

Os novos desafios da Justiça da Família e das Crianças e Jovens e o acesso ao direito



CURSO DE FORMAÇÃO AVANÇADA

26 DE SETEMBRO DE 2009

PAULO GUERRA – JUIZ DE DIREITO



Crise da Família?

Um mito urbano ou talvez não!

2



Silvia Roman

Os novos rumos do Direito da Família, das Crianças e Jovens



- *Diagnóstico sociológico dos dias de hoje*
- *Modernidade e Família*
- *Razões da instabilidade da instituição familiar*
- *Crise da Família? Sim? Não? Talvez?*
- *Que desafios são postos à Família?*
- *Que debate merecerá a Família em termos futuros?*

Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
mudam-se as leis...

4



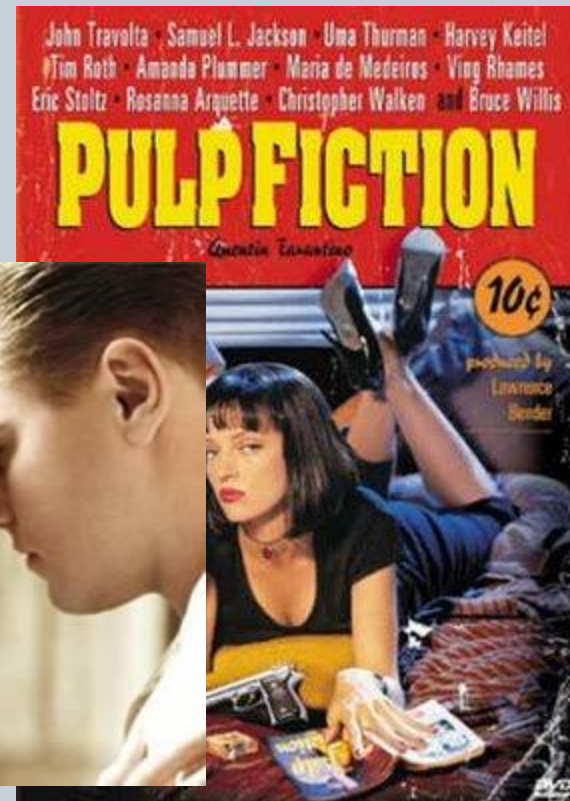
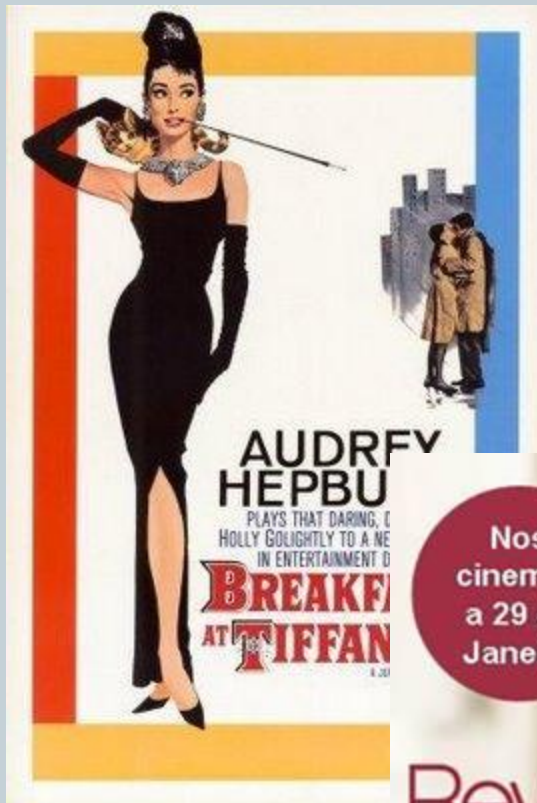
Os novos rumos do Direito da Família e das Crianças e Jovens



- Mudam-se os tempos e mudam-se as vontades
- Dois exemplos de mudanças de mentalidades
 - O divórcio
 - ✦ *Consensual*
 - ✦ *Litigioso*
 - A regulação do exercício das responsabilidades parentais
 - ✦ *o exercício conjunto*
 - ✦ *o exercício unilateral*

O que fui, o que sou, o que serei...

6



Nos
cinemas
a 29 de
Janeiro

Revolutionary
Road

Finalista do National Book Award

O DIVÓRCIO

7



Evolução histórica em Portugal

8

- 1. Até 1910
- 2. 1910-1940 (Lei do Divórcio)
- 3. 1940-1975 (Concordata, Código Civil de 1966)
- 4. 1975-2008 (Reforma de 1977, DL 163/95, de 13/7, Lei 47/98, de 10/8, DL 272/2001, de 13/10)
- 5. Lei 61/2008, de 31/10

Estatísticas

Divórcio em Portugal

9

- 1970 – 508
- 1980 – 5.843
- 1990 – 9.216
- 2000 – 19.104
- 2006 – 23.935

Casamentos católicos

10

- 1960 – 90,7 %
- 1970 – 86,6 %
- 1981 – 74,6 %
- 1991 – 72 %
- 1999 – 66,4 %
- 2006 – 52 %

Divórcios Litigiosos

11

- 1980 – 38 %
- 2000 – 14 %
- 2005 – 6 %

- Os casamentos baixam em número mas aumentam os recasamentos
- Em 2000, 13 % dos casamentos são recasamentos
- Em 2006, 20 % dos casamentos são recasamentos

Em suma...

12

- Descem os casamentos, embora percentualmente aumentem os recasamentos
- Descem os casamentos católicos
- Aumentam os divórcios
- Diminuem os divórcios litigiosos

Razões para um aumento da taxa de divórcios

13

- Desruralização das sociedades e crescimento das classes médias
- Mudança da forma de encarar o casamento – aceitar o divórcio passa a ser sinal, não de facilitismo, mas da valorização de uma conjugalidade feliz e conseguida - ... e daí o «voltar a casar»
- Menor dependência do casamento como modo de vida (entrada da mulher para o mercado de trabalho)
- Transformações sociais em Portugal – individualização, sentimentalização e secularização

Filosofia do novo regime

14

- **Essência da conjugalidade**
 - Liberdade de escolha
 - Igualdade de direitos e de deveres entre cônjuges
 - Afectividade no centro da relação
 - Plena comunhão de vida (cfr. definição de «casamento» no artigo 1577º do CC)
 - Cooperação e auxílio mútuo na educação dos filhos
 - Cooperação e auxílio mútuo na educação dos filhos
 - LOGO, aceitação do DIVÓRCIO

Os novos rumos do Direito da Família, das Crianças e Jovens



- O que poderá mudar no futuro? (1)
 - Legitimação externa do casamento
 - Igualdade dos cônjuges
 - Restrição da imposição dos deveres conjugais, tal qual os conhecemos
 - Relações patrimoniais dos cônjuges
 - Desformalização dos divórcios
 - As uniões homossexuais
 - Incremento da monoparentalidade

Os novos rumos do Direito da Família, das Crianças e Jovens



- **O que poderá mudar no futuro? (2)**
 - As questões éticas e jurídicas associadas às situações de procriação medicamente assistida
 - As relações pessoais da criança com terceiros
 - Abandono do panjurismo iluminista?
 - Criação de novas figuras jurídicas tutelares cíveis – o apadrinhamento civil ou medida de acolhimento prolongado
 - Pais biológicos versus pais afectivos?
 - Assunção conceptual das Responsabilidades Parentais
 - Importância do PAI-homem
 - A singela e complexa ideia de CRIANÇA

O ACESSO AO DIREITO

17

- Trata-se de um direito fundamental de qualquer cidadão
- O artigo 10º da DUDH e o artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais
- A conquista de uma cidadania integral e integrada faz-se também pela eficácia dos modelos de acesso ao direito encontrados em cada ordenamento jurídico
- «O direito ao acesso efectivo à justiça tornou-se o requisito básico de um sistema jurídico moderno e igualitário, cujo objectivo é o de **garantir**, e não apenas o de **proclamar**, os direitos de todos» (Cappelletti/Garth – 1978)
- Mas aceder **ao direito** não é apenas sinónimo, hoje, de acesso **aos tribunais...**

O acesso ao direito

18

- Jacobo Ruiz, em tratado datado de século XIII, recomendava aos juizes que se as partes quisessem advogado para defender os seus direitos lho deveriam dar, sobretudo aos pobres, aos órfãos e àqueles que não souberem *razoar*
- O ideário da Revolução Francesa propunha que a justiça fosse gratuita – não se ignora que a gratuitidade da justiça facilita a jurisdicionalização das *bagatelas*, dificultando, assim, nos casos prementes, a pronta e necessária intervenção judicial

O acesso ao direito

19

- Noção mais ampla de acesso ao Direito – inclui informação sobre o exercício dos direitos, a consulta jurídica, a representação em tribunal e a resolução de conflitos através de instituições imparciais e justas
- A metáfora das três vagas (*Cappelletti e Garth*)
 - *Regime do «legal aid» (representação em tribunal) – após a II Guerra Mundial*
 - *Promoção dos interesses difusos e colectivos – anos sessenta*
 - *Mecanismos alternativos de resolução de litígios – anos setenta/oitenta*

O acesso ao direito

20

- A premissa é esta: «que ninguém fique impedido de aceder à justiça – para defender os seus direitos - por insuficiência económica»
- Tal não significa que a justiça seja gratuita – que o não é –; cabe ao Estado, em nome do princípio da proporcionalidade, definir os custos correspondentes à utilização da máquina da justiça para cada caso concreto
- Sistema público de apoio judiciário em PORTUGAL (sistema triangular):
 - Financiado pelo **Ministério da Justiça**
 - Decisão da **Segurança Social** (com possibilidade de recurso aos tribunais)
 - Nomeação de advogados, como patronos, pela **Ordem dos Advogados**

O acesso ao direito

21

- **Evolução histórica e cronológica:**
 - Lei de 31 de Julho de 1899
 - Estatuto Judiciário (1927), posteriormente modificado em 1928 e 1944
 - Lei n.º 7/70 de 9/6 (assistência judiciária)
 - Artigo 20º da CRP de 1976
 - DL n.º 387-B/87 de 29/12 – passou-se para o regime de acesso ao direito e aos tribunais (alterada em 1996 e em 1999)
 - Lei n.º 30-E/2000 de 20/12 – passou para a SS a apreciação dos pedidos de concessão do benefício do AJ (outrora nas mãos do juiz)
 - Lei n.º 34/2004 de 29/7 - transposição da Directiva Comunitária 2002/8/CE do Conselho de 27/1/2003
 - Lei n.º 47/2007 de 28/8 – alarga a abrangência do AJ aos julgados de paz e a outras estruturas de resolução alternativa de litígios, bem como aos processos intentados nas CRC (cfr. DL n.º 272/2001 de 13/10)

O acesso ao direito

22

- Informação sobre direitos e procedimentos
- Que instâncias podem intervir no «caso» concreto de cada cidadão?
- O acesso ao direito compreende a **Informação jurídica e a Protecção jurídica**
- Artigo 4^o da LAJ (dever de informação) – Incumbe ao Estado realizar, de modo permanente e planeado, acções tendentes a tornar conhecido o direito e o ordenamento legal, através de publicação e de outras formas de comunicação, com vista a proporcionar um melhor exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres legalmente estabelecidos

O acesso ao direito

23

- **Artigo 5º da LAJ (Protecção jurídica)**
 - compreende a **consulta jurídica** - que abrange a apreciação liminar da inexistência de fundamento legal da pretensão para efeitos de nomeação de patrono oficioso - e o **apoio judiciário** (esta na dupla vertente da assistência judiciária e do patrocínio judiciário)
- **Noção de insuficiência económica (artigo 8º da LAJ)**
 - Trata-se de uma vaga delimitação do conceito de IE previsto no artigo 20º, n.º 1 da CRP, que não tem correspondência com o de pobreza, entendida como fenómeno resultante da escassez de recursos para fazer face às necessidades básicas e ao padrão de vida da sociedade actual

Quem me ouve?

24



O acesso ao Direito da Família e das Crianças e Jovens

25

A- LPCJP

- Artigo 4º (princípio da obrigatoriedade da informação)
- Intervenção em regime de sucessividade/pirâmide
 - ✦ As Entidades com competência em matéria de infância e juventude
 - ✦ As Comissões de Protecção de Crianças e Jovens (modalidade alargada – a quem compete o trabalho de **informação e prevenção/promoção** dos direitos das crianças - e restrita – a quem compete o trabalho da sua efectiva **protecção**)
 - ✦ Os Tribunais (de competência genérica e de competência especializada mista)

O acesso ao Direito da Família e das Crianças e Jovens

26

- Sistema de comunicações (artigos 64^o a 71^o)
 - Canais desburocratizados e eficazes
 - ✦ Qualquer cidadão/ECMIJ-CPCJ-Tribunais (em caso de perigo)
 - ✦ Entidades policiais/Comissões de Protecção (em caso de perigo)
 - ✦ Entidades policiais /Autoridades Judiciárias (em caso de crimes cometidos contra crianças)
 - ✦ Autoridades Judiciárias/Comissões de Protecção (em caso de perigo)
 - ✦ Entidades com CMIJ/Comissões de protecção (em caso de perigo)
 - ✦ Comissões de Protecção/Serviços de Segurança Social (em caso de situações que podem fazer prever a adoptabilidade de uma criança)
 - ✦ Comissões de Protecção/Ministério Público (em caso de perigo ou para efeitos de procedimento tutelar cível)

O acesso ao Direito da Família e das Crianças e Jovens

27

- **Atribuições do Ministério Público:**
 - intervém na promoção e defesa dos direitos das CJ em perigo
 - Acompanha as actividades das CPCJ, apreciando a legalidade e a adequação das decisões (podendo requerer a apreciação judicial das ditas decisões – artigo 76º -, a fiscalização da sua actividade processual e a promoção dos procedimentos judiciais adequados
 - Representa as crianças em perigo, propondo acções, requerendo providências tutelares cíveis e usando de quaisquer meios judiciários necessárias à promoção e defesa dos seus direitos e à sua protecção

O acesso ao Direito da Família e das Crianças e Jovens

28

- Informação e assistência dadas à criança em perigo no âmbito do processo (artigo 86º)
- Obrigatoriedade de nomeação de patrono à criança em debate judicial e quando os seus interesses e os dos seus representantes legais sejam conflitantes (artigo 103º)
- Potencialidades do acordo de promoção e protecção – decisão negociada perante a CPCJ ou o tribunal (artigo 113º)

O acesso ao Direito da Família e das Crianças e Jovens

29

Em suma...

- Ministério Público (EMP – Lei n.º 60/98 de 28/8) – tem como funções estatutárias o atendimento ao público (dando informação) e a promoção da defesa dos direitos de certas pessoas, entre as quais, se contam os incapazes menores de idade (as crianças e os jovens);
 - ✦ Magistratura una e sujeita a hierarquia – sistema das CIRCULARES (que tem como objectivo atingir uma certa e desejada uniformização de critérios a nível nacional)
 - ✦ Entidade que articula com outros intervenientes no sistema ou com outros níveis de actuação do próprio sistema (ponte entre o sistema de protecção e o tutelar cível, entre este e o penal, entre as CPCJ e os tribunais, entre os vários serviços do MP)

O acesso ao Direito da Família e das Crianças e Jovens

30

- O papel da **Segurança Social (I.S.S.,I.P.)** – no sistema de protecção – como ECMIJ, como elemento das CPCJ, como executor das decisões judiciais, como entidade interventora no processo de adopção em sentido amplo)
- O papel da **Ordem dos Advogados** (intervenção dos Gabinetes de Consulta Jurídica e nomeação de patronos/defensores oficiosos)
- O papel das **Comissões de Protecção de Crianças e Jovens** (ligação do Estado Central às autarquias e às entidades associativas da comunidade)

- **O papel de organizações governamentais**
 - CIG (Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género), criada pelo Decreto-Lei nº 164/2007, de 3 de Maio, que sucede nas atribuições da Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres (CIDM) e da Estrutura de Missão contra a Violência Doméstica e integra as atribuições relativas à promoção da igualdade da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.
 - ✦ Tem a missão de garantir a execução das políticas públicas no âmbito da cidadania e da promoção e defesa da igualdade de género.

O acesso ao Direito da Família e das Crianças e Jovens

32



Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género



Presidência do Conselho de Ministros

O acesso ao Direito da Família e das Crianças e Jovens

33

- **O papel das Organizações Não Governamentais – dão informação jurídica**
 - ONG ligadas ao apoio às vítimas, à protecção dos direitos das crianças ou às famílias e seus direitos (ex: APAV, CrescerSer, Pais para Sempre, UMAR, IAC...)
 - «Sites» e seminários organizados por tais ONG (Violência Online, por exemplo)

ONG

34



pais para sempre



Formas de atribuição da confiança de uma criança a adultos – *esta pode ser a família de uma criança*



Guarda de facto – sua relevância

1. Medidas de Promoção e Protecção

- Apoio junto dos pais
- Apoio junto de outro familiar
- Confiança a pessoa idónea
- Acolhimento familiar
- Acolhimento em instituição

2. Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais

- Atribuição do exercício ao pai
- Atribuição do exercício à mãe
- Atribuição do exercício a ambos os pais
- Atribuição do exercício a terceira pessoa ou a instituição (artigo 1907º do CC)
- Limitação do exercício do poder paternal (artigos 1918º e 1919º do CC)

3. Tutela

4. Apadrinhamento civil

5. Confiança administrativa e judicial com vista a adopção

6. Confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção (artigo 35º, n.º 1, alínea g) da LPCJP)

7. Adopção

O acesso ao Direito da Família e das Crianças e Jovens

36

- **B- LEI TUTELAR EDUCATIVA**
 - Mediação tutelar educativa (artigo 42º)
 - Direitos do menor (artigo 45º)
 - Obrigatoriedade de nomeação de defensor ao menor (artigo 46º) quando este for ouvido ou detido

O acesso ao Direito da Família e das Crianças e Jovens

37

- **C- PROVIDÊNCIAS TUTELARES CÍVEIS**
(regulação do exercício das responsabilidades parentais/incumprimentos da regulação do exercício das RP/novas regulações do exercício das RP/limitação do exercício das RP/inibição do exercício das RP/tutela/administração de bens/ apadrinhamento civil/confiança judicial com vista a adopção/adopção/acção de alimentos a menores/acções tutelares comuns do artigo 210º da OTM/entrega judicial de menor)
- *Intervenção dos serviços de Mediação Familiar (Artigo 147º-D da OTM)*

Possíveis causas de INCUMPRIMENTOS



- 1º- deduzido pelo progenitor que não logrou obter acordo do outro, apenas por facto imputável a este (desaparecimento, ausência e falta de cooperação e resposta)
- 2º- deduzido pelo progenitor que invoca a decisão de um questão de particular importância pelo outro progenitor – residente ou não residente - sem a manifestação do seu acordo ou sem a realização de diligências com vista à obtenção deste acordo
 - É de prever que esse progenitor que decidiu sozinho se defenda dizendo que essa questão não é de particular importância mas antes um acto da vida corrente do filho ou invocando ter estado em situação de urgência
- 3º- deduzido pelo progenitor residente quanto à prática de um acto da vida corrente do filho pelo progenitor não residente, em contrariedade com o seu projecto educativo
 - É de prever que o outro progenitor se defende dizendo que desconhece qual o projecto educativo principal do residente, designadamente por falta de informação desse progenitor

O que é a Mediação Familiar?

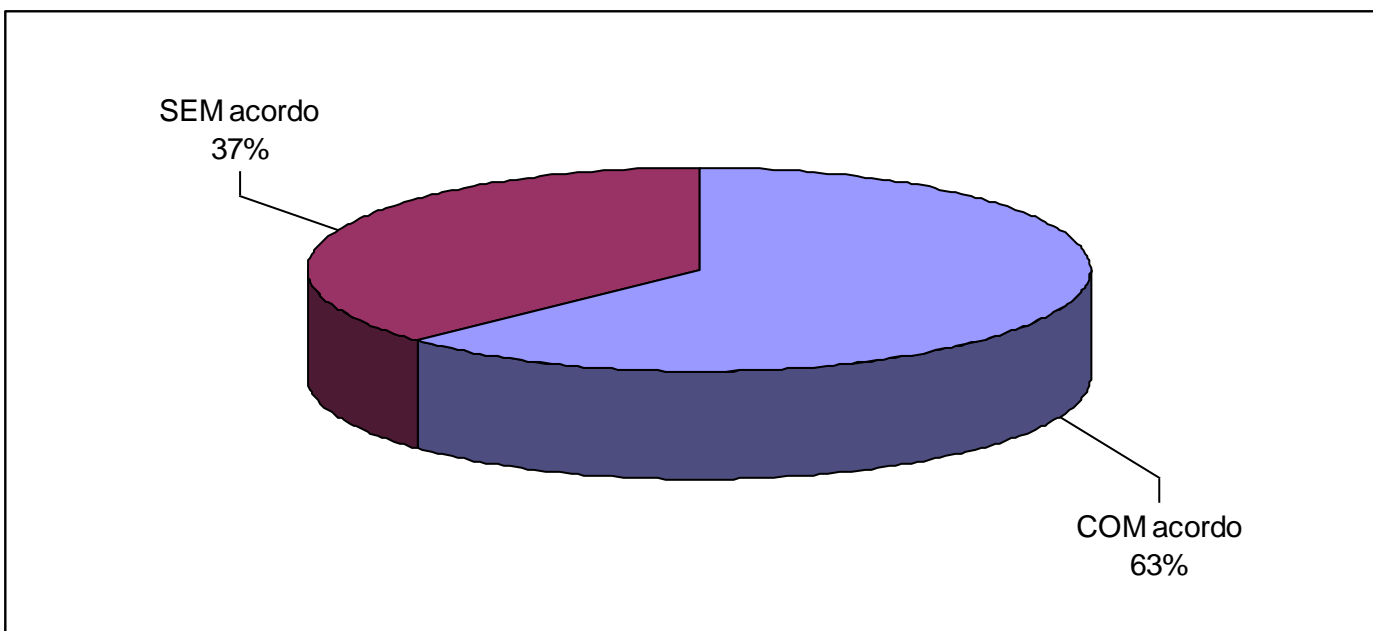
A Mediação Familiar é uma modalidade extrajudicial de resolução de conflitos surgidos no âmbito das relações familiares.

O Sistema (público) de MEDIAÇÃO FAMILIAR é (também) contactado pelo n.º 808 26 2000 e abrange todo o território português.

Desenvolve-se através de um processo informal, flexível, voluntário e confidencial, conduzido por um terceiro imparcial – o mediador familiar –, que promove a aproximação entre as partes em litígio, e as apoia na tentativa de encontrarem um acordo que lhes permita pôr termo ao conflito.

Que resultados obtidos no 1º ano de funcionamento do SMF?

Percentagem de Acordos em mediações findas:



D)- Processos de Jurisdição Contenciosa (divórcio sem o consentimento do outro cônjuge ou por mútuo consentimento, nos termos do artigo 1776º-A do CC)

- Artigo 1774º do CC (revisto pela Lei 61/2008 de 31/10)
 - ✦ **Antes do início do processo de divórcio** (quando é, afinal?), a Conservatória do Registo Civil ou o Tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de Mediação Familiar

Constrangimentos

42

- E o novo Regulamento das Custas Judiciais?
- Para se intentar um incidente de incumprimento da RERP, há agora que pagar e não é pouco... (vale-nos o papel estatutário do MP que tem competência e legitimidade para intentar tal incidente, a pedido de um dos progenitores)

Potencialidades

43

- São, na maioria, processos de jurisdição voluntária em que não se está no puro jogo da repartição do ónus de prova, encontrando-se a máquina mais desformalizada e desburocratizada
- Fortalecimento de uma cultura de protecção dos direitos da criança e dos elos mais fracos na rede familiar (criança, mulher e idoso) – maior transparência e visibilidade do fenómeno dos maus-tratos (tolerância zero)
- Terreno propício à existência de uma articulação e de um trabalho em rede entre todos os actores sociais (parcerias)
- Novas relações familiares, novo mapa de emoções com direito a letra de lei – universalização relativa do Direito (este reconhece mais relações familiares mas tenderá a intervir cada vez menos em cada uma)
- Aceder ao Direito pode ser mais fácil nestas matérias da família e da infância (porque estamos a lidar com questões de urgência, de notória ressonância ética e, porque não dizê-lo, mais facilmente escrutinadas pelo POVO através do jogo – por vezes gratuito, demagógico e populista da Comunicação Social) – abrem-se processos depois de denúncias noticiosas

Os novos rumos do Direito da Família, das Crianças e Jovens



- Italo Calvino define as seis categorias essenciais que irão marcar as nossas comunidades neste novo milénio:
 - Leveza
 - Rapidez
 - Exactidão
 - Visibilidade
 - Multiplicidade
 - Consistência

Os novos rumos do Direito da Família, das Crianças e Jovens



Nas novidades, o sistema jurídico saberá identificar:

- o alfabeto de uma ordem, de um fundo de Mundo
 - constatado,
 - vívido,
 - sentido
 - e, afinal, carente de letra de lei...

Don't worry... Be happy!

46

When I was 5 years old, my mom always told me that happiness was the key to life. When I went to school, they asked me what I wanted to be when I grew up. I wrote down "happy." They told me I didn't understand the assignment and I told them they didn't understand life.

- ***"O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança"***

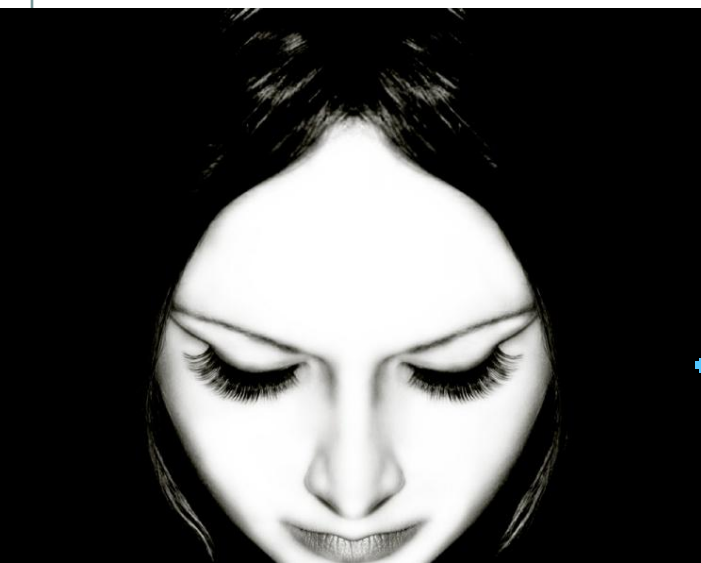
Rudolf Von Ihering

Mandamentos chineses

48

- Trata todos os que se apresentarem no teu tribunal de igual forma. Os bagos de arroz numa malga são todos iguais: os do topo são os primeiros a serem comidos, mas os do fim também o são
- Sê rápido nas tuas decisões. Se deixares o chá no bule demasiado tempo, ele amargará
- Esquece os teus ódios e amores. Quando saíres para o tribunal deixa-os no jarrão da entrada. Quando regressares, ainda lá os encontrarás.
- Estuda todos os dias. O saber cabe numa caixa mas se nela nada guardares, nada acharás
- Mantém o teu equilíbrio. Se puseres demasiadas flores na jarra ela perde a harmonia e poderá tombar
- As aparências são enganadoras. No prato mais bonito serve-se a pior refeição e num caco falhado a melhor

Porque o sistema jurídico tem gente dentro, gente que tem de compreender a sua convicção, mesmo que não a aceite...



Obrigado pelo que fizeram por MIM...

