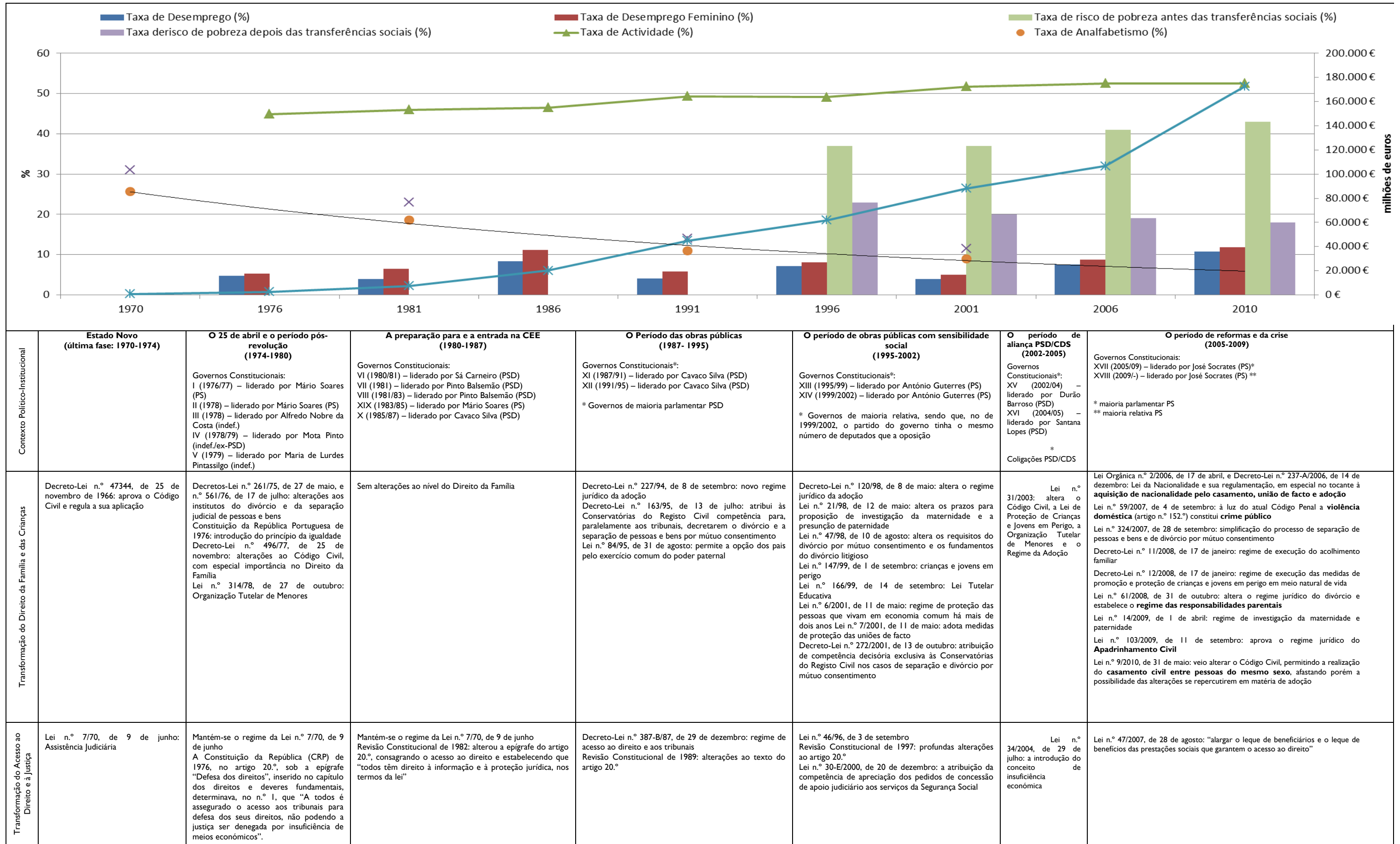
Das mudanças ocorridas no direito da família, a alteração da regulação das responsabilidades parentais é aquela que mais diretamente responde às necessidades de transformação social da família, decorrente do aumento dos divórcios, do nascimento de crianças fora do casamento, das famílias recompostas e das famílias monoparentais (quadros 32 e 33). As outras importantes mudanças, supra-identificadas, decorreram, assim, e, ainda bem, por impulso da ação pública e da ação política governamental e parlamentar, dos ciclos políticos e das suas agendas, determinadas pela defesa desses princípios e, ainda, pela legitimação do governo do partido socialista junto do eleitorado mais comprometido com as lutas pelo respeito da dignidade humana e das novas conjugalidades. Assim, ao longo do período referido (1974-2010) há uma centralidade da vontade de mudança política e das ações político-institucionais como aceleradoras da transformação do direito da família e das crianças (gráfico 11).

Quadro 32 – Evolução Sociodemográfica e a Transformação do Direito da Família e do Acesso à Justiça em Portugal, 1970 a 2010



Contexto Político-Institucional	Transformação do Direito da Família e das Crianças	Transformação do Acesso ao Direito e à Justiça
<p>Estado Novo (última fase: 1970-1974)</p> <p>O 25 de abril e o período pós-revolução (1974-1980)</p> <p>Governos Constitucionais:</p> <p>I (1976/77) – liderado por Mário Soares (PS)</p> <p>II (1978) – liderado por Mário Soares (PS)</p> <p>III (1978) – liderado por Alfredo Nobre da Costa (indef.)</p> <p>IV (1978/79) – liderado por Mota Pinto (indef./ex-PSD)</p> <p>V (1979) – liderado por Maria de Lurdes Pintassilgo (indef.)</p>	<p>Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966: aprova o Código Civil e regula a sua aplicação</p> <p>Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de maio, e n.º 561/76, de 17 de julho: alterações aos institutos do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens</p> <p>Constituição da República Portuguesa de 1976: introdução do princípio da igualdade</p> <p>Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro: alterações ao Código Civil, com especial importância no Direito da Família</p> <p>Lei n.º 314/78, de 27 de outubro: Organização Tutelar de Menores</p>	<p>Lei n.º 7/70, de 9 de junho: Assistência Judiciária</p>
<p>A preparação para e a entrada na CEE (1980-1987)</p> <p>Governos Constitucionais:</p> <p>VI (1980/81) – liderado por Sá Carneiro (PSD)</p> <p>VII (1981) – liderado por Pinto Balsemão (PSD)</p> <p>VIII (1981/83) – liderado por Pinto Balsemão (PSD)</p> <p>XIX (1983/85) – liderado por Mário Soares (PS)</p> <p>X (1985/87) – liderado por Cavaco Silva (PSD)</p>	<p>Sem alterações ao nível do Direito da Família</p>	<p>Mantém-se o regime da Lei n.º 7/70, de 9 de junho</p> <p>Revisão Constitucional de 1982: alterou a epígrafe do artigo 20.º, consagrando o acesso ao direito e estabelecendo que "todos têm direito à informação e à proteção jurídica, nos termos da lei"</p>
<p>O Período das obras públicas (1987- 1995)</p> <p>Governos Constitucionais*:</p> <p>XI (1987/91) – liderado por Cavaco Silva (PSD)</p> <p>XII (1991/95) – liderado por Cavaco Silva (PSD)</p> <p>* Governos de maioria parlamentar PSD</p>	<p>Decreto-Lei n.º 227/94, de 8 de setembro: novo regime jurídico da adoção</p> <p>Decreto-Lei n.º 163/95, de 13 de julho: atribui às Conservatórias do Registo Civil competência para, paralelamente aos tribunais, decretarem o divórcio e a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento</p> <p>Lei n.º 84/95, de 31 de agosto: permite a opção dos pais pelo exercício comum do poder paternal</p>	<p>Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de dezembro: regime de acesso ao direito e aos tribunais</p> <p>Revisão Constitucional de 1989: alterações ao texto do artigo 20.º</p>
<p>O período de obras públicas com sensibilidade social (1995-2002)</p> <p>Governos Constitucionais*:</p> <p>XIII (1995/99) – liderado por António Guterres (PS)</p> <p>XIV (1999/2002) – liderado por António Guterres (PS)</p> <p>* Governos de maioria relativa, sendo que, no de 1999/2002, o partido do governo tinha o mesmo número de deputados que a oposição</p>	<p>-Lei n.º 120/98, de 8 de maio: altera o regime jurídico da adoção</p> <p>Lei n.º 21/98, de 12 de maio: altera os prazos para proposição de investigação da maternidade e a presunção de paternidade</p> <p>Lei n.º 47/98, de 10 de agosto: altera os requisitos do divórcio por mútuo consentimento e os fundamentos do divórcio litigioso</p> <p>Lei n.º 147/99, de 1 de setembro: crianças e jovens em perigo</p> <p>Lei n.º 166/99, de 14 de setembro: Lei Tutelar Educativa</p> <p>Lei n.º 6/2001, de 11 de maio: regime de proteção das pessoas que vivam em economia comum há mais de dois anos</p> <p>Lei n.º 7/2001, de 11 de maio: adota medidas de proteção das uniões de facto</p> <p>Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro: atribuição de competência decisória exclusiva às Conservatórias do Registo Civil nos casos de separação e divórcio por mútuo consentimento</p>	<p>Lei n.º 46/96, de 3 de setembro</p> <p>Revisão Constitucional de 1997: profundas alterações ao artigo 20.º</p> <p>Lei n.º 30-E/2000, de 20 de dezembro: a atribuição da competência de apreciação dos pedidos de concessão de apoio judiciário aos serviços da Segurança Social</p>
<p>O período de aliança PSD/CDS (2002-2005)</p> <p>Governos Constitucionais*:</p> <p>XV (2002/04) – liderado por Durão Barroso (PSD)</p> <p>XVI (2004/05) – liderado por Santana Lopes (PSD)</p> <p>* Coligações PSD/CDS</p>	<p>Lei n.º 31/2003: altera o Código Civil, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, a Organização Tutelar de Menores e o Regime da Adoção</p>	<p>Lei n.º 34/2004, de 29 de julho: a introdução do conceito de insuficiência económica</p>
<p>O período de reformas e da crise (2005-2009)</p> <p>Governos Constitucionais:</p> <p>XVII (2005/09) – liderado por José Sócrates (PS)*</p> <p>XVIII (2009/-) – liderado por José Sócrates (PS) **</p> <p>* maioria parlamentar PS</p> <p>** maioria relativa PS</p>	<p>Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de abril, e Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro: Lei da Nacionalidade e sua regulamentação, em especial no tocante à aquisição de nacionalidade pelo casamento, união de facto e adoção</p> <p>Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro: à luz do atual Código Penal a violência doméstica (artigo n.º 152.º) constitui crime público</p> <p>Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro: simplificação do processo de separação de pessoas e bens e de divórcio por mútuo consentimento</p> <p>Decreto-Lei n.º 11/2008, de 17 de janeiro: regime de execução do acolhimento familiar</p> <p>Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de janeiro: regime de execução das medidas de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo em meio natural de vida</p> <p>Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro: altera o regime jurídico do divórcio e estabelece o regime das responsabilidades parentais</p> <p>Lei n.º 14/2009, de 1 de abril: regime de investigação da maternidade e paternidade</p> <p>Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro: aprova o regime jurídico do Apadrinhamento Civil</p> <p>Lei n.º 9/2010, de 31 de maio: veio alterar o Código Civil, permitindo a realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, afastando porém a possibilidade das alterações se repercutirem em matéria de adoção</p>	<p>Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto: "alargar o leque de beneficiários e o leque de benefícios das prestações sociais que garantem o acesso ao direito"</p>

Quadro 33 – Evolução Socioeconómica e a Transformação do Direito da Família e do Acesso à Justiça em Portugal, 1970 a 2008



4 A mudança não basta: o direito da família e das crianças necessita de efetividade – o mapa dos meios de acesso ao direito e à justiça (o Estado, o mercado e a comunidade)

A transformação da família e do direito da família e das crianças, que analisei, também tem de significar a sua democratização substantiva, e, conseqüentemente, a correspondente mutação dos meios de acesso ao direito e à justiça de modo a que todos(as) possam ter consciência e exercer os seus direitos e deveres. Sem a mutação e a construção de meios efetivos de acesso ao direito e à justiça, o direito da família e das crianças não será efetivo e não contribuirá para um aprofundamento da cidadania individual e coletiva.

Assim, o estudo das mutações do direito da família e das crianças exige que se reflita, por um lado, sobre as condições da sua efetividade, do seu exercício e, conseqüentemente, se analise se as transformações nos meios de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças são adequados ou suficientes para acompanhar as transformações anteriormente enunciadas, de modo a garantir a sua efetividade e uma vivência mais democrática nas nossas famílias e na nossa sociedade. Por outro lado, há que mapear as instâncias judiciais e não judiciais de resolução de conflitos da família existentes, em Portugal, como parte integrante desses meios, de modo a que a oferta de justiça se adeque às necessidades e não reprima a procura, facilitando o referido acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. As mutações do direito da família e das crianças e a sua efetividade estão, assim, diretamente relacionados com a transformação dos meios de acesso ao direito e á justiça e a conseqüente mutação do sistema judicial e não judicial de resolução de conflitos da família e das crianças.

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 (cf. capítulo VIII). Ao mesmo tempo, esta tendência é acompanhada, também como se referiu, por uma desjuridificação das relações familiares e uma desjudicialização dos seus litígios. O processo de desjudicialização, surgido com o propósito de adaptar a justiça formal ao carácter íntimo e pessoal das matérias familiares (e, também, de descongestionar os tribunais), tem também o efeito

“perverso” de desritualizar a justiça e de poder induzir as partes em erro sobre os objetivos reais das ‘conversas’ que terão com o juiz “no seu gabinete”, ou com o MP, ou ainda, com os mediadores, conversas que não são mais, por vezes, do que verdadeiros julgamentos com força executória (Meulders-Klein, 1999: 562/563). A justiça “não judicial”, quando as partes se encontram numa relação de poder desigual, tem tendência para se transformar numa “mediação repressiva” (Santos, 1982) em desfavor do mais vulnerável.

Ora, neste contexto de relações sociais de poder, de felicidade e de sofrimento, há que mapear os meios de resolução dos conflitos de família e das crianças. O estudo que tenho vindo a efetuar permite representar – quadro 34 – as estruturas e os atores, que existem atualmente, em Portugal, em ação, no âmbito do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, no qual se incluem as instâncias de resolução de conflitos. Como se pode constatar, os meios de acesso não se limitam ao sistema do apoio judiciário, analisado nos capítulos V e VI, mas existem também, sob outras formas, no Estado, na comunidade, no mercado e em formas híbridas, como se analisará nos capítulos VIII, IX e X.

Quadro 34 – Mapa da estrutura/atores da rede/sistema do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças em Portugal

Espaços/regulação	Prestações			
	Informação jurídica	Consulta jurídica	Patrocínio	Resolução de litígios
Comunidade	Associações informais e formais ONGs Terceiro setor	Advogados e/ou Solicitadores de associações informais e formais; ONGs Terceiro setor	Advogados e/ou Solicitadores destas Associações	Terapia familiar/Conciliação e Mediação informal Terceiras partes informais
Mercado	Advogados e Solicitadores Juristas/técnicos de apoio à família Seguros	Advogados e Solicitadores Advogados de seguros	Advogados e Solicitadores Advogados de seguros	Terapia familiar/Conciliação e Mediação (privada)
Estado	Administração pública (ex. Segurança Social, CIG, ACIDI, etc.) Ministério Público Provedoria de Justiça	Autarquias (advogados) Ministério Público (interesse superior da criança)	Ministério Público (interesse superior da criança)	Sistema público de Mediação Familiar Tribunais (comuns e especializados) Ministério Público Conservatórias do registo civil
Estado em parceria	Gabinete de Consulta Jurídica CPCJ Estado e Associações	Gabinete de Consulta Jurídica Nomeação de advogados (apoio judiciário)	Advogados (patrocínio oficioso, nomeados pela AO – apoio judiciário)	CPCJ

Fonte: Adaptado de Pedroso e Branco (2008)

Com vista a analisar o sistema ou a rede de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, construiu-se o “mapa” (quadro 34) de estruturas e atores, com recurso, aos conceitos de espaços de produção do direito (Santos, 1995: 411-455) e aos princípios de regulação política (Ferreira, 2005), analisando os atores que prestam informação jurídica, consulta jurídica, patrocínio e resolução de litígios, judicial e não judicial, nos espaços/princípios de regulação política da comunidade, mercado, Estado e “Estado em parceria” (ou seja, em que o Estado interpenetra e articula outros espaços/princípios, para, através de parcerias, prestar um melhor serviço público)⁴²⁵.

A análise deste quadro 34, permite afirmar que estamos perante um pluralismo dos meios de acesso ao direito e à justiça e 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 Público⁴²⁶; pelos mecanismos formais estaduais assentes no Ministério Público, no Sistema de Mediação Familiar, e Conservatória do Registo Civil; como, ainda, das Comissões de proteção de crianças e jovens, provenientes da parceria do Estado com a comunidade, e, por último, os meios disponíveis na comunidade e no mercado, ou seja o recurso a terceiras partes informais (amigo, padre, etc.) (Santos *et al.*, 1996).

4.1 A rede de atores públicos

4.1.1 A informação e consulta jurídica: a ação do Estado

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

⁴²⁵ 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

⁴²⁶ Fora deste Mapa ficam os mecanismos formais não estaduais da terapia familiar/conciliação/mediação, provenientes do mercado e da comunidade; e ainda os mecanismos informais, provenientes quer do mercado, quer da comunidade, através da ação dos advogados/solicitadores e/ou dos vizinhos e membros da família alargada, atuando por autocomposição assistida por terceiro e mesmo por autocomposição do conflito pelas próprias partes, sem recurso a qualquer instância mediadora.

Mas, antes de ter qualquer intervenção processual, o Ministério Público presta um importante serviço de atendimento e de informação aos utentes. A sua boa distribuição geográfica tem como consequência a existência de um sistema de informação em matéria de defesa do interesse superior das crianças que abrange todo o território. Para além disso, este sistema de informação é gratuito, acessível e célere, desempenhando o Ministério Público um importante papel de articulação entre as várias entidades públicas que operam ao nível do sistema de acesso ao direito e à justiça, de interface entre os cidadãos e os tribunais e todas as instâncias de promoção dos direitos das crianças.

A par do Ministério Público surgem outros atores do Estado de relevo, tais como os serviços de Segurança Social, que, como se escreveu, têm, desde 2000, a atribuição de decidir os pedidos de concessão de apoio judiciário, e que prestam informação jurídica, pelo menos sobre o acesso ao regime de apoio judiciário e sobre a promoção dos direitos das crianças. Há, ainda, a considerar outros serviços do Estado, como a CIG – Comissão para Igualdade e Cidadania de Género –, o ACIDI – Alto Comissariado para a Integração e Diálogo Intercultural –, a Provedoria de Justiça, que têm serviços de atendimento aos cidadãos e prestam informação jurídica (e encaminhamento), respetivamente sobre a igualdade de género, promoção dos direitos das mulheres e proteção das vítimas de violência doméstica, sobre os direitos dos imigrantes e, ainda, sobre os direitos das crianças e recomendações sobre o funcionamento da administração (cf. capítulos VIII, IX e X).

4.1.2 Os meios estaduais de resolução de conflitos da família e das crianças: os tribunais, o Ministério Público, as conservatórias do registo civil e o Serviço de Mediação Familiar

4.1.2.1 Os tribunais: a justiça da família e das crianças de competência genérica e de 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, onde temos uma justiça da família e das crianças administrada por juízes de

competência especializada⁴²⁷. Nas restantes comarcas continua-se a aplicar a Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, pelo que, em determinadas áreas do território português, nos termos constitucionais (art. 211.º, da CRP), tem-se, em ação, tribunais de competência genérica e, noutros “territórios”, temos tribunais de competência especializada. A justiça da família e das crianças constitui-se, assim, em dois “territórios” e duas justiças de família, que serão estudadas no capítulo VIII.

4.1.2.2 O Ministério Público: o alargamento das suas competências – de promotor a articulador e a decisor

A resolução de litígios e a administração da justiça nas questões da família e das crianças, não se esgota, como se referiu, na ação dos tribunais. Nesse sentido, é necessário considerar, como se referiu, o movimento de desjudicialização⁴²⁸ que transferiu determinadas competências e procedimentos “das mãos” dos juizes para a titularidade dos magistrados do Ministério Público. Assim, nesta área, o MP, para além de promover a defesa do superior interesse da criança e representar os incapazes, enquanto interesse público a prosseguir pelo Estado – coletividade e ente soberano, garante dos direitos dos cidadãos – tem competência para atuar, ainda, no âmbito da atividade das CPCJ⁴²⁹ e da resolução de litígios de família (artigos 3.º e 5.º, do Estatuto do Ministério Público, Lei n.º 60/98, de 27 de agosto).

A Lei n.º 147/99, de 1 de setembro (LPCJP) aprovou um “novo” estatuto para a ação do MP, na promoção e proteção dos direitos das crianças em perigo, que pode

⁴²⁷ Nos termos da Constituição da República e da Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, os Tribunais podem dividir-se em competência genérica, especializada e específica (artigos 211.º CRP), sendo que nos termos do artigo 22.º da Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto, os tribunais de comarca desdobram-se em 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 (artigo 78.º da Lei n.º 3/99). A competência dos Tribunais de Família e de Menores está consagrada nos artigos 81.º a 84.º, da Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro (competência relativa a cônjuges e ex-cônjuges, competência relativa a menores e filhos maiores e competência para decretar medidas relativas a “menores vítimas” e inadaptados e que praticam actos qualificados como crime – dos 12 aos 16 anos), bem como nos artigos 114.º a 117.º, da Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto (competência relativa ao estado das pessoas e família – artigo 114.º, competência relativa a menores e filhos maiores – artigo 115.º - e competências em matéria tutelar educativa e de proteção – artigo 116.º).

⁴²⁸ Pedroso *et al.* (2002: 29) distingue informalização de desjudicialização, sendo que a justiça informal surge da comunidade e a desjudicialização, ou seja, a “resolução alternativa de litígios”, tem origem na transferência de competências dos Tribunais para entidades administrativas ou da comunidade, ou de parceria entre o Estado e a Comunidade. Para a análise do mapa completo do sistema de resolução dos conflitos de família e das crianças, incluindo os meios de resolução com génese no Estado, no mercado, na comunidade e de parceria entre o Estado e a comunidade, cf. Pedroso, Branco e Casaleiro, 2010.

⁴²⁹ Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, considera-se que a “intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo”.

intervir por legitimidade própria (v.g. encaminhamento para adoção – art.º 68.º, al. a, LPCJP) ou, ainda, uma dupla dimensão prevista de forma bastante clara na exposição de motivos da LPCJP⁴³⁰: acompanha a legalidade e o mérito das deliberações tomadas pelas CPCJ “suscitando quando entender necessário, a respetiva apreciação judicial, podendo ainda estar presente nas reuniões e dar pareceres quando entender oportuno” e “é ainda o garante da boa articulação das comissões de proteção com os tribunais e do funcionamento harmónico do regime de promoção de direitos e proteção das crianças e jovens em perigo”⁴³¹.

O Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, veio atribuir novas competências ao Ministério Público⁴³², em sede de litígios da família e crianças, atribuindo-lhe competências de decisão em processos que anteriormente eram da competência decisória de magistrados judiciais. Assim, são da competência exclusiva do Ministério Público (art.º 2.º): as decisões relativas a pedidos de suprimento do consentimento, sendo a causa de pedir a incapacidade ou a ausência da pessoa; autorização para a prática de atos pelo representante legal do incapaz, quando legalmente exigida; e autorização para a alienação ou oneração de bens do ausente, quando tenha sido deferida a curadoria provisória ou definitiva⁴³³.

4.1.2.3 A resolução alternativa de litígios: a mediação familiar⁴³⁴

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

⁴³⁰ Cf. Carmo (2002: 136 e ss.).

⁴³¹ Relativamente às suas competências em matéria de Lei Tutelar Educativa, compete designadamente ao MP dirigir o inquérito, podendo decidir o seu arquivamento ou promover a sua continuidade através de processo judicial.

⁴³² As ações de investigação oficiosa da paternidade sempre foram competência do Ministério Público (artigo 1864.º do Código Civil).

⁴³³ 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.

⁴³⁴ O Estado – julgados de paz – e o Estado e a comunidade – centros de arbitragem – tem já em funcionamento outro meio de RAL, que não tem competência em matéria de conflitos da família e das crianças.

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

O Sistema Público de Mediação Familiar, no atual modelo, surgiu recentemente (em 2007) como uma nova forma de resolver os conflitos de família⁴³⁵. É um serviço promovido pelo Ministério da Justiça, que desenvolve a sua atividade no âmbito da resolução extrajudicial de conflitos familiares, apresentando-se como uma forma informal, flexível, voluntária e confidencial que promove a aproximação entre as partes em litígio e as apoia na tentativa de encontrar um acordo.

Os mediadores familiares deslocam-se aos locais onde seja mais prático realizar as sessões de mediação, podendo estas realizar-se em espaços públicos (salas cedidas por municípios, freguesias, Julgados de Paz, entre outros) ou privados que se considerem adequados (associações e instituições de solidariedade social). A mediação familiar permite, em Portugal, mediar os seguintes tipos de conflitos: a) Regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício do poder paternal; b) Divórcio e separação de pessoas e bens; c) Conversão da separação de pessoas e bens em divórcio; d) Reconciliação de cônjuges separados; e) Atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos; f) Privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge; ou g) Autorização do uso do apelido do ex-cônjuge ou da casa de morada de família.

4.1.2.4 As Conservatórias do Registo Civil: a transferência de competências

Através do Decreto-Lei n.º 272/2001⁴³⁶, 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

⁴³⁵ Antes do início do processo de divórcio a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar, nos termos previstos na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

⁴³⁶ Cf. os artigos 5.º a 15.º do citado diploma.

autorização de apelidos de atual ou anterior cônjuge e a conversão da separação em divórcio, quando se verifique ser a vontade das partes conciliável e sendo efetuada a remessa para efeitos de decisão judicial sempre que se constate existir oposição de qualquer interessado. Passaram ainda a ser decididos pelo conservador de registo civil os processos de reconciliação de cônjuges separados, aos quais, por natureza, não corresponde uma situação de litígio. E passou a ser da competência exclusiva da conservatória do registo civil a dissolução do casamento em caso de divórcio por mútuo consentimento (artigo 14.º).⁴³⁷

4.2 O apelo à parceria, ao mercado e à comunidade

4.2.1 A informação, consulta jurídica e apoio judiciário

O Estado, de modo a cumprir a sua obrigação constitucional de garantir um sistema de acesso ao direito e à justiça, para além de recorrer à administração pública (Instituto da Segurança Social, CIG) e à ação do Ministério Público, também tem vindo a desenvolver parcerias para o desenvolvimento do sistema de apoio judiciário. Assim, como se referiu, o Estado (Ministério da Justiça e Segurança Social) financia e concede a prestação social de apoio judiciário, mas contratualiza com a Ordem dos Advogados, a seleção, gestão e nomeação de patrono oficioso (artigo 30.º da Lei n.º 47/2007) no caso de o pedido de apoio judiciário ser deferido pela Segurança Social. Para além disso, a Ordem dos Advogados devia ter, nos termos da lei, em funcionamento Gabinetes de Consulta Jurídica (GCJ), onde os cidadãos podem dirigir-se e pedir informação e consulta jurídica sobre a defesa dos seus direitos e interesses. No entanto, como se analisará no capítulo IX, a maioria dos GCJ tem a atividade suspensa, por falta de protocolo de financiamento com o Ministério da Justiça.

No plano da comunidade, devem ainda ser mencionadas as organizações não governamentais que fornecem informação jurídica e encaminhamento para as entidades e instâncias competentes (MP, apoio judiciário, etc.) em diversas áreas ligadas à família e às crianças, como é o caso das ONGs ligadas ao apoio às vítimas, em especial as

⁴³⁷A 18 de Julho de 2010 (artigo 87.º, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 1/2010, de 15 de janeiro, já que na anterior redação esta lei entraria em vigor em 18 de janeiro de 2010) passou também a ser formalmente da competência das conservatórias do registo civil (bem como dos cartórios notariais) o processo de inventário, nos termos consagrados pela Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho. Ainda que este regime esteja em vigor não se encontra ainda a ser aplicado por “instrução” do Ministério da Justiça. Assim, é da competência das conservatórias do registo civil efetuar as diligências do processo de inventário, ainda que o juiz⁴³⁷ tenha o controlo geral de todo o processo (artigo 3.º, 4.º e 6.º). Este regime tem sido objeto de variadíssimas críticas. Ver, em especial, o artigo de opinião do Bastonário Marinho e Pinto (cf. <http://www.inverbis.net/opiniao/marinhopinto-desjudicializacao.html>).

vítimas de violência doméstica, à promoção e proteção dos direitos das crianças ou às famílias e seus direitos.⁴³⁸

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

4.2.2 As Comissões de proteção de crianças e jovens (CPCJ): uma parceria entre o Estado e a comunidade para a administração da justiça (justiça de proximidade)

A partir da década de sessenta ocorreu, em vários países ocidentais, a transformação dos seus sistemas de promoção dos direitos e proteção das “crianças em risco”. Essa evolução decorreu no sentido de desjudicializar essa intervenção, com um apelo à intervenção da comunidade, evoluindo para sistemas de intervenção, essencialmente, administrativa – Alemanha, Inglaterra, Bélgica, Itália, Canadá, Estados Unidos, Suécia –, em regra centrados em serviços de proteção à infância e juventude organizados no âmbito de uma segurança social estadual, regional ou municipal⁴³⁹. No entanto, em países como a França e a Dinamarca mantêm-se sistemas mistos em que se encontra ainda prevista uma forte componente de intervenção judicial.

Em Portugal, o coração do sistema de proteção está, desde 2001, com a entrada em vigor da Lei n.º 147/99, de 01 de setembro, centrado nas Comissões de proteção de crianças e jovens, com intervenção subsidiária do tribunal se os pais ou representante legal não derem consentimento⁴⁴⁰, a *criança ou jovem com idade igual ou superior a 12 anos* se opuser⁴⁴¹; não exista comissão no município ou na freguesia da respetiva área de residência, ou esta entender que não tem condições de atuação. No entanto, as CPCJ intervêm, também, subsidiariamente, apenas quando as entidades

⁴³⁸ É o caso da APAV, da CrescerSer, da Associação Família e Sociedade, da Pais para Sempre, da UMAR, entre outras.

⁴³⁹ Por todos, confrontar Pedrosa e Fonseca (1999), Clemente (2009) e Torres et al. (2008).

⁴⁴⁰ Artigo 9.º Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP).

⁴⁴¹ Artigo 10.º LPCPJ.

com competência em matéria de infância e juventude não conseguem “*atuar de forma adequada e suficiente a remover o perigo*”⁴⁴²,⁴⁴³ em que crianças e jovens se encontram e *funcionam em modalidade alargada ou restrita*⁴⁴⁴.

As CPCJ encontram-se dotadas de autonomia funcional e *têm competência na área do município onde têm sede*⁴⁴⁵. Uma vez que têm uma natureza interinstitucional e pluridisciplinar, são compostas por um representante do município, um representante da Segurança Social, um representante dos Serviços do Ministério da Educação, um médico, um representante das instituições particulares de solidariedade social, um representante das associações de pais, um representante das associações ou outras organizações privadas que desenvolvam atividades desportivas, culturais ou recreativas destinadas a crianças e jovens, um representante as associações de jovens, um ou dois representantes das forças de segurança, quatro pessoas designadas pela assembleia municipal ou pela assembleia de freguesia, técnicos que venham a ser cooptados pela comissão com formação em serviço social, psicologia, saúde, direito e até cidadão com especial interesse pelos problemas da infância e juventude⁴⁴⁶.

As CPCJ intervêm como um terceiro autónomo e independente na defesa do superior interesse da criança e do jovem em perigo. Ao contrário do mediador que não decide e não julga o conflito de interesses, circunscrevendo-se a sua atividade, em última ratio, à sugestão ou à proposta de soluções, que as partes aceitarão ou não, conforme lhes aprover, as CPCJ decidem qual será a medida aplicada, os termos em que será cumprida e o seu prazo de duração. Esta decisão, para ter valor jurídico necessita do acordo dos pais, representantes legais ou guarda de facto da criança e da não oposição desta, se tiver mais de 12 anos (ou maturidade similar). O legislador, na defesa dos direitos constitucionais de cada um, impôs uma restrição genérica a este acordo, enunciando no número 2 do artigo 55.º que “*não podem ser estabelecidas*

⁴⁴² Artigo 8.º LPCPJ.

⁴⁴³ As entidades com competência em matéria de infância e juventude têm competência circunscrita a determinada área – saúde, educação entre outros sectores – devendo orientar a sua ação para o sector em causa. A sua intervenção é inicial e de primeira linha, estabelecendo o primeiro contacto com as entidades em causa e o jovem, de acordo com a participação direta deste e dos seus pais. É esta logo a primeira ideia que norteia a justiça de proximidade e que faz intervir infantários, escolas, centros de saúde, serviço local de segurança social, entre outros.

⁴⁴⁴ Artigo 16.º LPCJP.

⁴⁴⁵ Artigo 15.º, número 1, LPCJP.

⁴⁴⁶ Artigo 17.º LPCJP. A comissão funciona nas modalidades restrita e alargada. À comissão, na sua modalidade de alargada, compete promover os direitos e prevenir situações de perigo para a criança e jovem devendo portanto, atuar junto da comunidade em que se insere, informando-a dos direitos das crianças e jovens, promover ações e colaborar com entidades competentes tendo em vista a deteção de factos e situações que possam afetar direitos da criança e pôr em causa a sua segurança, saúde e formação, bem como colaborar no diagnóstico e na implementação das respostas sociais necessárias para evitar ou reparar as referidas situações de perigo.

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”.

O artigo 12.º, n.º 1, da LPCJP define a natureza das CPCJ⁴⁴⁷. Assim, “as Comissões de proteção de crianças e jovens (...) são instituições oficiais não judiciárias com autonomia funcional que visam promover os direitos da criança e do jovem e prevenir ou pôr termo a situações suscetíveis de afetar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral”. Parece evidente e claro, por parte do legislador, a classificação das CPCJ como entidades com uma natureza jurídica de *instituição não judicial de administração da justiça*. Desde logo porque, assim, como “Os Tribunais são independentes e estão apenas sujeitos à lei”⁴⁴⁸, também as CPCJ “*deliberam com imparcialidade e independência*”⁴⁴⁹. 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*”⁴⁵⁰ também as CPCJ “*visam promover os direitos da criança e do jovem e prevenir ou pôr termo a situações suscetíveis de afetar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral*”.

No n.º 2, do artigo 12.º, dispõe-se que as CPCJ “*exercem as suas atribuições em conformidade com a lei*”. A competência para resolver litígios, em obediência ao princípio da legalidade, em detrimento da equidade e da discricionariedade, embora fundamentada, bem como de investigar livremente os factos, recolher as provas e promover as diligências que repute necessárias à descoberta da verdade tem como consequência que as CPCJ são uma instância de resolução de conflitos relativos à promoção dos direitos e à proteção das crianças em perigo.

Os Processos de Promoção e Proteção (PPPC), nas CPCJ, estão especificamente previstos nos artigos 93.º e seguintes, da LPCJP, dispondo-se desde logo que as comissões intervêm a solicitação da criança ou do jovem, dos seus pais ou representante legal e por sua própria iniciativa quando tiverem conhecimento da

⁴⁴⁷Quanto à sua natureza jurídica, estamos em crer que as CPCJ não se inserem em nenhuma das figuras típicas do Direito Administrativo. O facto de não deterem património nem órgãos próprios ou poderes de autoridade para intervir sem o consentimento dos familiares ou do menor com mais de doze anos afasta-as das pessoas coletivas públicas. Não são também entidades administrativas independentes porque não têm personalidade jurídica e estão sujeitas a um controle de mérito por parte da Comissão Nacional. Não são igualmente, associações públicas, associações administrativas ou institutos públicos. 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).

⁴⁴⁸ Artigo 203.º da CRP.

⁴⁴⁹ Artigo 12.º, n.º 2 LPCJP.

⁴⁵⁰ Artigo 202.º, n.º 2 da CRP.

situação de perigo.⁴⁵¹ Estão sujeitos a princípios orientadores de entre os quais se destacam “o superior interesse da criança”, a “privacidade” – deve a intervenção ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva pela vida privada, “intervenção mínima” e “proporcionalidade e atualidade” – a intervenção para além de dever ser necessária e adequada à situação de perigo só deve interferir na vida da criança e da família na medida do estritamente necessário⁴⁵².

Parece portanto, que todo este processo que tem em conta princípios fulcrais processuais como o princípio do contraditório⁴⁵³, (respeitado aquando da possibilidade de a família, ou o menor com idade superior a 12 anos poderem não dar o seu consentimento ou manifestarem a sua oposição à medida aplicada pela comissão – artigo 98.º, 2 da LPCJP “a contrario”) princípio da cooperação, princípio da concentração⁴⁵⁴ (verificado no facto de as CPCJ e os tribunais se deverem abster de “ordenar a repetição de diligências já efetuadas”⁴⁵⁵) e princípio da aquisição processual (segundo o qual a verdade processual deve coincidir, tanto quanto possível, com a verdade material). Assim, devido à sua definição, competências, composição, obediência à lei, princípios processuais e procedimentos, as CPCJ não são uma pessoa jurídica de natureza administrativa, mas sim, uma instituição não judicial de administração da justiça e que constitui um meio de justiça de proximidade.

5 Os diferentes tempos das mutações da família, do direito e dos meios de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças

Nas últimas décadas, registam-se tendências comuns de mudança da família na Europa, relacionadas quer com transformações socioeconómicas e culturais, como a urbanização e industrialização, quer com a regulação da família, como a privatização,

⁴⁵¹Após esse conhecimento as CPCJ devem proceder à audição da criança, jovem, pais ou representantes legais, iniciando-se dessa forma o processo, recolhendo-se “informações, diligências e os exames necessários e adequados ao conhecimento da situação, à fundamentação da decisão, à aplicação da respetiva medida e à sua execução” (artigo 97.º, n.º 2 da LPCJP). A decisão será tomada pela comissão restrita arquivando o processo se a situação já não persistir ou aplicando a medida adequada. Após essa decisão os pais, representante legal ou pessoa que tenha a guarda do menor, assim como o menor com idade igual ou superior a 12 anos podem prestar consentimento ou manifestar a não oposição sendo, dessa forma, a decisão reduzida a escrito, tomando a forma de acordo.

⁴⁵² Artigo 4.º da LPCJP.

⁴⁵³ Segundo este princípio a lei oferece a cada parte possibilidade de contestar e controlar a atividade da outra ao longo de todo o processo.

⁴⁵⁴ O princípio da concentração postula que seja feita uma prossecução tanto quanto possível unitária e continuada dos atos processuais que devem desenvolver-se concentradamente no tempo e no espaço.

⁴⁵⁵ Artigo 83.º da LPCJP.

secularização e sentimentalização. Em termos gerais, desde meados da década de 1970, por toda a Europa homens e mulheres têm casado menos e tido menos filhos e em faixas etárias mais avançadas do que as gerações anteriores, bem como têm coabitado e divorciado mais. Porém, o padrão familiar europeu continua a ser a vivência em casal, distinguindo-se, ainda, as famílias pela sua pequena dimensão (uma média de cerca de três pessoas). Foi nos países da Europa setentrional e ocidental que mais cedo se fizeram sentir a maioria das transformações demográficas (redução das taxas de nupcialidade e natalidade, aumento das taxas de divórcio, entre outras) o que, a par das especificidades políticas, culturais e socioeconómicas, se reflete, conseqüentemente, no perfil atual dos seus agregados domésticos, onde se registam as maiores proporções de indivíduos a residirem sozinhos e casais sem filhos e uma maior informalidade nas relações. Por oposição, os países da Europa meridional, onde se inclui Portugal, registam, ainda, as maiores percentagens de indivíduos a viverem com os pais e de casais a viverem com filhos.

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

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

A análise da transformação das famílias 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 afeto; a centralidade afetiva das crianças e da

responsabilização da esfera pública pela socialização e promoção dos direitos das crianças. Consequentemente, verifica-se uma mutação acelerada da regulação jurídica da(s) família(s) nas sociedades ocidentais, cuja análise permite identificar os seguintes eixos principais da mudança do direito de família e das crianças: a consagração do princípio jurídico da igualdade, a democratização da vida familiar e a paridade de género; 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 afeto em detrimento da hierarquia e da tradição; a diminuição da importância da procriação na constituição das famílias; os direitos da criança no centro do novo direito da família; a fragmentação, retração 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.

O quadro que se traçou possibilita estabelecer uma relação entre as mudanças socioeconómicas, as mudanças na família e as mudanças no direito. Verifica-se, assim, que, nos últimos 30 a 40 anos, as grandes mutações no direito da família e das crianças, em Portugal, ocorreram nos seguintes quatro períodos: a) de 1974 a 1978 – (a primeira rotura) a democratização do direito de família; b) de 1994 a 1995 – (a reforma da agilização) a abertura ao processo de desjudicialização do divórcio e de mutação do poder paternal e de adoção; c) de 1998 a 2001 – (a reforma dos direitos das crianças e da desjudicialização) o reconhecimento das crianças como sujeitos de direitos; das uniões de facto e da simplificação e desjudicialização; e d) de 2006 a 2010 – (a segunda rotura) a publicização do crime de violência doméstica, a consagração do regime das responsabilidades parentais e a alteração do conceito de casamento (para possibilitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo). Estas roturas, reformas e continuidades têm uma preponderância da ação política (iniciativa do Governo e/ou da Assembleia da República), conjugada com a “ação pública” entre o Estado e as ONGs de democratização, reconhecimento dos direitos das crianças e das novas conjugalidades.

As mutações do direito da família e das crianças estudadas estão diretamente relacionadas com uma transformação, também nos últimos trinta anos, dos meios de acesso ao direito e à justiça e da necessária mutação do sistema de resolução de conflitos da família e das crianças, em Portugal. O estudo das várias transformações

permite, por um lado, a apresentação de um mapa atualizado dos meios de acesso ao direito e à justiça e das entidades – judiciais e não judiciais – que resolvem conflitos de família e das crianças em Portugal, onde se cruzam os “espaços de produção do direito”, com os princípios de regulação sociopolítica do Estado, do mercado, da comunidade e do Estado em parceria com a comunidade; e, por outro lado, as prestações do apoio judiciário (informação jurídica, consulta jurídica, patrocínio e resolução de litígios) de resolução de litígios: judicial, formal estadual, formal não estadual e informal, que assentam numa repartição vertical entre as formas de adjudicação, no topo, e autocompositivas, na base da pirâmide da litigiosidade.

Num direito em permanente mutação, como é o direito da família e das crianças, é necessária a existência de meios aos quais os cidadãos possam dirigir-se de modo a obter informação, consulta e representação jurídica que lhes permita defender com efetividade os seus direitos e aceder à instância mais efetiva e adequada para a resolução do seu litígio. Atualmente encontra-se uma pluralidade de formas de acesso dos cidadãos ao direito e à justiça da família e das crianças através de entidades, públicas e privadas, que atuam dentro e fora do sistema judicial. Esta “rede” de serviços jurídicos complementares (e interdisciplinares) permite estabelecer um conjunto diversificado de meios, que visa a defesa e a promoção de direitos fundamentais, sobretudo das famílias e das crianças mais vulneráveis, principais beneficiárias do sistema público de apoio judiciário e, ainda, dos outros meios de acesso ao direito e à justiça.

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

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

Os meios de acesso ao direito e à justiça e o conseqüente sistema de resolução de conflitos constituem, na verdade, o que se chamou de pluralismo regulatório, composto pelos tribunais judiciais; pelos meios formais estaduais decorrentes da ação do Ministério Público, do Instituto da Segurança Social, da Polícia de Proximidade, do Sistema de Mediação Familiar, das Conservatórias do Registo Civil, da Provedoria de Justiça, da CIG e do ACIDI; pelos meios formais não estaduais da terapia familiar, de conciliação e de mediação, quer do mercado, quer da comunidade; como ainda da ação das Comissões de proteção de crianças e jovens, provenientes da parceria do Estado com a comunidade; e, ainda, dos meios informais, provenientes quer do mercado, quer da comunidade, através da ação dos advogados/solicitadores, do recurso a terceiras partes informais e de associações, como a APAV ou o IAC; e, ainda, por autocomposição dos conflitos pelas próprias partes, sem recurso a qualquer instância mediadora.

A concluir, a partir das mutações em análise, pode-se constatar uma transformação acelerada da família, nas últimas décadas, em Portugal, a que corresponde, de modo reflexo a transformação do direito de família e das crianças e, ainda, mais tardiamente e de modo mais lento, o aparecimento dos diversos meios de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Uma hipótese a estudar, entre as hipóteses de trabalho formuladas no capítulo IV, é a da insuficiência, em Portugal, da resposta, em matéria da informação sobre o exercício dos direitos, da consulta e

representação jurídicas e, ainda, a insuficiência da cobertura e de desempenho no sistema público (Ministério da Justiça, Segurança Social e Ordem dos Advogados) do regime jurídico e institucional do apoio judiciário. Daí a necessidade de avaliação da ação dos serviços do Estado, do Ministério Público, enquanto órgão autónomo do Estado, bem como de todos os meios de informação jurídica ou de resolução de litígios que a comunidade, o mercado ou Estado desenvolveram ou possam vir a desenvolver.

As análises dos contextos de produção do direito do apoio judiciário, do direito de família e das crianças e dos meios e instâncias de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, efetuadas nos capítulos V, VI e VII, com as hipóteses referidas no capítulo IV, são uma excelente agenda de investigação, a desenvolver nos próximos capítulos, sobre a transformação dos meios de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, de modo a identificar as potencialidades e as fragilidades da construção de um direito efetivo de acesso ao direito e à justiça, acessível e promotor de cidadania.

CAPÍTULO VIII

A PROCURA E A MOBILIZAÇÃO DA JUSTIÇA DE FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS EM PORTUGAL: UMA NOVA RELAÇÃO ENTRE O JUDICIAL E O NÃO-JUDICIAL

Introdução

Após a reflexão efetuada sobre a evolução e o regime jurídico vigente de acesso ao direito e à justiça em Portugal, no capítulo V, em comparação com outros seis países da União Europeia, no capítulo VI e a transformação do direito da família e das crianças, bem como o mapeamento dos meios de acesso e de resolução de litígios, na área da família e das crianças, no capítulo anterior, torna-se necessário confrontar essa análise com os meios efetivos de acesso ao direito e à justiça disponíveis e em ação na sociedade portuguesa. Consequentemente, neste e nos próximos capítulos, irei analisar e caracterizar os meios de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, bem como os seus atores.

A justiça da família e das crianças em termos de recolha estatística corresponde à recolha dos, denominados, processos tutelares – cíveis⁴⁵⁶, de promoção e proteção⁴⁵⁷ e tutelares educativos⁴⁵⁸ – e das ações de divórcio e separação judicial de

⁴⁵⁶A Organização Tutelar de Menores (Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro e suas sucessivas alterações), nos seus artigos 146.º e 147.º, determina que compete aos tribunais de família e menores, em matéria tutelar cível: a) Instaurar a tutela e a administração de bens; b) Nomear pessoa que haja de celebrar negócios em nome do menor e, bem assim, nomear curador geral que represente extrajudicialmente o menor sujeito ao poder paternal; c) Constituir o vínculo da adoção e decidir da confiança judicial do menor com vista à adoção; d) Regular o exercício do poder paternal e conhecer das questões a este respeitantes; e) Fixar os alimentos devidos a menores; f) Ordenar a entrega judicial do menor; g) Autorizar o representante legal dos menores a praticar certos atos, confirmar os que tenham sido praticados sem autorização e providenciar acerca da aceitação de liberalidades; h) Decidir acerca da caução que os pais devam prestar a favor dos filhos menores; i) Decretar a inibição, total ou parcial, e estabelecer limitações ao exercício do poder paternal; j) Proceder à averiguação oficiosa de maternidade ou de paternidade; l) Decidir, em caso de desacordo dos pais, sobre o nome e apelidos do menor. Compete ainda aos tribunais de família e menores: a) Havendo tutela ou administração de bens, determinar a remuneração do tutor ou administrador, conhecer da escusa, exoneração ou remoção do tutor, administrador ou vogal do conselho de família, exigir e julgar as contas, autorizar a substituição da hipoteca legal e determinar o reforço e substituição da caução prestada e nomear curador especial que represente o menor extrajudicialmente; b) Nomear curador especial que represente o menor em qualquer processo tutelar; c) Converter, revogar e rever a adoção, exigir e julgar as contas do adotante e fixar o montante dos rendimentos destinados a alimentos do adotado; d) Decidir acerca do reforço e substituição da caução prestada a favor dos filhos menores; e) Exigir e julgar as contas que os pais devam prestar; f) Conhecer de quaisquer outros incidentes dos processos referidos no artigo anterior.

⁴⁵⁷ Nos termos do artigo 3.º da Lei de Promoção e Proteção das crianças e jovens em perigo – Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, (LPPCP) – “a intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo”, ou seja, uma criança está em perigo (artigo 3.º, n.º 2) “quando, designadamente, se encontra numa das seguintes situações: a) Está abandonada ou vive entregue a si própria; b) Sofre maus-tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de

pessoas e bens e, ainda, das ações declarativas cíveis de família, ou seja relativas a conflitos familiares, que, para o efeito, foram, neste estudo, estatisticamente desagregadas das outras ações cíveis.

Em primeiro lugar, para contextualizar a análise, referirei a evolução da procura e oferta, na última década nos tribunais portugueses, com especial referência à justiça civil através da análise dos dados estatísticos do denominado *movimento processual*⁴⁵⁹ (processos entrados, pendentes e findos em cada ano), ou seja, através dos registos captados nos tribunais pelas “estatísticas da justiça” oficiais da Direcção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça (DGPJ). De seguida, debatarei a justiça da família e das crianças, em Portugal, no contexto da oferta da justiça e das funções dos tribunais (Santos *et al.*, 1996) e, ainda, a sua constituição em dois territórios judiciais bem diferenciados (Commaille, 1993).

Em terceiro lugar, terei em consideração a pirâmide de litigiosidade e a sua mutação em outras figuras geométricas de representação da justiça da família e das crianças, de modo a adequar a oferta de resolução de litígios a cada uma das suas componentes de justiça civil de família e justiça tutelar, já referidas. De seguida, desenvolverei, neste capítulo, uma reflexão mais fina da mobilização da justiça de família e das crianças através da análise dos dados estatísticos dos denominados *processos findos*⁴⁶⁰ das “estatísticas da justiça” oficiais da DGPJ, com a limitação de alguns dos dados só estarem disponíveis até ao fim do ano de 2006 e só existirem as

abusos sexuais; c) Não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal; d) É obrigada a atividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento; e) Está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional; f) Assume comportamentos ou se entrega a atividades ou consumos que afetem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação”.

⁴⁵⁸ Até ao final do ano de 2000 a OTM que se encontrava em vigor (redação do Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro) previa nos seus artigos 13.º, 15.º e 19.º as situações que podemos denominar de menores em perigo, de menores indisciplinados e inadaptados e de menores entre os 12 e os 16 anos que tenham cometido um facto que a lei penal qualifique como crime. As duas primeiras situações passaram a ser integradas no conceito de crianças e jovens em perigo e abrangidas pelos processos de promoção e proteção, e a terceira a ser abrangida pelos processos tutelares educativos. Ora, a entrada em vigor de uma nova legislação levou à recontagem e requalificação dos processos, bem como à consagração da natureza subsidiária dos tribunais para intervir nas situações de crianças em perigo (na qual se incluem as crianças que praticam crimes até aos 12 anos).

⁴⁵⁹ Por movimento processual entende-se, segundo a conceptualização das estatísticas de justiça, a variação no montante de processos entrados, pendentes e findos nos tribunais judiciais. Neste movimento são contabilizadas todas as ações e “processos autónomos”, de que são exemplo as cartas precatórias. Incluem-se, portanto, quer os processos que terminam num determinado tribunal, quer os que transitam para outro tribunal. O número de processos findos considerados nas estatísticas, do ponto de vista do movimento processual, é, assim, superior, no mesmo ano, ao número de processos findos caracterizados, que serão também analisados neste capítulo (inf. DGPJ).

⁴⁶⁰ Os processos findos definem-se, nas Estatísticas da justiça, como todos os processos que terminam nos tribunais judiciais, por decisão, por acordo ou com outro fundamento processual em primeira instância. Na caracterização dos processos findos não são contabilizados: processos transitados, apensados, incorporados ou integrados, remetidos a outra entidade (inf. DGPJ).

variáveis recolhidas nos verbetes estatísticos⁴⁶¹ do Ministério da Justiça ou acessíveis através das “novas” Estatísticas da Justiça oficiais disponíveis on-line.

A opção pelo estudo dos processos findos, em cada ano, decorre, por um lado, de nas estatísticas oficiais da justiça só estes processos se encontrarem caracterizados e disponibilizarem, assim, para análise, variáveis relevantes para analisar os processos e, ainda, de que modo foram mobilizados os tribunais. Por outro lado, os processos findos continuam a ser um excelente indicador sociológico da procura e da oferta dos tribunais, dado, que os estudos em que participei, já citados, demonstram que os processos findos acompanham a tendência de crescimento, de estabilização ou diminuição dos processos entrados.

Em quinto lugar, a partir das referidas “estatísticas da justiça” complementadas com as estatísticas “privativas” da Procuradoria-Geral da República, sobre a atividade processual dos magistrados do Ministério Público na mobilização de justiça de família e das crianças e na resolução de litígios, caracterizar-se-á a relevância do Ministério Público, na mobilização do acesso à justiça de família e das crianças, por requerentes e requeridos e por objeto de ação, o que nos permite uma aproximação à natureza do litígio subjacente a cada uma dessas ações judiciais.

Em sexto lugar, analisarei a resolução de litígios de família fora dos tribunais, ou seja, em instâncias não judiciais ou de resolução alternativa de litígios. Abordar-se-á, assim, para além da ação dos tribunais e do MP, o desempenho das conservatórias do registo civil, do sistema público de mediação familiar e das Comissões de proteção de crianças e jovens (CPCJ). Em articulação com a atividade do MP, da Segurança Social, das autarquias e das organizações da comunidade, foi dado em 2001, com a reforma legal entrada em vigor nesse ano, um novo impulso à atividade das agora denominadas CPCJ⁴⁶², na área da promoção dos direitos e proteção das crianças em perigo, pelo que se fará um breve retrato da procura, funcionamento e desempenho dessas comissões, através das suas estatísticas, bem como uma reflexão sobre a sua importância para o sistema de acesso ao direito e à justiça.

⁴⁶¹ Em anexo a este capítulo, juntamos cópia dos verbetes estatísticos do Ministério da Justiça (ver anexos 5 e 6, a este capítulo).

⁴⁶² Anteriormente eram denominadas de Comissões de Proteção de Menores (Decreto-Lei n.º 189/91, de 17 de Maio).

I A análise da procura e da oferta da justiça nos tribunais judiciais de primeira instância: fatores explicativos, evolução e tendências do movimento processual

I.1 O(s) contexto(s) explicativo(s)⁴⁶³: fatores endógenos e exógenos, procura efetiva e procura potencial

A análise do movimento processual e dos processos findos e a explicação das suas variações deve considerar duas ordens de fatores: os *fatores endógenos*, isto é, próprios do sistema, e os *fatores exógenos*, exteriores ao sistema judicial.

Os primeiros consistem em alterações legislativas (substantivas ou processuais), alterações institucionais e alterações técnicas. As alterações *legislativas substantivas*, que podem refletir no movimento processual, são, por exemplo, a publicação de uma lei desjudicializadora de um determinado conflito. Exemplos de *alterações legislativas processuais* são também fáceis de enunciar: simplificação ou complexificação do processo civil, alteração da organização judiciária, variação das custas processuais, a formação ou a variação do número de magistrados ou funcionários, a instalação de novos tribunais, etc. Por sua vez, as *alterações técnicas* traduzem-se na introdução de novas tecnologias no tribunal (v.g. a anunciada intenção de desmaterialização de atos processuais) suscetíveis de fazer aumentar a produtividade do trabalho judicial.

Os *fatores exógenos* dizem respeito às transformações sociais, económicas, políticas e culturais e ao seu impacto na administração da justiça, em geral, e no movimento processual em particular. Podem assumir uma natureza muito diversa: desenvolvimento económico; variação da população; industrialização e urbanização; mudança de regime político; cultura local e a sua propensão à litigação; acessibilidade do tribunal; grau de consciência de direitos, etc.

Estes fatores não se fazem sentir de modo igual no movimento dos processos entrados, pendentes ou findos. De facto, pode admitir-se que o movimento dos processos entrados é sobretudo influenciado pelos fatores exógenos e, dentro dos fatores endógenos, pelas alterações legislativas substantivas (a que se poderão acrescentar as custas em matéria processual). Quanto às alterações no movimento dos processos pendentes ou findos que não são mera consequência do crescimento ou diminuição dos processos entrados, a sua explicação tenderá a basear-se sobretudo

⁴⁶³ Esta secção desenvolve o capítulo 2.1.1 de Pedroso (2006) e de Santos *et al.* (1996).

em fatores endógenos, de natureza legislativa processual ou de natureza institucional e técnica.

A mobilização da justiça da família e das crianças tem uma dupla natureza. Nas ações de divórcio e separação de pessoas e bens e nas ações declarativas cíveis de família relativamente aos direitos e interesses de adultos são sujeitos mobilizadores do tribunal os autores, na sua maioria, devido à natureza de jurisdição, pessoas singulares (homens e mulheres). Nas denominadas ações tutelares cíveis (regulação dos direitos, do Estado ou de interesses de crianças ou outros incapazes civis) o mobilizador pode ser uma pessoa singular, enquanto requerente, ou o Ministério Público enquanto titular da defesa do superior interesse das crianças, bem como dos adultos incapazes (interditos e inabilitados). No entanto, nas ações tutelares de promoção e proteção (defesa dos direitos e proteção das crianças em perigo) e nas ações tutelares educativas (relativas a crianças maiores de 12 anos e menores de 16 anos a quem seja imputada a prática de um facto qualificado pela lei penal como um crime) a mobilização do tribunal é privativa do Ministério Público, embora atue porque a polícia, um vizinho ou a escola lhe sinalizam uma situação de “criança em risco” ou uma situação de uma “criança agente de um crime”.

A procura efetiva de justiça de família e das crianças é determinada nas ações declarativas cíveis em matéria de família e, em algumas ações tutelares cíveis, pelos processos entrados (no movimento processual) e nas ações tutelares de promoção e proteção (crianças em risco) e nas tutelares educativas (crianças que praticam um crime) pelas sinalizações (ou queixas/denúncias) efetuadas, a partir das quais o MP decide instaurar processo, enquanto a oferta, ou seja, o indicador de capacidade de resposta do sistema, se afere pelo número de processos findos. Os processos pendentes são resultado da ineficiência do sistema, isto é, representam a procura não satisfeita. Fora do registo fica a procura potencial, que consiste, no conjunto de conflitos judicializáveis que, por diferentes razões, podem ou não chegar ao tribunal (Santos *et al.*, 1996:58-59).

A procura real de serviços judiciais em matéria de justiça cível de família e das crianças é, relativamente à primeira e aos conflitos entre adultos, essencialmente de mobilização voluntária, enquanto as ações tutelares são, na sua quase totalidade, de mobilização obrigatória, por imperativo legal, em função das denúncias e sinalizações, que são feitas ao MP. Mas, não se poderá esquecer, que nem todas as situações

merecedoras de judicialização são comunicadas ao tribunal, o que constitui, nestes casos, as denominadas “cifras negras”.

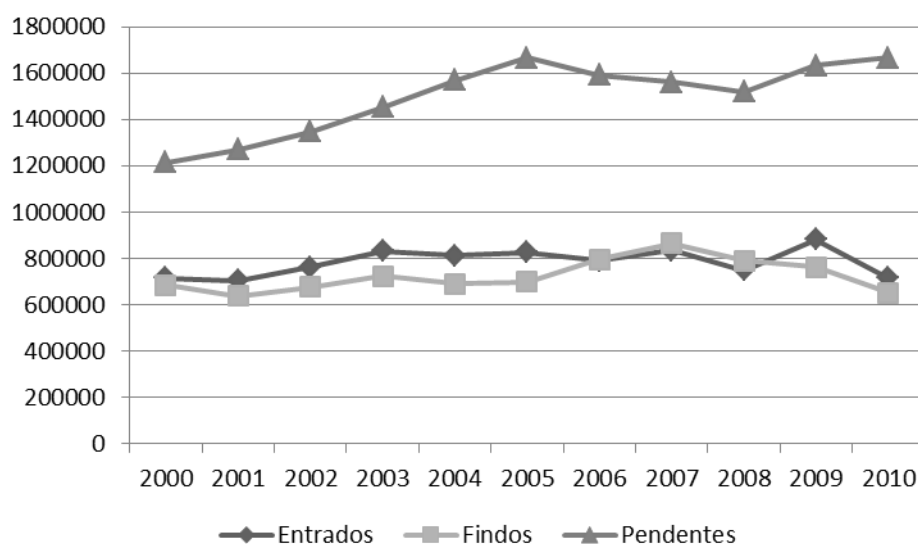
A caracterização da procura, dos autores e dos demandados permite, em grande medida, saber, neste estudo, a quem servem e para que servem os tribunais, na jurisdição da família e das crianças. Com a caracterização da mobilização dos tribunais temos uma primeira análise, em matéria de acesso ao direito e à justiça de família e das crianças, ou seja, de quem lhes acede e que conflitos os tribunais acolhem.

1.2 Evolução e tendências do movimento processual total nos tribunais judiciais de primeira instância, no século XXI (2000-2010): predominância da justiça cível, crescimento da justiça tutelar (crianças) e tentativa de contenção do crescimento da procura e das pendências

1.2.1 O movimento processual e a(s) crise(s) da justiça

Ao analisar o gráfico 12 referente ao “movimento processual total”, em que se incluem os dados do movimento processual da justiça cível, justiça laboral e laboral penal, justiça penal⁴⁶⁴ e justiça tutelar, obtém-se uma visão panorâmica da oferta e da procura global da justiça, em Portugal, na primeira instância, no início deste século, através do movimento dos processos entrados, pendentes e findos desde 2000 a 2010.

Gráfico 12 – Movimento processual nos tribunais judiciais de primeira instância (2000 a 2010)



Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

⁴⁶⁴ Estes dados dizem respeito aos processos judiciais após a sua entrada em Tribunal pelo que não incluem os processos em investigação criminal durante a fase de inquérito.

A procura efetiva dos tribunais judiciais, ou seja, os processos entrados nas diversas jurisdições, não regista alterações significativas no período de 2000 a 2010, variando entre os 750 mil e os 800 mil processos. Neste período, após um aumento de 703.508 em 2001 para 761.258 em 2002, a procura atinge o máximo da curva em 2009 com 881.396, descendo em 2010 para valores próximos dos do ano 2000, ou seja 714.584 processos.

O movimento processual nos tribunais de primeira instância, no período de 2000 a 2010, no que se refere ao número de processos pendentes⁴⁶⁵, segue a tendência de crescimento permanente das décadas de setenta a noventa do final do séc. XX e apresenta um crescimento de cerca de 37% (de 2000 para 2009). Desde meados dos anos da década iniciada em 1980, que se regista uma incapacidade estrutural dos tribunais judiciais portugueses – apesar da afetação de mais meios e das reformas sucessivas, que evitam a rotura – em concluir mais processos em cada ano que aqueles que entram, agravando o *deficit* de pendências acumuladas todos os anos (Pedroso, 2006 e Santos *et al.*, 1996).

Porém, ao olhar atentamente para os dados verifica-se que o número de processos pendentes entrou numa fase de declínio em 2005. Este declínio reflete o aumento do número de processos findos de cerca de 15% entre 2000 e 2008, que é mais acentuado nos anos de 2006 e 2007. De resto, no período 2006 a 2008, a oferta do sistema consegue, ao contrário do que é registado habitualmente, ser superior à procura, o que se explicará pelas diversas medidas de desjudicialização – redução da procura dos tribunais pela diversão” para outros meios – e de descongestionamento dos tribunais que foram sendo tomadas⁴⁶⁶. No entanto, os últimos dados estatísticos conhecidos evidenciam que as pendências cresceram de 2008 para 2010, passando os processos pendentes para 1.666.348 – gráfico 12 –, o que demonstra que as medidas de descongestionamento processual não podem ser pontuais, mas têm de ser permanentes e de ter natureza estrutural.

Como se escreveu em Santos *et al.* (1996) e em Pedroso (2006), em Portugal, após o 25 de abril de 1974, verificou-se um primeiro momento de crise do sistema judicial, durante o período de transição democrática e a conseqüente reforma do sistema judiciário, que teve como objetivos principais reintegrar os tribunais no Estado

⁴⁶⁵ Consideram-se processos pendentes (a aguardar decisão final) os que se encontram pendentes a 31 de Dezembro de cada ano.

⁴⁶⁶ As medidas de descongestionamento desse período encontram-se descritas em Pedroso (2006).

de Direito emergente e satisfazer as novas procuras decorrentes, como por exemplo, a judicialização dos conflitos familiares ou laborais.

Na década de noventa do fim do século passado iniciou-se, em Portugal, um segundo momento de rotura dos tribunais judiciais, que deu origem a uma crise da justiça decorrente, como se escreveu anteriormente, do crescimento da demanda judicial e da sua “colonização” pela cobrança de dívidas tanto na jurisdição cível (ações declarativas e executivas) como na penal (cheques sem provisão), que é acompanhada recentemente pela referida automobilização do direito criminal e, nas zonas urbanas, pelo crescimento do crime de furto e de roubo, em regra relacionado com o consumo de estupefacientes ou de guetização em bairros urbanos periféricos de jovens sem escolaridade. A par de algum protagonismo dos tribunais (crimes de “colarinho branco”) o seu desempenho é, assim, abafado e banalizado por uma explosão de litigiosidade “rotineira” e por uma insuficiência de recursos para responder a este aumento da procura (Santos *et al.*, 1996).

Esta situação de rotura é comum à generalidade dos denominados países desenvolvidos e é originada essencialmente, como referi, num crescimento explosivo da procura dos tribunais pelas empresas, que como litigantes frequentes demandam, em regra, cidadãos consumidores, que não pagam atempadamente os bens e serviços que adquirem.

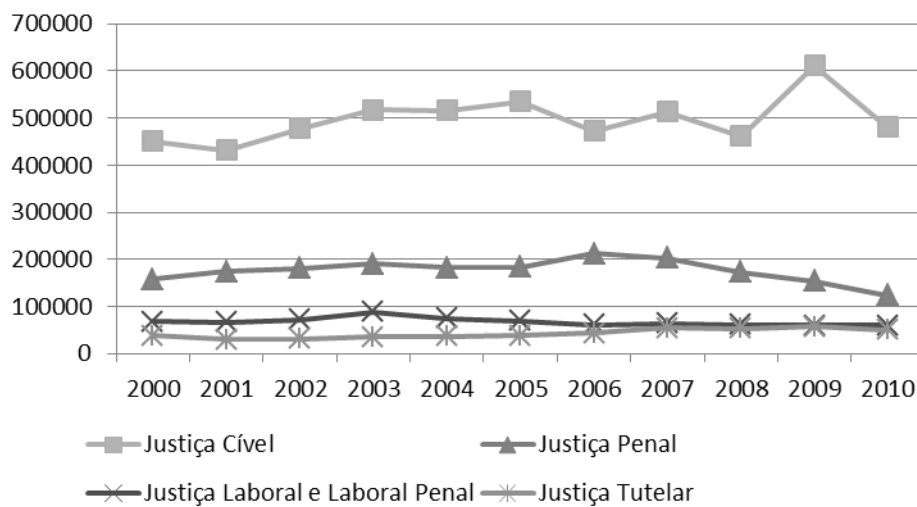
A ineficiência e a inacessibilidade referidas decorrem, em grande parte, da desadequação e até incompatibilidade estrutural entre a arquitetura das leis e da administração da justiça, com o seu intrincado sistema de prazos recursos e instâncias e funcionamento burocrático e as transformações aceleradas das realidades sociais e económicas (Faria, 2002:3).

A “crise da justiça” traduz-se, assim, pela ineficiência e inacessibilidade com que os tribunais vêm desempenhando as suas três funções básicas: a instrumental (resolução de litígios), a política (controle social, cumprimento dos direitos e obrigações, integração social) e a simbólica (procura de justiça social e padrões de legitimidade na vida política). Assim, os “tribunais têm vindo a ser duramente criticados, particularmente em Itália, França, Portugal e Espanha, pela sua ineficiência, inacessibilidade, morosidade, custos, falta de responsabilidade e transparência, privilégios corporativos, grande número de presos preventivos, incompetência nas investigações, entre outras razões” (Santos *et al.*, 1996:19-34).

1.2.2 A procura da justiça no século XXI

Após as referidas roturas, a procura dos tribunais judiciais no início do século XXI é dominada por duas tendências inversas. Enquanto na justiça cível⁴⁶⁷ e na justiça tutelar se verifica um crescimento, a escalas diferentes, no primeiro caso gradual de 11%, entre 431.844, em 2001, para 480.784, em 2010⁴⁶⁸, e no segundo caso acentuado, verificando-se uma quase uma duplicação dos processos tutelares entrados entre 2001 e 2010 (de 30.533 para 50.069) – gráfico 13; na justiça penal e laboral e laboral penal assiste-se a um decréscimo gradual da procura.

Gráfico 13 - Processos entrados nos tribunais judiciais de primeira instância por área processual (2000 a 2010)



Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

Mais concretamente, enquanto a justiça penal teve no ano de 2010 o menor número de processos entrados (123.939) e no ano de 2006 o maior número de processos chegados a julgamento (212.444). A justiça penal teve uma descida da procura, de 2000 (158.204) para 2010 (123.939), de cerca de 22%. Por seu lado, a Justiça Laboral⁴⁶⁹ teve o maior número de processos entrados no ano de 2003 (88.493)

⁴⁶⁷ Estatisticamente a justiça cível compreende os seguintes tipos de espécie do processo: ações declarativas, execuções, incidentes em execução, ações especiais, procedimentos cautelares e outros; Justiça Penal, por sua vez, compreende os seguintes tipos de espécie do processo: Processo-crime (julgamento), Contraordenações/transgressões, execução de penas (inf. DGPJ).

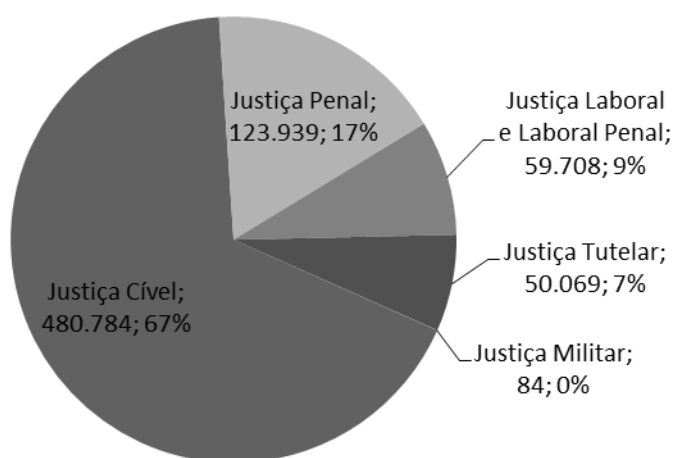
⁴⁶⁸ É de salientar que a procura da justiça cível, apesar da descida de 2005 para 2006 e de 2009 para 2010, vem sempre após períodos de contenção, subindo, sendo certo que a justiça cível tem estado sujeita, nos últimos anos, a um processo de desjudicialização, como se referiu, significativo e permanente (v.g. injunção e aumento dos títulos executivos para retirar ações de dívida dos tribunais; divórcio por mútuo consentimento; ações relativas a incapazes; inventários; e processos de promoção e proteção de crianças em risco em que há consentimento dos representantes das crianças).

⁴⁶⁹ Consideramos aqui como Justiça Laboral o conjunto dos tipos de espécie classificados estatisticamente como processo laborais e laborais penais, mais concretamente: ações declarativas, execuções, ações especiais, procedimentos cautelares e contraordenações/transgressões (inf. DGPJ).

e o menor também no ano de 2010 (50.069), pelo que a procura desceu, de 2000 para 2010, 12,6% (gráficos 13).

Em Portugal, a procura efetiva da justiça distribui-se, assim, no ano de 2010, essencialmente pela justiça cível (67%, 480.784 processos) e pela justiça penal (17%, 123.939 processos). Em conjunto a justiça cível e Penal representam 84% dos processos entrados nos tribunais judiciais de primeira instância. A justiça tutelar e justiça laboral representam percentagens semelhantes da procura da justiça, cerca de 6% e 7%, respetivamente (gráfico 14).

Gráfico 14 - A procura da justiça, em 2010 (processos entrados)



Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

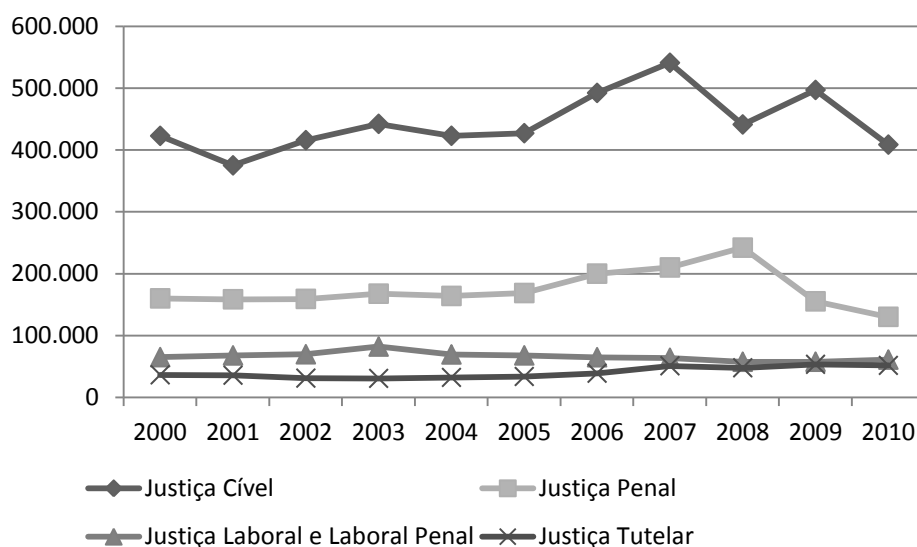
A justiça da família e das crianças, que é objeto do presente estudo, não é uma categoria autónoma das “estatísticas da justiça oficiais”, pelo que temos dificuldade em quantificar o valor da sua representação face à totalidade da procura de justiça nos tribunais portugueses, dado que uma parte da sua procura efetiva – ou seja, os processos entrados como ações declarativas cíveis, cujo objeto é um litígio de família, e as ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens – é registada 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, como se analisará mais à frente, as ações declarativas cíveis e procedimentos cautelares, cujo objeto é de direito da família, em conjunto com as ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens representavam 19.804 processos (5,6% dos processos cíveis findos – 354.131), ou seja, 3,7% de todos os processos findos (538.392), em 2010, pelo que somando os 7,8% da

justiça tutelar (41.770), registados também em 2010, podemos defender, por aproximação⁴⁷⁰, que a justiça de família e das crianças que procura os tribunais judiciais é, em 2010, cerca de 11,5% da totalidade dos processos entrados em tribunal^{471, 472}.

1.2.3 O movimento processual da justiça cível e da justiça tutelar

A justiça da família e das crianças, como se referiu, é composta por ações judiciais que correm os termos na jurisdição cível e na denominada justiça tutelar, pelo que, para contextualizar a sua análise, far-se-á de seguida uma breve referência ao movimento processual cível e tutelar.

Gráfico 15 – Processos findos nos tribunais judiciais de primeira instância por área processual (2000 a 2010)



Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

A partir do ano de 2002 (gráfico 15), a um crescimento da procura, corresponde uma tendência para o crescimento da capacidade de resposta (oferta) dos tribunais e, conseqüentemente, dos processos findos cíveis, penais e tutelares findos em cada ano, tentando, na globalidade, acompanhar e superar o crescimento da procura. No caso dos processos cíveis e penais esta tendência de aumento dos processos findos é interrompida em 2008 e 2010 e em 2009 e 2010, respetivamente,

⁴⁷⁰ Para uma melhor compreensão do que designamos de ações cíveis de direito de família vide ponto 2.1 deste capítulo. Neste cálculo por aproximação não são contabilizadas as ações executivas de direito de família pela impossibilidade de os destrinçar do total de ações executivas findas.

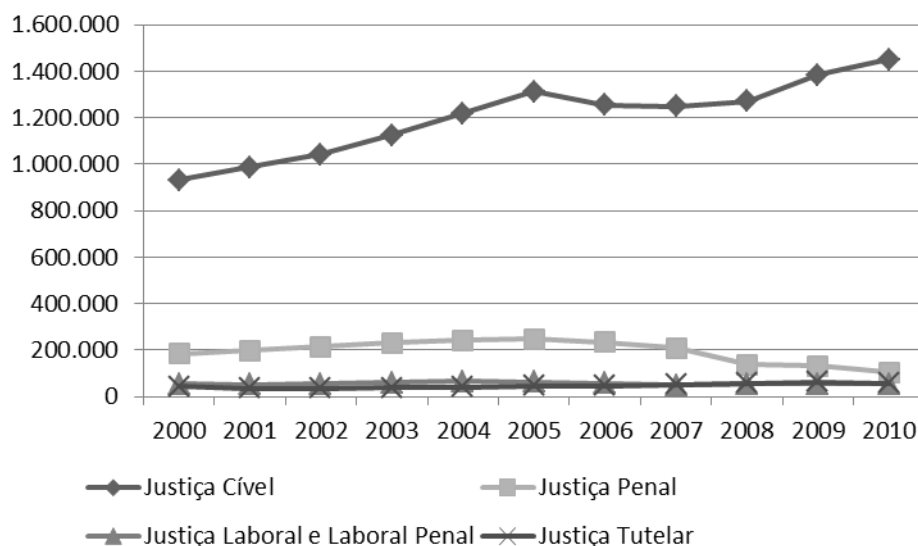
⁴⁷¹ Como analisaremos infra, por força do *processo de desjudicialização* iniciado no final do século XX, a procura da justiça para resolver questões de família foi desviada dos Tribunais para o MP (ações de autorização e suprimento de consentimento) e para o Registo Civil (cf. Decreto-Lei n.º272/2001, de 13 de Outubro, relativo aos processos da competência do Ministério Público e das Conservatórias do Registo Civil).

⁴⁷² Conforme análise efetuada mais à frente só com recurso a ações findas, a justiça de família e das crianças, em 2010, representa 61.574, ou seja 11%, das ações findas nos tribunais judiciais.

sendo que no caso dos processos cíveis findos se regista um crescimento em 2009, de 441.082 para 496.894⁴⁷³.

Para explicar estas descidas dos processos findos teríamos de recorrer a uma análise estatística mais fina e a metodologias qualitativas. Como hipótese – a necessitar de ser estudada – admite-se que esta diminuição de resposta dos tribunais resulta da ação conjunta de um conjunto de fatores, a saber: como se referiu, a cessação do efeito das medidas de descongestionamento entre 2005 e 2008 (ex.: incentivos em matéria de custas aos fins dos processos), o impacto da entrada em funcionamento, a título experimental, do novo mapa judiciário (ex.: as obras e as mudanças tiveram um efeito de quase paragem dos tribunais abrangidos durante meses), o crescimento dos processos entrados.

Gráfico 16 - Processos pendentes nos tribunais judiciais de primeira instância por área processual (2000 a 2010)



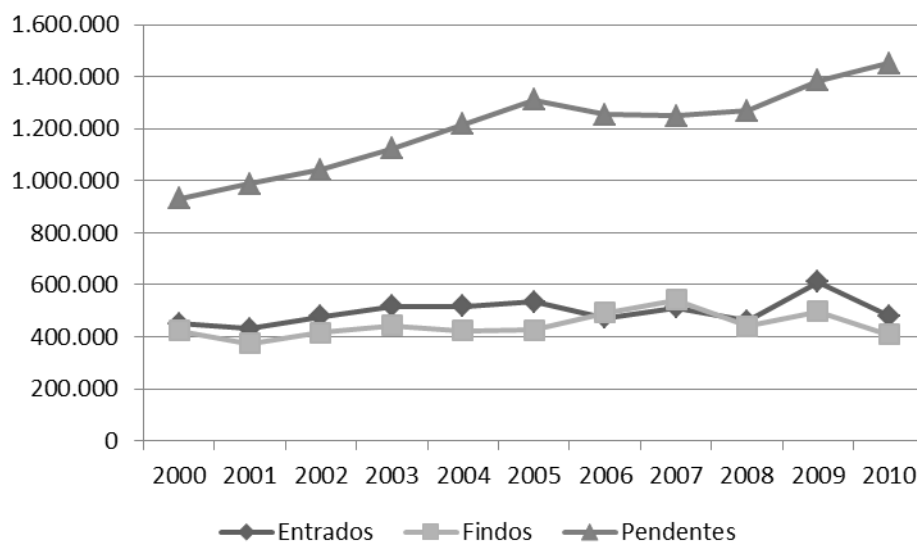
Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

Assim, se os processos pendentes diminuíram entre 2005 e 2008, de 1.665.764, para 1.518.740, mas voltaram a crescer em 2010 para 1.666.348 (gráfico 12). Este crescimento do número de processos pendentes deve-se à evolução da justiça cível, com o aumento dos processos entrados em 2009, que contribuiu para um novo aumento das pendências nesta área processual, com reflexo na totalidade dos processos pendentes (gráfico 16).

⁴⁷³ Este aumento dos processos findos, em 2009, na justiça cível decorre do crescimento das ações executivas findas, como veremos infra, decorrentes das reformas legais e tecnológicas (iniciadas em 2001 e acentuadas a partir de 2005), que começaram a produzir efeitos.

No movimento processual referente à justiça cível⁴⁷⁴ (gráfico 17), e tendo em conta o mesmo período temporal – 2000 a 2010 - verifica-se que existe uma evolução idêntica à do movimento processual global, ou antes, atendendo à dimensão da procura (67% do total em 2010) – gráfico 14 – é a evolução da justiça cível que condiciona e nos dá a imagem da evolução do movimento processual nos tribunais judiciais de primeira instância.

Gráfico 17 - Movimento processual cível nos tribunais judiciais de primeira instância (2000 a 2010)



Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

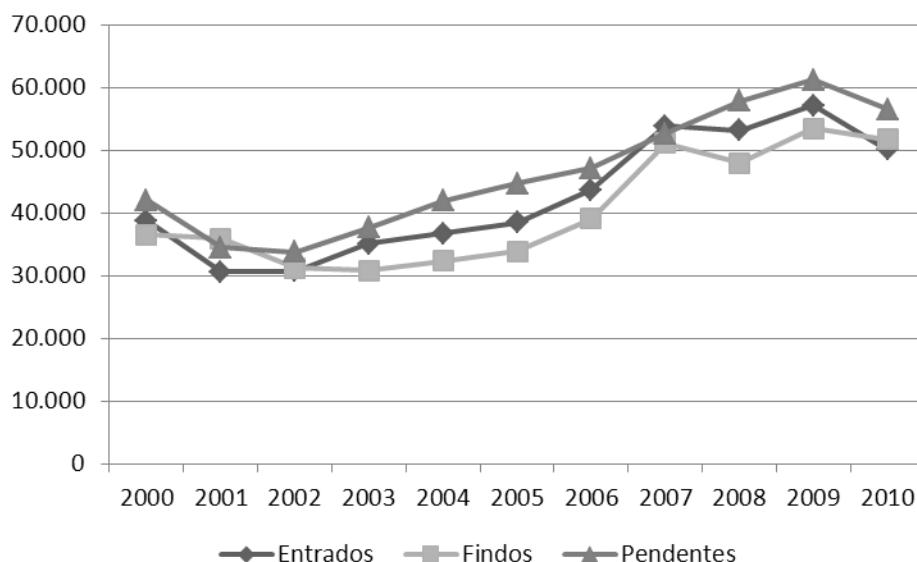
Este acréscimo de entradas deve-se ao crescimento da procura de ações executivas e à incapacidade do sistema judicial de responder à solicitação, o que tem como consequência, que o número de pendências nas ações executivas mais que duplique de cerca de 400 mil, em 2000, para mais de 1 milhão, em 2010. Assim, este “mau” desempenho na resolução das ações executivas deixa uma marca bem visível no perfil global do desempenho da justiça cível e, consequentemente, da globalidade dos tribunais judiciais.

No que se refere à justiça de família e das crianças, em sede de movimento processual, unicamente estão disponíveis dados estatísticos para analisar a evolução da procura e da oferta da justiça tutelar. Os processos de natureza tutelar (tutelares cíveis, promoção e proteção e tutelares educativos) têm um crescimento global (29,2%), em mais de 20% superior ao registado nos processos cíveis (6,7%). Assim, os

⁴⁷⁴ Na justiça cível, em termos estatísticos, a recolha que é efetuada no verbete n.º 245 do movimento processual “valem” unicamente como categorias-variáveis, as ações declarativas, ações executivas, ações especiais, incidentes em execução, procedimentos cautelares e outras.

processos tutelares entrados nos tribunais comuns e nos tribunais especializados cresceram de 30.732, em 2002, para 50.069, em 2010, ou seja, cerca de 30% (gráfico 18), no que foram acompanhados pelos findos e pelos pendentes.

Gráfico 18- Movimento processual tutelar nos tribunais judiciais de primeira instância (2000 a 2010)



Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

A procura e a oferta (processos findos) da justiça tutelar equiparam-se, mas à exceção dos anos de 2010 ocorreram sempre mais processos entrados que findos, pelo que os processos pendentes que transitam de ano para ano cresceram sempre até 2009 (cerca de 60.000 processos), decrescendo em 2010, acompanhando o decréscimo dos processos entrados e o facto de, nesse ano, os tribunais terem findado ligeiramente mais processos que aqueles que entraram. Assim, a justiça tutelar centrada nos direitos das crianças assume uma importância, no século XXI, que não tinha no século XX.

A concluir esta análise do movimento processual, tem-se de estar consciente das suas limitações, dado que permite ter uma visão global da oferta e da procura de justiça, mas não permite caracterizar os litigantes ou os litígios desses processos, o que tornaria necessário observar o movimento processual por objetos de ação⁴⁷⁵. Porém,

⁴⁷⁵ A DGPJ nas estatísticas da justiça oficiais on-line desagrega as ações declarativas cíveis findas nos seguintes objetos de ação: Filiação; Poder Paternal; Alimentos; Incapacidades; Família-Casamento (processos relativos a conflitos decorrentes do casamento ou da família sem serem de divórcio); Sucessões; Registo Civil; Processos Min. P. DL 272/2001; Divórcio e separação judicial de pessoas e bens – Separação judicial de pessoas e bens por mútuo consentimento; Separação judicial de pessoas e bens litigiosa; Divórcio por mútuo consentimento; Divórcio litigioso; Conversão de separação em divórcio; N.E.; Procedimentos Cautelares – Alimentos Provisório, Restituição provisória da posse; Suspensão de deliberações sociais; Embargo de obra nova; Arrolamento;

estes dados só existem (e com limitações) para a caracterização dos processos findos, pelo que serão objeto de estudo, neste capítulo, no que se refere à justiça da família e das crianças.

2 A pirâmide (e outras metáforas geométricas) para representar a justiça da família e das crianças

No capítulo II escrevi, que um sistema de resolução de conflitos numa sociedade pode ser representado por uma pirâmide, em que teremos na base, os meios de autocomposição de litígios, no seu vértice, os tribunais judiciais, e na zona intermédia os meios de resolução alternativa de litígios, dos mais informais, na base, para os mais formais, a caminho do vértice.

Ora, na justiça da família e das crianças, o sistema de conflitos nem sempre pode ser representado por uma pirâmide, como quando se representa a globalidade dos litígios – figura 4 – dado que em alguns tipos de conflitos os meios de resolução alternativa de litígios assumem mais importância que os tribunais judiciais ou que meios mais informais, junto à base, pelo que nestas situações o sistema de resolução de conflitos é melhor representado por um heptágono (justiça tutelar) – figura 5 – ou, por um octógono, nos casos em que os tribunais judiciais resolvem mais casos que as instâncias de resolução de conflitos, que se encontram entre a base e o topo do sistema, como na justiça cível da família – figura 9.

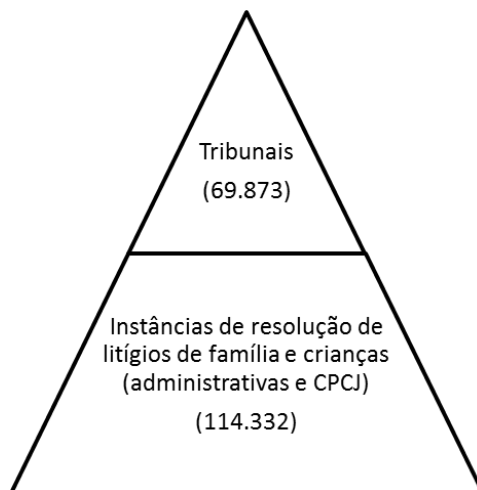
As várias metáforas e figuras geométricas – a pirâmide, o heptágono e o octógono – que representam a resolução de litígios na justiça da família e das crianças, no seu global, e, em especial, nas diversas formas de justiça tutelar e na justiça civil de família, significam que esta justiça é constituída por uma pluralidade de instâncias de resolução de conflitos – judicial e não judicial – que se adapta e transforma em função da instância, que a política pública de justiça e a legislação consideram mais adequadas e mais próximas dos cidadãos para resolverem esses litígios.

Arbitramento reparação provisória; Arresto; Apreensão de bens; procedimento cautelar comum; Tutela da personalidade/nome/correspondência confidencial; Resolução de contratos/outro ato; Responsabilidade civil; Cumprimento de contratos/outras obrigações; Contrato de arrendamento; Contrato de sociedade e exercício de direitos sociais; Contrato individual de trabalho; Acidente de trabalho e doenças profissionais; Direito de propriedade e reivindicação do reconhecimento da propriedade; Posse – meios possessórios; Ação de arbitramento, Preferências; Registo predial; Registo comercial e automóvel; Notariado; Contencioso eleitoral, Proteção da propriedade intelectual e tutela de direitos de autor; Propriedade industrial; Direito marítimo; Reforma títulos/autos/livros; Outros procedimentos cautelares N.E..

2.1 A justiça da família e das crianças: a globalidade dos litígios

A análise comparada do número de processos entrados nos tribunais judiciais⁴⁷⁶ e nas instâncias não judiciais de resolução de litígios de família e crianças^{477,478} demonstra a subsidiariedade e a *ultima ratio*, bem como de instância sociológica de recurso, dos tribunais judiciais. Em 2010, o volume total de processos de família e crianças entrados nos tribunais judiciais (69.873)⁴⁷⁹ corresponde a cerca de metade do total de processos entrados em instâncias de resolução de litígios de família e crianças de natureza administrativa e, ainda, das CPCJ (114.332) de que existe registo – cf. figura 4.

Figura 4 – Pirâmide da litigiosidade da justiça da família e das crianças, em 2010 (processos entrados)



Fonte: Adaptado de Santos *et al.* (1996:50)

Na base da pirâmide temos os conflitos que são resolvidos consensualmente de modo autocompositivo (Santos *et al.*, 1996), como é característica da sociedade

⁴⁷⁶ O nível de desagregação dos dados estatísticos, no movimento processual, apenas permite obter os resultados estatísticos por espécie de processo (por exemplo, no caso da justiça cível: ações declarativas; ações executivas; procedimentos cautelares; tutelares educativas), enquanto a caracterização estatística dos processos findos permite uma análise mais detalhada. Assim, para obter o valor global aproximado da litigiosidade da justiça da família e das crianças nos tribunais somou-se o número de processos tutelares entrados com o número de ações cíveis de família findas (ações declarativas de família, ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens, procedimentos cautelares relativos a família e menores e ações declarativas cíveis de família), em 2010.

⁴⁷⁷ O número de processos assinalados nas instâncias administrativas de resolução de litígios de família e crianças corresponde à soma de processos de família e das crianças entrados no Ministério Público (64.760 dos quais 42.616 ações tutelares cíveis, 6.389 Processos de Promoção e Proteção, 8.459 tutelares educativo, 1.401 ações do DL 272/01, 2.301 ações de averiguação oficiosa de maternidade e paternidade e 3.594 ações declarativas de defesa de menores), nas conservatórias do registo civil (19.671 processos dos quais 19.532 processos de divórcio e separação de pessoas e bens, 104 processos de alimentos a filho maior, 11 processos de atribuição de casa de morada de família e 24 processos de dispensa de prazo interuptual), no Serviço de Mediação Familiar (372 pedidos de mediação) e nas comissões de promoção e proteção de crianças e jovens (28.103).

⁴⁷⁸ Ministério Público, conservatórias do registo civil, serviço de mediação familiar e comissões de promoção e proteção de crianças e jovens.

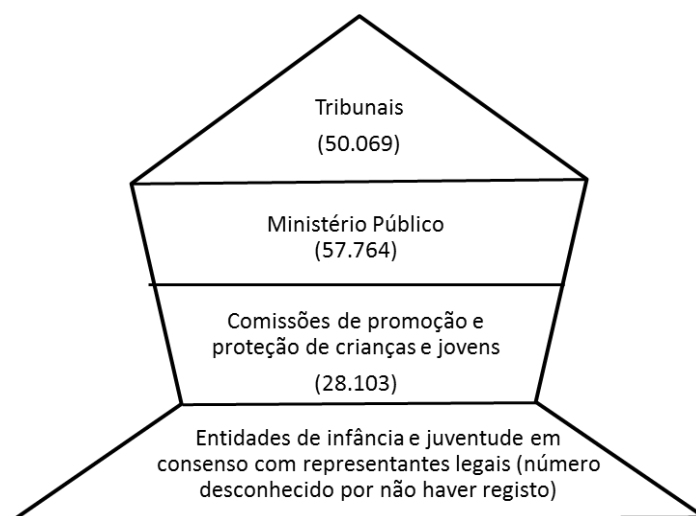
⁴⁷⁹ Cf. neste capítulo a análise do movimento processual.

portuguesa, seja entre os litigantes ou com a ajuda de uma terceira parte informal (família, vizinhos, igreja, etc.). No entanto, essa base da pirâmide, que se estima ser muito mais abrangente em conflitos que não chegam às instâncias formais, será igual ou próxima dos conflitos registados nas instâncias formais, como os da crise do casamento e conseqüente divórcio, em que é necessária, nos termos legais, a certificação formal da rotura familiar.

2.1.1 A Justiça Tutelar no início do séc. XXI: a especial importância do MP

A análise da justiça tutelar (processos tutelares cíveis, de promoção e de proteção e tutelares educativos), em 2010, revela também o papel subsidiário dos tribunais judiciais em relação às funções do Ministério Público e da parceria do Estado com a comunidade, na ação das CPCJ. Nesta visão global da litigiosidade da justiça tutelar, nota-se, por um lado, um maior peso dos tribunais judiciais, que está diretamente associado aos processos tutelares cíveis, em que o conflito entre as partes é intenso, designadamente na regulação das responsabilidades parentais dos filhos, em que a solução do litígio tem como consequência necessária a compressão dos direitos de uma parte, o que, em Portugal, em termos constitucionais, só o tribunal pode decidir. Por outro lado, um menor peso das CPCJ que decorre de estas atuarem primordialmente na área de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo (0 a 18 anos), incluindo, ainda, as que praticam crimes até aos 12 anos (exclusive) e conseqüentemente não intervirem nos outros processos de justiça tutelar cível (figura 5).

Figura 5 – Heptágono da litigiosidade da justiça da tutelar, em 2010 (processos entrados)



Fonte: Adaptado de Santos *et al.* (1996:50)

Assim, contrariamente à justiça de família e das crianças, analisada em termos globais, e se analisarmos o MP, como autónomo dos tribunais judiciais – o que resulta do seu estatuto e da Constituição da República⁴⁸⁰ –, a litigiosidade tutelar não é representada pela figura geométrica da pirâmide, mas por um heptágono irregular, ou seja, uma figura alargada na base, que depois aperta, (cf. figura 6) em número de processos entrados, devido às competências específicas das CPCJ, em matéria de promoção e proteção dos direitos das crianças em perigo, para alargar na representação do MP⁴⁸¹, que devido ao seu papel primordial como mobilizador e como garante da legalidade na justiça tutelar cível, na justiça tutelar educativa e na justiça de promoção dos direitos e proteção das crianças em perigo, se torna na instância que participa e resolve mais litígios na justiça tutelar, essencialmente, na defesa do superior interesse das crianças.

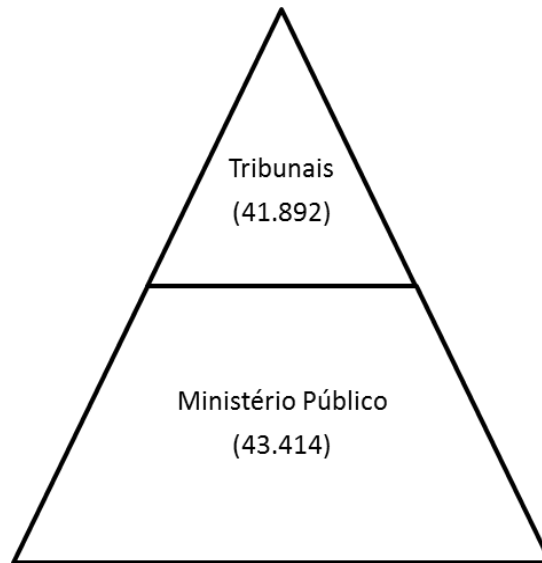
2.1.1.1 Os processos tutelares cíveis

Ao observar comparativamente o número de processos tutelares cíveis entrados nos tribunais judiciais e nos serviços do Ministério Público verifica-se um relativo equilíbrio, registando-se 41.892 processos entrados nos tribunais judiciais e 43.414 no Ministério Público, em 2010. Quanto ao ligeiro predomínio do Ministério Público, importa referir que a maior parte dos processos que chegam ao Ministério Público é para verificação da legalidade e defesa do superior interesse da criança, e que não se transformam em processos jurisdicionais (de regulação das responsabilidades parentais apresentados consensualmente pelos pais e enviados pelas conservatórias do registo civil para homologação do MP). De referir, ainda, que os processos tutelares cíveis entrados nos tribunais judiciais incluem, como se referiu, a regulação inicial e a alteração da regulação das responsabilidades parentais, os processos de incumprimento, constituindo, assim, os tribunais judiciais a instância adequada aos conflitos de alta intensidade, em que as partes não querem a resolução consensual ou uma das partes não quer cumprir o acordado ou decidido pelo tribunal (figura 6).

⁴⁸⁰ O Ministério Público, em termos constitucionais, não tem funções jurisdicionais, mas goza de uma garantia constitucional de autonomia, de autogoverno e de um estatuto próprio (artigos 219.º e 220.º da CRP).

⁴⁸¹ O número de 57.464 processos tutelares entrados do MP resulta da soma de 42.616 ações tutelares cíveis, 6.389 processos de promoção e Proteção e 8.459 ações tutelares educativas.

Figura 6 - Pirâmide da litigiosidade da justiça tutelar cível, em 2010 (processos entrados)⁴⁸²



Fonte: Adaptado de Santos *et al.* (1996:50)

2.1.1.2 Os processos de promoção e proteção

No que se refere aos processos de promoção e proteção, ou seja, os processos em que se pretende promover os direitos e proteger as crianças do perigo, a subsidiariedade dos tribunais judiciais encontra-se prevista na lei (art.º 4.º, alínea j) e art.º 11.º, da Lei n.º 147/99, de 1 de setembro), que consagra que os tribunais só intervêm quando os representantes legais das crianças não dão consentimento à intervenção das CPCJ⁴⁸³ ou estas não existem ou não têm condições para intervir. O apelo da referida lei é para que a promoção dos direitos e a proteção das crianças em perigo seja feita mais próxima das crianças e das suas famílias e com a participação da comunidade. As CPCJ satisfazem, numa primeira linha, uma grande parte da procura relativa a “crianças em risco” no discurso sociológico ou de intervenção ou ação social, ou “crianças em perigo”, em termos jurídicos, em que a lei define e limita as situações de risco em que a intervenção do Estado ou da comunidade é legalmente legítima (26.338 processos), seguidas do Ministério Público (6.389). Nos tribunais judiciais, em 2010, apenas entraram 6.255 processos de promoção e proteção, o que reflete a realidade social e a conceção política e jurídica do sistema de intervenção para promoção dos direitos e proteção das crianças em risco, em que os tribunais só

⁴⁸² Não apresento aqui o número de regulações das responsabilidades parentais realizadas nas conservatórias do registo civil, por este não estar disponível de forma autónoma. Esse número está necessariamente dentro dos processos que chegam ao MP, por as conservatórias do registo civil lhes remeterem para homologação.

⁴⁸³ Segundo os nossos entrevistados – MP, Juiz e Presidentes de CPCJ – é muito raro o MP pedir a reapreciação de decisões de CPCJ em tribunal. Foi relatado um único caso, sendo que não existem dados estatísticos sobre esta situação.

intervêm quando outras intervenções do Estado ou da comunidade não forem possíveis (figura 7).

Figura 7 - Pirâmide da litigiosidade relativa a crianças em risco, 2010 (processos entrados)

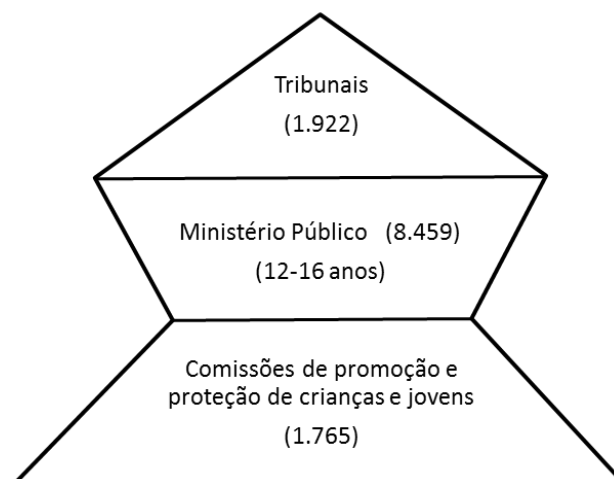


Fonte: Adaptado de Santos *et al.* (1996:50)

2.1.1.3 Os processos tutelares educativos

O MP é o titular do inquérito no processo tutelar educativo, ou seja, os processos relativos às crianças que cometem crimes entre os 12 e os 16 anos (exclusive). Segundo as estatísticas da PGR, no ano de 2010, deram-se início a 8.459 inquéritos, porém só foi requerida abertura de processo judicial tutelar educativo em 1.471 processos. No entanto, segundo as “estatísticas da justiça”, os tribunais judiciais registam 1.922 processos entrados, em 2010, pelo que se considerou este dado. Estes processos correspondem a factos, que a lei penal qualifica crimes, praticados por jovens entre os 12 e os 16 anos, em que o MP considera ter prova suficiente desses factos e, ainda, que a gravidade dos mesmos não justifica e não permite o arquivamento do processo ou a sua remessa para as CPCJ, por, apesar do facto criminal praticado, se considerar que esse jovem deve ser acompanhado, no âmbito do processo de promoção e proteção de crianças em perigo. Estes processos tutelares educativos que correm os termos em tribunal, corporizam processualmente a denominada delinquência juvenil mais grave.

Figura 8 - Heptágono da litigiosidade relativa a crianças e jovens que cometem crimes, 2010 (processos entrados)



Fonte: Adaptado de Santos *et al.* (1996:50)

Todavia, as CPCJ, no ano de 2010, apenas iniciaram 1.765 processos de promoção e proteção relativos a factos criminais praticados por crianças com menos de 12 anos ou que foram remetidos pelo MP, em situações de crianças com idades entre os 12 e os 16 anos, em que este considerou, que era mais adequada a intervenção de uma CPCJ que de um tribunal⁴⁸⁴ (figura 8).

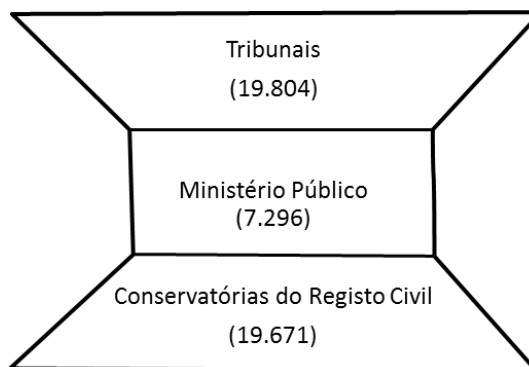
2.1.2 A justiça cível de família

A análise da litigiosidade da justiça da cível de família (ações declarativas cíveis de família, processos de divórcio e separação de pessoas e bens, procedimentos cautelares e, ainda, processos cuja decisão é competência do MP), em 2010, demonstra, em primeiro lugar, um relativo equilíbrio entre a procura nos tribunais judiciais (19.804) e nas conservatórias do registo civil (19.671). Assim, ao contrário dos conflitos relativos a crianças e jovens, nos conflitos de família entre adultos não se verifica uma subsidiariedade dos tribunais judiciais, mas uma separação entre os conflitos que podem ser resolvidos consensualmente nas conservatórias do registo civil e os conflitos em que as partes, pelo menos inicialmente, não conseguem formar um consenso para a sua resolução. Assim, as partes optam entre um meio consensual (Conservatória do Registo Civil) ou um adjudicatório (tribunal) para dirimir o litígio (figura 9).

⁴⁸⁴ Os dados estatísticos das CPCJ não permitem saber entre os referidos 1.765 processos quais os que dizem respeito a crianças com menos de 12 anos em que a CPCJ tem competência própria e quais são remetidos pelo MP.

Em regra, estas ações de justiça cível de família são obrigatórias legalmente para dar validade legal a um facto (ex. divórcio), pelo que as partes têm necessariamente de aceder a uma destas instâncias, devido à sua decisão ser constitutiva e certificatória do direito.

Figura 9 – Pirâmide da litigiosidade da justiça cível de família, 2010 (processos entrados)



Fonte: Adaptado de Santos *et al.* (1996:50)

Em segundo lugar, ao contrário do observado na justiça tutelar, o MP desempenha um papel “secundário” na resolução de litígios cíveis de família (7.296), estando responsável pelas ações do Decreto-Lei n.º 272/01 (1.401) – v.g. suprimimento do consentimento, autorização da venda de bens –, ações de averiguação oficiosa de paternidade e maternidade (2.301) e a iniciativa de instaurar as ações declarativas cíveis de defesa de direitos ou interesses de menores (3.594).

3 A justiça da família e das crianças: oferta de justiça relevante, especializada e territorializada

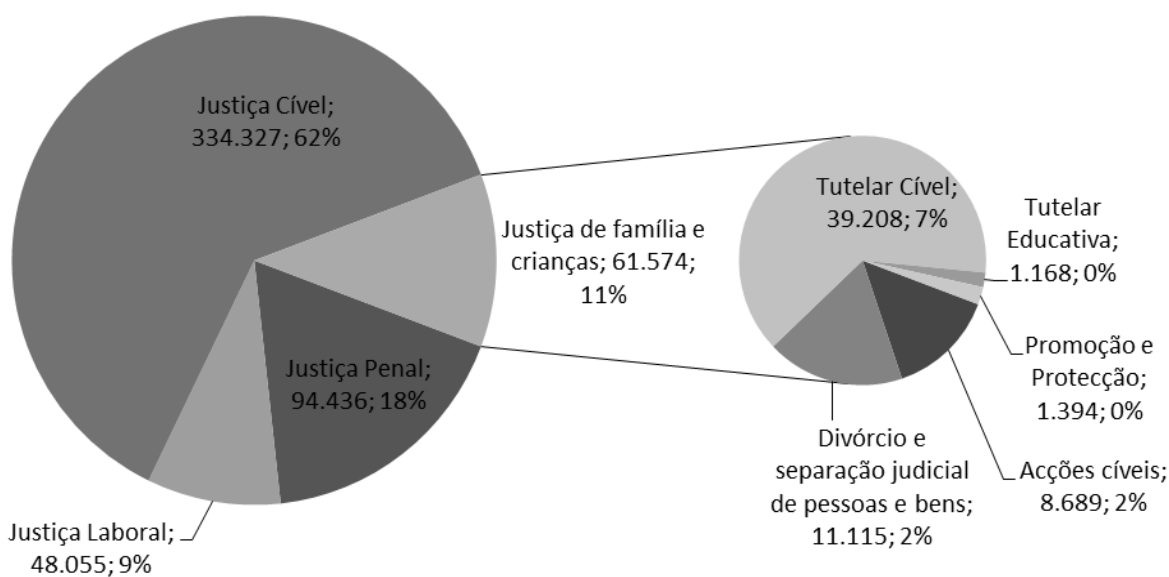
3.1 A justiça da família e das crianças: uma oferta relevante na compensação do sofrimento e da vulnerabilidade social

A quantidade de litígios de família e das crianças que são sujeitos a tutela judicial e são resolvidos pelos tribunais resulta, como se referiu, da soma das ações declarativas cíveis de família (as ações decorrentes de conflitos de família, alimentos, filiação, etc.), das ações de divórcio e separação de pessoas e bens, e das ações tutelares cíveis (regulação das responsabilidades parentais, entrega de crianças para adoção e todos os conflitos que tenham a ver com o estado civil ou os bens de crianças ou outros incapazes), as ações tutelares de promoção e proteção (crianças

em perigo) e ações tutelares educativas (crianças entre os 12 e os 16 a quem é imputada a prática de um crime), procedimentos cautelares e ações executivas⁴⁸⁵.

Ora, no contexto dos processos findos, a justiça de família e das crianças representa 61.574 processos, ou seja, 11% da oferta dos tribunais no ano 2010, representando a justiça tutelar a esmagadora maioria, 7,8% (41.770), dos quais 7,3% (37.202) tutelares cíveis, 0,2% (1.168) tutelares educativos e 0,3% (1.394) promoção e proteção (gráfico 19)⁴⁸⁶.

Gráfico 19- Processos findos por área de justiça⁴⁸⁷, 2010



Fonte: DGPI

A justiça cível, como se sabe, está colonizada pela cobrança de dívidas e que a justiça penal responde, ainda maioritariamente, a questões relacionadas com dívidas (cheques sem provisão) e com a condução e circulação automóvel (Santos *et al.*, 1996 e estudos do Observatório Permanente da Justiça), pelo que, neste contexto explicativo, a oferta de justiça da família e das crianças, ainda, é muito mais relevante,

⁴⁸⁵ Não se consideraneste estudo as ações executivas, em matéria de família, dado que não existe esse dado estatístico. No entanto, a falta de tais dados não afeta a reflexão em termos de acesso ao direito e à justiça, pois, previamente a qualquer ação executiva, tem que ser intentada uma ação declarativa.

⁴⁸⁶ Também no contexto do movimento processual, embora por aproximação, se apurou um resultado similar de 11,5% de procura da justiça ser na área da família e das crianças.

⁴⁸⁷ O valor apresentado como justiça cível (334.327) resulta da subtração ao total das ações cíveis, dos processos cíveis findos de família (19.804), ou seja, do total de ações declarativas cíveis, procedimentos cautelares de direito de família e ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens. Por sua vez, o valor apresentado como justiça de família e das crianças resulta da soma dos processos tutelares findos e dos processos cíveis de direito de família findos e de divórcio e separação judicial de pessoas e bens. Para facilitar a representação gráfica agregamos na categoria ações cíveis, as ações declarativas cíveis e os procedimentos cautelares.

dado que não está ao serviço dos litigantes frequentes e reflete problemas das crianças, das pessoas e das famílias, por vezes em situação de vulnerabilidade social. Acresce que, nos últimos 20 anos, todos os conflitos da família e das crianças, em que era possível uma solução por consenso, foram desjudicializados, como analisarei, mais à frente, para os processos da competência das conservatórias do registo civil, do Ministério Público (MP), para a mediação familiar e para as CPCJ. Assim, os atuais conflitos de família e das crianças que chegam a tribunal são, em regra, litigação de alta intensidade (ex. regulação das responsabilidades parentais) e relacionados com a promoção e proteção dos direitos das crianças, que assumem, no século XXI, uma centralidade importante na procura e no desempenho dos tribunais, bem como das instâncias de resolução de litígios não judiciais.

Consequentemente, os tribunais que resolvem litígios da família e das crianças estão a desempenhar, com especial relevo, as suas funções política – controlo social da família, cumprimentos dos direitos e obrigações perante a família e, essencialmente, das crianças, e integração social, compensando as desigualdades da mulher e das crianças no espaço doméstico -, instrumental (resolução de litígios) e simbólica (procura de justiça social nas relações sociais). A justiça da família e das crianças não está dominada “pela justiça rotineira”, mas a sua procura significa, como analisarei mais à frente, a procura de uma compensação para o sofrimento e a vulnerabilidade social.

3.2 A justiça da família e das crianças: a caracterização da procura dos tribunais através da análise dos processos findos

Após o estudo das diversas configurações do sistema de resolução de conflitos da família e das crianças, procedo agora à análise e caracterização dos processos findos⁴⁸⁸, nos tribunais judiciais, de primeira instância, cujo objeto é um litígio regulado pelo direito da família e das crianças. O facto dos dados estatísticos disponibilizados pela DGPJ para os processos findos estarem desagregados⁴⁸⁹ por tipo de objeto de

⁴⁸⁸ A caracterização da justiça de família e menores finda desenvolvida na presente secção deste capítulo diz respeito exclusivamente às ações cíveis declarativas e tutelares, dado que não há dados disponíveis autonomizados de todos os processos executivos a decorrerem na totalidade dos tribunais de primeira instância relativos às ações de família. No entanto, no que respeita à evolução das ações executivas findas nos tribunais de família e menores verifica-se uma tendência de decréscimo entre 2000 e 2008, designadamente de 905 para 784, registando-se o menor número de ações executivas findas nos Tribunais de família e menores em 2001 (612) e o maior número em 2003 (1.281). De salientar, contudo, que, entre 2005 e 2008, tem vindo a registar-se um aumento do número de ações executivas findas nos Tribunais de família e menores. Entre as ações executivas a maior percentagem, em média 61%, diz respeito a ações de “cumprimento de contratos/outras obrigações”, seguidas das relativas a alimentos, em média com 37%, no período considerado.

⁴⁸⁹ O nível de desagregação dos dados estatísticos, no movimento processual, apenas permite obter os resultados estatísticos por espécie de processo (por exemplo, no caso da justiça cível: ações declarativas; ações

ação⁴⁹⁰, nas ações declarativas cíveis de família e nas ações tutelares findas, permite desenvolver uma análise mais fina da justiça cível de família e menores⁴⁹¹ e dos processos tutelares cíveis com apelo à caracterização de várias variáveis com relevância jurídica e sociológica (objeto de ação, natureza da pessoa – singular ou coletiva, o sexo dos requerentes, requerimento de apoio judiciário, etc.), o que não era possível através dos dados do movimento processual (entrados/findos/pendentes) já analisados.

3.2.1 A evolução dos processos findos: o domínio da justiça tutelar cível

3.2.1.1 Ações declarativas cíveis de família e de divórcio e separação judicial de pessoas e bens

O número de processos cíveis de família findos, na qual se incluem as ações declarativas cíveis e as ações de divórcio e separação de pessoas e bens, nos tribunais de primeira instância de competência genérica e especializada, tende a diminuir, no período de 2000 (22.962) a 2010 (19.804). Sendo que a tendência de declínio se deve, em grande parte, à diminuição drástica das ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens no total das ações de família de natureza cível.

Com efeito, no período considerado, o número de ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens diminuiu cerca de 37,8%, de 17.890, em 2000, para 11.115, em 2010, registando o valor mais baixo em 2005 (8.401) – gráfico 20. Mais concretamente, nas ações de divórcio litigioso findas observa-se que, após um período de crescimento, entre 2001 e 2006, em que estas ações chegaram a representar mais de 60% das ações cíveis de família findas à escala nacional, em 2008 findaram 7.533 (41,2%) processos de divórcio litigioso (cf. quadro no anexo 4 a este capítulo). Com a entrada em vigor da lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que alterou o regime jurídico do divórcio e estabelece o regime das responsabilidades parentais, o número de divórcios litigiosos e sem consentimento do outro cônjuge aumenta ligeiramente,

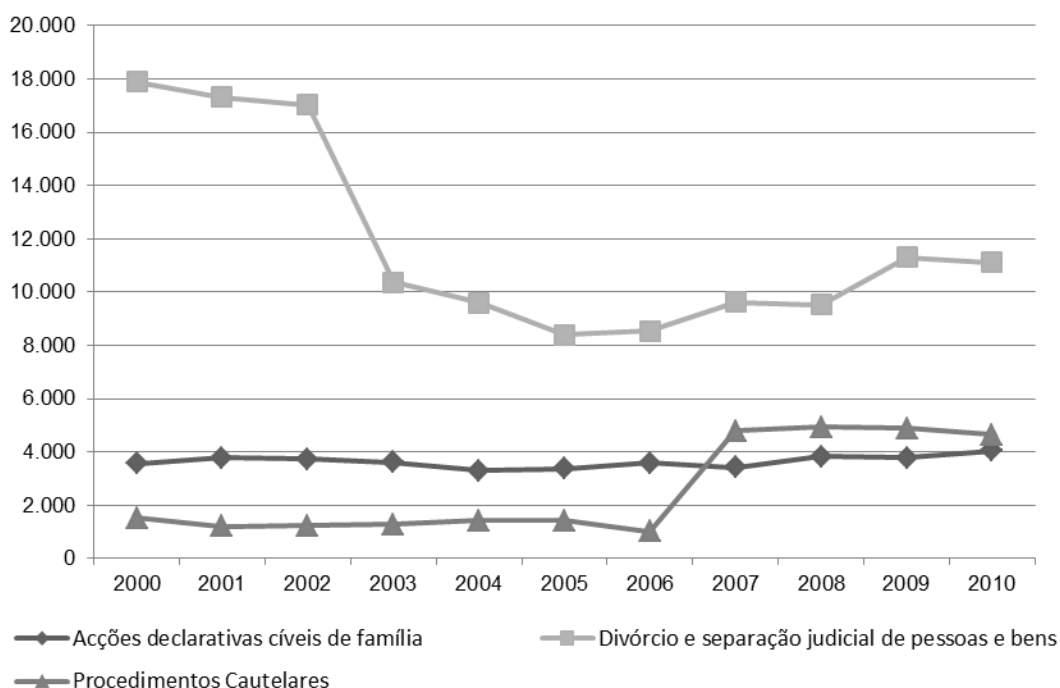
executivas; procedimentos cautelares), enquanto a caracterização estatística dos processos findos permite uma análise mais detalhada.

⁴⁹⁰ Objeto de ação é a designação do litígio, ou seja a matéria ou assunto de que o processo trata, aquilo que também se chama o fundo ou mérito da causa. É a situação para a qual é pedida tutela ao tribunal, ou o bem jurídico que se pretende atingir com a providência judicial.

⁴⁹¹ Para tanto, das espécies de processo “ações cíveis” e “procedimentos cautelares” seleccionei apenas o conjunto de objetos de ação respeitantes a família e menores”: nas ações declarativas - filiação, poder paternal, alimentos, família-casamento, sucessões, registo civil e processos do Ministério Público, nos termos do DL n.º 272/2001; nos procedimentos cautelares - alimentos provisórios, arrolamento, outros procedimentos cautelares não especificados. Na análise do que designamos aqui de ações cíveis de direito de família incluímos ainda todos os objetos de ação respeitantes a divórcio e separação judicial de pessoas e bens, que são estatisticamente registados através de outro verbete separado das ações declarativas (cf. anexo 3, a este capítulo).

representando, em 2010, cerca de 47% das ações cíveis de família findas, dos quais 9% (1.739) são, ainda, divórcios litigiosos, no âmbito da lei antiga, e 38% (7.393) divórcios sem consentimento do outro cônjuge. Este aumento pode resultar da confluência de, no mesmo ano, se encontrarem a terminar processos antigos de divórcios litigiosos mais morosos e processos novos de divórcio sem consentimento, aparentemente mais céleres ou, ainda, de se “facilitar” com a nova lei, o divórcio, ao tornar desnecessária a prova de culpa do outro cônjuge, o que fez crescer a procura dos tribunais. Porém, só nos próximos anos se poderá tirar uma conclusão.

Gráfico 20- Processos cíveis findos nos tribunais de primeira instância de competência genérica e especializada por espécie de ação relativos a família e menores (2000 a 2010)



Fonte: DGPJ

Os divórcios por mútuo consentimento, por sua vez, que representavam 43,8% (10.060) dos processos cíveis de família, no ano de 2000, em 2010, representam apenas 9% (1.773) das ações findas. Esta redução drástica num curto período de tempo é um fenómeno indissociável da já referida entrada em vigor em 2001, do decreto-lei n.º272/2001 que atribuiu a competência homologatória exclusiva às conservatórias de registo civil nos casos de separação e divórcio por mútuo consentimento, afastando os tribunais deste processo. Estes divórcios por mútuo consentimento, que chegam a tribunal, resultam do acordo entre as partes em processos de divórcio litigioso ou

divórcio sem consentimento do outro cônjuge, conforme a data da sua instauração, que convertem, assim, esses processos em divórcio consensuais.

Em suma, a tendência geral de diminuição das ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens é consonante, por um lado, com as alterações legais, que desjudicializaram a tramitação dos divórcios por mútuo consentimento dos tribunais para as conservatórias do registo civil, e, por outro lado, com o facto da cessação do vínculo do casamento ser um assunto que se *naturalizou* nas sociedades ocidentais e que cada vez mais as pessoas pretendem resolver consensualmente⁴⁹².

Pelo contrário, o número de processos findos de procedimentos cautelares⁴⁹³ relativos a família e menores (alimentos provisórios, arrolamento e outros procedimentos não especificados) triplicou entre 2000, com 1.511, e 2010, com 4.651 processos, o que significa que os cidadãos estão mais disponíveis para recorrer a estes procedimentos de urgência, para acautelar os seus direitos ou interesses.

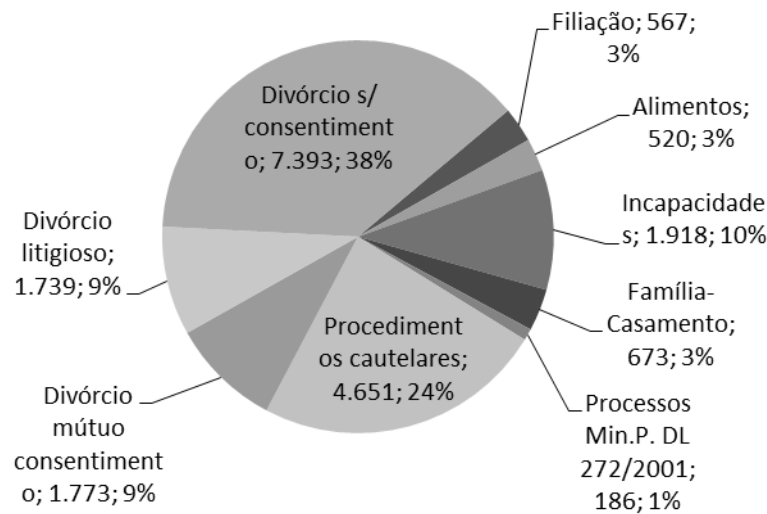
Por fim, é de referir que o número de ações declarativas cíveis de família se manteve praticamente inalterado entre 2000 (3.561) e 2010 (4.038). Analisando as ações declarativas cíveis de família por objeto de ação, à escala nacional, no período de 2000 a 2010 (cf. quadro no anexo 4, a este capítulo), é de destacar em termos evolutivos, em primeiro lugar, o aumento do número de processos de declaração de incapacidade findos, de 874 (3,8%) em 2000, para 1.918 (9,7%) em 2010, e dos processos de competência decisória exclusiva do Ministério Público (Decreto-Lei n.º 272/2001⁴⁹⁴) que em 2010 registaram 186, ou seja, perto de 1% das ações declarativas de família findas.

⁴⁹² Desde 1976 que o número de divórcios não parou de aumentar, registando-se em 2008 cerca de 26 mil divórcios, ao mesmo tempo que o peso dos casamentos dissolvidos por morte do cônjuge decresce gradualmente. Em 2006, os divórcios por mútuo consentimento representavam, no total de divórcios, mais de 90% do total de divórcios (INE, 2010).

⁴⁹³ A informação disponibilizada pela DGPJ, quanto aos procedimentos cautelares à escala nacional, não nos permite tirar grandes conclusões, na medida em que o maior crescimento se faz sentir na categoria 'outros procedimentos cautelares não especificados'. Relativamente aos procedimentos cautelares findos nos tribunais de família e menores é de registar, em primeiro lugar, apesar de algumas oscilações, uma tendência de diminuição dos processos findos de ações de alimentos provisórios entre 2000 e 2010, de 378 para 94. Em segundo lugar, constatamos que os processos de arrolamento, por sua vez, aumentaram ligeiramente no período considerado, ainda que entre 2003 e 2006 a tendência tenha sido de declínio. Por fim, os processos findos classificados como outros procedimentos cautelares não especificados aumentaram, o que pode ser atribuído à alteração do sistema de registo ou a uma codificação displicente. Nos tribunais de competência genérica, tanto as ações de arrolamento como as de alimentos provisórios mantiveram-se praticamente inalteradas, entre 2000 e 2010.

⁴⁹⁴ Nos termos deste diploma procedeu-se, como já referimos anteriormente, à transferência da competência decisória do tribunal para o Ministério Público no caso das ações de suprimento do consentimento dos representantes, de autorização para a prática de atos, bem como a confirmação de atos em caso de inexistência de autorização. Procedeu-se ainda 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, tais como a atribuição de alimentos a filhos maiores e da casa de morada da família, a priveração e autorização de apelidos de atual ou anterior cônjuge e a conversão da separação em divórcio. Passaram ainda a ser decididos pelo conservador

Gráfico 21 – Processos cíveis findos à escala nacional pelos principais objetos de ação, 2010



Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

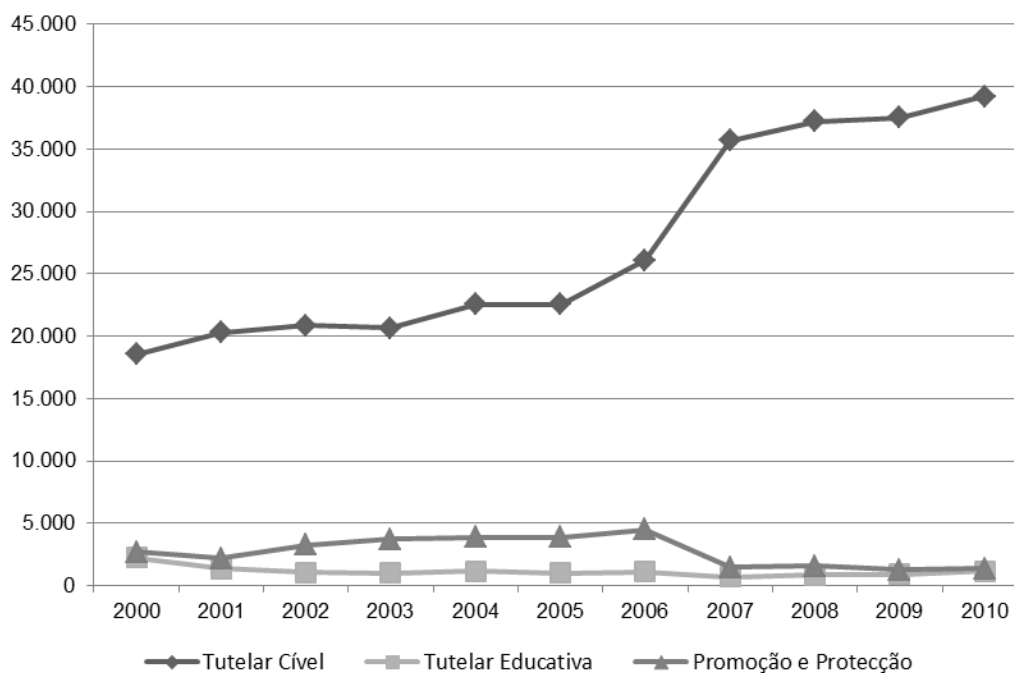
Assim, em 2010, – gráfico 21 – a maioria dos processos cíveis findos, à escala nacional, reportava-se a processos de divórcio sem consentimento do outro cônjuge (37,3%), a que se juntarmos os divórcio litigiosos instaurados anteriormente e os divórcio por mútuo consentimento tem-se que 56% dos processos cíveis de família findos, em 2010, à escala nacional correspondem a processos de divórcio, sendo que 47% correspondem a divórcios litigiosos ou sem mútuo consentimento, que seguem os seus termos até à sentença, sem que as partes acordem a sua conversão num processo de divórcio por mútuo consentimento. É de ressaltar, ainda, a relevância da justiça cautelar e urgente (24%), o que deve ser interpretado como conflitos em que os requerentes pretendem acautelar de imediato o risco de ocorrer dano irreparável, que podia ser causado pela outra parte. Em regra, são providências conservatórias dos bens do casal (arrolamento instaurado como preliminar ao processo de divórcio sem consentimento). Por último, refira-se a relevância das ações de declaração de incapacidade (10%), que decorrem da necessidade de exercer a representação legal do incapaz, administrar os seus bens ou receber uma prestação social do sistema de segurança social.

3.2.1.2 Os processos tutelares

do registo civil os processos de reconciliação de cônjuges separados, processos de separação e divórcio por mútuo consentimento, independentemente da existência ou não, de filhos menores.

No mesmo período, o volume de processos tutelares findos aumentaram significativamente de 23.502, em 2000 para 41.770, em 2010. Com efeito, à exceção do decréscimo dos processos entrados no ano 2001, que se justifica pela ampla e profunda reforma legal introduzida no nosso direito com a entrada em vigor das Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, e Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, que vieram regular, de modo autónomo, os processos de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo e os processos tutelares educativos, respetivamente. Para a aplicação destes novos regimes jurídicos os tribunais realizaram um amplo processo de contagem e reclassificação dos processos pendentes, que era exigido pela lei, em 31 de dezembro de 2000, bem visível nos dados de 2001 (Ferreira e Pedroso *et al.*, 2007: 210).

Gráfico 22 - Processos tutelares findos nos tribunais de primeira instância de competência genérica e especializada por espécie de ação relativos a família e menores (2000 a 2010)



Fonte: DGPI

O crescimento das ações tutelares cíveis está em consonância com o facto de se estar, como se referiu, perante uma litigiosidade interpessoal de alta intensidade (v.g. regulação das responsabilidades parentais) ou em que não é possível obter decisão por outro modo (v.g. adoção). No que se refere aos processos tutelares cíveis por objeto de ação⁴⁹⁵ (cf. quadro no anexo 2, a este capítulo) à escala nacional regista-se

⁴⁹⁵ Note-se que alguns objetos de ação tutelares cíveis não têm qualquer expressão no período considerado, é este o caso de: Família-Casamento; Tutela da personalidade/nome/correspondência conf.; Formulário de modelo de resolução contratual/outro ato, Responsabilidade Civil, Cumprimento de contrato/outras

um declínio do número de processos findos de praticamente todos os objetos de ação (filiação, alimentos, etc.) com exceção das ações de regulação do exercício do poder paternal, agora denominadas de regulação das responsabilidades parentais, que registaram um crescimento de cerca de 88%⁴⁹⁶.

Nos processos judiciais de promoção e proteção e tutelares educativos findos verifica-se a tendência inversa, registando-se entre 2000 e 2010 um declínio, dado que estes processos, como se referi, foram respetivamente desjudicializados e correm os seus termos respetivamente, nas CPCJ, quando há consentimento dos representantes legais da criança, e, no Ministério Público, que como se referiu só remete a tribunal os processos tutelares relativos a crianças entre os 12 e os 16 anos, a quem é imputada a prática de um facto, que a lei penal qualifica como crime, mais graves, em que entende que deve ser aplicada uma medida tutelar educativa.

Os processos tutelares educativos decresceram cerca de 48%, de 2.255, em 2000, para 1.168, em 2010, atingindo o valor mais baixo da curva em 2007 (727). Este decréscimo tem, como se referiu, como causa a reforma legal que obrigou à reclassificação dos processos e ao arquivamento de todos os que estavam indevidamente pendentes. A procura e entrada de processos em tribunal desceu dado, que havia antes da referida reforma legal processos tutelares classificados e tratados pelos tribunais como sendo de prática de crime por crianças e jovens, quando eram situações de risco e vulnerabilidade social, o que deixou de acontecer (Pedroso e Fonseca, 1999; Pedroso e Gersão *et al.*, 1998)⁴⁹⁷.

Desde os finais dos anos oitenta que, quer a sociedade quer os tribunais, estão mais sensibilizados para atuar sobre as situações de crianças sociologicamente em risco (e juridicamente em perigo), pelo que são encaminhados para as instâncias formais mais crianças em risco, que crianças que pratiquem crimes. Admite-se, ainda⁴⁹⁸, por resultar de entrevistas efetuadas – o que terá de ser estudado mais tarde – que haja

obrigações, Contrato de sociedade-exercício de Direitos sociais; Direito de propriedade, reivindicação, reconhecimento de propriedade; ações de arbitramento, preferências, registo civil e procedimentos cautelares. Por conseguinte, eliminamos dos quadros estes objetos de ação. Há apenas que referir que: à escala nacional, em 2007 e 2008, o objeto de ação Família-Casamento registou 6 e 37 processos findos e os procedimentos cautelares 12 e 9, respetivamente; nos tribunais de família e menores, em 2007 e 2008, o objeto de ação Família-Casamento registou 3 e 15 processos findos e os procedimentos cautelares 9 e 8, respetivamente;

⁴⁹⁶Verifica-se ainda um crescimento dos processos tutelares cíveis findos codificados como outros ou não especificados nos anos de 2007 e 2008 o que coincide com a entrada em vigor do novo sistema de registo estatístico, do Ministério da Justiça (H@BILUS), o que dificulta a análise referente a estes dois últimos anos.

⁴⁹⁷ As crianças que praticam crimes antes dos 12 anos são abrangidos pelo regime das crianças em perigo e as que os praticam depois dos 16 anos são consideradas imputáveis penalmente, pelo que são abrangidas pela justiça penal.

⁴⁹⁸ Como resulta de entrevistas efetuadas a presidentes e membros de CPCJ.

uma tendência das entidades que trabalham em matéria de infância e juventude e das CPCJ para tratar, pelo menos, algumas situações de jovens que praticam pequenos crimes contra a propriedade como situações de risco.

Paradoxalmente, o discurso político e mediático atual dá uma grande relevância aos crimes praticados pelos jovens (12-16 anos), o que não tem, nem de perto nem de longe, a mesma relevância no MP e nos tribunais. No entanto, não se pode deixar de considerar que, segundo as estatísticas do MP, no ano de 2010, deram-se início a 8.459 inquéritos da sua responsabilidade, de processos tutelares educativos, de que só passaram à fase jurisdicional 1.471 processos⁴⁹⁹ (figura 9). Assim, o número de queixas entradas relativas às crianças entre 12 e 16 anos que praticam crimes mantém-se em 2010 ao nível do ano de 2000.

Ao observar comparativamente a evolução da judicialização dos processos tutelares educativos e dos processos de promoção e proteção pode-se concluir que se verifica uma tendência inversa. Enquanto a procura judicial efetiva relativa a crianças em risco aumenta gradualmente, apesar de uma procura muito maior ser satisfeita pelas CPCJ, a procura judicial efetiva de crianças que praticam crimes, no âmbito da LTE e desde 2001, manteve-se praticamente inalterada nesta primeira década do século XXI, o que por si só desmente o discurso relacionado com o medo, de que a “delinquência juvenil” tem estado em crescimento permanente. É certo que, não existem dados para estimar as cifras negras, mas os dados estatísticos disponíveis não permitem concluir que elas tenham aumentado.

O número de processos de promoção e proteção findos, por sua vez, após uma ligeira quebra em 2001 (2.181) em relação a 2000 (2.687), fruto da já referida reclassificação dos processos na sequência da alteração legislativa de 2001, cresceu progressivamente até 2006, atingindo os 4.512. Este crescimento só é explicável dado que em 2001 as primeiras linhas de intervenção foram confiadas às entidades com competência em matéria de infância e juventude e às Comissões de proteção de crianças e jovens, que foram progressivamente estendendo-se a todo o território nacional. Entre 2006 e 2010, regista-se uma diminuição acentuada da procura para menos de metade, de 4.512 para 1.394. A evolução dos processos judiciais de promoção e proteção corresponde a um processo de consolidação da primeira linha de intervenção confiada às entidades públicas e da comunidade com competência na

⁴⁹⁹ Segundo as estatísticas da DGPJ são 1.922 processos.

área da infância e juventude e, em especial, do segundo nível de intervenção atribuído às Comissões de proteção de crianças e jovens (CPCJ), nas quais deram entrada, em 2010, 26.338 processos, passando lentamente os tribunais a ser subsidiários destas duas primeiras linhas. Os tribunais não tiveram que responder à explosão da procura que foi encaminhada para as CPCJ e para a qual não teriam capacidade de resposta. Só são, assim, procurados como “instância de recurso”, o que é muito raro – iniciativa do MP para reapreciação das decisões das CPCJ – ou quando as CPCJ ainda não estejam instaladas ou não puderem, legalmente – falta de consentimento dos pais ou oposição da criança – ou materialmente, intervir (falta de meios).

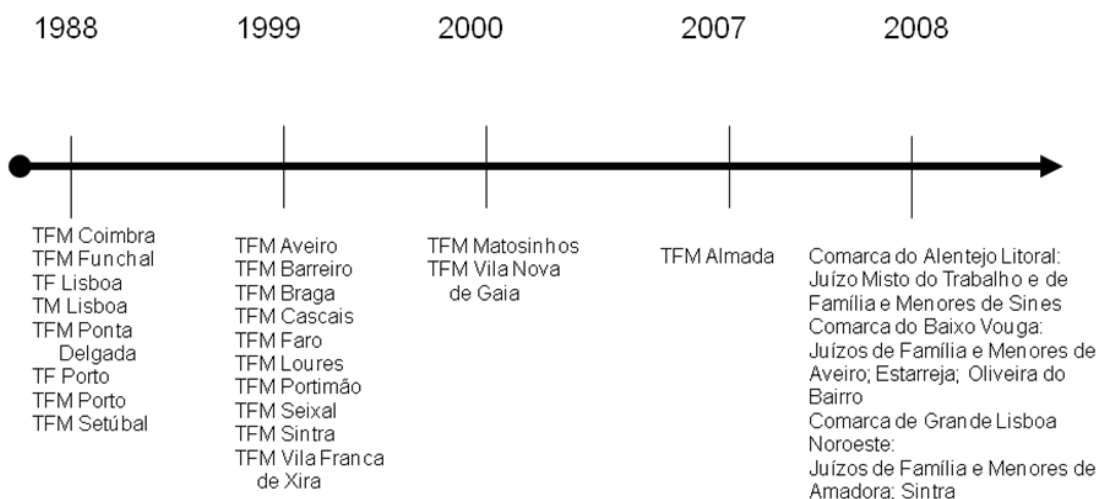
4 As duas justiças da família e das crianças

4.1 A justiça da família e das crianças: a justiça dos tribunais comuns e dos tribunais especializados de família e menores do litoral e centros urbanos

A justiça da família e das crianças tem estado sujeita, após um primeiro impulso para a sua especialização e reconhecimento da relevância dos conflitos da família e do direito da família, em 1988, a uma profunda alteração, em termos de organização judiciária. O legislador optou pela sua especialização, como forma de adequar os tribunais a uma sua crescente procura, a uma maior consciencialização dos direitos e do princípio jurídico da igualdade entre os cônjuges ou unidos de facto e, ainda, dos direitos das crianças. Deste modo pretendeu-se, ainda, dar resposta à maior visibilidade destes direitos, devido a alguns casos mediáticos, à constituição de ONGs, nesta área⁵⁰⁰, e, ainda, à reforma legal profunda que o direito das crianças (ou seja, o direito tutelar) teve com a aprovação da lei de promoção dos direitos das crianças e proteção das crianças em perigo e a lei tutelar educativa, em 1999, tendo entrado em vigor no dia 1 de janeiro de 2001 (cf. anexo I, a este capítulo, onde se descreve a evolução legal da organização judiciária, nesta matéria).

⁵⁰⁰ Será sempre de referir o relevante trabalho efetuado pelo Centro de Estudos Judiciário através do seu grupo de reflexão e análise sobre os direitos dos menores, nos anos oitenta e início dos anos noventa, que serviu como agregador e dinamizador da ação do Estado e das ONGs na promoção dos direitos das crianças.

Figura 10 – Linha temporal de 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 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 Noroeste⁵⁰¹. 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.

4.2 Os “territórios” da justiça da família e das crianças

⁵⁰¹ Artigos 7.º, 8.º, 18.º, 19º e 31º do Decreto-Lei n.º 25/2009.

4.2.1 A justiça comum e a justiça especializada

Nos últimos vinte e dois anos, com especial incidência, em 1988, e em 1999 (em 2007 só se criou o Tribunal de Família e Menores de Almada e em 2008 só o Juízo de Sines é inovação, dado que os outros juízos resultam de uma mera reorganização) verificou-se um crescimento do número de tribunais especializados e o alargamento geográfico da justiça especializada de família e menores. Ao observar o mapa I⁵⁰² verificamos, por um lado, que a especialização da justiça da família e das crianças ocorreu em especial no litoral do país, passando essa 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 penais⁵⁰³. 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 menores pode, como hipótese, atuar como elemento potenciador da procura e mobilização da justiça de família e menores e, conseqüentemente, promover o acesso e compensar as desigualdades e exclusões no acesso ao direito e à justiça.

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, direta ou indiretamente, influenciam a procura e a mobilização da justiça, como a população residente e a área do território. Em 2010, a população residente de Portugal era, segundo as estimativas da população, de 10.636.979 indivíduos, numa área de 92.212 km² (INE). A justiça especializada de família e menores abrange, assim, aproximadamente 49,9% da população portuguesa (cerca de 5 milhões habitantes), mas apenas 19,8% do território (cerca de 18 mil km²),

⁵⁰² O tratamento e a análise dos indicadores selecionados 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 – cf. anexo 2, a este capítulo. Procedemos, posteriormente, à cartografia dos dados recolhidos e tratados, sujeitos a análise de expressão territorial, enquadrada na divisão administrativa.

⁵⁰³ Cf. Ferreira (2005: 292) em que se refere que a justiça especializada de trabalho cobre todo o país, porém, a distribuição dos processos pelos diferentes tribunais do trabalho deixa perceber a existência da contraposição entre o litoral e o interior, dado a procura ser mais forte nas zonas do litoral norte e sul. Como se sabe, os tribunais administrativos e fiscais são uma outra jurisdição, relativos aos conflitos em que o Estado é parte e que devido à sua especialidade não é considerada nesta análise.

o que é consonante com os fenómenos de litoralização e urbanização quer do território nacional, e que, em regra, são acompanhados pela especialização da administração da justiça⁵⁰⁴. Muito, embora, cerca de metade da população portuguesa esteja abrangida por esta justiça especializada, há ainda uma grande percentagem de cidadãos, 50,1%, no interior do território nacional e fora dos centros urbanos de grande e média dimensão, que não têm acesso à justiça especializada de família e das crianças (quadro 35).

O Tribunal de Família e Menores de Lisboa, com nove juízes, é aquele que serve o maior número de habitantes, mais concretamente, 545.245 habitantes do concelho de Lisboa (59.527 habitantes por juiz), e o Juízo de família e menores de Aveiro, com um juiz, é o que abrange o menor número de habitantes (78.463 habitantes). Mas, o mais relevante é que temos 1 juiz de família e menores, nestas comarcas especializadas, por cerca de 60.000 a 80.000 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.

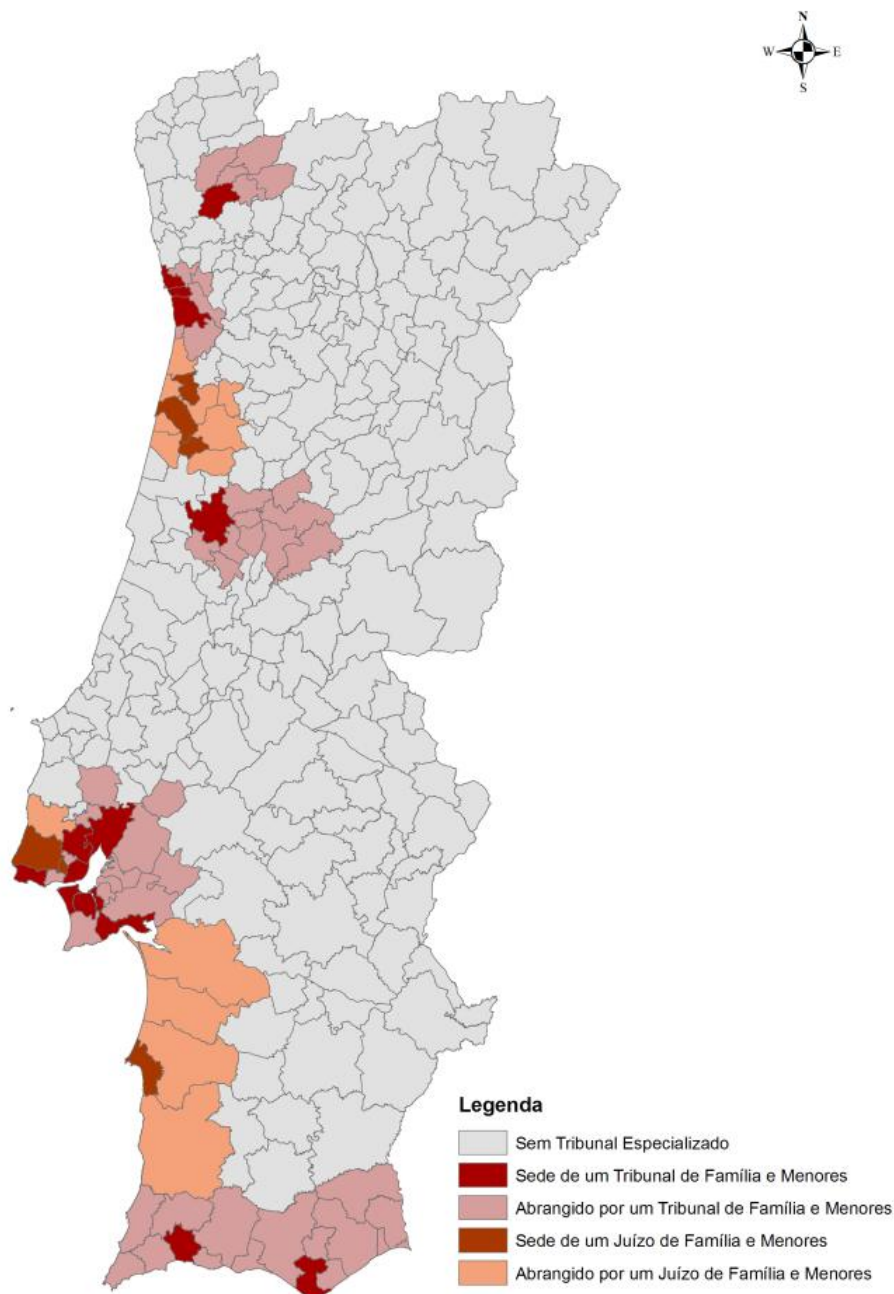
Na justiça de família e menores existe uma forte variação da extensão geográfica abrangida por cada um dos tribunais e juízos de família e menores, num polo encontramos os juízos e tribunais que abrangem 100km² ou menos (Amadora, Almada e Lisboa) e no polo oposto o juízo de família e menores de Sines que serve uma área de mais de 5.000km².

A maior ou menor distância do tribunal é um fator decisivo para o acesso ao direito e à justiça, pelo que a população abrangida pelo juízo de família e menores de Sines, e a menor escala a abrangida pelo tribunal de família e menores de Coimbra, de Faro e de Portimão, ainda que servida por tribunais especializados, enfrenta obstáculos à mobilização da justiça especializada de família e menores, decorrentes da distância e do tempo que se demora a chegar a esse tribunal. Esta tensão entre os benefícios da especialização (mais sensibilidade, mais conhecimento e disponibilidade de recursos técnicos de apoio ao tribunal e, eventualmente, assertividade e celeridade) e a distância que é criada relativamente aos cidadãos (dificuldade de mobilidade e de acesso físico) é um problema recorrente e que não pode ser ignorado e que numa política de acesso

⁵⁰⁴ Neste sentido, confere Santos, Gomes *et al.* (2006).

ao direito e à justiça implicará medidas que atenuem essa distância (ex. articulação com transportes públicos)⁵⁰⁵.

Mapa I - Distribuição geográfica da justiça especializada de família e menores



Contudo, como se escreveu no capítulo III, a distância geográfica é apenas um dos fatores que podem afetar o acesso ao direito e à justiça, entre outros como a

⁵⁰⁵ A maior ou menor relevância da distância física no acesso ao direito e à justiça não está estudada, no início do século XXI, mas não lhe poderei dar atenção, por não ser central ao meu objeto de estudo.

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 cidadãos⁵⁰⁶. Não se pode deixar de considerar que em 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 cultural⁵⁰⁷: 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).

Quadro 35 - Indicadores sociodemográficos do total de concelhos abrangidos pela Justiça de família e menores, 2010⁵⁰⁸

	População		Área (km2)		Densidade Pop.
	N	%	N	%	
Total Justiça Especializada	5.309.970	49,9%	18296,2	19,8%	288,0
Total Justiça Genérica	5.327.009	50,1%	73915,8	80,2%	71,5
Portugal	10.636.979	100	92212	100	115,4

Fonte: INE

A literatura sociojurídica, como se referiu nos capítulos II e III, tem chamado a atenção para a importância da construção de territórios judiciais na análise do funcionamento da administração da justiça (Commaille, 1993; Ferreira, 2005). Assim, falar em território nos nossos dias significa ter em conta a dimensão e as relações sociais. O princípio da territorialidade de um tribunal visa definir um espaço dinâmico onde há que gerir os problemas públicos e resolver litígios tendo em conta a sua diversidade, a contingência das soluções e as variações de ordem demográfica (Commaille, 1999; Pedroso *et al.*, 2002). Os referidos estudos têm-se, ainda, ocupado dos obstáculos sociais e culturais ao efetivo acesso à justiça por parte dos grupos sociais mais vulneráveis. O reconhecimento de um problema como sendo do foro jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para o resolver não são suficientes para

⁵⁰⁶ Conferir os estudos recenseados no capítulo II.

⁵⁰⁷ 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.

⁵⁰⁸ 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.

que a iniciativa seja, de facto, tomada. Quanto mais baixo é o estrato socioeconómico do cidadão, menos provável é que conheça um advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando contactar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais (Santos *et al.*, 1996 e Pedroso *et al.*, 2002).

4.2.2 A procura da justiça de família e das crianças nos tribunais de família e menores e nos tribunais de competência genérica pela população abrangida (através da análise dos processos findos)

Os tribunais de família e menores abrangem cerca de 49,9% da população portuguesa, como já se escreveu, ou seja, 5.309.970 indivíduos, dos 10.636.979 indivíduos residentes em Portugal, em 2010. Tratando-se, também, da justiça das crianças importa também considerar especificamente a população menor abrangida por esses tribunais especializados e pelos tribunais de competência genérica. Na impossibilidade de uma análise que tenha em conta as faixas etárias referidas na lei⁵⁰⁹, considera-se aqui, por razões estatísticas, a população residente com 19 anos ou menos. Assim, a área dos tribunais de família e menores abrange cerca de 50,7% da população menor residente em Portugal, 1.101.447 habitantes de 2.172.751 (quadro 36).

Quadro 36 – População residente em Portugal por tipo de tribunal que é abrangida, 2010

	Justiça Especializada	Total Justiça Genérica
Total da População Residente	5.309.970	5.327.009
População entre os 0 e os 19 anos	1.101.447	1.071.304

Fonte: INE

O quadro 37 regista os processos findos de família e menores por 100.000 habitantes por tipo de justiça, de onde se conclui, por um lado, que a procura e a oferta (processos findos) de justiça tutelar por 100.000 habitantes é mais elevada nos tribunais especializados de família e menores, do que nos tribunais de competência genérica. Mais concretamente, em 2010, nos tribunais de família e menores findaram 496,9 ações tutelares por 100.000 habitantes, enquanto nos tribunais de competência

⁵⁰⁹ Utilizamos aqui os escalões etários disponibilizados pelo o INE (0-4;5-9;10-14;15-19). De acordo com a definição constante do artigo 5.º, alínea a), da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro (Lei de promoção e proteção), considera-se “Criança ou jovem - a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos”.

genérica findaram 288,8 ações por 100.000 habitantes. O número de ações findas por 100.000 habitantes, com idade igual ou inferior a 19 anos, é de 1.436,3 nos tribunais de competência genérica, um valor inferior ao registado nos tribunais de família e menores, 2.395,3. Assim, não só os tribunais de família e menores têm, como se analisou, em termos absolutos, um maior número de ações tutelares entradas e findas, como, ponderando as características demográficas, a procura nestes tribunais continua a ser superior à registada nos tribunais de competência genérica, o que responde à minha hipótese de trabalho, que os tribunais especializados de família e menores têm mais oferta e mais procura e consequentemente potenciam o acesso ao direito e à justiça, na área dos direitos das crianças.

Quadro 37 - Número de ações de justiça de família e das crianças findas por 100.000 habitantes, 2010

	Número de ações findas por 100.000 habitantes		Número de ações findas por 100.000 habitantes com 19 anos ou menos	
	tribunais de família e menores	tribunais de competência genérica	tribunais de família e menores	tribunais de competência genérica
Justiça civil de família	142,8	229,4	–	–
Ações declarativas	15,2	60,7	–	–
Divórcio e separação judicial de pessoas e bens	114,3	94,7	–	–
Procedimentos Cautelares	13,4	74,0	–	–
Justiça tutelar	496,9	288,8	2.395,3	1.436,3
Tutelar Cível	462,5	275,0	–	–
Promoção e Proteção	17,1	4,9	–	–
Tutelar Educativo	17,3	9,0	–	–

Fonte: INE; DGPJ

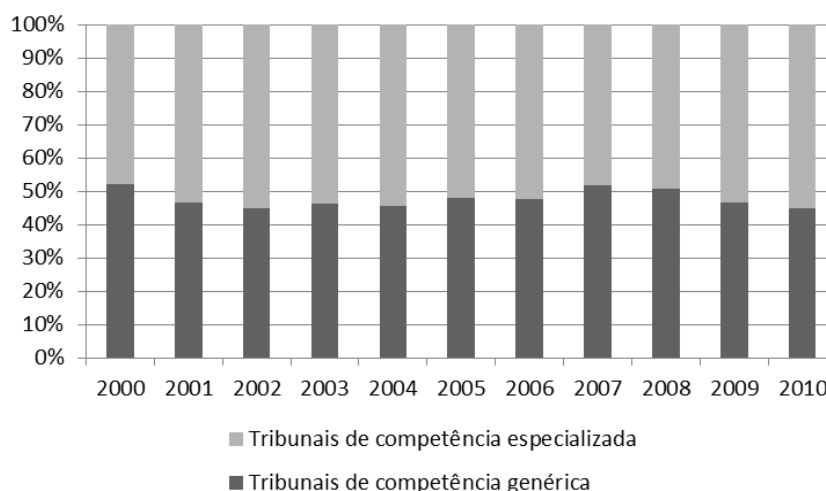
Por outro lado, a procura de justiça civil por 100.000 habitantes é mais elevada nos tribunais comuns do que nos tribunais de competência especializada, os tribunais de família e menores. Com efeito, em 2010, nos tribunais de competência genérica findaram 229,4 ações cíveis de família por 100.000 habitantes, enquanto nos tribunais de competência especializada findaram 142,8 ações por 100.000 habitantes. De entre estas, os tribunais de competência genérica findam essencialmente, em cada ano, ações declarativas cíveis de família e procedimentos cautelares, respetivamente de 60,7 por 10.000 habitantes e de 74 por 10.000 habitantes, enquanto a justiça especializada só finda 15,2 e 13,4 dessas referidas ações. No entanto, o número de ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens findas por 100.000 habitantes é ligeiramente superior nos tribunais de família e menores (114,3) do que nos tribunais

comuns (94,7), o que estará associado às características socioculturais e sociodemográficas dos territórios que servem. Em suma, a justiça da família e das crianças especializada, localizada no litoral do país, com natureza mais urbana, caracteriza-se por uma maior oferta e procura, por 100.000 habitantes, na justiça tutelar – defesa dos direitos das crianças e nas ações de divórcio e separação de pessoas e bens – enquanto a justiça de competência genérica, do interior do país, tem uma maior oferta e procura nas ações declarativas cíveis relativas a conflitos de família e em procedimentos cautelares e urgentes.

4.3 Os tribunais de família e menores têm mais procura e dirimem mais processos que os tribunais comuns

O número de processos findos na justiça especializada, ou seja nos tribunais de família e menores, representa cerca de 55%, das ações declarativas cíveis e tutelares relativas a família e menores findas nos tribunais de primeira instância, ao longo do período considerado, mais concretamente 22.320 processos dos 46.464 findos em 2000 e 33.968 processos dos 61.574 findos, em 2010 (gráfico 23). O que está em consonância, por um lado, como se referiu, de estes tribunais abrangerem cerca de metade da população residente em Portugal, embora só abranjam 19,8% do território nacional. Por outro lado, os tribunais de família e menores têm, como se escreveu anteriormente, uma procura superior em 71,9% de ações tutelares findas por 100.000 habitantes, ou seja 496,9, enquanto nos tribunais comuns só findaram 288,8 ações tutelares por 100.000 habitantes.

Gráfico 23 - Proporção de Processos Cíveis e Tutelares Findos relativos a família e menores por tipo de tribunal



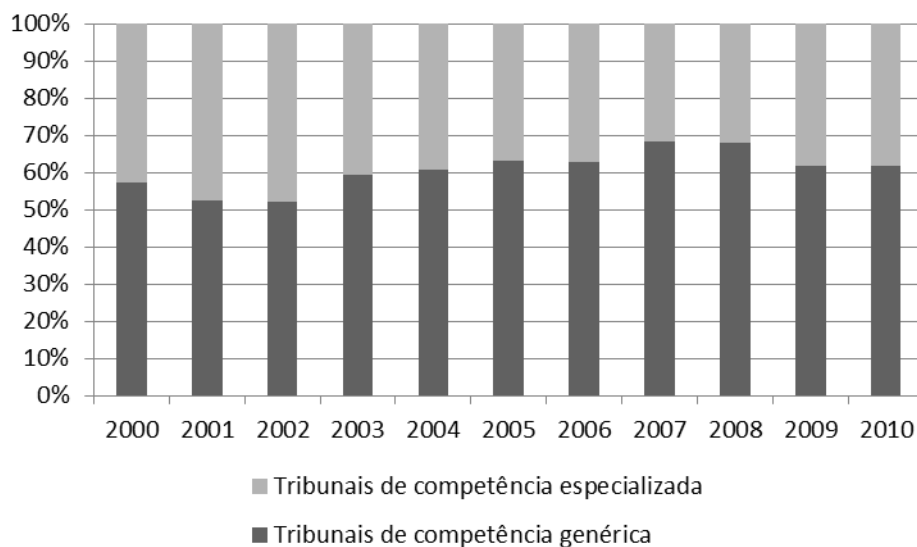
Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

4.4 As duas justiças da família e das crianças: a especializada e a de competência genérica

4.4.1 A justiça civil de família e a justiça tutelar: análise comparada

Uma das tendências globais analisadas foi a diminuição dos processos cíveis de família findos (ações declarativas cíveis, ações de divórcio e separação de pessoas e bens e procedimentos cautelares) – gráfico 26 – e o crescimento dos processos tutelares, pelo que a justiça de família e das crianças tende cada vez mais a estar “dominada” pelos direitos das crianças. Não obstante, quer a tendência de decréscimo dos processos cíveis de família quer a de crescimento dos processos tutelares é mais acentuada nos tribunais especializados de família e menores do que nos tribunais de competência genérica.

Gráfico 24 - Processos cíveis findos relativos a família e menores por tipo de tribunal



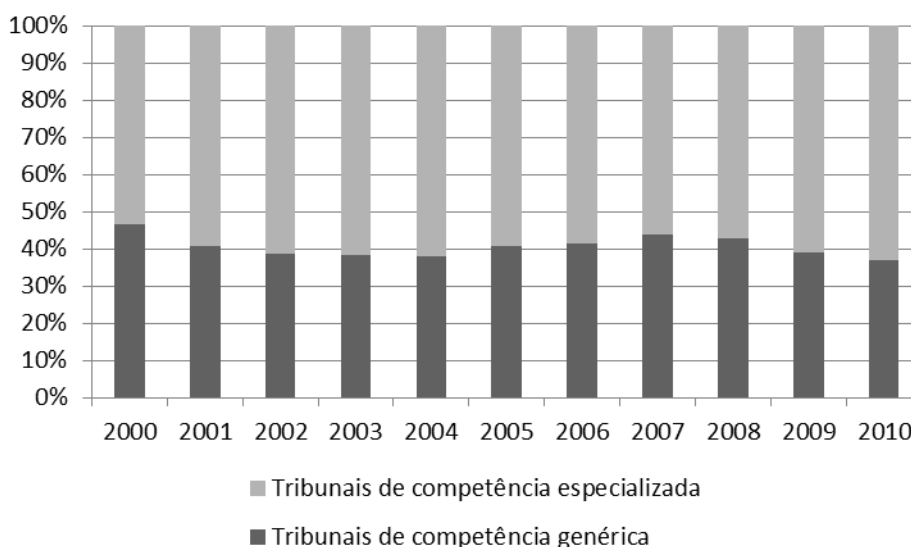
Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

A evolução dos processos findos nos tribunais de família e menores e nos tribunais de competência genérica por espécie e objeto de ação (cf. quadros no anexo 4, a este capítulo) permite constatar, desde logo, por um lado, que a proporção dos processos cíveis de família findos (ações declarativas cíveis; ações de divórcio e separação de pessoas e bens e procedimentos cautelares) nos tribunais de família e menores é relativamente baixa e com tendência a diminuir, de 42,6% (9.777) no ano de 2000 para 38,3% (7.585) no ano de 2010. Por outro lado, essas ações cíveis de família findas nos tribunais de família e menores diminuíram cerca de 22,4% entre 2000 e 2010, de 9.777 para 7.585, como se referiu, enquanto nos tribunais de competência

genérica o decréscimo das ações cíveis de direito da família foi de apenas 7,3%, de 13.185 (2000) para 12.219 (2010) (gráfico 24). Em contraponto os processos tutelares findos nos tribunais de família e menores representam 59,3%, em média de todos os processos, representando, em 2010, 26.383 dos 41.770 processos tutelares findos ou seja, 63,1% dos processos tutelares findos.

Entre 2000 e 2010 os processos tutelares passaram, nos tribunais de competência genérica, de 45,4% (10.959 processos em 24.144), em 2000, para 55,7% (15.387 processos de 27.606), em 2010. Ora, este rácio é muito superior nos tribunais de família e menores, designadamente em 2010, 77,7% (26.383) dos processos findos nestes tribunais diziam respeito a processos tutelares.

Gráfico 25 - Processos tutelares findos por tipo de tribunal



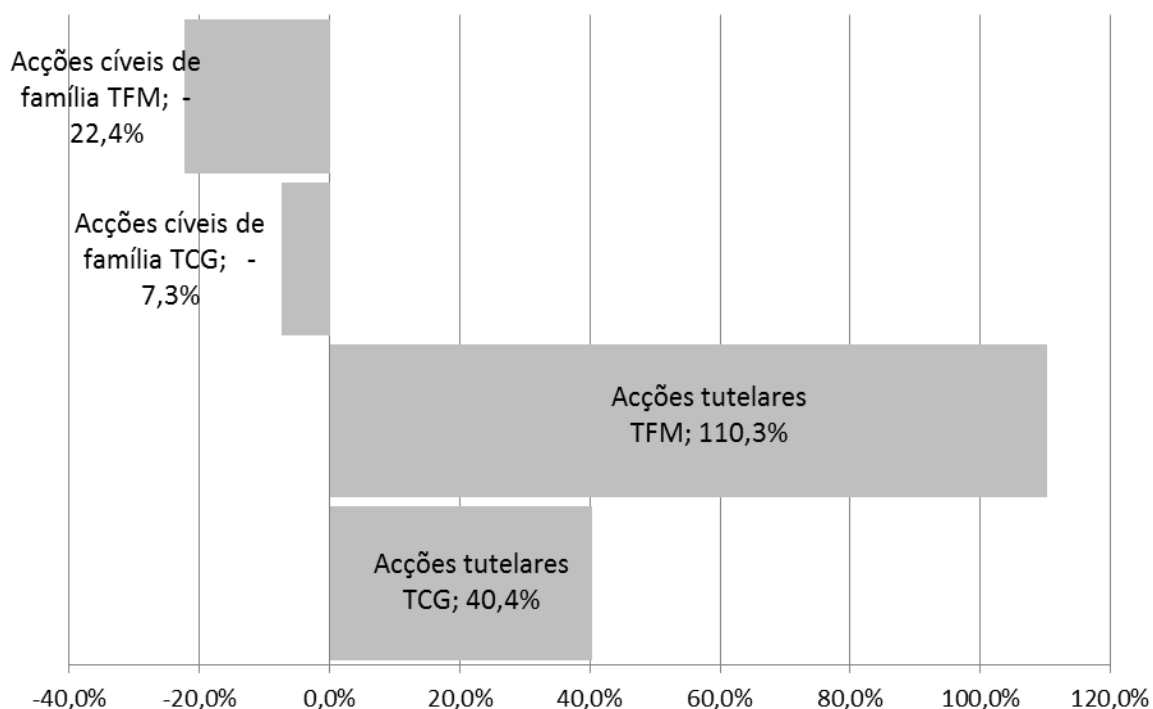
Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

Analisando os mesmos números de um outro modo, as ações tutelares aumentaram 110,3% nos tribunais de família e menores, de 12.543, em 2000, para 26.383, em 2010, e apenas 40,4% nos tribunais de competência genérica, de 10.959 para 15.387.

O progressivo decréscimo das ações cíveis na justiça da família e crianças deve-se em especial, como já se referiu, à diminuição drástica das ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens, na sequência das alterações legais, que retiram os divórcios por mútuo consentimento dos tribunais. No âmbito das ações cíveis, apenas os procedimentos cautelares relativos a família e menores (alimentos provisórios, arrolamento e outros procedimentos não especificados) contrariam a tendência de

decréscimo e ganham importância. Enquanto nos tribunais de família e menores os procedimentos cautelares crescem 78,7% de 398, em 2000, para 711, em 2010, o aumento dos procedimentos cautelares nos tribunais de competência genérica é mais expressivo, 254%, ou seja, passou de 1.113, em 2000, para 3.940, em 2010, processos findos. Assim, a procura da justiça de urgência, de modo a evitar um dano irreparável, cresce mais nos tribunais de competência genérica, sem que dos dados se possa, por ora, retirar uma explicação para tal facto.

Gráfico 26 – Taxa de variação dos processos cíveis e tutelares findos nos tribunais de Competência Genérica e tribunais de família e menores, entre 2000 e 2010



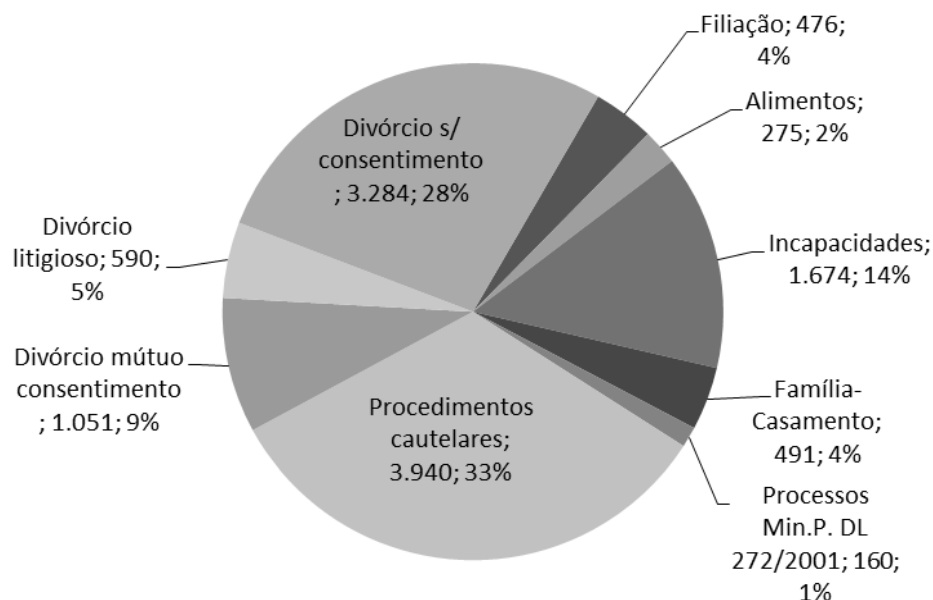
Fonte: Calculado a partir das Estatísticas da Justiça online (DGPJ)

4.4.2 A justiça cível de família nos tribunais de competência genérica e nos tribunais de família e menores

De entre a justiça cível de família, as ações declarativas cíveis de família, mantêm-se praticamente inalteradas no período de 2000 (3.100) a 2010 (3.232) nos tribunais de competência genérica, enquanto nos tribunais de família e menores registam um crescimento de 74,8%, de 461, em 2000, para 806, em 2010. Entre estas ações importa observar o maior peso – e com tendência para aumentar – das ações declarativas cíveis de família de declaração de incapacidade findas nos tribunais de competência genérica, do que nos tribunais especializados (cf. quadros no anexo 4, a este capítulo). Com efeito, enquanto nos tribunais de competência genérica estas

ações duplicaram de 847 (6,4%), em 2000, para 1.674 (13,7%), em 2010, nos tribunais especializados passaram de 27 para 244 ações findas, sem que, no entanto, no período considerado conseguissem representar mais de 3% das ações cíveis findas (gráficos 27 e 28).

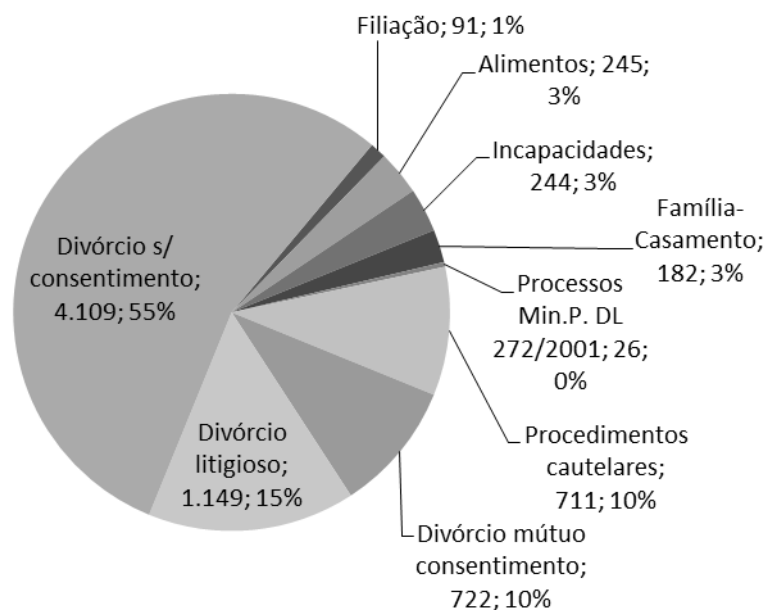
Gráfico 27 - Processos cíveis de família findos nos tribunais de competência genérica pelos principais objetos de ação, 2010



Fonte: DGPJ

Nas ações de divórcio e separação judicial de pessoas a tendência evolutiva, ainda que com ritmos ligeiramente distintos, é semelhante entre tribunais de família e menores e tribunais de competência genérica, registando-se em declínio gradual dos processos findos, entre 2000 e 2010, de 8.918 para 6.068 processos nos tribunais especializados e de 8.972 para 5.047 nos tribunais de competência genérica. Contudo, é de salientar, por um lado, o facto de, entre 2000 e 2010, as ações de divórcio litigioso e/ou sem mútuo consentimento findas terem, em termos absolutos, aumentado nos tribunais especializados, de 3.609 para 5.258, enquanto nos tribunais de competência genérica mantiveram-se praticamente inalteradas, no mesmo período, rondando os 3.700/3.800 processos ano. Por outro lado, em termos percentuais, os divórcios litigiosos (e/ou sem mútuo consentimento) nos tribunais de família e menores aumentam o seu peso entre 2000 e 2010 e passam a representar, em 2010, 69,3% (5.258) dos processos cíveis findos, enquanto nos tribunais de competência genérica no mesmo ano representam 31,6% (3.874) dos processos cíveis findos.

Gráfico 28 - Processos cíveis findos nos tribunais de família e menores pelos principais objetos de ação, 2010



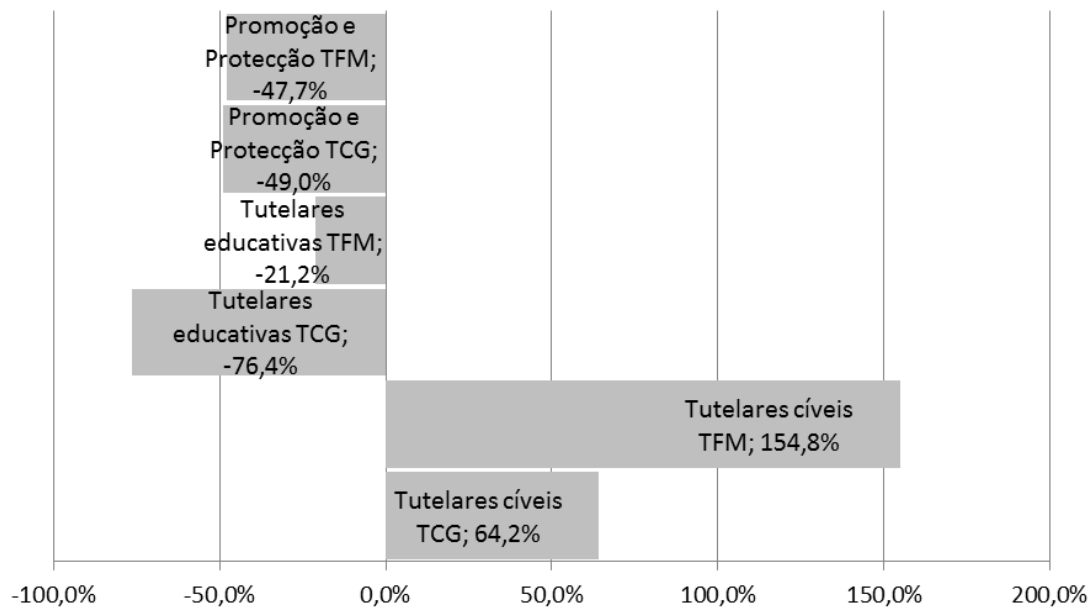
Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

No gráfico 27 pode-se observar que no total de processos findos, em 2010, nos tribunais de competência genérica predominam os procedimentos cautelares (33%), seguidos dos divórcios sem consentimento do outro cônjuge (28%) e das ações para declaração de incapacidade (14%). Enquanto nos tribunais de família e menores, como podemos analisar no gráfico 28, quer os procedimentos cautelares como as ações para declaração de incapacidade têm uma expressão muito menor, 10% e 3%, respectivamente, sendo o objeto de ação da esmagadora maioria dos processos findos nestes tribunais as ações de divórcio sem consentimento do outro cônjuge (55%), seguidas dos divórcios litigiosos (15%), o que significa que 70% das ações visam a declaração de divórcio sem mútuo consentimento.

4.4.3 A justiça tutelar nos tribunais de competência genérica e nos tribunais de família e menores

Entre 2000 e 2010, o crescimento na justiça tutelar “finda” está diretamente relacionada sobretudo com o aumento das ações tutelares cíveis de 154,8% nos tribunais de família e menores e de 64,2% nos de competência genérica, e em especial com as ações de poder paternal, já que tanto as ações tutelares educativas e as ações de promoção e proteção findas registaram uma diminuição entre 2000 e 2010, quer nos tribunais de competência genérica (76,4% e 49%, respectivamente), quer nos tribunais especializados (21,2% e 47,7%, respectivamente) (gráfico 29).

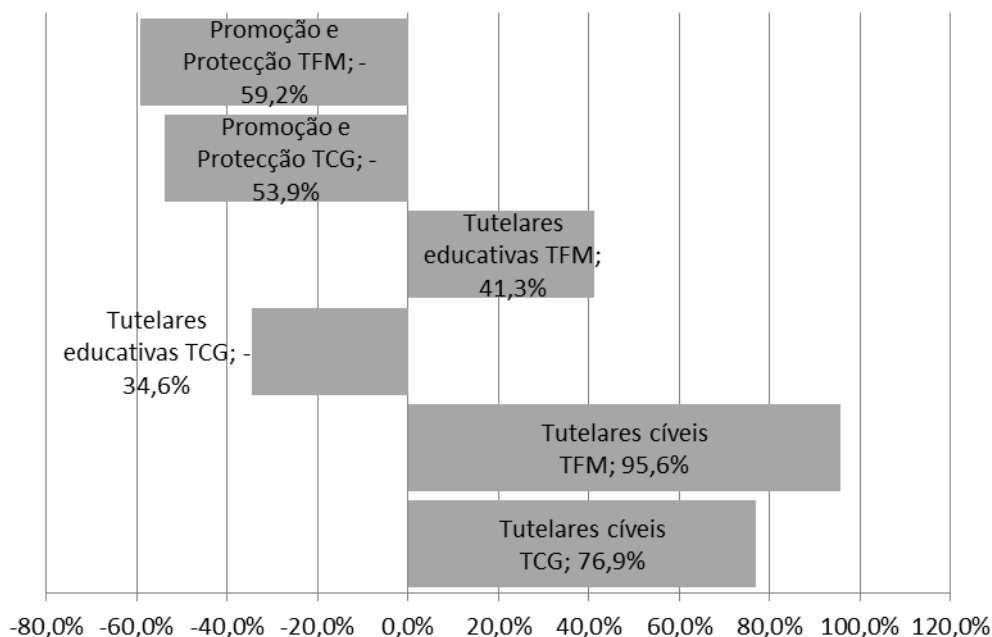
Gráfico 29 - Taxa de variação dos processos tutelares findos nos tribunais de Competência Genérica e tribunais de família e menores por espécie de processo, entre 2000 e 2010



Fonte: Calculado a partir das Estatísticas da Justiça online (DGP)

Atendendo a que 2001 foi ano de entrada em vigor da Lei de Promoção e Protecção e da Lei Tutelar Educativa e ano de recontagem dos processos decidi fazer a mesma análise a partir de 2003 para anular esse efeito de alteração da legislação e do impacto do primeiro ano de implementação sobre a litigação e o desempenho dos tribunais. O crescimento na justiça tutelar finda, entre 2003 e 2010, prende-se sobretudo com o aumento das ações tutelares cíveis de 95,6% nos tribunais de família e menores e de 76,9% nos de competência genérica, e em especial com as ações de poder paternal. Com efeito, à exceção das ações tutelares educativas nos tribunais especializados, que aumentaram 41,3%, entre 2003 e 2010, de 625 para 907, tanto as ações de promoção e protecção findas nos tribunais de competência genérica e nos tribunais especializados, como as ações tutelares educativas nos tribunais de competência genérica registaram uma diminuição entre 2003 e 2010. Mais concretamente, as ações de promoção e protecção findas nos tribunais de competência genérica e nos tribunais especializados decresceram 53,9% (de 1.045 para 477) e 53,2% (2.708 para 917), respetivamente, no período considerado. As ações tutelares educativas nos tribunais de competência genérica diminuíram de 386 ações em 2003 para 261 em 2010, o que corresponde a uma taxa de variação negativa de 34,6% (gráfico 30).

Gráfico 30 - Taxa de variação dos processos tutelares findos nos tribunais de competência genérica e tribunais de família e menores por espécie de processo, entre 2003 e 2010⁵¹⁰



Fonte: Calculado a partir das Estatísticas da Justiça online (DGPJ)

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 20% do território nacional e ainda assim são responsáveis por mais de 60% dos processos tutelares findos, entre 2000 e 2010, mas como se referiu tem o dobro da procura (entrada de processos por 100.000 habitantes). Esta discrepância pode estar associada à maior juvenilidade dos territórios que os tribunais de família e menores abrangem e a uma maior proximidade destes tribunais aos direitos das crianças. Esta proximidade será em simultâneo o resultado de um conjunto de fatores externos aos tribunais de família e menores (juvenilidade do território, urbanização, mais consciência dos direitos e vontade de não se resignar dos requerentes) e de fatores internos (mais sensibilidade aos direitos decorrente de um(a) juiz(a) especializado(a) ou que pelo menos está só dedicado(a) a processos de família e das crianças, de um(a) Ministério Público também

⁵¹⁰ Tendo entrado em vigor no dia 1 de janeiro de 2001 a lei de promoção dos direitos das crianças e proteção das crianças em perigo e a lei tutelar educativa, optou-se aqui por comparar o número de processos findos em 2003 e 2010 para observar a variação existente com a lei. Selecionou-se ainda o ano de 2003 em vez de 2002 para diminuir o impacto do primeiro ano de implementação.

nas mesmas condições, com mais possibilidade de atendimento aos cidadãos e com serviços de atendimento organizados, e a existência, no apoio ao tribunal, de mais recursos técnicos de ação social e de psicologia.

5 A mobilização da Justiça da Família e das Crianças: a importância do Ministério Público

5.1 As “estatísticas da justiça” e as “estatísticas da PGR”: a discrepância e a complementaridade

As “estatísticas da justiça” unicamente têm disponível a variável patrocínio judiciário para as ações cíveis de família⁵¹¹, dado que tal variável não é recolhida para os processos tutelares⁵¹². Assim, para poder investigar a minha hipótese relativamente à relevância do Ministério Público (MP) na mobilização e acesso ao direito e à justiça da família e das crianças recorri às estatísticas da PGR, publicadas no seu relatório anual, que nos dão o “autorretrato” do MP sobre a sua atividade.

Quadro 38 - Comparação de fontes sobre a intervenção do MP em processos de justiça da família e das crianças findos

2006			
Estatísticas da Justiça (DGPJ)		Estatísticas da PGR	
Ações declarativas cíveis de família findas com patrocínio jurídico do MP ⁵¹³	1.341	2.693	Ações declarativas findas (defesa de menores, incapazes ou ausentes)
Ações Tutelares Findas	31.761	49.207	Ações Tutelares findas
Tutelar Cível	26.114	35.143	Tutelar Cível
Tutelar Educativa (Após abertura de fase jurisdicional)	1.135	2.313	Tutelar Educativa
Promoção e Proteção	4.512	8.347	Promoção e Proteção

Fonte: PGR (2006); DGPJ [dados não publicados]

⁵¹¹O que designamos aqui de ações cíveis de família resulta da seleção, a partir dos dados fornecidos pela Direcção-Geral da Política da Justiça, dos objetos de ação cíveis respeitantes a família e menores, que posteriormente agregamos em nove tipos de objeto de ação (utilizando categorias próximas às utilizadas pela própria DGPJ nas Estatísticas da Justiça On-line): alimentos, divórcio, família-casamento, filiação, incapacidades, providência cautelar, registo civil, sucessões, tutelares cíveis. Esta mesma seleção é utilizada para o ponto sobre o apoio judiciário (cf. anexo 3, a este capítulo).

⁵¹²Os boletins 317 e 235, respeitante a Divórcio e Ações Tutelares, não incluem a variável patrocínio judiciário, pelo que a avaliação da participação do Ministério Público através dos dados da DGPJ é limitada (cf. anexos 5 e 6, a este capítulo). A partir de 2006 a DGPJ deixou de recolher dados estatísticos através dos referidos boletins.

⁵¹³ Estas ações declarativas cíveis de família findas dizem respeito a todos os processos findos que terminam nos tribunais judiciais, por decisão, por acordo ou com outro fundamento processual em primeira instância, com participação do Ministério Público, valores a que chegamos pelo cruzamento das ações declarativas cíveis de família com a variável patrocínio judiciário do verbete 245. Na caracterização dos processos findos não são contabilizados: processos transitados, apensados, incorporados ou integrados, remetidos a outra entidade (inf. DGPJ).

No entanto, o número de ações declarativas findas e tutelares findas, em 2006, em que o Ministério Público intervém registadas pela Procuradoria-Geral da República, é significativamente superior ao número de ações findas nos tribunais de primeira instância à escala nacional, contabilizado pela DGPJ (quadro 38).

No que respeita às ações tutelares entradas, em que o Ministério Público intervém registadas pela Procuradoria-Geral da República, o número é novamente claramente superior ao número de ações entradas nos tribunais de primeira instância à escala nacional, contabilizado pela DGPJ (quadro 39), em 2010.

Quadro 39 - Comparação de fontes sobre processos das crianças entrados

2010			
Estatísticas da Justiça (DGPJ)		Estatísticas da PGR	
Ações Tutelares entradas	50.069	57.464	Ações Tutelares entradas
Tutelar Cível	45.346	42.616	Tutelar Cível
Tutelar Educativa	1.922	8.459	Tutelar Educativa
Promoção e Proteção	6.255	6.389	Promoção e Proteção

Fonte: PGR (2010) e DGPJ

Esta discrepância, que assinalamos, não desvaloriza, de modo nenhum, a relevância da ação do MP, mas significa que o conceito de processo findo é diferente para a DGPJ (efetivamente findo em primeira instância) e para a PGR (considera findo mesmo que o processo transite para outro tribunal) e que o modo de recolha dos dados é diverso. Acresce ainda o facto de parte dos processos que chegam ao Ministério Público não passam necessariamente à fase de jurisdicional (v.g. intervenção do MP na análise da legalidade e de defesa do interesse superior da criança nos acordos de regulação das responsabilidades parentais enviados pelas conservatórias do registo civil ou na fase de inquérito nos processos tutelares educativos). Este cruzamento de olhares permite-nos concluir que a PGR tem uma valorização de atividade do MP, na sua ação junto dos tribunais judiciais, em matéria de justiça da família e das crianças, que não resulta evidenciado do mesmo modo nas Estatísticas da Justiça⁵¹⁴.

⁵¹⁴ A elaboração das estatísticas da DGPJ tem uma natureza administrativa, sendo o preenchimento dos verbetes de responsabilidade de um funcionário de secção judicial, enquanto as estatísticas da PGR são recolhidas sob orientação e supervisão dos Magistrados do MP. Assim, é possível trocar dois argumentos rivais sobre a validade dos dados quantitativos da PGR são, por um lado, um retrato mais fiel de realidade processual em que participa o MP, por ser supervisionadas por um Magistrado ou, por outro lado, tem uma preocupação de refletir mais atividade para valorizar o trabalho dos interessados. No âmbito deste estudo não houve tempo nem condições para investigar estas discrepâncias, pelo que decidimos dar eco delas para que no futuro possam ser objeto da agenda de investigação de quem voltar ao tema e um contributo para a melhoria das estatísticas e dos dados quantitativos disponibilizados publicamente para análise.

No que se refere ao processo tutelar – cível, educativo e promoção e proteção – unicamente temos disponíveis, relativamente a quem patrocina as ações (MP, advogado, advogado ou estagiário do apoio judiciário) os dados da PGR. No entanto, a comparação dos dados globais entre as duas fontes, – quadros 38 e 39 – nos anos de 2006 e 2010, apesar das discrepâncias, permitem o seu uso, sem limitações. As diferenças entre os valores globais dos processos tutelares cíveis e promoção e proteção são pequenas, pelo que não influenciam o resultado da análise. Acresce que a iniciativa processual nos processos tutelares educativos – o processo inicia-se por um inquérito da competência exclusiva do MP que, em regra, decide e arquiva, nessa fase, a maioria dos processos – e de promoção e proteção é exclusiva do MP, pelo que o relevante será, em próximo capítulo, averiguar quem na sociedade “sinaliza a situação” ao MP.

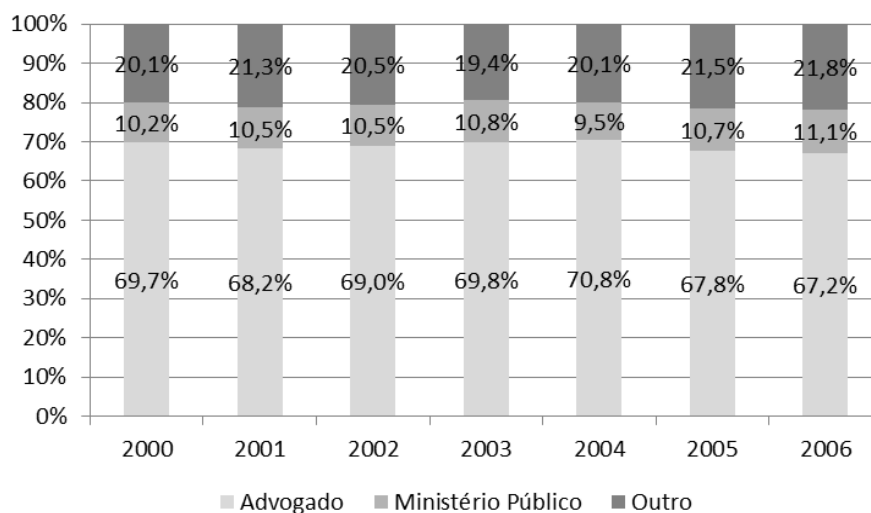
5.2 Ministério Público: um mobilizador muito especial da justiça de família e das crianças

5.2.1 Nas ações declarativas cíveis de família (sem ações de divórcio)

Da análise das estatísticas fornecidas pela Direcção-Geral da Política de Justiça referente às ações declarativas cíveis de família, quanto ao patrocínio judiciário de autores e réus, pode-se concluir que 10,2% (1.215), no ano de 2000, e 11,1% (1.341) das ações declarativas cíveis findas, no ano de 2006, foram patrocinadas pelo Ministério Público, sendo as restantes por advogados (67,2%, ou seja 8.136) e outros (21,8%, ou seja 2.636) - (gráfico 31).

Ao cruzar-se a variável patrocínio judiciário com a variável modalidade de apoio judiciário, referente às ações cíveis de família, pode-se observar, como se analisará no próximo capítulo, que 5% (537), em 2000, e 6% (755), em 2006, das ações cíveis de família foram intentadas por advogados e estagiários no âmbito do apoio judiciário (quadro 40). Assim, entre 2000 e 2006, o número de ações intentadas por advogados de apoio judiciário cresceram cerca de 40%, de 537, em 2000, para 755, em 2006, variando entre o valor máximo de 978 ações, em 2004, e o mínimo de 475, em 2001, enquanto o número de ações cíveis intentadas por advogados de mercado registaram um ligeiro declínio de 4%, de 7.760 ações em 2000 para 7.381 em 2006. De referir ainda a fraca expressão de processos intentados por outros de apoio judiciário entre 2000 e 2006.

Gráfico 31 - Processos findos de ações cíveis de família segundo o patrocínio judiciário do autor e do réu, 2000 a 2006



Fonte: DGPJ [dados não publicados]

O Ministério Público tem uma maior participação, quer em termos absolutos, quer em termos relativos, no patrocínio judiciário em representação do autor do que do réu, nas ações declarativas findas de família. Em termos percentuais, uma média de 16% dos patrocínios judiciários – em 2007 chegou a 17,3% (1.118) - nos processos cíveis de família findos, em representação do autor estão a cargo do Ministério Público e apenas uma média de 3,9% - 228 em 2006 - das representações do réu foram da sua responsabilidade.

Quadro 40 - Processos findos de ações declarativas cíveis de família segundo o patrocínio judiciário e a representação em ações, 2000 a 2006

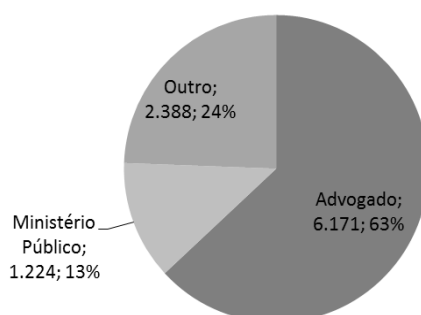
			2000		2003		2006	
			N	%	N	%	N	%
Patrocínio Judiciário em representação do	Autor	Advogado	5.450	81,8	5.566	81,8	5.264	81,5
		Ministério Público	1.001	15	1.140	16,8	1.118	17,3
		Outro	209	3,1	97	1,4	80	1,2
		Total	6.660	100	6.803	100	6.462	100
	Réu	Advogado	2.847	54,3	3.054	55,2	2.872	50,8
		Ministério Público	214	4,1	187	3,4	223	3,9
		Outro	2.179	41,6	2.292	41,4	2.556	45,2
		Total	5.240	100	5.533	100	5.651	100

Fonte: DGPJ [dados não publicados]

Os gráficos 32 e 33 ilustram a percentagem de ações declarativas cíveis de família findos, em 2006, sem apoio judiciário e com apoio judiciário, segundo o

patrocínio judiciário total de autores e réus. Enquanto nos processos findos sem apoio judiciário o Ministério Público é responsável pelo patrocínio judiciário de cerca de 13% dos processos, nos processos findos com apoio judiciário o Ministério Público é responsável por apenas 5% do patrocínio judiciário. Ora, na mesma ação podemos ter o MP a representar os interesses de uma criança e um dos progenitores (ou ambos) litigarem com apoio judiciário. Daqui pode-se concluir que o MP atua de forma mais significativa em processos, nos quais as partes também podem requerer apoio judiciário. Os advogados, entre 2000 e 2006, representam sempre cerca de 81,5% dos autores (5.264, em 2006) e mais de 50% dos réus (2.872, em 2006). No mesmo ano de 2006, entre esses advogados 24,2% (1.965 em 8.136) representam autores e réus no âmbito da nomeação do sistema de apoio judiciário (cf. quadro no anexo 7, a este capítulo). No entanto, se a análise incidir só sobre as ações com apoio judiciário, a representação de autores e réus por advogados é de cerca de 84%, dado que, devido à natureza dos litígios, os requerentes pedem, em regra, nomeação de advogado.

Gráfico 32 - Processos findos de ações declarativas cíveis de família segundo o patrocínio judiciário (autores e réus), 2006 (sem apoio judiciário)

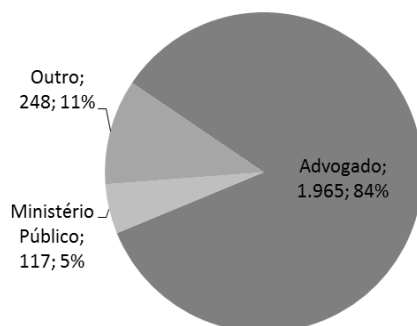


Fonte: DGPJ [dados não publicados]

Ao observar-se o quadro seguinte, agora com origem nos dados da PGR, verifica-se a tendência de crescimento das ações movimentadas, findas e pendentes referentes às ações declarativas cíveis de defesa de menores, incapazes ou ausentes entre 2005 e 2010. Ainda que o número de ações findas tenha acompanhado o aumento da procura, este crescimento não impediu a duplicação dos processos vindos do ano anterior entre 2005 e 2010, de 2.707 para 4.023 (quadro 41)⁵¹⁵.

⁵¹⁵De resto, o número de pendências é sempre superior aos processos findos ao longo do período, à exceção de 2009 (4.059 processos pendentes contra 4.160 processos findos).

Gráfico 33 - Processos findos de ações declarativas cíveis de família segundo o patrocínio judiciário (autores e réus), 2006 (com apoio judiciário)



Fonte: DGPJ [dados não publicados]

Estes dados da PGR têm um retrato mais favorável à ação do MP, em que este patrocina um pouco mais do dobro das ações declarativas cíveis de família que constam nas estatísticas oficiais. A análise conjunta dos dados das duas fontes estatísticas (DGPJ e PGR) indicia uma iniciativa significativa do MP, que intervém pelo menos em cerca de 13% das ações declarativas cíveis de família. Essa análise revela, ainda, uma maior formalização da sociedade portuguesa e atenção relativamente à definição da situação jurídica das crianças e outros incapazes civis. A necessidade de proteger as crianças e os incapazes e de acesso a prestações sociais, para a qual é necessária sentença judicial, e, ainda, de uma maior formalização nos negócios jurídicos relativamente a bens de incapazes – ex.: registo predial obrigatório de venda de propriedade, desde 2008⁵¹⁶, leva a um maior recurso a este tipo de ações, em regra sem litígio.

Quadro 41 – Ações declarativas cíveis de defesa de menores, incapazes ou ausentes

		2005	2006	2007	2008	2009	2010
Movimentadas	Vindas do ano anterior	2.707	2.877	3.706	4.328	4.304	4.023
	Entradas	3.018	3.523	3.359	3.394	3.915	3.594
	Total	5.725	6.400	7.065	7.722	8.219	7.617
Findas		2.591	2.743	2.693	3.437	4.160	3.401
Pendentes para o ano seguinte		3.134	3.657	4.372	4.285	4.059	4.216

Fonte: PGR (2005, 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010)

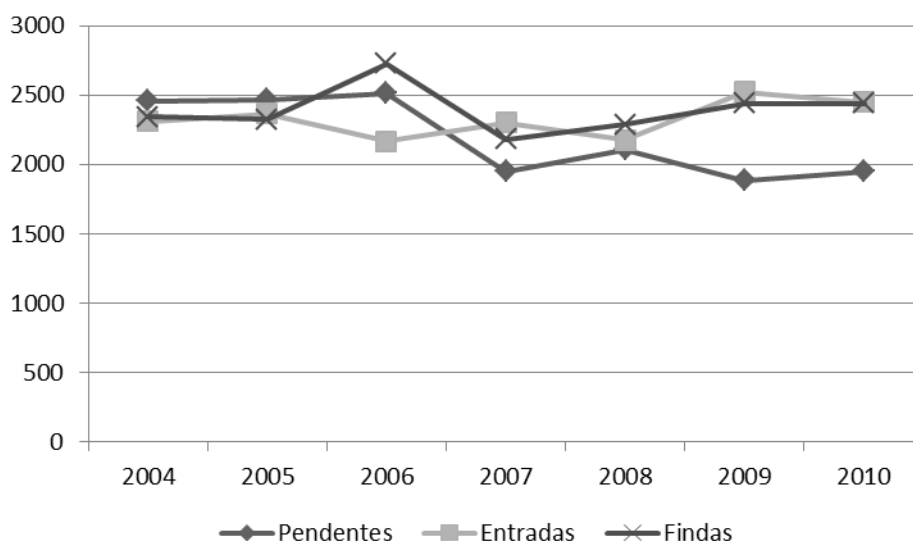
5.2.1.1 Averiguações oficiosas da maternidade e paternidade

No que respeita às ações de averiguação oficiosa de maternidade e paternidade, em busca da verdade biológica, verifica-se uma tendência para a estabilidade ou para

⁵¹⁶ Cf. o Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho.

decréscimos ligeiros da procura, sendo o maior número de ações movimentadas no ano de 2005 (4.834) e o menor em 2007 (4.249) (gráfico 34). A esta tendência da procura, corresponde a tendência para uma maior capacidade de resposta por parte do Ministério Público, verificando-se uma redução do número de ações pendentes para o ano seguintes de 2.497, em 2004, para 1.960, em 2010.

Gráfico 34 - Averiguações officiosas de maternidade e paternidade, 2004 a 2010



Fonte: PGR (2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010)

Este tipo de processos, que terminam com a perfilhação voluntária ou por um despacho de viabilidade ou inviabilidade para instaurar uma ação declarativa cível de investigação de maternidade e paternidade, reflete tensões, que não se aprofundarão, entre a promoção de um direito à paternidade e maternidade de cada criança e um controle social sobre os comportamentos sexuais da mãe e a mediação entre o direito e a ciência⁵¹⁷. No entanto, em termos de acesso ao direito e à justiça, o estabelecimento da paternidade e maternidade, quando não existam parentalidades biológicas ou afetivas reconhecidas, é um fator relevante para o acesso e reconhecimento dos direitos das crianças.

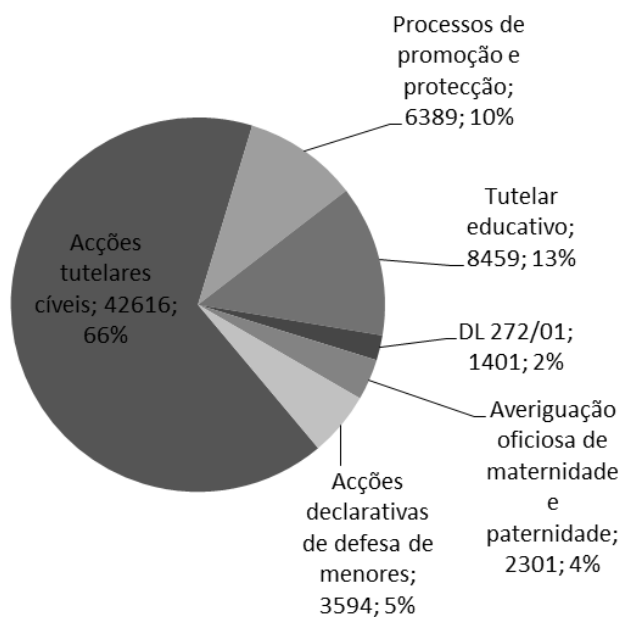
5.2.2 A ação do Ministério Público na justiça da família e das crianças: um autorretrato em defesa dos direitos das crianças, incapazes e ausentes

Para complementar o primeiro olhar sobre a justiça de família e das crianças, pretendo, como referi, fazer o autorretrato da ação mobilizadora do Ministério

⁵¹⁷ A respeito das ações de averiguação officiosa da maternidade consultar Machado (2007), Costa et al.(2003) e Costa (2009).

Público (MP) deste direito e justiça, de acordo com os seus próprios dados⁵¹⁸. Mais concretamente, depois de analisar, também segundo os seus registos e categorias, no ponto anterior, os dados referentes às ações declarativas cíveis de “defesa de menores, incapazes ou ausentes”, terei agora em consideração as ações tutelares cíveis e seus incidentes, as ações tutelares educativas, as ações de promoção e proteção, as ações que foram desjudicializadas para o MP através do Decreto-Lei 272/2001⁵¹⁹, de 13 de outubro, e as averiguações oficiosas de paternidade e maternidade, para o período de 2004 a 2010⁵²⁰.

Gráfico 35 - Processos entrados no Ministério Público, em 2010



Fonte: PGR (2010)

A participação do Ministério Público – através do indicador dos processos entrados no MP, no ano de 2010 - na mobilização da justiça de família e crianças nos tribunais judiciais (64.760 processos entrados) centra-se sobretudo na área tutelar (89%), em especial nas ações tutelares cíveis, que em 2010 representavam 66%

⁵¹⁸ Sabemos que estes dados não têm a natureza de estatísticas oficiais por não estarem recolhidos e homologados pelos órgãos legalmente competentes (DGPJ e INE), mas sendo um relatório anual de uma instituição como a PGR não podem deixar de ser analisados quando falamos em mobilização de justiça.

⁵¹⁹ Segundo o Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, artigo 2.º, passaram a ser da competência exclusiva do MP: a) Suprimento do consentimento, sendo a causa de pedir a incapacidade ou a ausência da pessoa; b) Autorização para a prática de atos pelo representante legal do incapaz, quando legalmente exigida; c) Autorização para a alienação ou oneração de bens do ausente, quando tenha sido deferida a curadoria provisória ou definitiva; d) Confirmação de atos praticados pelo representante do incapaz sem a necessária autorização.

⁵²⁰ À data de escrita deste capítulo eram os últimos dados disponíveis. Neste caso tive de optar por um período temporal mais curto devido a constrangimentos resultantes da “fonte estatística”, nomeadamente as alterações na codificação e apresentação dos dados relativamente aos relatórios da PGR anteriores a 2004.

(42.616) dos processos entrados, a que acrescem mais 10% (6.389) dos processos de promoção e proteção e também 13% (8.459) dos processos tutelares educativos (gráfico 35). As ações declarativas cíveis de família, designadamente de defesa de menores, incapazes ou ausentes, e as ações de competência exclusiva do MP, ou seja, as que se enquadram no Decreto-Lei 272/2001, de 13 de outubro, e, ainda, averiguação oficiosa de maternidade e paternidade⁵²¹, também da competência exclusiva do MP, por sua vez, representam apenas aproximadamente 11% dos processos entrados no Ministério Público, em 2010, mais concretamente 2%, 5% e 4% respetivamente (gráfico 35).

5.2.2.1 O MP e as ações tutelares cíveis

Como já se escreveu, o MP intervém nas ações tutelares cíveis, sempre em defesa do “interesse superior da criança”, a solicitação, em regra, da mãe como resulta consensualmente das entrevistas efetuadas.

Eu diria quem 99,9% dos casos quem se dirige a nós são mulheres. É raro termos situações de homens que venham ao atendimento. Só para terem uma ideia, normalmente o primeiro atendimento que fazemos dá origem à instauração do processo, e nós pomos, em média, 400 a 450 processos por ano. (EMPI)

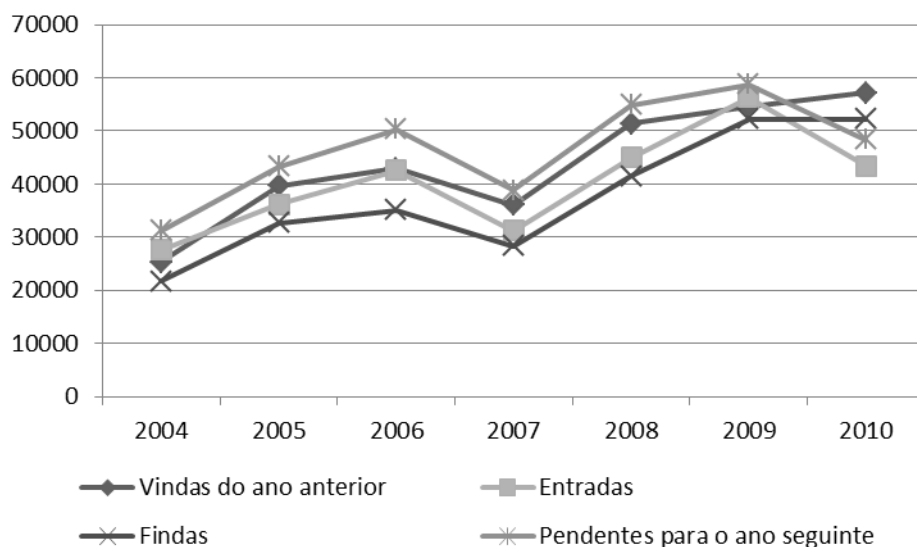
No que diz respeito à evolução das ações tutelares cíveis e seus incidentes constatamos uma tendência de crescimento no número total de ações entradas entre 2004 e 2010, de 27.619 para 43.414, registando-se o valor mais elevado de processos entrados em 2009 (56.281) e o mais baixo em 2007 (31.204). É ainda de salientar a ligeira quebra na procura no ano de 2010, em relação a anos anteriores. A evolução dos processos tutelares cíveis vindos do ano anterior acompanha a tendência de crescimento da procura em todos os processos que o MP intervém, duplicando de 25.269 em 2004 para 57.163 em 2010 (gráfico 36). Esta tendência para a duplicação das ações com intervenção do MP está em consonância com o crescimento da procura analisada anteriormente para a justiça da família e das crianças, com as variações assinaladas entre os tribunais de família e menores e os tribunais de competência genérica.

Entre as ações tutelares cíveis e incidentes, com participação do Ministério Público, são as ações para a regulação do exercício do poder paternal que têm um maior peso (cf. quadro no anexo 8, a este capítulo). Ao longo do período considerado

⁵²¹ As ações do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, e as averiguações oficiosas de maternidade e paternidade não são tramitadas nos tribunais, mas sim nas secretarias privativas do MP.

o número de ações de regulação do exercício do poder paternal entradas (atualmente designadas como regulação das responsabilidades parentais) quase duplicou de 22.841, em 2004, para 36.546, em 2010, representando sempre mais de 80% do total de ações tutelares cíveis “entradas” no Ministério Público, ou seja que o MP recebe no seu atendimento aos cidadãos, que aceita patrocinar e conseqüentemente instaura em tribunal. Seguidas de longe pelas ações de alimentos, que registaram um ligeiro declínio da procura entre 2004 (1.913) e 2010 (1.781).

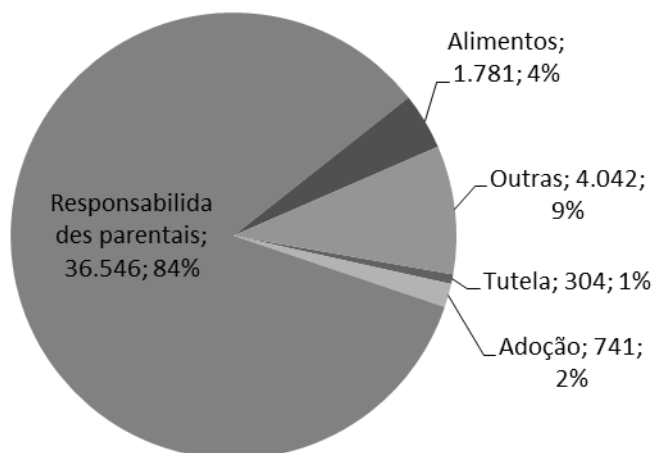
Gráfico 36 – Ações Tutelares Cíveis e Incidentes intentados pelo Ministério Público, 2004 a 2010



Fonte: PGR (2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010)

Entre 2004 e 2010 verificámos a proporção entre ações tutelares cíveis pendentes e findas manteve-se praticamente inalterada, registando-se um maior peso das pendências em relação às ações findas, apresentando ambas, em termos absolutos, uma tendência de crescimento, de 31.186 e 21.702, em 2004, para 43.414 e 48.400, em 2010, respetivamente. Se observarmos atentamente constatamos que as ações de tutela e adoção registam uma maior porção de processos findos do que pendentes no período considerado, enquanto as ações de alimentos e exercício do poder parental, neste último caso, à exceção de 2010, têm um volume maior de pendências do que ações findas (cf. quadro no anexo 8, a este capítulo).

Gráfico 37 - Ações tutelares cíveis entradas no Ministério Público, em 2010



Fonte: PGR (2010)

O Ministério Público, na defesa do superior interesse da criança, em regra, a solicitação das mães, instaurou, no ano de 2010, 42.616 processos, sendo 36.546 processos a pedir a regulação das responsabilidades parentais (definição da guarda, pensão de alimentos e direito de visitas do progenitor a quem não foi confiada a guarda) (gráfico 37). Ora, considerando que, nas Estatísticas da Justiça, os processos tutelares cíveis entrados são 41.892, os dados do MP ultrapassam esse número, como se referiu, mas se não permitem que se conclua que o MP instaura a quase totalidade dos processos tutelares cíveis, não impedem que se conclua que o MP é, na grande maioria dos processos, em percentagem muito elevada, o mobilizador dos tribunais, a pedido das mulheres, com vista ao reconhecimento dos direitos dos seus filhos, relativamente, em regra, aos seus pais.

5.2.2.2 O MP e as ações tutelares educativas

No que concerne às ações tutelares educativas, cuja instauração é da competência exclusiva do MP, o número total de ações entradas é bastante mais baixo quando comparado com o número de ações tutelares cíveis (quadro 42). Os processos tutelares educativos entrados e findos, ao longo destes anos, registaram um aumento relativamente baixo de 8.180 e 8.217, em 2005, para 8.459 e 8.660, em 2010, quando comparado com o crescimento das pendências de 2.948 para 3.567 no mesmo período. De salientar também o ligeiro decréscimo das ações tutelares educativas entradas em 2007 (7.600) e 2010 comparativamente aos anos anteriores.

Quadro 42- Ações Tutelares Educativas – Ministério Público

		2005		2010		
Movimentadas	Vindas do ano anterior	2.985	26,7%	3.768	30,8%	
	Entradas	8.180	73,3%	8.459	69,2%	
	Total	11.165	100,0%	12.227	100,0%	
Findas	Abertura fase jurisd. (artº 89º)	1.368	16,6%	1.471	17,0%	
	Arquivamento	Liminar (artº 78º)	1.728	21,0%	2.574	29,7%
		após suspensão (artº 85-2)	270	3,3%	270	3,1%
		falta indícios (art 87º)	3.330	40,5%	2.661	30,7%
		Total	5.328	64,8%	5.505	63,6%
	Remetidos	1.521	18,5%	1.684	19,4%	
Total	8.217	100,0%	8.660	100,0%		
Pendentes para o ano seguinte	Total	2.948	100,0%	3.567	100,0%	

Fonte: PGR (2005 e 2010)

Dos dados em análise merece especial destaque o facto de a maioria dos processos tutelares educativos findos resultarem de arquivamento, 63,6%, 5.505 processos dos 8.660 processos findos, em 2010, em especial por falta de indícios⁵²² (art.º 87.º da Lei Tutelar Educativa), 30,7% (2.661), e por arquivamento liminar⁵²³ (art.º 78), 29,7% (2.574)⁵²⁴. Ora, da criminalidade participada ao MP imputada a jovens, maiores de 12 anos e menores de 16 anos, o MP unicamente considera em 1.471 processos que existe fundamento para que seja instaurado processo judicial tutelar educativo⁵²⁵.

5.2.2.3O MP e as ações de promoção e proteção em tribunal e nas CPCJ

a) O MP e a sua atividade processual

Entre 2005 e 2010, verifica-se uma tendência de crescimento gradual nas ações de promoção e proteção entradas, apenas contrariada em 2007, atingindo em 2010 os 6.389 processos entrados. Note-se que a maioria destes processos de proteção e promoção entrados neste período resultam da “iniciativa”, ou seja do requerimento,

⁵²² Nos termos do artigo 87.º da LTE o Ministério Público arquiva o inquérito logo que conclua pela inexistência do facto ou pela insuficiência de indícios da prática do facto ou, ainda, quando houver desnecessidade de aplicação de medida tutelar.

⁵²³ O arquivamento liminar tem lugar, nos termos do disposto no artigo 78.º da LTE, quando, sendo o facto qualificado como crime punível com pena de prisão de máximo não superior a um ano, e atendendo à informação obtida sobre a conduta anterior do menor e sua situação familiar, educativa e social (artigo n.º 73.º, n.º 2), se revelar desnecessária a aplicação de medida tutelar face à reduzida gravidade dos factos e conduta posterior do menor. Caso o crime seja de consumo de estupefacientes, o Ministério Público encaminha o menor para serviços de apoio e tratamento, se não tiver havido notícia do cometimento ou do perigo de cometimento de facto qualificado como crime de diferente espécie, e arquiva liminarmente.

⁵²⁴ Note-se que os processos arquivados por falta de indícios (art.º87.º) registaram um declínio em termos absolutos entre 2005 (3.330) e 2010 (2.661), enquanto os arquivamentos liminares (art.º78.º) registam a tendência oposta – cresceram de 1.728 processos para 2.574 -, ganhando relevância no total de processos findos.

⁵²⁵ A DGPJ registou 1.922 processos entrados.

do MP, após a situação ter sido comunicada pela CPCJ ou por qualquer outra entidade ou pessoa, que entende, nestes casos, como referimos anteriormente, que não se verificam condições legais ou materiais para que estes litígios sejam dirimidos nas CPCJ.

Quadro 43 – Ações de Promoção e Proteção – Ministério Público

			2005	2006	2007	2008	2009	2010
Movimentadas	Vindas do ano anterior		7781	7474	6784	8151	8723	8799
	Entradas	A requerimento do MP	5096	6004	4333	5884	6157	6000
		A requerimento de Outros	330	279	333	287	261	389
	Total		13207	13757	11450	14322	14141	15188
Findas			5328	5717	4616	5552	6477	6468
Pendentes para o ano seguinte			7879	8040	6834	8770	8664	8720

Fonte: PGR (2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010)

Apesar de registar-se também um crescimento das ações de promoção e proteção findas, estas apenas superam ligeiramente as ações entradas em 2009 (6.477) e 2010 (6.468), pelo que não é surpreendente o crescimento das pendências no mesmo período, de 7.879 em 2005 para 8.720 em 2010 (quadro 43).

b) O MP e a sua atividade de acompanhamento das CPCJ: a avaliação das CPCJ

O Ministério Público também tem o dever de “acompanhar a atividade das comissões de proteção, tendo em vista apreciar a legalidade e a adequação das decisões, a fiscalização da sua atividade processual e a promoção dos procedimentos judiciais adequados”⁵²⁶. Ora, do total⁵²⁷ de CPCJ existentes (296), 89,9%, segundo dados para o ano de 2010 do relatório de avaliação anual da Comissão Nacional de Proteção de Crianças em Risco, afirmam conhecer o interlocutor do Ministério Público designado, sendo que desses interlocutores 31,6% participam nas reuniões da modalidade alargada e 32,6% participam nas reuniões de modalidade restrita

Do total de contactos ocorridos entre as CPCJ e o Ministério Público, durante o ano de 2010, o respetivo relatório aponta que 67,2% foram da iniciativa das

⁵²⁶ Cf. o número 3 do artigo 72.º da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. A Procuradoria-Geral da República, de modo a concretizar estas atribuições que, na prática, suscitavam algumas dificuldades, veio determinar, através das Circulares n.º 01/2001 e 3/06, qual a intervenção do Ministério Público nas comissões de proteção de crianças e jovens.

⁵²⁷ De acordo com dados do Relatório de Avaliação de 2010 (o último relatório conhecido), no final de 2010 estavam instaladas 296 CPCJ, o que significa que, havendo no país 308 concelhos e sabendo nós que em Lisboa há 4 CPCJ e no Porto 2, faltam ainda, instalar CPCJ em 18 concelhos.

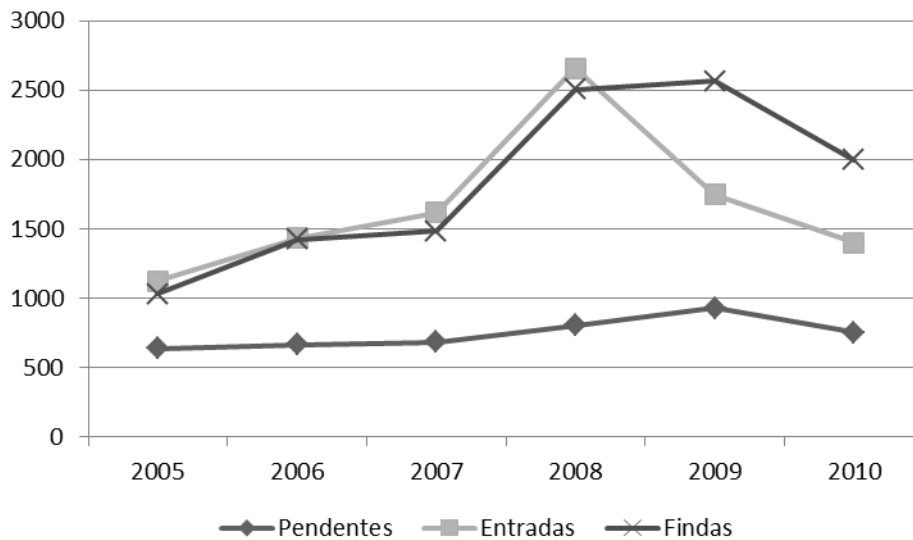
comissões – dos 10.999 contactos, 7.393 foram da iniciativa das CPCJ e 3.606 do Ministério Público. O tipo de articulação estabelecida incidiu essencialmente ao nível das orientações para as diligências processuais (47,8% dos casos, em 2010, dos contactos por parte das CPCJ). Seguem-se os esclarecimentos de ordem jurídica, (27,3% em 2010); os procedimentos de urgência (em 2010 constituíram 6,8% dos casos); os convites para participação em, pelo menos, uma reunião na modalidade alargada (6,8%).

Os meios de contacto mais utilizados, em 2010, foram: por parte das CPCJ, contrariamente aos anos anteriores, os contactos por escrito (46,6%), que o Ministério Público desde sempre privilegiou (56,9%). Por outro lado, de referir que os contactos pessoais assumem valores muito baixos por parte de ambos. Uma nota para referir que os contactos são considerados como sendo suficientes por parte das CPCJ (82,8%), existindo, contudo, comissões que defendem a necessidade de reuniões mais frequentes. Assim, considerando que o MP não deve tutelar as CPCJ, mas unicamente desempenhar a sua função de articulação e mediação entre o judicial e o não judicial, as comissões e o MP estão a construir gradualmente uma relação de adequação e boa colaboração, com a aprovação da maioria das CPCJ.

5.2.3 O MP: instância de resolução de conflitos

O Ministério Público, no âmbito da justiça de família e das crianças, desde 2001, para além da sua função de mobilizador do tribunal, na defesa do superior interesse das crianças e dos direitos dos outros ausentes e incapazes, assume, também, como se referiu, a função de acompanhamento das CPCJ, de instrução e decisão dos inquéritos no processo tutelar educativo, de instauração de processos tutelares cíveis e de promoção e protecção e, ainda, de resolução de litígios de família. Assim, nos termos do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, para “ (...) desonerar os tribunais de processos que não consubstanciem verdadeiros litígios, permitindo uma concentração de esforços naqueles que correspondem efetivamente a uma reserva de intervenção judicial”, através da “transferência da competência decisória em processos cujo principal rácio é a tutela dos interesses dos incapazes ou ausentes, do tribunal para o Ministério Público, estatutariamente vocacionado para a tutela deste tipo de interesses, sendo este o caso das ações de suprimimento do consentimento dos representantes, de autorização para a prática de atos, bem como a confirmação de atos em caso de inexistência de autorização” é “colocar a justiça ao serviço da cidadania”.

Gráfico 38 - Decreto-Lei 272/2001⁵²⁸, 2005 a 2010



Fonte: PGR (2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010)

Esta procura é uma procura imposta por lei, dado que não permite que determinados negócios (ex.: alienação ou oneração de bens) sem que o MP avalie se eles protegem o interesse da criança ou do incapaz. Nestas ações o MP não é o mobilizador, mas o decisor. O MP constitui, assim, mais uma instância de resolução de conflitos que pretende prevenir o congestionamento dos tribunais. No entanto, se com este processo de desjudicialização, os referidos processos forem tramitados de uma forma mais célere e adequada, também esta função de “decisão” assume uma componente de promoção do acesso ao direito e à justiça, ao permitir aumentar a oferta da justiça.

5.2.3.1 As ações do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro

No gráfico 38 pode-se observar a tendência de crescimento das ações movimentadas, findas e pendentes referentes ao Decreto-Lei 272/2001 entre 2005 e 2008. Mais concretamente, o número de ações movimentadas duplicou de 1.759, em 2005, para 3.459, em 2008, descendo para 2.153, em 2010. A este aumento da procura não correspondeu, contudo, uma duplicação das pendências, tendo o número de ações findas duplicado igualmente, de 1.029, em 2005, para 2.505. No entanto, os processos pendentes cresceram de 730, em 2005, para 954, em 2009, sendo certo que as ações findas respeitantes ao Decreto-Lei 272/2001, de 13 de outubro, são superiores às

⁵²⁸O relatório de 2004 da Procuradoria-Geral da República não incluía informação sobre as ações respeitantes ao Decreto-Lei 272/2001.

pendentes para o ano seguinte. A contenção do crescimento das ações pendentes e o facto de haver mais ações findas que entradas significam um bom desempenho do MP como instância de resolução de litígios.

6 Para além do Judicial: a mediação familiar, as CPCJ e a atividade da administração e das ONGs

É hoje consensual que a resolução de litígios e a administração de justiça não se esgota na ação dos tribunais judiciais. No ponto 2, deste capítulo, ao analisar as pirâmides e outras metáforas de representação da litigiosidade e dos meios de resolução de litígios concluiu-se que a maioria dos litígios são resolvidos fora dos tribunais seja por desjudicialização, seja por opção dos litigantes. Por maioria de razão, atenta a natureza e especificidade dos conflitos relativos à família e aos direitos das crianças, a justiça de família e das crianças satisfaz a sua procura por diversos meios, judiciais e não-judiciais, de resolução de litígios, como se referiu no capítulo VII.

Assim para completar esta reflexão não se pode deixar de analisar, sumariamente, a ação das conservatórias do registo civil, da mediação familiar e das Comissões de proteção de crianças e jovens em perigo (CPCJ), sendo que o recurso às conservatórias é obrigatório por lei, a mediação ainda é embrionária e emergente e as CPCJ encontram-se, após uma fase de legitimação e desenvolvimento, numa fase de consolidação.

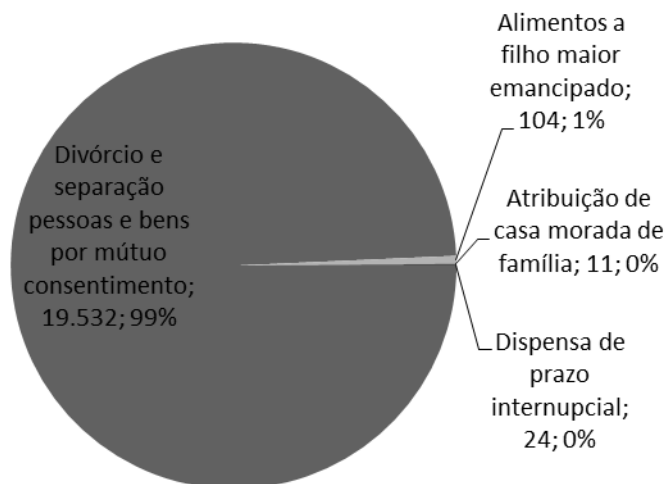
6.1 A resolução de conflitos de família e das crianças nas conservatórias do registo civil

A esmagadora maioria dos processos e procedimentos de resolução (consensual) de litígios da família e das crianças nas conservatórias do registo civil corresponde a processos de divórcio ou separação de pessoas e bens por mútuo consentimento e casamento. O volume de processos e procedimentos de alimentos a filhos maiores emancipados, de atribuição de casa de morada de família e dispensa de prazo internupcial é pouco expressivo, representando no total cerca de 1% dos processos e procedimentos de resolução (consensual) de litígios nas conservatórias do registo civil.

Entre 2005 e 2010, o número de “atos” de divórcio ou separação de pessoas e bens por mútuo consentimento cresceu de 16.196 para 19.532. Já os processos de

atribuição de casa de morada de família decresceram de 149, em 2005, para apenas 11, em 2010 (gráfico 39) (cf. quadro no anexo 9, a este capítulo).

Gráfico 39 - Número de processos e procedimentos de resolução (consensual) de litígios realizados nas conservatórias do registo civil por tipo de processo e procedimento, 2010



Fonte: DGPJ, Estatísticas da Justiça online

Ao comparar o número de processos de divórcio e separação de pessoas e bens findos, no ano de 2010, em tribunal (10.905) com os processos de divórcio e separação de pessoas e bens por mútuo consentimento nas conservatórias do registo civil (19.532), que anteriormente eram competência do tribunal, verifica-se que as conservatórias de registo civil são responsáveis pela resolução (consensual) de mais de metade deste tipo de litígios de família (64,2%). O predomínio das conservatórias do registo civil na resolução (consensual) de processos de divórcio e separação de pessoas e bens está diretamente relacionado com fatores de diversa natureza, como a “naturalização” social destes conflitos e a assunção pelos casais do princípio de resolução consensual, o preço fixo, a desnecessidade de advogado, a maior proximidade (em comparação com um tribunal) com as pessoas, a existência de apoio judiciário para as conservatórias do registo civil, a certificação célere de uma solução consensual, com a disponibilização a todos os cidadãos de minutas de preenchimento simplificado e, ainda, a aceitação de um acordo de regulação das responsabilidades parentais e, se as partes quiserem, de partilha dos bens do casal. Assim, a atual resolução destes litígios nas conservatórias facilita o acesso ao direito e à justiça.

6.2 A mediação familiar em Portugal

A mediação familiar até 2008 estava disponível apenas na comarca de Lisboa e em nove comarcas limítrofes (Almada, Amadora, Barreiro, Cascais, Loures, Mafra, Oeiras, Seixal e Sintra). Contudo, a partir de 16 de julho 2008, a mediação familiar passou a estar igualmente disponível em Coimbra, Porto, Setúbal, Leiria e Braga. Os serviços de mediação familiar funcionam, atualmente, em todo o território nacional. Contudo, e como referido por parte dos representantes do sistema de mediação familiar, em entrevista, verifica-se que, da parte do sistema judicial, existe ainda uma certa desconfiança em relação aos modos alternativos de resolução de litígios, em especial, a mediação familiar:

A mediação não é ainda uma coisa que está interiorizada no sistema judicial. Acho que não interiorizaram, acho que têm um método de trabalho tradicional, em que as coisas vão ao tribunal e não saem do tribunal... Se calhar ainda não existe abertura, ou um conhecimento, ou seja, interiorização da mediação familiar ao ponto de perceberem que não é para os casos em que eles não sabem o que lhes hão-de fazer, mas sim para os casos que começam, e antes de avançar se calhar convinha irem à mediação familiar. (ESMF)

Tal desconfiança perante o sistema de mediação é bem patente nas palavras de um magistrado do Ministério Público:

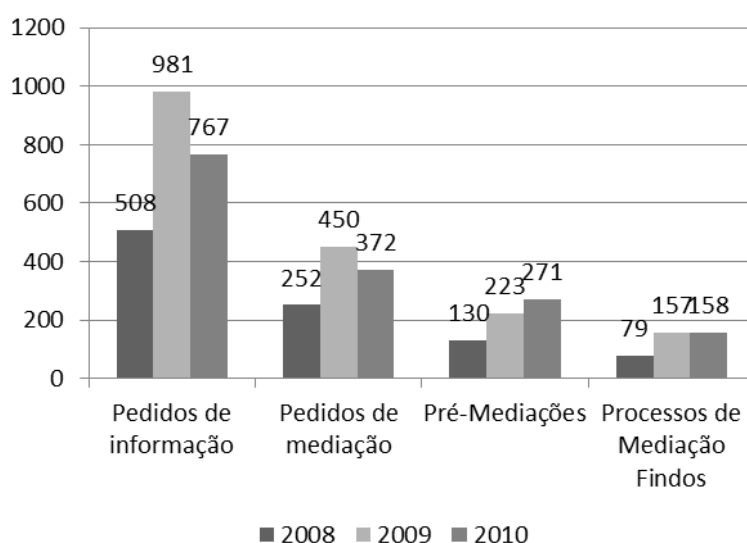
(...) eu concordo e desejo ardentemente, enquanto magistrado e enquanto cidadão, que isto funcione, acho que geralmente é por aqui que as coisas têm de ir. Acho que o Governo, por exemplo, quando fez a lei do divórcio, muitas vezes fala em mediação e fala bem, mas fala sempre sem conhecer a realidade, porque, realmente, a mediação em Portugal funciona pessimamente mal. E funciona mal, eu acho que desde logo, e peço desculpa se estou a ser mau, porque não há capacidade técnica para isso. (EMP)

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, nos termos legais, 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. 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 Serviço de Mediação Familiar, em Lisboa.

Em 2010, o sistema de mediação familiar recebeu 767 pedidos de informação, 372 pedidos de mediação e realizou 271 pré-mediações e 158 processos de mediação findos (gráfico 40). Em relação aos dados estatísticos conhecidos, entre 2008 a 2010, o sistema de mediação familiar registou uma evolução positiva da sua atividade, embora ainda diminuta, a que acresce o volume de pedidos de informação tenha registado uma quebra em relação a 2009 (gráfico 40).

Gráfico 40 – Sistema de Mediação Familiar, 2008 a 2010



Fonte: GRAL

Em relação aos processos mediação findos importa observar que a percentagem de acordos obtidos regista um decréscimo entre 2008 e 2010, de 60,7% para 48,7%, muito embora, em termos absolutos o número de processos de mediação com acordo tenham aumentado ligeiramente de 2008 (48) para 2010 (56).

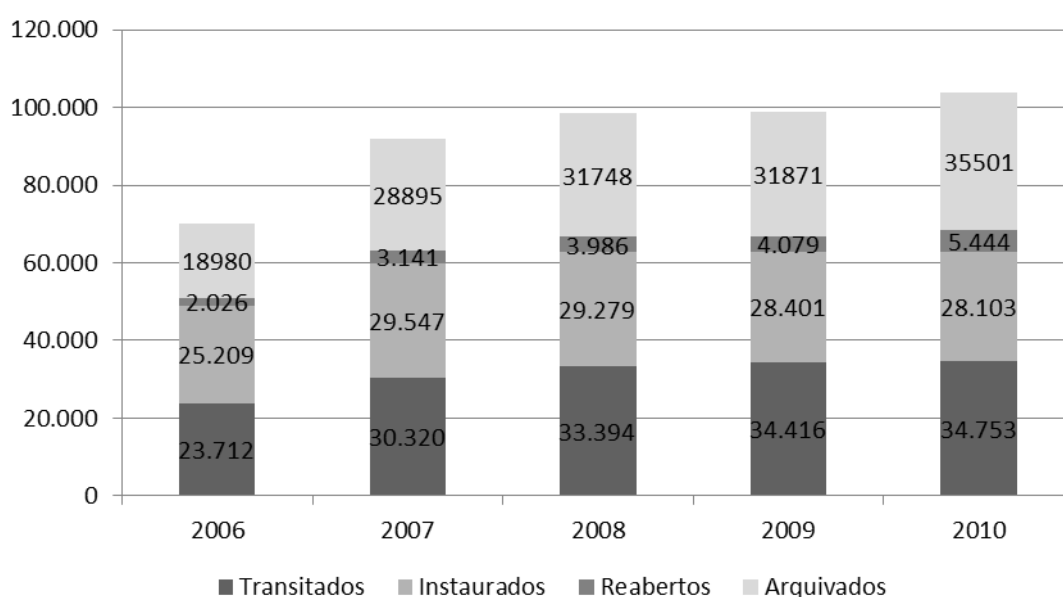
Os processos de mediação familiar têm em média uma duração entre 1 e 3 meses, dependendo dos intervenientes e do conflito em causa, sendo que, segundo dados do Ministério da Justiça, 73% das mediações familiares terminaram em menos de 2 meses.

6.3 CPCJ – Análise da atividade das comissões de proteção das crianças e jovens

6.3.1 Os processos e a sinalização das situações de perigo

Em articulação com a atividade do MP, da Segurança Social, das autarquias e das organizações de comunidade, foi dado em 2001, com a entrada em vigor da reforma legislativa já referida, um novo impulso à atividade das comissões de proteção das crianças e jovens(CPCJ), na área da promoção dos direitos e proteção das crianças em situação de perigo pelo que, em seguida, farei um breve retrato da procura, funcionamento e desempenho das comissões de proteção das crianças e jovens, bem como uma reflexão da sua importância, nesta área, no sistema de acesso ao direito e à justiça.

Gráfico 41 – Fluxo processual das CPCJ, 2006 a 2010



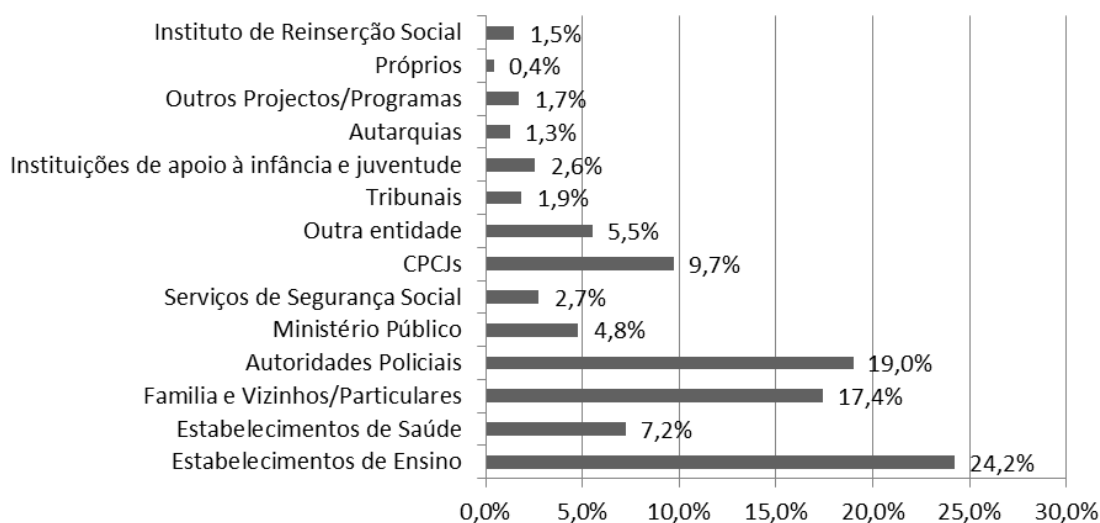
Fonte: CNPCJR

O fluxo processual (processos instaurados, reabertos e arquivados) das Comissões de proteção das crianças e jovens registou uma tendência de crescimento, no período entre 2000 e 2010, sendo de salientar a inversão de tendência de declínio registada nos anos de 2004 e 2005 para um crescimento acentuado em 2006, em que o fluxo processual mais do que duplicou, e de 2006 para 2007 (cf. anexo, a este capítulo). Entre 2005 e 2006 regista-se um aumento exponencial dos processos instaurados que se deve, de acordo com Torres *et al.* (2008:6), “à abertura de processos imediatamente após a sinalização da situação, prática essa que teve início apenas a partir do ano de 2005, ao aumento gradual do número de comissões existentes e que enviaram o seu modelo de recolha de dados à CNPCJR, mas também à mostra que há uma cada vez maior visibilidade das CPCJ nos contextos onde atuam,

aliada ao crescente reconhecimento da sua legitimidade na proteção de crianças e jovens.” E, ainda, porque os anos de 1998 a 2000 foram os anos de preparação da reforma, 2001 e 2002, os anos do de início da sua implementação, enquanto de 2003 a 2005 foi um período de estagnação, dada a pouca relevância política e institucional dada às CPCJ nesse período, o que contrasta com o período de 2006 a 2010, o período de desenvolvimento e consolidação das CPCJ^{529,530}. Com o aumento do fluxo processual, a maioria das CPCJ debatem-se com o problema da escassez de recursos humanos. Há poucos membros a tempo inteiro e são insuficientes os que estão a meio tempo (Torres *et al.*, 2008).

Ao atentar apenas no período compreendido entre 2006 e 2010 - período temporal em que passam a ser contabilizados os processos transitados nos anos anteriores – verifica-se que os processos transitados nos anos anteriores, não só cresceram neste período, 23.712 para 34.753, como desde 2007 ultrapassam o número de processos instaurados (gráfico 41).

Gráfico 42 – Responsável pela sinalização (2010)



Fonte: CNPCJR

⁵²⁹ Para que conste, conforme escrito no capítulo IV, na reflexão metodológica, uma declaração de interesses: o autor foi Presidente da Comissão Nacional de Proteção de Crianças e Jovens em Risco de 1998 a Junho de 2001, foi coordenador da Comissão da reforma legislativa do direito de promoção dos direitos e proteção das crianças em perigo e integrou diversas comissões de reforma legislativa e institucional, com relevância na área da família e das crianças de 1996 a 2001.

⁵³⁰ De notar, contudo, que é entre os processos arquivados que se regista um maior aumento nos últimos cinco anos, passando de 5.081, em 2005, para 18.980, em 2006, até atingir os 35.501, em 2010. Entre estes, destaque para o facto do peso dos processos arquivados liminarmente terem vindo a decrescer – ainda que em termos absolutos registem um aumento.

O arquivamento de processos na CPCJ pode acontecer após a intervenção da Comissão ou por remessa do processo a outra instituição, como o tribunal. Entre os processos arquivados na CPCJ após intervenção, a principal causa prende-se com a ausência de situação de perigo, quer por esta não subsistir (72,2%), quer por não se confirmar (27,2%). Quanto aos processos remetidos e, conseqüentemente arquivados, destaque para as comunicações a tribunal, por não cumprimento reiterado do acordo de promoção e proteção (26,2%) e para o envio a tribunal resultante da retirada do consentimento para a intervenção (27,8%).

Anália Torres *et al.* (2008) identificam a incapacidade para atuar sem consentimento dos pais, como um dos problemas transversais da atividade das CPCJ, que tem como consequência, quando estes não o dão ou o retiram a meio do processo, o envio dos processos para os tribunais. “Além de desperdício de tempo e de meios das CPCJ, a consequência é o envio de um número significativo de processos para os tribunais – que muitas vezes não correspondem a casos considerados graves -, apenas devido à retirada do consentimento ou à não assinatura do acordo. Tal demonstra o poder excessivo que os pais detêm sobre os processos” (*idem*:14). Esta asserção tem implícita que esta autora considera que as CPCJ, em determinadas situações, poderiam comprimir direitos dos pais, não considerando essa matéria reservada constitucionalmente aos tribunais. Em sentido contrário se vem pronunciando designadamente Armando Leandro – Presidente da Comissão Nacional de Proteção de Crianças e Jovens em Risco, que acompanha a atividade das CPCJ – que defende que quando é necessário limitar os direitos dos pais, os processos devem ser remetidos de imediato, nos termos da Constituição e da lei, para tribunal (cf. o artigo 36.º, n.º 5, da CRP). Por outro lado, quanto ao consentimento dos pais para a intervenção da CPCJ, coloca-se, ainda, no entender Anália Torres *et al.* (2008), a questão da sua legitimidade nos casos em que os comportamentos dos pais são considerados crime, mas também por este procedimento poder, ainda, significar a perda de eficácia de investigações criminais, uma vez que se coloca o “suspeito” de sobreaviso, podendo inviabilizar a comprovação dos atos ilícitos. Ora, nestas situações, as CPCJ não devem intervir, dado que não há condições – devido à referida suspeita – para pedir o consentimento aos pais e conseqüentemente o respetivo processo deve correr, desde o primeiro momento, os seus termos em tribunal.

Por fim, no que se refere às sinalizações nos processos instaurados, em 2010, à semelhança do registado em anos anteriores, segundo a CNPCJR, a esmagadora maioria foram efetuadas por escrito, mais concretamente 71%, seguidas das sinalizações presenciais, com 19%. Cerca de 25% das sinalizações foi efetuado pelos estabelecimentos de ensino e de educação, seguindo-se as autoridades policiais (19%) e a família e os vizinhos (17%) (gráfico 42). De notar, ainda, o papel que as próprias CPCJ desempenham na sinalização de situações de perigo. A intervenção das CPCJ, na fase inicial dos processos – incluindo a sinalização dos casos, a investigação e diligências sumárias -, enfrenta, no entender de Torres *et al.* (2008), os seguintes constrangimentos: i) incumprimento do princípio de subsidiariedade por parte das entidades de primeira linha; ii) insuficiência de informação aquando da sinalização; iii) falsas sinalizações; iv) incerteza nas diligências que são possíveis de realizar após a sinalização. No entanto, a crescente sinalização às CPCJ (34.753, em 2010) das situações de perigo, seja pelas entidades públicas, seja pelos vizinhos e família, significa a diminuição das “cifras negras” e a assunção da sociedade, que as situações de perigo para as crianças e a violação dos seus direitos deixaram de ser uma questão privada, para passarem a ser, desde o final do século XX, um problema do espaço público. As famílias que criem um perigo (ou não o conseguem afastar) para as crianças e jovens são controladas socialmente pela ação de todas as entidades e pessoas, que possam contactar com essas crianças.

6.3.2 Caracterização das Crianças e Jovens – processos Instaurados

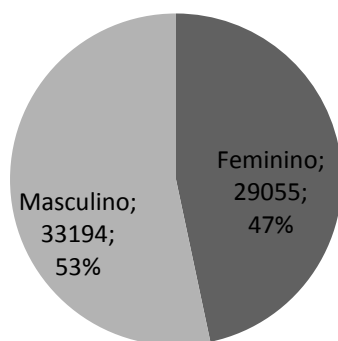
De acordo com a informação disponibilizada pela CNPCJR, o número total de crianças acompanhadas pelas CPCJ, em 2010, foi de 68.421, das quais 48,6% (30.235) correspondem a processos transitados, 42,8% (26.641) a processos instaurados e 8,6% (5.373) a processos reabertos⁵³¹.

À semelhança do registado em anos anteriores, observa-se uma ligeira prevalência das crianças do sexo masculino (53%) em relação às do sexo feminino (47%), independentemente do escalão etário (gráfico 43). Relativamente à estrutura etária das crianças e jovens com processos instaurados em 2010 regista-se um peso ligeiramente superior dos jovens com idades compreendidas entre os 11 e os 14 anos

⁵³¹ Este número é inferior ao volume processual verificado, o que se explica pelo facto de nem todas as crianças acompanhadas terem sido caracterizadas. Neste ponto faremos a caracterização das crianças e jovens de processos instaurados, em 2010.

(27,1%) e entre os 0 e os 5 anos (25,7%) (gráfico 44). Contudo, não podemos esquecer que o Estudo de Diagnóstico e Avaliação das Comissões de proteção de crianças e jovens (Torres *et al.*, 2008), concluiu que cada vez mais são sinalizadas para as CPCJ crianças mais novas, verificando acréscimos em todos os grupos etários até aos 10 anos.

Gráfico 43 – Crianças e jovens acompanhadas nos processos instaurados segundo o sexo, em 2010



Fonte: CNPCJR

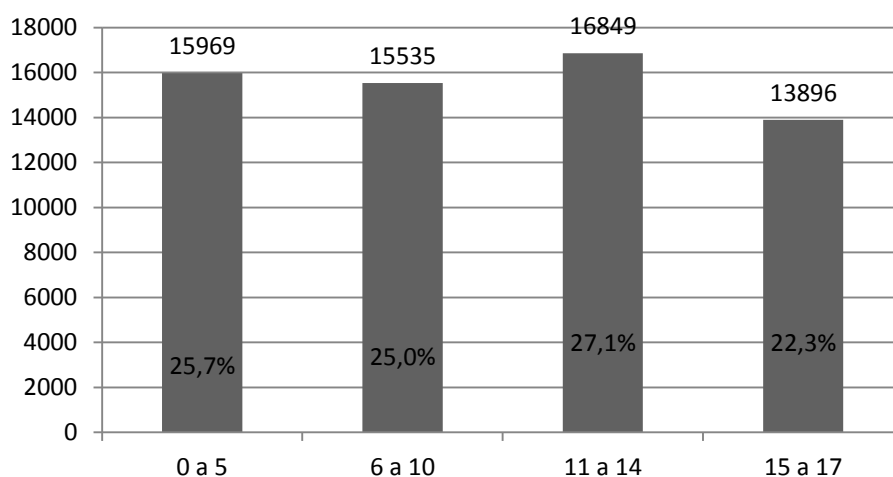
No que respeita às problemáticas identificadas em processos instaurados nas CPCJ são os casos de negligência que têm uma maior expressão, representando cerca de 36,5% do total de casos, seguidos dos de exposição a modelos de comportamento desviante (16,8%) e do abandono escolar (14,6%) – cf. quadro no anexo 10, a este capítulo)⁵³².

Analisando as medidas aplicadas verifica-se, em termos gerais, que são as medidas em meio natural de vida, as mais privilegiadas (gráfico 45). Com efeito, em consequência do princípio jurídico de prevalência da família, consagrado na referida lei de promoção e proteção (art. 4º, alínea g)), o “apoio junto dos pais” foi a medida mais frequentemente aplicada, em 2010, seguida do apoio junto de outro familiar, com 76,8% e 11,4% respetivamente. Entre as medidas de colocação destaca-se, ainda, o acolhimento institucional, ainda que represente apenas 8,6% do total de medidas aplicadas. No entender de Torres *et al.* (2008), sabendo que as situações de negligência e de maus tratos são, na grande maioria das vezes, da responsabilidade dos

⁵³² Note-se, contudo, que os dados de 2008 do Relatório Anual das CPCJ, que cruzavam as problemáticas com a faixa etária das crianças e jovens, apontavam para diferenças importantes por faixa etária: os casos de negligência vão diminuindo à medida que aumenta a idade, enquanto os casos de abandono escolar aumentam, representando 24,4% e 29,9% das problemáticas identificadas nas faixas etárias entre os 11 e 14 anos e 15 anos ou mais, respetivamente (CPCJ, 2009).

progenitores, estes dados levam a questionar da adequação de medidas que mantêm as crianças e jovens no seio da família biológica, correndo-se o risco, pelo menos em parte dos casos, de perpetuar essas situações. Esta tensão entre prevalência da família, a intervenção em meio familiar e a separação e institucionalização das crianças atravessa a política pública e a intervenção social, estando resolvida legalmente a favor da prevalência da família.

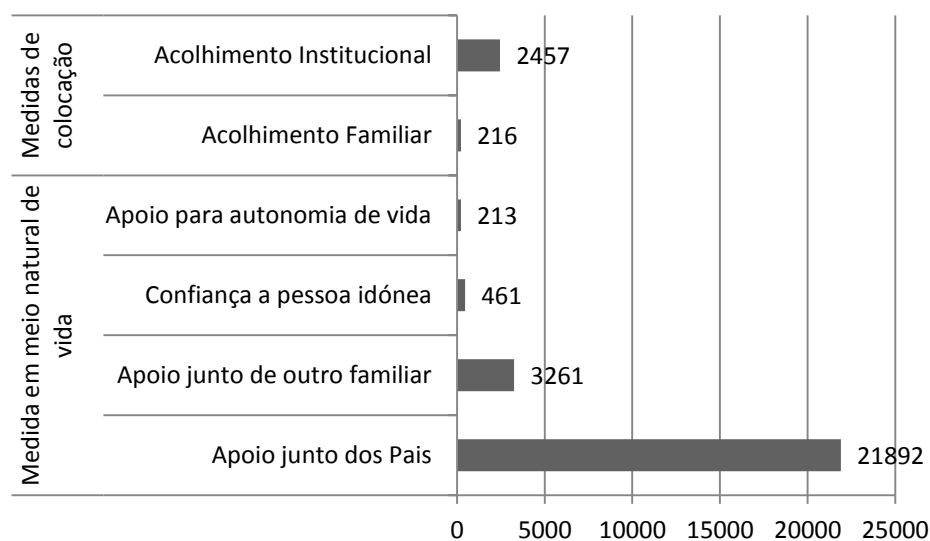
Gráfico 44 – Crianças e jovens acompanhadas nos processos instaurados por grupos etários, em 2010



Fonte: CNPCJR

As CPCJ, enquanto parceria entre o Estado e a comunidade – compostas por representantes dos serviços de administração pública, das autarquias e das ONGs que atuam na área da infância e juventude – constituem, como se escreveu, um meio de justiça de proximidade. Ao acompanharem 68.421 crianças, em 2010, que se encontravam em situação de perigo para a “sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento” e ao estarem presentes na quase totalidade dos concelhos do país, de acesso livre e gratuito, permitem uma resposta na promoção e defesa dos direitos das crianças e da proteção das que se encontram em perigo, de natureza híbrida entre a intervenção jurídica e social, que, sem margem para dúvida, facilitam o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.

Gráfico 45 – Medidas aplicadas pelas CPCJ, 2010



Fonte: CNPCJR

7 Conclusões: A justiça da família e das crianças ou uma nova relação entre o judicial e o não judicial

A análise efetuada neste capítulo permite assinalar um conjunto de conclusões e tendências gerais da procura da justiça da família e das crianças em Portugal, que é aquela a que se recorre para que sejam reconhecidos os direitos consagrados no direito civil de família e os direitos das crianças (e outros incapazes em sentido jurídico), através das ações declarativas cíveis de família, das ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens, das ações tutelares cíveis, dos processos de promoção e proteção das crianças em perigo (vulgo crianças em risco) e dos processos tutelares educativos (crianças maiores de 12 anos e menores de 16 anos, a quem é imputada a prática de um crime).

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

menores, localizada no litoral do país, com natureza mais urbana, abrange cerca de 50% da população e 19,8% do território, com um juiz por 60.000 a 80.000 habitantes e com tribunais com competência para uma área entre 100 km² e 5.000 km². Esta justiça caracteriza-se por dirimir 55% da litigação finda da justiça da família e das crianças, na qual se deve salientar que satisfazem um procura superior em 71,9% das ações tutelares findas por 100.000 habitantes (496,9 processos por 100.000 habitantes), ou seja 63,1% (26.383 em 41.770) da totalidade de processos tutelares findos, ou seja, relativos aos direitos, defesa do superior interesse da criança e os casos em que aos adolescentes entre 12 e 16 anos sejam imputados factos qualificados como crimes. Caracteriza-se, ainda, por uma maior oferta e procura nas ações de divórcio e separação de pessoas e bens (114,3). A justiça da família e das crianças dos tribunais de competência genérica tem, por seu lado, uma maior oferta e procura nas ações declarativas cíveis relativas a conflitos de família (229,4 processos por 100.000 habitantes) e em procedimentos cautelares e urgentes (74 processos por 100.000 habitantes).

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

Assim, os tribunais de família e menores potenciam a procura e a oferta e consequentemente o acesso ao direito e à justiça na promoção dos direitos das crianças, e nas ações de divórcio não consensuais, enquanto os tribunais de competência genérica tem mais procura e oferta nos conflitos de família de direito civil e nos procedimentos cautelares. A explicação deste diferente perfil da justiça da família e das crianças especializada dos tribunais de família e menores em comparação com os tribunais de competência genérica assenta, simultaneamente, por um lado, num conjunto de fatores externos aos tribunais, ou seja, as diferentes características socioculturais e sociodemográficas dos territórios que servem, em que os tribunais de família e menores têm um território mais urbano, mais juvenil, mais denso em termos de população, mais informação sobre os direitos e mais plural em termos culturais. Por outro lado, em termos de fatores internos, esta justiça especializada tem juízes e

magistrados do MP especializados (ou que só tratam em exclusivo este tipo de litígios da família e das crianças), serviços de atendimento do MP aos cidadãos, acesso a mais recursos técnicos (v.g. psicologia, serviço social) de apoio e está mais centrada e sensível aos direitos das crianças.

Importa, ainda, salientar que as tendências globais identificadas de evolução da justiça da família e das crianças – diminuição dos processos cíveis de família findos (ações declarativas cíveis, ações de divórcio e separação de pessoas e bens e procedimentos cautelares) e crescimento dos processos tutelares – são mais expressivas e céleres nos tribunais especializados de família e menores do que nos tribunais de competência genérica. Nos tribunais de família e menores, entre 2000 e 2010, as ações cíveis de família findas nos tribunais de família e menores diminuíram cerca de 22,4% e as ações tutelares aumentaram 110,3%. Já nos tribunais de competência genérica as ações cíveis de família registaram, no mesmo período, um decréscimo de apenas 7,3% e as tutelares um aumento de 40,4%.

Nesta análise da procura da justiça de família e das crianças, através dos processos findos, é de assinalar a tendência de redução da procura e mobilização da justiça cível de família nos tribunais, devido às sucessivas intervenções legislativas desjudicializadoras, e o aumento da mobilização da justiça tutelar, ou seja, da procura dos processos judiciais relacionados com a promoção dos direitos das crianças. No entanto, na justiça civil de família há que salientar as tendências, por um lado, para a diminuição das ações de divórcio, devido à desjudicialização do divórcio por mútuo consentimento, mas é de assinalar que 47% dessas ações findas, no ano 2010, correspondem a divórcios litigiosos ou sem consentimento. Por outro lado, há que salientar o crescimento dos procedimentos cautelares, ou justiça urgente, para 24% da justiça civil de família. Por último, o crescimento das ações de declaração de incapacidade civil, que decorrem da necessidade de exercer a representação jurídica de incapaz, administrar os seus bens ou receber a prestação social de segurança social.

A justiça tutelar é dominada pelas ações tutelares cíveis, que veem o número de processos entrados quase duplicar, entre 2000 e 2010. Este crescimento deve-se à explosão da procura nas ações de regulação das responsabilidades parentais na sua maioria instauradas pelo MP, a pedido das mães das crianças. A evolução dos processos judiciais de promoção e proteção corresponde a um processo de consolidação da primeira linha de intervenção confiada às entidades públicas e da

comunidade com competência na área da infância e juventude e, em especial, do segundo nível de intervenção atribuído às Comissões de proteção de crianças e jovens (CPCJ), nas quais deram entrada, em 2010, 26.338 processos, passando lentamente os tribunais a ser subsidiários destas duas primeiras linhas. Os tribunais não tiveram que responder à explosão da procura que foi encaminhada para as CPCJ e para a qual não teriam capacidade de resposta. São, assim, procurados como “instância de recurso”, o que é muito raro – iniciativa do MP para reapreciação das decisões das CPCJ – ou quando as CPCJ ainda não estejam instaladas ou não puderem, legalmente – falta de consentimento dos pais ou oposição da criança – ou materialmente, intervir (falta de meios). No que respeita aos processos tutelares educativos, ou seja, os processos relativos às crianças que cometem crimes entre os 12 e os 16 anos (exclusive), observa-se uma redução expressiva do número de processos entrados de cerca de 9 mil, em 2000, para pouco mais de 1.100 processos, em 2010. De referir, contudo, que os inquéritos abertos no MP aumentaram, entre 2004 e 2010, só que o MP só abriu processos judiciais em 1.471 dos 8.459 processos entrados, ou seja, em cerca de 17%, em 2010. O retrato da justiça tutelar, coloca, por um lado, o MP como a instância mais importante na resolução destes processos, e, por outro lado, educativa não confirma o discurso mediático e político do crescimento da delinquência juvenil.

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

Contudo, 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 na ação dos tribunais, há que considerar outros meios de resolução de litígios como o Ministério Público, as conservatórias do registo civil, o serviço de mediação familiar, que está desde 2008 disponível em todos os concelhos de Portugal, e as CPCJ, que estão já instaladas em 276, dos 308, concelhos. O MP, ao assumir a decisão em processos de

tutela de interesses dos incapazes e ausentes, cumpre a função de descongestionamento dos tribunais, decidindo, por exemplo, 3.437 processos, em 2008, e 3.401, em 2010. As conservatórias do registo civil desempenham um papel primordial na resolução (consensual) de processos de divórcio e separação de pessoas e bens, o que está diretamente relacionado com fatores de diversa natureza, como a “naturalização” social da resolução destes conflitos por consenso, o preço fixo, a desnecessidade de advogado, a maior proximidade (em comparação com um tribunal) com as pessoas, a existência de apoio judiciário para os processos que decorram nas conservatórias do registo civil, a certificação célere de uma solução consensual, com a disponibilização a todos os cidadãos de minutas de preenchimento simplificado e, ainda, a aceitação do acordo de regulação das responsabilidades parentais e a realização de partilha dos bens comuns, se for essa a vontade das partes. Assim, a atual resolução destes litígios nas conservatórias do registo civil facilita o acesso ao direito e à justiça.

A relativa novidade do serviço de mediação familiar, por sua vez, associada à escassez de informação quantitativa, permite-nos apenas assinalar a evolução positiva da atividade mediadora, ainda que embrionária, e que o número de pedidos de informação e mediação não chega aos 1.200. Já nas CPCJ é de salientar o aumento exponencial, nos últimos anos, do fluxo processual, atingindo 26.338 processos, em 2010. Este aumento resulta quer do crescimento do número das comissões, quer da maior visibilidade e crescente reconhecimento da legitimidade da sua ação, na promoção e proteção dos direitos das crianças. A análise desenvolvida permite avaliar não só a atividade direta das CPCJ, como aferir a importância da atividade de outros serviços do Estado, como as autoridades policiais ou os estabelecimentos de ensino e de saúde, na proteção dos direitos de crianças e jovens e, conseqüentemente, no acesso direito e à justiça, através da observação das entidades sinalizadoras de crianças e jovens, em perigo, que a nível nacional são responsáveis por 19% e 31,4%, respetivamente, das sinalizações. As CPCJ constituem, assim, uma parceria fundadora entre o Estado e a comunidade e um meio de justiça de proximidade, que facilita o acesso ao direito e à justiça da família e, em especial, das crianças e que constitui, no espaço público, uma rede de controlo social da família e de defesa dos direitos e proteção das crianças em situação de perigo, que deixaram de ser um questão de natureza privada.

A concluir, no final do século XX e no início do século XXI, a oferta da justiça da família e das crianças cresceu e distribuiu-se entre os tribunais judiciais e as instâncias não judiciais de resolução dos conflitos da família e das crianças, o que teve um duplo efeito de descongestionamento dos tribunais judiciais e de promoção do acesso ao direito e à justiça através de instâncias mais próximas dos cidadãos, assumindo o MP uma especial função de mediação entre o judicial e o não judicial e de promoção do acesso e defesa dos direitos das crianças.

A análise efetuada neste capítulo privilegiou a vertente quantitativa e estatística da procura e mobilização da justiça da família e das crianças, pelo que, nos próximos capítulos, para além de analisar o sistema de apoio judiciário em ação, dar-se-á prioridade às “vozes do terreno”, ou seja às perceções, representações e discursos dos profissionais que intervêm direta ou indiretamente na promoção do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.

CAPÍTULO IX

O APOIO JUDICIÁRIO EM AÇÃO: AS SUAS POTENCIALIDADES E AS SUAS VULNERABILIDADES

Introdução

Nos capítulos anteriores abordei a questão do acesso ao direito e à justiça de um modo menos convencional, ou seja, pretendi captar a realidade sociológica que subjaz ao quadro jurídico e institucional que regula esta matéria. Assim, procurou-se estabelecer uma linha de análise sobre a transformação jurídica do acesso ao direito e à justiça e, ainda, do direito da família e das crianças. De seguida, pretendeu-se delucidar a procura e a mobilização da justiça de família e das crianças, no contexto da justiça civil, e no âmbito de uma oferta de resolução de litígios resultante de uma nova relação entre uma justiça especializada e uma justiça comum de competência genérica e entre o judicial e o não judicial. Estas abordagens permitiram definir, de modo indireto, um perfil sociológico do relevo jurídico e político da questão do acesso ao direito e à justiça, bem como da procura real da justiça de família e das crianças – judicial e não judicial – e, conseqüentemente, da resposta e oferta da justiça, bem como da seletividade dos tribunais, do MP e das instâncias não judiciais, embora não permita captar áreas e grupos sociais não abrangidos pela garantia efetiva dos direitos, ou seja, de procura potencial de justiça que não se converte em procura real (Santos *et al.*, 1996: 484).

Os estudos internacionais de sociologia do direito sobre o tema do acesso ao direito e à justiça tendem, como se escreveu no capítulo III, em geral, a estudar as práticas das instituições encarregadas de garantir o acesso ao direito e à justiça e o perfil sociológico de quem a elas recorre. Ora, após, no capítulo anterior, se ter analisado a justiça da família e das crianças, judicial e não judicial, no seu todo, como potenciador ou obstáculo do acesso ao direito e à justiça, no presente capítulo vou começar por desenvolver um estudo de perfil mais convencional, ou seja, da procura e oferta do regime jurídico e sistema de apoio judiciário, embora com as limitações decorrentes da nossa base de dados, ou seja, dos dados estatísticos oficiais que estão disponíveis. Estes dados não permitem análises sequenciais de média duração, só

abrançam alguns objetos da ação judicial, e têm uma recolha bastante circunscrita de variáveis, o que não permite uma caracterização profunda dos “clientes” do sistema público – ou pelo menos financiado pelo Estado – de apoio judiciário. Acresce, que as estatísticas da justiça não nos fornecem dados sobre o recurso ao apoio judiciário na justiça tutelar, pelo que o meu olhar tem de se limitar, nesta sede, à análise das ações declarativas cíveis de família findas no contexto da procura de apoio judiciário na justiça civil. De seguida complementar-se-á esta análise com os dados recolhidos a partir dos requerimentos de apoio judiciário no sistema de segurança social⁵³³. A análise centrar-se-á, assim, exclusivamente, no desempenho do regime jurídico de apoio judiciário, entrado em vigor em 1988, alterado em 2000 (e 2004 e 2007), com os dados disponíveis para a primeira década do século XXI e especial incidência no seu uso, na justiça de família e das crianças, no contexto da justiça civil.

A análise do acesso ao direito e à justiça não se deve esgotar nas modalidades que facilitam o acesso aos tribunais e, atualmente, aos meios de resolução alternativa de litígios – nomeação de patrono e dispensa total ou parcial do prévio pagamento de taxas e custas – razão pela qual se procurará também averiguar da existência e do desempenho dos meios de consulta jurídica disponíveis para quem necessitar de lhes aceder. Consequentemente, analisar-se-á a criação, o desenvolvimento e a morte dos gabinetes de consulta jurídica e a sua mutação para a prestação da consulta jurídica, no escritório dos advogados, nomeados pela Ordem dos Advogados, após a concessão de tal modalidade de apoio judiciário, ao requerente.

Por último, atentar-se-á que a consciência dos direitos e o reconhecimento de uma situação como violação desses direitos individuais ou coletivos pelos lesados

⁵³³Nesta secção analisarei a evolução do recurso ao apoio judiciário, designadamente o apoio judiciário atribuído a ações declarativas cíveis do direito de família, no período de 2000 a 2008, a partir dos dados fornecidos pela Direcção-Geral da Política da Justiça, de 2000 a 2009, e pelo Instituto de Solidariedade e Segurança Social, de 2004 a 2008. Note-se que neste período o regime de apoio judiciário sofreu alterações, passando, nomeadamente, a decisão de conceder ou não o apoio judiciário a ser responsabilidade de uma entidade externa ao tribunal, a Segurança Social, o que cria alguns constrangimentos à nossa análise. Assim, antes de avançarmos importa assinalar três notas a respeito dos dados estatísticos. Em primeiro lugar, a informação estatística disponibilizada pela Direcção-Geral da Política da Justiça diz respeito exclusivamente às ações declarativas cíveis (Boletim n.º 235) e de divórcio (Boletim n.º 317) findas, entre 2000 e 2006. Enquanto a informação concedida pelo Instituto de Solidariedade e Segurança Social de 2004 a 2008 abrange o total do apoio judiciário, sendo que, para o ano de 2008, esta entidade disponibilizou-nos ainda informação sobre o apoio judiciário por espécie de processos e objetos de ação. Em segundo lugar, importa esclarecer que o facto de análise estatística das ações declarativas cíveis e de divórcio findas se restringir ao período de 2000 a 2006 prende-se com as recentes alterações na recolha e registo da informação estatística pela Direcção-Geral da Política da Justiça, que dificulta a análise para anos mais recentes. Por fim, o que designamos aqui de ações cíveis de família resulta da seleção, a partir dos dados fornecidos pela Direcção-Geral da Política da Justiça, dos objetos de ação cíveis respeitantes a família e menores, que posteriormente se agregou em nove tipos de objeto de ação (utilizando categorias próximas às utilizadas pela própria DGPJ nas Estatísticas da Justiça On-line): alimentos, divórcio, família-casamento, filiação, incapacidades, providência cautelar, registo civil, sucessões, tutelares cíveis – cf. anexo I, a este capítulo (Tabela de Tipos de Objetos de Ação agrupados e objetos de ação individualizados).

necessita que existam disponíveis, para além dos advogados no mercado advocatício, meios de informação jurídica aos cidadãos da responsabilidade do Estado, da comunidade ou de parcerias entre o estado e a comunidade. Entre a informação jurídica oferecida pelo estado analisar-se-á a ação do Ministério Público, da Provedoria da Justiça, da Comissão para a Igualdade e Cidadania de Género (CIG), o Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI) e da Polícia (de proximidade). Logo de seguida, passarei ao estudo do contributo da comunidade através da ação das organizações não-governamentais⁵³⁴ (ONGs) na promoção da informação jurídica aos cidadãos, bem como na sua participação na atividade de resolução de litígios, designadamente das CPCJ, através da caracterização da ação do IAC – Instituto de Apoio à Criança e da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV), recorrendo à análise dos seus dados estatísticos, documentos e das entrevistas que efetuei aos seus técnicos e responsáveis, bem como a sua participação num dos *focus group* realizado, de modo a caracterizar o seu contributo para o alargamento do sistema de acesso ao direito e à justiça.

A concluir este capítulo, é meu intento analisar e rastrear as potencialidades do apoio judiciário, as dificuldades que surgiram ou se mantiveram e os limites que (ainda) não foram superados⁵³⁵.

I A evolução da mobilização (ou recurso) ao regime do apoio judiciário: a “realidade” dos processos judiciais findos⁵³⁶ (estatísticas da Justiça)

I.1 O apoio judiciário nas ações cíveis de família

No capítulo V ao analisar a transformação do acesso ao direito e à justiça constatou-se que o ano de 1988 é um ano de viragem, com a entrada em vigor do

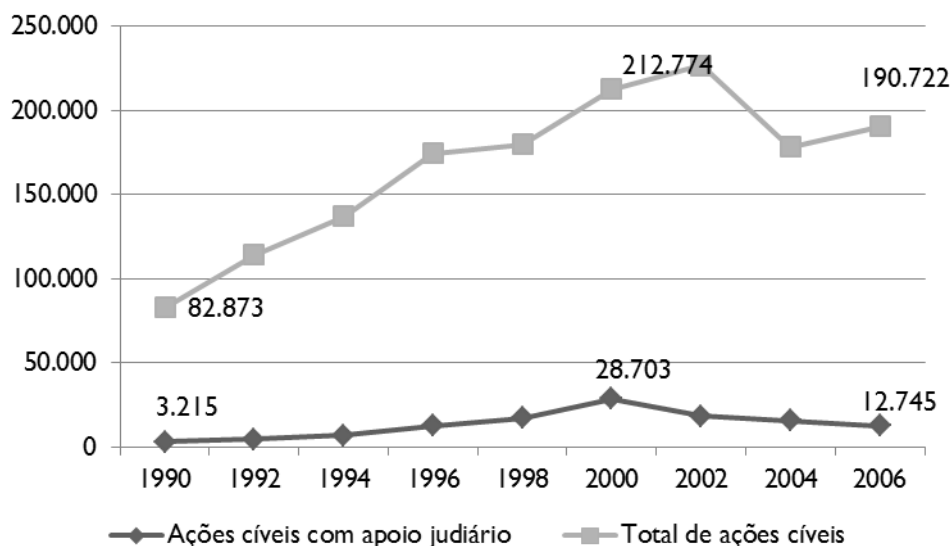
⁵³⁴ O conceito de organização Não Governamental, ou seja, ONG, é plural. Neste estudo, usarei o conceito como sinonimo, ou querendo significar todas as associações, fundações, cooperativas, misericórdias, mutualidades, associações humanitárias, instituições particulares de solidariedade social (IPSS) – que engloba em si algumas das outras categorias – ou seja, todas as organizações sem fins lucrativos, oriundas da associação ou da iniciativa de cidadãos que tem como objeto a promoção dos direitos, em geral, e, em especial, na área da família e das crianças. Com este conceito de ONG quero significar todas as iniciativas organizadas da comunidade.

⁵³⁵ Ao longo do capítulo revisitarei o estudo de que fui investigador responsável em 2002 (Pedroso *et al.*, 2002).

⁵³⁶ Neste capítulo recorro a seis conceitos distintos que decorrem dos boletins de recolha estatística: ações cíveis, que correspondem às ações declarativas cíveis mais as ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens, ou seja, a justiça civil, incluindo a justiça civil de família; ações declarativas cíveis (ou seja, sem as ações de divórcio e separação de pessoas e bens); ações declarativas cíveis sem as ações declarativas cíveis de família; ações cíveis de família, que corresponde às ações declarativas cíveis de família e às ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens, ou seja, a justiça civil de família e das crianças; ações declarativas cíveis de família; e ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens; Para mais informação em relação às ações cíveis de família consultar nota de rodapé I e respetivo anexo, deste capítulo.

regime do apoio judiciário, seguindo-se o ano de 2001, também como um ano de mudança, pela entrada em vigor da reforma desse regime jurídico (com alterações em 2004 e 2007) e consequente desjudicialização do processo de concessão do apoio judiciário, o que foi acompanhado também com um processo, já referido, de desjudicialização da resolução dos conflitos na área da justiça de família e das crianças.

Gráfico 46 – Total de ações cíveis findas e ações cíveis findas com apoio judiciário, 1990 a 2006



Fonte: DGPJ [dados não publicados]

De modo a analisar o impacto dessas alterações foi possível construir uma série de dados de 1990 a 2006 relativos à evolução das ações cíveis findas (ações declarativas cíveis mais ações de divórcio e separação de pessoas e bens) e dentro destas aquelas que beneficiavam de apoio judiciário.

No âmbito dos processos cíveis findos, entre 1990 e 2000, o número de pedidos de apoio judiciário requeridos e concedidos nessas ações findas sofreu um aumento de 3.215 em 1990, para 28.703 pedidos concedidos em 2000 (ou seja, um crescimento de seis vezes mais), tendo, nesse intervalo, registado sempre uma subida gradual, o que representou, respetivamente, 3,9% das ações cíveis em 1990, e 13,5% do total de ações cíveis interpostas, em 2000⁵³⁷. No período de 2000 a 2006, a tendência de crescimento das ações cíveis findas com apoio judiciário inverte-se, registando-se um decréscimo gradual. Com efeito, o número de ações cíveis findas com apoio judiciário (total de requeridos concedidos) diminuiu para metade entre

⁵³⁷ De acordo com os dados fornecidos pelas estatísticas da justiça (verbete de caracterização da Ação judicial finda), da responsabilidade do então GPLP, hoje DGPJ, os valores nacionais de apoio judiciário.

2000 e 2006, mais concretamente passou de 28.703, em 2000, para 12.745, em 2006 (gráfico 46).

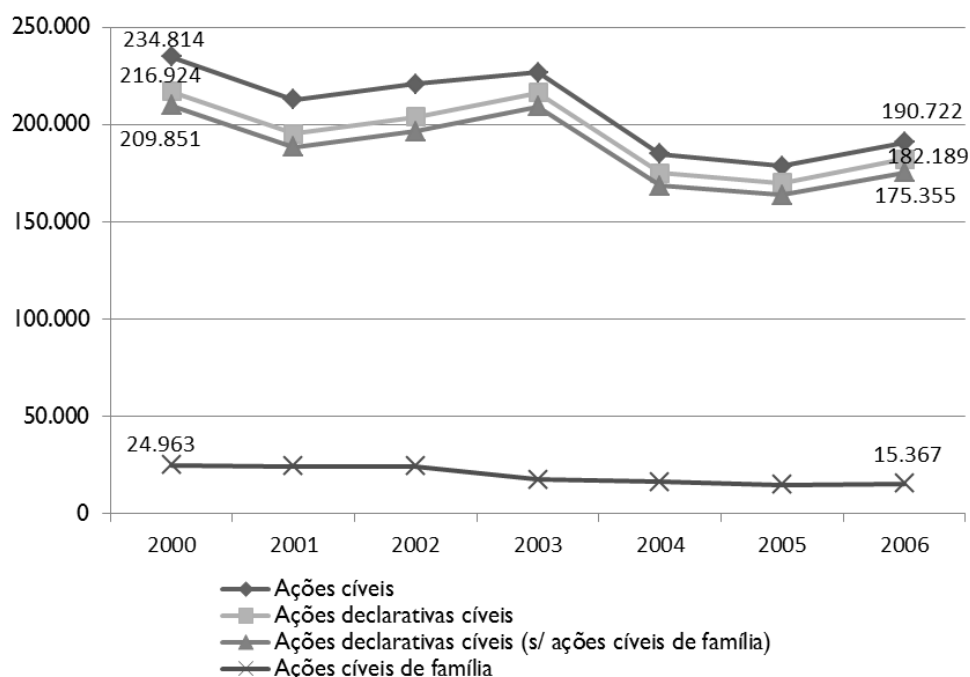
O crescimento dos requerimentos de apoio judiciário, de 1990 para 2000, nas ações cíveis é compreensível, dado que o regime era desconhecido e inovador e à medida que se tornou mais conhecido, os litigantes procuraram-no como forma de reduzir ou eliminar os custos da ação judicial. Também os advogados e advogados estagiários acarinharam o desenvolvimento do regime, uma vez que eram remunerados pelo trabalho que faziam. O maior decréscimo aconteceu entre 2000 e 2002, o que corresponde ao período em que foi efetuado, em simultâneo, a alteração do regime de apoio judiciário, cuja competência para a avaliação passa a estar a cargo do Instituto de Solidariedade e Segurança Social e a desjudicialização das ações de divórcio por mútuo consentimento para as Conservatórias do Registo Civil. Também a proporção de ações declarativas cíveis findas com requerimento de apoio judiciário no total das ações declarativas cíveis interpostas registou uma tendência de declínio, no período considerado, de 10% em 2000, para 5% em 2006.

Esta descida nas ações cíveis findas com apoio judiciário a partir de 2001, sabendo-se, como analisarei infra, que a procura do apoio judiciário, em geral, cresceu a partir de 2001, tem como única explicação os diversos processos de desjudicialização que retiraram do tribunal, sucessivamente, conflitos de diversa natureza, designadamente as ações declarativas de cobrança de dívidas e as ações de família, como os divórcios por mútuo consentimento, para os quais era requerido, de modo significativo, apoio judiciário (Santos *et al.*, 1996).

1.2 A litigação civil e a litigação de família: a evolução da mobilização (ou recurso) ao regime do apoio judiciário (2000 a 2006)

Após a análise global da evolução das ações cíveis findas e dentro destas aquelas que beneficiavam de apoio judiciário, entre 1990 e 2006, centrar-me-ei agora numa análise comparativa da evolução da mobilização do apoio judiciário nas ações cíveis e, dentro destas, nas ações cíveis de família (ações declarativas cíveis de família e ações de divórcio e de separação de pessoas e bens) entre 2000 e 2006.

Gráfico 47 – Total de ações cíveis findas por tipo, 2000 a 2006



Fonte: DGPJ [dados não publicados]

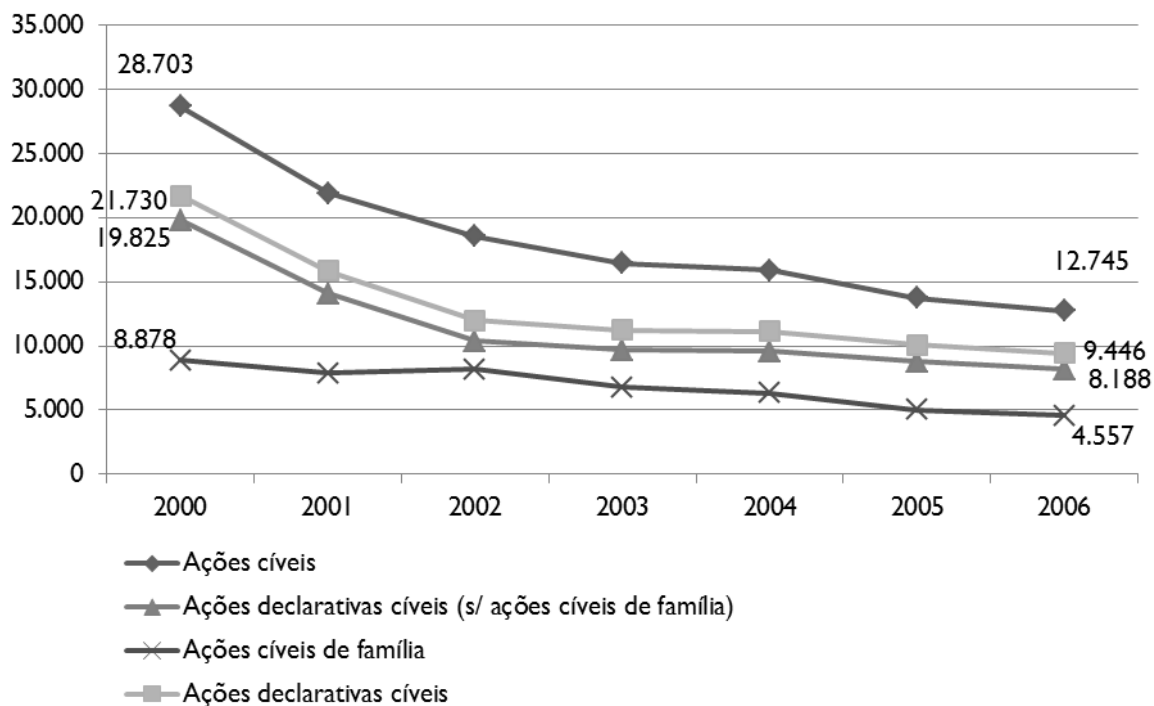
No período considerado, de 2000 a 2006, como se pode ver no gráfico 47, as ações cíveis registaram um declínio de 234.814, em 2000, para 190.772, em 2006, registrando o seu valor máximo em 2000 e o valor mínimo em 2005 (178.550). A tendência de decréscimo é comum a todos os tipos de ações, ainda que seja mais acentuada entre as ações cíveis de família que registam um declínio de cerca de 38%, entre 2000 e 2006, de 24.963 ações para 15.367, consonante com o já referido processo de desjudicialização.

1.2.1 A procura de apoio judiciário

No período de 2000 a 2006, como já se referiu, a tendência de crescimento das ações cíveis findas com apoio judiciário (ações declarativas cíveis e de divórcio e separação judicial de pessoas e bens) inverte-se, registando-se um decréscimo gradual. Neste período também a proporção de ações declarativas cíveis (sem ações cíveis de família) findas com requerimento e concessão de apoio judiciário no total das ações declarativas cíveis interpostas registou uma tendência de declínio, no período considerado, de 10% (21.730 ações num total de 216.924) em 2000, para 5,2% (9.446 ações num total de 182.189) em 2006.

Em 2006, em termos percentuais, as ações cíveis de família findas com apoio judiciário representavam cerca 36% das ações cíveis findas com apoio judiciário (gráfico 49).

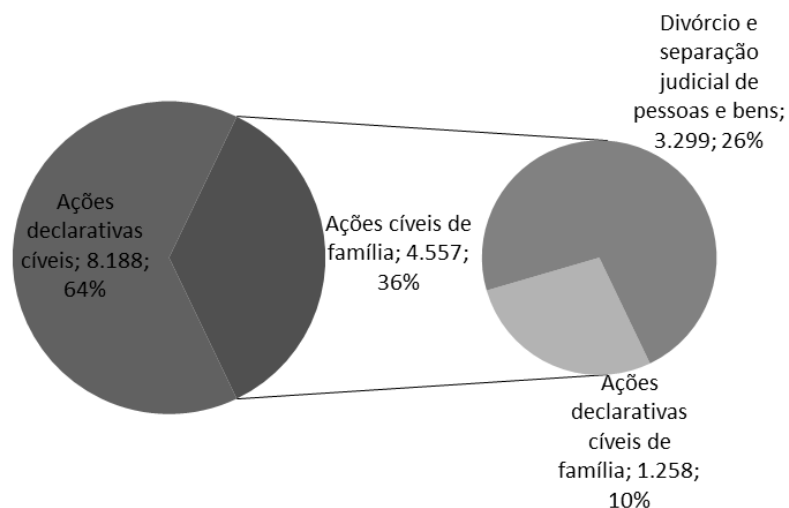
Gráfico 48 - Total de ações cíveis findas com apoio judiciário por tipo, 2000 a 2006



Fonte: DGPJ [dados não publicados]

A evolução das ações cíveis de família (ações declarativas cíveis de família e de divórcio e separação de pessoas e bens) com apoio judiciário regista um declínio acentuado, em termos absolutos, de 8.878 ações findas com apoio judiciário, em 2000, para 4.557, em 2010, consoante de resto com a diminuição do número total de ações cíveis de família. Em termos percentuais o declínio não é tão acentuado, com efeito, a proporção de ações cíveis de família com apoio judiciário diminui apenas de 35,9%, em 2000, para 29,7%, em 2006, registando a proporção mais elevada em 2004 (38,93%) e a menor em 2006. Note-se ainda que a proporção de ações cíveis de família com apoio judiciário no total de ações cíveis de família é significativamente superior à percentagem média (8,7%) de ações cíveis com apoio judiciário no total destas ações.

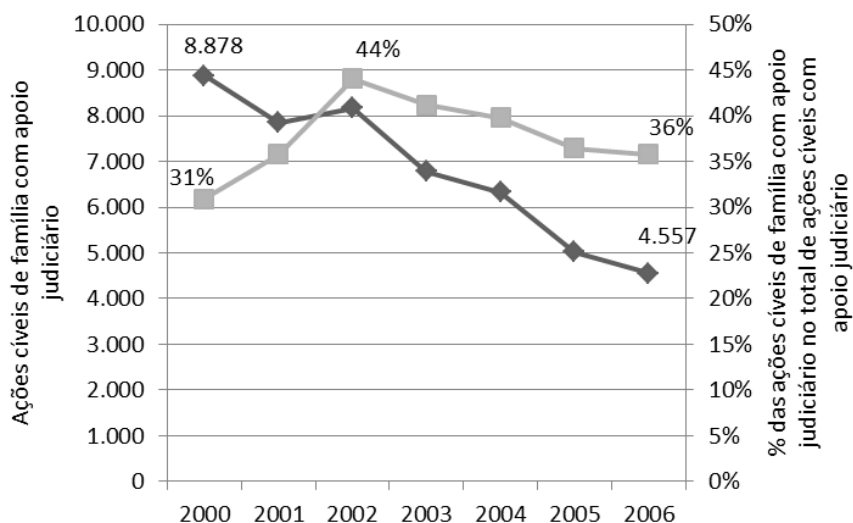
Gráfico 49 – Ações cíveis findas com apoio judiciário segundo o tipo de ação, 2006



Fonte: DGPJ [dados não publicados]

Pese, embora, a tendência de declínio em termos absolutos do total de ações cíveis de família com apoio judiciário, observa-se ainda, no gráfico 50, um aumento da percentagem das ações cíveis de família com apoio judiciário no total de ações cíveis findas (ações declarativas cíveis e de divórcio e separação judiciais) com apoio judiciário: aumentando de cerca de 31% em 2000, para 36% em 2006, sendo de registar que o maior aumento ocorreu no ano de 2002 (44%) – gráfico 50. Ora estes dados significam que a procura de apoio judiciário é mais relevante e mais importante nos conflitos judicializados de família e das crianças que nas outras áreas cíveis de natureza patrimonial ou contratual da justiça cível.

Gráfico 50 - Total de ações cíveis de família com apoio judiciário e percentagem destas no total de ações cíveis com apoio judiciário



Fonte: DGPJ [dados não publicados]

1.2.2 As modalidades de apoio judiciário nos litígios civis e nos litígios civis de família

Entre 2000 e 2006, a modalidade de apoio judiciário mais solicitada, no âmbito cível, foi a dispensa total ou parcial de preparos e de custas⁵³⁸. Assim, em 2006, nas ações cíveis findas (ações declarativas cíveis e as de divórcio e separação judiciais findas), a modalidade de apoio judiciário maioritária é a dispensa total ou parcial de preparos e custas, que representa cerca de 60% (12.042) das modalidades requeridas, seguida da nomeação de advogado, com perto de 40% (6.852). Por conseguinte, as restantes modalidades de apoio judiciário têm um peso residual no total de modalidades de apoio judiciário concedidas nas ações declarativas cíveis e de divórcio e separação judiciais findas, entre 2000 e 2006.

Quadro 44- Modalidades de apoio judiciário concedido por tipo de ação, em 2006

	Ações cíveis	Ações declarativas cíveis	Ações cíveis sem família	Ações cíveis de família
Dispensa de Custas	12.042	8.977	4.740	7.302
Nomeação de Advogado	6.852	4.439	1.288	5.564
Nomeação de Estagiário	147	83	2	145
Patrocínio - Outro	275	231	162	113

Fonte: DGPJ [dados não publicados]

Nas ações cíveis sem ações de família a modalidade de dispensa de custas assume uma maior preponderância em relação às restantes modalidades, representando, em 2006, mais de 75% das modalidades concedidas.

Já nas ações cíveis de família findas, pese embora a maioria das modalidades de apoio judiciário concedidas digam respeito à modalidade “dispensa total ou parcial de preparos e custas”, em 2006, esta apresenta uma percentagem ligeiramente mais baixa 56%, do que a registada quer nas ações cíveis quer nas “ações cíveis sem família”. Entre 2000 e 2006, nas ações cíveis de família findas regista-se mesmo um ligeiro declínio do peso da modalidade dispensa total ou parcial de preparos e custas no total das modalidades de apoio judiciário, de 65% (13.532 casos) em 2000, para 56% (7.302 casos) em 2006. À medida que a modalidade dispensa total ou parcial de preparos e custas decresce, tanto em termos absolutos como percentuais, no total de modalidade concedidas nas ações cíveis de família, a modalidade “nomeação de advogado” aumenta

⁵³⁸ Em 1990, esta modalidade representava 91,8% do total de modalidades concedidas, ou seja, atingiu os 2.688 casos. Contudo, a concessão de tal modalidade de apoio judiciário nas ações cíveis findas foi decrescendo (Pedroso *et al.*, 2002), até atingir, em 2006, o valor de 62%, a que corresponderam 12.042 pedidos.

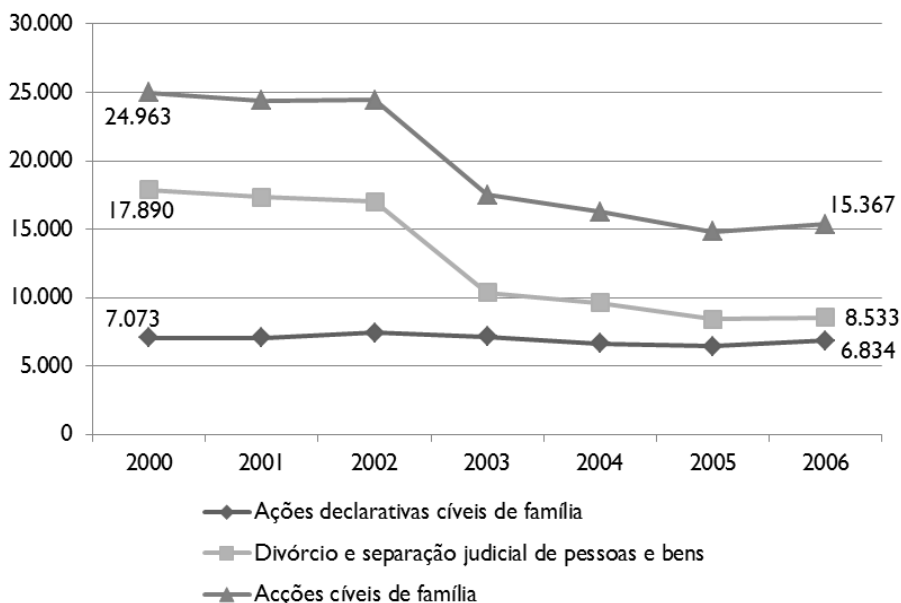
o seu peso no total de modalidades concedidas, de 28% (5.867 casos) em 2000, para 42% (5.564 casos) em 2006.

Ora, se estes a estes dados se tiver também em conta que, em 2006, quase a totalidade das ações cíveis com a modalidade de nomeação de advogado estagiário eram ações cíveis de família, pode-se concluir que o recurso à nomeação de advogados (5.564) e estagiários (145), do regime de apoio judiciário, tem uma especial relevância para promover o acesso ao direito e à justiça nas ações declarativas cíveis de família e nas ações de divórcio e separação de pessoas e bens.

1.3 A justiça cível de família

O perfil sociológico da justiça de família e das crianças só se consegue traçar, como se referiu, com o recurso à informação estatística decorrente dos boletins estatísticos das ações declarativas cíveis, dos divórcios e separações judiciais e de justiça tutelar. Para a caracterização do apoio judiciário não posso usar, como referi, os dados da justiça tutelar, dado que o respetivo verbete estatístico não inclui a variável apoio judiciário. Por conseguinte, far-se-á, em seguida, uma análise das ações cíveis de família⁵³⁹, das ações declarativas cíveis de família⁵⁴⁰ e das ações de divórcio, em que uma das partes tenha recorrido ao apoio judiciário.

Gráfico 51 – Ações cíveis de família findas por tipo, 2000 a 2006



Fonte: DGPJ [dados não publicados]

⁵³⁹ Ações cíveis de família são o resultado da soma da base de dados das ações declarativas cíveis de família e dos divórcios e separação judicial de pessoas e bens. Cf. notas de rodapé 1 e 2 e anexo, a este capítulo.

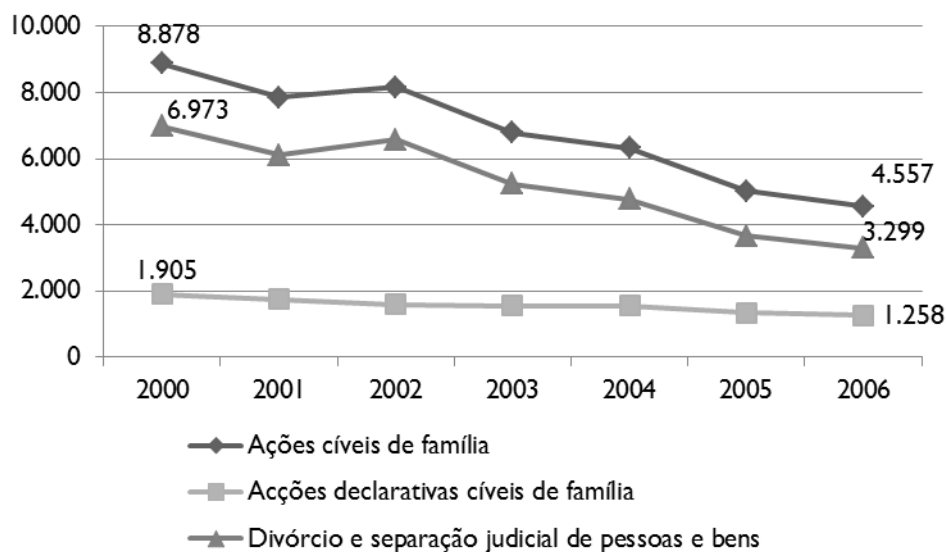
⁵⁴⁰ Cf. nota de rodapé 2 a este capítulo.

Ao observar o gráfico 51 verifica-se que, embora a tendência de declínio seja comum a todos os tipos de ações cíveis de família, esta é mais acentuada entre as ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens, em que o número de ações diminuiu 47.7%, ou seja, de 17.890, em 2000, para 8.533, em 2006, registrando a maior queda de 2002 (17.013) para 2003 (10.358).

1.3.1 A procura de apoio judiciário na justiça civil de família

O volume de ações cíveis de família com apoio judiciário registou, como já foi referido, em termos absolutos um decréscimo acentuado de 8.878 ações com apoio judiciário, em 2000, para cerca de metade em 2006 (4.557), contudo a procura de apoio judiciário no total de ações cíveis de família aumentou ligeiramente. Com efeito a proporção de ações cíveis de família com apoio judiciário no total de ações cíveis de família aumentou, como já escrevi, entre 2000 e 2006, de 31% para 36% (gráfico 50).

Gráfico 52 - Ações cíveis de família com apoio judiciário por tipo de ação, 2000 e 2006



Fonte: DGPJ [dados não publicados]

A observação da evolução das ações cíveis de família, com apoio judiciário por tipo de ação (gráfico 52), permite verificar que a tendência de decréscimo, em termos absolutos, entre as ações cíveis de família com apoio judiciário é ligeiramente mais acentuada nas ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens, que passam e 6.973 ações, em 2000, para cerca de metade em 2006 (3.299), do que nas ações declarativas cíveis de família que decrescem (-34%) de 1.905 para 1.258, no mesmo período.

Apesar do volume de ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens diminuir, tanto em termos absolutos, como percentuais, no total de ações cíveis de família, com apoio judiciário, estas ações continuam a representar a maioria das ações cíveis de família com apoio judiciário, mais concretamente 72,4% das ações cíveis de família com apoio judiciário em 2006. Assim, é de salientar o facto de a proporção de ações declarativas cíveis de família com apoio judiciário no total destas ações ter diminuído de 26,9% para 18,4%, enquanto a proporção de ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens com apoio judiciário no total de ações de divórcio manteve-se praticamente inalterada no período considerado (39% em 2000 e 38,7% em 2006) (cf. quadro no anexo I, a este capítulo).

1.3.1.1 Ações declarativas cíveis de família por objeto de ação

No que respeita à evolução das ações declarativas cíveis de família com apoio judiciário por tipo de objeto de ação, no período considerado, verifica-se, em termos gerais, a perda de importância das providências cautelares, divórcio e alimentos, e o crescimento das ações agrupadas no conceito estatístico Família-Casamento, ou seja, as ações relacionadas com impedimentos matrimoniais, atribuição de casa de morada de família e reconhecimento do estado de união de facto (quadro 45).

Quadro 45 – Total de ações declarativas cíveis de direito da família e de ações declarativas cíveis de direito da família com apoio judiciário por objeto de ação, 2000 a 2006

		2000		2003		2006	
		Total	% com apoio judiciário	Total	%	Total	%
Tipo de Objeto de Ação	Alimentos	642	22,5%	536	18,8%	470	16,1%
	Divórcio ⁵⁴¹	232	4,7%	73	1,3%	70	0,7%
	Família-casamento	561	20,4%	870	35,3%	849	36,8%
	Filiação	778	10,1%	739	8,2%	659	11,8%
	Incapacidades	874	7,0%	1.068	8,7%	1.214	9,4%
	Providência cautelar	1.254	26,2%	1.119	20,3%	850	13,5%
	Registo civil	291	0,9%	66	0,1%	34	0,1%
	Sucessões	2.441	8,2%	2.659	7,4%	2.688	11,6%
	Tutelares cíveis		0,0%		0,0%		0,0%
Total de ações declarativas cíveis de direito da família		7.073	100,0%	7.130	100,0%	6.834	100,0%

Fonte: DGPJ [dados não publicados]

⁵⁴¹ As ações de divórcio não deviam ser recolhidas neste verbete estatístico, razão pela qual não as considero na análise.

Segundo as entrevistas efetuadas, são as ações relacionadas com a atribuição da casa de morada de família e de reconhecimento de união de facto as responsáveis por este crescimento. Mais, concretamente, as providências cautelares e ações de alimentos que, em 2000, representavam 26,2% e 22,5% das ações de família, em 2006, decrescem para 15,4% e 19,3%, respetivamente. As ações de família-casamento, por sua vez, tendem a aumentar o seu peso passando de 20,4%, em 2000, para 33,7%, em 2004, e atingindo em 2006 os 36,8%.

Ao analisar-se a percentagem de ações com apoio judiciário (quadro 46) em cada uma das tipologias de objeto de ações salientam-se as referidas ações de “família-casamento” e as de alimentos que representam a maior percentagem de ações com apoio judiciário requerido e concedido, ao longo do período considerado. Mais concretamente 54,5% e 43,2% destas ações tiveram apoio judiciário, em 2006, apesar de, em ambas, se registar a tendência de diminuição da proporção de ações com apoio judiciário, o que está em consonância com o processo de desjudicialização, também, das ações de alimentos⁵⁴². Entre as ações em que o volume de requerimentos de apoio judiciário é menor destacam-se as sucessões, registo civil e incapacidades, que em 2006 registam percentagens abaixo dos 10%.

Quadro 46 – Objetos de ação com e sem apoio judiciário no âmbito das ações declarativas cíveis de direito da família

		2000			2003			2006		
		Total	% Com Apoio judiciário	% Sem apoio judiciário	Total	% Com Apoio judiciário	% Sem apoio judiciário	Total	% Com Apoio judiciário	% Sem apoio judiciário
Tipo de objeto de ação	Alimentos	642	66,7%	33,3%	536	54,5%	45,5%	470	43,2%	56,8%
	Divórcio	232	38,8%	61,2%	73	27,4%	72,6%	70	12,9%	87,1%
	Família-casamento	561	69,3%	30,7%	870	63,0%	37,0%	849	54,5%	45,5%
	Filiação	778	24,7%	75,3%	739	17,2%	82,8%	659	22,5%	77,5%
	Incapacidades	874	15,2%	84,8%	1.068	12,6%	87,4%	1.214	9,7%	90,3%
	Providência cautelar	1.254	39,8%	60,2%	1.119	28,2%	71,8%	850	20,0%	80,0%
	Registo civil	291	6,2%	93,8%	66	3,0%	97,0%	34	2,9%	97,1%
	Sucessões	2.441	6,4%	93,6%	2.659	4,3%	95,7%	2.688	5,4%	94,6%
	Tutelares cíveis	0	0,0%	100,0%	0	0,0%	100,0%	0	0,0%	100,0%
Total de ações declarativas cíveis de direito da família		7.073	26,9%	73,1%	7.130	21,8%	78,2%	6.834	18,4%	81,6%

Fonte: DGPJ [dados não publicados]

⁵⁴² As ações de alimentos entre maiores iniciam-se atualmente nas conservatórias do registo civil.

1.3.1.2 Ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens

O apoio judiciário concedido por tipo de processo de divórcio e separação de pessoas e bens, no período considerado, reporta-se, na sua maioria, a processos de divórcio litigioso (quadro 47). Sendo de salientar que o peso destes processos aumenta gradualmente no período considerado, até atingir em 2006 cerca de perto de 100% dos processos com apoio judiciário, dado que os processos com mútuo consentimento, como já é sabido, deixaram de ser da competência exclusiva dos tribunais.

Quadro 47 - Apoio Judiciário Concedido por tipo de Processo de divórcio e separação de pessoas e bens

	2000		2003		2006	
	N	%	N	%	N	%
Divórcio Litigioso	4.141	59,4	5.029	96,2	3.279	99,4
Divórcio Mútuo Consent.	2.719	39,0	138	2,6	1	0,0
Sep. Jud. de pessoas e bens: Litigioso	45	0,6	51	1,0	15	0,5
Sep. Jud. de pessoas e bens: Mútuo Consent.	55	0,8	0	0,0	0	0,0
Conv. de separação em divórcio	13	0,2	10	0,2	4	0,1
Total	6.973	100	5.228	100	3.299	100

Fonte: DGP] [dados não publicados]

1.3.2 As modalidades de apoio judiciário na justiça civil de família

Entre 2000 e 2006, a modalidade de apoio judiciário mais solicitada, na justiça civil de família, foi a dispensa total ou parcial de preparos e de custas. Todavia, a proporção desta modalidade no total de modalidades de apoio judiciário concedidas na justiça civil de família caiu de 65%, em 2000, para 55,6%, em 2006. No mesmo período, a modalidade de nomeação de advogado registou um aumento substancial, em termos percentuais, de 28,2%, em 2000, para 42,4%, em 2006. Ao observar os quadros 48 e 49 verifica-se que as modalidades de apoio judiciário concedido nas ações declarativas de família e nas ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens apresentam uma tendência evolutiva muito semelhante à observada para a justiça civil de família.

Em 2006, como referi anteriormente, nas ações cíveis de família findas com apoio judiciário, à semelhança das ações cíveis, a maioria das modalidades de apoio judiciário concedidas dizem respeito à modalidade “dispensa total ou parcial de preparos e custas”, ainda que esta modalidade registe um ligeiro declínio no total das modalidades de apoio judiciário entre 2000 e 2006.

Quadro 48 - Modalidades de apoio judiciário concedido por tipo de ação cível de família, em 2000

	Ações cíveis de família		Ações declarativas de família		Divórcio e Separação Judicial de Pessoas e Bens	
	N	%	N	%	N	%
Dispensa de Custas	13.532	65,0%	7.513	65,7%	6.019	64,2%
Nomeação de Advogado	5.867	28,2%	3.173	27,8%	2.694	28,7%
Nomeação de Estagiário	1.270	6,1%	664	5,8%	606	6,5%
Patrocínio - Outro	145	0,7%	84	0,7%	61	0,7%
Total	20.814	100,0%	11.434	100,0%	9.380	100,0%

Fonte: DGPJ [dados não publicados]

A modalidade de dispensa de custas é a modalidade de apoio judiciário predominante quer nas ações declarativas de família, quer nas ações de divórcio e separação judicial findas com apoio judiciário, representando em ambas as ações mais de 55% do total de modalidades concedidas. A segunda modalidade mais requerida é a nomeação de advogado, com cerca 40%, tendo, por conseguinte, as restantes modalidades de apoio judiciário um peso residual no total de modalidades de apoio judiciário concedidas nas ações declarativas cíveis de família e de divórcio e separação judiciais findas.

Quadro 49 - Modalidades de apoio judiciário concedido por tipo de ação cível de família, em 2006

	Ações cíveis de família		Ações declarativas de família		Divórcio e Separação Judicial de Pessoas e Bens	
	N	%	N	%	N	%
Dispensa de Custas	7.302	55,6%	4.237	56,2%	3.065	54,9%
Nomeação de Advogado	5.564	42,4%	3.151	41,8%	2.413	43,2%
Nomeação de Estagiário	145	1,1%	81	1,1%	64	1,1%
Patrocínio - Outro	113	0,9%	69	0,9%	44	0,8%
Total	13.124	100,0%	7.538	100,0%	5.586	100,0%

Fonte: DGPJ [dados não publicados]

1.3.3 O género dos requerentes de apoio judiciário na justiça cível de família

A análise do quadro seguinte permite concluir que, no que toca aos requerentes de apoio judiciário (autores e réus), pessoas singulares, as mulheres têm um peso maior na justiça civil de família (ações declarativas cíveis de família mais ações de divórcio e separação de pessoas e bens) do que no total das ações cíveis (quadro 50), não se registando grandes alterações entre 2000 e 2006. Com efeito, em 2006,

perto de 68% das pessoas singulares com apoio judiciário em ações cíveis de família eram mulheres, enquanto nas ações cíveis estas representavam 47% das pessoas singulares com apoio judiciário.

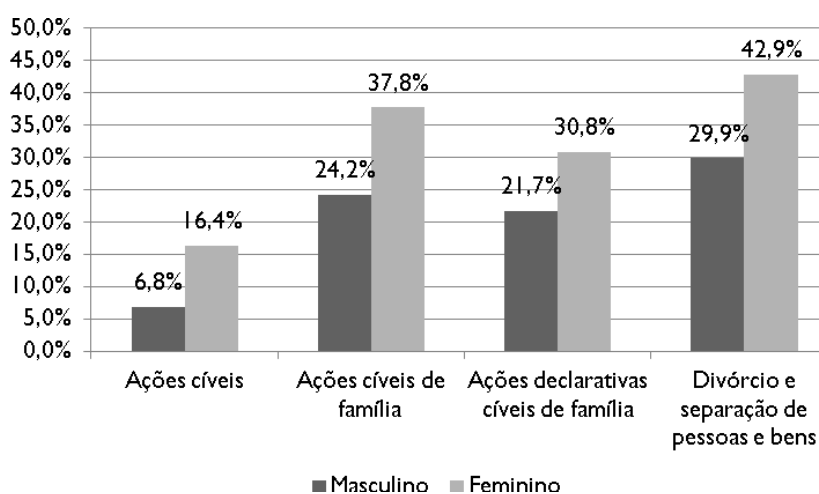
Quadro 50

		Ações cíveis		Ações cíveis de família		Ações declarativas cíveis de família		Divórcio e separação de pessoas e bens	
Sem Apoio Judiciário	Masculino	113.591	72,8%	5.850	47,3%	4.209	58,0%	1.641	32,2%
	Feminino	42.523	27,2%	6.507	52,7%	3.052	42,0%	3.455	67,8%
Com Apoio Judiciário	Masculino	8.654	53,0%	1.868	32,1%	1.169	46,2%	699	21,2%
	Feminino	7.664	47,0%	3.955	67,9%	1.360	53,8%	2.595	78,8%
Total	Masculino	126.502	73,0%	7.718	42,5%	5.378	54,9%	2.340	27,9%
	Feminino	46.773	27,0%	10.462	57,5%	4.412	45,1%	6.050	72,1%

Fonte: DGP] [dados não publicados]

No quadro 50 é, ainda, possível identificar algumas diferenças na distribuição por sexo entre as ações declarativas cíveis de família e as ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens em que foi concedido apoio judiciário. Nas ações declarativas cíveis verifica-se um relativo equilíbrio entre homens e mulheres a quem foi concedido apoio judiciário, pese embora a percentagem de mulheres tenha aumentado ligeiramente, entre 2000 e 2006, de 49,5% (1.361) para 53,8% (1.360) (gráfico 53). Já nas ações de divórcio e separação e de pessoas e bens a grande maioria dos requerentes com apoio judiciário são mulheres, mais concretamente 78,8% do total de requerentes com apoio judiciário (2.595 de 3.294).

Gráfico 53 - Percentagem do total de homens e do total de mulheres com apoio judiciário por tipo de ação, 2006



Fonte: DGP] [dados não publicados]

Simultaneamente verifica-se, no gráfico 53, nos diferentes tipos de ação uma maior propensão entre as mulheres para requererem apoio judiciário do que entre os homens, sendo esta propensão mais expressiva nas ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens em que 42,9% das mulheres, em 2006, requereram apoio judiciário.

2 A evolução da mobilização do regime de apoio judiciário: a “realidade” dos requerimentos de concessão entrados nos serviços da segurança social

2.1 Os requerimentos de apoio judiciário no ano de 2001⁵⁴³: crescimento acentuado no ano de entrada em vigor da reforma

O estudo da procura de apoio judiciário ano de 2001 é importante para se poder interpretar as consequências da reforma legal entrada em vigor no dia 01/01/2001 – cf. capítulo V –, pelo que, não havendo disponíveis dados estatísticos oficiais desse ano, recorri à recolha que se efetuou e relatou em Pedroso *et al.* (2002) para Portugal Continental.

Quadro 51 - Total de pedidos de apoio judiciário em Portugal (continental), 2001⁵⁴⁴

	N.º	%
Deferidos	85.350	82,09%
Indeferidos	13.477	12,96%
Outros	5.137	4,94%
Total	103.965 ⁵⁴⁵	100%

Fonte: DGAE, CDSSSL e CDSSSP

De 103.965 processos de requerimentos de concessão de apoio judiciário entrados, 82,09% foram deferidos (85.350 processos), 12,96% foram indeferidos, ou

⁵⁴³ Como já referimos em nota anterior, o Instituto da Segurança Social não possui, em base de dados, dados estatísticos que possam ser trabalhados em conjunto a não ser para o período 2004-2008. Assim, atendendo à importância do ano de 2001, recorreremos à nossa recolha manual efetuada em Pedroso *et al.*, 2002, de modo a analisar a rotura ou continuidade decorrente da referida alteração legal.

⁵⁴⁴ Os números deste quadro resultam da soma de três fontes diferentes, o que levou a que haja a diferença de uma unidade entre o total e a soma das parcelas.

⁵⁴⁵ Dos dados fornecidos pela DGAE, pelo Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social de Lisboa (CDSSSL) e pelo Centro Distrital de Solidariedade e Segurança Social do Porto (CDSSSP), conclui-se que o número total de processos entrados no continente, nos serviços da Segurança Social, em 2001, foi de 103.965. Deste universo, 57.414 processos correspondem a 16 distritos do continente (Aveiro, Beja, Braga, Bragança, Castelo Branco, Coimbra, Évora, Faro, Guarda, Leiria, Portalegre, Santarém, Setúbal, Viana do castelo, Vila Real e Viseu), segundo informação prestada pela DGAE. De acordo com informação prestada, em 16/07/2002, pelo CDSSSP, e que coincide com a informação prestada pela DGAE, 24.634 processos são relativos ao Porto. Em Lisboa deram entrada 21.917 processos, conforme informação do CDSSSL prestada em 25/07/2002. Os dados provenientes da DGAE eram provisórios.

seja, 13.477 processos, correspondendo a 4,94% do total outras situações⁵⁴⁶, concretamente 5.137 processos (quadro 51).

Assistiu-se, no ano de 2001, a uma verdadeira “explosão” de requerimentos de apoio judiciário. Em 2001, embora grosseira, por comparação com as estatísticas da justiça (processos findos) – justiça cível e laboral - ocorreu no mínimo uma duplicação de requerimentos de apoio judiciário face ao ano anterior. Esta constatação é também sufragada com a informação da Ordem dos Advogados, cujos conselhos distritais viram, em 2001, sensivelmente duplicados os pedidos de nomeação de patrono.

Quadro 52 - Pedidos de apoio judiciário por distrito de origem e por 1.000 habitantes, 2001

	População	Pedidos	Pedidos por 1.000 habitantes	% no total de pedidos
Aveiro	713.575	9.197	12,9	8,8
Beja	161.211	1.211	7,5	1,2
Braga	831.366	9.295	11,2	8,9
Bragança	148.883	556	3,7	0,5
Castelo Branco	208.063	1.363	6,6	1,3
Coimbra	441.204	4.418	10,0	4,2
Évora	173.654	1.151	6,6	1,1
Faro	395.218	3.615	9,1	3,5
Guarda	179.961	1.306	7,3	1,3
Leiria	459.426	4.766	10,4	4,6
Lisboa	2.136.013	21.917	10,3	21,1
Portalegre	127.018	1.150	9,1	1,1
Porto	1.781.836	24.634	13,8	23,7
Santarém	454.527	3.910	8,6	3,8
Setúbal	788.459	8.518	10,8	8,2
Viana do Castelo	250.275	2.584	10,3	2,5
Vila Real	223.729	1.162	5,2	1,1
Viseu	394.925	3.212	8,1	3,1
Total	9.869.343	103.965	10,5	100,0

Fonte: DGAE, INE

Admite-se que tal facto se deve às campanhas publicitárias levadas a cabo pelo Ministério da Justiça, nas quais se informava que os requerimentos poderiam ser entregues fora do tribunal, designadamente na Segurança Social, com a consequente proximidade aos cidadãos⁵⁴⁷ (ver Anexo III em Pedroso *et al.*, 2002). Mas haverá,

⁵⁴⁶ São inseridos em “Outros”, os processos que se encontravam em trânsito, na sequência de impugnações, por ter ocorrido desistência do pedido, por terem sido remetidos aos Centros Distritais competentes ou, ainda, por simplesmente estarem a aguardar decisão.

⁵⁴⁷ Neste sentido vai a opinião da Dra. Arménia Coimbra, em entrevista a 20 de Junho de 2002.

também, que atender a alguma procura induzida por advogados que viram no novo processo de apoio judiciário uma forma de aliviar as “despesas” dos seus representados e passarem a receber uma remuneração do Estado. Verificou-se, assim, uma alteração estrutural quantitativa na procura do apoio judiciário, de que resultou a incapacidade dos serviços da Segurança Social e da Ordem dos Advogados para responder, adequadamente e em tempo, a essas solicitações.

Merece, ainda, reflexão o facto de cerca de 12,96% dos pedidos terem sido indeferidos, ou seja, 13.477 requerimentos de apoio judiciário (quadro 52). Esta taxa de indeferimento não é inferior há que antes se verificava no sistema judicial⁵⁴⁸. A não concessão de apoio judiciário, como é reconhecido pelos atores judiciais, não era significativa nos tribunais judiciais. É certo, no entanto, que a procura era muito mais contida.

As orientações para indeferimento dadas à Segurança Social não são diferentes dos critérios legais e jurisprudenciais vigentes até ao final de 2000 (cf. anexos I, III, IV em Pedroso *et al.*, 2002). No entanto, uma advogada entrevistada referiu ter deparado com uma situação na qual a proprietária de uma casa rural da Beira conseguiu que lhe fosse deferido o benefício de apoio judiciário em Lisboa. São também conhecidas as situações relatadas recorrentemente pelo então Bastonário da OA, de um juiz e de uma professora universitária a quem foi concedido, em 2001, apoio judiciário.

Analisando os pedidos de apoio judiciário, por distrito de origem, como se esperava, Lisboa foi o distrito com maior volume de processos contabilizados – 21,08% do total, que equivale a 21.917 processos –, seguido do Porto, com 23,69%, valor correspondente a 24.634 processos. Os três distritos seguintes, em termos de importância, foram Braga, Aveiro e Setúbal, respetivamente com 9,61% (9.295 casos), 8,84% (9.197 pedidos) e 8,19% (8.518 processos) – quadro 53.

Em termos absolutos, e relativos, a procura de apoio judiciário é preponderante nos distritos mais urbanos, onde se concentra a população portuguesa, o que corresponderá, eventualmente, a requerentes com mais informação, maior proximidade aos tribunais e em que os requerentes têm os salários como único rendimento para uma vida urbana em que despesas de habitação, alimentação e transporte atingem percentagens elevadas em relação aos seus rendimentos mensais.

⁵⁴⁸ De modo grosseiro, podem comparar-se os dados das estatísticas da justiça com o número de pedidos de apoio judiciário e o total das modalidades concedidas.

À mesma conclusão se chega quando se observa o número de pedidos de apoio judiciário em cada distrito por 1.000 habitantes. Os distritos mais urbanos de Aveiro, Braga, Coimbra, Leiria, Lisboa, Porto, Setúbal e Viana do Castelo têm, em média, mais 10 pedidos de apoio judiciário por 1.000 habitantes, enquanto os distritos do interior e mais rurais de Bragança, Vila Real, Évora, Castelo Branco, Beja e Guarda têm menos de 7,5 pedidos de apoio judiciário por 1.000 habitantes – quadro 52.

2.2 A procura de Apoio Judiciário (2004-2008)

2.2.1 O crescimento dos pedidos até 2006 e da ineficácia da Segurança Social

De acordo com os dados fornecidos pelo Instituto de Solidariedade e Segurança Social, os valores dos pedidos de apoio judiciário, relativos a pessoas singulares registam, no território continental, um aumento de 103.965, no ano de 2001, como referi, para 163.391, em 2004, e para 253.349, em 2008 – gráfico 54 –, ou seja, de cerca de 55%, nesse período de quatro anos, e se contarmos desde o ano de 2001, dá um crescimento, no período de 2001 a 2008, de cerca de 243%. Mas, no ano de 2007 verifica-se um ligeiro declínio no total de pedidos entrados. A evolução dos pedidos concedidos regista a mesma tendência de crescimento, com a exceção de 2007. Já os pedidos indeferidos ou desistências após um período de crescimento entre 2004 e 2006, decresceram nos últimos dois anos do período considerado. Assim, paradoxalmente, a publicação de legislação restritiva em 2004 não impediu o crescimento da procura, salvo em 2007, o que não significa que a procura não pudesse crescer mais, se não fosse o efeito da legislação. Ou, ainda, que o impacto do conhecimento e aplicação de uma nova legislação não tem efeitos de imediato.

Quadro 53 – Percentagem de Pedidos de apoio entrados com decisão e a aguardar decisão de pessoas singulares, 2004 a 2008

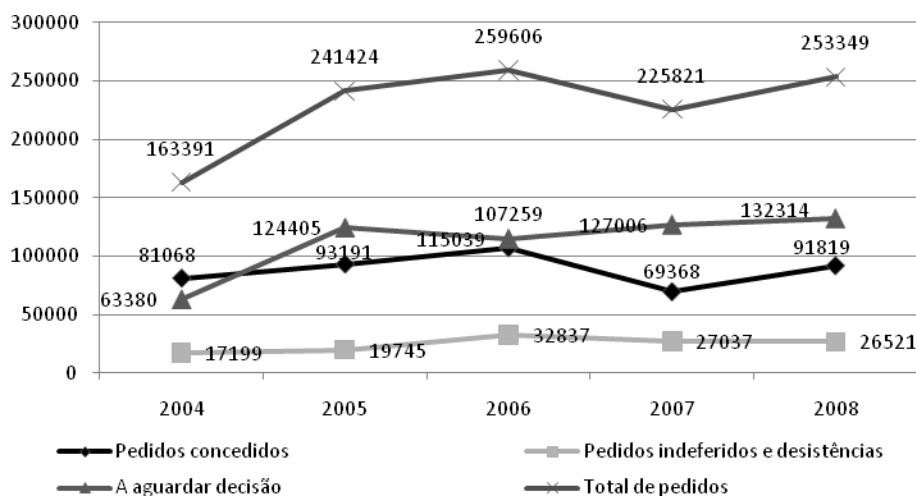
	Pedidos concedidos		Pedidos indeferidos ou desistências		A aguardar decisão		Outros		Total
2004	81.068	49,6%	17.199	10,5%	63.380	38,8%	1.744	1,1%	163.391
2005	93.191	38,6%	19.745	8,2%	124.405	51,5%	4.083	1,7%	241.424
2006	107.259	41,3%	32.837	12,6%	115.039	44,3%	4.471	1,7%	259.606
2007	69.368	30,7%	27.037	12,0%	127.006	56,2%	2.410	1,1%	225.821
2008	91.819	36,2%	26.521	10,5%	132.314	52,2%	2.706	1,1%	253.360

Fonte: Instituto de Solidariedade e Segurança Social (dados não publicados)

O quadro 53 revela que a taxa de indeferimento a pessoas singulares variou entre o valor mínimo de 8,2% em 2005 e o valor máximo de 12,6% em 2006,

registando em 2008, 10,5%. Esta taxa de indeferimento é semelhante à registada no ano de 2001. Podemos assim concluir que a não concessão de apoio judiciário pelo Instituto de Solidariedade e Segurança Social não é significativa, tal como sucedia nos tribunais judiciais, e que tal taxa não tem subido significativamente, o que só pode significar que quem sabe que lhe vai ser recusado o apoio judiciário já não o requer, talvez por efeito dos simuladores de rendimento, para efeito de concessão do apoio judiciário, disponibilizados pela Segurança Social, no seu portal virtual.

Gráfico 54 – Pedidos de apoio entrados com decisão e a aguardar decisão de pessoas singulares, 2004 a 2008⁵⁴⁹



Fonte: Instituto de Solidariedade e Segurança Social (dados não publicados)

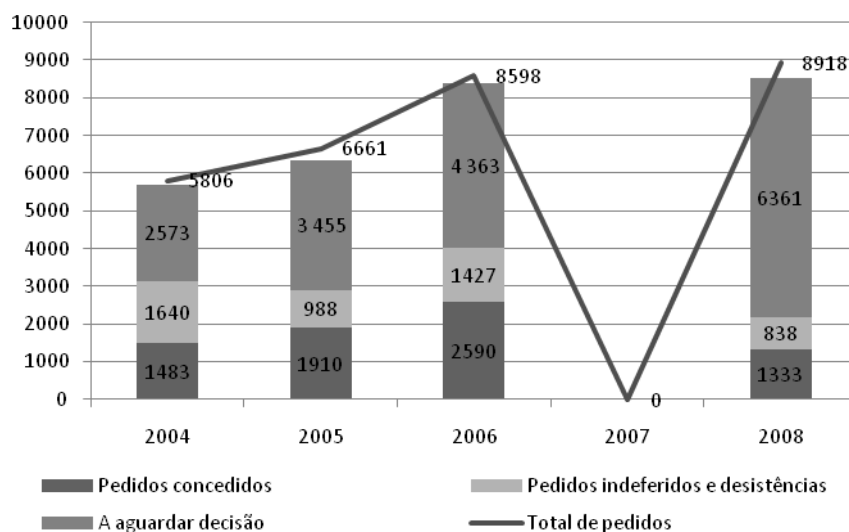
De notar, por fim, que os pedidos a aguardar decisão duplicam entre 2004 e 2005, de 63.380 para 124.405, registando depois um crescimento gradual até 132.314, apenas interrompido em 2006, o que indicia incapacidade do sistema em pelo menos satisfazer em cada ano um número de pedidos igual aos entrados. Chama-se, ainda, a atenção para os valores dos pedidos de apoio por pessoas singulares a aguardar decisão que são em todos os anos, à exceção de 2004, superiores aos pedidos concedidos. A taxa de pedidos a aguardar decisão varia entre o valor mínimo de 38,8%, em 2004, e o valor máximo 56,2%, em 2007. As alterações legislativas de 2004 e 2007 parecem, assim, ter tido impacto no desempenho da Segurança Social, com o aumento exponencial de pedidos a aguardar decisão em 2005 e 2007.

2.2.2 As pessoas coletivas e o apoio judiciário

⁵⁴⁹ Como não foi possível obter os resultados para os dois últimos meses de 2008, os valores apresentados resultam da soma do total de pedidos registados de janeiro a Outubro de 2008 mais o valor estimado, a partir da média dos meses do mesmo ano, para os meses de Novembro e Dezembro

O apoio judiciário requerido por pessoas coletivas cresce entre 2004 e 2008, de 5.806 para 8.918. Contudo, ao observar com atenção regista-se uma queda dos pedidos concedidos e pedidos indeferidos e desistências em 2008, que contraria a tendência de crescimento de 2004 a 2006. Enquanto o volume de pedidos a aguardar decisão triplicou no período considerado, de 2.573 para 6.361, representando, em 2008, cerca de 70% do total de pedidos (quando em 2004 representava apenas perto de 45%), um valor largamente superior ao registado nas pessoas singulares – gráfico55.

Gráfico 55 - Pedidos de apoio entrados com decisão e a aguardar decisão de pessoas coletivas, 2004 a 2008



Fonte: Instituto de Solidariedade e Segurança Social (dados não publicados)

As alterações na lei sobre o apoio judiciário afetaram especialmente o apoio judiciário concedido a pessoas coletivas. Como já referido, nos termos consagrados no artigo 7.º, números 3 e 4, da lei em vigor, as pessoas coletivas com fins lucrativos e os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada não têm direito a proteção jurídica, enquanto que as pessoas coletivas sem fins lucrativos têm apenas direito à proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário – mas não a consulta jurídica – devendo demonstrar que estão em situação de insuficiência económica, o que pode explicar quer o aumento dos processos a aguardar decisão, quer a ausência de registos em 2007.

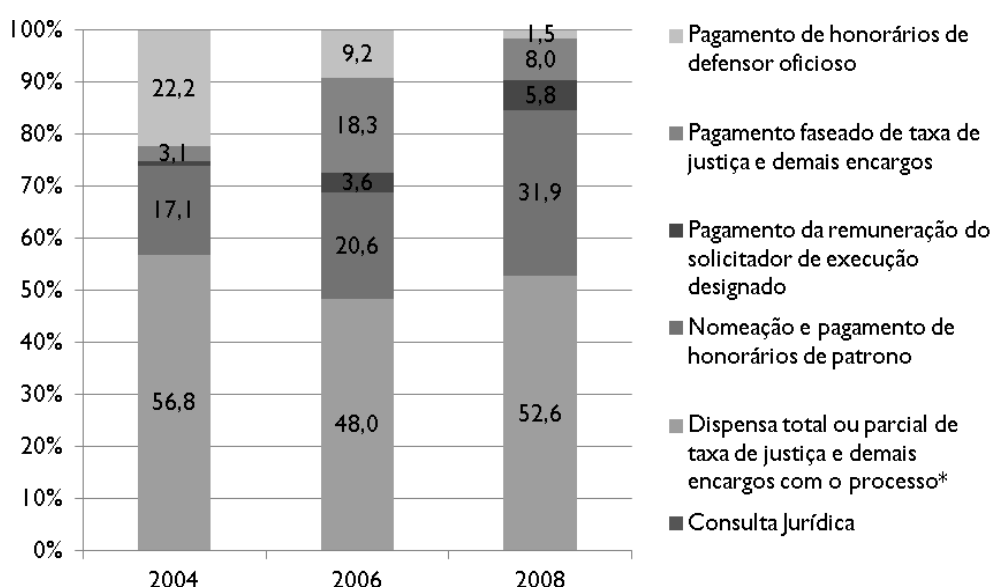
Por fim, merece ainda reflexão, por um lado, a evolução da taxa de indeferimento para as pessoas coletivas, que assiste a uma redução de 28,2%, em 2004, para 9,4% em 2008, registando um valor inferior à das pessoas singulares. E, por outro lado, os valores elevados de pendências, ou seja, do número de pedidos de apoio

judiciário por pessoas coletivas a aguardar decisão, que em 2008 atinge os 71,3% do total de pedidos (8.918).

2.2.3 As Modalidades de apoio judiciário concedidas

Entre as modalidades de apoio judiciário⁵⁵⁰ requeridas, por pessoas singulares, a mais solicitada foi, segundo o Instituto de Solidariedade e Segurança Social, entre 2004 e 2008, a dispensa total ou parcial de pagamento de taxa de justiça e demais encargos com o processo, representando ao longo dos anos cerca de metade das modalidades concedidas – gráfico 56.

Gráfico 56 – Modalidades concedidas de apoio judiciário a pessoas singulares, 2004 a 2008



Fonte: Instituto de Solidariedade e Segurança Social (dados não publicados)

A segunda modalidade mais requerida foi a nomeação e pagamento de honorários de patrono, que em 2004 representava 17,1% das modalidades concedidas e que foi aumentando a sua expressão, atingindo em 2008, os 31,8%, isto é, 46.434. O pagamento de honorários de defensor oficioso foi, de acordo com os dados disponibilizados pelo Instituto de Solidariedade e Segurança Social, a modalidade que verificou o decréscimo mais acentuado, no período entre 2004 e 2008. Em 2004, esta

⁵⁵⁰ Para além das considerações metodológicas referidas anteriormente, acresce aqui uma nota relativa à informação estatística sobre as modalidades de apoio judiciário. As múltiplas alterações da lei corresponderam a alterações nas designações e registo das modalidades. Assim, para podermos analisar a evolução no período considerado efetuei algumas recodificações nas modalidades concedidas, nomeadamente para as estatísticas referentes ao ano de 2004, recodificámos a dispensa total e a dispensa parcial da taxa de justiça em dispensa total ou parcial da taxa de justiça e demais encargos; e para as estatísticas referentes a 2008 recodificámos a nomeação de pagamento da compensação de patrono e do pagamento da compensação de defensor oficioso em nomeação e pagamento de honorários de patrono.

modalidade representava cerca de 22,2% das modalidades concedidas, isto é, 29.512, porém, em 2008 não ultrapassava cerca de 8% das modalidades concedidas, 2.242 casos. Por fim, destaque para fraca expressão da modalidade de consulta jurídica que, ao longo do período considerado, não chega a representar 1% das modalidades concedidas, sendo o seu valor mais elevado 0,75%, ou seja, 1.060 casos, em 2005.

2.2.3.1A dispensa total ou parcial e pagamento faseado da taxa de justiça e demais encargos

Entre 2004 e 2008, verifica-se uma tendência de decréscimo da modalidade de dispensa total ou parcial de taxa de justiça e demais encargos com o processo no total de modalidades de apoio judiciário concedidas, até atingir, em 2007, cerca 46,6%, a que correspondem 51.810, valor distante do registado em 2004, 75.619. Contudo, em 2008, esta modalidade recupera e atinge um valor próximo do registado em 2004, ou seja de 52,64% (76.718).

Já a modalidade de pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo registou, após um crescimento acentuado em 2005 e 2006, um declino em 2007 e 2008. Assim, se entre 2004 e 2005 passou de 3,1% para 14,8% das modalidades, isto é, de 4.070 para 21.011 casos, em 2008, esta modalidade representava apenas 5,8% dos casos, ou seja, 11.607.

2.2.3.2 Nomeação e pagamento de honorários a profissional forense

No que toca às modalidades de nomeação e pagamento de honorários a profissional forense, é, de salientar as tendências evolutivas inversas da modalidade de nomeação e pagamento de honorários a patrono e da modalidade de pagamento de honorários a defensor oficioso. À medida que a modalidade de nomeação e pagamento de honorário de patrono crescia, tanto em termos absolutos como relativos, entre 2004 e 2008, de 22.776 (17,1%) para 46.434 (31,8%), a modalidade de pagamento de honorários a defensor oficioso diminui significativamente no mesmo período. Mais concretamente, entre 2004 e 2008, esta modalidade regista um decréscimo abrupto de 92%, de 29.512 (22,2%) para 2.241 (1,5%), o que se justifica com a alteração da lei em 2004, em que os arguidos para beneficiarem do pagamento de defensor oficioso, têm que o requerer formalmente à Segurança Social, não bastando a sua nomeação no processo.

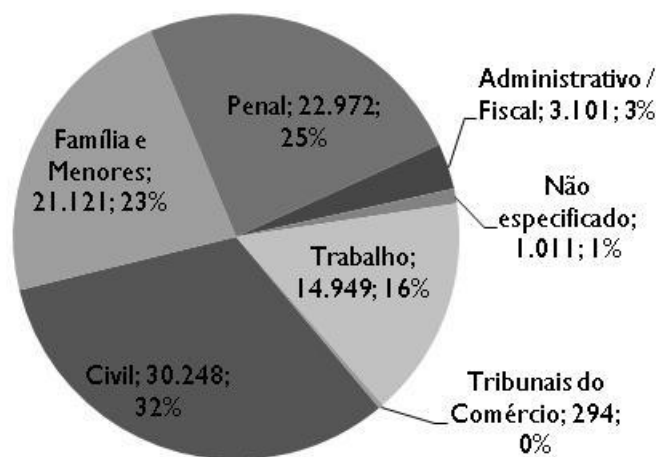
2.3 Apoio Judiciário concedido por tipo de litígio e por área de direito, em 2008⁵⁵¹

2.3.1 Análise global: o predomínio da justiça civil

No conjunto do apoio judiciário concedido são as ações cíveis e penais que têm um maior peso, representando 32% e 25%, respectivamente. Porém, as “ações de família e menores” apresentam valores próximos das ações penais, representando 23%, cerca de 21.121 casos, do apoio judiciário. Para além das ações de trabalho que representam 16% (14.949 casos) do apoio judiciário, as restantes áreas do direito, administrativo e fiscal e tribunais do comércio, praticamente não têm expressão no total de apoio judiciário concedido.

A maioria dos objetos de ação cíveis com apoio judiciário diz respeito a ações cíveis não especificadas, o que nos coloca algumas limitações na interpretação do quadro 55. Ainda, assim, é de destacar o predomínio das “execuções”, que representam cerca de 20,9% (6.333) das ações cíveis com apoio judiciário, em 2008. À exceção das ações de reconhecimento de direitos, que representam 9,3% (2.803) das ações cíveis com apoio judiciário, nenhum outro objeto de ação cível se destaca.

Gráfico 57 - Total de apoio judiciário por área de direito, em 2008



Fonte: Instituto de Solidariedade e Segurança Social (dados não publicados)

⁵⁵¹O Instituto de Solidariedade e Segurança Social disponibilizou ainda os dados de apoio judiciário por área de direito e tipo de ação, para 2008. No entanto, a categorização e agrupamento das variáveis é da minha responsabilidade.

A grande procura de apoio judiciário para ações executivas está em consonância com a colonização da justiça civil por estas ações, a que se segue o reconhecimento de direitos e partilhas, que representam ações relativas a conflitos de alta intensidade, em que os requerentes sem litigar judicialmente não conseguirão ver reconhecidos os seus direitos.

Quadro 54 - Ações cíveis com apoio judiciário por objeto de ação (com e sem as ações cíveis não especificadas)

Objeto de Ação	N	% total	% s/ ações não especificadas
Contratos	1.050	3,5%	6,9%
Dívidas	1.230	4,1%	8,1%
Execuções	6.333	20,9%	41,5%
Inventários e sucessões	2.311	7,6%	15,1%
Propriedade	518	1,7%	3,4%
Providências cautelares	406	1,3%	2,7%
Reconhecimento de direitos	2.803	9,3%	18,4%
Recurso	614	2,0%	4,0%
Subtotal	15.265	50,5%	100,0%
Ações cíveis não especificadas	14.983	49,5%	--
Ações Cíveis	30.248	100,0%	--

Fonte: Instituto de Solidariedade e Segurança Social (dados não publicados)

2.3.2 O apoio judiciário concedido na justiça da família e das crianças

No que respeita às ações de família e menores, verifica-se que o apoio judiciário é concedido maioritariamente a dois tipos de ações: divórcio, separação, casa de morada de família e alimentos e regulação do poder paternal, alimentos a menores, incumprimentos e tutela, que representam 52,4% (11.063 casos) e 41,2% (8.699 casos) respetivamente, do total de apoio judiciário concedido (quadro 55).

Têm, assim, especial relevância o pedido de apoio judiciário nas ações relacionadas com a rotura de um casamento, não podendo através destes dados apurar a percentagem de casos de apoio judiciário para aceder a meios não judiciais (v.g. divórcio por mútuo consentimento nas conservatórias) ou para acesso aos tribunais judiciais. Já quanto aos processos tutelares cíveis o apoio judiciário destina-se a litigar em tribunal, na defesa dos direitos das crianças, de modo a regular as responsabilidades parentais dos pais relativamente a elas. Os restantes tipos de ação de família e menores têm uma expressão muito reduzida, representando em conjunto cerca de 5% do apoio jurídico concedido a ações de família e menores.

Quadro 55 - Total de Apoio judiciário por Tipo de Ação de Família e Menores

	N	%
Direitos da Criança (tutelar civil, tutelar educativo e promoção e proteção)	9.094	43,1%
Adoção	20	0,1%
Regulação do Poder Paternal, alimentos a menores, incumprimentos e tutela	8.699	41,2%
Limitações ao Poder Paternal	12	0,1%
Promoção e Proteção	238	1,1%
Tutelar Educativo	125	0,6%
Divórcio, Separação, casa de morada de família e alimentos	11.063	52,4%
Ações declarativas cíveis de família	538	2,5%
Averiguação e Investigação de maternidade e paternidade	375	1,8%
Alimentos a Filhos maiores	163	0,8%
Outros	426	2,0%
Total	21.121	100,0%

Fonte: Instituto de Solidariedade e Segurança Social (dados não publicados)

3 O funcionamento e o desempenho dos Gabinetes de Consulta Jurídica

3.1 Dos gabinetes de consulta jurídica (GCJ) à consulta jurídica nos gabinetes dos advogados: a evolução do regime jurídico

Os gabinetes de consulta jurídica estão previstos nas diferentes leis que regulam e alteraram o regime do apoio judiciário. Começando com o Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de dezembro, pode ler-se no artigo 6.º que a proteção jurídica reveste as modalidades de consulta jurídica e de apoio judiciário, sendo que nos termos do artigo 13.º, n.º 1, a consulta jurídica podia compreender a realização de diligências extrajudiciais ou comportar mecanismos informais de conciliação. Ora, de acordo com o estipulado no artigo 11.º, era da competência do Ministério da Justiça, em cooperação com a Ordem dos Advogados, instalar e assegurar o funcionamento de gabinetes de consulta jurídica, com vista à gradual cobertura territorial do País, devendo, além disso, os serviços forenses prestados nos gabinetes de consulta jurídica serem remunerados nos termos estabelecidos em convénios de cooperação, a celebrar entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados (artigo 12.º). Em 2000, com a Lei n.º 30-E/2000, de 20 de dezembro, não houve qualquer alteração neste âmbito, sendo o conteúdo e o número dos artigos relativos a esta matéria igual.

Com a Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, estabeleceu-se, no artigo 14.º, n.º 1, que a consulta jurídica abrange a apreciação liminar da inexistência de fundamento legal da

pretensão, para efeito de nomeação de patrono oficioso, sendo que, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, da apreciação que conclua pela inexistência de fundamento legal de pretensão cabe reclamação para o conselho distrital da Ordem dos Advogados, que assegura sempre a reapreciação, nos termos do regulamento dos gabinetes de consulta jurídica. Ora, esta previsão legal nunca foi implementada. Em relação aos gabinetes de consulta jurídica, é agora o artigo 15.º, que estabelece, o que o anterior artigo 11.º, tanto do diploma de 1987 como de 2000, estabelecia, isto é, que em cooperação com a Ordem dos Advogados e com as autarquias locais interessadas, o Ministério da Justiça garante a existência de tais gabinetes, com vista à gradual cobertura territorial do País.

Em 2007, como se referiu, esta lei foi alterada pela lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, tendo o artigo 15.º sofrido grandes alterações, passando a ter como epígrafe «prestação da consulta jurídica» e estabelecendo que: a) a consulta jurídica pode ser prestada em gabinetes de consulta jurídica ou nos escritórios dos advogados que adiram ao sistema de acesso ao direito; b) a prestação de consulta jurídica deve, tendencialmente, cobrir todo o território nacional; c) a criação de gabinetes de consulta jurídica, bem como as suas regras de funcionamento, são aprovadas por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, ouvida a Ordem dos Advogados. Estipula ainda que a prestação de consulta jurídica pode ser feita por outras entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, nos termos da lei ou a definir por protocolo celebrado entre estas entidades e a Ordem dos Advogados e sujeito a homologação pelo Ministério da Justiça.

Relativamente à definição da prestação de consulta jurídica nos GCJ, foi publicada a Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, que estipulou, igualmente, que a prestação de consulta jurídica gratuita ou sujeita ao pagamento de uma taxa deveria ser definida por protocolo a celebrar entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados artigo 1.º, n.º 1). Para além disso, estipulou também que a consulta jurídica pode ser prestada nos gabinetes de consulta jurídica e nos escritórios dos advogados participantes no sistema de acesso ao direito, sendo a nomeação dos profissionais forenses para a prestação de consulta jurídica efetuada pela Ordem dos Advogados a pedido dos serviços de segurança social, podendo essa nomeação ser efetuada de

forma totalmente automática, através de sistema eletrónico gerido por aquela entidade (artigo 1.º, n.ºs 2 e 3⁵⁵²).

Em 2010, através da Portaria n.º 654/2010, de 11 de agosto, foi alterada a portaria anterior, conferindo-se ao Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL) a competência para acompanhar a atividade dos GCJ, bem como divulgar publicamente informação acerca do seu funcionamento. Nos termos das alterações introduzidas ao artigo 1.º, veio estabelecer-se que, sendo a consulta jurídica prestada em escritório de advogado, o pagamento da taxa passou a ser efetuado até ao momento da prestação da consulta jurídica, a favor do IGFIJ, por meio de documento único de cobrança. No caso de ser a consulta jurídica prestada em gabinete de consulta jurídica, o pagamento da taxa passou a dever ser efetuado junto do mesmo, revertendo o produto da taxa para o referido gabinete.

3.2 Os Gabinetes de Consulta Jurídica: a origem, o voluntarismo e a inação

3.2.1 A origem

A existência do primeiro Gabinete de Consulta Jurídica Gratuita data de 18 de março de 1974, constituído por iniciativa da Ordem dos Advogados durante o triénio do Bastonário Ângelo de Almeida Ribeiro (1972-1974), tendo funcionado na dependência da Ordem dos Advogados. Contudo, apenas em 1986 foi celebrado um convénio entre a Ordem dos Advogados e o Ministério da Justiça (com Mário Raposo como Ministro da Justiça e António Osório de Castro como Bastonário) tendente à criação do Gabinete de Consulta Jurídica do Ministério da Justiça. Surgiu assim, a título experimental, o Gabinete de Consulta Jurídica da Comarca de Lisboa⁵⁵³.

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de dezembro, foi celebrado um convénio entre o MJ e a OA, com vista à implementação dos GCJ, que se adequasse, igualmente, à nova organização judiciária resultante da nova Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 38/87, de 23 de dezembro).

⁵⁵² Foi ainda fixado o valor da taxa devida pela prestação da consulta jurídica, com um valor de € 30 (devendo o pagamento da taxa ser efetuado diretamente na Caixa Geral de Depósitos ou através de sistema eletrónico, a favor do Instituto de Gestão Financeira e de Infraestruturas de Justiça - IGFIJ).

⁵⁵³ A informação contida neste ponto baseia-se, em parte, num documento elaborado pelo GCJ de Lisboa prestando informação ao Bastonário António Pires de Lima sobre o processo de constituição dos GCJ a nível nacional. Realce-se que a documentação existente no GCJ de Lisboa constitui um rico manancial de informação sobre a evolução deste mecanismo de acesso ao direito e à justiça dos últimos anos. Agradecemos ao Diretor e à Diretora-adjunta do GCJ de Lisboa no ano de 2002, Dr. Miguel Bastos e Dra. Célia Midões, todo o apoio concedido. Agradecemos ainda aos Bastonários José Miguel Júdice e António Marinho e Pinto as entrevistas e a informação fornecida, bem como às Dras. Lurdes Trigo e Sandra Barroso, então responsáveis do GCJ de Lisboa a entrevista concedida em Julho de 2009.

Instituiu-se, através deste convénio, que a consulta jurídica seria assegurada por advogados e advogados estagiários, ficando a Ordem dos Advogados, e respetivas Delegações e Conselhos Distritais, com a responsabilidade de efetuarem as escalas necessárias aos horários de funcionamento de cada Gabinete. Segundo o artigo 6.º deste convénio, “os advogados serão escalados tendo em atenção, em princípio, o regime de inscrição voluntária para a prestação desses serviços e atendendo, sempre que possível, à especialização manifestada pelos próprios, devendo existir correspondência numérica entre os advogados e advogados estagiários escalados”⁵⁵⁴.

3.2.2 A criação dos Gabinetes de Consulta Jurídica: do voluntarismo à inação (desde 2001)

O ritmo de criação dos GCJ dependeu de vários fatores, entre os quais podemos destacar as iniciativas protagonizadas pelo Ministério da Justiça, pela Ordem dos Advogados, Conselhos Distritais e Delegações, pelas Câmaras Municipais e, mesmo, pelas Juntas de Freguesia.

No quadro que se segue (quadro 56), os GCJ serão dispostos por ordem cronológica, da sua criação⁵⁵⁵. Esta análise não tem em consideração dois aspetos principais: os termos em que funcionam os gabinetes e o contexto sociopolítico, que nos indicam que o acesso ao direito e à justiça tem vindo a ganhar uma importância até 2001 e a perder a partir de 2002. Permite, ainda, retirar algumas ilações sobre a prioridade conferida por cada Ministro e por cada Bastonário.

Neste quadro apenas se encontram inseridos os gabinetes que estão criados, ao abrigo do convénio entre a OA e o MJ, sendo que os últimos foram criados em 2001. A informação sobre a suspensão da atividade dos diversos gabinetes, como assinalado, resulta da informação constante da página do Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios (GRAL)⁵⁵⁶, no ano de 2009, onde apenas aparecem os gabinetes que ainda se encontram a funcionar.

As primeiras referências aos GCJ aparecem pela primeira vez no programa eleitoral do PPD/PSD, em 1976. Esta referência integra uma preocupação mais geral de

⁵⁵⁴A remuneração, nos termos do Despacho n.º 14/91, de 8 de Fevereiro (publicado em Diário da República, IIª Série, n.º 51, em 2 de Março de 1991), fixou os seguintes valores por consulta: advogados – Esc. 2.300,00 (€ 11,47); advogados estagiários – Esc. 1.150,00 (€ 5,74). Estes valores, segundo informação prestada pela Ordem dos Advogados em Julho de 2009, estavam em vigor sem qualquer atualização, ou seja, mantiveram-se estáveis durante mais de uma década.

⁵⁵⁵Cf. anexo 2, a este capítulo para mais informações sobre a criação de cada um dos GCJ.

⁵⁵⁶ Cf. <http://www.gral.mj.pt/categoria/conteudo/id/39>.

melhorar o acesso dos cidadãos ao direito e à justiça, onde se inclui ainda a assistência judiciária e o patrocínio não judicial.

Quadro 56 - Gabinetes de Consulta Jurídica – Ordenação cronológica

Ano	GCJ	Ministro	Partido	Bastonário
1986	Lisboa (atividade suspensa)	Mário Raposo	PSD	António Osório de Castro
1989	Porto (atividade suspensa)	Fernando Nogueira	PSD	Augusto Lopes Cardoso
1991	Guimarães	Laborinho Lúcio	PSD	Maria de Jesus Serra Lopes
1991	Coimbra ⁵⁵⁷ (atividade suspensa)	Laborinho Lúcio	PSD	Maria de Jesus Serra Lopes
1991	Évora	Laborinho Lúcio	PSD	Maria de Jesus Serra Lopes
1991	Lamego (atividade suspensa)	Laborinho Lúcio	PSD	Maria de Jesus Serra Lopes
1992	Covilhã (atividade suspensa)	Laborinho Lúcio	PSD	Maria de Jesus Serra Lopes
1993	Ponta Delgada	Laborinho Lúcio	PSD	Júlio de Castro Caldas
1993	Vila do Conde (atividade suspensa)	Laborinho Lúcio	PSD	Júlio de Castro Caldas
1995	Angra do Heroísmo	Laborinho Lúcio	PSD	Júlio de Castro Caldas
1995	Vila Nova de Gaia (atividade suspensa)	Laborinho Lúcio	PSD	Júlio de Castro Caldas
1995	Viana do Castelo	Vera Jardim	PS	Júlio de Castro Caldas
1996	Cascais ⁵⁵⁸ (atividade suspensa)	Vera Jardim	PS	Júlio de Castro Caldas
1997	Matosinhos (atividade suspensa)	Vera Jardim	PS	Júlio de Castro Caldas
1998	Guarda	Vera Jardim	PS	Júlio de Castro Caldas
1998	Sintra	Vera Jardim	PS	Júlio de Castro Caldas
1999	Oliveira do Bairro (atividade suspensa)	Vera Jardim	PS	Júlio de Castro Caldas
1999	Horta	Vera Jardim	PS	Júlio de Castro Caldas
2001	Barreiro (atividade suspensa)	António Costa	PS	António Pires de Lima
2001	Cadaval (atividade suspensa)	António Costa	PS	António Pires de Lima
2001	Castelo Branco	António Costa	PS	António Pires de Lima
2001	Seia	António Costa	PS	António Pires de Lima
2001	Coimbra (atividade suspensa)	António Costa	PS	António Pires de Lima
2001	Setúbal (atividade suspensa)	António Costa	PS	António Pires de Lima
2001	Pombal (atividade suspensa)	António Costa	PS	António Pires de Lima
2001	Albufeira	António Costa	PS	António Pires de Lima

Fonte: Pedroso et al. (2002); GRAL

Num segundo momento, quando a Aliança Democrática (coligação PPD/PSD e CDS) chega ao Governo, em 1980, o seu programa não refere, em termos concretos, a possibilidade de criação de GCJ. Pelo contrário, e invertendo-se o que sucedeu no período de 1976 a 1980, é o programa eleitoral do PS que propõe a criação de gabinetes regionais de informação jurídica. O PS volta a referir, no seu programa

⁵⁵⁷ Coimbra, como já foi referido, funcionou, inicialmente, entre 1991 e 1996. Após anos de interregno, como voltou a funcionar em 2001, este GCJ aparece referenciado duas vezes nesta cronologia.

⁵⁵⁸ O Gabinete de Consulta Jurídica Gratuita de Cascais funciona desde 1996, sendo a sua criação da responsabilidade da Delegação da Ordem dos Advogados e da Câmara Municipal de Cascais. A prestação dos advogados não é remunerada e cerca de 25 advogados garantem as consultas jurídicas, num universo de mais de 400 advogados registados no concelho. No entanto, como não estabeleceu um protocolo com o Ministério da Justiça, este não inclui os dados referentes à sua atividade nas estatísticas anuais que publica. Deste modo, embora tenhamos efetuado diligências nesse sentido, não foi possível obter os valores referentes ao GCJ Gratuita de Cascais, limitando a análise dos dados estatísticos globais.

eleitoral para as eleições de 1983, a necessidade de implantar um verdadeiro serviço de informação jurídica, embora sem concretizar o seu modelo. A defesa de um sistema público de informação, consultoria e representação é igualmente uma prioridade inserida no programa eleitoral do PCP nestas eleições.

A referência seguinte aos GCJ aparece nas eleições de 1987 por intermédio do PCP, defendendo a criação, por todo o país, de uma rede de gabinetes no âmbito de uma nova lei sobre o acesso ao direito dos cidadãos. Este mesmo objetivo aparece inscrito no programa de governo do PSD de 1991, pela mão do então Ministro da Justiça, Laborinho Lúcio, que, como vimos no quadro anterior, foi o primeiro impulsionador da estruturação de uma rede de GCJ no país. No entanto, o programa de governo não reflete o programa eleitoral do PSD, onde se afirmava a instalação de 60 gabinetes no prazo de dois anos, intenções que ficaram muito aquém da realidade.

As eleições de 1995, que levaram o PS ao Governo, registam uma continuidade no que concerne à instalação de GCJ, referindo-se que estes serão criados sempre que possível e necessário. Esta intenção aparece de forma mais precisa no programa de governo do que no programa eleitoral, onde apenas se referia a necessidade de criar uma rede nacional de informação jurídica, sem concretizar em que termos. O PSD, em coerência com a sua política anterior, defendia a continuação da instalação de GCJ.

O Governo seguinte, saído das eleições de 1999, foi o que incutiu um ritmo mais forte no âmbito da criação de GCJ, principalmente se tivermos em consideração que apenas esteve em funções durante cerca de dois anos. Esta política segue de perto as intenções inscritas em sede de programa de governo, que especifica mais em pormenor as propostas contidas no programa eleitoral do PS. Já o novo programa de governo da coligação PSD-CDS/PP, embora tenha como um dos objetivos principais a melhoria do acesso dos cidadãos ao direito e à justiça, não refere em concreto a política a desenvolver no que respeita aos GCJ. Por seu lado, o programa eleitoral do PS defendia o desenvolvimento dos GCJ, no âmbito de uma rede de consulta jurídica mais alargada e integrando outros atores (juntas de freguesia, sindicatos, associações, etc.). A defesa dos GCJ é igualmente feita pelo PCP no seu programa eleitoral.

A partir de 2002 os governos sucessivos que estiveram em funções não tiveram a iniciativa de criar mais GCJ e não colocaram o tema na agenda política, o que nos deixa a reflexão da criação de gabinetes ocorrida até 2001, apesar do aparente

consenso político, tem sido unicamente efeito de vontade política de natureza mais voluntarista, de quem liderava o governo e a Ordem dos Advogados.

A Ordem dos Advogados, através da Comissão dos Direitos Humanos, ainda, anunciou, em junho de 2002, a intenção de criar, até ao final de 2009, Gabinetes de Consulta Jurídica Gratuita em seis estabelecimentos prisionais, designadamente Lisboa, Tires, Vale de Judeus, Coimbra, Porto e Paços de Ferreira, e também de promover a instalação de advogados nas esquadras policiais, de modo a poderem prestar serviços de informação e aconselhamento jurídico aos cidadãos que, por qualquer motivo, aí recorrem.

3.2.3 A suspensão da atividade dos GCJ (desde 2008) e protocolos ocasionais entre autarquias e OA

Mas nada aconteceu desde 2002, como fora anunciado, bem pelo contrário, dado que desde 2008 que vários GCJ, incluindo o de Lisboa, suspenderam a atividade invocando falta de financiamento, dado que o Governo não assinou um protocolo com a OA, conforme se encontra previsto na Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto - cf. o quadro 56 (informação de suspensão da atividade).

Assim, estamos perante uma omissão dos governos e da Ordem dos Advogados, em que a política de criação de gabinetes de consulta jurídica foi suspensa. Contudo, o voluntarismo de alguns conselhos distritais e delegações da Ordem dos Advogados concelhias e a iniciativa de algumas autarquias levaram à celebração de alguns protocolos de criação de gabinetes de consulta jurídica, fora do convénio com o Ministério da Justiça, entre autarquias e Ordem dos Advogados⁵⁵⁹.

Encontram-se, ainda, em funcionamento alguns gabinetes de consulta jurídica de iniciativa exclusiva de autarquias, que tem a oposição da Ordem dos Advogados, por não estarem protocolados e poderem interferir na angariação de clientes para escritórios de advogados⁵⁶⁰.

Por último, o regime jurídico da consulta jurídica e a atual política pública a ele associada, vai no sentido de não criar gabinetes de consulta jurídica, mas de a consulta

⁵⁵⁹ A título de exemplo, refira-se o protocolo entre a delegação de Vila Franca de Xira e a freguesia da Póvoa de Santa Iria, de 2010: <http://www.oa.pt:6001/upl/%7Bcd332ad6-22ee-48b4-bf80-02f3341b1f1c%7D.pdf>.

⁵⁶⁰ A título de exemplo refira-se o GCJ da junta de freguesia de Santa Isabel, em Lisboa, que tem um horário de atendimento, de acesso livre, aos residentes na referida freguesia.

jurídica ser atribuída como modalidade de apoio judiciário, a ser efetuado nos escritórios privados dos advogados, que tenham sido nomeados para o efeito⁵⁶¹.

3.3 Os Gabinetes de Consulta Jurídica: o desempenho

3.3.1 Os Gabinetes de Consulta Jurídica (1993 a 2008)

3.3.1.1 A caracterização das consultas jurídicas: advocacia preventiva

O funcionamento dos GCJ pode ser analisado desde 1993 até ao ano de 2008. As informações estatísticas apresentadas em seguida foram-nos disponibilizadas por entidades distintas, o antigo Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, atual Direcção-Geral da Política da Justiça e o Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, o que justifica o facto de termos informação para períodos temporais não totalmente coincidentes. Consequentemente, optou-se, para obter uma visão global da evolução à escala nacional dos GCJ, por apresentar uma caracterização do funcionamento dos GCJ e dos seus utentes de 1993 a 2005 de quatro em quatro anos, incluindo também a informação estatística mais recente disponível, ou seja, para 2007 por nos permitir aferir as tendências de evolução recente e uma visão mais atual do nosso “objeto de estudo”.

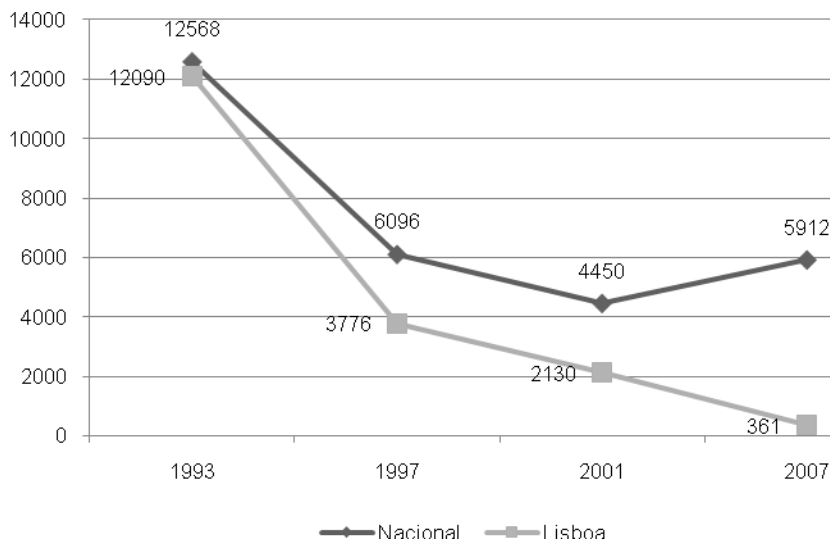
Como os GCJ não foram criados todos ao mesmo tempo, ao longo dos anos a análise vai incorporando os dados referentes aos novos GCJ, assim como deixam de incluir os dados dos GCJ que entretanto deixaram de funcionar ou apenas mantêm uma existência legal.

A análise dos dados referentes ao desempenho dos GCJ constituem um bom indicador quer do alcance das suas competências quer das suas limitações. Contudo, a sua análise deve ser contextualizada com outros indicadores, objetivos e subjetivos, nomeadamente a abrangência territorial, o número de advogados disponíveis, a localização, os horários de funcionamento, a divulgação efetuada e a interação com outros serviços (Câmara Municipal, Juntas de Freguesia, Ordem dos Advogados,

⁵⁶¹ Patrocinam-se, ainda, iniciativas de base local ou ocasional como soluções de consulta e informação jurídica, como o Infojus e o Dia da Consulta Jurídica Gratuita, do Centro Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados. Em 30 de outubro de 2006 foi assinado um protocolo entre a AFO – Associação Forense do Oeste, o Ministério da Justiça, a Ordem dos Advogados, os Municípios de Rio maior, Bombarral, Caldas da Rainha, Peniche e Óbidos, a Concórdia (...) e o IMAP (...), criando o Infojus, que é um serviço de informação e de apoio ao cidadão no âmbito da justiça, circunscrito ao Círculo Judicial de Caldas da Rainha. (...) esclarecendo as dúvidas jurídicas das pessoas a que ele recorrerem e encaminhando-as para o serviço que dê a resposta mais adequada ao cidadão, nomeadamente mecanismos de resolução de conflitos, polícias, conservatórias, autarquias, serviços de consulta jurídica e apoio judiciário, segurança social, etc.”. O serviço de atendimento é assegurado, em regime de escala, por uma equipa de advogados ou advogados estagiários, selecionados pela Ordem dos Advogados e aos quais será ministrada formação especializada, e financiados pelo Ministério da Justiça. Os cidadãos podem fazer os seus pedidos de informação via telefone, fax ou correio eletrónico e a utilização deste serviço é gratuita.

tribunais, associações, etc.). A impossibilidade de efetuar essa contextualização limita assim uma análise mais detalhada sobre o funcionamento dos GCJ.

Gráfico 58 – Número de Consultas dos Gabinetes de Consulta Jurídica à escala nacional⁵⁶² e do Gabinete de Consulta Jurídica de Lisboa



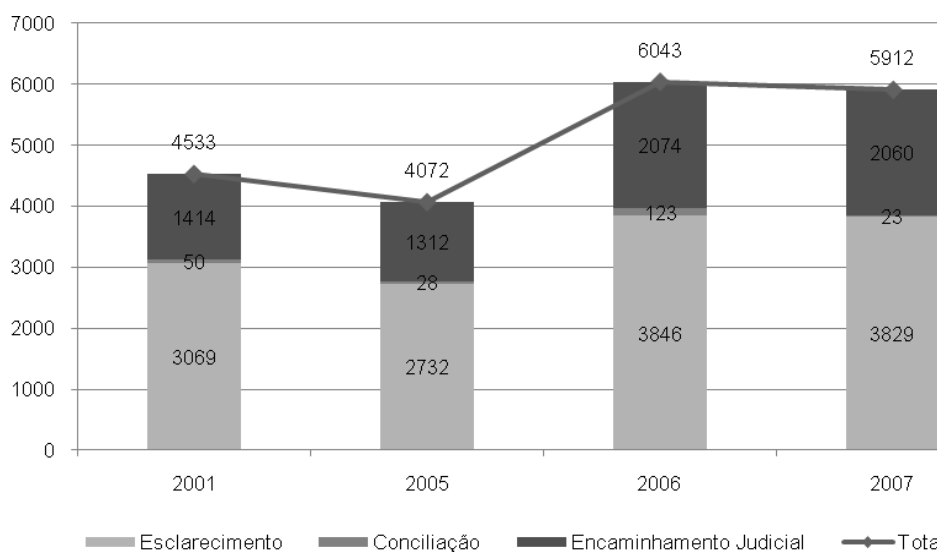
Fontes: Gabinete de Política Legislativa e Planeamento e DGPJ [dados não publicados]

A partir da observação do gráfico 58 verificamos que não existe um padrão de evolução crescente na prestação de consultas jurídicas por parte dos gabinetes. Paradoxalmente, apesar do aumento no número de gabinetes em funcionamento, houve um decréscimo no número de consultas entre 1993 e 2005, de 12.568 consultas para 4.072, apenas contrariado no último ano considerado, 2007, que registou 5.912 consultas. Importa ainda salientar a macrocefalia inicial do Gabinete de Consulta Jurídica de Lisboa⁵⁶³ que representava até 2001 cerca de 73% do total das consultas efetuadas. Com a diminuição progressiva do número de consultas efetuadas pelo GCJ de Lisboa, o aumento do número de GCJ em funcionamento, em 2007, o número de consultas jurídicas efetuadas por este gabinete correspondia já a apenas a cerca de 6% do total de consultas realizadas pelo conjunto dos gabinetes nacionais (gráfico 58).

⁵⁶² Estes dados, bem como os seguintes, não incluem os valores referentes aos GCJ de Cascais, de Guimarães e de Setúbal para o ano de 2001. Segundo o Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, existe algum atraso na compilação destes dados. A falta de informação do GCJ de Guimarães relativa ao ano de 2001, pela evolução dos dados ao longo dos anos, poderá influenciar ligeiramente a análise que vamos efetuar.

⁵⁶³ A macrocefalia inicial do Gabinete de Consulta Jurídica de Lisboa em termos de desempenho justifica-se por diversas razões. Desde logo, por ser o mais antigo Gabinete, por ter uma implantação bastante grande e por funcionar como um ponto de referência para a Ordem de Advogados. Depois, porque a direção deste Gabinete demonstrou sempre um grande empenho para que o funcionamento fosse exemplar. Em terceiro lugar, devido à maior proximidade com os órgãos centrais da Ordem dos Advogados e do Ministério da Justiça, que proporciona um acesso mais fácil aos meios necessários para o seu funcionamento. Em quarto lugar, temos quer a abrangência territorial do Gabinete, quer o número de advogados inscritos, que permitem, assim, conferir uma maior capacidade de resposta à procura. Por fim, segundo foi possível apurar, parece haver um mínimo de divulgação das atividades do Gabinete por parte dos tribunais e mesmo dos advogados.

Gráfico 59 – Resultados das Consultas Presenciais



Fontes: Gabinete de Política Legislativa e Planeamento e DGPJ [dados não publicados]

Uma análise mais detalhada do funcionamento dos GCJ à escala nacional nos anos de 2001, 2005, 2006 e 2007, de acordo com os dados disponíveis, permite concluir que não houve grandes alterações no funcionamento e contributo dos GCJ para o acesso ao direito e à justiça. Nos anos considerados a maioria das solicitações (mais de 60% das consultas em todos os anos) limitam-se aos esclarecimentos das dúvidas jurídicas dos consulentes. Este facto sublinha a relevância da importância dos GCJ, como advocacia preventiva, ao evitar do recurso aos tribunais, quer no esclarecimento de dúvidas que contribuem assim para uma cidadania mais efetiva. De realçar igualmente o número de encaminhamentos judiciais, que representam em média cerca de 33% das consultas e, ao contrário da interpretação efetuada para os esclarecimentos, poderá incluir situações em que os cidadãos não recorreriam aos tribunais por ignorância ou incapacidade financeira e/ou jurídica. A conciliação começa, por sua vez, a ganhar algum peso em termos de resolução de conflitos, mas não parece, na atual estrutura organizativa e grau de competências, que os GCJ estejam vocacionados para esta vertente. Com efeito, as consultas de conciliação têm uma expressão pouco significativa no total de consultas no período considerado, tendo obtido o valor mais expressivo em 2006, mais concretamente 123 consultas (2% do total das consultas) – gráfico 59.

Além das consultas efetuadas de uma forma presencial ainda é possível solicitar informações jurídicas por escrito. Assim, como podemos observar no quadro anterior, o número de solicitações após atingir no ano de 2001 um valor considerável de 2.601

pedidos, regista um declínio nos anos seguintes. Em 2007, as informações prestadas por escrito apresentam um valor (2.637) superior a 2001. Note-se que não dispomos destes dados para os anos anteriores a 2001, não podendo, desse modo, verificar se houve a evolução de negativa já vinha de trás ou só teve início nesse ano. De salientar ainda, em primeiro lugar, que o número de esclarecimentos públicos se manteve praticamente inalterado no período considerado⁵⁶⁴.

3.3.1.2 A caracterização das consultas jurídicas dos GCJ: família e arrendamento

A grande prevalência dos assuntos das consultas jurídicas vai para o direito civil, e, dentro desta área, para as questões relativas aos assuntos familiares e ao arrendamento (quadro 57).

Quadro 57 – Informações prestadas por áreas jurídicas⁵⁶⁵⁵⁶⁶

	1993		1997		2001		2005		2007	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Civil	9.851	78,0	4.111	64,8	2.978	65,7	2.626	64,5	3.879	65,6
Arrendamento	2.456	19,4	1.605	25,3	648	14,3	629	15,4	858	14,5
Família	3.622	28,7	1.571	24,8	1.056	23,3	987	24,2	678	11,5
Trabalho	649	5,1	932	14,7	466	10,3	396	9,7	610	10,3
Administrativo	118	0,9	414	6,5	216	4,8	186	4,6	220	3,7
Penal	1.863	14,7	650	10,2	456	10,1	514	12,6	582	9,8
Comercial	-	-	-	-	86	1,9	77	1,9	80	1,4
Consumo	-	-	-	-	44	1,0	81	2,0	336	5,7
Fiscal	-	-	-	-	49	1,1	64	1,6	91	1,5
Outras	154	1,2	240	3,8	238	5,3	128	3,1	114	1,9
Total	12.635	100,0	6.347	100,0	4.533⁵⁶⁷	100,0	4.072	100,0	5.912	100,0

Fontes: Gabinete de Política Legislativa e Planeamento e DGPJ [dados não publicados]

No que respeita às consultas na área jurídica de família verifica-se um declínio quer em termos absolutos como relativos no total das consultas jurídicas, em especial nos últimos anos considerados, 2005 e 2007. Com efeito, a área jurídica da família que representava, em 2005, cerca de 24% das consultas (987 consultas), em 2007, reduz o seu peso para 11,5% (678 consultas). Esta redução é contemporânea das conservatórias do registo civil passarem a dar todas as informações sobre situações de

⁵⁶⁴ Para mais elementos cf. anexo 2, deste capítulo.

⁵⁶⁵ A discrepância existente entre estes dados e os registados nos quadros anteriores até 2001 (o total de consultas anuais por áreas jurídicas é superior ao número total de consultas registado inicialmente) ocorre devido ao facto de, na mesma consulta, poderem ser prestadas informações sobre mais que um assunto.

⁵⁶⁶ As áreas jurídicas Comercial, Consumo e Fiscal apenas aparecem discriminadas a partir de 1999, devido à crescente importância no quadro da evolução da sociedade.

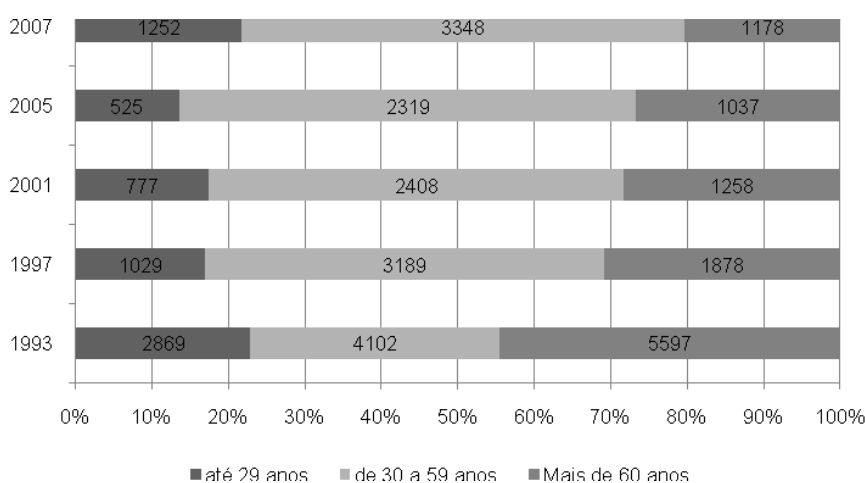
⁵⁶⁷ A soma das parcelas não corresponde ao total uma vez que o GCJ de Pombal não conseguiu fornecer informação desagregada.

divórcio, bem com o MP ter aumentado a visibilidade do seu atendimento, nos tribunais, na área dos direitos das famílias e das crianças. As consultas de âmbito criminal registaram, inicialmente, um valor de destaque, mas têm vindo progressivamente a diminuir, sendo em 2007 o terceiro motivo que leva as pessoas a recorrer aos GCJ. O segundo motivo é, desde 1997, relativo às questões laborais, embora tenha registado um decréscimo de 1997 a 2005. É ainda de salientar o crescimento do peso a procura dos GCJ na área jurídica de consumo.

3.3.1.3 A caracterização dos consulentes dos GCJ: maioria de mulheres entre 30 e 59 anos

A análise por sexo, grupos etários e por situação profissional, por si só, não permite retirar conclusões fundamentadas. Servem, no entanto, como indicadores que permitem caracterizar um pouco melhor quem recorre aos GCJ e aferir se houveram alterações significativas nas características destes. Assim, verificamos que, com a exceção do ano de 1993, os cidadãos que mais recorrem aos GCJ estão situados, em termos etários, no intervalo dos 30 aos 59 anos (gráfico 60). A sua variação, assim como a relativa aos restantes grupos etários, acompanha a evolução do número total de consultas, que já foi analisado anteriormente. De seguida, temos o grupo etário com idade superior a 60 anos para, finalmente, registarmos o grupo etário com idade inferior a 30 anos. Contudo, é de salientar que em 2007, o grupo etário com idade inferior a 30 anos vê o seu número duplicar, de 525, em 2005, para 1.252, atingindo valores muito próximos do grupo etário com mais de 60 anos (1.178).

Gráfico 60 - Grupos etários dos utentes



Fontes: Gabinete de Política Legislativa e Planeamento e DGPJ [dados não publicados]

Apesar de só possuímos informação estatística quanto ao sexo dos utentes relativamente ao período entre 2005 e 2007, não podemos deixar de referir o predomínio dos utentes de sexo feminino em idade adulta: em 2007, dos 5778 utentes⁵⁶⁸, mais de metade (61%) eram mulheres e perto de 60% enquadrava-se na faixa etária dos 30 aos 59 anos (cf. gráfico no anexo 2, a este capítulo)⁵⁶⁹.

4 A informação e a consulta jurídica: a ação do Estado e das ONG

Para além da ação dos GCJ e das iniciativas referidas, com fundamento e justificação no acesso ao direito e à justiça promovidas pelo Ministério da Justiça e/ou pela Ordem dos Advogados, cumpre-me analisar se existem no Estado e na comunidade entidades que possam ser qualificadas como promotoras do acesso ao direito e à justiça, oferecendo serviços de consulta ou informação jurídica.

4.1 O MP e a informação jurídica: atendimento ao público⁵⁷⁰

4.1.1 O MP enquanto charneira entre os cidadãos, o judicial e o não-judicial

O Ministério Público (MP) é, como já escrevi, um ator importante no seio dos mecanismos existentes de acesso ao direito e à justiça dos cidadãos, desempenhando um papel crucial no acesso dos cidadãos ao direito e à justiça visto ser, em muitas situações, o primeiro contacto dos cidadãos com o sistema judicial. Este papel é desempenhado no âmbito das suas competências, conferindo-lhe uma importância muito superior à visível nas estatísticas judiciais (cf. Capítulo VIII). A evolução do MP tem conferido uma importância cada vez mais relevante à sua ação, devido não só ao alargamento das suas competências, mas também à melhoria da capacidade de exercício das suas funções. A sua posição de “charneira”, que se caracteriza por estar dentro do sistema oficial de justiça, mas não ser um órgão judicial, e poder cooperar e estabelecer parcerias com outras instituições do Estado ou da sociedade civil, numa fase prévia à instauração de um processo judicial, e permite-lhe assumir um papel

⁵⁶⁸ Muito embora não seja do nosso conhecimento o motivo para o número de utentes ser inferior ao de consultas, julgamos que este pode dever-se ao facto de um mesmo utente ter mais do que uma consulta.

⁵⁶⁹ O maior número de utentes deste serviço são cidadãos empregados e desempregados, o que é consonante com o facto da maioria dos utentes, como vimos anteriormente, encontrarem em idade adulta, ambas as categorias com cerca de 30%, seguidos dos reformados.

⁵⁷⁰ Para uma análise mais desenvolvida, cf. Ferreira, Pedroso *et al.* (2007).

preponderante na articulação entre os meios formais e os meios informais de resolução de conflitos, para além de poder igualmente assumir qualquer um destes papéis.

Além da sua intervenção como “patrono” das crianças, de outros incapazes e ausentes, o Ministério Público atua também ao nível do serviço de atendimento ao público. A prestação de informação e aconselhamento jurídico, a promoção de formas de conciliação, o patrocínio judiciário ou o encaminhamento para outras entidades ou instâncias de resolução de conflitos são algumas das atividades quotidianas dos magistrados do Ministério Público, nas áreas laboral e da família e das crianças⁵⁷¹. Os cidadãos têm, deste modo, na maior parte das vezes através do serviço de atendimento ao público, acesso, não só a prossecução dos seus direitos por via judicial, mas igualmente a resolução dos seus conflitos, através de práticas formais e informais do MP de informação/consulta jurídica, conciliação e/ou mediação. No entanto, o (re)conhecimento desta prática é muito reduzido, seja, ao nível político, ou por parte dos restantes operadores judiciais ou mesmo pela desvalorização que lhes é dada pelos próprios magistrados do Ministério Público e pela sua hierarquia.

A prestação destes serviços permite fazer uma triagem dos assuntos levados pelos cidadãos, podendo estes ser esclarecidos logo no momento ou, então, ser encaminhados para a apresentação de um processo judicial ou, e regra, instaurado pelo próprio MP. No âmbito da prestação de informação e consulta jurídica, os magistrados do Ministério Público procuram resolver, no imediato, os assuntos que preocupam e afligem os cidadãos. Isso fica bem patente nas palavras de um procurador entrevistado, como se transcreve a seguir:

(...) isto é uma coisa que não é nem de hoje nem de ontem, nem do ano passado, nem de há três anos. Isto é uma coisa que funciona bem há muitos anos, não é? E temos aqui pessoas que vêm de outras comarcas ao atendimento aqui. Mas acho que é isso, eu acho que as pessoas não sentem a necessidade de ir a outro lado. (...) E depois isto funciona rapidamente, o tempo que vai entre a pessoa vir cá e ir para o funcionário responsável é curto, é muito curto. Aqui na minha mão nunca para mais do que um dia, está a ver? (EMP)

Nos serviços do MP do TFM de Lisboa, no ano de 2010, o “atendimento ao público que se dirige ao tribunal pela primeira vez” foi efetuado por uma jurista assessora do Procurador Coordenador. Foram efetuados, nesse ano, 593 primeiros

⁵⁷¹ Os relatórios apresentados pelo Ministério da Justiça e pela Procuradoria-Geral da República não referem dados estatísticos relacionados com estas práticas, limitando-se aos casos que ficam registados em tribunal. Esta ausência não permite ter uma ideia correta da real atividade do Ministério Público. Apenas alguns tribunais registam as suas atividades neste âmbito.

atendimentos – registados em ficha – e, em sua consequência, foram instauradas 466 ações, na sua maioria de regulação das responsabilidades parentais. No ano de 2009 tinham sido efetuados 442 primeiros atendimentos e, conseqüentemente, instauradas 374 ações⁵⁷².

O Ministério Público deve desempenhar um papel de interface entre os cidadãos que a si recorrem e outras instituições, eventualmente mais adequadas para o esclarecimento das dúvidas que possam ter ou para resolver os problemas que os perturbem. O MP é, assim, um dos atores, que pode agir para que se institucionalizem mecanismos de cooperação entre os tribunais de Família e Menores e as várias entidades com competências em áreas tão sensíveis, ainda, para a sociedade, como os direitos das crianças.

4.1.2 A diversidade dos serviços e dos procedimentos nos serviços de atendimento do MP

Os magistrados do Ministério Público que desempenham funções nos tribunais de primeira instância, de competência genérica ou especializados, na área da família e das crianças, têm horários de atendimento ao público, permitindo o acesso dos cidadãos a um processo informal de auscultação de opinião e orientação jurídica. Estes processos, segundo os relatos informais de magistrados do Ministério Público entrevistados ou contactados, permitem confirmar, assim, a prestação de informação e consulta jurídica aos cidadãos, em matéria de direito da família e das crianças, em todas as comarcas de Portugal.

Há, porém, que efetuar uma diferenciação, a priori, entre dois tipos de atendimento, como se constatou. Assim, dos dados consultados e das informações recolhidas através de diversos magistrados do MP a exercer funções em diversos tribunais, é possível estabelecer uma distinção entre o atendimento administrativo, em que o cidadão apenas junta uma peça ao processo, em curso no tribunal, ou procura saber o estado do seu processo, e o atendimento jurídico, onde há a prestação de informações e a eventual solução do problema ou o seu (re)encaminhamento para uma outra entidade competente. Deste modo, nem sempre os dados disponibilizados pelos poucos tribunais que recolhem informação referentes ao atendimento permitem efetuar esta distinção, estando em crer, que existe uma percentagem significativa

⁵⁷² Informação obtida através do Relatório Anual de 2010 do Procurador-Coordenador do Tribunal de Família e Menores de Lisboa, a quem agradeço a sua disponibilização.

(provavelmente superior a 50%) que se refere apenas a atendimentos administrativos⁵⁷³.

Contudo, o atendimento dos cidadãos por parte dos magistrados do Ministério Público não é igual em todos os tribunais, havendo uma variação de situações enorme. Existem tribunais que promovem o atendimento diário, normalmente quando existem magistrados em número suficiente; outros promovem um horário fixo, semanal, quando o número de magistrados se reduz a um ou dois. A exceção vai para o atendimento de cidadãos com processos a correr no tribunal, sendo então o atendimento processado pelo magistrado responsável por esse processo. Neste aspeto, tribunais de Família e Menores como o de Lisboa, com uma dimensão considerável, conseguem operacionalizar o serviço de atendimento com estabilidade, com recurso ao apoio de juristas, contratados para o efeito, rotatividade de magistrados e capacidade de adequação da resposta à variação da procura.

A harmonização de procedimentos e horários, adequados ao contexto social e económico e aos recursos humanos dos tribunais, parece ser um caminho aceitável, dada a diversidade de situações. No entanto, a prevalência do horário de funcionamento atual dos tribunais, das 9,30 às 12,30 e das 13,30 às 16 horas, limita sobremaneira a facilidade de acesso dos cidadãos, dado que, na maioria das vezes, os seus horários profissionais são incompatíveis. Este é um problema que exige que uma multiplicidade de mecanismos de resposta seja disponibilizada (consultas *online* ou por telefone, escalas ou pontos de contacto privilegiados, marcação prévia do atendimento, etc.), para que a limitação de horários não diminua as possibilidades de acesso dos cidadãos ao direito e à justiça.

4.1.3 O atendimento ao público do MP: um serviço importante para os cidadãos e profissionalmente desvalorizado

O atendimento ao público é uma competência que exige formação e preparação jurídica, bem como uma sensibilidade social apurada. Deste modo, parece preocupante que, algumas das vezes, este serviço seja prestado não por magistrados, mas pelos funcionários judiciais⁵⁷⁴. Este é um aspeto importante, porque é neste

⁵⁷³ Entrevistas e contatos com magistrados e funcionários, designadamente dos Tribunais de Família e Menores de Lisboa, Coimbra, Aveiro, Braga e Portimão.

⁵⁷⁴ O atendimento no Tribunal de Família e Menores de Coimbra é realizado pelos funcionários. E somente em situações complexas é que existe intervenção dos dois procuradores da República, que seguidamente darão origem a procedimento. As fichas de atendimento existentes são em formato de papel. Contudo, estas não são arquivadas ou guardadas no arquivo do tribunal, uma vez que não são contabilizadas em termos da execução dos relatórios anuais de atividade do Ministério Público. Após um período de tempo considerável as fichas são

primeiro contacto com o tribunal – em sentido amplo e comum – que o cidadão pode, efetivamente, ter consciência dos seus direitos e ser confrontando com as diversas alternativas que o seu problema pode levantar.

O atendimento ao público tem sido, desde há muito tempo, uma vertente desvalorizada pelo Estado, pelos magistrados e/ou pelos advogados. Deixar esta competência aos funcionários judiciais, por muita experiência que possuam em termos da realização de uma primeira triagem, decidindo se é, ou não, um problema “digno” para ser levado junto do magistrado do Ministério Público, parece ser um risco demasiado grande que acabará, além do mais, por penalizar a qualidade a que o cidadão tem direito. Um segundo aspeto a ter em consideração relaciona-se com uma dupla descredibilização: a da justiça, em geral, dado poder provocar alguma decepção no cidadão que procura a ajuda dos magistrados e apenas acede aos funcionários; e a do próprio Ministério Público, por considerar menos digna esta função de contacto direto com o cidadão. As profissões, em regra, procuraram, desde sempre, legitimar a sua função através do aumento da especialização e da tecnicidade. Contudo, em tempos de crise de identidades profissionais, de reformulação das funções e competências profissionais e de uma crescente exigência de cidadania, as profissões procuram revalorizar-se profissionalmente através do contacto direto com a razão da sua existência: os cidadãos.

Os magistrados do Ministério Público, neste âmbito, como atores privilegiados no contacto dos cidadãos com os tribunais, têm operado um triplo erro estratégico, que contribui para a sua não valorização profissional:

- 1) Interno: os próprios magistrados não realçam nem questionam esta vertente do seu desempenho quotidiano;

destruídas. Apesar deste procedimento, pudemos consultar algumas das fichas existentes junto de um dos funcionários que presta os serviços de esclarecimento e informação aos utentes e consequente preenchimento das fichas (para os anos de 2005, 2006 e 2007). Segundo informações recolhidas, no Tribunal de Família e Menores de Coimbra, no ano de 2005, foram atendidas 190 pessoas, tendo havido, segundo pudemos apurar, uma diminuição no número de atendimentos realizados pelo Tribunal. Esta diminuição prende-se com o facto de os casos de crianças em perigo serem orientados (pela Polícia) para a Comissão de Proteção de Crianças e Jovens, que também presta atendimento nestas situações. Assim sendo, chegam ao Tribunal apenas as questões relacionadas com tutela, divórcio e incumprimento do poder paternal. De referir ainda que apenas as fichas preenchidas foram analisadas, pelo que ignoramos se outras situações são colocadas. Recorrendo às fichas de 2006 e 2007, constatámos que a esmagadora maioria dos utentes são mulheres. Em 30 fichas consultadas, apenas encontramos 5 casos de homens que utilizaram estes serviços. Por outro lado, na maioria das situações os indivíduos são casados ou vivem maritalmente e têm apenas um filho. Relativamente ao assunto que os levou ao Tribunal, concluímos que tem a ver com a fixação do valor da pensão de alimentos e o regime de visitas. Todos estes casos deram início a processos de regulação do poder paternal. O atendimento no Tribunal de Família e Menores de Lisboa é efetuado por três assessores jurídicos do MP. Nos restantes Tribunais é da responsabilidade do MP que, por vezes, delega em funcionários judiciais (Ferreira, Pedroso *et al.*, 2007)

- 2) *Externo*: não integra os discursos profissionais, reivindicativos e/ou políticos, e de legitimação profissional⁵⁷⁵;
- 3) *Inter-profissional*: não é valorizada junto dos outros operadores judiciários, como uma especificidade capaz de garantir um melhor acesso ao direito e à justiça (Dias, 2004).

No entanto, este serviço de atendimento existe. Não é, todavia, avaliado e/ou contabilizado para a promoção profissional do MP, não sendo, desta feita, valorizado. A esta desvalorização profissional corresponde a prestação de um serviço de âmbito nacional, com uma distribuição geográfica efetiva, que garante aos cidadãos um acesso fácil, rápido, informado e gratuito. Um bom atendimento, em termos de informação e de consulta jurídica, que contemple as diversas opções de que os cidadãos dispõem, é uma mais valia para o cidadão ter conhecimento dos seus direitos e poder optar conscientemente entre a autocomposição ou a hetero-resolução (judicial ou não) dos seus litígios. Acresce a capacidade de os magistrados do Ministério Público poderem resolver as situações com que são confrontados, através do encaminhamento dos cidadãos para outras entidades mais competentes e especializadas, é outra característica que lhes confere um grau de confiança e competência, por conhecerem bem o sistema que integram.

A informação e aconselhamento jurídico prestados pelo MP podem requerer também uma formação adequada a essa função e que atualmente não é ministrada no Centro de Estudos Judiciários, visto ser uma função diferente daquela para a qual os magistrados do MP estão a ser “treinados”.

A legitimidade do MP para prestar informação e consulta jurídica é igualmente questionada por poderem estar a ultrapassar as suas competências e, eventualmente, estarem a “entrar” dentro das competências de outras profissões jurídicas, em especial, dos advogados. Evidentemente, a questão da legitimidade relaciona-se, também, com a “concorrência” existente em termos de competências jurídicas e com o excesso de profissionais liberais num mercado advocatício de dimensão reduzida. O Estatuto do MP, enquanto órgão com autonomia constitucional obrigado a um dever de isenção e objetividade é também considerado neste debate profissional e de mercado um limite a uma informação e consulta jurídica tática e estrategicamente defensora dos direitos dos seus consulentes. No entanto, por um lado, como o MP

⁵⁷⁵ Depois de Dias (2004) ter publicado o seu estudo, o Sindicato dos Magistrados do MP passou, gradualmente, a integrar no seu discurso a promoção das denominadas funções sociais do MP.

atua essencialmente na defesa do interesse das crianças, a pedido das mães, sem rendimentos ou de rendimentos baixos, torna este mercado desinteressante para os advogados, que não lutam por ele. Por outro lado, este serviço não é efetuado, de modo suficiente, pelo sistema de apoio judiciário, é conhecido, reconhecido e encontra-se entranhado na sociedade, pelo que atualmente é consensual, não sofrendo contestação.

4.2 A Provedoria de Justiça em ação: informação, encaminhamento e recomendação à administração

Desde 1992 que o Provedor de Justiça criou a linha verde⁵⁷⁶ “Recados da Criança”, que tem por objetivo receber queixas relativas a crianças que se encontrem em situação de risco, seja pelas próprias crianças, seja por adultos. Depois de recebida a queixa, o Provedor trata da questão colocada, diretamente ou estabelecendo contacto com as entidades competentes. Segundo representantes da Provedoria de Justiça:

A linha verde faz basicamente informação e encaminhamento. (...) Através da linha, tal como a queixa pode ser apresentada aqui na nossa divisão de relações públicas, se houver a apresentação via telefone de uma situação que pode dar origem a queixa, esta é reduzida a escrito e mandada para aqui e é aberto processo. (EPD)

De acordo com os dados do *Relatório da Provedoria à Assembleia da República 2010*, a Linha Verde “Recados da Criança”, recebeu, em 2010, 856 chamadas telefónicas, predominando as chamadas feitas pelos progenitores (com predominância das mulheres), e sendo as questões mais frequentes sobre o exercício das responsabilidades parentais, seguindo-se as situações de risco e perigo, nomeadamente maus-tratos físicos e psicológicos, negligência, e problemas escolares. Para além destes assuntos, recebeu, ainda, chamadas visando a obtenção de informações sobre Comissões de proteção de crianças e jovens, tribunais, serviços de saúde, serviços sociais, entre outras.

⁵⁷⁶ Chamada telefónica gratuita pelo número 800206656 ou através de denúncia por escrito. A Provedoria de Justiça tem ainda em funcionamento a Linha do “Cidadão Idoso” (800203531) e a Linha da Pessoa com Deficiência. Estas “Linhas”, que não são linhas de emergência, têm como objetivo principal coadjuvar a Provedoria de Justiça, estando vocacionadas para o tratamento de modo informal e expedito daqueles casos que não exigem um estudo jurídico de fundo. A Linha Verde “Recados da criança”, após uma redução do fluxo de chamadas recebidas, em 2008 e 2009, que é explicado, de acordo com o mencionado relatório de 2009, pela existência de serviços semelhantes, registou em 2010 um crescimento acentuado. Este crescimento que explicar-se-á pela interrupção do funcionamento da Linha durante perto de três meses em 2009 (Provedor, 2009 e 2010). No relatório refere-se ainda a receção de chamadas encaminhadas pelos referidos serviços, o que permite afirmar, por parte da Provedoria de Justiça, a especificidade desta linha, não encontrando ainda, em muitas situações, resposta alternativa ou comparável (Provedor, 2009: 770).

O recurso a um órgão como o Provedor de Justiça não é uma opção fácil e imediata, além de que requer um conhecimento que, eventualmente, não é partilhado pela maioria da população portuguesa. Isso resulta, aliás, do seu estatuto, o que é relatado em entrevista:

Nós devemos fazer aqui talvez uma explicação prévia, que tem a ver com o estatuto e com aquilo que é a intervenção do Provedor. Aquela que é possível ser a intervenção do Provedor de Justiça nesta área.(...) a Provedoria atua basicamente no que tem a ver com a administração pública.(...) A Lei fala que “o Provedor assegura através de meios informais e expeditos a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos”, e eu realçava aqui os poderes públicos. Portanto, eu acho que o elemento aqui essencial é perceber que nós atuamos relativamente a poderes públicos.(EPDJ)

A divulgação das suas atividades e as formas de acesso, bem como a sua eventual descentralização, poderia aumentar em muito as reclamações para este órgão. No entanto, o aumento do número de reclamações iria, por sua vez, exigir o redimensionamento desta instituição facilitadora de acesso ao direito e à justiça nos conflitos que afetam os cidadãos com a administração pública, nos seus variados níveis e instâncias.

4.3 Comissão para a Igualdade e Cidadania de Género (CIG): informação e apoio jurídico às vítimas de violência doméstica

A CIG é um serviço central da administração direta do Estado, dotado de autonomia administrativa, e que tem por missão garantir a execução das políticas públicas no âmbito da cidadania e da promoção e defesa da igualdade de género, tendo, entre outras atribuições, a de desenvolver serviços de consulta jurídica e de apoio psicossocial, especialmente nas situações de discriminação e de violência de género; ou receber queixas relativas a situações de discriminação ou de violência com base no género e apresentá-las, sendo caso disso, através da emissão de pareceres e recomendações, junto das autoridades competentes ou das entidades envolvidas. É de salientar que é reconhecida à CIG legitimidade processual e procedimental em processos principais e cautelares junto dos tribunais administrativos e judiciais, bem como de entidades reguladoras, quanto aos direitos e interesses que lhe cumpre defender⁵⁷⁷.

Com o atual enquadramento legal foi reforçado o papel da CIG no serviço de informação e apoio jurídico às vítimas de violência doméstica – Serviço de Informação a Vítimas de Violência doméstica (linha verde) – e apoio psicossocial.

⁵⁷⁷ Não é conhecido, que alguma vez tenha sido usada esta legitimidade processual.

De acordo com os dados do último Relatório de Atividades conhecido, referente a 2009, o gabinete de atendimento jurídico/psicossocial presta informação em diferentes modalidades – telefónico, presencial, carta ou e-mail – sendo os atendimentos presenciais (511) e telefónicos (240) os mais expressivos (num total de 779 atendimentos durante o ano de 2009). A procura deste gabinete visa obter informação sobre diversos assuntos, verificando-se que as questões mais salientes se prendem com: situações de violência doméstica e procedimentos a adotar num processo-crime; divórcio, regulação das responsabilidades parentais, exercício da maternidade/paternidade. Existe também muita procura com o objetivo de saber se o gabinete poderá representar os utentes em juízo. A grande maioria dos utentes é do sexo feminino, sendo as faixas etárias entre os 45-54 e 25-34 as que registam a maior procura. Em termos de situação perante o trabalho, o gabinete é procurado, na sua maioria, por não trabalhadoras, estudantes, domésticas, reformados/as e desempregados/as, sendo que dentro dos trabalhadores ativos os/as não qualificados/as são os mais significativos. Regista-se, porém, um aumento de utentes de quadros superiores e técnicos/as de nível intermédio.

Relativamente ao serviço de informação a vítimas de violência doméstica (SIVVD)⁵⁷⁸, atendeu, em 2009, um total de 2.916 chamadas, das quais 2.515 tinham a ver diretamente com situações relacionadas com violência, sendo que na maior parte dos atendimentos é a própria vítima quem efetua a chamada (1.681 casos), havendo uma predominância de utentes do sexo feminino (2.370), na faixa etária relativa aos 35-44 anos, contra uma predominância de agressores reportados do sexo masculino (2.201), também na faixa etária dos 35-44 anos. As vítimas, em regra, encontram-se no estado civil de casadas, seguindo-se as situações de união de facto, tendo-se assistido a um aumento do número de vítimas detentoras de habilitações superiores ou tendo frequentado o ensino superior, ainda que se continuem a destacar os grupos profissionais trabalhadores/as não qualificados/as e pessoal dos serviços e vendedores.

Do Relatório de Atividades da CIG para 2009 resulta, ainda, que existe, apesar de tudo, algum descontentamento por parte dos utentes relativamente ao tempo de espera que poderão estar sujeitos até serem atendidos pelo SIVVD, já que a capacidade de resposta é ainda insuficiente para o volume da procura.

⁵⁷⁸ Este serviço funciona em quatro moldes: atendimento na primeira linha/triagem; atendimento SIVVD na sede CIG; atendimento SIVVD na CIG/DRN; e atendimento LNES/I44.

Foi, ainda referido, em entrevista, no que concerne a representação jurídica a efetuar pela CIG, que:

(...) devia haver alteração legal ou protocolos que permitissem que a CIG, diretamente ou através de ONG, tivesse a possibilidade de dar informação e fazer o patrocínio. Facilitava o processo, tornava o processo mais célere, evitava-se as pessoas deslocarem-se... porque às vezes, há situações em que as pessoas vêm cá e naquele dia querem ter uma resposta concreta. Porque é a mãe que acompanha a filha, que tirou o dia de propósito para vir cá à CIG, e nós dizemos-lhes “Mas nós não podemos fazer nada, só encaminhar”. E depois a filha tem de tirar um outro dia para ir à Ordem dos Advogados ou a uma outra entidade. No contexto da situação que é, em que as pessoas estão cansadas - e enfim... para não utilizar outras expressões mais fortes – eu acho que faria todo o sentido nós termos aqui um conjunto de pessoas técnicas habilitadas.(ECIG)

4.4 Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural: apoio jurídico a imigrantes

De modo a implementar as suas atribuições, o então ACIME, abriu, em 2004, dois Centros Nacionais de Apoio ao Imigrante: o CNAI de Lisboa e o CNAI do Porto. Estes Centros surgiram como forma de fazer face à complexidade que foi identificada pelos imigrantes relativamente à interação com diferentes serviços públicos, situados em diferentes locais e com modos de funcionamento distintos, muitas das vezes com incompatibilidade de horários. Para além disso, foram identificadas dificuldades de comunicação, quer pelas diferenças linguísticas, quer por diferenças culturais. Assim, e atendendo ao modelo da Loja do Cidadão, sentiu-se a necessidade de juntar num mesmo espaço⁵⁷⁹ e com idêntica filosofia de funcionamento os vários serviços que lidam com assuntos relativos à imigração: Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), Instituto da Segurança Social, Autoridade para as Condições do Trabalho, Ministério da Saúde e Ministério da Educação. Nos CNAI, o atendimento é promovido por mediadores⁵⁸⁰ socioculturais, com formação em mediação intercultural, sendo este atendimento proporcionado em 12 línguas e dialetos diferentes, havendo ainda a possibilidade de recorrer ao serviço de tradução telefónica, que cobre cerca de 60 idiomas.

⁵⁷⁹ É a ideia das *One-Stop-Shop*, uma resposta conjunta ao utente dos serviços, utilizando um sistema geral de gestão de dados partilhado no atendimento ao público. Baseia-se, essencialmente, na prestação de serviços públicos e não públicos, sob o mesmo teto, aos imigrantes e às pessoas interessadas nas questões relacionadas com a imigração. A criação deste modelo decorre do reconhecimento geral de que a dispersão dos serviços é uma das razões pelas quais os imigrantes têm falta de informação relativamente aos seus direitos e deveres, e aos procedimentos necessários.

⁵⁸⁰ Os mediadores são recrutados através de protocolo celebrado entre o ACIDI e Associações de Imigrantes ou de ONG que trabalham na área da imigração.

Os CNAI contam com gabinetes especializados, criados pelo ACIDI, que visam prestar apoio e informação em áreas diversificadas e específicas, como são: o GARF⁵⁸¹ – Gabinete de Apoio ao Reagrupamento Familiar; o GAJI – Gabinete de Apoio Jurídico ao Imigrante; ou o GAIC⁵⁸² – Gabinete de Apoio ao Imigrante Consumidor⁵⁸³.

O GAJI caracteriza-se pela prestação de apoio jurídico gratuito a todos os imigrantes que aí se dirigem, dando informação jurídica e aconselhamento, encaminhando os utentes para os serviços adequados. Todavia, não intervém quando as situações em causa requeiram a intervenção do tribunal ou quando já estejam a ser resolvidas em sede judicial. Como nos disse o representante do ACIDI em entrevista:

Em matéria de acesso à justiça o que nós temos é o gabinete de apoio jurídico. (...) Eu diria que a lei dos estrangeiros e a regularização é um dos temas quentes no sentido dos que mais mobiliza, mas também temos assuntos como: desde problemas no local de trabalho do ponto de vista de processos disciplinares, problemas com o senhorio, e obviamente que todo o apoio que se faz é apoio imediato naquilo que é possível. (EACIDI)

Em termos de apoio jurídico⁵⁸⁴, verifica-se que uma das necessidades que os imigrantes mais sentem tem a ver com a dificuldade de acesso ao direito e à proteção jurídica, como se pode sentir a partir do excerto da entrevista que aqui transcrevemos:

Do ponto de vista do acesso à justiça, qual é que é a questão que de facto deveria ser melhor trabalhada? É a questão do apoio judiciário aos cidadãos que estão em situação irregular e que são vítimas de exploração laboral em que as entidades patronais se aproveitam dessa irregularidade desse estatuto de ilegalidade para enriquecer ilicitamente à custa alheia. (EACIDI)

Para além dos CNAI, existem também os CLAII, Centros Locais de Apoio à Integração de Imigrantes. Encontram-se presentes em todo o território continental e Açores, tendo por missão proporcionar respostas locais articuladas ao nível das necessidades de acolhimento e integração. Funcionam em pequenos gabinetes animados por técnicos da instituição parceira local, já que são o resultado de parcerias

⁵⁸¹ No GARF prestam-se informações sobre todo o procedimento de Reagrupamento Familiar, nomeadamente a documentação necessária, os prazos legais, as diligências a tomar, legalização e tradução de documentos, etc. Faz-se também o acompanhamento de processos pendentes, procurando obter junto das instituições competentes as informações necessárias à conclusão favorável do pedido.

⁵⁸² O GAIC tem por objetivo dar esclarecimentos e apoio sobre direitos e deveres de consumo, prestando informação jurídica e apoiando na apresentação de reclamações e encaminhamento para organismos de resolução extrajudicial de conflitos.

⁵⁸³ Existe também o Gabinete de Acolhimento e triagem, que serve de apoio aos outros Gabinetes e que, como o nome indica, faz a triagem da situação: cria um processo com a descrição do assunto e procede ao encaminhamento adequado. Nos CNAI existe, ainda, o Espaço Criança, que visa proporcionar momentos lúdicos e de entretenimento para os filhos dos utentes, enquanto estes são atendidos nos diversos serviços.

⁵⁸⁴ Segundo o Relatório de Avaliação dos Serviços Nacionais de Apoio ao Imigrante – ACIDI, de 2008, embora os GAJI prestem aconselhamento nesta matéria, a capacidade desses gabinetes não garante esta proteção.

com várias instituições, organismos e serviços locais, ligados ao ACIDI por protocolo⁵⁸⁵.

Para além dos CNAI e CLAI, os imigrantes podem recorrer à linha SOS Imigrante, um serviço de atendimento telefónico que presta informação geral e especializada sobre todas as temáticas relacionadas com a imigração. O *Relatório de Atividades* do ACIDI, de 2010, refere que este serviço recebeu, em 2010, 40.998 chamadas, destacando-se os pedidos de informação relacionados com regularização, nacionalidade, questões laborais e questões relativas ao reagrupamento familiar. A linha respondeu, ainda, a 1.548 pedidos de informação enviados através de e-mail.

4.5 A Polícia de Proximidade e do Programa Escola Segura: o encaminhamento e apoio na resolução de problemas sociais e litígios

Os Agentes da Polícia de Segurança Pública, destacados para a função de Polícia de Proximidade – que só existe em Lisboa – têm uma missão que abrange desde o policiamento de visibilidade, passando pela resolução e gestão de ocorrências/conflitos, pelo reforço da relação polícia/cidadão e pela deteção de situações que possam constituir problemas sociais ou dos quais possam resultar práticas criminais. Para efetivar a sua missão, os “Agentes de Proximidade” desenvolvem contatos com a população em geral, serviços das juntas de freguesia e das câmaras municipais, dos tribunais, técnicos locais de determinados projetos de assistência social, conselhos diretivos dos estabelecimentos de ensino, comerciantes, bem como com os cidadãos em geral. Estão, desse modo, integradas numa preocupação comunitária de defesa e promoção da qualidade de vida dos cidadãos. Informam e encaminham os cidadãos dos bairros mais pobres e degradados de Lisboa para as entidades administrativas competentes para lhes resolver os seus problemas sociais e os seus litígios.

As Equipas de Proximidade e de Apoio à Vítima (EPAV) da PSP são responsáveis pela segurança e policiamento de proximidade, em cada sector da área de responsabilidade das subunidades e, de acordo com o diagnóstico de segurança efetuado em cada Comando, são responsáveis, em especial, pela prevenção e vigilância em áreas residenciais maioritariamente habitadas por cidadãos idosos, pela prevenção da violência doméstica⁵⁸⁶, pelo apoio às vítimas de crime e também pelo

⁵⁸⁵Contabilizam-se, atualmente, cerca de 87 postos distintos em funcionamento.

⁵⁸⁶Como resulta do Manual Alcipe para o atendimento de mulheres vítimas de violência doméstica, a Polícia é, normalmente, a primeira instância de domínio social a ser confrontada com o problema da violência

acompanhamento pós-vitimação, identificando problemas que possam interferir na situação de segurança dos cidadãos. É esse o relato que nos foi feito em entrevista pelo representante da Polícia de Segurança Pública:

Esse policiamento não é só sinalizar, é resolver o problema seja com quem for - se é preciso Santa Casa da Misericórdia isto, aquilo... (...) Chegou-se à conclusão que o policiamento aleatório, portanto os agentes andarem na rua com o giro, não resultava. (...) nós teríamos que ir às causas e para ir às causas tínhamos que estar mais próximos da população. Pelos tipos de crimes, porque são crimes que afetam aquela população mais desfavorecida em termos de várias carências ou porque são idosos, ou porque são crianças, ou porque são vítimas de violência doméstica, e nós tínhamos que estar próximos dessas pessoas. (EPSP)

Relativamente às Equipas do Programa Escola Segura (EPES), são estas responsáveis pela segurança e vigilância nas áreas escolares, pela prevenção da delinquência juvenil, pela deteção de problemas que possam interferir na situação de segurança dos cidadãos e pela deteção da prática de crimes, que, em regra, eram de “cifras negras” no seio das comunidades escolares⁵⁸⁷. Os elementos policiais afetos ao Programa Escola Segura têm, assim, por funções, entre outras: sinalizar situações de jovens em risco, com comportamentos delinquentes, consumos de substâncias estupefacientes ou álcool ou prática reiterada de incivildades ou crimes, no sentido dos mesmos serem encaminhados para as entidades competentes; apoiar as vítimas de crimes e proceder ao seu encaminhamento pós-vitimação para as entidades competentes; ou, ainda, fornecer informações úteis aos alunos e restantes membros da comunidade educativa que permitam estabelecer relações de confiança e diálogo com os cidadãos, facilitando o estabelecimento de um clima favorável à prevenção.

5 A atividade das ONGs: apoio, acompanhamento e informação jurídica

Analisando a ação e evolução do sistema de apoio judiciário relativamente à consulta jurídica, bem como a ação do Estado (MP, Provedoria de Justiça, CIG, ACIDI

doméstica, quer pelas vítimas, quer por terceiros (vizinhos, amigos, familiares, filhos, entre outros). Por outro lado, é também o órgão de Estado que representa a autoridade e a ordem pública, tendo uma cobertura nacional, estando presente em cada comunidade local. O Policiamento de Proximidade desenvolveu também um atendimento de proximidade, que deve satisfazer tanto a vertente processual penal, quanto a vertente psicossocial.

⁵⁸⁷O Programa Escola Segura tem a sua origem num protocolo celebrado em 1992 entre o Ministério da Administração Interna e o Ministério da Educação. Posteriormente, o Despacho Conjunto n.º 105-A/2005, de 2 de Fevereiro, do Ministério da Administração Interna e do Ministério da Educação definiu os objetivos prioritários do Programa, os princípios estratégicos e a estrutura organizacional de coordenação do mesmo. Este Despacho foi objeto de reavaliação, tendo sido publicado o Despacho Conjunto n.º 25.649/2006, de 29 Novembro. Com a Diretiva Estratégica n.º 10/2006, de 15 de Maio.

e Polícia de Proximidade) na informação e consulta jurídica, para concluir esta parte do estudo, há que analisar se as organizações associativas da comunidade também são atores no domínio da consulta e informação jurídica. Para isso decidi analisar a atividade de duas ONGs conhecidas da sociedade portuguesa: o Instituto de Apoio à Criança (IAC) e a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV).

5.1 O Instituto de Apoio à Criança (IAC): em defesa dos direitos das crianças

Para Manuela Ramalho Eanes, Presidente da Direção do IAC⁵⁸⁸, a importância do Instituto é incontestável:

se hoje se fala abertamente nos maus-tratos de que a criança é vítima, muito ao IAC se deve. Se hoje as crianças e suas famílias têm serviços telefónicos a que podem recorrer para expor os seus problemas, muito ao IAC se deve. Se hoje já não encontramos na Baixa lisboeta crianças de rua, muito ao IAC se deve. Se hoje a necessidade de a criança brincar é reconhecida como essencial para o seu desenvolvimento integral, muito ao IAC se deve. Se hoje os serviços de atendimento à criança se encontram mais humanizados, muito ao IAC se deve.

Neste excerto estão, no fundo, cobertas as grandes áreas em que o IAC teve, e tem, um papel primordial: no Sector da Atividade Lúdica, promovendo a “Defesa do direito de brincar”; na criação do SOS-Criança, em 1988, um serviço que começou por ser apenas telefónico, mas que foi complementado pelo Apartado e pelo correio eletrónico; na instituição do Projeto trabalho de rua com crianças em risco ou situação de marginalidade, em 1989; o sector da humanização dos serviços de atendimento à criança; e o sector de relações externas, que dinamiza uma rede alargada de contactos com instituições e entidades vocacionadas para a definição de uma política global para a infância. Deve ser mencionado, com especial enfoque para o que a este estudo interessa, o sector jurídico, que presta esclarecimentos jurídicos, encaminha e apoia situações que reclamam uma resposta a nível jurídico.

5.1.1 O Serviço SOS-Criança (116 111 / 217 931 617)

Este serviço⁵⁸⁹, criado em 1988, já recebeu mais de 80 mil apelos (cerca de 4000/ano e a crescer anualmente), sendo anónimo e confidencial e tendo como base a

⁵⁸⁸O IAC tem a sua sede em Lisboa, exercendo a sua atividade em todo o território nacional, podendo criar Núcleos Regionais, como aconteceu de 1993 a 1996, quando implementou uma delegação nos Açores, tendo constituído como Instituição autónoma – IAC-Açores – em 1996. Os seus órgãos sociais são compostos, de acordo com o estatuído no artigo 15.º, pela Assembleia-Geral, pela Direção e pelo Conselho Fiscal.

⁵⁸⁹ Para Manuel Coutinho, coordenador-geral do serviço, o SOS-Criança (criado por ideia da Dra. Aurora Fonseca) é hoje considerado pela maioria das pessoas como um ‘direito das crianças’. Todavia, aquando da sua criação, foi por muitos considerado como um “serviço desnecessário e arrojado, porque havia quem defendesse

deteção e prevenção de situações de risco. Tem uma ação muito abrangente: vertente pedagógica, informação, esclarecimento, orientação, encaminhamento e análise das situações. Estas várias valências dividem-se em mediação escolar (que promove, dinamiza e autonomiza nas diferentes comunidades escolares Gabinetes de Apoio ao Aluno e à Família, com o objetivo de localmente combater o abandono, o absentismo, a violência escolar, o *bullying*, os comportamentos desviantes, a droga, entre outras problemáticas), correio eletrónico (soscrianca@net.sapo.pt), intervenção personalizada (social, jurídica e psicológica), supervisão de estágios e reavaliação e formação. Em 2004 foi criado o SOS-Criança Desaparecida (116 000).

É composto por uma equipa multidisciplinar, constituída por assistentes sociais, educadores, juristas, mediadores escolares e psicólogos. Tem como principais destinatários as crianças e os jovens, mas também pode ser contactado por adultos e famílias.

5.1.2 O Sector Jurídico do IAC

Como se disse, este sector tem como principal missão prestar esclarecimentos jurídicos, encaminhar e apoiar situações que reclamem uma resposta a nível jurídico. Tem ainda como função registar, promover e divulgar a legislação relativa aos Direitos da Criança, dando informações sobre os mecanismos legais existentes com vista à efetivação dos direitos na área das crianças. Para além disso, realiza diversas ações de formação.

Articula-se com diversas entidades, como os tribunais de família e menores e de comarca, com a segurança social, com as Comissões de proteção de crianças e jovens, com a Provedoria de Justiça, entre outras. Em 2008 fez uma parceria com a Ordem dos Advogados no Dia da Consulta Jurídica Gratuita (6 de novembro de 2008). Tal resulta do seguinte excerto da entrevista conduzida:

O Instituto de Apoio à Criança, como IPSS que é e com o seu carácter informal, tem muitas vezes acesso a dados que nos permitem alimentar os processos, seja judicial de promoção ou proteção ou que esteja numa CPCJ. (...) nós alertamos a Comissão de Proteção... Lá está, aquilo a que nós chamamos a alimentação do processo com dados pertinentes e com dados atualizados. Depois, situações que nos sejam relatadas percebemos que há alguma matéria de perigo e porque o utente nos diz não há processo a decorrer numa comissão de proteção ou nem sequer é processo judicial de promoção e proteção e nós muitas vezes o que fazemos é junto das secretarias gerais dos tribunais que nos seja informado se corre processo a favor do menor tal, tal e tal. (EIAC)

que ninguém tinha o direito de recriminar o modelo educativo dos pais ou seus representantes (...) e que não era uma boa prática dar voz e ouvidos diretamente às preocupações e às queixas apresentadas e denunciadas pelas crianças, porque não lhes reconheciam direitos”.

São várias as problemáticas que chegam a este serviço, envolvendo matérias relativas à adoção, tutela, perigo, negligência, condutas desviantes, trabalho infantil, legislação, maus-tratos, abuso sexual, perfilhação, pensão de alimentos, violência doméstica, poder paternal, questões envolvendo direitos dos avós e outras questões de família, etc. Em 2005 foram prestadas 270 consultas, em 2006 foram 302, em 2007 houve 420 consultas e em 2008 houve um total de 394.

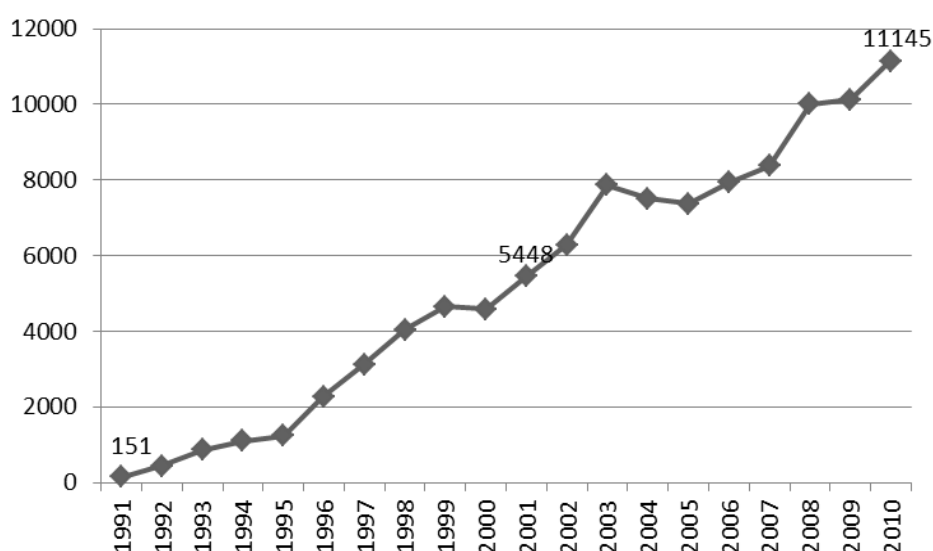
Em regra, após informarem os consulentes, encaminham-nos para o MP ou para o serviço de segurança social para requererem o apoio judiciário ou, ainda, para as CPCJ, no caso das crianças em situação de perigo.

Fazemos sinalizações às várias Comissões de Proteção e, geralmente, a articulação é muito boa com a técnica gestora do processo. (EIAC)

5.2 Associação Portuguesa de Apoio à Vítima: promover os direitos das vítimas de crimes

Em seguida procedemos à caracterização e análise geral do trabalho desenvolvido pela APAV, em 2010. Em seguida, atentamos nas vítimas, que recorreram aos serviços desta associação, a nível nacional, no mesmo período, e nos crimes de que foram vítimas.

Gráfico 61 - Evolução do número de processos de apoio, 1991 a 2010



Fonte: APAV (2011)

Antes de se avançar, contudo, é de salientar a evolução do número de processos de apoio a vítimas desde a data de criação desta associação, 1990, até 2010

(gráfico 61). O crescimento progressivo do número de processos é demonstrativo do desempenho da APAV e do seu alargamento territorial. Neste período temporal, destacam-se três momentos: o primeiro na passagem de 1995 para 1996, com quase uma duplicação dos processos de apoio, de 1.236 para 2.269, coincidindo com o término da fase de instalação da associação; o segundo, entre 2000 e 2003, onde se regista um crescimento constante acima dos 15%; e, por fim, a passagem de 2007 para 2008, em que a APAV ultrapassa a faixa dos 10.000 processos anuais, mais precisamente 10.001 processos, em 2008.

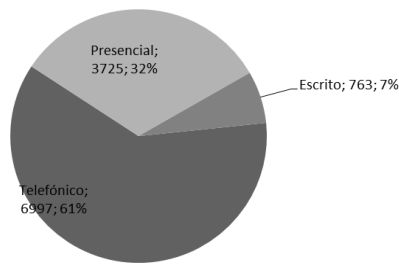
A maioria dos processos iniciados em 2008⁵⁹⁰ foram registados na Unidade orgânica de Lisboa, 33%, sendo de notar que a segunda unidade a registar mais processos é a do Porto, com cerca de metade dos de Lisboa, 16% (cf. gráfico em anexo, a este capítulo). Os desequilíbrios na distribuição geográfica e, nomeadamente a macrocefalia de Lisboa, são ainda mais notórios quando observamos a distribuição dos processos por distrito, em que cerca de 47% dos processos registados são iniciados nas unidades orgânicas do distrito de Lisboa (Cascais, Lisboa e Odivelas).

5.3 Caracterização do trabalho da APAV

Neste ponto procurou-se caracterizar os contactos com a APAV e resposta oferecida, em 2010, a nível nacional. A principal via de contacto dos utentes com os serviços da APAV é por telefone, com mais de 50% do total de atendimentos registados (gráfico 62). No entanto, é preciso esclarecer, segundo a APAV, que em muitos destes casos o utente estabelece o contacto telefónico apenas para estabelecer um primeiro contacto com a Instituição, registando-se com frequência contactos presenciais posteriores. Este primeiro contato telefónico poderá estar associado à disponibilização de um número central e gratuito. Não obstante, a proporção de contactos presenciais é significativa, representando cerca de 32% dos processos registados. As restantes vias de contacto, email, carta e fax, são residuais. Este contacto é estabelecido principalmente pela própria vítima de violência, 7.124 processos dos 11.180 atendimentos da APAV, ainda assim as denúncias feitas por familiares e amigos/conhecidos representam mais de 25% dos contactos (quadro 58).

⁵⁹⁰ Apesar de não existirem dados mais recentes por unidade orgânica nada faz prever que esta situação se tenha alterado.

Gráfico 62 - Tipo de Contato Efetuado para a APAV (2010)



Fonte: APAV

Quadro 58 - Quem efetuou o contacto (2010)

	N	%
Próprio	7124	63,7%
Familiar	1830	16,4%
Amigo/conhecido	1063	9,5%
Instituição/Empresa	470	4,2%
Outro	604	5,4%
Ns/nr	89	0,8%
Total	11180	100,0%

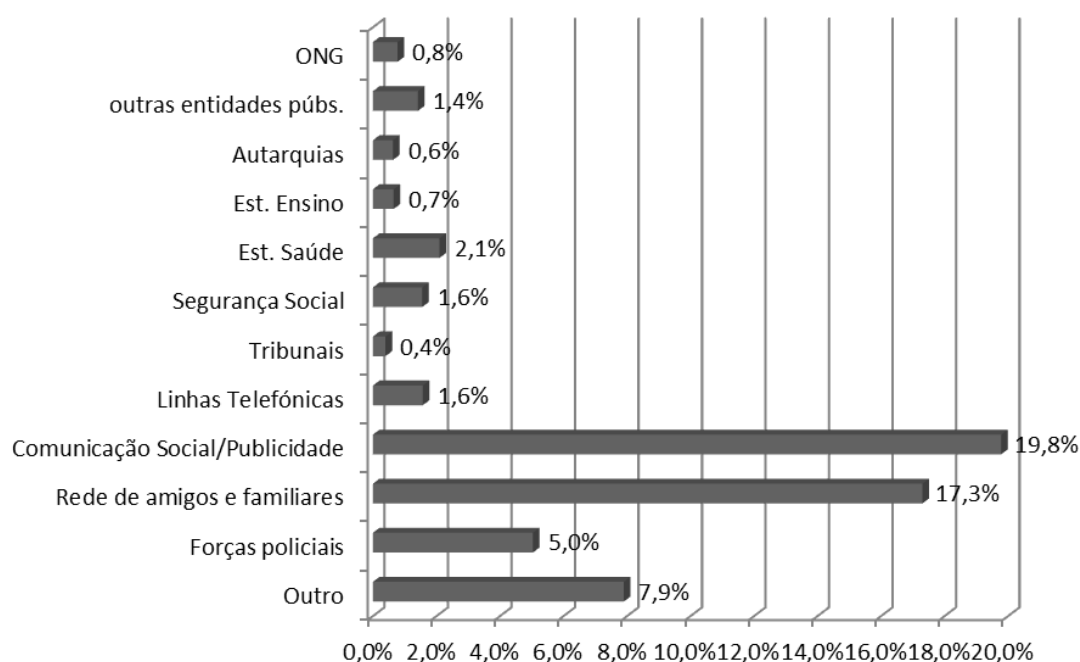
Fonte: APAV

O encaminhamento para a APAV é um aspeto importante não só para quem recorre à APAV, mas também para percebermos o tipo de encaminhamento que é feito por outras instituições envolvidas no acesso ao direito e à justiça. Porém, infelizmente, não é conhecido como foi efetuado o encaminhamento para a APAV em cerca de 40% dos processos. Entre os processos onde o encaminhamento para a APAV é conhecido destaca-se o papel da comunicação social e a publicidade, com 19,8%, seguida de muito perto pela rede de amigos e familiares, com 17,3% (gráfico 63). O primeiro remete-nos para o trabalho de divulgação que a APAV vem realizando. As forças policiais assumem também um papel de destaque, representando 5% dos encaminhamentos “conhecidos”, em especial a PSP (302 processos) e a GNR (201 processos). De realçar, ainda, o facto dos serviços do Estado, em geral, deterem um peso diminuto no encaminhamento de processos para a APAV, o que significará que a sua ação é de natureza similar à da APAV e encaminham os casos de que têm conhecimento para as entidades administrativas e judiciais competentes.

No que respeita ao apoio prestado pela APAV, é o apoio jurídico que é mais comumente utilizado, 47,6%, entre os apoios registados (quadro 59). Entre os apoios restantes tipos de apoio, que a APAV prestou em 2011, destacam-se o apoio genérico (23,6%), seguido do apoio social e psicológico, ambos com cerca de 14%.

Dos 11.145 processos abertos foram registados um total de 17.911 crimes, dos quais a maioria reporta-se a violência doméstica, 78% (13.866), em que predominam os maus-tratos físicos e psíquicos. Seguem-se os crimes contras as pessoas e a humanidade, com um valor bastante mais baixo, de 20%.

Gráfico 63 - Encaminhamento da Vítima/Utente para a APAV, 2010 (% válida)



Fonte: APAV

Dos 7.189 processos onde se registaram casos de vitimação, perto de metade não resultou numa queixa/denúncia junto das autoridades competentes. Não obstante, a percentagem em que foi efetuada queixa não é de menosprezar, 33% dos casos, visto que, em 2000, esta percentagem era, segundo a APAV, apenas cerca de 28,9% do total.

Quadro 59- Tipo de apoio prestado

	N	%
Apoio genérico	2.584	23,6%
Apoio jurídico	5.211	47,6%
Apoio psicológico	1.562	14,3%
Apoio social	1.579	14,4%
Total	10.936	100,0%

Fonte: APAV

Em termos do apoio jurídico prestado, a APAV, devido à limitação introduzida pelo diploma legal que regula os atos próprios de advogado, não pode prestar consulta jurídica, mas apenas informação jurídica.

Nós não estamos a ponderar a possibilidade de no futuro constituirmos um corpo de advogados para representarem as vítimas em juízo, nós estamos a debater-nos com um problema prévio que tem a ver com a relativamente recente lei dos atos próprios dos advogados, que coloca o trabalho não apenas das ONGs, mas também por exemplo das juntas de freguesia que prestam apoio jurídico, numa área muito cinzenta. (EAPAV)

Nesse sentido, a APAV faz, nos atendimentos, o diagnóstico da situação e encaminha para as entidades mais competentes, mesmo quando as matérias em causa não são da sua competência.

O primeiro atendimento é feito por qualquer técnico, ou seja, qualquer técnico, independentemente da sua área de formação, tem que estar capacitado, e isso trabalha-se ao nível da formação inicial, para escutar aquela pessoa, fazer o diagnóstico do problema e saber que tipo de intervenção vai ser necessário. (...) Não nos imiscuímos em funções que não são nossas, mas tentamos encaminhar as pessoas, dentro dos nossos conhecimentos, para serviços adequados. Se uma pessoa vem ter connosco por causa de um problema com um contrato de arrendamento o que nós podemos fazer é encaminhar para a consulta jurídica. Se vêm ter connosco com uma questão familiar, mas que não tem nada a ver com vitimação, podemos encaminhar para uma mediação familiar se for o caso disso. Tentamos sempre dar um encaminhamento às pessoas nos casos que manifestamente não têm nada a ver com a natureza do nosso trabalho. (EAPAV)

Havendo, por vezes, gabinetes da APAV em esquadras policiais ou em tribunais, ou quando fazem parte da composição das próprias CPCJ, existe uma ligação mais próxima com essas entidades, facilitando assim as articulações entre as instituições e os encaminhamentos das vítimas.

Nos casos em que os gabinetes se encontram situados nas esquadras de polícia, a proximidade física facilita imenso, mas mesmo nos casos em que não estamos, de um ponto de vista geral a relação com as polícias é bastante próxima e são claramente parceiros fundamentais, designadamente em casos de violência doméstica em que muitas vezes é preciso solicitar à polícia um acompanhamento da vítima para ir a casa buscar as suas coisas. (EAPAV)

5.3.1 Caracterização das vítimas⁵⁹¹

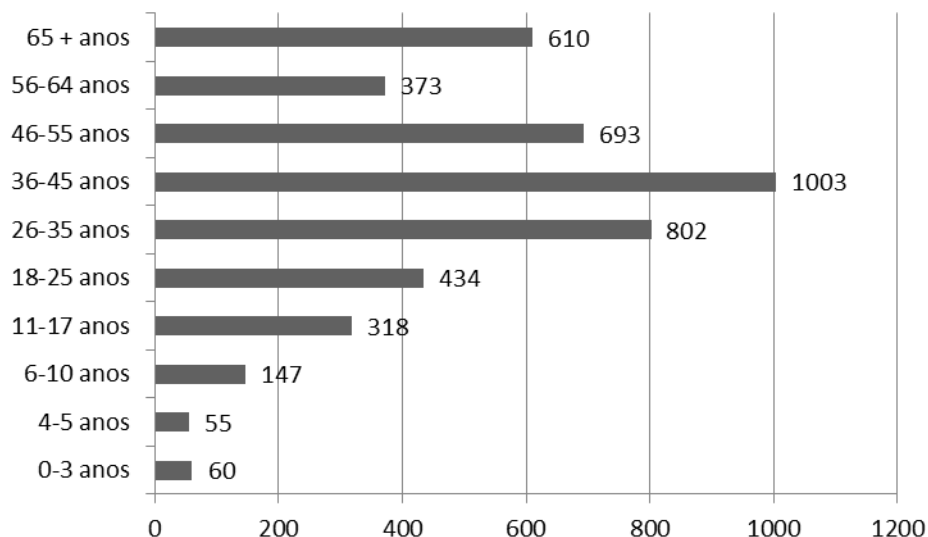
Em termos gerais, podemos caracterizar as vítimas que recorrem à APAV como sendo na sua maioria do sexo feminino, em idade ativa (25-55 anos), casadas e vítimas de violência doméstica. Esta tendência mantém-se, segundo a APAV, inalterada ao longo dos anos. Com efeito, em 2010, cerca de 83% das vítimas eram do sexo feminino, enquanto o sexo masculino atinge apenas os 17% (cf. gráfico em anexo 3, a este capítulo).

Os grupos etários predominantes situam-se entre os 26 e os 55 anos, seguidos dos grupos etários mais envelhecidos, isto é, pessoas com mais de 55 anos, que representam 21,9% das vítimas femininas que recorrem à APAV – gráfico 64. As crianças e jovens com menos de 18 anos representam apenas 12,9% das vítimas, o que

⁵⁹¹ A caracterização da vítima debruça-se sobre as situações em que foi registado crime (7852), sendo excluídos cerca de 21% dos processos iniciados por não se enquadrarem no âmbito da Associação.

se tem de compreender, dado que as CPCJ cobrem a quase totalidade do país e têm competência para intervir na violência sobre crianças (0-18 anos).

Gráfico 64 – Grupos etários das vítimas femininas, 2010



Fonte: APAV

As vítimas que recorrem à APAV enquadram-se grosso modo no que se pode designar família tradicional, sendo a esmagadora maioria casadas (46,0%) e pertencendo a uma família nuclear com filhos (59,1%) (cf. gráficos em anexo 3, a este capítulo). As novas tipologias de família têm um peso pouco significativo no conjunto das vítimas.

Das 6932 vítimas que recorrem à APAV, cerca de 60% são de nacionalidade portuguesa. Entre as vítimas que não são de nacionalidade portuguesa, apenas se destacam as vítimas de nacionalidade brasileira, que representam cerca de 6% do total, o que corresponde à quase totalidade das vítimas provenientes da América do Sul (cf. gráfico em anexo 3, a este capítulo). Quanto à residência da vítima observa-se uma prevalência das residentes no distrito de Lisboa, cerca de 28,6% das vítimas (cf. gráfico em anexo 3, a este capítulo). Destacam-se ainda as vítimas residentes no Porto, 13,8%, e em Faro, 10,9%.

No que respeita à caracterização socioeconómica da vítima, em primeiro lugar, verifica-se que o grau de ensino das vítimas distribui-se de forma bastante equitativa entre o 1º ciclo e o ensino superior, ainda que este último registe valores ligeiramente acima dos restantes, com cerca de 22,8% do total de casos registados (cf. quadro em

anexo 3, a este capítulo). De notar ainda que a maioria das vítimas está empregada⁵⁹², encontrando-se portanto no condição perante a atividade económica minimamente estável (cf. gráfico em anexo 3, a este capítulo). Contudo, o segundo grupo mais representativo é o dos desempregados. Estes indicadores revelam que a condição socioeconómica não é dos fatores mais relevantes na vitimação.

6 Conclusões

Com a entrada em vigor do novo regime jurídico de apoio judiciário (2001) verificou-se que o número de ações cíveis findas com apoio judiciário diminuiu para menos de metade entre 2000 (28.703) e 2006 (12.745). Também a proporção de ações declarativas cíveis findas com requerimento de apoio judiciário no total das ações declarativas cíveis interpostas registou uma tendência de declínio entre 2000 (10%) e 2006 (5%). Esta descida nas ações cíveis findas com apoio judiciário a partir de 2001, sabendo-se que a procura do apoio judiciário cresceu, parece ter como única explicação o processo de desjudicialização também ocorrido, em 2001, que retirou do tribunal conflitos, designadamente de família, como os divórcios por mútuo consentimento, para os quais era requerido uma percentagem elevada de apoio judiciário.

No apoio judiciário na justiça civil da família identificam-se três tendências gerais: em primeiro lugar, ainda que o número absoluto de ações cíveis de direito da família findas com apoio judiciário registem, à semelhança das ações cíveis, um declínio, estas viram o seu peso aumentar no total das ações cíveis de direito da família com apoio judiciário (31%, em 2000, para 36%, em 2006); em segundo lugar, a maioria das ações cíveis de direito da família com apoio judiciário dizem respeito a ações relacionadas com a dissolução ou crise do casamento e pedidos de alimentos; por fim, ao mesmo tempo que o número de ações cíveis de família findas com apoio judiciário tende a diminuir, o volume de pedidos no Instituto de Segurança Social não cessa de aumentar, o que significa que o apoio judiciário é também solicitado para as ações, como o divórcio por mútuo consentimento ou de alimentos de maiores, que correm

⁵⁹² Em 2008, entre as vítimas que se encontravam a exercer uma profissão o pessoal dos serviços e vendedores e os trabalhadores não qualificados eram as áreas profissionais que mais se destacavam, em especial os trabalhadores não qualificados do comércio e dos serviços e o pessoal dos serviços diretos e particulares (APAV, 2008a). Porém, não era de menosprezar o peso das vítimas especialistas das profissões intelectuais e científicas e técnicas e profissionais de nível intermédio.

os seus termos nas Conservatórias de Registo de Civil. De salientar que, provavelmente devido à tendente maior fragilidade económica e social das mulheres, assiste-se a uma feminização da procura da justiça da família e das crianças com recurso a apoio judiciário, representando, assim, as mulheres, no ano de 2006, 67,9% (3.955) dos requerentes de apoio judiciário em ações cíveis de família e 78,8% (2.595) nas ações de divórcio e separação de pessoas e bens.

A mobilização do apoio judiciário centra-se, sobretudo, por um lado, nos apoios monetários (dispensa total ou parcial da taxa de justiça), representando, em 2006, 56,2% das ações declarativas de família findas e 54,9% das ações de divórcio e separação de pessoas e bens. Por outro lado, a nomeação e pagamento de honorários de patrono representa, no mesmo ano, respetivamente, para os mesmos tipos de ações, 41,8% e 43,2%.

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

Da análise dos dados da Segurança Social resulta, também, que a procura de apoio judiciário na área de família e das crianças representa 28% (21.121) da totalidade dos pedidos, sendo de referir que o apoio judiciário é concedido maioritariamente nos seguintes tipos de ações: relacionados com a rotura do casamento – 52,4% (11.053) (divórcio, separação de pessoas e bens, atribuição da casa de morada de família, alimentos) – e relacionados com os direitos das crianças (regulação das

responsabilidades parentais, alimentos a menores, incumprimentos e tutela), representando 43,1% (9.094). Estes dados significam que uma percentagem relevante do apoio judiciário é pedida para ações de divórcio por mútuo consentimento, que correm os seus termos nas conservatórias. E, ainda, que apesar da ação do MP, o apoio judiciário é mobilizado para a defesa dos direitos das crianças.

Apesar de previstos os Gabinetes de Consulta Jurídica (GCJ), no regime de apoio judiciário, desde o Dec. Lei n.º 387-B/87, de 29 de dezembro, a sua criação de 1989 a 2001, obedeceu a critérios de voluntarismo e oportunidade política dos sucessivos Ministros da Justiça e Bastonários da Ordem dos Advogados e não a uma política de criar GCJ em todo o país.

A análise dos dados referentes ao desempenho dos GCJ constitui um bom indicador quer do alcance das suas competências, quer das suas limitações. Verificamos que não existe um padrão de evolução crescente na prestação de consultas jurídicas por parte dos gabinetes. Paradoxalmente, apesar do aumento no número de gabinetes em funcionamento, houve um decréscimo no número de consultas entre 1993 e 2005, apenas contrariado no último ano considerado, 2007. Uma análise mais detalhada do funcionamento dos GCJ à escala nacional nos anos de 2001, 2005, 2006 e 2007 permite-nos concluir que a maioria das solicitações (mais de 60% das consultas em todos os anos) limita-se aos esclarecimentos dos assuntos, o que permite retirar a ideia da importância dos GCJ quer no evitar do recurso aos tribunais, quer no esclarecimento de dúvidas, contribuindo assim para uma cidadania mais efetiva. De realçar, igualmente, o número de encaminhamentos judiciais, que representam em média cerca de 33% das consultas e, ao contrário da interpretação efetuada para os esclarecimentos, poderá incluir situações em que os cidadãos não recorreriam aos tribunais por ignorância ou incapacidade financeira e/ou jurídica.

Os assuntos jurídicos que motivam os cidadãos a recorrer aos GCJ são variados. No entanto, a grande prevalência vai para o direito civil, e, dentro desta área, para as questões relativas aos assuntos familiares e ao arrendamento. A área jurídica da família, que representava, em 2005, cerca de 24% das consultas (987 consultas), em 2007 reduz o seu peso para 11,5% (678 consultas). Entre os consulentes predominam as mulheres (60%), na sua maioria com idades compreendidas entre os 30 e os 59 anos.

Desde 2002 que o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados não criam novos GCJ e desde 2008 assiste-se à suspensão generalizada da atividade da maioria dos gabinetes, com o fundamento de o Ministério da Justiça (MJ) não ter celebrado o protocolo com a OA para o seu funcionamento, previsto na alteração da legislação de 2007. Consequentemente, os GCJ têm vindo a ser substituídos, por um lado, pela concessão da modalidade de apoio judiciário de consulta jurídica, a ser prestada nos gabinetes privados dos advogados nomeados, para o efeito. Por outro lado, quer o MJ quer a Ordem dos Advogados têm dado corpo a iniciativas locais ou ocasionais de informação e consulta jurídica, tais como o “Infojus: Espaço de acesso à justiça no Círculo Judicial de Caldas da Rainha”, a criação de GCJ através de protocolos entre a OA e as autarquias, o que formaliza a vontade de algumas autarquias terem GCJ.

A consulta e a informação jurídica existem no Estado e na sociedade, para além das iniciativas do Ministério da Justiça e da Ordem dos Advogados e das autarquias, no âmbito da criação de GCJ e de informação jurídica prevista no regime jurídico do apoio judiciário. Assim, no Estado e com impacto na promoção dos direitos e resolução de conflitos relacionados com a família e as crianças é visível a ação do Ministério Público, da Provedoria da Justiça, da CIG, do ACIDI e da “Polícia de Proximidade”.

O Ministério Público, com o seu estatuto de órgão autónomo e de defensor dos direitos das crianças, dos ausentes e restantes incapazes, assume em todas as comarcas do país um serviço de atendimento ao público, com especial relevo na informação e consulta jurídica no âmbito dos direitos das crianças, com a consequente instauração de processos tutelares, a pedido das mães, na sua maioria de regulação das responsabilidades parentais. Este serviço público é muito procurado e valorizado pelos cidadãos e desvalorizado profissionalmente pelos próprios magistrados do MP e pela sua hierarquia.

A Provedoria de Justiça desenvolve a sua atividade com recomendações à administração pública e informando e encaminhando as situações que lhe chegam através da linha telefónica “Recados da Criança”. A CIG centra a sua atividade na promoção e defesa da igualdade de género e o seu gabinete jurídico atende, informa e presta consulta jurídicas, em regra a mulheres, que denunciam situações de violência doméstica. Apesar de a lei conferir à CIG legitimidade processual para atuar judicialmente, a CIG centra a sua atividade na informação jurídica e no

encaminhamento das situações para o MP ou para o regime do apoio judiciário. O ACIDI, através do seu gabinete de apoio jurídico nos Centros Nacionais de Apoio ao Imigrante (CNAI) e dos Centros Locais de Apoio ao Imigrante (CLAI) e a sua linha SOS-Imigrante presta informação jurídica em questões relacionadas com a regularização, nacionalidade, questões laborais e questões relativas ao reagrupamento familiar. No entanto, o ACIDI não intervém quando as resoluções dos litígios exijam a intervenção do tribunal e, por isso, critica que, em regra, não seja concedido apoio judiciário aos imigrantes irregulares para defenderem designadamente os seus direitos laborais. A polícia de proximidade em Lisboa desempenha um importante papel de mediador, de facilitador e de encaminhador dos residentes dos bairros mais degradados de Lisboa para instâncias que resolvam os seus problemas sociais e reconheçam os seus direitos, como as CPCJ, o Ministério Público e a Segurança Social, para a concessão de apoio judiciário e a nomeação de advogado.

As associações da comunidade, para além de participarem em instâncias de aconselhamento e de resolução dos litígios como as CPCJ, atendendo aos constrangimentos legais, como se analisará, não podem ir além do atendimento, aconselhamento jurídico e encaminhamento dos cidadãos para o Ministério Público ou para o regime do apoio judiciário. As ONGs estudadas (IAC e APAV) centram, respetivamente, a sua atividade nos direitos das crianças e na promoção e defesa dos direitos das vítimas de crimes, em geral, e em especial de violência doméstica. Ambas participam como membros das CPCJ de Lisboa e têm serviço de atendimento (telefónico e presencial) e aconselhamento jurídico, sendo que, em 2010, a APAV atendeu e apoiou juridicamente 5.211 vítimas, em regra mulheres vítimas de violência doméstica, o que representou 47,6% do apoio prestado a quem procurou esta ONG.

CAPÍTULO X

O ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS: AS VOZES DOS PROFISSIONAIS DO TERRENO

Introdução

O estudo já efetuado percorreu a análise da transformação do direito da família e das crianças e do regime jurídico do acesso ao direito e à justiça (apoio judiciário), da procura e da mobilização da justiça de família e das crianças, com recurso aos meios judiciais e não judiciais e, ainda, das potencialidades e vulnerabilidades do apoio judiciário em ação. Ora, no presente capítulo, pretendo analisar o acesso ao direito e à justiça, não como, no capítulo V, um campo de luta política de fraca intensidade ou de luta profissional intensa, designadamente no seio da Ordem dos Advogados, mas como um campo de interação e tensão entre profissionais. Assim, em contraponto com esses debates, vai dar-se voz aos profissionais de profissões jurídicas e não jurídicas que trabalham “no terreno”, no âmbito de atividades relacionadas com o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.

É a hora de dar voz aos profissionais que, quotidianamente, trabalham na promoção dos direitos, na informação jurídica, na consulta jurídica, no patrocínio jurídico e na resolução de litígios relativos aos conflitos de família e, ainda, relativos à promoção e defesa dos direitos das crianças, em instâncias judiciais e não judiciais. Darei, assim, voz às perceções, às representações, às declarações, em discurso direto, aos atores profissionais intervenientes na promoção dos direitos e na mobilização da justiça da família e das crianças, em sentido amplo e plural – tribunais, CPCJ, mediação familiar, etc. – designadamente a juízes, magistrados do Ministério Público, técnicos de serviços públicos do Estado – central e autarquias – e de associações e ONGs da comunidade, com diferentes formações académicas e profissionais (serviço social, psicólogos, juristas, polícias, professores, etc.), na sua qualidade de servidores públicos, de presidentes ou membros de CPCJ ou de cidadãos, que, embora profissionais, participam voluntariamente nas várias instâncias de informação, de acompanhamento e/ou resolução de litígios mapeados ao longo do decurso deste estudo. Assim, poder-se-á aferir das representações dos profissionais que trabalham no terreno no “acesso ao direito e à justiça de família e das crianças” em ação.

Através de uma análise de conteúdo dos discursos captados aos vinte entrevistados e aos dez participantes no *focus group* realizado, pretende-se fazer uma análise qualitativa ao desempenho das várias instituições/entidades encontradas “no terreno” em ação, bem como dos seus atores individuais e coletivos, de modo a identificar as potencialidades e as vulnerabilidades do “todo”, ou seja, o sistema ou rede de acesso ao direito e à justiça de família e das crianças e de cada uma das suas componentes analisadas, em separado. Identificar-se-ão, assim, os consensos e os dissensos, os pontos fortes e os pontos fracos das diversas instâncias em ação no acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.

Após a realização de um painel de discussão⁵⁹³, com representantes de instituições de âmbito nacional, que permitiu mapear os atores e as instituições intervenientes no sistema de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças em Portugal, bem como apurar opiniões concordantes e discordantes entre os atores, foram realizadas entrevistas semiestruturadas⁵⁹⁴ junto de profissionais que desempenham a sua atividade nessas instituições. Com essas entrevistas pretendeu aprofundar-se melhor a visão de cada um sobre o papel que desempenha, como também as opiniões sobre o funcionamento do próprio sistema e do desempenho dos outros atores intervenientes, de modo a apurar e aprofundar algumas das tensões previamente identificadas ou outras que, então, emergiram.

As narrativas recolhidas permitem a sua análise através da construção, a posteriori, da seguinte grelha analítica, de acordo com duas escalas. A primeira, relativamente a questões transversais a todo o sistema de acesso ao direito e à justiça.

⁵⁹³ No âmbito do presente estudo, uma das metodologias utilizadas (ver Capítulo IV) consistiu na elaboração de um painel de discussão para recolha das opiniões e representações dos profissionais envolvidos na temática do acesso ao direito e à justiça na área do direito da família e das crianças. Estiveram presentes nesse painel de discussão, que teve lugar em Novembro de 2008, representantes do Ministério Público, do Ministério da Justiça, do Instituto de Solidariedade e Segurança Social, da Ordem dos Advogados, da Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, de uma Associação Advogados, da APAV e do Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra. A utilização deste tipo de metodologia (*focus-group* ou painel de discussão) é um elemento crucial para a observação do sistema de acesso ao direito e à justiça, permitindo que se faça o confronto de opiniões e o cruzamento de dados. Para a sua análise, decidiu-se recorrer à seleção dos depoimentos mais significativos, que, através de uma interpretação intuitiva, permitem perceber quais os consensos, dissensos, orientações e ideias entre os operadores que atuam nesta área. Os profissionais que intervieram no painel serão referidos através de siglas. Assim: PMP (Ministério Público), PMJ (Ministério da Justiça), PISS (Instituto da Segurança Social), POA (Ordem dos Advogados), PA (Associação de Advogados), PCIG (Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género), PAPAV (APAV) e PCDF (Centro de Direito da Família), seguidos de um número quando haja mais de um participante da mesma categoria profissional. As siglas para identificar os profissionais entrevistados serão: EMP (Ministério Público); EOA (Ordem dos Advogados), ECIG (Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género), EAPAV (APAV), EACIDI (Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural), ECPCJ (Comissão de Proteção de Crianças e Jovens), EIPSS (Instituição Privada de Solidariedade Social), EPSP (Polícia de Segurança Pública), EJ (Juiz), ESMF (Sistema de Mediação Familiar), EPDJ (Provedoria de Justiça) e EIAC (Instituto de Apoio à Criança), seguidos de um número quando haja mais de um participante da mesma categoria profissional. As entrevistas foram efetuadas no concelho e comarca de Lisboa,

⁵⁹⁴ O guião encontra-se nos anexos à tese. As entrevistas foram realizadas de 2008 a 2010.

A segunda, com especial incidência, no acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Assim, relativamente ao acesso ao direito e à justiça, em geral, há a considerar as seguintes variáveis: a) o (des)conhecimento do regime do apoio judiciário; b) a definição de quem pode recorrer (ou os critérios restritivos de elegibilidade); c) a não concessão de apoio judiciário a estrangeiros irregulares ou ilegais; d) a informação jurídica e consulta jurídica e o conceito legal de “ato próprio de advogado”; e) as ONGs enquanto “porta de entrada” no sistema; f) a inexistência e invisibilidade dos gabinetes de consulta jurídica; g) a possibilidade de escolha, a nomeação e a remuneração dos advogados do apoio judiciário; h) a morosidade e as custas processuais; i) o(s) espaço(s) da(s) justiça(s); j) a estrutura e o financiamento do apoio judiciário. De seguida atentarei, em especial, nas vozes dos profissionais em interação no acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, considerando as seguintes variáveis: a) a tensão entre os diversos atores institucionais, designadamente entre a Ordem dos Advogados e a Segurança Social; b) a ação dos serviços do estado e o apelo à comunidade; c) a ação das ONGs; d) a função e a prática do Ministério Público; e) as entidades não judiciais que resolvem conflitos de família e crianças (Comissões de proteção de crianças e jovens; Mediação familiar); f) a ação da polícia de proximidade; g) os advogados e a sua difícil relação com o acesso ao direito e à justiça de família e das crianças; h) as parcerias entre o estado e a comunidade; i) as críticas e as propostas para melhorar o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.

I Acesso ao direito e à justiça: o sistema em questão

I.1 Apoio Judiciário: um direito e um sistema desconhecidos

Apesar da constitucionalização do acesso ao direito e à justiça, na CRP de 1976, e da entrada em vigor do regime jurídico do apoio judiciário em 1987 e alterado em 2000 – com as “adaptações” de 2004 e de 2007 – é, ainda, perceção de muitos dos atores, que uma vulnerabilidade do regime jurídico do apoio judiciário é o seu desconhecimento pelas pessoas, seja em geral, seja do seu modo de funcionamento.

Uma responsável de uma IPSS – Instituição Particular de Solidariedade Social – defende que:

A maior parte das pessoas não sabe, não é? Não sabe que pode ter esse apoio. Aliás, que esse apoio até pode ser gratuito. E temos dito muitas vezes que a pessoa pode procurar um aconselhamento mais jurídico, e pode procurar essa ajuda junto da Segurança Social (...). Às vezes somos nós próprios que dizemos “procure”, mas a maior parte das pessoas não sabe que tem direito a ter uma defesa. (EIPSS);

No que é acompanhada por um entrevistado da Ordem dos Advogados:

Ainda há um grande desconhecimento, e antes de mais associam o apoio judiciário sempre à Ordem. (...) Há quem ainda faça requerimentos ao tribunal. (...) Provavelmente por falta de informação jurídica (não é?) do próprio Estado na divulgação do que é o instituto do apoio judiciário.(EOAI)

E por uma oficial da Polícia de Segurança Pública, responsável pela polícia de proximidade em Lisboa:

(...) Quando queremos qualquer coisa com advogados normalmente a APAV, o ACIDI, Segurança Social, vamos ali. Agora a Ordem dos Advogados divulgar até nós que tem isto, não, nunca chegou até nós. (EPSP)

1.2 Quem deve ter direito ao apoio judiciário financiado pelo Estado?

1.2.1 Acesso ao direito e à justiça para pobres? - A questão dos critérios restritivos de elegibilidade em termos de rendimento

É consensual que o direito de acesso à justiça é um direito humano e fundamental, com dimensão social – conferir capítulo V – pelo que, constitucionalmente, deve ser providenciado pelo Estado. No entanto, o debate sobre os destinatários deste direito continua um campo de luta entre conceções diferentes das funções do estado, de diminuição da despesa pública e da defesa do mercado advocatício dentro e fora da Ordem dos Advogados.

Por um lado, temos os defensores de que o sistema se deve dirigir unicamente aos cidadãos com graves carências económicas. Mas, mesmo entre os dirigentes da OA, há quem defenda que este direito se deve destinar a todos os estratos sociais, desde que não estejam, no momento, em condições económicas de defender os seus direitos:

Depois foi um conceito que surgiu com [Decreto-lei n.º] 387-B/87 (...) de que o apoio judiciário não era para indigentes. Era para pessoas que, independentemente do património que tivessem, património ilíquido, o património não realizável em dinheiro, teriam direito ao apoio, caso não estivessem em condições de suportar os custos ou honorários diretos. Genericamente, eu penso que a evolução foi no sentido positivo.(...) Eu defendo a perspectiva de que deve destinar-se a todos os estratos sociais desde que não estejam em condições de suportar os custos para defesa dos direitos. (...) Portanto, não deve limitar-se aos pobres, até porque eu penso que isso exige logo um exercício intelectual duvidoso que é saber quem é pobre e quem não é pobre. (EOA2)

O que merece o acompanhamento de um dirigente do Ministério da Justiça:

Há uma tendência social, acho eu, para pensar que o acesso à justiça é para quem não pode pagar. Isso não é verdade. Isso é um mito e tem de ser abandonado rapidamente. Muitas vezes, quando nós olhamos para o preceito constitucional ou para o jargão na linguagem coloquial e pensamos “acesso ao direito”, pensamos naqueles que não têm dinheiro para aceder aos mecanismos. Isso não é verdade. (...) A Constituição quer garantir tudo. E nós, muitas vezes, o que percebemos é que há graves lacunas, mesmo para aqueles que podem pagar. E aqui já não é um problema de apoio judiciário ou de entrada no sistema. (PMJ)

A questão central está nos critérios de aferição do rendimento e das presunções legais de insuficiência económica, imputando-se à alteração legislativa de 2000 excessiva generosidade na sua abrangência, mas a que se seguiu a alteração de 2004, que tornou a lei muito restritiva (ver anexo 6, do capítulo V – legislação e critérios):

Passa a expressão, já houve oito e oitenta. Em que toda a gente beneficiava de apoio judiciário e depois, como as críticas eram unânimes, eram universais quase, houve uma alteração e passámos de oito para oitenta. (EOAI)

A Provedoria da Justiça não se conformou, criticou e recomendou a alteração da lei:

a própria aplicação da lei e a críticas à própria lei. E chegou a ser feita uma recomendação, num aspeto foi acatado noutros aspetos não, para correção de alguns aspetos da lei de 2004. Colocaram-nos a questão, precisamente, do funcionamento daquelas presunções poderem corresponder a uma má avaliação da realidade [relativamente à questão da insuficiência económica]. (EPD)

A alteração legislativa de 2007 atenuou o referido pendor restritivo, mas a lei continua assente em critérios vinculativos espartilhados pelas fórmulas legais:

A título de exemplo: uma pessoa singular, sozinha que tenha rendimentos acima dos oito mil e quinhentos euros, já não tem direito à consulta jurídica gratuita. (...) E a partir daí a Segurança Social pode deferir, mas está atualmente muito espartilhada pelas fórmulas legais, o que condiciona bastante a própria eficácia da consulta, do patrocínio, da dispensa e do próprio acesso à justiça, no geral. (PISS)

E que dificultam a prova de insuficiência económica, sobretudo em situações em que a lei remete para os conceitos indeterminados de rendimento do agregado familiar e de economia comum:

Também no que diz respeito à própria prova da situação de insuficiência económica ela é muito complicada de fazer para um grande número de pessoas. As pessoas não conseguem entender o porquê destas fórmulas. (...) além desse quadro jurídico muito restrito no que diz respeito à contabilização dos rendimentos, tem alguns conceitos indeterminados: um deles será o conceito de agregado familiar, outro será o conceito de economia comum. (...) porque nestas situações de disfuncionalidade, em

que há um litígio, ou a ameaça de um litígio emergente, é muito difícil, apesar de já existir uma exceção na lei no sentido em que a pessoa pode pedir para não serem contabilizados os rendimentos do agregado. (PISS)

Mas há quem defenda outros sistemas, em que a aferição da capacidade económica seja feita *a posteriori* ou por presunção e se o requerente não preencher os requisitos legais pagará o serviço que lhe é prestado:

(...) o advogado é nomeado e a verificação da capacidade económica do arguido é feita a posteriori. E ele ou aceita o advogado que lhe é nomeado e, se tem capacidade depois ele paga no âmbito das custas, (...) ou se não tem capacidade o Estado mais tarde decide pelo apoio judiciário e suporta então o encargo. Isto pode ser uma solução para contornar a questão da morosidade. (...) O outro [caminho] é o da presunção que aqui foi referida, de haver uma presunção em determinadas situações de que as pessoas, nestas situações, têm direito a apoio. Se verificarmos, os dois sistemas, na prática, não serão muito diferentes. A pessoa goza da presunção e depois a Segurança Social fará ou não a verificação das condições económicas para averiguar se as pessoas têm ou não necessidade de apoio. (POA)

1.2.2 A não concessão de apoio judiciário aos cidadãos estrangeiros irregulares ou ilegais

O Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI) – que pertence à administração pública (Estado) –, considera que há graves problemas no modo de funcionamento do sistema de apoio judiciário, que deixa de fora todos os imigrantes em situação irregular, dado que a Segurança Social não lhes concede o apoio judiciário, ao mesmo tempo que, paradoxalmente, o Ministério Público representa imigrantes trabalhadores em situação irregular:

(...) a questão do apoio judiciário aos cidadãos que estão em situação irregular e que são vítimas de exploração laboral em que as entidades patronais se aproveitam dessa irregularidade, desse estatuto de ilegalidade para enriquecer ilicitamente à custa alheia. Da experiência que tenho do terreno (...) verifico uma coisa curiosa que é: (...) o Ministério Público não tem discriminado ou distinguido quem está em situação regular de quem está em situação irregular. O que não deixa de ser um fator muito positivo. (EACIDI)

Consequentemente, o entrevistado do ACIDI entende que os imigrantes irregulares deveriam ter acesso ao apoio judiciário, com a consequente alteração legislativa, sempre que estivessem em questão os seus “direitos humanos fundamentais”:

E uma das feridas do sistema é que quem está em situação irregular e quer ver reconhecidos os seus direitos pode ver, de alguma forma, o seu acesso à justiça bloqueado (...), porque chega à Segurança Social e dizem-lhe: “O senhor não está regular e não pode ter o patrocínio.” (...) Repare, neste momento o que é que o sistema nos diz? O sistema diz-nos que o Ministério Público protege menores e que o Ministério Público, na área laboral, protege situações de trabalhadores. (...) Eu diria logo: tráfico de seres humanos, exploração laboral, tráfico de órgãos, exploração sexual. (...) E era muito interessante realmente permitir esse acesso ao apoio judiciário a este tipo de

vítimas. Porquê? Porque de certa forma o exercício dos seus direitos é fundamental. (...) O bloqueio neste momento é ao nível legislativo. (EACIDI)

Pelo seu lado, um dirigente da Ordem dos Advogados considera, ainda, que será inconstitucional toda e qualquer discriminação do sistema relativamente aos imigrantes que estejam em situação de irregularidade/ilegalidade:

O ser humano tem um núcleo da dignidade, as suas emanações que são universais. Não é agora por ter origem, por ter nascido num país ou ter uma nacionalidade que deixa de ter perante o Estado português direito àquilo que em matéria de defesa de direitos os portugueses também têm. O Estado, o Estado de Direito, não deve recusar a quem nele se encontra perante os seus instrumentos de justiça os direitos que reconhece a todos os outros cidadãos. (...) Eu considero que é inconstitucional, desde logo por ofensa ao artigo 1.º, da Constituição, que diz que o Estado se baseia na dignidade da pessoa humana, sem referir a nacionalidade da pessoa humana. (EOA2)

1.3 O conhecimento dos direitos: a tensão entre informação jurídica e consulta jurídica ou a necessidade de questionar o conceito legal de “ato próprio de advogado”

Os entrevistados e os participantes do *focus group* mais relacionados com a atividade das Associações organizadas da comunidade questionam, para além do âmbito restrito de aplicação do regime jurídico de apoio judiciário com a exclusão daqueles que não sejam indigentes ou com um rendimento atendível muito baixo, como se referiu, no capítulo V, que tem de ser inferior a €315, para poder aceder a todas as modalidades do apoio judiciário, e dos estrangeiros ilegais e irregulares, também questionam o conceito de consulta jurídica como ato próprio de advogado. Assim, a limitação imposta pela lei de que a consulta jurídica é um “ato próprio” e exclusivo de advogado impossibilita que outras entidades possam prestar consulta jurídica aos cidadãos que as procuram, sob pena de praticarem procuradoria ilícita.

Se, por um lado, os advogados entendem que não pode ser de outra maneira, as outras entidades – seja ao nível público, seja ao nível da comunidade – consideram que o seu papel fica diminuído e que, em última análise, os cidadãos são os que saem mais prejudicados, por terem menos meios de aceder ao direito e à justiça.

A OA faz uma defesa acérrima da consulta jurídica como ato próprio de advogado:

A não ser que o Estado queira substituir-se aos advogados e aos solicitadores e fazer ele próprio a consulta nos organismos públicos. O que é errado. Então não publicasse a lei dos atos próprios do advogado. A consulta jurídica é um ato próprio do advogado, quem a fizer está a violar a lei. (EOA2)

Mas, as ONGs viram o seu trabalho dificultado:

(...) Nós estamos a debater-nos com um problema prégio que tem a ver com a relativamente recente lei dos atos próprios dos advogados, que coloca o trabalho não apenas das ONGs, mas também por exemplo das juntas de freguesia que prestam apoio jurídico, numa área muito cinzenta. (EAPAV)

e remetidas para um campo de ilegalidade:

(...) As instituições não podem ter advogados a trabalhar gratuitamente. (...) Eu sei, por exemplo, de um caso, e houve diligências concretas de dois serviços com quem tive conexão, que quiseram criar [um serviço de apoio jurídico] e tiveram milhares de problemas. E a Ordem dos Advogados disse: nem pensar tem de fechar isso, porque senão é patrocínio ilegal. (EJ)

O que levou o Estado a contratar advogados para dar informação jurídica numa área da igualdade de género, sentindo fortemente a limitação de não poderem exercer a consulta jurídica e o patrocínio judiciário:

A CIG dá esse apoio jurídico no sentido de informar, porque nós temos advogados, mas se quisermos propor uma ação amanhã no tribunal, não temos advogados para isso. Portanto, tem que ser ou através da Ordem dos Advogados ou do Ministério Público ou através do apoio dado pela Segurança Social, que sabemos que nem sempre é célere. (...) acho que faria todo o sentido ter aqui um conjunto de pessoas técnicas habilitadas. (ECIG)

Até a Provedoria de Justiça sentiu a necessidade de dar “orientações” a quem a procura:

Há uma grande distinção a fazer: nós não podemos dar consulta jurídica, isso também é um limite que temos e, em regra, mandamos para a Ordem dos Advogados. Muitas vezes temos que resistir à tentação de dizer “o senhor tem razão ou deixa de ter”. Dizemos: tem advogado, se não tem dinheiro para o advogado tem o acesso ao direito. (...) se calhar estou a confessar uma ilegalidade, mas é assim: há situações complicadas em que damos umas luzinhas. (EPDJ)

A posição do ACIDI é, nesta matéria, bastante diferente das restantes. Por um lado, confirma que se limita a encaminhar para as instâncias apropriadas; por outro lado, considera que se houvesse uma alteração à lei que lhe possibilitasse exercer o mandato jurídico, tal iria desvirtuar o recorte das suas competências e a estratégia da sua ação, pelo que considera que o limite faz sentido:

Se é necessário mandato judicial e assumir um patrocínio judiciário aí encaminhamos para quem de direito. A maior parte dos casos para a Segurança Social, para que depois lhes seja designado um defensor oficioso (...). (...) eles têm de saber como é que o sistema funciona, ou seja, no fundo se nós fossemos advogados era o ACIDI que estava a ser advogado deles, não é? E obviamente que isso não é possível (...) por constrangimentos legais, do ato próprio dos advogados, quer mesmo do ponto de vista da estratégia. (...) em termos estratégicos, como missão do organismo, acho

que nós não temos possibilidade de ser advogados de imigrantes em processos judiciais. Acho que isso desvirtua. (EACIDI)

Mas, um magistrado, do ponto de vista do acesso ao direito, entende que as ONGs devem ter um papel de informação e de ajuda às pessoas para darem início à mobilização dos tribunais:

Estamos em matéria de direitos de cidadania, relativamente à qual o nosso tecido social ainda precisa de muita informação jurídica e de muita educação. (...) Penso que aí as ONGs e as outras associações têm um papel importantíssimo de informação. Seria um desastre e seria errado, não haveria nenhuma justificação, que não fosse meramente corporativa, retirar a informação jurídica às associações. E ao Estado. (...) E é com toda a franqueza que digo que não me repugna nada que existam algumas associações que, para iniciar os procedimentos que não exigem a constituição de advogado, aqueles que são tabelares e mais simples, possam fornecer às pessoas alguns formulários que lhes permitam fazê-lo. (PMP)

Neste sentido, os representantes da OA são categóricos em distinguir informação jurídica, em abstrato, e consulta jurídica, ou seja, a aplicação do direito a um caso concreto, como modo de reservar para os advogados a função profissional de prestar consultas jurídicas:

(...) a informação jurídica é uma informação que qualquer cidadão deve ter, é uma emanção da própria cidadania, deve estar informado sobre os seus direitos e sobre a forma de os defender. A consulta jurídica é uma consulta sobre um determinado tema especial, específico, concreto que uma pessoa tem, vai a um advogado consultar sobre o seu direito concreto. A informação jurídica é genérica e muito mais ampla. (EOA2)

Daí que o representante do Ministério da Justiça procure fazer a distinção dos conceitos, mas acaba por reconhecer que essa distinção não pode ser artificial:

A consulta jurídica é um ato próprio de advogado, o que significa que se alguém praticar esse ato próprio de advogado está a fazer procuradoria ilícita. (...) A [informação] jurídica é (...) explicar que direitos que eles têm, para um menor explicar que direitos tem, para uma pessoa que se quer divorciar explicar que direitos é que tem. (...) o momento, em termos de transição do contacto com a pessoa em que acaba informação e começa a consulta, não pode ser artificialmente imposto. Eu posso estar a dar aquela informação e a certa altura já estar a dar consulta. E depois eu não vou parar, sair e chamar um advogado (...). É óbvio que tem de ser um advogado do princípio ao fim e isto tem de estar muito bem previsto. (PMJ);

e, conseqüentemente, tira a conclusão de que se deve maximizar a informação jurídica repensando a capacidade do sistema, alargando as parcerias entre a OA, as autarquias e as associações:

(...) é evidente que tem de se encontrar uma forma de articular a intervenção da Ordem dos Advogados e maximizar a presença da informação jurídica, não apenas nos modelos tradicionais em que funciona hoje (...), mas temos que chegar mais longe.

Isto implica que haja um repensar, quer em termos de custos, quer em termos de capacidade de resposta do sistema. Implica muitos mais locais, disponibilizados não só pelas autarquias como pelas associações (...). Implica a capacidade de a Ordem de disponibilizar, por exemplo, três, quatro, cinco, dez vezes mais advogados do que disponibiliza hoje em dia para os gabinetes de consulta jurídica. (PMJ)

O Ministério Público vem falar de que é fundamental o acesso à informação, uma ideia que está subjacente a todos os depoimentos dos intervenientes. Mas, torna a acentuar a diferença entre informação e aconselhamento ou consulta jurídica:

Informação jurídica, acho que é fundamental. Outra coisa é o patrocínio, é o aconselhamento jurídico. O aconselhamento jurídico é uma coisa diferente da informação jurídica porque pode implicar uma definição de estratégia, e aí tem de haver, na minha perspectiva, regras, tem de haver regras que garantam a idoneidade de quem o faz, não é? (PMP)

Para o representante do Ministério da justiça seria dramático se a consulta jurídica esmagasse a informação jurídica:

Porque a informação toda a gente pode prestar (...) [seria] mesmo catastrófico, se houvesse uma tentativa de maximizar de tal modo o conceito de consulta jurídica que esmagasse o conceito de informação jurídica. (PMJ)

O representante do Instituto de Segurança Social explica como funciona o sistema no que toca à informação e consulta jurídicas, de acordo com o que está previsto na lei:

De acordo com a lei que está em vigor, a Lei n.º 47/2007, que alterou a lei do acesso ao direito e do apoio judiciário, e nomeadamente o artigo 4.º, em que se fala da informação jurídica, está previsto que a informação jurídica é prestada pelo Ministério da Justiça, em colaboração com todas as entidades interessadas, podendo ser celebrados protocolos para o efeito. Portanto, este número deixa tudo em aberto, não é? (...) A consulta jurídica opera, no fundo, numa segunda linha: primeiro, a Segurança Social que finaliza os pedidos e depois, então, solicita à Ordem dos Advogados, agora por via eletrónica, a consulta jurídica. (PISS)

Todavia, faz algumas ressalvas quanto ao eficaz funcionamento do sistema, remetendo sempre as responsabilidades para os condicionalismos derivados da própria lei:

Mas entre o requerimento e a própria prestação de consulta se calhar demora algum tempo, e em situações de emergência não sei se isto defende efetivamente os direitos das pessoas, não é? E depois entre essa prestação de consulta jurídica e a nomeação de patrono vai algum tempo, não sei. Não sei até que ponto é que, de facto, o sistema está eficaz, mas no fundo devido a condicionalismos da própria lei, entendo eu. (PISS)

Mas um magistrado Ministério Público vem introduzir nesta discussão dos atos próprios de advogado o argumento de que, nas matérias de família e das crianças, nos

encontramos numa área de jurisdição voluntária e, conseqüentemente, a lei dos atos próprios de advogado não deve ser uma limitação à intervenção das ONGs:

(...) estamos a falar de processos de jurisdição voluntária. Isto convém não esquecer. Estamos a falar de uma área em que o problema dos atos próprios de advogado se põe de forma diferente do civil ou do penal. Estamos no âmbito em que os cidadãos têm direito, eles próprios, de irem diretamente ao tribunal sem advogado. (...) São áreas em que deve haver um acesso direto aos tribunais por parte dos cidadãos, sem barreiras. (...) É, por isso, que eu acho muito bem os formulários que a APAV tem. (...) Os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais começam assim: “Eu tenho um filho e o pai dele não quer saber de nada”. Isto chega, não é preciso mais nada. Isto inicia o procedimento em tribunal, ninguém pode recusar isto no tribunal. E é bom que não se perca isto, porque se isto se perde significa uma diminuição clara do acesso dos cidadãos aos tribunais. (PMP)

A CIG fala do papel que desempenha ao nível da informação jurídica, uma vez que já esclareceu que o seu envolvimento é apenas enquanto entidade que fornece informação jurídica de primeira linha, mas que, nos termos dos seus estatutos, está impedida de prestar consulta jurídica:

Uma das razões que presidiu à CIG para estabelecer os primeiros contactos para o futuro protocolo, entre a Ordem dos Advogados e o Ministério da Justiça, foi a de que verificámos esta difícil fronteira entre a informação e a consulta jurídicas. As pessoas quando nos procuram querem saber as soluções. E é exatamente por isso que preferimos que a linha verde seja uma linha que estabilização. No fundo, é uma fronteira entre a sociologia e a psicologia e a área jurídica, e que feita esta informação possa ajudar efetivamente a dar o primeiro passo na resolução do problema do utente. (PCIG)

A APAV também esclarece qual é o seu papel:

Em relação ao que o [MP] disse da possibilidade de facultar às pessoas aqueles impressos, aqueles formulários de acesso mais fácil, nós fazemos em relação à indemnização das vítimas de crime violento, relativamente à violência doméstica, e vamos lá ver e ajudar a preencher aquilo. Mas não vamos para além disso, não patrocinamos casos. (APAV)

Mas há quem entenda que o modelo de informação e consulta jurídica tradicional devia ser superado e ampliado, apresentando como solução o estabelecimento de protocolos entre o Estado, a OA e as ONGs:

Mas tem que se permitir, com certeza. Ou então poder haver protocolos, estar previsto para funcionar de outra maneira, porque realmente agora não é admitido, nem sequer por protocolos. (EJ)

e pela representante da CIG:

Eu acho que sim, que devia haver alteração legal ou protocolos que permitissem que a CIG, diretamente ou através de ONGs, tivesse a possibilidade de dar informação e fazer o patrocínio. (ECIG)

Outras hipóteses são, assim, apontadas, como a de criar uma rede de centros de aconselhamento, argumentando ainda que não deve ser a Ordem dos Advogados a entidade centralizadora da informação/consulta jurídicas:

Em vez de criar um centro na Ordem onde as pessoas se devem dirigir, procurar trazer os advogados, o apoio jurídico (diria assim, para não entrarmos na controvérsia da informação) junto das entidades. Centro de aconselhamento é uma hipótese. Outras instituições, nomeadamente associações, é uma outra hipótese. (PA)

Invoca-se, aliás, que o papel da Ordem dos Advogados deve ser o de regular o exercício da profissão e o de fiscalizar a qualidade da informação e da consulta:

Acho (...) que não deve ser centralizando na Ordem. (...) A Ordem tem um papel relevantíssimo, (...) de regulação do exercício da profissão. E, portanto, a Ordem deve ver efetivamente se existe qualidade nestas consultas, nestas informações. Agora ter a exclusividade, porque a Ordem não é onnipotente, não deve ter a pretensão de que chegará a todo o lado. (...) nesta área, em que há fragilidades emocionais(...). (PA)

O representante do Ministério da Justiça defende que o futuro tem de assentar numa estrutura de parceria entre o Estado, as autarquias e as ONGs assente na combinação do recurso a um advogado, às novas tecnologias e à distribuição de funções e ao funcionamento em rede:

Nós lançámos (e quando eu digo nós é não só o Ministério da Justiça, mas também a Ordem dos Advogados e uma série de associações) uma coisa chamada Infojus, que funciona na Câmara Municipal de (...), tem uma pessoa que centraliza, que é um ponto nevrálgico de uma rede que depois alastra à volta do Concelho (...), onde está permanentemente um advogado, e coloco a minha questão. E das duas uma: ou a questão é imediatamente respondida e está resolvido o problema; ou se ela precisa de um acompanhamento suplementar é reencaminhada para a Ordem [que] indicará um advogado, se assim entender. (...) É impossível pensar que o sistema de acesso ao direito esteja afeto a uma ou duas entidades, tem de ser uma parceria muito alargada. (...) Não é com 10 ou 15 gabinetes de consulta jurídica, com um modelo bastante ortodoxo, que vou fazer isto. (...) Mas o gabinete não tem capacidade, porque não está inserido numa rede. (PMJ)

1.4 O serviço de “porta de entrada”: atendimento, encaminhamento e “ajuda” informal

As organizações não-governamentais (ONG) não podem prestar consulta jurídica, mas, têm, contudo, uma função importante no âmbito do atendimento/informação jurídica, servindo de ‘porta de entrada’ no sistema, como as próprias atestam:

[As pessoas] Vêm à procura de conforto, de alguém que as oiça, em primeiro lugar. Nalguns casos, de alguém que possa dar uma palavra ao agressor, no sentido de o convencer a deixar de praticar aqueles atos. Às vezes, pedir alguns esclarecimentos, (...)

querem saber como é que se passa um divórcio ou, no caso de apresentarem uma denúncia, como se passa o processo-crime; muitas vezes se ele vai saber que fizeram a denúncia, e muitas vezes é-nos pedido que façamos a denúncia em vez das próprias vítimas. (EAPAV);

(...) mas as pessoas sentem necessidade de serem ouvidas... (...) Eu fico sempre, geralmente, com uma mais-valia, que é: a pessoa ficou informada, percebe? Ficou informada do que pode fazer, onde se pode dirigir, onde pode depois socorrer-se. (EIAC);

o que também se passa nas Comissões de proteção de crianças e jovens, que são uma parceria de “justiça de proximidade” entre o Estado e a comunidade, como já se escreveu:

O que domina são as pessoas que recebem as cartas dos tribunais e não percebem nada do que está lá escrito. (...) Vêm pedir “oh doutora, por favor o que é que está aqui?”. Vêm muito aflitas, às vezes lavadas em lágrimas. (...) As pessoas não conseguem ler... Às vezes é decisões sobre famílias, até decisões sobre pagamentos em atraso, dos tribunais criminais e têm que pagar no prazo x, não percebem nada daquilo. (...) No outro dia tive que negociar com um juiz do tribunal criminal: “Oh sôtor, por amor de Deus, faça um esquema de pagamento a esta mulher. Ela tem 8 filhos e eu tenho que os acolher todos”. (ECPCJ2)

Ou, ainda, um serviço da administração pública que “ajuda” o imigrante, fazendo o requerimento ou exposição solicitados, mas não assumindo formalmente qualquer mandato:

[Os imigrantes vêm] pedir para fazer uma resposta a uma nota de culpa no âmbito de um processo disciplinar, a pedir para escrever uma carta ao senhorio como resposta a qualquer coisa que eles pediram. Mas obviamente que são os imigrantes que fazem, que assinam essas cartas, não é? Como eu digo, nós, de maneira alguma, assumimos o mandato. (EACIDI)

Em termos mais específicos, muito do atendimento é feito através das linhas telefónicas criadas quer por serviços públicos, quer por ONGs, e pode dar também lugar a atendimento presencial, que pode ser especializado na promoção dos direitos e proteção das crianças em perigo:

(...) Temos muito pela linha do SOS criança. A equipa do SOS, quando percebe que é uma situação mais de carácter jurídico faz a triagem para a sede, encaminha a pessoa para a sede, e depois ou a informação se esgota no atendimento telefónico ou por e-mail. Ou até, a maior parte dos que são situações complicadas, nunca são ao telefone, são presenciais e, portanto, são marcados atendimentos e vêm cá. (EIAC);

e ser multidisciplinar centrada na igualdade de género e de apoio às vítimas de violência doméstica:

(...) Nós, além da linha verde, temos atendimentos presenciais, mas só a nível jurídico. São técnicos formados, licenciados em Direito, que prestam esse apoio. (...) A

linha é constituída por uma equipa multidisciplinar, desde psicólogos, juristas, assistentes sociais. (...) Se a questão é eminentemente jurídica aí quem não é jurista canaliza para (...) receberem as pessoas. (ECIG)

Se o limite – ténue – entre informação e consulta jurídica serve de freio à atuação das entidades – algumas públicas, como CIG ou ACIDI, outras da comunidade, como APAV ou IAC – a verdade é que exercem um papel fundamental de encaminhamento dos cidadãos para as entidades que os podem realmente ajudar a resolver os seus conflitos, como a consulta jurídica ou a mediação familiar:

(...) Não nos imiscuímos em funções que não são nossas, mas tentamos encaminhar as pessoas, dentro dos nossos conhecimentos, para serviços adequados. Se uma pessoa vem ter connosco por causa de um problema com um contrato de arrendamento o que nós podemos fazer é encaminhar para a consulta jurídica. Se vêm ter connosco com uma questão familiar, mas que não tem nada a ver com vitimação, podemos encaminhar para uma mediação familiar se for o caso disso. Tentamos sempre dar um encaminhamento às pessoas nos casos que manifestamente não têm nada a ver com a natureza do nosso trabalho. (EAPAV);

ou para o serviço de atendimento do Ministério Público:

Depende muito do tipo de situação apresentada. [Quando é uma situação de] “separei-me do meu marido. Estamos separados há 6 meses, não dá nada para a criança”, a primeira pergunta que fazemos é: Fizeram a regulação das responsabilidades parentais? Se não fizeram, encaminhamos imediatamente para o tribunal da área de residência para falarem com o senhor Procurador. (EIAC)

ou para a Segurança Social ou para o Ministério Público:

A linha é uma linha de encaminhamento. Depende da situação, se a pessoa está com um problema que nós vimos que pode ser resolvido pela Segurança Social, porque muitas vezes é “o que é que eu faço? Se eu saio de casa, fico sem dinheiro”, então aí é um encaminhamento para a técnica de serviço social, que lhe poderá dar todo esse apoio. (...) A Segurança Social tem forma de a ajudar a nível jurídico, se ela requerer um advogado a nível da segurança social. (...) Muitas vezes também indicamos às pessoas para procurarem o próprio Ministério Público para lhes dar apoio nesse sentido. (ECIG);

ou mesmo para um serviço de tradução telefónica para estrangeiros;

Normalmente, quando nos chega ao conhecimento um caso relativo a um imigrante, para o qual não temos competência, é sempre reencaminhado para as instâncias competentes e, portanto, nunca é deixada a pessoa sem resposta. (...) E esse trabalho é muito feito através da linha SOS Imigrante. (...) Tem também um serviço importantíssimo que é o serviço de tradução telefónica. (EACIDI)

1.5 A inexistência e a invisibilidade dos gabinetes de consulta jurídica previstos na lei do apoio judiciário

Desde 1993 que se vinham constituindo, com dificuldade, por todo o país, gabinetes de consulta jurídica (GCJ). Mas, recentemente, invocando a alteração

legislativa de 2007 e a necessidade de protocolo com o Ministério da Justiça, a maioria dos GCJ (entre os quais o de Lisboa) suspenderam a sua atividade, sem que se verifique a realização de diligências reais para a sua reabertura.

Estes Gabinetes deixaram de prestar o seu papel no âmbito do sistema de consulta jurídica, o que é visto como um verdadeiro entorse:

Está fechado desde a alteração da lei. (...) Não há protocolo não há financiamento. Tivemos realmente que encerrar o gabinete. (...) Tem de haver um protocolo entre a Ordem e o Ministério da Justiça com o objetivo de protocolar as consultas nos gabinetes e na Ordem. (EOAI)

É essencial que exista um gabinete de consulta jurídica na Ordem dos Advogados. (...) Acho que ganhava o cidadão, ganha o Estado, ganhamos todos nós. (...) Tivemos que divulgar no nosso site o encerramento dos serviços de consulta, porque diariamente as pessoas procuram o gabinete de consulta jurídica no Conselho Distrital de Lisboa. (EOAI)

A consulta jurídica e a invisibilidade dos gabinetes de consulta jurídica são um outro campo de críticas acentuadas à Ordem dos Advogados:

Inexistente. Não temos qualquer expressão do que possa ser a consulta jurídica. (E)

Quando nós ouvimos falar em advogados é quando mandamos os utentes solicitar o apoio à APAV... Nem sabia que existiam esses gabinetes [de consulta jurídica] veja lá, porque eles não são nada visíveis, nada. (EPSP)

No entanto, o representante do Ministério da Justiça parece defender o modelo dos gabinetes de consulta jurídica, mas reconhece que eles são poucos:

(...) o que tem sido feito até agora, eu diria que é o modelo muito clássico, muito conservador, isto é, que apesar de tudo é sempre um modelo social que eu até acho bastante progressista, e que é este: a Ordem obviamente fornece os advogados, seja para prestar consulta jurídica, seja nomeando através do patrocínio judiciário. O Ministério da Justiça mapeia o país para perceber onde isso seria mais importante e propõe isso à Ordem, e depois vai procurar interlocutores locais (que normalmente são as Câmaras Municipais, autarquias) para gabinetes. (...) Mas mesmo que fosse um por distrito, eu acho que seria muito pouco. (PMJ)

A necessidade de requerer, na Segurança Social, o pedido de apoio judiciário para se obter uma consulta jurídica, levanta o problema da burocratização deste processo e o facto de, posteriormente, ser nomeado um advogado para a consulta e outro para intentar um processo judicial, o que leva a demoras, a duplicações e a contradições:

Foi estipulado que existe a consulta jurídica, o cidadão pode pedir apoio só para a modalidade de consulta jurídica ou pedir apoio só para instaurar a ação ou para contestar ação pendente, não é? São duas situações distintas. (...) Se o cidadão primeiro

quiser uma consulta jurídica e depois quiser instaurar uma ação tem de recorrer duas vezes à Segurança Social, fazer duas vezes prova da sua insuficiência económica (...). (...) Quanto ao facto das duas nomeações, uma para a consulta e outra depois para instaurar a ação, acho que não é de bom senso estarem dois advogados, numa situação em concreto e que podendo ser apreciada na consulta por um, numa perspetiva, e analisada por outro já em processo nomeado para instaurar a ação, podem ter divergências de opinião, porque a lei não é assim tão concreta, tem várias interpretações. (EOAI)

No terreno, a falta de advogados é sentida de um modo muito dramático:

Eu já pensei, se tivesse tempo, em ir ali à Ordem dos Advogados dizer assim: “Estes advogados estagiários não querem fazer um grupo de articulação com a Comissão, que estamos aqui tão perto e eu mando-vos para aqui os casos que me lá vão? (ECPCJ2)

Algumas autarquias têm criado gabinetes de consulta jurídica em “substituição” do protocolo da OA com o Ministério da Justiça:

Há gabinetes de consulta jurídica que funcionam junto das autarquias, noutra âmbito, com protocolos com o Ministério da Justiça. A autarquia dava o local para se poder fazer a consulta, o Ministério da Justiça suportava os custos e a Ordem fornecia, por uma escala que nós temos e que está criada, os advogados para prestar essa consulta. (POA)

Para a Ordem dos Advogados é necessário ter em atenção que o facto de ter várias entidades a prestar informação jurídica e consulta jurídica pode criar vários problemas, entre os quais destaca a questão do “cambão” (angariação de clientela) e da manipulação política:

Na Ordem dos Advogados a generalidade dos órgãos foi no sentido de evitar que houvesse, quer através das Juntas quer através de algumas associações com carácter mais público, advogados a patrocinar. Porque às vezes criam-se algumas presunções nesse tipo de atividade... Inclusive isto podia ser, através das Juntas de Freguesia, uma forma de intervenção política, no sentido de quem quisesse os advogados que lá estavam haver algum apoio implícito aos presidentes e a quem promovesse este tipo de soluções. (POA)

O que é corroborado pela APAV:

Apoio jurídico, se lhe quisermos chamar assim, é só exclusivamente feito por advogados. São advogados que estão enquanto voluntários, porque o serviço que prestamos às pessoas é gratuito. Obviamente temos uma preocupação muito grande por aquilo que já se falou aqui do cambão. Temos muito cuidado com isso na formação inicial, a nível de código de conduta, para evitar que os advogados que fazem apoio jurídico gratuito na APAV encaminhem depois as pessoas para o seu escritório. Agora, aquilo que fazemos é claramente informação jurídica. Eu tenho alguma dificuldade em compreender, de facto, a distinção entre informação e consulta, fazemos claramente informação jurídica. (APAV)

1.6 A escolha, nomeação e a remuneração dos advogados do apoio judiciário:

Uma das limitações do atual regime de apoio judiciário, ao contrário do que vigorou de 2001 a 2004, é o facto de o cidadão não poder escolher o advogado:

Continua a não estar equilibrado, desde logo porque as pessoas não podem escolher o advogado e enquanto não se puder escolher nunca se terá inteiramente confiança nele. O advogado é como um padre a quem a pessoa abre a alma e conta aquilo que não contaria a mais ninguém. (...) Nós pretendíamos que o cidadão pudesse escolher o advogado oficioso para o poder representar, porque entendemos que o genuíno exercício do patrocínio só pode estabelecer-se numa base de confiança. (EOA2)

Um outra limitação resulta de não se permitir aos advogados a escolha da área de intervenção:

Nessas duas ou três reuniões que houve chamámos a atenção (...) [d]a questão de os advogados escolherem áreas específicas de intervenção, isto é, não serem nomeados para áreas em que, à partida, não se sentem vocacionados. (...) uma das coisas que os advogados agora mais se queixam é de que são nomeados para vinte ações seguidas, muitas vezes são nomeados para intervenções em que não se inscreveram. (...) E é prestar um mau serviço. E não nos esqueçamos que informaticamente isso pode ser feito. (POA)

Mas outro representante da OA, em entrevista, fazia, para o atual momento, uma defesa acérrima da evolução e do novo sistema de nomeação, ditado pela racionalidade igualitária na distribuição de um computador:

Como as últimas alterações foram muito significativas, montou-se um sistema informático completamente novo. Faz uma gestão do apoio judiciário absolutamente neutral, absolutamente imparcial, absolutamente transparente. Deixou de haver nomeações por magistrados, por funcionários judiciais, por polícias e pela Ordem, que originavam situações de desigualdade enorme. Havia advogados que recebiam cinco ou seis mil euros por mês e outros que não recebiam nada. Havia advogados que estavam dois ou três anos sem ter uma oficiosa e outros que praticamente todas as semanas tinham uma... [Agora] é o sistema que faz automaticamente as nomeações. Nenhum advogado é nomeado uma segunda vez sem que todos sejam nomeados a primeira vez; nenhum advogado é nomeado três vezes sem que todos, pelo menos, tenham sido nomeados duas. (...) Qualquer advogado que cometa uma infração disciplinar no exercício do patrocínio oficioso não se poderá inscrever durante [um certo período de tempo]. Queremos moralizar muito o funcionamento da prestação dos serviços por parte do advogado. (EOA2)

Ora, acontece que a senhora juíza entrevistada não está de acordo com esta visão de um funcionamento adequado de nomeação racional, considerando que a regra de nomeação prévia é perniciosa, mostrando saudade do esquema de nomeação de um advogado disponível pelo juiz:

Agora também com estas novas regras da nomeação pela OA é uma confusão. Para serem remunerados têm de estar nomeados previamente pela OA. Aquilo que antigamente acontecia: o advogado faltou é necessário substituir e aí entra nas escalas; vamos ver à instrução criminal onde é que há um advogado disponível para fazer uma substituição de uma nomeação oficiosa. (E)

A remuneração dos advogados é sempre um problema controverso, que não merece a concordância, designadamente de alguns magistrados, mas que é recorrentemente colocada na agenda pelos interessados, agora invocando a necessidade de fiscalização da qualidade do serviço prestado:

Esta é que é a verdade, mas digamos, se houvesse que estabelecer um saldo, eu diria, sem qualquer laivo de corporativismo, mas sim com a percepção empírica que tenho, que deveria haver um aumento [das remunerações auferidas pelos advogados no âmbito do sistema de apoio judiciário]. (...) Agora, um critério fixo: eu aumentaria ligeiramente ao mesmo tempo que talvez intensificasse os mecanismos de fiscalização da qualidade, que hoje não temos. (EOA2)

O atual sistema de nomeação de advogados de entre aqueles que se inscreveram no sistema, com a atribuição de lotes de processos, distribuídos aleatoriamente entre eles, não podendo ser distribuídos a advogados estagiários, mereceu a crítica de advogados estagiários e de alguns dirigentes distritais da OA. Mas o nosso entrevistado, representante da OA, defende todas as virtualidades do sistema e, ainda, de forma assertiva, que o apoio judiciário não deve subsidiar a formação de advogados e deve ser prestado por profissionais na plenitude das suas capacidades profissionais:

Demos um passo decisivo na evolução na dignificação do apoio ao excluirmos os advogados estagiários da prestação desse apoio. Nós entendemos que o apoio judiciário não foi criado para ser instrumento de formação profissional da Ordem dos Advogados, não foi criado para subsidiar essa formação. Portanto, tenta-se recuperar o espírito do apoio judiciário que é o de permitir uma prestação, com qualidade profissional, por parte dos advogados. (...) O que a gente garante é que aqueles que prestam apoio judiciário, sobretudo quando estão em causa os valores fundamentais da pessoa humana, como é o da sua liberdade, são pessoas a quem a Ordem já tituló efetivamente como advogado, já autorizou a exercer o patrocínio sem limitações no mercado e na sociedade. (EOA2)

1.7 A morosidade e as custas processuais: um impedimento ao acesso à justiça?

As custas processuais e a morosidade são um obstáculo ao acesso à justiça. Mas é certo que, por um lado, quando temos critérios restritivos de elegibilidade para conceder o apoio judiciário, as custas processuais tornam-se um custo, ainda, mais relevante no acesso à justiça:

E depois estas custas estão hoje estruturadas [de uma forma] que deixam ao juiz uma margem de arbitrariedade extremamente grande, enorme. (...) A situação é dramática para as classes médias. Quem é rico não discute nada, paga. Quem é pobre vai à Segurança Social e tem apoio. (EOA2)

Por outro lado, segundo os nossos entrevistados, o problema da morosidade dos tribunais tem relevância e assume especial urgência em situações de rotura familiar e de violência doméstica:

De uma forma geral, e tendo em conta toda a rede de gabinetes da APAV pelo país, os principais problemas que diagnosticamos neste relacionamento com os tribunais de família e menores (...) e, sem querer pegar no chavão habitual da morosidade da justiça, mas de facto nós temos uma série de exemplos concretos com que nos deparamos diariamente e que nos complicam muito o trabalho, designadamente pedidos de regulação provisória do poder paternal que foram realizados, imaginem, em meados de 2007 e relativamente aos quais não houve ainda qualquer decisão, quando são situações em que a família, designadamente mulher e crianças, tiveram de sair de casa, tiveram de ser acolhidas, em que importa rapidamente regular a situação, ainda que provisoriamente, e que estas decisões não chegam com a celeridade que seria necessário, atendendo à urgência, à premência do problema. (PAPAV)

1.8 O(s) espaço(s) da(s) Justiça(s) ao serviço do acesso ao direito e à justiça

Para além da condição de suficiência ou insuficiência económica dos cidadãos, cada vez mais se questiona, também, de que modo o espaço – externo e interno – dos tribunais ou de outras instâncias de resolução de litígios podem contribuir para facilitar, ou limitar, o acesso dos cidadãos ao direito e à justiça.

Assim, há quem pergunte se, realmente, o direito e a justiça precisarão de palácios ou de rituais ou se deveria haver um novo modelo de espaço:

A justiça tem que de facto ser administrada em palácios? Bom, o que é que se espera da justiça? A sua eficácia, funcionalidade, decisões atempadas? Ou imponência majestática, divina, quase hierárquica nas suas formas, nos seus símbolos? De facto, eu acho que a justiça (...), devia diminuir a sua dimensão demasiado majestática, demasiado divinizada, e trazê-la mais ao mundo dos mortais. Mas não deixar de ser justiça e não deixar de ter uma dimensão soberana. (EOA2)

defendendo-se a passagem dos tribunais a centro de serviços de justiça onde funcionem os tribunais e os meios de resolução alternativa de litígios:

(...) é que todos estes centros de resolução alternativa dos litígios devam funcionar em espaços adjacentes aos tribunais, onde as pessoas se pudessem dirigir com toda a tranquilidade e onde pudessem sentir, de facto, que estavam a entrar na casa que as protege das contrações dos seus direitos, se for o caso disso. (...) E o que é facto é que as pessoas não vão a tribunais para perguntar, para saber, para se aconselhar. E devam ir. Eu acho que se todo este tipo de respostas estivesse nos tribunais iria contribuir para melhorar muito a relação entre [o cidadão e a justiça]. (PISS)

Aliás, a questão de pensar o espaço ao serviço a justiça não tem cabimento apenas no tocante aos tribunais, já que tanto as associações da comunidade, quanto as instâncias de resolução alternativa de litígios a consideram como fundamental:

É fundamental [pensar sobre o espaço], aliás, melhor do que aquilo que vos posso responder é mostrar-vos as salas de atendimento que temos lá em baixo. (...) a preocupação quando vamos implementar o gabinete é, desde logo, perceber onde é que o espaço se localiza, (...) em que zona da cidade se localiza, para ser o mais central possível, ser o mais acessível possível às pessoas. (EAPAV)

e sabem a importância de uma mesa redonda e de uma sala com sofás:

(...) Por exemplo, é importante que a mesa seja redonda, até do ponto de vista psicológico, para não criar um distanciamento tão grande entre as pessoas; ter uma sala especificamente equipada para o acompanhamento psicológico, se possível com sofás em vez de haver uma mesa pelo meio, em que as pessoas possam sentir uma proximidade maior; a decoração do espaço ser feita com motivos que o tornem mais acolhedor e não frio, para quem já vem de uma situação de maior fragilidade; ter um espaço sempre que possível preparado para receber crianças. (...) Acolhedor e depois, obviamente, que também se garanta a questão da confidencialidade. (EAPAV)

Na mediação familiar o espaço tem de garantir a confidencialidade:

[Em relação aos espaços] Tentamos que seja, no mínimo, adequado. O sistema também está a iniciar, e tentamos que haja ali um mínimo de condições que sejam preenchidas. (...) Há um princípio de que a gente não abdica, que é a questão da confidencialidade, e de ser um sítio neutro e confidencial. (ESMF)

Apesar das salas de audiências, os tribunais estão preparados para proteger as vítimas, mas por vezes não usam os instrumentos que têm:

(...) os tribunais hoje estão mais do que preparados. Muitos deles estão mais do que preparados para utilizar o mecanismo da videoconferência e coisas até mais simples, como a retirada do agressor da sala enquanto a vítima presta declarações, porque o advogado continua lá, não se põem questões quanto aos direitos de defesa do arguido. (EAPAV)

A adaptação dos espaços dos tribunais às necessidades das crianças é também uma preocupação dominante:

(...) as duas meninas acabaram por ficar lá fora, no espaço onde estava a família. (...) Depois, também lá estavam outras pessoas da [outra] família, onde à partida estas crianças vão ficar. (...) Portanto, à partida, deveria haver aqui alguns cuidados também em perceber... [Implicava] Uma divisão do espaço. (...) Mas, deveria haver, pelo menos, dois espaços. (EIPSS)

bem como a necessidade de os espaços preservarem a intimidade e a privacidade:

Porque é que nos tribunais as pessoas se sentem devassadas? (...) São sítios onde não há intimidade, onde não há possibilidade de as pessoas serem recebidas com o mínimo de privacidade. Eu trabalho no tribunal que tem como local de espera o hall de

entrada. Onde toda a gente por ali vai, e toda a gente numa completa promiscuidade, entre um processo e outro, entre o que está a favor e o que está contra. (PMP)

E, ainda, quanto ao Campus da Justiça de Lisboa são mencionadas muitas falhas de segurança, que vão para lá do simbolismo, mesmo sendo um edifício novo:

De facto, nós temos aqui muitos e variados problemas de segurança. (...) Segundo o que dizem, não há percurso de segurança para os presos chegarem às salas sem se cruzarem com as pessoas, nomeadamente com eles [magistrados]. (EMP)

Mas, na comparação com as anteriores instalações, prefere-se o Campus:

Podendo ter as deficiências que tem, custa-me um bocadinho ver, designadamente da parte de magistrados da Boa Hora, onde eu infelizmente já passei muitas e muitas horas do meu tempo, e sabendo as péssimas condições que o tribunal tinha, virem falar agora de questões como dignidade (...) das instalações. (EAPAV)

A funcionalidade substitui os símbolos tradicionais do poder:

O campus da justiça de Lisboa... Parece-me tudo muito funcional. (...) Não tem os símbolos tradicionais de poder, aquelas balanças no hall de entrada, aquelas estátuas com as balanças. (...) Ali não, ali as pessoas entram e o juiz é mais uma personagem que ali está na teia da trama judiciária, no teatro da administração da justiça. E isto, muitos não aceitam. (...) Para mim tem muito mais dignidade do que a anterior instalação. (...) bom, isto de facto não são palácios. São salas funcionais. (EOA2)

A opinião consensual é a de que a questão do espaço é importantíssima do ponto de vista do acesso ao direito e à justiça, razão pela qual se opta, na resolução alternativa de litígios, por espaços que não sejam tribunais, com o argumento que estão mais próximos das pessoas e que são diferentes dos tribunais:

Os Julgados de Paz são parceria pública entre as autarquias locais e o Estado central. Para estabelecer uma parceria para julgados de paz, quando a Câmara, que é quem tem de me fornecer o imóvel, sugere que seja no tribunal, eu digo “nunca”! Recuso a parceria: “dê-me a loja do cidadão que eu aceito, dê-me os antigos correios, a antiga casa dos magistrados, um talho. Eu vou. Não me ponham no tribunal, por que o que eu vou perder em termos de impacto emocional é a pessoa!” (PMJ)

1.9 A estrutura e o financiamento do apoio judiciário

O representante do Ministério da Justiça defende o atual “sistema triangular”:

O acesso ao direito é, na verdade, um modelo triangular. Por um lado o Ministério do Trabalho e da Segurança Social, porque é ele que garante o acesso, valida a entrada nesse sistema (...). Depois, quem indica os prestadores desses serviços, (...) é a Ordem dos Advogados. E depois há alguém que está a pagar isso tudo e que está a gerir o sistema, que somos nós, curiosamente [o Ministério da Justiça]! E portanto é de facto um sistema triangular. (PMJ)

O que é corroborado pela Ordem dos Advogados que recusa responsabilidade na gestão do sistema, salvo na nomeação dos advogados:

O atual sistema de apoio judiciário não é gerido pela Ordem. Só é gerido pela Ordem no que respeita à nomeação dos advogados. Tudo o resto passa completamente à margem da Ordem. A única função da Ordem é a nomeação dos advogados e a resolução dos incidentes, no âmbito do apoio e nomeadamente dos conflitos de interesses, pedidos de escusa do próprio advogado. (POA)

O próprio participante do Ministério da Justiça considera que um dos problemas do acesso ao direito e à justiça, em Portugal, é, exatamente, o financiamento atribuído ao sistema de acesso ao direito, que é constituído por um número sem grande expressão:

[O volume de financiamento ao sistema de apoio judiciário] é muito escasso. Diria que é um número que em termos absolutos não é um número expressivo, mas em termos relativos é, tendo em conta que o sistema não está, nem de perto nem de longe, no que devia estar. (PMJ)

2 O Acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, em especial: as vozes em interação

Nesta secção, deste capítulo, vou alterar a escala da análise e centrá-la no acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Para isso, analisa-se o discurso e a perceção de cada um dos atores profissionais intervenientes relativamente às suas funções e práticas sociais e profissionais em confronto e, em complemento, com as funções dos outros atores profissionais. Desse modo, caracteriza-se as interações e o tipo de relações existentes entre esses atores, no âmbito, quer do regime de apoio judiciário, quer no âmbito de todas as outras instâncias, judiciais e não judiciais, que identifiquei como promotores e facilitadores do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, seja na informação e na consulta jurídica, na representação das famílias e das crianças ou na resolução de litígios.

2.1 O confronto e a complementaridade – a articulação e as tensões – entre as diversas funções, papéis e práticas sociais (Segurança Social, advogados, Ministério Público, administração pública, Provedor de Justiça, Comissões de proteção de crianças e jovens, polícia e associações da comunidade)

2.1.1 O requerimento de concessão de apoio judiciário: as críticas à Segurança Social

A opinião de uma juíza entrevistada é a de que as portas de acesso ao direito e à justiça de família e das crianças, bem como relativamente aos direitos dos imigrantes, se encontram fechadas:

Na questão dos menores, na questão da família e da imigração, de facto, as pessoas não tem acesso ao direito. Têm os requerimentos recusados pelos seguranças das portas das instituições. Nem sequer têm a oportunidade de um papel de entrada que tenha um carimbo, que se possa pedir que se faça um deferimento tácito. E é tão impressionante a força que isto tem, e no país todo – e acho que tenho algum conhecimento qualificado para dizer isto – que me causa horrores. (EJ)

A Provedoria de Justiça, a Ordem dos Advogados e a administração pública não têm um discurso tão radical, mas têm mantido os serviços da Segurança Social sobre uma forte pressão crítica:

A nossa ideia geral é esta: [a Segurança Social] está muito burocratizada; [temos esta ideia] mais pela queixa das pessoas, mais pelas dificuldades às vezes dos advogados. (EOA2)

(...) a Segurança Social não está devidamente apetrechada com pessoas à altura para analisar se aquela situação em concreto é para contestar, se é para se é para opor, se é para instaurar, se é um processo-crime, se é um processo cível. (...) Mas que se verifica aqui duplicações de nomeação de advogados para o mesmo tipo de processo, existe. E às vezes triplicação. (EOA1)

Pelo seu lado, os entrevistados da Provedoria de Justiça e da Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género apontam à Segurança Social as interpretações restritivas e o tempo que demoram a conceder o apoio judiciário:

(...) sabemos só da relação que a pessoa tem, neste caso, com a Segurança Social para a concessão, ou não concessão, desse estatuto. [Neste caso, as queixas que chegam referem-se] desde atraso, desde os e-mails com os relatórios que são pedidos, até a própria aplicação da lei e a críticas à própria lei. (EPDJ)

O grande problema aqui é o tempo: por exemplo, a nível da Segurança Social ainda demora algum tempo a que esse apoio seja dado e muitas das vezes a questão aqui é o risco da própria situação. (ECIG)

2.1.2 A ação dos serviços do Estado – CIG, ACIDI e Provedoria de Justiça – e o apelo à comunidade

A representação, que os serviços da administração têm da sua ação, é que estão a desempenhar as suas funções de um modo positivo.

A Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (CIG) valoriza a sua intervenção na promoção da igualdade e na deteção e resposta à violência doméstica, através da articulação com as ONGs, um sistema de informação de primeira linha e o encaminhamento das “questões jurídicas” para ONGs e Ordem dos Advogados:

O que tem existido até aqui é (...) um sistema de informação de primeira linha, ou seja, de estabilização das vítimas no caso da violência doméstica, dado que temos uma linha verde nacional que funciona 24 horas. (...) encontrei um grande trabalho das associações, das ONG que fazem parte do Conselho Consultivo da CIG (anteriormente CIDM), no sentido de nos apoiarem nos procedimentos sucessivos, dado que o nosso trabalho é um trabalho de estabilização de primeira linha. Nós ouvimos a queixa e de seguida encaminhamos de imediato, de acordo com aquilo que temos presente, para as várias ONG ou para a Ordem dos Advogados, dado que, no atual quadro do sistema de acesso ao direito, agora nós – CIG – já não podemos prestar mais do que informação jurídica. Esta é uma decisão da nossa tutela. (PCIG)

Eu penso que tem que haver um trabalho de maior articulação, e de maior disponibilidade das ONG com quem trabalhamos, por exemplo, a UMAR, a APAV, dado que as suas organizações são mais elaboradas, têm pessoal a tempo inteiro, mesmo que voluntário, em horas de mais expediente. Mas há muitas associações com quem trabalhamos que não, que são associações mais caseiras e que a sua disponibilidade é mais pequena. (PCIG)

Como a CIG se entende limitada à prestação de informação jurídica é sua intenção fazer protocolos com o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados para desempenharem bem as suas funções de informação jurídica e de consulta jurídica:

(...) Temos, neste momento, dois estudos que nos vão permitir fazer dois protocolos, um com o Ministério da Justiça e outro com a Ordem dos Advogados, no sentido de encontrarmos um rearranjo um pouco mais assertivo, porque muitas vezes no quadro da violência doméstica há questões que são muito prementes. Não é possível dizermos: “olhe, então vai à Ordem dos Advogados, vai inscrever-se, entretanto depois espere que lhe seja nomeado um advogado oficioso, então de seguida vamos expor o seu problema”. Enfim, isto não funciona para as vítimas de violência. (PCIG)

O ACIDI explica-nos quais as parcerias que estabelece, de modo a criar uma rede mais coesa de apoio aos imigrantes:

Temos vários gabinetes especializados de atendimento aos imigrantes. Temos desde logo parceiros públicos: temos o SEF, temos o Ministério do Trabalho, temos a Segurança Social, temos a Saúde; e depois temos gabinetes constituídos por estes mediadores socioculturais. Temos também o Ministério da Justiça através da Conservatória dos Registos Centrais, que é quem trata das questões da lei da nacionalidade. E depois temos gabinetes especializados em temáticas específicas de apoio aos imigrantes constituídos por estes mediadores socioculturais, nomeadamente o gabinete de apoio à lei da nacionalidade ou reagrupamento familiar; um dos mais importantes é o gabinete de apoio jurídico; saúde, educação. (EACIDI)

Daí que seja importante fazer um trabalho de acompanhamento, jurídico e social, e estabelecer parcerias de apoio aos imigrantes, em que o ACIDI responde a solicitações das CPCJ, o que já vai sendo feito:

Depois tenho casos de pessoas (...) que vêm de outros países e que são exploradas até mais não, com as rendas de casa e com os espaços que habitam e etc. Chegam a habitar cubículos minúsculos, a pagarem 500 euros de renda, é uma exploração, uma desgraça. Essas pessoas vêm à procura que a gente lhes ensine como é

que se livram daquilo. (...) Aí temos o ACIDI, para quem eu encaminho. Têm serviços jurídicos e funciona, na minha opinião, muito bem e é uma ajuda imensa para as pessoas. (ECPCJ2)

O mesmo papel de pro-atividade não tem a Provedoria de Justiça, cujo estatuto constitucional limita a sua atividade de promoção dos direitos dos cidadãos junto da administração pública, mas sem que isso tenha impedido de ter uma linha telefónica relacionada com os direitos das crianças:

Nós devemos fazer aqui uma explicação prévia, que tem a ver com o estatuto e com aquilo que é a intervenção do Provedor. (...) porque a Provedoria atua basicamente no que tem a ver com a administração pública. (...) Faço só este alerta por causa da questão das crianças, ou seja, aquilo que nos interessa aqui, propriamente dito, e que pode levar o Provedor a intervir se alguém denuncia uma situação grave relativamente a uma criança. Nós tivemos duas linhas telefónicas até há pouco tempo, uma que nos interessa aqui especialmente, a linha verde “recados da criança”. Portanto, imaginemos que através desta linha chegava uma denúncia de um caso grave relativamente a uma criança. A Provedoria não cruzava os braços, (...) fazíamos aqui uma espécie de sinalização e não íamos intervir na situação concreta. (EPDJ)

2.1.3 A ação das organizações não-governamentais (ONGs)

As ONGs têm um papel fundamental de apoio aos cidadãos, através da informação que presta, e de encaminhamento dos seus utentes para outras entidades dentro do sistema de acesso ao direito e à justiça:

Relativamente ao acesso ao direito, obviamente que é um mecanismo ao qual recorremos com muita frequência, até pelo tipo de população com que lidamos. (...) E esse tipo de utentes vê-se muitas vezes obrigado a ingressar num conjunto de procedimentos judiciais, que não apenas o procedimento criminal, mas também processos conexos, de divórcio, de regulação do poder paternal. A APAV acaba por muitas e muitas vezes encaminhar utentes seus, e quando digo encaminhar significa, em termos muito práticos, não apenas explicar o que é o apoio judiciário, como se pode recorrer ao apoio judiciário, mas ajudamos, inclusivamente, as pessoas a formular o pedido, a reunir a documentação necessária, etc. (PAPAV)

Este apoio é feito em várias fases, inclusivamente depois de já haver uma ligação com o sistema institucional de apoio judiciário e com o sistema judicial:

Nós continuamos a intervir. O processo de acompanhamento continua independentemente do processo-crime que exista. E muitas vezes os utentes vêm ter connosco, até com as próprias cartas de notificação, mesmo depois de terem ido ao advogado, até pela desmistificação da linguagem que pode ser demasiado técnica e, então, as pessoas continuam a vir à APAV para lhes explicarem de outra forma o que é que vai acontecer e quais são de facto as necessidades que ela agora vai ter em termos procedimentais. (PAPAV)

O papel desempenhado pelas associações – que se prende, especialmente, com a informação jurídica – também é valorizado por outros atores:

Noto que uma boa parte dos pedidos vêm de facto das ONG. Ou, pelo menos, sente-se que as pessoas estão acompanhadas com algum tipo [de assistência]. Teria que, de facto, fazer-se constar das aplicações informáticas uma forma de se fazer um registo para saber por que meio entraria o pedido; (PISS)

que, no entanto, chamam a atenção para a necessidade de a informação ser completa, de modo a que os cidadãos não deixem passar prazos legais:

Seria importante nas associações que dão apoio às diversas situações sempre que têm processos e que têm necessidade de responder e que tenham prazos, para além de lhes aconselhar a recorrer ao apoio judiciário, logo que obtenham o requerimento e o comprovativo que entregaram esse o pedido, o irem levar ao processo no sentido de saber se há prazos, porque senão caduca o direito de poder responder. (POA)

2.1.4 A função e a prática do Ministério Público: o elemento charneira entre os cidadãos e a comunidade, o estado, os tribunais e as Comissões de proteção de crianças e jovens

A intervenção do Ministério Público centra-se nas situações em que estão em questão os direitos das crianças deixando a outra intervenção ao sistema público de apoio judiciário:

Nesta matéria do acesso da família e das crianças ao direito, há aqui uma distinção a fazer no que diz respeito ao MP que é: os casos em que há crianças e os casos em que não há crianças. Nos em que há crianças o Ministério Público tem competências e obrigações legais, e os casos em que não há crianças (em que se discute o divórcio, em que se discute a partilha de bens, etc.) são casos em que o Ministério Público não tem intervenção, a não ser o controlo da legalidade. Não tem uma intervenção direta e, portanto, são casos diferentes. (...) Se há pressa e se há crianças não há nenhuma razão para haver atrasos. O Ministério Público imediatamente tem competência para instaurar os procedimentos necessários. Entretanto, se as pessoas quiserem pedir o apoio judiciário, mesmo na modalidade de nomeação do patrono, podem fazê-lo e, portanto, as providências iniciais e a tomada das decisões urgentes, estão sempre salvaguardadas. (PMP)

Para além de ‘sentir’ como sua a função de garante da defesa do interesse superior das crianças, o Ministério Público considera ainda que tem um papel importantíssimo de garante da informação jurídica, consulta jurídica na defesa dos direitos das crianças, funcionando como um ator privilegiado dentro do sistema judicial, que substitui nesta área o recurso aos advogados:

A maior parte das pessoas que vem cá ao atendimento são pessoas que vêm porque, desde logo, não têm nem sequer condições económicas para ir a um advogado. Bom, acho que depois também acham que não é necessário ir a um advogado (...). Depois, isto é uma coisa que não é nem de hoje nem de ontem, nem do ano passado, nem de há três anos. Isto é uma coisa que funciona bem há muitos anos. (...) Obviamente que o MP tem gravado em letras de ouro no seu coração a defesa dos menores. (EMP)

Articulando o papel que cada um dos atores desempenha em termos de atendimento/aconselhamento e as diferentes visões que cada um tem da sua função e das funções dos restantes, é interessante notar algumas tensões. Começando pela prestação do Ministério Público, o seu modo de atuação é visto pelo próprio de forma muito positiva, enaltecendo as qualidades do atendimento prestado e a forma como os utentes são bem acompanhados em termos de celeridade e informalidade:

Eu aqui tenho de ser o menos formal possível, mais próximo das pessoas, as maiores articulações possíveis, mais porta aberta possível, o mais rápido possível. (...) [Os utentes sentem] Muita gratidão. Isso tem a ver com várias circunstâncias: primeiro, as pessoas que fazem o atendimento são muito (...) amorosas com as pessoas, e se a pessoa começar a chorar fazem festinhas, vão buscar uns lenços. (...) E depois isto funciona rapidamente, o tempo que vai entre a pessoa vir cá e ir para o funcionário responsável é curto, é muito curto. Aqui na minha mão nunca pára mais do que um dia, está a ver? (EMP)

O modo de funcionamento do atendimento – com duas fases distintas – também é explicado:

É preciso distinguir entre o primeiro atendimento e os outros. Porque uma coisa é o primeiro atendimento: a pessoa vem aqui para tentar resolver um problema e nós resolvemos o problema em 99% das situações. Outras situações não temos obrigação de resolver, não é connosco. (...) O segundo atendimento é o quê? Nós temos um processo que está a decorrer, onde estão ser tomadas decisões e onde estão a ser feitas promoções. Podem ser contrárias ao interesse das pessoas e essas pessoas vêm ao atendimento. (...) Portanto, o primeiro atendimento é um atendimento pacífico, positivo, bonito, afetivo. Só tenho a dizer coisas boas. O segundo atendimento é um atendimento que tem coisas muito diversificadas. (EMP);

bem como o tipo de questões/situações que entram no seu sistema;

A esmagadora maioria dos casos é regulação das responsabilidades parentais. (...) se é um problema de alimentos, eu ponho um processo de regulação das responsabilidades parentais e fica tudo resolvido. (...) Mas também temos casos de tutelas, bastantes. Vamos lá ver, quando eu falo de regulações de responsabilidades parentais estou a falar de regulações no sentido próprio do termo, e estou a falar de ações com vista a regular o poder paternal. A regular quer dizer, a definir o poder paternal, porque morreu o pai, só há a mãe, mas a mãe não toma conta do miúdo, então tem de ser a avó. E portanto, isto para mim é como se fosse uma regulação do poder paternal. (...) Não quero saber dessas questões do condomínio ou das rendas. Não tem nada a ver connosco. (EMP)

Acontece, porém, que esta visão não é comungada por todos e surgem críticas negativas, como da parte da Ordem dos Advogados, que não vê com bom olhos a presença do Ministério Público na área da família e das crianças:

O Estado não tem que garantir o patrocínio no direito civil, no direito privado, porque o Ministério Público tem um estatuto funcional que o separa dos advogados. Aliás, até se vê lá na carpintaria dos tribunais. Está ao lado do juiz, entra com o juiz, sai

com o juiz. No fundo, alguns até se portam como juizes. E, portanto, isso desde logo cria uma situação de desigualdade de partes perante o julgador, seja qual for. Depois ela decorre um pouco de um certo paternalismo social que surgiu depois do 25 de abril com a proteção dos trabalhadores. (...) A função verdadeira do Ministério Público: garante da legalidade e o exclusivo da ação penal. São as duas funções do Ministério Público, mais nenhuma. (...) Ora bom, no direito da família, eu acho que mesmo aos menores devia ser-lhes nomeado [um advogado]. (...) É assim: o interesse da criança quando tem pais é defendido pelos pais. E pelos advogados que os pais escolhem. (EOA2)

mas a própria Ordem dos Advogados reconhece que, ao nível dos direitos das crianças, a intervenção dos advogados está muito debilitada:

[Isso acontece] Porque a área preferencial de intervenção dos menores é do Ministério Público. E como praticamente é o Ministério Público que intervém a nível dos menores, a intervenção dos advogados a esse nível está muito reduzida e muito debilitada. Vamos lá a ver: a advocacia o que é que é? É uma atividade essencialmente de mercado. Ora num mercado em que essas questões não intervêm, não há mercado, o mercado é muito reduzido. (...) Admito que a Ordem pode ter uma intervenção para os menores mais eficaz, no sentido de os advogados que trabalham nesta área estarem mais qualificados para o fazerem. (POA)

E há quem entenda que o funcionamento do atendimento pelo Ministério Público não é tão adequado quanto devia:

(...) também pode ser que as pessoas vão ao Ministério Público e a seguir regressem, porque muitas vezes nas regulações do exercício das responsabilidades parentais não são recebidas diretamente pelo Ministério Público, só são recebidas pela assessora quando se propõe a ação. O Ministério Público surge posteriormente, já depois da conferência, se aquilo der para o torto... (EIAC)

ou que não é tão célere quanto aparenta:

Nós notamos que o Ministério Público costuma ser lento, mesmo com a nossa pressão. (EPSP)

mas a crítica da insensibilidade é a mais recorrente no que concerne a ação do MP:

(...) Relativamente ao desempenho, é assim: todas as pessoas que trabalham numa determinada área, seja ou não o Ministério Público, com o decorrer do tempo há alguma insensibilidade às decisões. Porquê? Porque todos os dias se focam nas mesmas questões e muitas vezes deveria haver um maior empenho e um maior cuidado no acompanhamento das situações. (...) Agora, que o facto de estar muito tempo e ter que se trabalhar para as estatísticas prejudica o desempenho qualitativo do ponto de vista profissional, disto não tenho dúvidas. (POA)

[Os magistrados do MP] É muito raro quererem saber diretamente. Geralmente é no âmbito dos processos e nas audiências é que geralmente têm a noção das informações que nós fornecemos. (EIPSS)

e, ainda, de que o Ministério Público continua a ser uma entidade de difícil acesso para as pessoas:

Mas o Ministério Público é de mais difícil acesso, eu sei que o Ministério Público tem essas funções, mas é mais de difícil acesso. As pessoas ainda têm um bocado de medo de ir aos tribunais. (PCDF)

O magistrado do Ministério Público refere que os procedimentos podem, pois, ser iniciados quer pelo Ministério Público, quer pelos advogados, ou quer, ainda, pelos próprios cidadãos:

É muito vulgar nos procedimentos desta área, que são procedimentos de jurisdição voluntária que não obrigam à constituição de advogado, as coisas chegarem ao processo ou por cartas escritas pelas pessoas ou por formulários que as pessoas encontram não sei onde, normalmente em vários sítios, mas que são preenchidos e em que as pessoas iniciam um procedimento ou dão conta ao processo assim. Aquilo que se observa nos tribunais de família e menores é que há os procedimentos que são impulsionados pelo Ministério Público, há os procedimentos que são impulsionados pelos advogados e há procedimentos que são impulsionados pelos próprios. (PMP)

Ora, isto pode ocasionar outras situações, como nos casos em que, após o procedimento ser instaurado pelo Ministério Público, as partes surgem, mais tarde, representadas por advogado:

Por outro lado, também é vulgar que o cônjuge, ou os ex-cônjuges, com alguma frequência depois de o MP instaurar, por exemplo, uma ação de regulação do exercício do poder paternal (que é normalmente a mais vulgar), por vezes o cônjuge que... ou um dos cônjuges ou os dois, acabam por depois mais tarde aparecerem representados por advogados no processo. O que reconduz a esta dialéctica do processo. O MP representa os interesses da criança e os pais, por vezes, recorrem a advogados na medida em que pretendem, para além do interesse da criança, defender o seu próprio interesse. (PMP)

Este argumento abre espaço para introduzir o tema da relevância da participação dos advogados nos processos relacionados com os direitos das crianças e de como essa participação pode ser considerada importante para que haja um maior e melhor esclarecimento de todos os envolvidos no processo:

É muito importante a participação dos advogados. E a lei, quer a lei tutelar educativa quer a de promoção e proteção, vieram demonstrar que a existência do Ministério Público e dos advogados é importante, nalguns processos simultaneamente, porque podem consubstanciar e representar interesses diferentes no processo. Acho que é extremamente gratificante, a nível, nomeadamente, dos processos de promoção e proteção, a intervenção dos advogados nos debates judiciais. Isto gera uma outra dinâmica no debate, gera um debate mais rico, um esclarecimento maior para todos sobre o que é que está em cima da mesa e qual é o sentido da decisão. Às vezes dizem que o Ministério Público e os advogados se excluem simultaneamente, eu penso que não é verdade e, nesta área, isso é manifestamente ao contrário do que aquilo que a realidade nos tem demonstrado. (PMP)

Mas, juíza entrevistada considera que a legislação nesta matéria tem falhas e contradições, ao obrigar nos processos de promoção e proteção que, para além de

representada pelo MP, a criança também esteja representada por advogado nomeado pela Ordem dos Advogados, o que pode levar a situações caricatas:

A lei tem ali várias contradições. O MP está a defender os interesses da criança, portanto, há aquela regra da legitimidade, o MP pode instaurar o processo de promoção e proteção. (...) Qual é a razão, por exemplo, da constituição obrigatória de advogado à criança ou jovem em debate, se depois a criança ou jovem não pode alegar, porque só pode alegar depois dos 12 anos, só é notificado para alegar a partir dos 12 anos? Qual é a razão em geral da nomeação de advogado à criança se está representada pelo MP? Aqui pode haver algum interesse próprio da criança, mas quando o legislador entendeu que ela tem maturidade suficiente para apresentar uma posição distinta do seu representante no processo – que o representante legal, há os pais, para além dos pais pode haver o representante legal e depois tem o MP. (E)

Sobre esta temática a Associação dos Jovens Advogados Portugueses vem dizer que a ‘concorrência’ que existe com o Ministério Público é saudável, mas entende que só faz sentido para a área das crianças:

O acesso ao direito é nosso dever. (...) E isso significa que consideramos que esta concorrência com o Ministério Público é saudável, porém só para a área das crianças. Não faz sentido para toda a área da família, pelos interesses em causa. (...) O advogado pode ser, exatamente, o catalisador, para se conseguir chegar mais depressa a um consenso. É necessário que o advogado tenha formação nesse sentido. (PA)

Os vários atores envolvidos falam de como veem, na sua atuação dentro e com o sistema, a forma como o Ministério Público desempenha as suas funções. Assim, a APAV considera que a articulação que estabelece é muito próxima:

De uma forma geral temos canais privilegiados de comunicação. Há mecanismos de articulação muito próximos, a nível informal, de contactos, de troca de impressões sobre casos concretos, um oleado de procedimentos; e também, obviamente, formais, na medida em que são solicitados relatórios para os processos ou participações em debates judiciais. De uma forma geral, não temos tido muita dificuldade, e agora centrando nos procedimentos de urgência ao abrigo do artigo 91.º da Lei de Promoção e de Proteção, no contacto com o MP em tempo útil, no sentido de rapidamente obter uma decisão, ou que permita depois a retirada da criança. (PAPAV)

Mais, acrescentam que existe a necessidade de formalizar determinados procedimentos, já que a articulação é feita sempre em termos muito informais:

Funciona sempre mais em termos informais. Não existe nenhum procedimento formal sobre esta situação. O que acontece, tendo em conta a circunstância e a urgência do caso, normalmente são solicitados relatórios, quer psicológicos quer do próprio processo de apoio, para também conseguir orientar na decisão do caso. De facto há procedimentos que precisam de ser formalizados. (PAPAV)

Por sua vez, a CIG também fala de uma relação muito positiva com o Ministério Público e de facilidade na comunicação que se estabelece:

Efetivamente a nossa aposta tem sido a de enviar as nossas vítimas de violência doméstica, nomeadamente quando têm crianças pequenas, para o Ministério Público, e até agora as portas têm ficado sempre abertas e tem sido muito positivo. Há zonas muito pequenas do país onde há dificuldade de comunicação com as polícias no que diz respeito à comunicação das queixas e, efetivamente, onde a ligação direta com o Ministério Público está a resultar. (PCIG)

É o próprio Ministério Público que vem concordar com a ideia de uma certa burocracia instalada e que será a principal causadora/causa de um desempenho menos bom. Para além disso, fala ainda da falta de serviços de apoio aos magistrados do Ministério Público, o que obstaculiza o seu desempenho, uma vez que os magistrados têm de se dedicar a outras funções para além das principais:

Pegando na questão de saber se o Ministério Público faz o suficiente... Bem, é verdade, e isto estou de acordo, que o Ministério Público nestas áreas tem tido alguma burocratização, ou pelo menos há algum risco de burocratização. (...) Uma coisa é burocracia para qual ela foi criada, é uma garantia para o cidadão; outra coisa são as adiposidades burocráticas que foram sendo criadas, para além das garantias, que, neste momento, inundam completamente os tribunais, onde a circulação de papel e de procedimentos é uma coisa completamente arrepiante, até porque têm, depois, serviços de apoio perfeitamente ineficazes e sem competências. (...) o que significa que os magistrados têm que seguir tudo, têm que fazer tudo, sem que haja serviços de apoio realmente com competências próprias e com formação capaz de o fazer. (PMP)

No entanto, o Ministério Público já está atento a novas problemáticas, como a dos direitos dos idosos, já que esta é uma situação que necessita, cada vez mais, de uma resposta, a vários níveis:

Penso que isso é uma área em que o Ministério Público, na minha perspetiva, também tem de ter uma função importante, não só a nível penal. Eu dou um exemplo: quando uma pessoa, um familiar, vai colocar um idoso num lar e dá nomes falsos, moradas falsas ou dados falsos, não lhe acontece nada, não é? (ISS)

Há lugar a concordância da parte do Ministério Público, que considera que este é um tema ao qual deve ser dado prioridade:

O próprio Procurador-Geral já veio estabelecer isto como prioridade, porque há aqui claramente um interesse público que está em causa. Estamos ao fim ao cabo na defesa da pessoa humana, não é? (PMP)

Daí a necessidade de haver políticas articuladas e com prazos definidos de aplicação e implementação nas áreas sociais, tais como a terceira idade e a infância:

Penso que nestas áreas, de particular relevância de defesa dos interesses e dos direitos dos cidadãos, a gente tem de saber para onde é que quer ir. (...) A gente hoje para as creches tem um objetivo que é ter trinta e três por cento das crianças com lugares em creches e sabemos que, provavelmente, vamos ter. Nós, nos idosos, não sabemos de todo. (...) E depois há estas complexidades orgânicas, estas complexidades

do ponto de vista do relacionamento técnico. Mas penso que há aqui um espaço para avançar, apesar de tudo. (PISS)

2.1.5 As entidades que resolvem conflitos relativos a direito da família e das crianças

2.1.5.1 As Comissões de proteção de crianças e jovens

No seguimento da apreciação da atuação do Ministério Público abre-se caminho para perceber qual o papel das Comissões de proteção de crianças e jovens, o modo como se articulam com o MP e com os outros intervenientes no sistema e a forma como são encaradas por esses intervenientes. Começando pelas próprias e pela maneira como sentem o seu reconhecimento pela comunidade:

Acho que hoje as pessoas percebem melhor o que é que é a Comissão. Há ainda muito para fazer, a imagem continua a ser muito negativa... por todas as notícias que aparecem na televisão ou na imprensa. Só aparecem quando a menina morreu e a comissão sabia e não foi lá; a Comissão retirou e a mãe está a fazer greve de fome. Isto leva a que o primeiro impacto que temos aqui, muitas vezes, é o de acalmar as pessoas, é dizer-lhes que não é assim. Porque temos pais e miúdos a entrar para a sala a desatarem imediatamente a chorar, a família toda... “não quero ir para um colégio!”. Portanto, ainda há muito esta imagem. (ECPCJ1)

Sinto que esse reconhecimento está a ser cada vez maior. (...) E isto é uma coisa que vai entrando e esta desmistificação de que as comissões são assim uma coisa que “ui, nossa senhora!”. Eu consegui, acho eu, uma coisa magnífica, que é só o primeiro degrau, que é uma jornalista na comissão alargada. (...) A ideia é, primeiro que tudo, que haja um foco difusor de uma boa prática, já que as Comissões não têm de estar de costas voltadas para os jornalistas (...).(ECPCJ2)

Se bem que este reconhecimento é entremeado da necessidade de melhorar, sobretudo ao nível das entidades de primeira linha, serviços públicos e da comunidade que trabalham na área da infância e juventude, que ainda não interiorizaram convenientemente o papel das Comissões:

Aqui continua a haver uma coisa que as pessoas não entenderam, que é assim: se vier do tribunal a dizer “pague-se 300 euros por mês”, paga-se; se for a comissão, toda a gente acha que estamos de igual para igual. (...) A questão também de se entender o que é que é aquela pirâmide; o que é que é o primeiro, o segundo e o terceiro nível. Então mas se o primeiro respeita o terceiro, porque é que há-de achar que pode mandar no segundo? (ECPCJ1);

a escola tardou em assumir as suas funções no absentismo escolar:

A escola, enquanto instituição, acha que as Comissões existem para resolver tudo e portanto um aluno está em absentismo escolar, tem medo de ir à escola, a Comissão que resolva. (...) Mas já comecei a marcar reuniões com estes novos organismos para que se organizem. Porque as escolas têm de perceber que são uma entidade de primeira linha, de articulação com as juntas de freguesia, com a PSP, com os

Centros de Saúde, com estas equipas de crianças e jovens em risco nos centros de saúde, e que já estão algumas a trabalhar muito bem. (ECPCJ2);

e as relações com os hospitais, a polícia, a segurança social, ainda não têm o mesmo desenvolvimento:

O hospital já percebeu, a polícia já percebeu. Eles sabem qual é a intervenção da comissão – estou a falar da primeira linha. (...) Nos hospitais as coisas já correm bem. Nas escolas nem tanto. Por exemplo, a nível da Segurança Social ainda há um caminho a fazer. Se nós no tribunal pedirmos um acolhimento de emergência, é bom. Se a Comissão pedir um acolhimento de emergência, há-de ser. Percebe? (EMP)

Sobre o modo de funcionamento e as questões que entram na Comissão e que estão para além da normal dicotomia perigo/risco:

Aquilo que fazemos é: normalmente, na primeira entrevista explora-se para tentarmos perceber se poderá haver algum indicador de perigo. (...) Portanto, é aberto o processo e naquela fase primeira de diagnóstico vamos averiguar se há perigo ou não. Se há perigo, então o processo segue e depois, eventualmente, pode-se pedir a apensação ao tribunal. Se não houver perigo o processo é encerrado, é explicado às pessoas porque é que é encerrado e a instância certa para se dirigirem. (ECPCJ1)

Gerir um processo começa por atender convenientemente o pai, a mãe... Só encontrá-los já é obra. Depois conseguir que eles aqui venham é obra vezes obra. Depois ouvi-los.... Depois o pai e a mãe não dá, então passamos para a família alargada: o avô, a avó, o avô paterno e materno, a tia, a madrinha, um está em Coimbra, outro está não sei onde... Isto demora um tempo infinito. Convocar etc., fazer estes procedimentos todos e depois ir a restrita para deliberar a medida e toda a gente concordar e pensar-se. E depois acompanhar a medida minimamente (...).(ECPCJ2)

As comissões também são procuradas como arma de arremesso entre os pais;

São vários, sim. Às vezes são problemas sociais, outras vezes são problemas de direitos de crianças... temos muitas situações a cáirem aqui que não são sequer para nós. Acabam depois por cá ficar, e aí temos um número significativo de casais em processo de regulação de poder paternal. (...) Portanto, os pais entram em conflito e acham que a Comissão pode servir como uma arma de arremesso ou como um ponto a seu favor. (ECPCJ1)

ou como fonte de informação jurídica relativamente aos direitos das crianças, dos pais e dos avós:

Olhe, há de tudo... há gente que a vizinha teve cá um processo. Depois há gente que ouviu dizer que a gente aqui até ajudava e não teve cá nada. Depois há gente que teve cá processos, foram arquivados, foram para tribunal e estão a começar a receber essa correspondência e vêm ao local onde têm alguma referência. Mas eu estou-me a lembrar que ontem às 8 da manhã estava a receber uma mãe, uma avó e uma tia da Avenida de Roma, gente abastada ou rica – classe média – e que não sabiam nada do que é que haviam de fazer nem dos direitos enquanto avós, nem dos direitos que o filho tinha enquanto pai... (...) Expliquei-lhes, ficaram todas contentes (...).(ECPCJ2)

A visão que os outros atores profissionais têm das CPCJ é, no geral, muito positiva, considerando-as peças fundamentais e concordando que o modelo em que assentam é o modelo apropriado.

O MP referiu a sua imprescindibilidade para evitar a rotura dos tribunais:

As Comissões são imprescindíveis desde logo porque, se elas não existirem, os nossos tribunais de família entram em rotura. (...) é evidente que sem as Comissões, isto vai ao fundo. (EMP);

a representante da Polícia de Segurança Pública e uma ONG defendem que o modelo de parceria entre o estado e a comunidade é um modelo ganho e os problemas decorrem da falta de meios e não do modelo:

Nós temos uma parceria muito próxima, porque nós com a CPCJ temos feito coisas fantásticas. Por exemplo, tivemos uma parceria este ano, um trabalho em conjunto, por causa da mendicidade. (...) Fizemos equipas mistas, CPCJ e Polícia, andámos à civil rua acima, rua abaixo, naqueles sítios que a gente estava à espera de encontrar. Caso encontrássemos íamos fazer a retirada da criança para a proteção.... E resultou! (EPSP)

Do ponto de vista da APAV este é um modelo claramente ganho [o modelo de funcionamento e estrutura das CPCJ]. (...) o principal ponto positivo das Comissões é o estabelecimento destas parcerias e, designadamente, parcerias entre o Estado e Sociedade Civil, ONG. Isso é claramente um modelo ganho, e entendemos que os problemas que têm assolado as Comissões não têm que ver com o modelo em si, têm que ver com a falta de meios que acompanhou a criação e instalação das Comissões. (EAPAV);

e para além da parceria as CPCJ são interdisciplinaridade:

(...) a mais-valia que para mim existe numa comissão é: todos os saberes à volta do mesmo caso para fazer a deliberação da medida. Que a discussão de um caso podia ter duas horas... mas em que estavam todas as vertentes conjugadas. Para mim é a mais-valia... (EIAC)

Claro que existem também opiniões mais críticas, mas sempre em termos do que ainda falta melhorar, apontando-se sobretudo a necessidade de um maior envolvimento no terreno e de consolidação de parcerias:

Se nós, realmente, não olharmos para as comissões no sentido de as alimentar logisticamente há o risco de elas se poderem burocratizar, perdendo-se em grande parte o que de positivo elas trazem para o sistema. (...) Eu conheço muitas comissões, e estou a falar por exemplo de Lisboa, das pessoas a irem para o terreno, a irem à caça de fazerem visitas domiciliárias e a envolverem-se com os cidadãos e com os serviços. E aí as coisas funcionarem e a funcionarem muito bem. (EMP);

e na ativação das comissões alargadas cuja debilidade de atuação é, ainda hoje, um problema do sistema:

(...) nas chamadas Comissões de Proteção de Menores iniciais, se calhar se não fosse o Ministério Público elas não tinham vingado e, portanto, esse foi um papel fundamental. A certa altura a maturidade das Comissões permitiu que se desse este salto. Foi um salto na sua idoneidade cívica, e eu penso que foi um salto fundamental. (...) Agora, acho que há aqui algumas coisas a resolver, que ainda não estão resolvidas. Por um lado, é preciso resolver o problema da comissão alargada. Penso que a base da legitimidade democrática das comissões é a comissão alargada, não é a comissão restrita. E quando a comissão alargada não funciona, acho que há falta de legitimidade democrática na comissão restrita. (...) As comissões alargadas por regra não funcionam, ou poucas são as que funcionam. As maiores facilidades e os maiores problemas que as comissões têm resultam do funcionamento da comissão alargada. Porque é na comissão alargada que estão as pessoas que podem resolver os problemas, os meios, a coordenação, não é na comissão restrita, aí estão os técnicos executivos. (PMP)

Mas existem outras questões que são, também, alvo da preocupação dos vários intervenientes, como por exemplo a questão do controle feito pelo MP:

Qual é a nossa atitude, qual é a nossa prática relativamente às Comissões? (...) De acordo com orientações que vieram do próprio Procurador-Geral (...) os Procuradores têm por obrigação estar disponíveis em permanência para as questões que são colocadas, por fax, por telefone, por e-mail, todos os dias. Obviamente que varia em função das personalidades, que nós sabemos que há pessoas mais disponíveis ou pessoas menos disponíveis em qualquer profissão. (...) Depois [o MP] tem uma função de acompanhamento e fiscalização, ou seja, todos os meses, no mínimo uma vez por mês, esses Procuradores têm que ir às Comissões ver os processos que lá estão. Pelo menos ver os processos relativos a três áreas, que são: abusos sexuais, negligência grave e maus tratos, verificando se a tramitação que está a ser adotada é a adequada, se não há diligências dilatórias ou se não se está a caminhar para um sentido que não faz sentido, passe a redundância, ou se a medida que estão a pensar propor é ilegal ou inoportuna. (EMP)

Basta perceber o que a lei diz e qual é o papel fundamental do Ministério Público para perceber que, de facto, as comissões são alvo de controle, ou devem ser, mas um controle da parte do Ministério Público, que é feito muito de perto, mas não dentro, senão o modelo é, na nossa opinião, completamente desvirtuado. (EPAV);

em que ainda se verificam ‘discussões’ sobre a presença nas próprias comissões ou apenas o controle da atuação:

(...) Eu preferia que o MP fosse presidente. (...) Tinha de ser reorganizado o serviço de outra forma. Não sei se através do MP, mas seguramente outra articulação com o tribunal tinha que ser feita, porque os processos arrastam-se. O MP tem algum controlo do que está lá (...), mas não é suficiente nem no controlo nem no domínio jurídico das melhores soluções. Algumas coisas provavelmente são arrastadas desnecessariamente. (...) Esta própria formação das comissões, a maior parte estão em part time. Não é possível. Tem de estar gente a tempo inteiro para funcionar. (EJ)

Sobre a relação com o Ministério Público, as Comissões entrevistadas referem, de forma positiva, a articulação que se estabelece:

Ministério Público, Ministério público: Eu acho que nós fomos umas sortudas... (...) Tivemos a sorte de ter o Dr. [X]. O Dr. [X] tinha uma prática connosco, em que eu

aprendi imenso, aprendemos todos, que era: ele vinha todos os meses, cumpria de facto com esta fiscalização, mandava, telefonava, dizia quais eram os processos que queria ver connosco e pedia também o número dos processos que nós queríamos ver com ele, que estavam com PA em tribunal, que era para trazer a informação. E a reunião era feita com todos os elementos da restrita. Há comissões que vai a presidente ao tribunal... (...) E de facto era uma pessoa muito acessível, com muita facilidade nós ligávamos para o telemóvel dele. (...) Isto deu-me sempre uma segurança muito grande. Fosse a que hora fosse, casos urgentes, complicados, com dúvidas, chegava a um ponto e ligava ao Dr. [X]. Entretanto ele saiu e ficamos com outros dois procuradores. São duas pessoas com duas posturas diferentes, com duas interpretações da lei diferentes. (ECPCJ1)

[A articulação com o MP] Aqui, otimamente 24 horas sobre 24 horas. Com os telemóveis das duas [Procuradoras] sempre disponíveis. (...) Vêm cá uma vez por mês. Reúnem com toda a restrita. (ECPCJ2)

A questão do limite temporal legal dos 6 anos de presença dos técnicos nas CPCJ também é referida pelos outros intervenientes:

O que é uma pena essa parte... é que eu acho que é uma pena. (...) Porque depois, quanto mais segurança há... isso tem mesmo de se ver... quando as pessoas estão mais seguras do que estão a fazer, que sabem mais, regressam. E depois tem que se investir tudo outra vez. E depois [a Comissão] ressentem-se, porque muitas vezes há uma série de técnicos a sair ao mesmo tempo, não é? (EIAC)

Assim como as numerosas substituições de técnicos ou a ‘pobreza’ dos recursos humanos facultados pelas entidades parceiras:

(...) a maior parte das Comissões tem um núcleo duro de técnicos que construiu, quer pela experiência prévia que já tinha, quer pelo seu trabalho nas comissões, um know-how muito importante. Só que, infelizmente, e isto é o aspeto negativo, ainda não é suficiente, porque o que me parece é que as entidades que têm a obrigação de colocar técnicos nas Comissões, ou algumas dessas entidades, ou algumas vezes essas entidades, não respeitam o suficiente as comissões, porque mandam os piores técnicos. E nós temos isso em Lisboa, claramente, aqueles de que se querem ver livres... ou substituições excessivas dos técnicos. Repare, cada vez que entra um técnico novo isto exige um esforço grande de todo o resto dos elementos da comissão para formarem ali no terreno e em tempo real aquele colega. Quando ele já está pronto e a desenvolver o seu trabalho, quando entrou em ritmo de cruzeiro, entretanto a entidade decide “não, afinal precisamos de si aqui, venha” e põe-se outro novo ou então não coloca nenhum, de todo. (EAPAV)

Quando perguntadas sobre o que gostariam de mudar em termos de funcionamento/desempenho, as CPCJ entrevistadas referem a necessidade de mudar a forma dos horários, de modo a responder de forma mais aturada as necessidades dos utentes, bem como a necessidade de terem entidades que colaborassem na aplicação das medidas e no acompanhamento às famílias ou mais formação na área jurídica:

Precisava de mais apoio à família. (...) Equipas que acompanhem com humildade... Com humildade, capacidade de ouvir estas mães e pais muito jovens, que

não sabem ser mães e pais. Educação parental e acompanhamento, porque repare, podem ir a uma aula ensinar a cozinhar, lavar o biberão, fazer aquelas coisas todas, mas depois, das 18h às 6h, 8h da manhã, estão sozinhos em casa. E como é que se gere isto? E o bebé começa a chorar, não se manda pela janela fora, nem se começa aos gritos um ao outro, tem que haver aqui alguma coisa. (...) Equipas de proximidade, que ensinem a saber viver, a saber estar. (...) Ah, outra coisa que eu gostava imenso – deixe-me dizer-lhe esta – eu ando a sonhar com uma coisa – eu sei que a Comissão tem autonomia para isso, mas uma coisa é a autonomia, outra coisa é outra coisa... que era fazer um desfasamento horário, como se faz nas empresas. Uns entrarem às 8h e saírem às não sei quantas e outros entrarem às 2h e saírem às 8h. Porque isto aliviava-me a pressão. (...) Porque as pessoas muitas vezes só cá podem estar mesmo às 20h e às vezes ficam até às 21h ou mais, porque saem dos empregos às 19h, sei lá onde, apanham o barco e o comboio e o autocarro, para chegarem aqui às 20h, coitadas, para assinarem o acordo. Depois já não tenho técnicos de lado nenhum para assinar o acordo. (ECPCJ2);

a falta de formação jurídica:

Formação jurídica eu acho que nunca é demais, há sempre dúvidas... também não temos tido assim tantas, não é? Tivemos uma promovida pela Comissão Nacional e essa foi excelente. Já se trabalhava há anos quando houve essa formação, mas não interessa, foi muito boa. (...) ... eu acho que é sempre necessário, porque no fundo nós temos uma jurista que está a meio tempo nesta comissão, que é da APAV. (...) É a única jurista. O resto é psicologia, serviço social, a [X] que é professora e era a [Y] que era enfermeira... portanto a área jurídica... está bem que nós vamos aprendendo a mexer nisto, mas faz sempre falta. Surgem sempre muitas dúvidas. Na área da intervenção social... eu acho esta área da relação com as famílias, da mediação familiar, faz sempre falta, porque os psicólogos e os assistentes sociais podem não ter assim tantas dificuldades, mas os professores, os educadores de infância, os juristas, os enfermeiros, os médicos, eles não têm preparação para fazer uma entrevista em termos sociais. (ECPCJ1)

São ainda focados outros aspetos, como o facto de as Comissões não deverem gerir dinheiro ou a figura do professor-tutor, que é vista como boa em termos teóricos, mas que apresenta muitas falhas em termos práticos:

Nunca as comissões devem gerir dinheiro, ninguém lhe passe pela cabeça uma coisa dessas. Frontalmente contra, se eu puder até vou para cima do Marquês de Pombal dizer isso. (...) Eu acho que a figura do professor-tutor é uma figura magnífica. Eu acho que aquele protocolo podia ser melhorado, com a experiência que já há de implementação nalgumas coisas, mas que só a existência dele é uma mais-valia imensa. ... é ótimo, 5 estrelas, luxo. Como tudo, depende das pessoas e do perfil das pessoas... (ECPCJ2)

Nós só temos representante [do Ministério da Educação], não temos professor-tutor. Porque o Ministério não coloca. Não encontra uma pessoa. Já tivemos dois professores-tutores quase não pararam cá. (...) Portanto, professor-tutor, a situação é esta, não chegamos sequer a ter a prática do exercício de um professor-tutor. É uma figura que eu acho que as pessoas ainda não perceberam, nem as comissões, nem os próprios professores-tutores. (...) Eu vejo muito o professor-tutor como um interlocutor privilegiado entre as escolas e a Comissão. (ECPCJ1)

No seguimento do tema do desempenho do Ministério Público é aberto o debate relativamente às Comissões de proteção de crianças e jovens. Uma das primeiras questões é, exatamente, a do papel que o MP tem dentro das Comissões.

E de um modo geral a perspectiva é bastante positiva. Tenho a impressão que as coisas estão a assentar para o Ministério Público estar realmente no lugar que foi atribuído pela nova lei, e que é bem aceite. Há uma certa nostalgia do sistema antigo, onde o Ministério Público era o presidente das Comissões, e até uma certa crítica, quase permanente, às Comissão de proteção, porque as pessoas entendem que antes é que era bom quando o Ministério Público lá estava. Mas não tivemos nenhuma Comissão que tivesse criticado, nem por o Ministério Público intervir demasiadamente, nem por se desligar das Comissões de Proteção. Depois, claro que há as maneiras de ser das pessoas. Há umas pessoas que são mais interventivas. Mas tenho a impressão que está uma posição bastante equilibrada. Houve várias Comissões que disseram: o Ministério Público tem muito pouco tempo, muito trabalho, mas nós sabemos, temos sempre o contacto pessoal, que numa emergência se o contactarmos, o Ministério Público está atento e nos acompanha.(...) Portanto, em relação à intervenção do Ministério Público nas Comissões de Proteção as coisas estão bem. (PMP)

Nas palavras do representante do Instituto da Segurança Social funcionam bem, apesar de no início se terem deparado com alguns bloqueios, que estão a ser progressivamente superados:

Sabe-se a tensão que foi no início quando se adotou este modelo de o Ministério Público estar fora das Comissões de Proteção e, neste momento, ter o papel fiscalizador. Foi uma tensão que foi difícil de gerir naqueles momentos iniciais, porque deixou as Comissões de Proteção com aquele sentimento de orfandade relativamente a uma tutela que lhes dava tranquilidade sobre as decisões que iam tomando. Mas foi sendo suavizada não apenas porque foram entrando juristas para as Comissões. Foi havendo a formação dos técnicos, que foi dando outra confiança relativamente à avaliação das situações e ao próprio modo como desenvolviam os processos. (...) Hoje as Comissões de Proteção funcionam, apesar da pressão a que são sujeitas pelos processos, sobretudo aqueles grandes. Mas funcionam num ambiente mais sereno do ponto de vista da comunidade e são entendidas como uma resposta séria da comunidade. (PISS)

Mas para o Instituto da Segurança Social a maior fragilidade das comissões é ainda a questão do acompanhamento das famílias e das situações:

A fragilidade principal tem que ver com o acompanhamento das famílias e o acompanhamento das situações, mais do que propriamente acompanharem de perto aquilo que são as determinações da lei. Penso que há hoje, de alguma maneira, uma segurança diferente no modo como as Comissões trabalham deste ponto de vista. (PISS)

Para além deste problema considera um outro, que é a questão da limitação dos mandatos:

Há aqui um problema que a gente vai ter que resolver, que é o da limitação dos mandatos. Porque este problema cria dificuldades, ou seja, as pessoas não podem estar mais do que determinado número de anos nas Comissões de Proteção, adquirem ali uma capacidade que não é fácil de reproduzir de um momento para o outro e que resulta,

em muitas circunstâncias, da própria experiência. Portanto, esta limitação de mandatos tem vantagens, por um lado, mas tem muitas desvantagens, nomeadamente ao nível da segurança. Nós temos muitas Comissões que hoje estão assentes em pessoas que estão lá desde que se iniciou o trabalho nas Comissões. E de um momento para o outro corre-se o risco de a Comissão ficar descapitalizada dos seus elementos mais densos e mais sustentáveis na forma como trabalham. (PISS)

E fala-se, também, de um problema que se começa a verificar com maior regularidade, que é o do anonimato das sinalizações de crianças e jovens em perigo, o que é visto como uma situação muito preocupante:

Depois que entrou em vigor esta Lei de Promoção e de Proteção melhorou-se bastante a qualidade dos próprios relatórios, que se passou a saber que eram coisas públicas para os intervenientes e, portanto, podiam ser contraditados. Isto é fundamental. Mas está a haver ultimamente uma coisa que me preocupa, que é o anonimato das sinalizações. Está a aumentar grandemente o número de técnicos das instituições, das escolas, que sinalizam às Comissões e não se querem identificar. (PMP)

Sobre a questão da interlocução, a posição que defende é a de que não deviam ser os magistrados do tribunal de família e menores a fazê-la, mas sim os magistrados que estão nos tribunais das localidades onde estão implantadas as comissões, pois só assim se conseguiria um desempenho melhor e uma interlocução de qualidade:

Uma posição que eu tenho defendido, que é completamente minoritária, é: agora com o mapa judiciário vamos ter Comissões de proteção de crianças e jovens em todos os concelhos, penso que não faz sentido aquilo que hoje, na área das Comissões de Proteção, por exemplo em Coimbra, que vai desde Coimbra até Oliveira do Hospital, até Tábua e depois para o interior, os interlocutores dessas comissões sejam os magistrados do Ministério Público que estão no Tribunal de Família e Menores de Coimbra. Por um lado, porque cada um tem quatro ou cinco interlocuções, o que significa que dificilmente executa as suas funções todas; por outro lado, porque sendo as Comissões de Proteção de Menores estruturas locais, e estruturas de proximidade, quem deve fazer a interlocução é quem está naquele local, é o magistrado que está naquele local. Qual é a função, nessa área, que os magistrados do tribunal de família e menores devem ter? É um papel, por um lado, de coordenação, de assegurar o acompanhamento das comissões no acesso ao tribunal. Por outro lado, fazerem a coordenação dessa interlocução. (PMP)

Defende, para além disso, que a regulação das funções parentais deveria ser uma competência das comissões, o que ajudaria a resolver alguns problemas que existem atualmente:

Outra questão que me parece também importante nesta matéria tem a ver com a questão da regulação do exercício das responsabilidades parentais. Acho que a decisão, a jurisdicionalização de todas as relações no exercício das funções parentais, mesmo as que sejam por acordo, resulta não de um problema constitucional, mas apenas porque não foi alterado. Porque quando se passou para as Conservatórias os divórcios por mútuo consentimento, com a homologação da regulação do poder paternal pelo Ministério Público, não se mexeu no resto. Acho que não há nenhuma razão para que a regulação do exercício das funções parentais por acordo não seja apresentada ao

Ministério Público, não há nenhuma razão constitucional, nem há nenhuma razão para que ela não seja simultaneamente promovida pela Comissão de Proteção de Crianças e Jovens, na medida em que pode ser esse o problema que resolve o perigo, se regular bem as funções parentais o perigo pode desaparecer com homologação do Ministério Público. E aí, de facto, podíamos resolver alguns problemas. (PMP)

A concluir, qual a natureza jurídica e identidade das CPCJ, enquanto parceria, por uma questão de proximidade dos serviços de administração pública e da comunidade, tenta reservar para si o campo de intervenção das crianças e jovens em perigo para o seu desenvolvimento:

É um misto, e é um misto que resulta. Hoje as Comissões de Proteção têm, de uma forma geral, uma autoridade, vão conquistando autoridade. Ao princípio eram olhadas com alguma desconfiança, depois houve ali uma série de episódios que não contribuíram nada para reforçar a confiança das comunidades nas Comissões. (ISS)

Penso que é uma equipa de reflexão social, a quem chega uma série de dados por parte das outras instituições. (...) Eu acho que é mais uma reflexão sobre a intervenção, mas é uma intervenção muito limitada, porque eu compreendo que são milhares processos e não existe a capacidade para acompanhar... (...) penso que se têm vindo a criar outras estruturas de complemento à intervenção das comissões. E que eu acho que são vantajosas. Se as coisas funcionarem desta maneira, eu penso que a comissão poderá ter, de facto, este papel, que é quase um bocadinho como o tribunal, não é? (EIPSS)

2.1.5.2 O sistema público de Mediação Familiar

O sistema público de Mediação Familiar é outro dos assuntos controversos no âmbito do sistema de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Se, por um lado, a maior parte dos atores é de opinião que a mediação familiar é imprescindível, por outro lado nem todos são unânimes em afirmar que o sistema funciona bem, havendo vozes muito críticas, sobretudo da parte do Ministério Público e dos magistrados judiciais. Assim, sobre a imprescindibilidade da mediação familiar:

Eu acho que a mediação familiar e a mediação de conflitos(...) é uma solução de futuro, mesmo. (EIAC)

A questão da mediação familiar, acho que faz imensa falta. (ECPCJ1)

Nesse sentido vai o discurso dos entrevistados do Sistema de Mediação Familiar:

Abrange as matérias relacionadas com o divórcio, não é? Ligado ao divórcio, passou a poder tratar-se também do acordo de partilha, uma vez que faz parte, é uma das matérias do divórcio. Num divórcio numa Conservatória poderá entregar um acordo de partilha, portanto é perfeitamente possível fazer a mediação ao acordo de partilha. A regulação continua a fazer parte. A atribuição da casa de morada de família. Portanto, todas as questões ligadas, direta ou indiretamente, ao divórcio. As questões dos apelidos dos ex-cônjuges... No fundo, todas as questões em que as partes possam, quando exista

na relação familiar um conflito, acordar livremente. (...) Nessas matérias poderá haver sempre mediação familiar. (ESMF)

E um magistrado do MP entende que, apesar de entendimentos diferentes sobre o recurso à mediação, o tribunal deveria recorrer mais vezes no âmbito dos procedimentos cíveis:

Nos tribunais de família e menores temos alguns “comprimentos de onda” diferentes. ... eu acho que nós aqui devíamos recorrer com muitíssima frequência à mediação, sobretudo na área dos procedimentos cíveis. Muitas das vezes, o que nós temos ali não é o problema, é a emanção de um problema. O problema é outro (...) e só se resolveria se as pessoas comunicassem. Eu não estou a dizer que se amassem, mas que comunicassem. Ora bom, para estabelecer esta comunicação não são o Procurador e o magistrado os interlocutores adequados. Embora muitas vezes façam isto. (EMP)

Os representantes do próprio sistema de mediação familiar fazem um balanço muito positivo deste serviço:

Acho que a balança está claramente a pender para o lado positivo, porque realmente vamos estando envolvidos nos vários momentos e não há dúvida que agora, nesta última fase de 2 anos e tal de funcionamento, é inegável que passámos de uma situação em que havia mediação familiar para as pessoas da Grande Lisboa, num serviço que praticamente era desconhecido, onde não havia qualquer investimento, e agora temos já a abranger o país todo. (ESMF)

Porém, e como já tínhamos mencionado, não existe da parte de todos os operadores esta benevolência para com a atuação do serviço de mediação familiar, considerando que o serviço é mau:

(...) no princípio, quando vim para cá, promovi três ou quatro vezes a suspensão das conferências de regulação do poder paternal (que era assim que se chamava na altura) com vista a que as pessoas fossem à mediação e tentassem resolver o problema. Nunca consegui um resultado positivo. Nunca consegui um resultado positivo porque a mediação funciona mal. (...) E funciona mal, eu acho que, desde logo, e peço desculpa se estou a ser mau, porque não há capacidade técnica para isso. (EMP)

ou, pelo menos, uma prática inexistente nos tribunais e insatisfatória nos resultados:

A mediação era totalmente inexistente até este ano. Com esta obrigação que a lei impôs... que também é uma coisa que, entre aquilo e nada, é quase nada. Aquilo é uma coisa só indicativa. Nós já tínhamos nos tutelares cíveis, como sabe, a suspensão da instância e mandar para a mediação familiar, e não tínhamos nada essa prática. Isso era inexistente. Por outro lado, as poucas coisas que nós recebíamos dos gabinetes de mediação também não eram satisfatórias. Pelo menos para mim não eram satisfatórias e tinham por base um critério jurídico de trabalho que eu achava errado. (E)

Segundo o próprio SMF este descrédito e falta de reconhecimento para com a mediação familiar devem-se muito à mentalidade prevalecente ainda no sistema judicial:

A mediação não é ainda uma coisa que está interiorizada no sistema judicial. (...) têm um método de trabalho tradicional, em que as coisas vão ao tribunal e não saem do tribunal... ainda não existe abertura, ou seja, interiorização da mediação familiar ao ponto de perceberem que não é para os casos em que eles não sabem o que lhes hão-de fazer, mas sim para os casos que começam, e antes de avançar se calhar convinha irem à mediação familiar. (...)o futuro seria a mediação familiar absorver esses casos, ou seja, esses casos não deveriam estar em tribunal, deveriam ter entrado primeiro pela mediação familiar, o que não acontece na nossa situação atual porque esta é uma atividade que ainda não é reconhecida pela maioria das pessoas. (ESMF);

no que é acompanhado por uma ONG:

Que [a mediação] tenha encontrado muito pouca sensibilidade em quase todo o lado, ainda é uma realidade. (EIAC)

Esta falta de reconhecimento repercute-se ao nível da articulação que se estabelece – ou devia estabelecer – entre a mediação familiar e outros intervenientes, como o Ministério Público, a Segurança Social ou as Conservatórias do Registo Civil:

A nossa ligação com todas essas entidades de que falou existe, faz parte da tal divulgação que temos vindo a fazer. Agora, de facto está mais marcada com os tribunais e com as conservatórias, já que é uma coisa que está mais delimitada, e a própria lei já o prevê. Em relação às outras entidades, de facto já tivemos o envio de um pedido de mediação pela segurança social, mas é assim uma coisa esporádica, portanto, ainda há aqui alguma ligação que tem de ser feita, que ainda não está consolidada, e que falta fazer. E que tem de ser feita também com características próprias, porque depois esta área da mediação também rompe com o paradigma do assistencialismo. (ESMF)

E consideram que muita da desconfiança dos cidadãos relativamente à mediação familiar tem a ver com o desconhecimento sobre este serviço, mesmo quando as partes são remetidas pelo tribunal:

Entre os que vêm do tribunal e os que não vêm do tribunal não se nota assim grande diferença. Sendo que os que vêm do tribunal deveriam ter mais conhecimento, isso é uma das coisas que não está ainda bem conseguida na articulação com os tribunais, porque se as pessoas vêm através do tribunal é porque à partida disseram perante o tribunal que “sim senhor, queremos ir à mediação familiar”, e ao fazerem-no, é suposto terem sido esclarecidas sobre o que é isso da mediação familiar. (ESMF)

Contudo, uma das maiores tensões que se sente relativamente à mediação familiar tem a ver com a presença dos advogados. Os advogados consideram que a sua presença é indispensável, falando mesmo que existe uma cultura de hostilidade quanto aos mesmos; os serviços de mediação familiar não se opõem à sua presença, em certas situações até a consideram necessária, mas têm um discurso cauteloso:

Nesses meios alternativos a grande ameaça é que as composições ali encontradas são muitas vezes dirimidas a favor das partes economicamente mais fortes e, sobretudo, culturalmente mais fortes. Eu defendo sempre que, seja onde quer que for que seja resolvido o conflito, as partes sejam representadas por um advogado porque os

advogados igualizam as partes perante o decisor. (...) Há uma subcultura de hostilidade em relação aos advogados. (EOA2)

E parece-me que em muitas áreas as pessoas não defendem devidamente os seus direitos porque não estão devidamente assessoradas. Isto é, estão um pouco indefesas quanto aos seus direitos nessa atividade de resolução alternativa dos litígios. Seria bom, seria desejável que elas soubessem de todos os seus direitos. (...) porque nem sempre estão informados dos seus deveres e acordam soluções que muitas vezes não serão as melhores para elas, precisamente por falta desse aconselhamento. (POA)

O serviço de mediação familiar defende a abertura à vinda do advogado, mas também pondera a sua presença quando a outra parte não tem advogado presente:

A nossa posição é de abertura à vinda do advogado. (...) As pessoas têm o direito de se fazer acompanhar pelo seu advogado e isso não pode ser colocado em causa. Agora nós temos não só o direito, mas o dever de velar que a intervenção que é feita respeite as suas características e as regras deste procedimento. (...) É preciso ver com a parte que está sem advogado se concorda em avançar para a reunião só com o advogado da outra pessoa, ou se também quer trazer o seu advogado ou se não quer trazer o seu advogado, ou até pode nem ter advogado. (...) É preciso o mediador fazer uma avaliação, tem de ponderar se isso pode desequilibrar o poder entre aquelas duas pessoas, no início e no desenrolar do trabalho, e portanto o mediador também tem a possibilidade técnica de dizer que, na sua perspectiva, não é boa ideia fazer o trabalho dessa forma. Não é dizer que o advogado não pode entrar, é dizer que não vai haver condições. (...) Não tenho nada a visão da prática que a presença dos advogados seja um problema, porque, reparem, às vezes há situações em que pode ser muito útil termos um advogado a acompanhar uma pessoa a uma primeira reunião, porque obviamente, às vezes, as pessoas estão assustadas e inseguras e ter o advogado ao lado pode ser uma coisa que ajude a pessoa a vir à mediação (...). (ESMF)

Mas uma ONG entende que a presença dos advogados nas sessões de mediação familiar dificulta o processo de comunicação:

Penso que estamos todos de acordo relativamente ao papel que os advogados têm de desempenhar nestes meios alternativos de litígios, quanto ao aconselhamento dos clientes. (...) Mas a presença na sessão de mediação às vezes dificulta um bocadinho o processo de comunicação. Agora temos aqui a Ordem a funcionar um bocadinho em sinais contrários, ou seja, por um lado chamando a atenção do papel do advogado, que eu concordo plenamente a nível da informação, para as pessoas não irem para a mediação sem saberem para onde vão, mas por outro lado temos posições frontalmente contra, designadamente do Sr. Bastonário, relativamente a tudo o que são leis de resolução alternativa de litígios... (PAPAV)

E mencionam também que a maior parte dos mediadores familiares são, eles próprios, advogados, o que ajuda à mudança de mentalidades:

Agora temos a introdução da mediação na legislação, o que também, de alguma forma, faz com que existam alguns advogados que concordem com a mediação e até cooperem nesse sentido. (...) A própria situação de, ao longo dos últimos anos cada vez existirem mais mediadores familiares, mais cursos de formação e mais profissionais a tirarem esta formação também acaba por ser uma forma de divulgação, e de, por exemplo, existirem muitos advogados que também são mediadores familiares, não é?

Nas nossas listas temos mediadores familiares que são advogados também, portanto, começa a haver uma interpenetração. (ESMF)

E o mediador tem uma dimensão para este tipo de processo que é preservar a intimidade, que é evitar o conflito acima de tudo, o que normalmente não é possível conseguir num tribunal. O mediador tem uma formação bicéfala: por um lado, uma formação jurídica, por outro tem uma formação em dinâmicas de grupo, em psicologia. (PMJ)

A representante da Associação de Jovens Advogados entende que na área da família e das crianças o recurso aos meios alternativos seria a melhor escolha, por serem rápidos e por preservarem a intimidade da família:

Mas os meios alternativos não são só, eu arriscaria a dizer, a melhor escolha por serem mais rápidos. São-no também porque permitem manter a intimidade da família. (PA)

O representante do Ministério da Justiça considera que o principal problema é a homologação judicial do acordo que se conseguiu obter através da mediação, por ser mais penoso e mais caro:

Na lei está previsto que o juiz pode enviar processos para mediação e é também a ele que cabe homologar o acordo de mediação. (...) Hoje temos graves problemas em conseguir de forma célere e, sobretudo, com baixo custo que é, digamos assim, uma das armas da mediação, homologar um processo de um acordo de mediação. Que é uma competência do juiz neste momento. Por várias razões: em primeiro lugar, não há um processo previsto, específico, para homologar um acordo de mediação, o que quer dizer que segue o processo normal da homologação. Eu posso ter demorado dois meses a conseguir um acordo de mediação e demorar seis a conseguir homologar. Posso ter pago cinquenta euros para conseguir fazer uma mediação, mas posso pagar duzentos e quarenta euros para conseguir homologar. Isto não faz muito sentido, qualquer pessoa conseguirá perceber isso. Mas aí não é um problema do Ministério Público. (PMJ)

E defende que a homologação do acordo de mediação deve ser feita pelo MP:

Eu tenho vindo a desenvolver a ideia de que havia competências, que são atribuídas ao juiz e que dificultam a interação entre a mediação e o poder judicial, que deviam estar, se calhar, nas mãos do Ministério Público. (PMJ)

E é por isso que há quem defenda a pré-mediação obrigatória:

Num processo de regulação das responsabilidades parentais, para mim é muito óbvio que a mediação familiar é, e deveria ser, e em alguns modelos jurídicos comparados até já é, uma antecâmara. Por exemplo, devia haver uma pré-mediação obrigatória. (PMJ)

2.1.6 A polícia de proximidade – apoio e informação aos mais vulneráveis

A descrição das funções e da prática do novo papel da Polícia – a Polícia de Proximidade – no apoio aos direitos das crianças, idosos e vítimas de violência doméstica no discurso de uma das comissárias responsável pelo projeto:

Nós começámos, desde setembro de 2006, com um projeto-piloto que é o Programa Integrado de Policiamento de Proximidade. (...) Não só aqui no comando de Lisboa, mas em várias cidades ou em vários comandos do território nacional. (...) Chegou-se à conclusão que o policiamento aleatório, os agentes andarem na rua com o giro, não resultava. (...) Nós teríamos que ir às causas e para ir às causas tínhamos que estar mais próximos da população. Pelos tipos de crimes, porque são crimes que afetam aquela população mais desfavorecida em termos de várias carências, ou porque são idosos, ou porque são crianças, ou porque são vítimas de violência doméstica, e nós tínhamos que estar próximos dessas pessoas. (EPSP)

As Comissões de proteção de crianças e jovens são as mais entusiastas e relataram as sinalizações e a colaboração da polícia de proximidade na promoção dos direitos das crianças:

A última estatística que fizemos, do ano passado, não sei o número certo, mas dava qualquer coisa como 300 e tal sinalizações só da PSP. Tem a ver com alguma orientação e com as alterações que houve na legislação relativa à violência doméstica. (ECPCJ1)

O que domina em termos de sinalizações é a PSP. (...) A PSP aqui tem uma intervenção muito grande. No sentido de proximidade. (...) Fizemos formação a todos os elementos da PSP, começando pelos chefes das esquadras até às EPAVs. (...) São equipas que eu tenho muito boa impressão do seu trabalho e que nos articulamos muito bem. (...) [Fazem sinalizações] Escritas. 99,9% escritas. (ECPCJ2)

A Polícia – e em especial a Polícia de Proximidade – assume-se, assim, hoje como um ator central na articulação com outros atores e na operacionalização do sistema de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças:

(...) trabalhamos com as famílias (...). Por exemplo, detetou-se uma situação de um aluno que está a faltar às aulas. As nossas equipas da Escola Segura tomam conta da ocorrência e vão à residência (...). E vemos o que é que se passa com aquela família. (...) Depois, nós verificamos porque é que o aluno está a faltar às aulas: é porque esteve doente – muito bem, está doente, está a faltar às aulas, informamos a escola que esteve doente – ou então é violência doméstica – lá vamos tratar da violência doméstica. E tratamos pela mãe, pelo pai, pelos filhos, o que estiver em casa, e articulamos com outras entidades. Se é uma situação muito grave em que as crianças estão em perigo, com a CPCJ; se é só uma situação de risco, Santa Casa da Misericórdia, junta de freguesia, para ver o que se passa com aquela família. Se a mãe não trabalha, porque é que não trabalha? Não tem capacitação profissional? Então se calhar é preciso tirar uma formação, e através das técnicas fala-se com o Centro de Emprego para lhe arranjar uma formação naquilo que ela gosta. E as crianças, quem é que fica com elas? Se ela não recebe dinheiro, não tem reforma, ou vai receber o rendimento de inserção social ou tem uma bolsa de estudo para a formação e os filhos serão colocados numa creche e a Santa Casa, normalmente, é que paga, ou através da segurança social. Mas

tentamos que a família seja tratada no todo, não é só a mãe. Há matéria criminal, a violência doméstica existe, nós registamos e comunicamos ao ministério público. (EPSP)

E este novo papel é extremamente valorizado por outros atores:

Os polícias são fantásticos. (E)

Eu acho que a PSP foi das entidades onde houve uma evolução maior, são uns colaboradores preciosos, adequados. (...) Nós já tivemos situações em que é a PSP que sinaliza, porque foi lá a casa por qualquer motivo que não tinha a ver nada com isto e que, de repente, encontra uma situação de uma criança que acha que está menos bem e sinaliza. (...) Da mesma maneira que criaram a Escola Segura, criaram a chamada polícia de proximidade, que é muito dirigida aos idosos. (...) Os idosos têm os cartõezinhos deles com os telemóveis. E eles andam sempre ali naquelas zonas em que vivem mais idosos, conhecem os idosos, batem à porta. (ECPCJ1)

A Escola Segura sinaliza-nos muito pouco, porque a Escola Segura aqui em Lisboa, pelo menos nesta área, trabalha muito bem e, portanto, são eles que intervêm. Eles é que vão a casa ver se vai para escola... e muitas vezes vão buscar a casa o miúdo. (...) A escola segura trabalha de facto bastante bem. (ECPCJ2)

Todavia, há quem entenda que o papel desempenhado pela Polícia ainda está longe de ser o mais indicado, e as controvérsias sentem-se mesmo dentro da própria Polícia:

[A Polícia] Ainda vai continuando, para mal dos nossos pecados, ainda vai fazendo de Assistente Social em algumas situações. (EMP)

Ainda temos divergências. Por isso, nós também temos que vencer os constrangimentos internos. Esta formação que nós damos é para todas as pessoas perceberem quão complementar é a atividade de todos. A atividade de proximidade é uma que se complementa com a de reação, que se complementa com a investigação criminal. Se assim não for, não faz sentido nós estarmos aqui a trabalhar, porque quanto mais o funcionário, neste caso o agente que trabalha na proximidade, fizer, trabalhar nas causas, menos ocorrências tem o carro de patrulha e tem o de serviço, porque aquelas chamadas da treta não aparecem. Só vai aparecer na esquadra aquilo que é mesmo mais importante, porque tudo o resto as equipas de proximidade já fizeram. (EPSP)

A formação dos elementos policiais de proximidade e a sua maior sensibilidade para as questões das crianças, da violência doméstica e dos idosos:

Todos os elementos que trabalham nesta área tiveram formação (...) no âmbito da violência doméstica, no âmbito das crianças, dos idosos; como gerir e como fazer parcerias; (...) sejam das valências internas sejam externas – porque às vezes cá dentro também é difícil. (...) Também é preciso afetar recursos humanos, é preciso elementos, e depois não são todos os elementos que conseguem fazer este tipo de serviço, porque este é um trabalho que é preciso ter certas características, ter um certo perfil, porque é um trabalho muito exigente e muito envolvente. (...) Mas nós queremos que as pessoas sejam voluntárias, primeiro, mas quando não são nomeamos aqueles que são melhores e vemos como é que eles desempenham as funções e fazemos a avaliação. Tanto é que este programa durante o ano passado até foi avaliado pela Universidade Nova. (EPSP);

e refletem-se no modo como são vistos por outros atores, em especial as CPCJ, que os consideram auxiliares preciosos no acompanhamento das medidas

Imagine que eu delibero aqui uma medida de aplicação de apoio junto da mãe, porque a miúda anda na prostituição, passa a vida na rua, entra em casa às 5 da manhã... posso – e fazemos isso várias vezes – pedir a um elemento da EPAV [Equipas de Proximidade e de Apoio à Vítima da PSP] que esteja presente no acordo, que faça parte desse acordo, e é ele que vai verificando no terreno se esta miúda continua a andar às 4h da manhã na rua, etc. isto deveria ser replicado, porque com uma boa formação isto pode ser uma mais-valia enorme. (...) Mesmo quando nós temos uma sinalização que não percebemos muito bem, porque aquilo vem um bocadinho malfeito e pouco claro, muitas vezes em vez de sermos nós a irmos lá, ligamos para a EPAV a dizer “Olhem, por favor vão lá ver se isto existe, se está lá alguém, porque tem alguma urgência”, e eles vão de imediato, são rápidos, eficazes, vêm logo cá dizer. (ECPCJ)2

Para vermos se o acordo está a ser cumprido ou não, nós ajudamos. As técnicas [da CPCJ] não têm tempo para ir visitar todos os acordos e ver se está a ser cumprido, não têm capacidade. (EPSP)

A forma de funcionamento destas equipas é-nos explicada, ao mesmo tempo que é manifestado o desejo de que o horário de funcionamento fosse alargado:

São dois agentes que estão permanentemente numa determinada área, que nós determinamos como sectores. Esses agentes acabam por conhecer quem? Os idosos que moram ali; os comerciantes que ali estão. Começam a ganhar confiança com as pessoas que ali trabalham, com as instituições que ali operam e acabam por criar uma espécie de partilha dos problemas que ali estão. (...) vão recolhendo informação e veem aquilo que naquele sector – fazem uma espécie de diagnóstico – afeta aquelas populações. (...) Ao identificar tem que trabalhar, tem que ir às causas deste problema. ... Tem que arranjar uma solução, chamando também a si as outras entidades: junta de freguesia, as nossas valências, a divisão de trânsito, o pelouro da Câmara de Lisboa na área do trânsito, de forma a que arranjem uma solução para por termo àquela situação. (...) Mas procuramos que as equipas fiquem sempre estáveis, entrou um elemento novo, fica com um elemento mais velho. (...) Infelizmente, nós ainda não conseguimos ter estas equipas as 24h. Estão no período do dia, que nós indicamos, que é onde chega ao maior número de pessoas que é durante o dia, entre as 8h e as 21h, sensivelmente. (EPSP)

É ainda focado o modo como estas novas vestes da Polícia são reconhecidas e apreciadas pelos cidadãos:

Sentimos que a população fica mais segura, mais confiante e depois comunicamos mais coisas. (...) [As pessoas] Falam mais depressa até. Falam mais depressa, porque... aquela vergonha que havia da violência doméstica já não é tanta, as pessoas sabem que é um problema que tem se resolver. E depois, enquanto ninguém sabe, o agressor tem o domínio; quando a polícia sabe, ele já sabe que não está sozinho. E se ele fizer mal novamente, já tem alguém atento e que, se fez até agora escondidinho e ninguém sabia que ele tinha feito, agora há “publicidade”, se há publicidade, há consequências. (EPSP)

2.1.7 Os advogados e a sua difícil relação com o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças

A diferença entre o desempenho de advogados nomeados no âmbito do apoio judiciário e advogados constituídos, sobretudo na área da família e das crianças, é abissal em prejuízo dos advogados nomeados e dos seus representados:

O apoio judiciário tem muitas limitações a todos os níveis. Aqui temos as tais duas grandes áreas: a família e os menores. Na área da família o patrocínio é obrigatório, portanto, as pessoas estão representadas, maioritariamente por advogados constituídos (...). (...) Nota-se claramente [diferenças de desempenho entre os advogados constituídos e os advogados nomeados]. (...) Nos tutelares educativos, os miúdos estão representados por defensores oficiosos nomeados, aí com imensos problemas. (EJ)

É uma diferença abissal entre advogados e defensores. (...) Ou seja, coisas que tenham substrato económico, obviamente, temos aí advogados a defender e a fazer o seu trabalho normal, como fazem noutra tribunal qualquer. E, portanto, aí o relacionamento é o relacionamento entre pessoas que sabem o que é que andam a fazer, não é? Isto é o melhor que há. E depois temos o pior que há, que são os tutelares educativos, que vêm para aqui e estão calados, e quando a gente pergunta alguma coisa, eles levantam-se e começam a fazer alegações. (...) Estão a leste, não falam com as pessoas, não falam com os miúdos. (...) o que eu quero dizer é que: ponto número um) há distinção entre advogados e defensores. Ponto número dois) Advogados é naqueles processos cíveis, providências cíveis. Raramente temos advogados de mercado, chamemos-lhes assim. (...) Os processos em que nós temos advogados dessa craveira são poucos. Depois temos a área dos defensores oficiosos, sobretudo nos processos de tutelares educativos, que é uma desgraça. (EMP)

O que já abre espaço para o tema da formação dos advogados na área da família e das crianças, onde todos os intervenientes – incluindo os próprios advogados – consideram existir um grave défice de conhecimentos:

A formação da Ordem é muito má, muito má. Basta comparar o primeiro dia de um juiz ou de um procurador com o primeiro dia de um advogado. É uma diferença da água para o vinho. É assustador, é assustador. E isso gera muitas das tensões que existem no sistema judicial. É a absoluta impreparação dos advogados. (...) A minha perspetiva é esta: a Ordem não tem que ensinar ninguém. Isso pertence às escolas do direito. A Ordem tem que ensinar aquilo que nunca tem ensinado até agora: as práticas forenses e deontologia. A Ordem, em vez de estar a fazer doudas lições sobre direito penal, direito civil e direito administrativo, tem de fazer simulações de diligências, de julgamentos, encenar, teatralizar, com seriedade. Portanto, tem que habilitar o advogado a mover-se dentro de uma rede. (EOA2)

A qualificação põe-se muito quanto aos advogados. Os advogados não têm formação nenhuma. (...) Tem mais corpo presente no tutelar educativo, sem grande intervenção ativa. Não quer dizer que seja tudo, não é? Pelo menos em julgamento há ali uma conversa com as crianças e o tentar encontrar uma solução mais ajustada. Mas realmente é mais figurativa, não tão interventiva. Na promoção e proteção, eu acho que há défices de base do ponto de vista da formação, mas nestes casos em que as crianças depois são representadas, nos casos sobretudo da confiança para adoção, que são as grandes questões que depois chegam a debate judicial, no geral, apesar de tudo, acho que as pessoas ficam sensibilizadas. Há ali algum investimento e preocupação pessoal, porque estão tocadas pessoalmente com a debilidade e a fragilidade dos casos. (EJ)

Os advogados que contactam as CPCJ desconhecem o seu funcionamento e a legislação relativa aos direitos das crianças:

O que eu noto é que – eu em nome da Comissão, até porque isto tem sido uma questão já aqui discutida – nestes processos da regulação paternal não tanto, mas nos PPP [promoção e proteção] há um desconhecimento enorme... (...) Porque chegam aqui advogados a dizer os maiores disparates. (...) Começa logo na questão de “Eu tenho procuração e posso sem a minha cliente...”, “o meu cliente não vai aí”... (...) E mesmo na regulação das responsabilidades parentais, já tivemos aqui situações que também envolviam perigo, que as coisas acabaram por se resolver mais rápido por a comissão ter dado algumas pistas aos próprios advogados. (ECPCJ1)

Não existem [advogados]. E fazem muita falta. Mas tinham que ser advogados preparados para estas áreas. (ECPCJ2)

A má qualidade da advocacia decorre destes processos não serem do mercado:

(...) Mas estes são processos em que tradicionalmente os advogados não intervêm, porque, sejamos claros, não são processos do mercado. Nos processos de promoção e proteção é obrigatória a nomeação de advogado nos debates para representar a criança, não é? E nós hoje deparamo-nos com advogados que são nomeados e que estão completamente a leste daquilo que se está ali a passar. O que é dramático porque a criança não está a ser defendida de facto por aquele a quem a lei nomeou e que o devia defender. Hoje a lei obriga expressamente à sua nomeação e temos um défice de intervenção, porque não há advogados vocacionados, formados para isto e preparados para isto. E, portanto, o sistema acaba por ser deficitário. (PMP)

Tem a ver com uma carência da nossa própria profissão. Nesta área, na área de menores, tutela de menores, não existe formação que nos permita intervir neste tipo de processos com o saber que estamos habituados a ter. (...) É responsabilidade das faculdades, mas passa também pela própria sensibilização destas matérias. Como o [MP] estava a dizer, é uma massa muito grande de processos, não é interessante em termos económicos. (PA)

Mas há quem tenha saudade da não obrigatoriedade de participação dos advogados em processos tutelares, designadamente, tutelares educativos:

Agora há milhares de problemas porque como têm de estar nomeados, há um bloqueio enorme porque, primeiro, nos interrogatórios não temos advogados para representar os miúdos e não se podem fazer sem advogado. (...) Não é um sistema eficaz. Temos tido vários problemas. O mais grave, de facto, é nos primeiros interrogatórios, porque os miúdos estão detidos. (EJ)

2.2 As parcerias entre o Estado e a comunidade: a construção de uma rede de acesso ao direito e à justiça

Um dos temas mais discutidos pelos vários entrevistados tem a ver com a constituição de parcerias e com a articulação em rede entre os vários, de modo a proporcionar um sistema mais forte e coeso e, assim, mais promotor da cidadania. Se bem que as parcerias sejam vistas como algo de necessário, ainda há muitas críticas

entre os vários intervenientes, no sentido de notarem que as articulações falham e que não há, ainda, esse espírito colaborativo, sendo necessária uma mudança de mentalidades e de práticas profissionais:

As pessoas têm que perceber esta noção de comunidade e esta noção do trabalho em rede. Desta importância de termos de construir uma rede. É uma coisa que as pessoas, quando não estão nisto, não conseguem perceber, como eu não conseguia. (ECPCJ2)

Em Portugal, esta é a minha sensibilidade, temos muito que trabalhar neste sector das parcerias, estamos muito pouco habituados, as pessoas estão muito perdidas, e há aqui um trabalho de rede social, porque não se conseguem resolver problemas que são multidisciplinares com intervenção de uma só entidade que, por melhor que seja, não pode funcionar sozinha. (EJ)

Isto exige sempre uma grande articulação entre várias instituições, entre vários recursos, o que nem sempre existe. Nem sempre é muito fácil, nem sempre as coisas acontecem dentro do tempo previsto, do tempo que seria o mais adequado, as decisões demoram muito tempo a serem tomadas relativamente a estes processos mais judiciais. (EIPSS)

O problema não está nas leis, não é aí que eu quero chegar. (...) Agora a questão é: é muito mais fácil fazer um diploma do que mudar as mentalidades. Nós não precisamos de mais leis... é sempre possível melhorar uma lei. Agora, o que nós devíamos melhorar era a nossa cultura. A nossa cultura cívica e a nossa cultura de profissionais. Nós somos muito pouco profissionais. (EMP)

Mas reconhece-se que, cada vez mais, as articulações se vão estabelecendo, seja ao nível formal, como informal:

A ideia que eu tenho é que cada vez mais estamos a evoluir no sentido de estarmos cada vez mais atentos para os sinais de perigo e de risco a que as nossas crianças eventualmente poderão estar expostas; e cada vez mais as pessoas também estão mais informadas relativamente aos locais onde se devem dirigir. Antigamente, as pessoas tinham a ideia de que só se protegiam as crianças quando se ia às Comissões ou quando se ia diretamente a qualquer lado. Hoje em dia sabemos que na escola as situações podem ser sinalizadas, que podemos falar com alguém na escola porque na escola há-de haver sempre algum representante da Comissão de Proteção de Crianças e Jovens; sabemos que nos centros de saúde também há representantes. Portanto, eu penso que as coisas hoje em dia as coisas estão a evoluir muito favoravelmente. (EIPSS)

Fazemos parcerias formais ou informais com instituições, por exemplo, juntas de freguesia... São nossos parceiros privilegiados a ajudar a população aqui da nossa área. (...) É isso que nós queremos dentro do PIPP – Programa Integrado de Policiamento de Proximidade em Equipa. É esta parceria que se organiza, porque foi detetado um problema e nós queremos resolvê-lo. Como a polícia sozinha não pode resolver, tem a parte criminal, que sim senhor resolve, mas tem toda a parte de ação social que não pode resolver, colabora com as outras entidades, que têm competência nessa área. (...) Daí que é muito importante nesse programa nós termos os contactos, não do diretor, mas do técnico que está. As minhas EPAV sabem na CPCJ com quem é que eles se podem articular quando têm problemas. Quando vão à Santa Casa da Misericórdia é a técnica Dra. “Fulana tal”, é aquela que eles vão contactar. Tal e qual nos pelouros da

Câmara: do serviço tal é o técnico tal. Porque depois acabamos por ter os contactos telefónicos, mesmo os pessoais, para nos ajudar a aligeirar isto. (EPSP)

Mas há o risco de que exista um desperdício enorme de recursos, pois existem variadíssimas entidades, mas não existe uma rede articulada:

Uma ideia que me foi ficando ao longo disto é que há um problema que não conseguimos resolver: muitos recursos, muita gente, e gente empenhada, mas está tudo difuso e disperso. Tudo isto gera, por um lado, uma certa perplexidade ao cidadão. E depois, por outro lado, gera um grande desperdício de recursos humanos e técnicos. (PCDF)

A partir da rede social defende-se a criação de centros de apoio à família que tenham também a valência do apoio jurídico:

Sou defensor, há muito tempo, que deveríamos ter em Portugal uma coisa que não temos, que é uma rede, enfim, não precisa de ser uma rede com a extensão que têm as Comissões de Proteção, mas uma rede de centros de apoio às famílias. Neste sentido, ir um pouco mais longe do que o mero apoio jurídico. Nós temos hoje um conjunto de instrumentos de proteção das famílias, desde os domínios da saúde aos domínios da violência, da questão dos direitos das crianças, do próprio direito da família, ou seja, da proteção social, e que se tornam um calvário sempre que alguém quer ter informação. A informação está de tal forma tão dispersa, porque não se concentra só neste ministério. A gente não consegue ter um quadro completo, e eu penso que fazia falta um tipo de estrutura, obviamente não pode ser muito multiplicada, porque não havia condições para isso, em que as famílias, ou as pessoas individualmente consideradas, conseguissem obter respostas para as questões que se lhes colocam. (PISS)

Para constituir a rede de centros de informação jurídica, há quem aponte a estrutura já existente das Comissões de proteção de crianças e jovens como potenciais entidades prestadoras de consulta jurídica, já que são entidades próximas e de fácil acesso:

Eu não digo que isso possa ser feito já de momento, mas as Comissões de Proteção, legalmente, têm obrigatoriamente um advogado. Penso que não podemos estar sempre a mudar tudo e a pensar em soluções novas, porque às vezes é mais fácil aperfeiçoar coisas que já estão na comunidade. Eu não sei se garantindo, por exemplo, que as Comissões de Proteção, no caso das crianças, poderiam ter uma função de consulta jurídica, pelo menos em relação àquelas crianças que tivessem processo nas Comissões, porque é uma entidade de muito fácil acesso às pessoas. Até podia ser protocolado com a Ordem dos Advogados quem seria o jurista das Comissões. (PCDF)

Todavia esta ideia de serem as Comissões as entidades prestadoras de informação e consulta não é consensual e há quem considere, até, que pode ser uma ideia perigosa por dar lugar a uma confusão de papéis:

O que é que eu quero dizer com isto? Parece-me desadequado que uma entidade que chame uma consulta seja a entidade que pode a vir a determinar e

decidir sobre essa mesma situação. Parece-me uma confusão de papéis relativamente perigosa, não é? (PISS)

Pessoalmente, acho e defendo já há muito tempo que as Comissões de Proteção devam poder celebrar acordos de regulação do exercício de responsabilidades parentais, homologadas pelo Ministério Público, como vai acontecer com o apadrinhamento civil, que vai ser homologado pelo Ministério Público. Isto sim é uma área que aumenta o acesso ao direito e aumenta a celeridade dos procedimentos e diminui o facto de as pessoas terem de ir a vários sítios tratar dos mesmos problemas. Tenho receio sobre a questão de acoplar aqui o aconselhamento jurídico mais global, tenho algumas dúvidas sobre isto, mas não tenho a certeza. (PMP)

Acentua, assim, a ideia da necessidade de criar entidades que ampliem o acesso dos cidadãos ao direito, em vez de podermos cair no erro de criar ainda mais barreiras do que as que já existem. Menciona, pois, o bom exemplo das Lojas do Cidadão:

É importante quando se fala da Loja do Cidadão: na Loja do Cidadão não se sai do mesmo sítio, e resolve-se tudo. Convém não criarmos coisas que impliquem mais uma barreira para as pessoas. Se vamos criar uma coisa que é para saber onde é que as pessoas vão, se calhar mais vale ver como é que as pessoas vão diretamente ao sítio onde devem ir. (PMP)

2.3 O acesso ao direito e justiça da família e das crianças: as críticas e as propostas

A conceção e o funcionamento do sistema de apoio judiciário em Portugal está sujeito entre os profissionais, às críticas negativas, entendendo haver um deficit e um bloqueio administrativo:

É uma coisa que a mim comove especialmente, o ver o quanto há um défice de acesso à justiça nesta confusão. (...) É difícil conseguir o que quer que seja dos mecanismos do Estado, que são um bloqueio do ponto de vista administrativo absoluto para quem não pode recorrer ou não tem advogado que recorra. (...) Vivemos num país totalmente subdesenvolvido nesta matéria. (EJ)

E, ainda, à crítica de ser um sistema único e muito rígido:

Uma primeira questão que aqui se pode colocar é: até que ponto, relativamente à questão do direito da família, se quer qualificar mais ou não aqueles que, no âmbito desse direito, precisam de apoio jurídico, quer seja a nível de consulta ou a nível de patrocínio. Porquê? Porque o sistema que existe é um sistema único, quer seja, no âmbito da família, quer seja no âmbito de outra qualquer questão em que as pessoas necessitam de um apoio jurídico e dirigem-se à Segurança Social. (...) O atual regime é um regime muito rígido. (POA)

Ainda que, nem todos tenham esta visão negativa, como se depreende do depoimento de um dos representantes da Ordem dos Advogados, ao considerar que a evolução do sistema tem sido positiva, ao prever o pagamento aos advogados:

O conjunto das alterações que se operaram, salvo algumas exceções, que eu não estou em condições de apontar agora em concreto, foram positivas. Visaram melhorar o apoio nas suas diversas componentes, e melhoraram. Primeira grande alteração foi a de pagar a intervenção do advogado independentemente do resultado. (EOA2)

No entanto, o consenso vai no sentido de criticar a Lei do apoio judiciário vigente – a referida Lei n.º 47/2007⁵⁹⁵ – devido aos seus critérios de elegibilidade restritivos. Assim, defende-se que deveria haver critérios de elegibilidade, que tenham em consideração a especificidade da violência doméstica:

Não temos grandes dificuldades a apontar nesse acesso ao sistema. Obviamente, se nos reportarmos a alguns anos atrás e à lei anterior, do ponto de vista do cidadão era muito mais fácil obter o apoio judiciário. Hoje em dia, e atendendo às fórmulas que estão em vigor, diria que só uma pessoa numa situação de pobreza já bastante relevante é que acaba por beneficiar do apoio judiciário, pelo menos na sua modalidade total e, portanto, de dispensa de pagamento da taxa de justiça, de pagamento de honorários de advogado, etc. O único aspeto em que temos, de facto, tido algum cuidado, e o procedimento que adotámos passa pela junção de um ofício nosso quando a pessoa apresenta o pedido, que tem que ver com o afastar da contabilidade, em termos de agregado familiar nas situações de violência doméstica, o alegado infrator, o alegado agressor, precisamente para não se ter em conta esse rendimento no cálculo do património geral do agregado familiar. (PAPAV)

E critica-se, ainda, o facto de não estarem contempladas na lei presunções de elegibilidade, de insuficiência económica no que refere a litígios relativos à família e às crianças:

Há uma outra situação: esta lei também não contempla qualquer tipo de exceção que diga respeito ao tipo de ação a instaurar, ou ao tipo de problema que está por detrás do acesso à justiça e, nomeadamente nos casos do acesso das famílias e das crianças à justiça. Na lei anterior, Lei 30-E/2000, havia a exceção de, por exemplo, o requerente de alimentos gozar de uma presunção de insuficiência económica, mas atualmente isso não existe. (...) Também não se conseguirá, numa primeira abordagem ao requerimento, saber se aquela família é funcional ou disfuncional e se tudo está pacificado ou não. Só às vezes com o tipo de ação conseguimos lá ir, mas ainda assim não há nenhuma exceção consagrada na lei para dizer que situações de litígios familiares terão de ter um tratamento diferente ou privilegiado, ou acelerado. É essa a principal dificuldade que eu vejo neste sistema, que devia ser articulado. Esta lei tão rígida e tão pouco maleável não permite ou, pelo menos, não facilita a tramitação desses pedidos. (PISS)

Daí que se aponte como solução a alteração do sistema, de modo a poder responder a todo o tipo de processos de família e crianças da forma mais célere:

Sem que haja esta alteração e esta qualificação do direito da família não vejo como, em certas situações mais prementes, possa haver celeridade na resolução. (POA)

⁵⁹⁵ Esta Lei foi objeto de tratamento aprofundado em sede própria (cf. o capítulo V).

A necessidade de uma especialização do sistema de acesso ao direito na área da família e das crianças também é sentida pelo Ministério da Justiça:

Pensando que seriam os tribunais os sistemas clássicos de acesso ao direito, e o acesso ao direito como uma porta de entrada nesses sistemas, é curioso ver que nós caminhamos no sistema judicial para uma especialização dos tribunais, mas nunca caminhamos para uma especialização do acesso ao direito. E não vejo razão nenhuma para não podermos fazer isto. Pode-se dizer: porque a porta de entrada é comum para toda a gente. Mas não é verdade. E o bom exemplo é no domínio da família e dos menores. (PMJ)

3 As vozes do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças: as críticas e as propostas

Através da narrativa das “vozes” dos representantes institucionais nacionais e dos atores entrevistados no “terreno” da comarca e concelho de Lisboa, identificaram-se a potencialidades e as vulnerabilidades do atual estado do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças, analisado no seu todo, bem como a partir de cada um dos seus componentes.

É consensual que se está perante um *deficit* de acesso ao direito e à justiça, com uma lei de apoio judiciário vigente, de 2007 (embora melhor que a anterior, de 2004), ainda desconhecida, rígida e unitária, aplicável, do mesmo modo, a todos os litígios independentemente da sua natureza, extremamente restritiva e seletiva na atribuição da concessão de apoio judiciário nas suas diversas modalidades (consulta jurídica; patrocínio; dispensa do pagamento de taxa de justiça e demais encargos). No entanto, é consensual, também, que o regime jurídico do apoio judiciário, desde 1987, teve uma evolução positiva, com a consideração de que, inicialmente, e sobretudo entre 2000 e 2004, não se aplicava só a indigentes – com um retrocesso em 2004, atenuado em 2007 – e com o novo modelo triangular em que a Segurança Social escrutina quem tem direito a esta prestação, a Ordem dos Advogados nomeia os advogados e o Ministério da Justiça financia. Defende-se ainda uma evolução positiva no atual sistema de nomeação de advogados de entre aqueles que se inscreveram no sistema, com a atribuição de lotes de processos, distribuídos aleatoriamente entre eles, não podendo ser distribuídos a advogados estagiários, o que mereceu a crítica de advogados estagiários e de alguns dirigentes distritais da OA. Mas, venceu a posição do atual Bastonário da OA, que entende que o apoio judiciário não deve subsidiar a formação de advogados e deve ser prestado por profissionais na plenitude das suas capacidades

profissionais, pois só assim se pode dignificar o apoio judiciário. A remuneração dos advogados é, também, sempre vista, na perspetiva destes, como um problema controverso, alegando que a remuneração é baixa e paga com atrasos. No entanto, é considerado um retrocesso o facto de, atualmente, os cidadãos – ao contrário do período 2001-2004 – não poderem escolher o advogado a nomear pelo regime de apoio judiciário.

A Provedoria de Justiça, a Ordem dos Advogados e a administração pública têm ainda mantido os serviços da Segurança Social sob uma forte pressão crítica, apontando falta de competência e diligência, excesso de interpretações restritivas da lei e falta de celeridade nas decisões para concessão do apoio judiciário.

O debate sobre quem são os destinatários do direito de acesso ao direito e à justiça – que é, segundo muitos, um direito estranho e desconhecido para os cidadãos – continua um campo de luta entre conceções das funções do Estado. De um lado, temos aqueles que defendem que o apoio judiciário deve abranger todos os cidadãos que necessitem de recorrer ao seu uso. E, de outro lado, os que entendem que o apoio judiciário é só para pobres e indigentes. Por um lado, argumenta-se com o direito humano à dignidade, o direito constitucional e imperativos de cidadania, enquanto da outra margem se invoca a diminuição da despesa pública e a defesa do mercado advocatício. A questão central reside nos critérios de elegibilidade e de aferição do rendimento, tendo a legislação mais recente eliminados as presunções legais de insuficiência económica, remetendo-se, atualmente, a aplicação do regime jurídico do apoio judiciário àqueles que tenham um rendimento familiar inferior ao previsto para fórmulas matemáticas previstas na lei. Em caso de conflito familiar com saída de casa, o rendimento familiar do agregado familiar não será contabilizado, mas só o rendimento do requerente, de modo a que não sejam considerados rendimentos de que o requerente não tem disponibilidade.

Paradoxal é a situação de o sistema de apoio judiciário deixar de fora todos os imigrantes em situação de estadia irregular, dado que a Segurança Social não lhes concede apoio judiciário “por serem ilegais”, ao mesmo tempo que o Ministério Público representa imigrantes trabalhadores em situação ilegal, embora só na área dos conflitos de trabalho, contra as entidades patronais que não pagaram os salários aos referidos trabalhadores imigrantes, com fundamento no direito constitucional e do trabalho aplicáveis.

A limitação imposta pela recente lei, que regula os denominados atos próprios de advogado, impossibilita que outras entidades, que não os próprios advogados, possam prestar consulta jurídica aos cidadãos que as procuram, sob pena de praticarem procuradoria ilícita. Neste sentido, os representantes da OA são categóricos em distinguir informação jurídica, em abstrato, e consulta jurídica, ou seja, a aplicação do direito a um caso concreto, como modo de reservar para os advogados a função profissional de prestar consultas jurídicas. Se, por um lado, os advogados entendem que não pode ser de outra maneira, as outras entidades – seja ao nível público, seja ao nível da comunidade – consideram que o seu papel fica diminuído. Não podendo prestar consulta jurídica, as outras entidades têm, contudo, uma função importante no âmbito do atendimento/informação jurídica, servindo de ‘porta de entrada’ no sistema e tendo um papel fundamental de encaminhamento dos cidadãos para as entidades que os podem realmente ajudar a resolver os seus conflitos, bem como tentar superar esta limitação celebrando protocolos com o Ministério da Justiça – informação jurídica – e com a Ordem dos Advogados para a consulta jurídica.

A consulta jurídica e a invisibilidade dos gabinetes de consulta jurídica são um campo de críticas acentuadas à Ordem dos Advogados e ao Ministério da Justiça. A falta de visibilidade não é alheia ao facto de a OA ter encerrado vários gabinetes de consulta jurídica, designadamente o de Lisboa, por falta de financiamento, ou seja, invocando a falta de protocolo entre a Ordem dos Advogados e o Ministério da Justiça, que se encontra previsto na atual legislação. Um modo de superar esta falta será a informação jurídica e a consulta jurídica virem a assentar em parcerias alargadas, que incluam, além do Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados, as autarquias, os serviços do Estado e ONGs.

Falar de acesso ao direito e à justiça, em sentido amplo, é também questionar de que modo o espaço – externo e interno – dos tribunais pode contribuir para facilitar, ou limitar, o acesso dos cidadãos ao direito e à justiça. Assim, há quem questione se, realmente, o direito e a justiça precisarão de palácios ou se deveria haver um novo modelo de espaço, essencialmente funcional, como forma de aproximar os cidadãos dos tribunais. Há, pois, quem defenda que todos os centros de resolução alternativa dos litígios devam funcionar em espaços adjacentes aos tribunais, onde as pessoas se pudessem dirigir com toda a tranquilidade e onde pudessem sentir que estavam, de facto, a entrar na casa que as protege e promove os seus direitos. No

entanto, em nome da diferenciação, em contraponto, há quem defenda que os meios de resolução alternativa de litígios nunca deveriam estar no mesmo espaço do tribunal.

O Estado e as ONGs desempenham um papel relevante na prestação de informação jurídica e encaminhamento, em matéria de direito da família e das crianças, em especial em situação de igualdade de género, violência doméstica e direitos das crianças, para o sistema de apoio judiciário e para o Ministério Público nas suas funções de defesa do interesse superior da criança. O Ministério Público tem um papel importantíssimo de garante da informação jurídica e da consulta jurídica na defesa dos direitos das crianças, funcionando como um ator privilegiado dentro do sistema judicial, substituindo nesta área o recurso aos advogados. Acontece, porém, que esta visão não é comungada por todos os atores e surgem críticas negativas, como da parte da Ordem dos Advogados, que entende que a função do Ministério Público deve ser unicamente a de garante da legalidade e o exclusivo da ação penal, pelo que o interesse das crianças, quando têm pais, é defendido pelos pais – salvo se estes forem os causadores das situações de risco – e pelos advogados que os pais escolhem. No entanto, reconhece-se que como a advocacia é de mercado, as questões dos direitos das crianças são quase exclusivas do MP.

A prestação, desempenho e o modo de atuação do Ministério Público são vistos pelo próprio de forma muito positiva, enaltecendo as qualidades do atendimento prestado e a forma como os utentes são bem acompanhados em termos de celeridade e informalidade e de como, de um modo célere, são instaurados, na sua maioria, os processos de regulação das responsabilidades parentais. Há, porém, atores que consideram que o funcionamento do atendimento pelo Ministério Público não é tão adequado quanto devia ou que não é tão célere quanto aparenta, invocando que as pessoas não são recebidas diretamente pelos magistrados, que o mesmo tem um desempenho lento, e que podia fazer mais e melhor.

A diferença descrita entre o desempenho de advogados nomeados no âmbito do apoio judiciário e advogados constituídos, sobretudo na área da família e das crianças, é abissal em prejuízo dos advogados nomeados e dos seus representados. O que já abre espaço para o tema da formação dos advogados na área da família e das crianças, onde todos os intervenientes – incluindo os próprios advogados – consideram existir um grave défice de conhecimentos. No entanto, é consensual que a área da família e das crianças não é atrativa ao mercado advocatício, razão pela qual se

reflete a diferença referida supra, e os advogados que se dirigem às CPCJ são poucos e demonstram um desconhecimento da legislação vigente e do seu funcionamento.

No seguimento da apreciação da atuação do Ministério Público e dos advogados abre-se caminho para perceber qual o papel das Comissões de proteção de crianças e jovens, o modo como se articulam com o MP e com os outros intervenientes no sistema e a forma como são encaradas por esses intervenientes. Começando pelas próprias, e pela maneira como sentem o seu reconhecimento pela comunidade, entendem que hoje as pessoas percebem melhor o que é que é a Comissão e que esse reconhecimento está a ser cada vez maior. Se bem que tal reconhecimento é, ainda, entremeado de falhas, sobretudo ao nível das entidades de primeira linha, que ainda não interiorizaram convenientemente o papel das Comissões. Claro que existem também opiniões mais críticas, mas sempre em termos do que ainda falta melhorar, apontando-se sobretudo a necessidade de um maior envolvimento no terreno e de consolidação de parcerias. Sobre a relação com o Ministério Público, as Comissões entrevistadas referem, de forma positiva, a articulação que se estabelece. Referem, ainda, a necessidade de mudar os horários de funcionamento, de modo a responder de forma mais acurada às necessidades dos utentes, bem como a necessidade de terem entidades que colaborem na aplicação das medidas e no acompanhamento às famílias, ou, ainda, mais formação na área jurídica.

O sistema público de mediação familiar é outro dos assuntos quentes no âmbito do sistema de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Se, por um lado, a maior parte dos atores é de opinião que a mediação familiar é imprescindível, por outro lado nem todos são unânimes em afirmar que o sistema funciona bem, havendo vozes muito críticas, sobretudo da parte do Ministério Público e dos magistrados judiciais. Esta falta de reconhecimento repercute-se ao nível da articulação que se estabelece – ou devia estabelecer – entre a mediação familiar e outros intervenientes, como o Ministério Público, a Segurança Social ou as conservatórias do registo civil. Os representantes do sistema de mediação familiar fazem, contudo, um balanço muito positivo deste serviço. Por outro lado, reconhecem que, ao nível do cidadão, há ainda a necessidade de fazer um trabalho de mudança de mentalidades, pois as pessoas têm alguma dificuldade em decidir por elas mesmas. E consideram que muita da desconfiança dos cidadãos relativamente à mediação familiar tem a ver com o desconhecimento sobre este serviço, mesmo quando as partes são remetidas pelo

tribunal. Uma das maiores tensões que se sente relativamente à mediação familiar tem a ver com a relação com os advogados. Os advogados consideram que a sua presença é indispensável, falando mesmo que existe uma cultura de hostilidade quanto aos mesmos. Por sua vez, os serviços de mediação familiar não se opõem à sua presença, em certas situações até a consideram necessária, mas têm um discurso cauteloso.

A Polícia – e em especial a Polícia de Proximidade da PSP – assume-se hoje como um ator central na operacionalização do sistema de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Todavia, há quem entenda que o papel desempenhado pela Polícia ainda está longe de ser o mais indicado, e as controvérsias sentem-se mesmo dentro da própria entidade. Mas, a formação dos elementos policiais de proximidade e a sua maior sensibilidade para as questões das crianças, da violência doméstica e dos idosos refletem-se no modo como são vistos por outros atores, em especial as CPCJ, que os consideram auxiliares preciosos no acompanhamento das medidas. É, ainda, focado o modo como estas novas vestes da Polícia são reconhecidas e apreciadas pelos cidadãos, o que se repercute na forma como os próprios cidadãos têm um novo modo de agir relativamente à Polícia, sobretudo em matérias delicadas, como no caso da violência doméstica.

Um dos temas mais discutidos pelos vários entrevistados tem a ver com a constituição de parcerias e com a articulação em rede entre os vários atores, de modo a proporcionar um sistema mais forte e coeso e, assim, mais promotor da cidadania. Se bem que as parcerias sejam vistas como algo de necessário, ainda há muitas críticas entre os vários intervenientes, no sentido de notarem que as articulações falham e que não há, ainda, esse espírito colaborativo, sendo necessária uma mudança de mentalidades e de práticas profissionais. Mas reconhece-se que, cada vez mais, as articulações se vão estabelecendo, seja ao nível formal, como informal.

Há quem entenda, assim, que há uma rede de atores, próxima da rede social, que vai desenvolvendo a sua atividade, que pode evoluir para uma rede de centros de acolhimento/aconselhamento ou para centros de apoio à família, em que se prestaria apoio jurídico. Ou, ainda, quem defende que tal rede integrada poderia ser montada através das CPCJ, o que merece logo contestação, de modo a que não se dê o seu desvirtuamento, com a defesa, em alternativa, de que essa rede de informação, consulta e patrocínio judiciário seja construída a partir de uma experiência do tipo da “Loja do Cidadão”.

A concluir, parece ser consensual a necessidade de especialização do regime do apoio judiciário, na área da família e das crianças, ao nível dos requisitos legais que devem ser adaptados à realidade das diferenças de poder entre os cônjuges, da necessidade de intervenção célere em casos como violência doméstica ou de saída de casa, permitindo que a concessão de apoio judiciário não esteja limitada pelos rendimentos do casal e, até, do benefício de uma presunção de insuficiência económica para quem queira pedir alimentos para si ou a regulação das responsabilidades parentais para um/a filho/a.

CAPÍTULO XI

ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS: UMA REDE FRAGMENTADA EM PIRÂMIDE (OU AS TESES DE UMA TESE)

Ao longo dos dez capítulos anteriores pretendi dar resposta confirmativa ou infirmativa às hipóteses de trabalho que formulei, no capítulo IV, o que me permite elaborar as seguintes conclusões.

Em Portugal, as mudanças na família iniciaram-se mais tardiamente, que no centro e no norte da Europa. Assim, só após a mudança política de 25 de abril de 1974, ao mesmo tempo que decorria, também, uma transformação social e económica, é que se iniciou a informalização das relações da conjugalidade. Seguindo as tendências da Europa, reduziram-se as taxas da nupcialidade e da natalidade e cresceram as taxas do divórcio, de filhos fora do casamento, da atividade profissional feminina, entre outras. Os portugueses, como anteriormente outros povos europeus, têm casado menos e mais tarde – e pelo regime civil – e têm coabitado e divorciado mais. Têm tido menos filhos – mais tardiamente – e cresceram de modo significativo os filhos nascidos fora do casamento. O padrão de família aproxima-se do Europeu, com famílias de pequena dimensão (em média 3 pessoas). Mas, enquanto na Europa se regista o crescimento da proporção de indivíduos a viverem sozinhos e de casais sem filhos, em Portugal regista-se, ainda, uma percentagem elevada de casais a viverem com filhos (e estes com os pais, mesmo que maiores). A esta mudança encontra-se associada a disseminação da consciência da igualdade entre os membros do casal, de simetria dos papéis familiares tendentes à efetiva igualdade e à paridade de género e a valorização da afetividade, da contratualização, da individualização e, ainda, do papel da infância e das crianças como sujeitos de direito.

Consequentemente, verificou-se em Portugal uma mutação acelerada da regulação jurídica da(s) família(s), como também ocorreu nas sociedades ocidentais, cuja análise permite identificar os seguintes eixos principais da mudança do direito da família e das crianças: a consagração do princípio da igualdade, a democratização da vida familiar e a paridade de género; o individualismo e a privatização do direito da família; a secularização, desinstitucionalização e contratualização das relações

familiares; a (re)publicização do novo direito da família; a valorização do afeto em detrimento da hierarquia e da tradição; a diminuição da importância da procriação na constituição das famílias; os direitos da criança no centro do novo direito da família; a fragmentação, retração e expansão do direito da família (do direito civil ao direito social); a desjuridificação das relações familiares e a desjudicialização da resolução dos conflitos civis de família; o pluralismo cultural e normativo da regulação da família contemporânea. Assim, as grandes mutações no direito da família e das crianças, em Portugal, ocorreram desde o 25 de abril de 1974 até ao presente, por roturas, reformas e continuidades, através da iniciativa gerada preponderantemente na ação e esfera política (iniciativa de partidos, governos, deputados da Assembleia da República) conjugada com a ação pública convergente entre o Estado e as iniciativas organizadas da sociedade (movimentos sociais e ONGs), especialmente relevantes, na rotura ocorrida entre 1974 e 1978, com a democratização do direito da família efetuada e consubstanciada na CRP de 1976 e a alteração do Código Civil de 1977 (igualdade entre os cônjuges, não discriminação dos filhos fora do casamento, legalização do divórcio, etc.), na reforma do reconhecimento dos direitos das crianças e das uniões de facto, de 1998 a 2001, e, ainda, na rotura decorrente da alteração do conceito de casamento, para permitir o casamento de pessoas do mesmo sexo, e da consagração do regime das responsabilidades parentais, em substituição do poder paternal, de 2008 a 2010. Ora, verificou-se, assim, desde 1974, uma transformação acelerada e relevante do direito de família e das crianças e, em especial, nos referidos períodos, no sentido da democratizar as relações de família e de consagrar os direitos das crianças.

Esta mutação e democratização deste direito só são efetivas se também se democratizar o espaço doméstico, de modo a compensar as desigualdades aí existentes, pelo que, para esse efeito, essa efetividade encontra-se dependente dos meios disponíveis de acesso ao direito e à justiça na sociedade portuguesa. Ora, também, através da iniciativa política da Assembleia Constituinte, a CRP de 1976 constitucionalizou o direito de “acesso aos tribunais” e de que a todos os cidadãos é assegurado o direito à informação jurídica, à proteção jurídica e à representação por advogado. Paradoxalmente, o direito do acesso ao direito e à justiça é, assim, considerado um elemento constitutivo do Estado de direito, pelo que se desenvolve, de modo mais acelerado e profundo, no âmbito do direito constitucional (CRP de 1976, com as alterações de 1982 e 1997), com a natureza análoga à dos direitos,

liberdades e garantias, sendo diretamente aplicável, vinculando entidades públicas e privadas. Mas, esta constitucionalização não tem correspondência, de imediato, na política pública de prestações do Estado, nem na criação e desenvolvimento do regime jurídico do apoio judiciário, que só surgiu mais tarde, em 1987 (com as alterações dos anos 2000, 2004 e 2007). Só com o Decreto-Lei n.º 387-B/87 é que se passou do incipiente regime de assistência judiciária para o regime de acesso ao direito e aos tribunais, designado de apoio judiciário, com o qual se introduziu a possibilidade de os cidadãos terem informação jurídica e consulta jurídica gratuita e representação jurídica paga pelo Estado. Em 2000, com a Lei n.º 30-E/2000, introduziu-se um critério de elegibilidade dos beneficiários abrangente, o Ministério da Justiça financia o sistema e a Ordem dos Advogados gere e nomeia os advogados, e desjudicializou-se para o Instituto da Segurança Social a apreciação dos pedidos de concessão de apoio judiciário – o que até então competia ao juiz da causa – e o procedimento de apoio judiciário passou a ser autónomo relativamente à causa respetiva. Em 2004 surge a Lei n.º 34/2004 que, para além de fazer a transposição da Diretiva Comunitária relativa aos litígios transfronteiriços e de alargar o seu âmbito também aos cidadãos da União Europeia, restringe os critérios da elegibilidade para aceder ao apoio judiciário. Em agosto de 2007 foi publicada a Lei n.º 47/2007, com a Ordem dos Advogados a exigir (e a conseguir) a manutenção do valor do pagamento aos advogados. O apoio judiciário passou 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). Os critérios de aferição da insuficiência económica, apesar de terem sido alterados em 2007, continuam, porém, a ser bastante restritivos e seletivos, dado que colocam o patamar da acessibilidade de todas as modalidades do apoio judiciário, num rendimento líquido atendível do agregado familiar do requerente inferior a €315 por mês, ou seja, abaixo do salário mínimo, podendo-se, ainda, ter acesso à consulta jurídica e dispensa do pagamento ou ao pagamento faseado das taxas de justiça até ao rendimento líquido do agregado familiar atendível de €1.408.

Ao longo dos anos, por seu turno, o Tribunal Constitucional (TC) tem firmado jurisprudência que tem aprofundado a dimensão garantística de acesso ao direito e aos tribunais. O TC tem entendido que do artigo 20.º, da CRP, visa obstar que seja denegada justiça por motivos de insuficiência económica, pelo que considerou

inconstitucional o método de apuramento da insuficiência económica, da legislação do apoio judiciário de 2004, pela sua rigidez, o que levava, em muitas situações, a que fosse denegado o direito de acesso aos tribunais. Deste modo, o Tribunal Constitucional tem dado voz à necessidade de uma maior efetividade do regime.

Esta dimensão constitucional de direito fundamental, como elemento constitutivo do Estado de direito, cruza-se e é complementada com uma dimensão internacional do direito do acesso ao direito e à justiça, como direito humano – v.g. DUDH (1948) e CEDH (1950) – assente no princípio do respeito pela dignidade humana, que para serem efetivas exigem uma dimensão prestacional do Estado e, conseqüentemente, também, uma face de direito social, com vista à compensação das desigualdades, designadamente no espaço doméstico.

Esta multiplicidade de faces do acesso ao direito e à justiça, enquanto direito humano, constitucional, fundamental e social, é um trunfo para a sua defesa e promoção, o que foi acontecendo através de um processo de globalização de baixa intensidade assente na ação do Conselho da Europa (47 Estados-Membros) e da União Europeia (27 Estados-Membros). A europeização do direito de acesso ao direito e à justiça efetuou-se, assim, por duas vias. Em primeiro lugar, a via interestadual, por ação do Conselho da Europa (v.g. as recomendações, resoluções, conferências de Ministros, desde os anos setenta do século XX), do direito internacional aí gerado (CEDH) e da jurisprudência do TEDH que tem interpretado o artigo 6º, da CEDH, como consagrando um direito à assistência judiciária em processos criminais e civis, com a conseqüente condenação dos Estados que não garantam esse direito. E, ainda, em segundo lugar, por força da ação da União Europeia, através da *soft law*, em especial, para conflitos dos consumidores e litígios transfronteiriços (Planos e livros verdes) e, mais recentemente, através da Diretiva do apoio judiciário para os litígios transfronteiriços e, ainda, a consagração do acesso ao direito e à justiça, como direito, no Tratado de Lisboa (2007) pela inclusão e remissão, respetivamente, para a Carta dos Direitos Fundamentais e para a CEDH.

A produção do direito de acesso ao direito e à justiça vigente em Portugal é, assim, o resultado da confluência do processo de democratização e constituição do Estado de direito, iniciado em 25 de abril de 1974 (com a constitucionalização) do referido processo de europeização, a que o regime jurídico do apoio judiciário pretendeu, a partir de 1987, dar cumprimento e, ainda, da tensão e da luta política –

inicialmente centrado na democratização e, atualmente, na modernização e na desjudicialização da justiça – e profissional ocorrida em Portugal.

No final do século XX e início do século XXI, a grande linha de tensão relativamente à política pública e ao regime jurídico do apoio judiciário passava pelos partidos políticos, que defendem o sistema agora vigente (legislação do apoio judiciário de 1987, 2000, 2004 e 2007) através de convenção com a Ordem dos Advogados (CDS, PS e PSD, na maioria do período) e aqueles que defendem o sistema de defensor público (PC, BE e, num pequeno período, PSD), em que a informação, consulta e representação jurídica aos cidadãos deve ser um serviço público, a criar no âmbito do Estado. O debate profissional sobre este tema reflete esta tensão e está centrado na defesa da identidade e interesses de cada uma das profissões jurídicas. O debate tem sido polarizado pelos advogados em torno da imprescindibilidade da convenção do Estado com os advogados e da participação da Ordem dos Advogados, no sistema do apoio judiciário, como gestora da nomeação dos advogados. Internamente, na Ordem dos Advogados, venceu o grupo de advogados que unicamente pretende que a OA tenha a responsabilidade da gestão da nomeação dos advogados e que defende, ainda, que o apoio judiciário tem de ser prestado, em regra, por advogados habilitados, com cédula profissional – e não por estagiários – o que criou, de facto, um novo segmento do mercado advocatício.

Embora o acesso ao direito e à justiça não seja central no discurso de juízes e magistrados do Ministério Público, este reflete o mesmo debate político. Do lado da organização sindical dos juízes (ASJP) surge a análise de que o atual regime legal de apoio judiciário é muito dispendioso e oferece aos cidadãos um serviço de pouca qualidade. Defende, por isso, e como alternativa, a criação de um corpo de defensores públicos. De modo diferente, os magistrados do Ministério Público, através do seu sindicato e dos seus congressos, aceitam o atual sistema de convenção entre o Estado e a Ordem dos Advogados, mas centraram, recentemente, o seu discurso no importante papel que o Ministério Público desempenha no atendimento ao público, concretizando a necessária proximidade com os cidadãos, e consideram que o acesso ao direito e à justiça nas questões dos direitos sociais (a defesa do superior interesse das crianças e dos direitos dos trabalhadores), bem como a defesa dos interesses difusos, deve ser garantido pelo MP.

O direito do acesso ao direito e à justiça vigente em Portugal, apesar de ser um direito internacional humano – DUDH e CEDH – e um direito constitucional, fundamental, de aplicação e vinculação efetiva, para o Estado, a sua concretização legislativa, através do atual regime jurídico do apoio judiciário, não acompanha, nem satisfaz, as necessidades de democratização das relações familiares e de implementação dos direitos das crianças decorrentes das referidas mutações do direito da família e das crianças, dado que, em consequência dos referidos critérios seletivos de atribuição, o apoio judiciário só é concedido a indigentes, a pobres e a pessoas que tenham rendimentos muito baixos, pelo que a sua dimensão social de compensação das desigualdades é de muito baixa intensidade.

Ao estudar os sete países selecionados – Portugal, Alemanha, Espanha, França, Holanda, Itália e Reino Unido – para a análise comparativa dos regimes jurídicos e sistemas de acesso ao direito e à justiça constata-se, em primeiro lugar, que estes países apresentam níveis de desenvolvimento socioeconómico, de produto interno bruto (PIB) e despesa com apoio judiciário muito distintos. Portugal regista o nível de desenvolvimento socioeconómico mais baixo do conjunto dos sete países. A Holanda, a Alemanha e a França, por sua vez, apresentam um PIB por habitante e um salário bruto médio anual de quase o dobro em relação a Portugal. Em segundo lugar, estas diferenças ao nível do desenvolvimento socioeconómico não têm relação direta com o montante de despesa pública alocada pelo Estado ao apoio judiciário. Com efeito, Portugal apresenta um investimento em apoio judiciário próximo do registado em França, Alemanha e Espanha – países com um maior desenvolvimento socioeconómico e um PIB superior ao de Portugal – e, mesmo, superior ao registado em Itália. O Reino Unido e a Holanda são Estados que alocam o maior volume de despesa pública ao acesso ao direito e à justiça, o que é explicável não só pelo nível de desenvolvimento socioeconómico e o seu PIB, mas, essencialmente, por uma opção política decorrente de serem os países que, a seguir ao fim da Segunda Grande Guerra Mundial, iniciaram a construção dos seus sistemas públicos (jurídicos e institucionais) de *legal aid*, como uma componente do Estado de direito da construção da igualdade e da democracia, através de uma política pública organizada pelo Estado, sem a participação das ordens dos advogados, pelo que têm regimes jurídicos e instituições de acesso ao direito e à justiça mais desenvolvidos e mais abrangentes.

Em todos os países selecionados existem sistemas públicos de apoio judiciário, com regulamentação legislativa seletiva a definir os beneficiários através de critérios de apreciação da insuficiência económica. Verifica-se, também, uma tendência para a “privatização” e para a “comunitarização” do apoio judiciário através de instituições de natureza privada ou de natureza associativa (como sindicatos ou associações de consumidores) ou através de seguros de proteção jurídica, ainda que a recetividade de tais seguros seja diferente entre os vários países. Mas, é certo que todos os países estão a reformar os seus sistemas, no sentido de diminuir a despesa pública a alocar ao apoio judiciário. Os mecanismos de resolução alternativa de litígios e as parcerias entre o Estado e a comunidade já estão presentes em todos os países considerados, ainda que o nível de desenvolvimento e da procura, dos mesmos, seja bastante diferenciado entre os vários países.

A análise comparativa desses sete regimes jurídicos e institucionais de acesso ao direito e à justiça, considerando as variáveis da maior ou menor abrangência dos mesmos (despesa alocada, modalidades de apoio judiciário, abertura à resolução alternativa de litígios), da natureza preponderantemente pública ou mista de pública e privada, por serem obrigatórios ou bastante difundidos os seguros de proteção jurídica e do sistema público ser supletivo e, ainda, da natureza da entidade que concede o apoio judiciário, permitiu apesar de todos os sete países integrarem a União Europeia, constatar a existência de cinco “tipos” de sistemas de apoio judiciário. Em primeiro lugar, o tipo A) – **público e abrangente**, em que o sistema é tendencialmente público e abrangente, cuja entidade responsável pela gestão e avaliação dos pedidos está fora do tribunal e foi criada especificamente para essa função, na qual se enquadra o Reino Unido, onde os seguros de proteção jurídica não são obrigatórios, as modalidades concedidas são abrangentes – informação, consulta, representação jurídica para diversos tipos de litigação, existem meios alternativos aos tribunais e é concedido apoio judiciário para a utilização dos mesmos. No tipo B) – **público, de média abrangência**, encontra-se Portugal, com as mesmas características do Reino Unido, com uma entidade administrativa que decide a concessão e com uma alocação média, em termos comparados, da despesa pública ao apoio judiciário, mas com critérios de rendimento muito restritivos para a elegibilidade dos beneficiários. No tipo C) – **público, pouco abrangente e profissional**, onde se enquadram Itália e Espanha, muito embora sejam sistemas tendencialmente públicos, são menos

abrangentes (já que concedem menos modalidades e estabelecem limites ao montante e ao tipo de apoio a conceder), e onde a entidade que faz a apreciação dos processos de apoio judiciário está fora do tribunal, mas junto de profissão jurídica (Ordem dos Advogados). Quanto ao tipo D) – **misto, privado e com regime público supletivo e pouco abrangente**, tende para a privatização, já que os seguros de proteção jurídica são obrigatórios, verificando-se, pois, a supletividade do regime público de apoio judiciário. Para além disso, são sistemas menos abrangentes e em que é o tribunal que se assume como a única entidade, seja para a resolução dos conflitos, seja ao nível da proteção jurídica – enquadram-se neste tipo a Alemanha e a França, mesmo que neste último caso existam várias entidades alternativas ao tribunal e onde existem várias parcerias entre entidades públicas e associações locais ou pertencentes à comunidade (v.g. *Maisons du Droit et de la Justice*), o que não altera a natureza dominante do sistema. Quanto à Holanda, estamos perante um quinto tipo (E), **misto de privado e regime público supletivo e muito abrangente**. Se, por um lado, este regime assenta na obrigatoriedade de contratar seguros de proteção jurídica e, consequentemente, na supletividade do sistema público, este último está concebido de forma a ser muito abrangente, estando montado todo um conjunto de modalidades de apoio judiciário e de instâncias de resolução de litígios. Para além disso, a entidade gestora é fora do tribunal, foi criada especificamente para proceder à avaliação e concessão/indeferimento do apoio judiciário, sendo pública de natureza administrativa.

Neste contexto, resultou da análise que as transformações do regime jurídico de acesso ao direito e à justiça em Portugal deram-se, por um lado, a uma velocidade muito mais lenta que o desenvolvimento socioeconómico da sociedade portuguesa e do que a transformação do direito da família e das crianças. Por outro lado, este regime é de criação tardia, e menos desenvolvido e abrangente, comparado com os dois regimes mais desenvolvidos e abrangentes como são o do Reino Unido e a Holanda. No entanto, o regime jurídico do apoio judiciário em Portugal tem um montante de despesa alocada e de abrangência (modalidades e acesso a meios de RAL) que não significa um menor desenvolvimento relativamente aos restantes cinco países, salvo em critérios de elegibilidade, em função dos rendimentos dos requerentes, que é mais restritivo, que nos países com que se faz a comparação.

A procura da justiça de família e das crianças que chega aos tribunais representa cerca de 11% da procura total dos tribunais, não está dominada pela justiça rotineira

de cobrança de dívidas e significa a realização das funções políticas, instrumentais e simbólicas dos tribunais, cuja ação é uma compensação para o sofrimento e a vulnerabilidade social de quem a procura. A administração da justiça da família e das crianças, pelos tribunais, constitui-se em dois territórios e duas justiças. A justiça especializada dos tribunais de família e menores, localizada no litoral do país, com natureza mais urbana, e que abrange cerca de 50% da população e 19,8% do território. Esta justiça caracteriza-se por dirimir 55% da litigação finda na justiça da família e das crianças, na qual se deve salientar que satisfaz uma procura superior em 71,9% das ações tutelares relativas aos direitos das crianças, findas por 100.000 habitantes. Caracteriza-se, ainda, por uma maior oferta e procura nas ações de divórcio e separação de pessoas e bens. A procura e a oferta da justiça da família e das crianças retratam, assim, dois territórios judiciários com características diferentes, que correspondem a dois padrões de litigação. A justiça especializada resolve mais processos e está centrada na justiça tutelar, ou seja nos direitos das crianças, e a justiça de competência genérica resolve mais ações declarativas cíveis e procedimentos cautelares relativos à proteção dos interesses dos adultos, através do desenvolvimento de uma justiça da urgência.

Assim, os tribunais de família e menores potenciam a procura e a oferta e, conseqüentemente, o acesso ao direito e à justiça na promoção dos direitos das crianças, e nas ações de divórcio não consensuais, enquanto os tribunais de competência genérica têm mais procura e oferta nos conflitos de família de direito civil e nos procedimentos cautelares. A explicação deste diferente perfil da justiça da família e das crianças especializada dos tribunais de família e menores em comparação com os tribunais de competência genérica assenta, simultaneamente, por um lado, num conjunto de fatores externos aos tribunais, ou seja, as diferentes características socioculturais e sociodemográficas dos territórios que servem, em que os tribunais de família e menores têm um território mais urbano, mais juvenil, mais denso em termos de população, com mais informação sobre os direitos e mais plural em termos culturais. Por outro lado, em termos de fatores internos, esta justiça especializada tem juízes e magistrados do MP que tratam, em exclusivo, este tipo de litígios da família e das crianças, tem serviços de atendimento do MP, mais estruturados e de funcionamento regular, aos cidadãos, e acesso a mais recursos técnicos de apoio (v.g.

psicologia, serviço social), pelo que está mais centrada e sensível aos direitos das crianças.

A procura da justiça de família e das crianças está diretamente relacionada com as mudanças na família e no direito da família, designadamente com o crescimento dos divórcios e do número de filhos de pais separados, o que faz, desde 1974, aumentar a litigação da família, nestas áreas. Assim, é de assinalar, por um lado, a tendência de redução da procura e mobilização da justiça cível de família nos tribunais, devido às sucessivas intervenções legislativas desjudicializadoras, em todos os litígios, em que possa haver consenso. No entanto, apesar da diminuição das ações de divórcio, devido à desjudicialização do divórcio por mútuo consentimento, é de salientar que 47% dessas ações findas, no ano 2010, correspondem a divórcios litigiosos ou sem consentimento, conforme o ano da sua entrada em tribunal. Por outro lado, verifica-se o aumento da mobilização da justiça tutelar (duplicação de 2000 para 2010), ou seja, a duplicação da procura dos processos judiciais relacionados com a promoção dos direitos das crianças e, em especial, com a explosão da procura, nas ações de regulação das responsabilidades parentais de filhos de pais separados, na sua maioria instauradas pelo MP, a pedido, em regra, das mães das crianças. Por último, os processos de promoção dos direitos e proteção das crianças e jovens em perigo foram desviados para as CPCJ – 26.338 no ano de 2010 – e nos processos tutelares educativos, ou seja, os processos relativos às crianças que cometem crimes entre os 12 e os 16 anos (exclusive), observa-se uma redução expressiva do número de processos entrados em tribunal de cerca de 9 mil, em 2000, para pouco mais de 1.100 processos, em 2010. O retrato da justiça tutelar, coloca, assim, por um lado, o MP como o ator mais importante na mobilização do tribunal, na interlocução com as CPCJ e na investigação e arquivamento dos processos tutelares educativos, e, por outro lado, confirma o crescimento da importância da CPCJ e infirma o discurso mediático e político do crescimento, em tribunal, da delinquência juvenil mais grave.

Contudo, a resolução de litígios e, em especial, a justiça relativa às questões da família e das crianças, não se esgota na ação dos tribunais. Há que considerar outros meios de resolução de litígios como o Ministério Público, as conservatórias do registo civil, o serviço público de mediação familiar, que está desde 2008 disponível em todos os concelhos de Portugal, e as CPCJ, que estão já instaladas em 276, dos 308, concelhos. O MP, ao assumir a decisão em processos de tutela de interesses dos

incapazes e ausentes, cumpre a função de descongestionamento dos tribunais, decidindo, de forma célere, por exemplo, 3.401 processos, em 2010. As conservatórias do registo civil desempenham um papel primordial na resolução (consensual) de processos de divórcio e separação de pessoas e bens – cerca de 50%, em 2010 (19.671) – o que está diretamente relacionado com fatores de diversa natureza, como a “naturalização” social da resolução destes conflitos por consenso, o preço fixo, a desnecessidade de advogado, a maior proximidade (em comparação com um tribunal) com as pessoas, a existência de apoio judiciário para os processos que decorram nas conservatórias do registo civil, a certificação célere de uma solução consensual, com a disponibilização a todos os cidadãos de minutas de preenchimento simplificado e, ainda, a aceitação do acordo de regulação das responsabilidades parentais e a realização de partilha dos bens comuns, se for essa a vontade das partes. A relativa novidade do serviço de mediação familiar permite apenas assinalar a evolução positiva da atividade mediadora, ainda que muito criticada por advogados e magistrados, e de natureza embrionária, dado que o número de pedidos de informação e mediação não chega aos 1.200. Assim, o atual desempenho na resolução de litígios no MP, nas conservatórias do registo civil e na mediação pública facilita, sem dúvida, o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.

Nas CPCJ é de salientar o aumento exponencial, nos últimos anos, do fluxo processual, atingindo 26.338 processos, em 2010. Este crescimento resulta quer do crescimento do número das Comissões, quer da maior visibilidade e crescente reconhecimento da legitimidade da sua ação, na promoção e proteção dos direitos das crianças em perigo, e da sua boa articulação, designadamente com as autoridades policiais, os estabelecimentos de ensino e de saúde e as ONGs, que sinalizam a situação ou integram as próprias comissões. As CPCJ constituem, assim, devido à sua composição, procedimentos e modo de decisão, uma parceria entre o Estado e a comunidade e um meio não judicial de resolução de litígios relativos aos direitos das crianças, com a natureza de um meio de justiça de proximidade, que facilita o acesso ao direito e à justiça da família e, em especial, do direito das crianças, revelando práticas sociais, familiares ou individuais violadoras dos direitos das crianças. As CPCJ, ao mesmo tempo que facilitam o acesso ao direito e à justiça, constituem, também no espaço público, uma rede pública e comunitária de controlo social da família e de

defesa dos direitos e proteção das crianças, em situação de perigo, que deixaram de ser um questão de natureza privada.

No final do século XX e no início do século XXI, a oferta da justiça da família e das crianças cresceu para satisfazer a procura resultante da mutação da família e da sua regulação jurídica, e distribuiu-se entre os tribunais judiciais e as instâncias não judiciais de resolução dos conflitos da família e das crianças, o que teve um duplo efeito de descongestionamento dos tribunais judiciais e de facilitação do acesso e resolução nos tribunais de conflitos de alta intensidade, com crescente centralidade e especialização nos direitos das crianças, bem como o efeito de promoção do acesso ao direito e à justiça através de instâncias mais próximas dos cidadãos. Encontra-se, assim, em curso, no século XXI, a reconfiguração dos sistemas de resolução de conflitos da família e das crianças, em que os tribunais judiciais perdem a exclusividade e, por vezes, a centralidade, pelo que são reservados para conflitos de alta intensidade e novos tipos de procura, enquanto as instâncias administrativas, da comunidade, do mercado ou em parceria entre o Estado e a comunidade de resolução de conflitos oferecem um acesso ao direito e à justiça mais próximo dos cidadãos, de modo a que estes as legitimam e reconhecem, o que só poderá ser potenciado com o recurso ao regime jurídico do apoio judiciário.

O apoio judiciário, na justiça civil da família, analisado através das ações findas, permite identificar três tendências gerais: em primeiro lugar, ainda que o número absoluto de ações cíveis de direito da família findas com apoio judiciário registe, à semelhança das ações cíveis, um declínio, por via dos referidos processos de desjudicialização, estas viram o seu peso aumentar no total das ações cíveis com apoio judiciário (31%, em 2000, para 36%, em 2006); em segundo lugar, a maioria das ações cíveis de direito da família, com apoio judiciário, diz respeito a ações relacionadas com a dissolução ou crise do casamento e pedidos de alimentos; por fim, ao mesmo tempo que o número de ações cíveis de família findas com apoio judiciário tende a diminuir, o volume de pedidos no Instituto de Segurança Social aumenta, o que significa que o apoio judiciário é, também, solicitado para as ações, como o divórcio por mútuo consentimento ou de alimentos de maiores, que correm os seus termos nas Conservatórias de Registo de Civil. De salientar, ainda, em quarto lugar, que, devido à maior fragilidade económica e social das mulheres, no espaço público e no espaço doméstico, assiste-se a uma feminização da procura da justiça de família e das crianças,

com recurso a apoio judiciário, representando, assim, as mulheres, no ano de 2006, 67,9% (3.955) dos requerentes de apoio judiciário em ações cíveis de família e 78,8% (2.595) nas ações de divórcio e separação de pessoas e bens. Apesar dos referidos critérios restritivos e seletivos de concessão, o apoio judiciário é fundamental para um conjunto relevante de pessoas poder a mobilizar a justiça civil de família, em especial as mulheres, na defesa dos seus direitos.

A mobilização do apoio judiciário centra-se, sobretudo, por um lado, nos apoios monetários (dispensa total ou parcial da taxa de justiça), representando, em 2006, 56,2% das ações declarativas de família findas e 54,9% das ações de divórcio e separação de pessoas e bens. Por outro lado, a nomeação e pagamento de honorários de patrono representa, no mesmo ano, respetivamente, para os mesmos tipos de ações, 41,8% e 43,2%, o que significa que nestas situações os requerentes de apoio judiciário necessitam de nomeação de advogado, para defesa dos seus direitos, não o podendo escolher.

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

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

O Ministério Público, com o seu estatuto de órgão autónomo e de defensor dos direitos das crianças, dos ausentes e restantes incapazes, assume para além da função da resolução de litígios, a referida função de mobilização da justiça, em especial da justiça tutelar – 89% dos processos entrados, na área da família e das crianças, do MP, segundo a PGR – e, ainda, a função de disponibilizar, em todas as comarcas do país, serviço de atendimento ao público, com especial relevo na informação e consulta jurídica no âmbito dos direitos das crianças, com a consequente instauração de processos de regulação das responsabilidades parentais, a pedido das mães. Este serviço público é muito procurado e valorizado pelos cidadãos e desvalorizado profissionalmente pelos próprios magistrados do MP e pela sua hierarquia. As estas funções “tradicionais” do MP acresce, desde 2001, a função de acompanhar a atividade das CPCJ, verificando a legalidade e adequação das suas decisões e dando os esclarecimentos jurídicos necessários, o que significa uma especial e nova função de articulação entre o judicial e o não judicial, na facilitação e na promoção do acesso e defesa dos direitos das crianças. Estas múltiplas funções e a pro-atividade do MP têm origem na reconstrução das funções de um “curador de menores” paternalista, anterior à democracia, mas que devido à incapacidade do Estado em providenciar resposta, pelos seus serviços públicos ou pelo regime do apoio judiciário, levou a que estas funções, no final do século XX e no início do século XXI, fossem reconstruídas,

legalmente, na defesa dos direitos das crianças e do seu superior interesse, tendo-se tornado essenciais para suprir as insuficiências do Estado e do regime do apoio judiciário no acesso ao direito e à justiça.

Apesar de previsto no regime jurídico do apoio judiciário, não existe, neste âmbito, um serviço público de informação jurídica, nem um serviço de consulta jurídica. Dos gabinetes de consulta jurídica, previstos na lei desde 1987, unicamente foram criados alguns, de 1989 a 2001, em obediência a critérios de voluntarismo e de oportunidade política dos sucessivos Ministros da Justiça e Bastonários da Ordem dos Advogados. Ora, desde 2002, que o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados não criam novos GCJ e, desde 2008, assiste-se à suspensão generalizada da atividade da maioria dos gabinetes, com o fundamento de o Ministério da Justiça não ter celebrado o protocolo com a OA para o seu financiamento, previsto na alteração da legislação de 2007. Consequentemente, os GCJ têm vindo a ser substituídos, por um lado, pela concessão da modalidade de apoio judiciário de consulta jurídica, em número pouco significativo, a ser prestada nos gabinetes privados dos advogados nomeados para o efeito. Por outro lado, quer o MJ quer a Ordem dos Advogados têm dado corpo a iniciativas locais ou ocasionais de informação e consulta jurídica e à criação de GCJ através de protocolos ocasionais entre a OA e as autarquias, o que formaliza a vontade de algumas autarquias terem GCJ, mas de modo nenhum constitui um serviço de informação e de consulta jurídica.

A consulta e a informação jurídica existem, no entanto, no Estado e na sociedade. Assim, no Estado e com impacto na promoção dos direitos e resolução de conflitos relacionados com a família e as crianças é visível a ação do Ministério Público, da Provedoria da Justiça, da CIG, do ACIDI e da “Policia de Proximidade”. A Provedoria de Justiça desenvolve a sua atividade com recomendações à administração pública e informando e encaminhando as situações que lhe chegam através da linha telefónica “Recados da Criança”. A CIG centra a sua atividade na promoção e defesa da igualdade de género e o seu gabinete jurídico atende, informa e presta consulta jurídicas, em regra a mulheres, que denunciam situações de violência doméstica, com o consequente encaminhamento dessas situações para o MP ou para o regime do apoio judiciário. O ACIDI, através do seu gabinete de apoio jurídico nos Centros Nacionais de Apoio ao Imigrante (CNAI) e dos Centros Locais de Apoio ao Imigrante (CLAI) e a sua linha SOS-Imigrante, presta informação jurídica em questões relacionadas com a

regularização, nacionalidade, questões laborais e questões relativas ao reagrupamento familiar. A polícia de proximidade, em Lisboa, desempenha um importante papel de mediador, de facilitador e de encaminhador dos residentes dos bairros mais degradados para instâncias que resolvam os seus problemas sociais e reconheçam os seus direitos, como as CPCJ, o Ministério Público e a Segurança Social, para a concessão de apoio judiciário e a nomeação de advogado.

As associações da comunidade, para além de participarem em instâncias de aconselhamento e resolução dos litígios, como as CPCJ, atendendo aos constrangimentos legais de não poderem dar consultas jurídicas, não podem ir além do atendimento, aconselhamento jurídico e encaminhamento dos cidadãos para o Ministério Público ou para o regime do apoio judiciário. As ONGs estudadas (IAC e APAV) centram, respetivamente, a sua atividade nos direitos das crianças e na promoção e defesa dos direitos das vítimas de crimes, em geral, e em especial de violência doméstica. Ambas participam como membros das CPCJ de Lisboa e têm serviço de atendimento (telefónico e presencial) e aconselhamento jurídico, sendo que, em 2010, a APAV atendeu e apoiou juridicamente 5.211 vítimas, em regra mulheres vítimas de violência doméstica, o que representou 47,6% do apoio prestado a quem procurou esta ONG.

A inexistência de um serviço público de informação e consulta jurídica, no âmbito do apoio judiciário, teve como consequência que, nos serviços da administração pública e nas ONGs da comunidade, fosse criada uma oferta de informação e de acompanhamento jurídico fragmentada, dado que essa oferta é centrada no objeto e nos interesses dessas entidades públicas ou da comunidade. A impossibilidade legal de estes serviços e das ONGs de fazerem aconselhamento jurídico e representarem juridicamente os cidadãos, que os procuram, especializou estas entidades numa nova função de “encaminhamento jurídico” dessas pessoas para o MP, para a Segurança Social (para requererem o apoio judiciário), para uma Conservatória do Registo Civil, para uma CPCJ, etc..

A narrativa das “vozes do terreno”, ou seja, as perceções, representações e discursos dos profissionais que intervêm direta ou indiretamente na promoção do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças permitiu, ainda, identificar potencialidades e vulnerabilidades do regime jurídico, e das instituições do apoio judiciário em ação. Em primeiro lugar, salienta-se que a Provedoria de Justiça, a Ordem

dos Advogados e a administração pública têm mantido os serviços da Segurança Social sob uma forte pressão crítica, apontando falta de competência e diligência, excesso de interpretações restritivas da lei e falta de celeridade nas decisões para concessão do apoio judiciário. Em segundo lugar, é paradoxal a situação relatada pelo Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI), que considera haver graves problemas no modo de funcionamento do sistema de apoio judiciário, por este deixar de fora todos os imigrantes em situação de estadia irregular, dado que a Segurança Social não lhes concede apoio judiciário por serem ilegais, ao mesmo tempo, que o Ministério Público representa imigrantes trabalhadores em situação ilegal, embora só na área dos conflitos de trabalho, contra as entidades patronais que não pagam os salários aos referidos trabalhadores imigrantes, com fundamento no direito constitucional e do trabalho aplicáveis. A situação representa uma contradição na atuação do Estado e, mais uma vez, uma pro-atividade do MP que supre lacunas do regime do apoio judiciário.

Em terceiro lugar, a limitação imposta pela recente lei dos atos próprios de advogado impossibilita que outras entidades, que não os próprios advogados, possam prestar consulta jurídica aos cidadãos que as procuram, sob pena de praticarem procuradoria ilícita. Neste sentido, os representantes da OA são categóricos em distinguir informação jurídica, em abstrato, e consulta jurídica, ou seja, a aplicação do direito a um caso concreto como modo de reservar para os advogados a função profissional de prestar consultas jurídicas. Se, por um lado, os advogados entendem que não pode ser de outra maneira, as outras entidades – seja ao nível público, seja ao nível da comunidade – sentem que o seu papel fica diminuído. Não podendo prestar consulta jurídica, as outras entidades têm, contudo, uma função importante no âmbito do atendimento/informação jurídica, servindo de ‘porta de entrada’ no sistema e tendo um papel fundamental de encaminhamento dos cidadãos para as entidades que os podem realmente ajudar a resolver os seus conflitos, bem como tentam superar esta limitação celebrando protocolos com o Ministério da Justiça – informação jurídica – e com a Ordem dos Advogados para a consulta jurídica.

Em quarto lugar, a Ordem dos Advogados crítica a presença do Ministério Público, na área da família e das crianças, entendendo que a função verdadeira do Ministério Público é a de garante da legalidade e o exclusivo da ação penal, pelo que o interesse das crianças, quando tem pais, é defendido pelos pais – salvo se estes forem

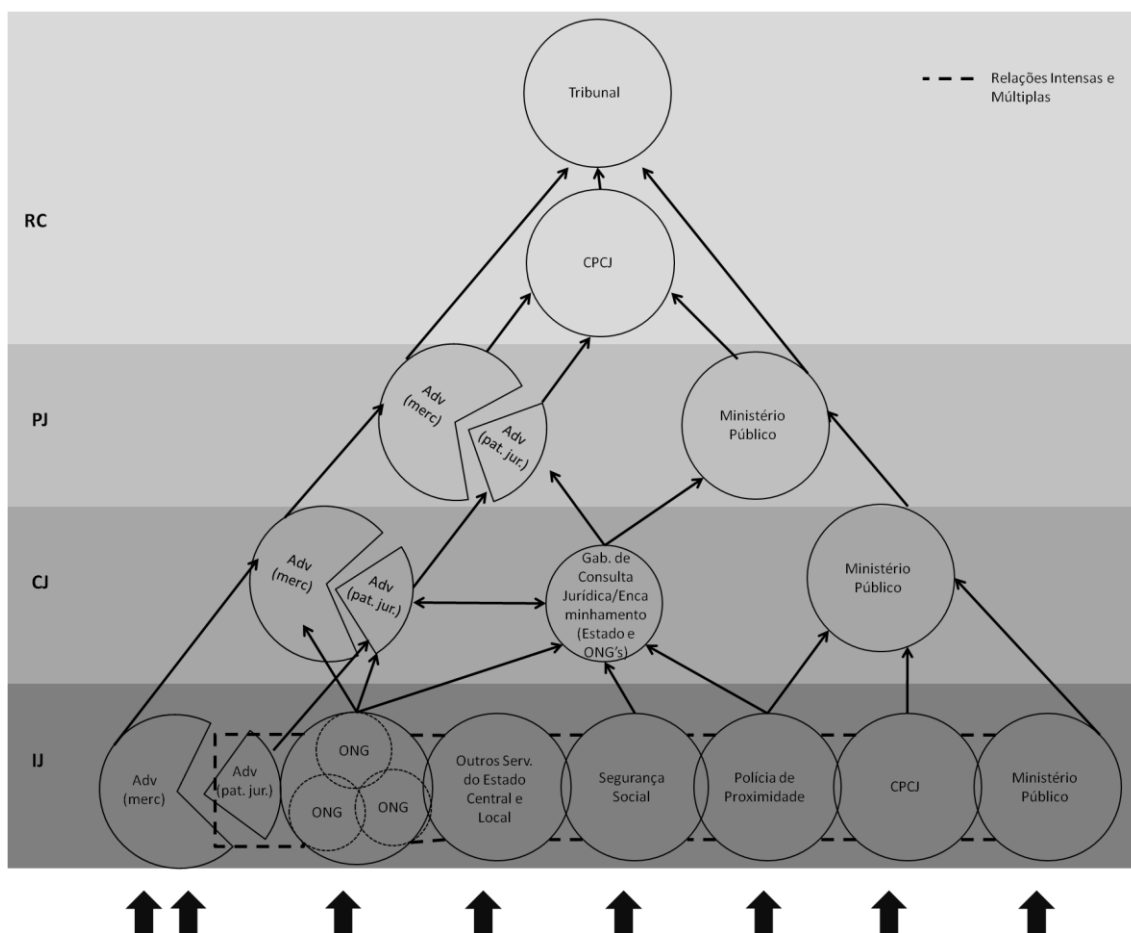
os causadores das situações de risco – e pelos advogados que os pais escolhem ou que sejam nomeados pelo tribunal. Esta tensão é meramente latente, dado que este mercado não é interessante para os advogados.

Em quinto lugar, a prestação, desempenho e o modo de atuação do Ministério Público são vistos pelo próprio de forma muito positiva, enaltecendo as qualidades do atendimento prestado e a forma como os utentes são bem acompanhados em termos de celeridade e informalidade. Há, porém, atores, que consideram que o funcionamento do atendimento pelo Ministério Público não é tão adequado quanto devia ou que não é tão célere quanto aparenta, invocando que as pessoas não são recebidas diretamente pelo Ministério Público, que este tem um desempenho lento, e que podia fazer mais e melhor.

Em sexto lugar, a diferença descrita entre o desempenho de advogados nomeados no âmbito do apoio judiciário e os advogados constituídos, sobretudo na área da família e das crianças, é abissal em prejuízo dos advogados nomeados e dos seus representados. É consensual que existe um grave défice de conhecimento e de formação, na área do direito da família e das crianças, razão pela qual os advogados que se dirigem, por exemplo, às CPCJ são poucos e demonstram um desconhecimento da legislação vigente e do seu funcionamento.

É bem visível, através da identificação das instâncias judiciais e não judiciais e dos atores mencionados e do volume da sua procura, que existe uma rede fragmentada em pirâmide, já que os tribunais, bem como os serviços do Ministério Público, continuam a estar no topo da pirâmide dos meios de acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Mas, por outro lado, os vários meios – do Estado, em parceria, do mercado e da comunidade – a que os cidadãos recorrem estruturam-se em rede, feita de várias parcerias e trabalho, em conjunto, de ONGs e de serviços do Estado, ainda que, em regra, seja uma rede estabelecida em termos informais. Daí o afirmar-se que a rede é fragmentada, porque existem ainda muitos interstícios ou ‘lacunas’. Por um lado, a inexistência de um serviço público de informação e consulta jurídica é suprida de forma incompleta e insuficiente, pelos serviços do Estado e das ONGs, que só podem dar informações jurídicas gerais, pelo que encaminham os cidadãos, designadamente para o MP, as CPCJ e o regime de apoio judiciário. Por outro lado, o MP supre com a sua ação as referidas insuficiências de aconselhamento e representação jurídica, em regra das mulheres, na defesa dos direitos das crianças.

Figura II - A rede (piramidal fragmentada) dos atores/instituições dos meios de acesso ao direito e à justiça da família em Portugal (2010)⁵⁹⁶



Uma multiplicidade de entidades do Estado, da comunidade, de parcerias entre o Estado e a comunidade e do mercado prestam informação jurídica e encaminham os cidadãos para as entidades que os podem aconselhar e representar juridicamente (advogados do mercado, advogados do apoio judiciário e MP). Devido à sua ação – que pode ser complementada nos processos de jurisdição voluntária pelos requerimentos, em nome pessoal das partes – os litígios são encaminhados para a sua resolução nas conservatórias do registo civil, no MP, nas CPCJ e nos tribunais (figura II). Ora, toda esta panóplia de meios de informação, aconselhamento e representação jurídica e de resolução de litígios encontra-se desarticulada, dificultando o acesso e um percurso de resolução célere dos litígios, razão pela qual denomino esta rede dos meios de acesso ao direito e à justiça, de fragmentada, em forma de pirâmide, que vai afunilando da base (informação jurídica) para o topo (resolução de litígios).

⁵⁹⁶ IJ – Informação jurídica; CJ – Consulta Jurídica; PJ – Patrocínio Jurídico; RC – Resolução de Conflitos.

A concluir, a melhoria do desempenho da referida rede exige que a política pública (ou antes de ação pública) deva reconhecer a pluralidade de instâncias e de atores que intervêm, de modos diversos, no acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, na qual se inclui a resolução de litígios. Essa política deve ser orientada para satisfazer as necessidades de racionalização e coordenação das instâncias de informação jurídica, de modo a criar um serviço público de informação jurídica articulado com a criação de um novo sistema de consulta jurídica, que não seja exclusivo da Ordem dos Advogados e, que, em circunstâncias a definir, permita às ONGs o exercício do aconselhamento e da representação jurídica, dos cidadãos que o pretendam. Deve, ainda, ser criado um novo modelo de nomeação de advogados, com a possibilidade de escolha, devidamente regulado e sujeito a controlo de qualidade do serviço jurídico prestado. Em simultâneo deve proceder-se à especialização do regime do apoio judiciário, na área da família e das crianças, devem ser alterados os critérios de elegibilidade, em que a concessão de apoio judiciário não deve estar limitada pelos rendimentos do casal. Deveria ser consagrada legalmente uma presunção de insuficiência económica para quem queira pedir alimentos para si ou a regulação das responsabilidades parentais para um/a filho/a, ou, em alternativa, permitir o acesso livre, a quem o pretenda, sendo analisado a posteriori, o contributo de cada requerente para o sistema de apoio judiciário.

O atual sistema de apoio judiciário desempenha já uma função relevante de compensação das desigualdades sociais, mas o aprofundamento da qualidade da democracia exige um regime jurídico de apoio judiciário mais efetivo e abrangente, de modo a ser um elemento constitutivo, em geral, de uma democracia e de uma cidadania mais igualitária e avançada, e, em especial, na área da família e das crianças, seja democratizadora das relações no espaço público e no espaço doméstico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. (2007), *Quelles perspectives pour la recherche juridique?* Paris: PUF.
- Abel, Richard L. (1973), "Law Books and Books about Law", in *Stanford Law Review*, 26, pp. 175-228.
- Abel, Richard L. (1978), "Comparative Law and Social Theory", *American Journal of Comparative Law*, 26, pp. 219-226.
- Abel, Richard L. (1985), "Law without politics: legal aid under advanced capitalism", in *UCLA Law Review*, Vol. 32, n. ° 3, Fev. 1985.
- Abel, Richard L. (1996), "Recent Trends in the Organization of Legal Services", in Paterson, Alan e Goriely, Tamara (eds.), *A Reader on Resourcing Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Abel, Richard L. (2003), *English lawyers between market and state. The politics of professionalism*. Oxford: Oxford University Press.
- Abel, Richard L.; Lewis, Philip S.C. (1989), *Lawyers in Society, Vol. 3: Comparative Theories*. Berkeley: Univ. of California Press.
- Aboim, Sofia (2006), *Conjugalidades em mudança. Percursos e dinâmicas da vida a dois*. Lisboa: ICS/Imprensa de Ciências Sociais.
- Abramovitch, Víctor (2005), "A estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais e as possíveis estratégias judiciais", in *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol. 2, N° 2. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a09v2n2.pdf> (acedido em Dezembro 2009).
- Acker, James(1990), "Thirty Years of Social Science in Supreme Courts Criminal Cases", in *Law & Policy*, XXII-1, 1-24.
- Alegre, Carlos(1989). *Acesso ao Direito e aos Tribunais*. Coimbra: Almedina.
- Almeida, Ana Nunes de; Guerreiro, Maria das Dores; Lobo, Cristina; Torres, Anália e Wall, Karin (1998), "Relações familiares: mudança e diversidade", in Viegas, José Manuel Leite e Costa, António Firmino da (org.) (1998). *Portugal que modernidade?*. Oeiras: Celta Editora, pág. 45-78.
- Alves, Jorge de Jesus Ferreira (2006), *Morosidade da Justiça. Como podem ser indemnizados os injustiçados por causa da lentidão dos Tribunais à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Legislação Nacional*. Porto: Legis Editora.

Andrade, José Carlos Vieira de (2009), *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4.^a Edição. Coimbra: Almedina.

Andrini, Simona; Arnaud, André-Jean (1995), *Jean Carbonier, Renato Treves et la sociologie du droit. Archéologie d'une discipline. Entretien et Pièces*. Paris: LGDJ.

Antokolskaia, Masha (ed.) (2007), *Convergence and divergence of Family Law in Europe*. Amesterdão: Intersentia.

APAV (2008a), *Relatório Estatístico - APAV 2008*. Disponível em: www.apav.pt

APAV (2008b), *Estatísticas APAV 2008 – Distribuição por Distrito/Região Autónoma*. Disponível em: www.apav.pt

Arnaud, André-Jean (2002), “O ensino da Sociologia Jurídica: de que falamos? E como ensiná-la?”, in Eliane Junqueira e Luciano Oliveira (org.) (2002), *Ou isto ou Aquilo: a sociologia jurídica nas faculdades de direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital, pág. 231 a 243.

Arnaud, André-Jean (dir.) (1993), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Arnaud, André-Jean (dir.) (1999), *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar.

Arnaud, André-Jean, Dulce, Maria José Fariñas (1996), *Sistemas Jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III. BOE.

Aubert, Vilhelm (s/d), “Family law and women’s law. Historical trends in Norwegian legislation”. S/ref.

Babbie, Earl (2003), *Métodos de pesquisa de survey*. Belo Horizonte: Editora UFMG.

Bala, Nicholas (1994), “The evolving Canadian definition of the family: towards a pluralistic and functional approach”, in *International Journal of Law and the Family*, 8, pp. 293-318.

Bamberger Jr., Clinton (1996), “The Legal Services Program of the Office of Economic Opportunity”, in Alan Paterson e Tamara Goriely (eds.), *A reader on Resourcing Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Banakar, Reza; Travers, Max (eds.) (2002), *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford: Hart.

Barendrecht, Maurits et al. (2006), *How to measure the price and quality of access to justice?* In <http://www.tilburguniversity.nl/faculties/law/research/cva/access/publications/pdf.pdf>

Barreto, António (org.) (2000), *Justiça em crise? Crises da Justiça?* Lisboa: Dom Quixote.

Barreto, António et al. (org.) (2000), *A situação Social em Portugal*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa.

Bastard, Benoit; Guibentif, Pierre (2007), “Justice de proximité: la bonnedistance, enjeu de politique judiciaire”. In *Droit et Société*, 66, pp. 267-274.

Bastard, Benoit; Guibentif, Pierre (2007), “Justice de proximité: la bonnedistance, enjeu de politique judiciaire”. In *Droit et Société*, 66.

Baudel, Jules-Marc (2006), “L'accès à la justice: la situation en France”, in *Révue Internationale de Droit Comparé*, N.º. 2-2006, pp. 477-491.

Beck, Ulrich (2001), *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*. Paris: Flammarion.

Beetham, D. (2002), *The state of democracy: democracy assessments in eight nations around the world*. Haia: KluwerLawInternational.

Beirão, António Manuel Azevedo (2008), “O novo regime de nomeação de defensor em Processo Penal”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 114, Ano 129, Abr-Jun 2008, pp. 119-150.

Beleza, Teresa (1989), “ Sociologia do Direito em Portugal”, in *Vértice*, II série, n.º 11, pp. 49-60.

Belley, Jean Guy (1993), “Pluralisme Juridique”, in Arnaud, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Bellow, Gary (1984), “L'aide judiciaire aux pauvres – rapport américain”. In Cappelletti, Mauro (org.). *Accès à la Justice et Etat-Providence*. Paris: Publications de l'Institut Universitaire Européen.

Bergalli, R. (coord.) (1984), *El Derecho y sus realidades*. Barcelona: PPU

Berg-Schlosser, Dirk (2004), “Indicators of democratization and good governance as measures of the quality of democracy – a critical appraisal”, in *Acta Politica*, Vol. 39, n.º 3, pp. 248-278.

Bernini, Stefania (2007), *Family Life and Individual Welfare in Post-War Europe: Britain and Italy Compared*. Basingstoke: PalgraveMacmillan.

Bezerra, Paulo César Santos (2001), *Acesso à justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar.

Black, Donald (1972), "The Boundaries of Legal Sociology", in *Yale Law Journal*, 81, pp. 1086-1100.

Black, Donald (1976), *The Behavior of Law*. Nova Iorque: Academic Press.

Blankenburg, Erhard (1984), "Possibilité de transplanter d'un pays à un autre les expériences touchant l'accès à la justice. Ses limites", in Cappelletti, Mauro (org.), *Accès à la Justice et État-Providence*. Paris: Publications de l'Institut Universitaire Européen.

Blankenburg, Erhard(1996), "The Politics of Legal Aid. A Solution in Search of a Problem?", in Alan Paterson e Tamara Goriely (eds.), *A reader on Resourcing Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Blankenburg, Erhard (ed.) (1980), *Innovations in the legal services*. Cambridge, Mass.: Oelgeschlager, Gunn and Hain.

Blumrosen, Alfred W. (1962), "Legal process and labor law: some observations on the relation between law and sociology", in Evan (ed.) (1962), *Law and Sociology*. Nova Iorque: The Free Press of Glencoe, Ill, pp. 185 e ss.

Bobbio, Norberto (1980), "El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas", in *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia.

Bolieiro, Helena; Guerra, Paulo (2009), *A criança e a família – uma questão de direito(s). Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. Coimbra: Coimbra Editora.

Bollen, Kenneth A.; Paxton, Pamela (2000), "Subjective measures of liberal democracy", in *Comparative Political Studies*, Vol. 33, No. 1, pp. 58-86.

Bourdieu, Pierre (1986), "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique", in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64.

Brandão, Manuel Cavaleiro (2002), "Assistência judiciária a nível europeu", in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 21, Julho/Agosto, 76-77.

Brito, Rita (org.) (2009), *Novos Rumos da Justiça Cível*. Coimbra: Coimbra Editora.

Bühlmann, M. et al. (2008), *The quality of democracy: democracy barometer for established democracies*. NCCR WorkingPaper n.º 10.

Cadiet, Loïc (2009), "Les nouvelles tendances de la procédure civile en France", in Rita Brito (org.), *Novos Rumos da Justiça Cível*. Coimbra: Coimbra Editora, pp.29-51.

Campilongo, Celso Fernandes (1997), *Direito e Democracia*. São Paulo: Editora Max Limonad.

- Caplowitz, D. (1963), *The Poor Pay More*. Nova Iorque: Free Press.
- Cappelletti, Mauro (1981), *Access to Justice and the Welfare State*. Florence, Italy: European University Institute.
- Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant (eds.) (1978), *Access to Justice. A World Survey*. Milão: Giuffrè.
- Carapinheiro, Graça (1991), “Poder médico e poder administrativo no quotidiano hospitalar”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 33.
- Carbonnier, Jean (1979), *Essais sur les lois*. Paris: Defrénois.
- Carlin, J.; Howard, J. (1965), “Legal representation and class justice”, *U.C.L.A. Law Review*, 12.
- Carlin, Jerome E. (1962), *Lawyers on Their Own*. New Brunswick: Rutgers University Press.
- 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, Jul./Set. 2002, pp. 135-139.
- Chambliss, William J. (1979), “On Lawmaking”, in *British Journal of Law and Society*, Vol. 6, No. 2 (Winter, 1979), pp. 149-171.
- Chiarloni, Sergio (1999), “A comparative perspective on the crisis of civil justice and on its possible remedies”, in <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/Civilprocedure/chiarloni99A.html>.
- Clark, David (2007) (ed.), *Encyclopedia of law & society: American and global perspectives*. Thousand Oaks: Sage Publications
- Cohen, S. e Gallagher, J. (1977), “Crime and the Creation of Criminal Law: a Partial Model”, in *British Journal of Law and Society*, IV-2, 220-235.
- Comaille, Jacques ; Hillcoat-Nalletamby, Sarah (1993), *Le modèle français de production de la loi*. Paris : CEVIPOF (CNRS/FNSP).
- Comissão de Acompanhamento do Sistema de Acesso ao Direito (2009), 1.º Relatório de monitorização do sistema de acesso ao direito.
- Commaille, Jacques (1991), “Les régulations de la famille française. Déterminations complexes des rapports public-privé”, *Oñati Proceedings*, 13, 21-35.
- Commaille, Jacques (1994), *L'ésprit sociologique des lois*. Paris : PUF.

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.

Commaille, Jacques (2009), “Sociologie Politique de l’accès au Droit et à la Justice”, comunicação apresentada no Colóquio Internacional «O acesso ao direito e à justiça da família em transformação», Novembro 2009, in http://www.ces.uc.pt/projectos/mutacoes/media/pdf/Intervention_colloque_Coimbra_27_11_09_2.pdf.

Commaille, Jacques (s/d), “Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension: emancipation, institution, protection”, in <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/commail.htm> (Acedido em 01/09/2008).

Conant, Lisa (2008), “When courts decide: foreigners’ rights and social citizenship in Europe and the US”, in *European Political Science*, vol. 7, n.º. 1. PalgraveJournals.

Conselho da Europa (2008), *Affaire Panasenko c. Portugal*. Estrasburgo: Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Conte, Alex; Burchill, Richard (2009), *Defining Civil and Political rights. The jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*. Surrey: Ashgate.

Cooper, Jeremy (1983), *Public legal services: a comparative study of policy, politics and practice*. Londres: Sweet & Maxwell.

Cooper, Jeremy (1991), *Key Guide to Informations Sources in Public Interest Law*. London: Mansell.

Coppedge, M. et al. (2008), “Two persistent dimensions of democracy: contestation and inclusiveness”, in *Journal of Politics*, Vol. 70, n.º 3, pp. 632-647.

Costa, Salvador da (2000), *O apoio judiciário*. Coimbra: Almedina.

Costa, Salvador da (2001), *O apoio judiciário*. Coimbra: Almedina.

Costa, Salvador da (2007), *O apoio judiciário*. Coimbra: Almedina.

Costa, Susana (2009), “Filhos da (sua) mãe: actores institucionais, perícias e paternidades no sistema judicial português”. Tese de doutoramento em Sociologia, especialização em Sociologia da Cultura, do Conhecimento e da Comunicação pela Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

Costa, Susana et al. (2003), "O ADN e a justiça: a biologia forense e o direito como mediadores entre a ciência e os cidadãos", in Gonçalves, Maria Eduarda (org.), *Os portugueses e a ciência*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, pp. 199-233.

Cotterrell, Roger (1991), *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel.

Cotterrell, Roger (1995), *Law's Community: Legal Ideas in Sociological Perspective*. Oxford: Clarendon Press.

Cotterrell, Roger (2001), *Sociological perspectives on law*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth (2 vol.).

Cotterrell, Roger (2007), "Sociology of Law", in *Encyclopedia of Law and Society*, Vol. 3. Sage.

Cousins, Mel (1996), "The Paradoxes of Legal Aid", in Paterson, Alan e Goriely, Tamara (eds.), *A Reader on Resourcing Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Cranston, Ross (2006), *How law works. The machinery and impact of civil justice*. Nova Iorque: Oxford University Press.

Cranston, Ross (1986), "Access to justice: courts, tribunals and alternative institutions", in *Legal Service Bulletin*, 11/1, pp.21-24.

Cunha Rodrigues, José Narciso (2010), *Recado a Penélope*. Lisboa: Sextante Editora.

Cunha, Vanessa (2005), "A fecundidade das Famílias" e "As funções dos filhos na família" in Wall, Karin (org.) (2005), *Famílias em Portugal*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, pág. 395-498.

Curran, Barbara A. (1977), *The legal needs of the public: The final report of a national survey, a joint undertaking by the American Bar Association Special Committee to Survey Legal Needs and the American Bar Foundation*. Chicago: American Bar Foundation.

DEEP/MSST (2003), *Acesso aos direitos sociais na Europa*. Coleção Cogitum, n.º 8.

Dezalay, Yves ; Sarat, Austin ; Silbey, Susan S. (1989), "D'une démarche contestataire a un savoir méritocratique", in *Actes De La Recherches En Sciences Sociales*, 78, pp. 79-93.

Dezalay, Yves (1985), "Vers une sociologie de la production du droit par et pour les professionnels de médiation juridique", in *Annales de Vauresson*, 23, 5-14.

Dezalay, Yves (1993), "Multinationale de l'expertise et déperissement de l'Etat", in *Actes de la Recherche en Sciences sociales*, 96/97, 3-20.

Diamond, L.; Morlino, L. (2004), "The quality of a democracy: an overview", in *Journal of Democracy*, Vol. 15, n.º 4, pp. 20-31.

Dias, João Paulo (2004), *O mundo dos magistrados: a evolução da organização e do auto-governo judiciário*. Coimbra: Almedina.

Dias, João Paulo; Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli (orgs.) (2008), *O papel do Ministério Público no poder judicial: estudo comparado dos países latino-americanos*. Coimbra: Almedina.

Dias, Jorge de Figueiredo (1976), "Lei Criminal e Controlo de Criminalidade. O Processo Legal-Social de Criminalização e Descriminalização", in *Revista da Ordem dos Advogados*, XXXVI, 69-98.

Diaz, Elías (1984), *De La Maldad Estatal y La Soberania Popular*. Madrid: Debate.

Duarte (2009), *A possibilidade da investigação a 3: reflexões sobre triangulação (metodológica)*. CIES e-Working Paper n.º 60/2009. Disponível on-line: <http://repositorio-iul.iscte.pt/handle/10071/1319>

Duarte, Madalena (2007), "Acesso ao direito e à justiça: condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal", *Oficina do CES*, 270.

Duarte, Madalena (2011), *Movimentos na Justiça - O Direito e o Movimento Ambientalista em Portugal*. Coimbra: Edições Almedina.

Duarte, RonniePreuss (2007), *Garantia de acesso à justiça. Os direitos processuais fundamentais*. Coimbra Editora.

Dufresne, Jacques (1993), "Réflexions sur la déjudiciarisation", in *Encyclopédie L'Agora*. Disponível online em: http://agora.qc.ca/documents/justice--reflexions_sur_la_dejudiciarisation_par_jacques_dufresne

Duran, Patrice (2009), *Penser l'action publique*. Paris : LGDJ.

Durkheim, Émile (2002: 101-107), "Divisão do trabalho social e Direito", in Cláudio Souto e Joaquim Falcão (eds.), *Sociologia e Direito. Textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. Brasil: Pioneira ThomsonLearning.

Ehrlich, Eugen (1936), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, trad. W. L. Moll, Nova Iorque: Arno Press.

Ehrlich, Eugen (2002), "O estudo do direito vivo", in Cláudio Souto e Joaquim Falcão (eds.) *Sociologia e Direito. Textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. Brasil: Pioneira ThomsonLearning

European Commission for the efficiency of justice (2008), *European judicial systems. Edition 2008 (data 2006): efficiency and quality of justice*. Bélgica: Conselho da Europa.

Evans, David Marshall (1997), "Access to justice", in HHJ I.B. Campbell (ed.) *Civil Justice Reform, The Liverpool Law Review*, Vol. XIX (1).

Ewald, François (1986), "A concept of social law", in Teubner, Gunther (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. European University Institute Series, Florence. Berlin/New York: De Gruyter.

Faget, Jacques (1995), "L'accès au droit: logiques de marché et enjeux sociaux", *Droit et Société*, 30/31, 367-378.

Faria, José Eduardo (1997) (orgs.), *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. 3. ed. São Paulo: Ática.

Faria, José Eduardo (2002), *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Ma Limonad.

Febbrajo, A. (1984), "Sistemas sociológicos y teoría jurídica. Algunos dilemas de una sociología del Derecho "crítica"", in R. Bergalli (coord.) *El Derecho y sus realidades*. Barcelona: PPU.

Felstiner, William L. F.; Abel, Richard L.; Sarat, Austin (1980/81), "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...", *Law & Society Review*, 15, 631.

Ferrari, Vincenzo (1989), *Funciones del derecho*. Madrid: Debate.

Ferrari, Vincenzo (1990), *Developing Sociology of Law, a World Wide Documentary Enquiry*. Milão: Giuffrè.

Ferrari, Vincenzo (1991/1993), *Law and Rights*. Milão: Giuffrè.

Ferreira, António Casimiro (1996), *Problemas Actuais da Negociação Colectiva em Portugal e na Europa*. Lisboa: Fundação Friedrich Ebert.

Ferreira, António Casimiro (1998), "Da participação do Estado e da Sociedade Civil na resolução dos conflitos de trabalho", in António Casimiro Ferreira (org.), *Debate sobre a Administração e Justiça do Trabalho*. Lisboa: Conselho Económico Global.

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

Ferreira, António Casimiro; Pedroso, João (1997), "Os Tempos da Justiça: Ensaio sobre a Duração e Morosidade Processual", in *Oficina do CES*, n.º 99.

Ferreira, António Casimiro; Pedroso, João (1999), "Entre o passado e o presente: contributo para uma reflexão sobre a Sociologia do Direito em Portugal", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 52.

Ferreira, António Casimiro; Pedroso, João; Dias, João Paulo; Branco, Patrícia; Lima, Teresa Maneca (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.

Fitoussi, Jean Paul; Rosenvallon, Pierre(1996),*Le nouvel âge des inégalités*. Paris: Senil.

Flood, John (2009), "The transformation of Access to law and justice in England and Wales", comunicação apresentada no Colóquio Internacional «O acesso ao direito e à justiça da família em transformação», Universidade de Coimbra, Novembro de 2009. In http://www.ces.uc.pt/projectos/mutacoes/media/pdf/THE_TRANSFORMATION_OF_ACCESS_TO_LAW_AND_JUSTICE_IN_ENGLAND_AND_WALES_2.pdf (acedido em Novembro de 2009).

Flood, John; Whyte, Avis (2006), "What's wrong with legal aid? Lessons from outside the UK". In *Civil Justice Quarterly*, Vol. 25, Janeiro 2006.

Fontaine, Pascal (2006), *A Europa em doze lições*. Comissão Europeia.

Francioni, Francesco (ed.) (2007), *Access to justice as a human right*. Oxford University Press.

Friedman, Laurence (1984), "Réclamations, contestations et litiges et l'État-Providence", in Cappelletti, Mauro (org.). *Accès à la Justice et Etat-Providence*. Paris: Publications de l'Institut Universitaire Européen.

Friedman, Laurence (1993), "Verso uma Sociologia del Diritto Transnazionale", in *Sociologia del Diritto*, 1:39-60.

Friedman, Lawrence; Ladinsky, Jack (2002), "O direito como instrumento de mudança social incremental", in Cláudio Souto e Joaquim Falcão (eds.) *Sociologia e Direito. Textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. Brasil: Pioneira Thomson Learning.

Galanter, Marc (1984), "La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux". In Cappelletti, Mauro (org.). *Accès à la Justice et Etat-Providence*. Paris: Publications de l'Institut Universitaire Européen.

Galanter, Marc (1989), *The transformation in American Business Disputing*. Universidade Wisconsin-Madison (policopiado).

Garapon, Antoine (1991), "Choosing between Paternalism and Legalism in Juvenile Justice" in Blankenburg, Commaile e Galanter (eds.), *Disputes and Litigation*. Oñati proceedings 12, Oñati International Institute for the Sociology of Law, 71-92.

Garoupa, Nuno (2011), *O Governo da Justiça*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

Garth, Bryant (1980), *Neighbourhood law firms for the poor: a comparative study of recent developments in legal aid and in the profession*. Alphenaan den Rijn, Netherlands; Rockville, Md. : Sijthoff&Noordhoff.

Gérard, Philippe; Ost, François ; van de Kerchove, Michel (1990), *Droit Positif, droit Comparé et Histoire du Droit*. Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis.

Gibbs, Anita (1997), *Focus groups*. *Social Research Update*, 19. Department of Sociology, University of Surrey. Disponível on-line: <http://sru.soc.surrey.ac.uk/sru19.html>.

Giddens, Anthony (1972/1976), *Capitalismo e Moderna Teoria Social*. Lisboa: Editorial Presença, 1976 (ed. Orig. Cambridge, 1972).

Godelier, Maurice (1986), *The Mental and the Material: Thought Economy and Society*. London: Verso.

Golub, Stephen (2003), "Beyond rule of law orthodoxy. The legal empowerment alternative", in *Rule of Law Series*, n.º 41.

Gomes Canotilho, José Joaquim (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 8.ª reimpressão da 7.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

Gomes Canotilho, José Joaquim (2004), *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.

Gomes Canotilho, José Joaquim (2008), *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

Gomes Canotilho, José Joaquim; Moreira, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, 4.^a edição revista. Coimbra: Coimbra Editora.

Gomes, Conceição (1986), "O Direito do Futebol", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 21, pp. 69-83.

Gomes, Conceição (1998), *Porquê tão lentos? Três casos especiais de morosidade na administração da justiça*. Coimbra: OPJ/CES.

Gomes, João Salis (1989), "Produção normativa governamental: problemas e perspectivas, in Coelho, Mário Baptista (org.), *Portugal – o sistema Político e Constitucional 1974-1987*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais/Universidade de Lisboa, 387-399.

Gonçalves, Maria Eduarda; Guibentif, Pierre (2008), *Novos Territórios do Direito. Europeização, Globalização e Transformação da Regulação Jurídica*. Lisboa: ISCTE/Principia.

Gordon, Gloria (2002), "Transforming Lives: Towards Bicultural Competence", in Reason, Peter e Bradbury, Hilary (ed.) (2002), *Handbook of Action Research. Participative Inquiry & Practice*. Londres: Sage Publications, 314-324.

Goriely, Tamara (2002), "The English approach to Access to Justice. Paper presented to a WorldBank Workshop". In http://info.worldbank.org/etools/docs/voddocs78/166/access_justice.goriely.pdf.

Greenbaum, Thomas L. (1988), *The practical handbook and guide to focus group research*. Lexington, Mass: Lexington Books.

Griffiths, John (1986), "What is legal pluralism?", in *Journal of Legal Pluralism*, 24.

Guibentif, Pierre (1985), "Génese da Previdência Social. Elementos sobre as origens da segurança social portuguesa e as suas ligações com o corporativismo", in *Ler História*, 5, 148-169.

Guibentif, Pierre (1992), "A aplicação do direito redescoberta pela sociologia jurídica", in *Sociologia, Problemas e Práticas*, 12, pp. 19-39.

Guibentif, Pierre (1993), "A produção do direito, crítica de um conceito na fronteira entre Sociologia do Direito e ciência de legislação", *Cadernos de Ciência de Legislação*, 7, 31-72.

Guibentif, Pierre (1995), *La pratique du droit international et communautaire de la Sécurité Sociale - Étude de sociologie du droit à l'exemple du Portugal*. Tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Genebra, Genebra/Lisboa.

Guibentif, Pierre (2003), "The sociology of law as a sub-discipline of sociology". In *Portuguese Journal of Social Sciences*, vol. 1, n.º 3, pp. 175-184.

Guibentif, Pierre (2007), "Les julgados de paz: une nouvelle justice de proximité au Portugal". In *Droit et Société*, 66. LGDJ.

Guibentif, Pierre (2007), "Teorias sociológicas comparadas e aplicadas. Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhman face ao direito". In *Cidades – Comunidades e Territórios*, 14, pp. 89-104.

Habermas, Jurgen (1996), *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. W. Rehg. Cambridge Polity.

Harrigton, Christine; Yngvesson, Barbara (1990), "Interpretive Sociolegal Research," 15 *Law & Social Inquiry* 135.

Harris, Peter (2000), *Reforming english civil justice: a market strategy for delivering Access to justice*. In <http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/Peter%20Harris%20seminar.doc>

Heber Smith, Reginald (1919), *Justice and the Poor. A Study of the Present Denial of Justice to the Poor and of the Agencies Making More Equal Their Position before the Law, with Particular Reference to Legal Aid Work in the United States*. Nova Iorque: Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching.

Hespanha, António M. (1980), "O Jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa liberal em Portugal", in *Análise Social*, 61/62, 211-236.

Hespanha, António M. (1982), "Historiografia jurídica e política do direito – Portugal 1900-50", in *Análise Social*, 72/73/74, 795-812.

Hespanha, António M. (1997), *Panorama histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América.

Hespanha, António M. (2003), *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio*. Lisboa: Publicações Europa-América.

Hunt, Alan (1978), *The Sociological Movement in Law*. Filadélfia: Temple University Press.

Hutter, Michael (1989), *A produção do direito. Uma teoria autorreferencial da economia, aplicada ao caso do direito sobre as patentes em matéria de medicamentos*. Tübingen: Mohr (Siebeck).

Jackson, Emily (1995), "Economic justice in divorce", in *Cardozo Women's Law Journal*, Vol. 2:3, pp. 23-51.

Katz, Jack (1982), *Poor people's lawyers in transition*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press.

Kiernan, Kathleen (2004), "Changing European Families: Trends and Issues" in Scott, Jacqueline; Treas, Judith e Richard's, Martin (ed.) (2004), *The Blackwell companion to the sociology of families*. Malden: Blackwell Publishing, pág.17-33.

Kilian, Mathias; Regan, Francis (2004), "Legal expenses insurance and legal aid – two sides of the same coin?The experience from Germany and Sweden".In *International Journal of the Legal Profession*, Vol. 11 (3), pp. 233-255

Kötz, Hein (1984), "La protection en justice des intérêts collectifs", in Cappelletti, Mauro (org.). *Accès à la Justice et Etat-Providence*. Paris: Publications de l'Institut Universitaire Européen.

Krueger, Richard (1997), *Analysing and reporting focus group results*. Thousand Oaks: sage Publications.

Kuhn, Thomas S. (1962), *The structure of scientific revolutions*. Chicago: UCP, 2ª edição.

La Spina, A. (1987), "I costi della decisione. Per una sociologia dell'attività legislativa", in *Sociologia del Diritto XVI-3*, 49-77.

Lascoumes, P. et al. (1989), *L'incrimination en matière économique. Trois exemples de processus: cartels, petit crédit, initiés*. Genebra: CETEL (Travaux CETEL, 34, 123).

Lasok, K.P.E. (1994), *The European Court of Justice. Practice and procedure*.Londres: Butterworths.

Legal Aid Board (2009), *Legal Aid in the Netherlands*.

Legal Services Commission (2006), "Corporate Plan 2006/07. Helping more people deal with their problems".

Legal Services Commission (2007), "Making legal rights a reality for children and families. The Legal Services Commission's Strategy for family legal aid".Vol.I e II.In http://www.legalservices.gov.uk/docs/cls_main/Vol2FINALwcovers010307.pdf e http://www.legalservices.gov.uk/docs/civil_consultations/CLS_strategy_children_and_families.pdf (acedido em dezembro 2007).

LegazLacambra, Luis (1964), "Concepto y función de la sociología jurídica", in *Revista Española de Sociología*, número 0.

Leite, Sofia (2003), "Famílias em Portugal: breve caracterização sócio-demográfica com base nos Censos 1991 e 2001". *Revista de Estudos Demográficos*, n.º 33, pp. 23-38.

Lejeune, Aude (2007), “Justice institutionnelle, justice démocratique. Clercs et profanes”. In *Droit et Société*, 66, pp. 367-389.

Lejeune, Aude (2007), “Justice institutionnelle, justice démocratique. Clercs et profanes”. In *Droit et Société*, 66.

Lijphart, Arend (1999), *Patterns of democracy*. New Haven: Yale University Press.

Lopes, Alexandra Viana (2009), “Divórcio e responsabilidades parentais. Algumas reflexões sobre a aplicação do novo regime”, in *Revista do CEJ*, 1.º Semestre de 2009, n.º 11, pp. 137-178.

Lord Carter’s Review of Legal Aid Procurement (2006), “Legal Aid: a market-based approach to reform”. In <http://www.legalaidprocurementreview.org.uk/publications.htm> (último acesso outubro 2012).

Loureiro, João Carlos (2010), *Adeus ao Estado Social? A segurança Social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora.

Luban, David (1988), *Lawyers and justice: an ethical study*. Princeton University Press.

Luban, David (1996), “The Right to Legal Services from D. Luban *Lawyers and Justice: an Ethical Study*”, in Alan Paterson e Tamara Gorieli (eds.), *A reader on Resourcing Civil Justice*. Oxford University Press.

Luca, Alessandra de (2007), *L’accesso alla giustizia in Inghilterra fra stato e mercato*. Turim: G. Giappichelli Editore.

Lucke, Doris (1991), *As relações entre os géneros no discurso de política jurídica. O debate sobre a igualdade de oportunidade e o “double talk” do legislador*. Bremen: EMPAS.

Luhman, Niklas (1984), *Soziale System. Grundriss Einer Allgemeinen Theorie*. Frankfurt/M.: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (1993) “Clôture et couplage”, in Arnaud, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 73-95.

Macdonald, Roderick (1984), “Economical, Exoeditious and Accessible Civil Justice Though a Better Allocation of Civil Disputes: a Framework for Inquiry” (mimo).

Machado, Helena (1999), “«Vaca que anda no monte não tem boi certo»: uma análise da prática judicial de normalização do comportamento sexual e procriativo da mulher”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais* n.º 55, pp. 167-184.

Machado, Helena (2007), *Moralizar para identificar: cenários da investigação judicial de paternidade*. Porto: Afrontamento;

Maclean, Mavis (1995), “From advocacy to management in divorce: a women’s issue?”, in *Cardozo Women’s Law Journal*, Vol. 2:53, pp. 53-69.

Maclean, Mavis (s/d), “New families and new norms: with reference to the distribution of resources after divorce”. S/ref.

Magone, J.M. (2004), “The quality of Portuguese democracy in the European Union”, comunicação apresentada na *First Conference on Portuguese Democracy: thirty years on*, Associação 25 de Abril.

Mar, Frédéric; Perdereau, Matthieu (2009), *La justice: un droit pour tous?*. Paris : Le Cavalier Bleu.

Marques, Maria Manuel Leitão(1986), “A modernização dos quadros institucionais da economia portuguesa: 1970-1984”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 18/19/20, 227-268.

Marques, Maria Manuel Leitão et al. (1991), *Direito Económico*. Coimbra: Almedina.

Marques, Maria Manuel Leitão; Ferreira, António Casimiro(1991), "A concertação económica e social: a construção do diálogo social em Portugal", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 31.

Marshall, T. H. (1963), *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge: CUP.

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.

Martins, J.; Rangel, R.; Santiago, A. (1982), “O projecto institucional do tradicionalismo reformista: a crítica da legislação vintista pela Junta de Revisão das Leis”, in Pereira, Miriam Halpern, et al. (orgs.), *O liberalismo na península Ibérica na primeira metade do século XIX*. Lisboa: Sá da Costa Editorial, vol. I, 155-173.

Mattei, Ugo (2007), “Access to justice. A renewed global issue?”. In *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 11.3 (December 2007). <http://www.ecjl.org>.

Meckled-García, Saladin; Çalt, Başak (2006), “Lost in translation. The human rights ideal and international human rights law”, in *The legalization of human rights: multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law*. Nova Iorque: Routledge.

Melo Marinho, Carlos (2007), “A rede judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial – I Parte”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 45, Jan. Fev. 2007.

Memmi, Dominique (1999), “Sociologia Jurídica Comparativa”, in Arnaud (org.) *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar.

Mendes, José Manuel de Oliveira (2003), “Perguntar e observar não basta, é preciso analisar: algumas reflexões metodológicas”. *Oficina do Ces*, 194.

Mendonça, Luís Correia (1982), “As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição”, in *Análise Social*, 72/73/74, 829-868.

Merry, Sally Engle (1988), “Legal Pluralism”, in *Law & Society Review*, 22, pp. 869-896.

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

Ministério da Justiça (2008), *Sistema de Mediação Familiar*.

Ministério da Justiça Italiano (2005), *Relazione sull'applicazione della nuova normativa sul patrocinio a spese dello Stato*, in <http://www.giustizia.it/newsonline/data/multimedia/1033.pdf> (acedido em Março de 2009).

Miranda, Jorge; Sousa, Marcelo Rebelo de; Almeida, Marta Tavares de (orgs.) (1986), *A Feitura das Leis*. Oeiras: INA (2 vols.).

Moore Júnior, Barrington (1975), *As origens sociais da ditadura e da democracia: senhores e camponeses na construção do mundo moderno*. Lisboa: Edições Cosmos

Mowbray, A. R. (2004), *The development of positive obligations under the European Convention on human rights by the European Court of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing

Munck, G.L. (2003), “Measures of democracy, governance and rule of law: an overview of cross-national data sets”, comunicação apresentada no *World Bank Workshop “Understanding growth and freedom from the bottom-up”*.

Nelken, David (1981), “The ‘Gap Problem’ in the Sociology of Law: a Theoretical Review”, in *Windsor Yearbook of Access to Justice*, I, pp. 35-61.

- Nelken, David (1986), *Law as Communication*. Hanover: Dartmouth.
- Nicolau, Gilda (2002), “Que faut-il entendre para accès au droit?”, in Fabrice Leduc (coord.), *L'accès au droit*. Tours: Publications de l'Université François Rabelais.
- Nolasco, Carlos Manuel (1999), *Dos pontapés na bola aos pontapés no direito. Para um entendimento do direito do desporto*. Dissertação de Mestrado em Sociologia. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
- Novais, Jorge Reis (2006), *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Novais, Jorge Reis (2010), *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora.
- Novais, Jorge Reis (2011), *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. 1.ª reimpressão da 1.ª edição. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora.
- Nunes, António José Avelãs (2008), “O Estado Capitalista: mudar para permanecer igual a si próprio”, in Neto, Francisco José Rodrigues de Oliveira; Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda; Mezzaroba, Orides; Brandão, Paulo de Tarso (orgs.), *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Nunes, João Arriscado (1992), *As teias da família. A construção interaccional das solidariedades primárias*. Tese de doutoramento em Sociologia, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
- Oliveira Neto, Francisco José Rodrigues et al. (orgs.) (2008), *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Oliveira, António Resende de (1982-1983), “Poder e sociedade. A legislação Pombalina e a antiga sociedade portuguesa”, in Torgal, Luís Reis, Vargues, Isabel (orgs.). *O Marquês de Pombal e o seu tempo* (Revista de História das Ideias). Coimbra, Instituto de História e Teoria das Ideias, faculdade de Letras, 51-90.
- Oliveira, Guilherme de (2001), *Temas de Direito da Família*. Coimbra: Coimbra Editora (2ª edição).
- 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.

Ost, François; van de Kerchove, Michel (2002), *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelas: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis.

Parsons, Talcott (1962), "The Law and Social Control", in Evan (ed.) (1962), *Law and Sociology*. New York: The Free Press of Glencoe, III.

Paterson, Alan; Goriely, Tâmara (eds.) (1996), *Resourcing Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Pedroso, João (2002), *Entre a União Europeia e a sociedade portuguesa: a protecção e a resolução dos litígios dos consumidores - o caso da arbitragem de conflitos de consumo em Portugal*. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

Pedroso, João (2006), "A justiça em Portugal entre a(s) crise(s) e a(s) oportunidades – Contributo para a construção de um novo paradigma de política pública de justiça", in *Revista Scientia Iuridica*, Tomo LV, n.º 306, pp. 263-302

Pedroso, João (2009), "A justiça civil em crise: a oportunidade/necessidade de reformar o processo civil", in Rita Brito (org.), *Novos Rumos da Justiça Cível*. Coimbra: Coimbra Editora, 53-79.

Pedroso, João (coord.); Gersão, Eliana (coord.) et al. (1998), *A Justiça de Menores. As crianças entre o risco e o crime*. Coimbra: CES/OPJ.

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, pp. 53-83.

Pedroso, João; 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; Casaleiro, Paula; Branco, Patrícia (2011), "A odisseia da transformação do Direito da Família (1974-2010): um contributo da sociologia política do direito", *Revista Sociologia - FLUP*, 22.

Pedroso, João; Dias, João Paulo (2002), "As profissões jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal", *Revista do Ministério Público*, 91, 11-54.

Pedroso, João; Fonseca, Graça (1999), "A justiça de menores entre o risco e o crime: uma passagem... para que margem?", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 55, pp. 131-165.

Pedroso, João; Trincão, Catarina; Dias, João Paulo (2003), *Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora.

Pereira Coelho, Francisco; Oliveira, Guilherme de (2003), *Curso de Direito da Família*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora (3.ª Edição).

Pereira Coelho, Francisco; Oliveira, Guilherme de (2008), *Curso de Direito da Família*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora (4.ª Edição).

Perez-Luño, António Henrique (1991), "Prologo", in *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel.

Perrin, Jean-François (1983), "Tendance des changements législatifs en matière de divorce en Europe occidentale", in Commailles, Jacques et al.(orgs.), *Le divorce en Europe occidentale – La loi et le nombre*. Paris: GIRD/CETEL/INED, 207-221.

Piçarra, Nuno (2007), "A União Europeia enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça: alguns desenvolvimentos recentes" in Jorge Bacelar Gouveia e Rui Pereira (coord.) *Estudos de Direito e Segurança*. Coimbra: Almedina.

Picontó-Navales, Teresa (1997), "Family law and family policy in Spain", in Kurczewski e Maclean (eds.), *Family law and family policy in the new Europe*. Oñati International Series in Law and Society: Dartmouth Publishing Company.

Pinheiro, Jorge Duarte (2011), *O Direito da Família Contemporâneo*. Lisboa: AAFDL.

Pinto de Abreu, Carlos (2007), "Advocacia e Cidadania. Responsabilidade social na promoção da igualdade", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Vol. I, Jan. 2007.

PLEAS Task Force (2007), *Developing capable citizens: the role of public legal education*. In <http://www.pleas.org.uk/uploads/PLEAS%20Task%20Force%20Report%20Summary%20-%20Word%20version.doc>.

Pocar, Valerio; Ronfani, Paola (2008), *La famiglia e il diritto*. Roma, Bari: Editori Laterza.

Podgòrecki, Adam (1981), "Unrecognized Father of Sociology of law: Leon Petrazycki", in *Law and Society Review*, vol. 15, n.º 1 (1980-81).

Poitry, Alain-Valéry (1986), "Les commissions extra-parlementaires comme élément du processus législatif", in *Revue suisse de sociologie* XII-3, 397-416.

Portugal, Sílvia (2006), *Novas famílias, modos antigos. As redes sociais na produção de bem-estar*. Tese de doutoramento em Sociologia, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

Probert, Rebecca (eds.) (2007), *Family life and the law. Under one roof*. Ashgate

Pureza, José Manuel (2004), "Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos", in César Augusto Baldi (org.), *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar.

Pureza, José Manuel; Nascimento, Daniela (2009), "A importância da mobilização dos direitos humanos no acesso ao direito e à justiça", comunicação apresentada no Colóquio Internacional «O acesso ao direito e à justiça da família em transformação», Novembro 2009. In http://www.ces.uc.pt/projectos/mutacoes/media/pdf/Paper_coloquio_JMP_DN_online.pdf (acedido em Dezembro de 2009).

Putman, Emmanuel (dir.) (2007), *Accès à la justice*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

Ragin, Charles (1989), *The Comparative Method: Moving beyond Qualitative and Quantitative Strategies*. Berkeley: University of California Press.

Ragin, Charles (1994), *Constructing Social Research*. Thousand Oaks: Sage.

Raposo, Mário (1977), "O Acesso ao Direito e a Ordem dos Advogados", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 37, pp. 391-403.

Raposo, Vera Lúcia (2009), "Crónica de um casamento anunciado (o casamento entre pessoas do mesmo sexo)", in *Revista do Ministério Público*, 120, pp. 157-190.

Reason, Peter e Marshall, Judi (2002), "On Working with Graduate Research Students", in Reason, Peter e Bradbury, Hilary (ed.) (2002), *Handbook of Action Research. Participative Inquiry & Practice*. London: Sage Publications, 413-420.

Regan et al. (eds.) (1999), *The transformation of legal aid. Comparative and historical studies*. Oxford: Oxford University Press.

Regan, Francis (2002), "Why do legal aid services vary between societies? Re-examining the impact of welfare states and legal families". In Regan et al. (eds.) *The transformation of legal aid. Comparative and historical studies*. Oxford: Oxford University Press, pp. 179-201.

Renner, K. (1949), *The Institutions of Private Law and Their social functions*. Londres: Routledge & K. Paul.

Ritzer, George (1992) (ed.), *Metatheorizing*. Newbury Park, CA: Sage Publications.

Robert, Philippe (org.) (1991), *La création de la loi et ses acteurs: L'exemple du droit pénal*. Oñati: IISJ (Oñati Proceedings 6).

Rodrigues, Samuel (1987), *A Polémica sobre o Casamento Civil (1865-1967)*. Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica.

Rosa, Maria João Valente e Vieira, Cláudia (2003), *A população portuguesa no século XX*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa.

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.

Ruivo, Fernando; Marques, Maria Manuel Leitão (1982), "Comunidade e Antropologia Jurídica em Jorge Dias", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 10.

Ruiz, Alicia (2008), "La realización de los derechos sociales en un estado de derecho", in Neto, Francisco José Rodrigues de Oliveira; Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda; Mezzaroba, Orides; Brandão, Paulo de Tarso (orgs.), *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.

Sá, Octaviano (1944), "Assistência Judiciária – a Humanidade do Processo – A colaboração do Advogado", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 4, pp. 106-142.

Salanueva, Olga et al. (2003), *Familia Y Justicia. Un estudio socio-jurídico de los conflictos familiares*. La Plata: Editorial de la Universidad de La Plata.

Santos, Boaventura de Sousa (1980), "O discurso e o Poder", *Revista Forense*, 272, 1-40.

Santos, Boaventura de Sousa (1982), "A participação popular na administração da justiça no Estado capitalista", in Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (org.), *A participação Popular na Administração da Justiça*. Lisboa: Livros Horizonte, 83-98.

Santos, Boaventura de Sousa (1985), "On Modes of Production of Social Power and Law", in *International Journal of Sociology of Law*, 13, 299-336.

Santos, Boaventura de Sousa (1986), "Para uma sociologia da distinção Estado/Sociedade civil", in Lyra, Doreodó Araujo (org.), *Desordem e Processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

Santos, Boaventura de Sousa (1986), "Social Crisis and the State", in Maxwell, Kenneth (org.), *Portugal in the 1980's Dilemmas of Democratic Consolidation*. Nova Iorque: Greenwood Press, 167-195.

Santos, Boaventura de Sousa (1987), "Introdução à Sociologia da Administração da Justiça", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 21, pp. 11-37.

Santos, Boaventura de Sousa (1988), *Um Discurso sobre as Ciências*. Porto: Afrontamento.

Santos, Boaventura de Sousa (1989), *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*. Porto: Afrontamento.

Santos, Boaventura de Sousa (1990a), "O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 30.

Santos, Boaventura de Sousa (1990b), *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1998)*. Porto: Afrontamento, 193-266.

Santos, Boaventura de Sousa (1994), *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. Porto: Afrontamento.

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

Santos, Boaventura de Sousa (1998), *Reinventar a Democracia*. Lisboa: Gradiva.

Santos, Boaventura de Sousa (2000), *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez Editora.

Santos, Boaventura de Sousa (2001), "Os Processos da globalização", in idem (org.), *Globalização: Fatalidade ou Utopia?*. Porto: Afrontamento, 31-106.

Santos, Boaventura de Sousa (2004), "Por uma concepção multicultural de direitos humanos", in César Augusto Baldi (org.) *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar.

Santos, Boaventura de Sousa (2009a), *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Editorial Trotta.

Santos, Boaventura de Sousa (2009b), "Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade", in *Revista Direitos Humanos*, n.º 2, Junho de 2009, pp. 10-18.

Santos, Boaventura de Sousa (Dir.) (2005), *Para uma agenda da reforma da justiça – memorando do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa sobre bloqueios e propostas de solução*. Coimbra: OPJ/CES. Disponível em <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Agenda%20de%20reforma.pdf>.

Santos, Boaventura de Sousa (org.) (1993), *Portugal – um Retrato Singular*. Porto, Afrontamento.

Santos, Boaventura de Sousa et al. (1996), *Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português*. Porto: Edições Afrontamento.

Santos, Boaventura de Sousa, Villegas, Mauricio García (2001), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre.

Santos, Boaventura de Sousa; Avritzer, Leonardo (2003), “Introdução: para ampliar o cânone democrático”, in Santos, Boaventura de Sousa (org.), *Democratizar a Democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, pág. 35-69.

Santos, Boaventura de Sousa; Carlet, Flávia (2008), “The landless rural workers’ movement and its legal and political strategies for gaining Access to law and justice in Brazil”, World Justice Forum.

Santos, Boaventura de Sousa; Trindade, João Carlos; Meneses, Maria Paula (orgs.) (2006), *Law and Justice in a Multicultural Society. The Case of Mozambique*. Dakar: CODESRIA.

Sarat, Austin (1985), “Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition”, *Legal Studies Forum*, 9.

Sarat, Austin; Felstiner, William L. F. (1986), “Law and Strategy in the Divorce Lawyer's Office”, *Law & Society Review*, Vol. 20, No. 1, pp. 93-134.

Savelsberg, Joachim (1987), “The Making of Criminal Law Norms in Welfare States: Economic Crime in West Germany”, in *Law & Society Review* XXI-4, 529-562.

Saward, Michael (1994), “Democratic theory and indices of democratization”, in Beetham, David (ed.) *Defining and Measuring Democracy*. Londres: Sage.

Scheinin, Martin (2007), “Access to justice before international human rights bodies: reflections on the practice of the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights”, in Francesco Francioni (ed.) *Access to justice as a human right*. Oxford University Press.

Schmitter, Philippe C. (2003), “In Search of Meta-institutions”, in *Government and Opposition* Volume 37, N.º 3, pp. 427 – 433.

Schneider, Sergio; Schimitt, Cláudia Job (1998), *O uso do método comparativo nas Ciências Sociais*. Cadernos de Sociologia, Porto Alegre, v.9, p49-87. Disponível on-line: www6.ufrgs.br/pgdr/arquivos/373.pdf

Scott, Jacqueline (2004), "Children's Families" in Scott, Jacqueline; Treas, Judith e Richard's, Martin (ed.) (2004), *The Blackwell companion to the sociology of families*. Malden: Blackwell Publishing, pág.109-125.

SenadoFrancês (2004), *L'aide juridique. Série Législation Comparé. Les Documents de Travail du Sénat*, n° LC 137. In <http://www.senat.fr/lc/lc137/lc137.html> (Janeiro de 2008).

SenadoFrancês (2007a), "Projet de loi de finances pour 2008. Justice et accès au droit". Avis n°. 96. In <http://www.senat.fr/rap/a07-096-3/a07-096-31.pdf> (Janeiro de 2008). Pp. 66 e seguintes.

SenadoFrancês (2007b), *Rapport d'Information sur l'aide juridictionnelle*. In <http://www.senat.fr/rap/r07-023/r07-0231.pdf> (Outubro 2007).

Shapiro, Martin (1981), *Courts: A comparative and political analysis*. Chicago: Chicago University Press.

Silva, Suzana Tavares da (2011), *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

Smith, Roger (2007), "Human rights and Access to justice", in *International Journal of the Legal Profession*, vol. 14/ 3.

Snyder, Francis (1993), "'Soft law" e prassi istituzionale nella comunità europea", in *Sociologia del Diritto*, 1, 79-109.

Sommerlad, Hilary (2004), "Some reflections on the relationship between citizenship, Access to justice, and the reform of legal aid", in *Journal of Law and Society*, vol. 31/3.

Sousa Júnior, José Geraldo (2002), "Sociologia Jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas", in Eliane Junqueira e Luciano Oliveira (2002), *Ou isto ou Aquilo: a sociologia jurídica nas faculdades de direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital, pp. 145-173.

Sousa, João Ramos de (1993), "A economia política do apoio judiciário", in *Sub Judice*, 5, pp. 39-45.

Souto, Cláudio; Falcão, Joaquim (eds.) (2002), *Sociologia e Direito. Textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. Brasil: Pioneira ThomsonLearning.

Stark, Barbara (2005), *International Family Law. An introduction*. Surrey: Ashgate.

Storskrubb, Eva; Ziller, Jacques (2007), "Access to justice in European comparative law", in Francioni (ed.) *Access to justice as a human right*. Oxford University Press

Tamanaha, Brian (2007), "Gap Problem", in *Encyclopedia of Law and Society*, Vol. 3. Sage.

Tenreiro, Mário Paulo (1986), "O Direito na Instituição Militar", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 21, pp. 121-137.

Teubner, Gunther (1992), "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", in *Cardozo Law Review*, 13, 1443-1462.

Teubner, Gunther (1997) (ed.), *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot.

Teubner, Gunther (ed.) (1986), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. European University Institute Series, Florence. Berlin/New York: De Gruyter.

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

Toharia, Jose Juan (1974), *Cambio Social e Vida Jurídica em Espanha*. Madrid.

Torres, Anália (2008), *Nova lei do divórcio*. Grupo Parlamentar do Partido Socialista.

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.cnpcjr.pt/relatorio_iscte.asp

Torres, Anália, Mendes, Rita; Lapa, Tiago (2008), "Families in Europe". *Portuguese Journal of Social Science*, volume 7, n.º 1, pág. 49-84.

Trechsel, Stefan (2005), *Human rights in criminal proceedings*. Oxford University Press.

Treves, Renato (1966), *La sociologia del diritto. Problemi e ricerche*. Nuovi sviluppi della sociologia del diritto. Milão: Edizione di Comunità.

Treves, Renato (1977), *Introduzioni alla sociologia del diritto*. Turim: Einaudi.

Treves, Renato (1984), "Per una sociologia del diritto "critica"", in Umberto Scarpelli y Vincenzo Tomeo (Eds.) *Società, norme e valori*. Studi in onore di Renato Treves, págs. 227-258. Milão: Giuffrè.

Treves, Renato (1988), *La Sociología del Derecho*. Madrid: Ariel.

Treves, Renato (1989), *Diritto e Cultura*. Roma: Edizioni Lavoro.

Treves, Renato (1999), *La sociologia del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Barcelona: Editora Ariel.

Trigo Morais, João (2006), “O advogado perante a injustiça da lei e da causa – o poder de escusa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, Vol. III, Dez. 2006.

Trubek, Louise; Trubek, David (1984), “La justice des tribunaux au service d’une société de justice: une manière nouvelle de considerer la défense des interets d’ordre general aux États-Unis”, in Cappelletti, Mauro (org.). *Accès à la Justice et Etat-Providence*. Paris: Publications de l’Institut Universitaire Européen.

Tunc, André (1984), “En quête de Justice”, in Cappelletti, Mauro (org.). *Accès à la Justice et Etat-Providence*. Paris: Publications de l’Institut Universitaire Européen.

Turner, Bryan S. (1993), *Citizenship and Social Theory*. Thousand Oaks: Sage Publications.

Van Houtte, Jean (1998), “Family law and family reality. A sociolegal and paradigmatic approach”, in *Sociologia del Diritto*, XXV/1998/3, pp. 61-87.

Van Zeeland; Barendrecht (2003), *Legal Aid Systems Compared*. Tilburg University
Varano, Vincenzo; de Luca, Alessandra (2007), “Access to justice in Italy”. In *Global Jurist*, vol. 7 (1).

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

Vieira, Benedicta Maria Duque (1992), *A Justiça Civil na Transição para o Estado Liberal*. Lisboa: Sá da Costa.

Villegas, Mauricio Garcia (ed.) (2001), *Sociologia Jurídica. Teoria y sociologia del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Volpi, Roberto (2007), *La fine della famiglia. La rivoluzione d cui non ci siamo accorti*. Milão: Mondadori.

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

Weber, Max (2002), “Ordem jurídica e ordem económica, direito estatal e extra-estatal”, in Cláudio Souto e Joaquim Falcão (eds.) *Sociologia e Direito. Textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. Brasil: Pioneira Thomson Learning.

William M. Evan (ed.) (1962), *Law and Sociology*. New York: The Free Press of Glencoe, III.

Wolkmer, Antonio Carlos (1994), *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Ed. Alfa Omega.

Wouters, Y; Van Loon (1991), “Civil Litigation in Belgium: the Reconstruction of the Pyramid of Legal Disputes” in Blankenburg, Commaile e Galanter (eds.), *Disputes and Litigation*. Oñati proceedings 12, Oñati International Institute for the Sociology of Law, 23-38.

Wroblewski, Jerzy (1988), “Les langages juridiques: une typologie”, in *Droit et Société*, 8, 15-30.

Wyvekens, Anne ; Faget, Jacques (2001), *La justice de proximité en Europe. Pratiques et enjeux*. Toulouse: ERES.

Xavier, Rita Lobo (2009), *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*. Coimbra: Almedina.

Zanatta, Anna Laura (2008), *Le nuove famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita*. Bolonha: Il Mulino.

Zander, Michael (1984), “La première vague”, in Cappelletti, Mauro (org.). *Accès à la Justice et Etat-Providence*. Paris: Publications de l’Institut Universitaire Européen.

Zeisel, Hans; Kalven, Jr, Harry; Buchholz, Bernard (1959), *Delay In The Court: An Analysis Of The Remedies For Delayed Justice*. Boston: Little, Brown & Co.

Zemans, Frederick H. (1996), “Recent trends in the organization of legal services”, in Alan Paterson e Tamara Goriely (eds.) *A reader on Resourcing Civil Justice*. Oxford University Press.

Zemans, Frederick H. (ed.)(1979), *Perspectives on legal aid: an international survey*. Westport, Conn.: Greenwood Press.

Ziller, Jacques (2008), “Europeização do Direito – do alargamento dos domínios do Direito da União Europeia à transformação dos direitos dos Estados-Membros”, in Gonçalves e Guibentif (orgs.), *Novos Territórios do Direito. Europeização, Globalização e Transformação da Regulação Jurídica*. Lisboa: ISCTE/Principia.

Zuckerman, Adrian A. S. (ed.) (1999), *Civil Justice in Crisis*. United Kingdom: Oxford University Press

OUTRAS FONTES

CEPEJ (2008), *European judicial systems - Edition 2008 (2006 data): Efficiency and quality of justice*. Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/default_en.asp

CEPEJ (2010), *European judicial systems - Edition 2010 (2008 data): Efficiency and quality of justice*. Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/default_en.asp

CNPCJR (2010), *Relatório Anual da actividade das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em 2010*. Lisboa: Instituto da Segurança Social.

DGPJ (2010), *Estatísticas da Justiça*. Disponível em: <http://www.siej.dgpj.mj.pt/>

Eurostat (2010), *Statistics*. Disponível em: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/statistics/themes>

GRAL (2010), *Estatísticas da Mediação Pública*. Página disponível em: <http://www.gral.mj.pt/>

INE (2010). *Dados estatísticos*. Disponível em: www.ine.pt

ISS (2010), *Instituto da Segurança Social*. Página disponível em: <http://www.l.seg-social.pt/>

Procuradoria-Geral da República (2004), *Relatório Anual da Procuradoria-Geral da República*. Disponível em: <http://www.pgr.pt/>

Procuradoria-Geral da República (2005), *Relatório Anual da Procuradoria-Geral da República*. Disponível em: <http://www.pgr.pt/>

Procuradoria-Geral da República (2006), *Relatório Anual da Procuradoria-Geral da República*. Disponível em: <http://www.pgr.pt/>

Procuradoria-Geral da República (2007), *Relatório Anual da Procuradoria-Geral da República*. Disponível em: <http://www.pgr.pt/>

Procuradoria-Geral da República (2008), *Relatório Anual da Procuradoria-Geral da República*. Disponível em: <http://www.pgr.pt/>

Procuradoria-Geral da República (2009), *Relatório Anual da Procuradoria-Geral da República*. Disponível em: <http://www.pgr.pt/>

Procuradoria-Geral da República (2010), *Relatório Anual da Procuradoria-Geral da República*. Disponível em: <http://www.pgr.pt/>

ACRÓNIMOS

- ACIDI – Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural
- AJAP – Associação de Jovens Advogados Portugueses
- APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
- ASJP – Associação Sindical dos Juizes Portugueses
- BE – Bloco de Esquerda
- CDS/PP – Centro Democrático Social/Partido Popular
- CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos
- CEPEJ - European Commission for the Efficiency of Justice
- CIG – Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género
- CJ – Consulta Jurídica
- CNPCJR – Comissão Nacional de Protecção de Crianças e Jovens em Risco
- CPCJ – Comissão de Protecção de Crianças e Jovens
- CC – Código Civil
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- DGPJ – Direcção-Geral da Política de Justiça
- GCJ – Gabinete de Consulta Jurídica
- GRAL – Gabinete para Resolução Alternativa de Litígios
- IAC – Instituto de Apoio à Criança
- IJ – Informação Jurídica
- IPSS – Instituição Privada de Solidariedade Social
- ISS – Instituto da Segurança Social
- JFM – Juízo de Família e Menores
- MJ – Ministério da Justiça
- MP – Ministério Público

OA – Ordem dos Advogados

ONG – Organização Não Governamental

PCP – Partido Comunista Português

PGR – Procuradoria-Geral da República

PJ – Patrocínio Jurídico

PS – Partido Socialista

PSD – Partido Social Democrata

PSP – Polícia de Segurança Pública

RAL – Resolução Alternativa de Litígios

RC – Resolução de Conflitos

SMF – Serviço de Mediação Familiar

SMMP – Sindicato dos Magistrados do Ministério Público

TCG – Tribunal de competência genérica

TJCE - Tribunal de Justiça das Comunidades

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TFM – Tribunal de Família e Menores

UE – União Europeia