e-cadernos
CES

20

Acesso ao direito e à justiça da família e das crianças: que desafios para o século XXI?

Centro de Estudos Sociais | Publicação semestral | n.20

Centro de Estudos Sociais

Universidade de Coimbra

União Europeia

e-cadernos ces

PROPRIEDADE E EDIÇÃO
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS
- LABORATÓRIO ASSOCIADO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA
www.ces.uc.pt

COLÉGIO DE S. JERÓNIMO
APARTADO 3087
3000-995 COIMBRA
PORTUGAL
URL: http://eces.revues.org
E-MAIL: e-cadernos@ces.uc.pt
TEL: +351 239 855573
FAX: +351 239 855589

CONSELHO DE REDAÇÃO DA E-CADERNOS CES
MARIA JOSÉ CANELO (Diretora)
ANA CORDEIRO SANTOS
JOSÉ MANUEL MENDES
MARTA ARAÚJO
PAULO PEIXOTO
SILVIA RODRÍGUEZ MAESO
SUSANA COSTA

AUTORES
PAULA CASALEIRO, JOANA MADURO, DIOGO CALDAS FIGUEIRA, ANA ISABEL SANI, ANA SACAU, GLORIA JÓLLUSKIN, TERESA TOLDY, ANA OLIVEIRA, JOANA MORAIS, JORGE GRACIA, CARMEN MESA, DAVID VILA, MARLY AKEMI SHIROMA NEPOMUCENO, ROSENEY BELLATO, LAURA FILOMENA SANTOS DE ARAÚJO, LEANDRO FELIPE MUFATO, CRISTIANA VIANNA VERAS, ROBERTO FRAGALE FILHO, MARIA JOÃO GONÇALVES, PAULO QUELHAS VILARINHO.

DESIGN GRÁFICO DA E-CADERNOS CES
DUPLO NETWORK, COIMBRA
www.duplonetwork.com

PERIODICIDADE
SEMESTRAL

VERSÃO ELETRÓNICA
ISSN 1647-0737

© CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS, UNIVERSIDADE COIMBRA, 2013

ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS: QUE DESAFIOS PARA O SÉCULO XXI?

ORGANIZAÇÃO

João Pedroso, Patrícia Branco e Paula Casaleiro

e-cadernos CES

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS

2013

Índice

Introdução 04

Paula Casaleiro – *Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Contributo para a proteção das crianças em conflito com a lei* 09

Joana Maduro – A *justiça de menores portuguesa na viragem do século XXI: uma expressão da* cultura do controlo*?*..... 29

Diogo Caldas Figueira – *A adoção no âmbito da parentalidade homoafetiva* 52

Ana Isabel Sani – *Reflexões sobre infância e os direitos de participação da criança no contexto da justiça* 75

Ana Sacau, Gloria Jólluskin, Teresa Toldy, Ana Oliveira, Joana Morais – *A compreensão da terminologia legal e dos processos judiciais pelas crianças* 90

Jorge Gracia, Carmen Mesa, David Vila – *A intervenção com crianças vítimas de violência doméstica interparental em Aragão (Espanha): resposta judicial e assistência social integrada* 105

Marly Akemi Shiroma Nepomuceno, Roseney Bellato, Laura Filomena Santos de Araújo, Leandro Felipe Mufato – *Garantia do direito à saúde no cuidado de criança em condição crônica* 137

Cristiana Vianna Veras, Roberto Fragale Filho – *A judicialização da mediação no poder judiciário brasileiro: mais do mesmo nas disputas familiares* 162

@cetera

Maria João Gonçalves, Ana Isabel Sani – *Instrumentos jurídicos de proteção às crianças: do passado ao presente* 186

Paulo Quelhas Vilarinho – *Reflexões sobre a realidade portuguesa depois do Seminário Internacional "L'accès au juge européen en matière familial"* 201

Introdução

Este número temático da *e-cadernos CES* nasce como expressão do trabalho de discussão e aprofundamento temático desenvolvido, nos últimos anos, pelos organizadores, João Pedroso, Patrícia Branco e Paula Casaleiro, no âmbito de projetos de investigação financiados pela Fundação para Ciência e a Tecnologia, bem como em diversos colóquios internacionais. O número tem como objetivo recolher contributos sobre o acesso ao direito e à justiça da família e das crianças, tendo em atenção as mutações ocorridas ao nível da sociedade, do direito e da aplicação da justiça com implicações mútuas.

O acesso ao direito e à justiça não é autoefetivo, 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 nas sociedades ocidentais e de mutação do respetivo direito da 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 uma globalização de baixa intensidade. Esta discrepância aumenta o *gap* entre o direito da família e das crianças e as práticas de desigualdade e de vulnerabilidade, designadamente das mulheres e crianças no espaço doméstico, pelo que se entende 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 família da segunda modernidade traduz a tendência para a individualização e para o maior protagonismo dos indivíduos na construção do seu próprio destino no campo das relações amorosas e sentimentais; o casamento e a família nuclear, enquanto modelo de vida familiar, tornaram-se uma matéria de escolha para os

indivíduos, um estilo de vida entre outros. A fragilidade das relações familiares é, portanto, apenas "o reverso dessa atração louca e livre" (Singly, 2006: 17). Assim, a família moderna compõe-se, decompõe-se e recompõe-se na tensão entre o relacional e a autonomia (Portugal, 2014; Singly, 2011). Estas transformações dos laços familiares e o aumento e banalização do divórcio são indissociáveis da transformação acelerada da regulação jurídica da(s) família(s), nas sociedades ocidentais. As normas sociais e jurídicas passam a ser vistas como uma intrusão indevida na vida privada e na esfera da autonomia individual. O Estado reduz o controlo exercido em relação aos modos como as uniões se formam e se selecionam, e há uma evolução para novas formas de contratualização das relações familiares (por exemplo, a união de facto) e para a desjudicialização da resolução dos conflitos civis de família (Pedroso, 2013).

O recuo da natalidade, possibilitado pelo recurso a métodos contracetivos eficazes (Cunha, 2005), a emergência de uma família moderna, individualista e relacional (Singly, 2011), e a crescente fragilidade das relações familiares (Wall, 2005), a par da crescente valorização social da infância são indissociáveis das transformações legais que colocam a criança no centro do direito da família e das crianças e visam a promoção e a proteção dos direitos das crianças (Commaille, 2004; Pedroso, 2013). Nas sociedades modernas as crianças passaram a ser consideradas titulares de direitos próprios, cuja negação ou violação poderá corresponder à aplicação de sanções. De acordo com Segalen (2010), podemos dizer que a criança é "multipropriedade": produzida no e para o casal, a criança é igualmente pública, protegida por um corpo de leis; mas cada vez mais pertence a si mesma, exprime as suas escolhas e os seus direitos; pelo contrário, ou ao invés correlativamente, a sociedade tem o direito à criança.

A regulação da família contemporânea gere-se, assim, entre duas tensões: por um lado, uma retração ou contração da regulação de tipo normativo, com a flexibilização dos processos de separação ou de dissolução matrimonial (rotura ou por consenso; com culpa ou sem culpa; decorrente de separação de facto) ou a equiparação dos direitos dos vários (novos) modelos familiares (entre outras situações) (Pedroso, 2013); por outro lado, o Estado, para promover os direitos das crianças e as proteger das situações de risco, expande a sua intervenção e, consequentemente, reforça o controlo das relações familiares por via judicial, administrativa e social, a designada (re)publicização do direito da família (Pedroso e Branco, 2008; Pedroso, 2011). Assim, num direito em permanente mutação, como é o direito da família e das crianças (e numa realidade em constante mutação, como a família), 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.

ORGANIZAÇÃO DESTE NÚMERO

O número abre com três artigos de cariz sociojurídico de Paula Casaleiro, Joana Maduro e Diogo Caldas Figueira. O primeiro dedicado ao contributo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) para a proteção dos direitos das crianças em conflito com a lei. O segundo discute o impacto das políticas sociais de pendor neoliberal na justiça de menores portuguesa e, em particular, na Lei Tutelar Educativa, à luz da teoria da *cultura do controlo* de Garland (2001). No terceiro, com o título "A adoção no âmbito da parentalidade homoafetiva", o autor discute o instituto da adoção, em Portugal, defendendo que a família que tantas crianças procuram não poderá nunca ter como critério último a orientação sexual dos envolvidos, sob pena de uma desvirtuação inconstitucional do superior interesse da criança.

Os artigos seguintes apresentam uma visão crítica sobre as limitações e os desafios aos instrumentos jurídicos internacionais e nacionais na promoção e proteção do acesso ao direito e à justiça da criança. O artigo de Ana Isabel Sani alerta para a discrepância entre a *law in books* e a *law in action* e entre proteção civil, económica e criminal concedida aos adultos e a concedida às crianças, argumentando que a construção social e jurídica diferenciada da criança contribui, em certa medida, para a sua vitimação e dificuldade em efetivar os seus direitos. O artigo, em coautoria, de Ana Sacau, Gloria Jólluskin, Teresa Toldy, Ana Oliveira e Joana Morais centra-se na necessidade de adaptar a linguagem judicial à idade e à capacidade de compreensão das crianças, consagrada em diferentes instrumentos jurídicos internacionais e nacionais, apresentando um projeto que tem como objetivo desenvolver uma ferramenta que permita aos magistrados uma melhor comunicação com elas.

Os dois artigos seguintes apresentam os resultados de dois projetos de investigação sobre acesso ao direito e à justiça da criança em contextos (geográficos e não só) distintos. O artigo, em coautoria, de Jorge Gracia, Carmen Mesa e David Vila faz o enquadramento teórico e jurídico do modelo de intervenção com crianças expostas à violência de género e apresenta uma avaliação da situação do atendimento dos menores vítimas, com especial enfoque na resposta judicial, no contexto mais abrangente da resposta oferecida à violência de género na Comunidade Autónoma de Aragão, em Espanha. Já Marly Akemi Shiroma Nepomuceno, Roseney Bellato, Laura Filomena Santos de Araújo e Leandro Felipe Mufato, no seu artigo, discutem o acesso ao direito da saúde no cuidado da criança com doença crónica, no

Brasil, a partir da história de vida de uma criança com adrenoleucodistrofia e da sua família.

Por fim, o número conta com um artigo de Cristiana Vianna Veras e Roberto Fragale Filho sobre o instituto da mediação nas disputas judiciais familiares, no Brasil, apresentando uma perspetiva mais abrangente sobre o papel da mediação na promoção do acesso ao direito e à justiça da família.

O número termina com dois textos na secção @cetera. Maria João Gonçalves e Ana Isabel Sani apresentam uma análise da evolução dos instrumentos jurídicos de proteção às crianças, a nível nacional e internacional, no sentido de reconhecer a criança enquanto sujeito de direito(s). O texto de Paulo Quelhas Vilarinho reafirma a importância do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças no âmbito das sociedades contemporâneas de intensa mobilidade geográfica e com famílias cada vez mais diversas, ao discutir os resultados do seminário Internacional "L'accès au juge européen en matière familial et dans les systèmes de common law et le droit civil dans les États membres anglophones et francophones", organizado em parceria pelo Judiciary of England and Wales e pelo Ministère de la Justice francês, com o apoio da Justice Coopération Internationale.

João Pedroso, Patrícia Branco e Paula Casaleiro

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Commaille, Jacques (2004), "L'enfant européen?", *in* D. Gadbin; F. Kernaleguen (orgs.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen.* Bruxelas: Bruylant, xxi-xxx.

Cunha, Vanessa (2005), "As funções dos filhos", *in* Karin Wall (org.), *Famílias em Portugal*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais,, 465-497.

Garland, David (2001), *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press.

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

Pedroso, João; Branco, Patrícia (2008), "Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 82, 53-83.

Portugal, Sílvia (2014), *Famílias e Redes Sociais. Ligações fortes na produção de bem-estar*. Coimbra: Almedina.

Segalen, Martine (2010), *À qui appartiennent les enfants*. Paris: Éditions Tallandier.

Singly, François de. (2006), *Uns com os outros. Quando o individualismo cria laços*. Lisboa: Instituto Piaget.

Singly, François de. (2011), *Sociologia da família contemporânea*. Lisboa: Edições Texto & Grafia.

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

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS:[1] CONTRIBUTO PARA A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS[2] EM CONFLITO COM A LEI[3]

PAULA CASALEIRO

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, PORTUGAL

Resumo: O presente artigo desenvolve uma análise do contributo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) para a proteção dos direitos das crianças em conflito com a lei. Atentar-se-á, em especial, nos artigos 3.º, 5.º e 6.º da CEDH que têm sido invocados no TEDH, no âmbito de casos de crianças em conflito com a lei e respetiva jurisprudência.
Embora a CEDH contenha parcas referências a crianças, alguns dos seus artigos têm sido invocados a favor da defesa e proteção destas. Para além das restrições negativas impostas aos Estados-membros, o TEDH adotou uma interpretação relativista e mais ampla dos artigos 3.º, 5.º e 6.º da CEDH e impôs obrigações positivas aos Estados-membros, em relação aos direitos das crianças em conflito com a lei, apoiando-se noutros instrumentos internacionais, como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Palavras-chave: Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, justiça juvenil, crianças.

EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: CONTRIBUTION TO THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF CHILDREN IN CONFLICT WITH THE LAW

Abstract: This article analyzes the contribution of the European Convention on Human Rights (ECHR) and of the European Court of Human Rights to the protection of the rights of children in conflict with the law. More specifically, it discusses Articles 3, 5, and 6 of the ECHR and related jurisprudence of the European Court of Human Rights in cases of children in conflict with the law.

---

[1] Adotam-se aqui as designações "Convenção Europeia dos Direitos Humanos" e "Tribunal Europeu dos Direitos Humanos" em vez de "Convenção Europeia dos Direitos do Homem" e "Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", procurando dar expressão ao princípio da universalidade de aplicação da CEDH, estabelecido no artigo 1.º da CEDH, e da não discriminação, consagrado no artigo 14.º da mesma.

[2] Adota-se aqui a definição de criança do artigo 1.º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, "criança é todo o ser humano menor de 18 anos".

[3] Este artigo resulta do Projeto de Investigação "Desvio e crime juvenil no feminino: da invisibilidade dos factos, seleção e percursos no sistema judicial", realizado no Centro de Estudos Sociais, financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (PTDC/CPJ- JUR/117490/2010 - FCOMP-01-0124-FEDER-019895) e coordenado por João Pedroso.

Although the ECHR contains few direct references to children's rights, the European Commission of Human Rights and the European Court of Human Rights have made considerable contributions to the promotion and protection of children's rights. In cases of children in conflict with the law, alongside the negative restrictions imposed on member states, the European Court of Human Rights adopted a relativist and wider interpretation of Articles 3, 5 and 6 of the ECHR and imposed positive obligations to the member states, drawing namely on the provisions of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC).

Keywords: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, juvenile justice, children.

INTRODUÇÃO

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, comummente conhecida por Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), contém poucas referências diretas sobre crianças e, neste sentido, o seu contributo e potencial para a proteção dos direitos fundamentais das crianças, quando comparada com outros instrumentos internacionais como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CDC), não são imediatamente visíveis a partir do seu texto (Kilkelly, 2010). Contudo, de acordo com o artigo 1.º da CEDH, os Estados-membros são obrigados a reconhecer "a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição" os direitos e liberdades da Convenção Europeia – princípio da universalidade. Por conseguinte, os direitos das crianças são direitos humanos e as crianças têm direitos humanos plenos à luz da CEDH (Tulkens, 2008).

Acresce que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos foi o primeiro tratado regional sobre direitos humanos que estabeleceu mecanismos de controlo e de execução, designadamente o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), e, como tal, apesar de não ter sido originalmente elaborada como um tratado centrado nas crianças, desenvolveu, ao longo do tempo, um corpo extenso de jurisprudência em matéria de direitos das crianças (Van Bueren, 2007). É ainda de salientar que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não se focou exclusivamente nas restrições negativas impostas aos Estados-membros, mas, devido à vulnerabilidade particular das crianças, começou também progressivamente a impor obrigações positivas aos Estados, em relação aos direitos das crianças (Kilkelly, 2010), apoiado, inclusivamente, noutros instrumentos internacionais dedicados às crianças, como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Por conseguinte, ainda que o seu texto contenha parcas referências a crianças, muitos dos seus artigos têm sido invocados para exercer a sua defesa e proteção, provando ser um instrumento valioso na proteção das crianças (Van Bueren, 1998). De acordo com Kilkelly (2001a), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos têm contribuído consideravelmente para a evolução da legislação europeia e da prática judicial na área de direito da família e das crianças, para a proteção das crianças contra o abuso e negligência e, mais recentemente, para a justiça juvenil.

Assim, no presente artigo pretende-se desenvolver uma análise do contributo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, do Conselho da Europa (CE) e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para os direitos da criança e, em especial, das crianças em conflito com a lei[4] (justiça juvenil). Para tanto, atentar-se-á nos principais artigos da CEDH que têm sido invocados no TEDH, no âmbito de casos de crianças em conflito com a lei, nos artigos 3.º, 5.º e 6.º e respetiva jurisprudência.[5]

1. Direitos (Humanos) da criança: contributos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do Conselho da Europa

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que entrou em vigor em 1953, é um instrumento regional, desenhado pelo Conselho da Europa,[6] como uma resposta às atrocidades da Segunda Guerra Mundial (Merrills e Robertson, 2005). Pese embora ter sido originalmente criada com o objetivo de prevenir as violações graves de direitos humanos e conter parcas referências diretas aos direitos das crianças, a Convenção Europeia tem tido sucesso, segundo Van Bueren (2007), no que se refere a mitigar as deficiências das leis nacionais dos Estados-membros e provou, assim, ser um instrumento valioso para as crianças.

Com efeito, a referência direta às crianças surge apenas duas vezes no corpo da Convenção, no artigo 5.º, sobre o direito à liberdade, e no artigo 6.º, em relação ao direito a um julgamento justo. O artigo 5.º garante o direito à liberdade sujeito a várias exceções. Se, por um lado, parece que os fundamentos em que a detenção é permitida, nos termos do artigo 5.º, número 1, também se aplicam a crianças, esse mesmo artigo 5.º, número 1, prevê também na alínea d) a detenção de um menor de idade com o objetivo de supervisão educacional ou para levar o menor perante uma autoridade competente. O artigo 6.º, por sua vez, consagra o direito a um julgamento justo, incluindo a uma audiência pública, e prevê uma exceção a este princípio no caso de menores, na medida em que a imprensa e o público podem ser excluídos da

[4] Entende-se aqui por criança em conflito com a lei todo o ser humano menor de 18 anos a que seja imputável uma infração penal.

[5] Todos os acórdãos citados foram consultados na base de dados disponibilizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a HUDOC. Tendo sido selecionados os acórdãos do TEDH que, na minha opinião, são mais emblemáticos e/ou relevantes no âmbito da justiça juvenil.

[6] Porém, as origens da Convenção remontam ao período anterior ao Conselho da Europa, designadamente ao Congresso da Europa, convocado pelo Comité Internacional de Movimentos para a Unidade Europeia, de maio de 1948, em Haia, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1948 (Merrills e Robertson, 2005).

totalidade ou de parte da audiência, quando os interesses dos menores o exijam. Assim, em ambas as disposições, a ênfase é colocada na proteção dos menores.

A única disposição que garante um direito de especial relevância para as crianças está contida no artigo 2.º, do primeiro Protocolo adicional à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e diz respeito à educação.[7] No entanto, a garantia da disposição do direito à educação é uma garantia geral, não específica para crianças. Além disso, a segunda parte da disposição garante aos pais, ao invés de às crianças, o direito de assegurar que a educação e o ensino das crianças está de acordo com as convicções religiosas e filosóficas dos pais (Kilkelly, 2001a). Da mesma forma, uma das disposições mais relevantes para as crianças, o artigo 8.º da CEDH, que garante o direito ao respeito pela vida privada e familiar, não faz referência expressa aos filhos ou ao direito a uma família.

No que respeita concretamente aos direitos das crianças e à justiça juvenil, em particular, o Comité dos Ministros do Conselho da Europa e a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa prepararam e adotaram alguns textos setoriais,[8] com que procuraram colmatar as lacunas da Convenção (Mas, 1990). As Recomendações do Comité de Ministros mais recentes quanto à justiça juvenil datam de 2003 (Recomendação (2003) 20, sobre os novos modos de tratamento da delinquência juvenil e sobre o papel da justiça juvenil);[9] de 2005 (Recomendação (2005) 5, sobre os direitos das crianças que residem em instituições de acolhimento);[10] e de 2008 (Recomendação (2008) 11, sobre as regras europeias para jovens infratores sujeitos a sanções ou medidas).[11] Recentemente, em 17 de novembro de 2010, com o objetivo

[7] Artigo 2.º, do primeiro Protocolo adicional à Convenção Europeia dos Direitos Humanos: "A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas." (inclui modificações nos termos das disposições do Protocolo n° 11, a partir da entrada deste em vigor, em 1 de novembro de 1998).

[8] Uma palavra de agradecimento à Patrícia Branco que me auxiliou na recolha das Recomendações do Comité de Ministros e das Recomendações e Resoluções da Assembleia Parlamentar.

[9] A Recomendação (2003) 20, adotada em setembro de 2003, apresenta como objetivos estratégicos da justiça juvenil a prevenção da delinquência, a ressocialização e reintegração dos delinquentes e a proteção das necessidades e interesses das vítimas. É necessário que os Estados-membros encontrem soluções alternativas ao modelo formal de procedimento, desde que continue a verificar-se o respeito pelo princípio da proporcionalidade e esteja refletido o interesse superior do jovem. Deste modo, a culpabilidade do jovem delinquente deve ter em atenção a sua idade e maturidade, de maneira a que as medidas a aplicar tenham em conta o estádio de desenvolvimento da responsabilidade individual. No que respeita ao processo judicial, recomenda a fixação de prazos curtos nas diversas fases processuais, de forma a reagir com a maior celeridade possível; quanto às medidas cautelares de internamento, deve-se, sempre que possível, encontrar outras soluções, como a colocação junto de famílias de acolhimento.

[10] Por sua vez, a Recomendação (2005) 5 considera que a institucionalização deve constituir sempre a exceção e, a ocorrer, deve ter como objetivo primeiro o interesse superior da criança, pelo que a sua integração (ou reintegração) na sociedade deve ter lugar o mais depressa possível - daí que a institucionalização deva ser sujeita a revisões periódicas. As crianças devem manter contacto regular com as suas famílias ou outras pessoas igualmente importantes; devem ter direito à sua privacidade; e devem ser informadas de todos os seus direitos e das regras da instituição (para além dos outros direitos mencionados na Recomendação). Por outro lado, o pessoal afeto às instituições deve ser altamente qualificado.

[11] A Recomendação (2008) 11, de 5 de novembro de 2008, tem como objetivo defender os direitos e a

específico de garantir que a justiça é sempre adaptada às crianças, independentemente de quem sejam ou quais tenham sido os seus atos, o Conselho adotou as "Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child-friendly justice". Porém, desde finais da década de 1980 que o Comité apresenta Recomendações importantes para a justiça juvenil, como por exemplo: Recomendação (87) 20, sobre reações sociais à delinquência juvenil; Recomendação (88) 6, relativa às reações sociais ao comportamento delinquente dos jovens de famílias migrantes; e Recomendação (2000) 20, sobre o papel da intervenção psicossocial precoce na prevenção dos comportamentos criminais.

Relativamente às Recomendações da Assembleia Parlamentar, convém referenciar as seguintes: Recomendação 1532 (2001), sobre uma política social dinâmica em favor de crianças e adolescentes em meio urbano, em que se reconhece que a justiça juvenil, por si só, não consegue resolver os problemas derivados da delinquência juvenil, daí que a Assembleia Parlamentar acredite que a resposta à violência juvenil precisa de ser encontrada na prevenção, ao invés da repressão e do castigo; a Recomendação 1551 (2002), sobre a construção de uma sociedade com e para as crianças no século XXI, nesta recomendação a Assembleia Parlamentar convida os Estados-Membros a rever as suas legislações de modo a torná-las compatíveis com a Convenção da ONU de 1989, bem como a estabelecer um *ombudsman*[12] nacional para as crianças e a promover a educação das crianças para os seus direitos, encorajando, ainda, a sua participação a todos os níveis de decisão; a Recomendação 1666 (2004) trata da supressão dos castigos corporais em toda a Europa, considerando-se que qualquer castigo corporal viola os direitos fundamentais das crianças à dignidade humana e à integridade física; em 2005, foi adotada a Recomendação 1698 (2005) sobre os direitos das crianças institucionalizadas, recomendando aos Estados-membros o desenvolvimento de alternativas à institucionalização; e, em 2007, a Assembleia Parlamentar adotou a Recomendação 1778 (2007) sobre a supressão de todas as formas de violência, exploração e abuso envolvendo crianças.[13]

---

segurança dos jovens infratores sujeitos a sanções ou medidas e promover o seu bem-estar físico, mental e social, quando sujeitos a sanções ou medidas comunitárias, ou qualquer privação de liberdade. Esta estabelece os princípios do interesse superior do jovem, da proporcionalidade e da individualização como princípios que devem estar presentes na imposição ou implementação de sanções ou medidas, frisando a importância de basear essa aplicação, sempre que necessário, em relatórios psiquiátricos e sociais. A recomendação indica ainda as condições de implementação das medidas e sanções comunitárias (por oposição a institucionais), referindo-se que as sanções e medidas comunitárias devem ser implementadas para que sejam o mais significativas possível para o jovem e que contribuam para o seu desenvolvimento educacional e reforço das suas competências sociais.

[12] Cargo público destinado à defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, responsável, designadamente, pela receção e investigação de queixas.

[13] Ireneu Cabral Barreto (2005) menciona, também, as seguintes Recomendações da Assembleia Parlamentar: 1065 (1987), sobre o combate à exploração de crianças para a prostituição, pornografia,

No tocante às Resoluções da Assembleia Parlamentar, convém mencionar a Resolução 1530 (2007), também sobre a supressão de todas as formas de violência, exploração e abuso envolvendo crianças, através da qual a Assembleia suporta a implementação do Programa Trienal (2006-2008) *Building a Europe for and with Children* (lançado em abril de 2006 no Mónaco). O Programa *Building a Europe for and with Children*[14] assenta (tal como a Convenção da ONU de 1989) nos "4 Ps", isto é: a proteção das crianças, a prevenção da violência, a persecução judicial dos criminosos e a participação das crianças. Daí que seja dada prioridade a seis áreas fundamentais: escola, instituições de acolhimento, família, comunidade, *mass media* e ciberespaço.

Estas recomendações e resoluções refletem uma ampla gama de preocupações do Conselho da Europa em relação aos direitos (humanos) das crianças, porém a maioria destas preocupações não se cristalizaram em jurisprudência nacional ou em casos sob a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Van Bueren, 2007). Não obstante, como veremos em seguida, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos desenvolveu jurisprudência significativa no que respeita à justiça (penal) juvenil. Isto porque, por um lado, o Tribunal não se focou exclusivamente nas restrições negativas impostas aos Estados-Membros, mas, devido à vulnerabilidade particular das crianças, impôs também obrigações positivas sobre os Estados em relação aos direitos das crianças, ao abrigo de artigos como o 3.º (proibição da tortura) (Kilkelly, 2010; Van Bueren, 2007). Por outro lado, a Convenção Europeia tem sido caracterizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como um "instrumento vivo", e, na interpretação das suas disposições, o Tribunal Europeu tem feito cada vez mais referências ao principal Tratado das Nações Unidas sobre as crianças, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989 (Kilkelly, 2001b; Van Bueren, 2007). De acordo com Van Bueren (2007), estas influências sobre a proteção e o desenvolvimento dos direitos das crianças na Europa tendem a ser ainda mais significativas no futuro, não só por causa da expansão no número de membros do Conselho da Europa, mas também por causa do aumento do número de Estados europeus que, de alguma forma, incorporou as disposições da Convenção Europeia dos Direitos Humanos no direito interno.

---

escravidão, adoção ilegal; 1121 (1990), que deu lugar à Convenção Europeia sobre o exercício dos direitos da criança; 1443 (2000), que convida os Estados-membros a inscrever os direitos da criança à cabeça das suas prioridades; 1460 (2000), sobre o aprofundamento dos direitos das crianças em geral.

[14] Cf. http://www.coe.int/T/TransversalProjects/Children/pdf/Booklet_en.pdf (março 2007). Há que referir, também, o discurso de Maud de Boer-Buquicchio, Secretária-Geral Adjunta do CE (17/04/2007), onde afirma que a ideia subjacente ao Programa é a de que as crianças não são meros objetos de afeição, mas sim sujeitos de direitos, pelo que se deve assegurar que os direitos das crianças são respeitados pelos sistemas judiciais. Assim, é necessário que as crianças tenham acesso à informação, que participem a nível local e regional e, inclusive, a nível internacional (sobretudo no CE).

2. A CEDH E A JURISPRUDÊNCIA DO TEDH SOBRE CASOS DE CRIANÇAS EM CONFLITO COM A LEI

Em seguida atentar-se-á nos artigos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos que, direta ou indiretamente, têm sido invocados no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em casos de crianças em conflito com a lei, apresentando simultaneamente alguma jurisprudência.

2.1. ARTIGO 3.º - PROIBIÇÃO DA TORTURA

O artigo 3.º proíbe, em termos absolutos, a tortura ou o tratamento desumano ou degradante,[15] sem qualquer possibilidade de reserva ou revogação, mesmo na reação a um perigo público ameaçando a vida da nação, como o terrorismo ou o crime organizado (Barreto, 2005; Merrills e Robertson, 2005). As crianças e outras pessoas vulneráveis, em especial, têm direito à proteção do Estado, sob a forma de uma prevenção eficaz que as coloque ao abrigo de graves ofensas à integridade da sua pessoa (Barreto, 2005).

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos determinou,[16] com consequências positivas para as crianças, que para a aplicação deste artigo 3.º o maltrato terá de atingir um nível mínimo de gravidade, a definir tendo em consideração elementos diversos, como por exemplo a sua duração, os efeitos físicos ou mentais, a idade, o sexo ou o estado de saúde da vítima, não sendo suficiente que o tratamento seja ilegal, desonroso, repreensível ou desagradável (Van Bueren, 2007). Assim, uma pena ou um tratamento pode ser degradante ou não, consoante seja aplicado a um adulto ou a uma criança.

No caso de Tyrer contra Reino Unido, de 25 abril de 1978, em que um adolescente da Ilha de Man, de quinze anos, foi condenado pelo tribunal local de menores a receber três vergastadas, o Tribunal Europeu considerou que os fatores a serem incluídos em qualquer determinação relativista de violação do artigo 3.º da CEDH "dependem de todas as circunstâncias do caso e, em especial, da natureza e conteúdo da punição em si e da forma e método da sua execução". Assim, neste caso concreto, o TEDH ponderou na sua decisão o momento da punição e o atraso de três

[15] De acordo com Merrills e Robertson (2005), embora, à primeira vista, o artigo 3.º possa parecer bastante especializado, as queixas ao abrigo desta provisão podem abranger uma grande variedade de situações. Ainda que a maior parte dos casos no âmbito do artigo 3.º, como seria de esperar, envolvam maus tratos físicos de algum tipo, podem levantar-se questões legais relativas ao significado de tortura e tratamento ou punição desumanos ou degradantes. Ireneu Cabral Barreto salienta que, embora na estrutura do artigo se distingam três níveis, a tortura, as penas ou tratamentos desumanos e as penas ou tratamentos degradantes, não há propriamente compartimentos estanques: pode haver tratamentos a que todos estes qualificativos se apliquem, pois a tortura não pode deixar de ser um tratamento desumano e degradante e todo o tratamento desumano não pode deixar de ser degradante. Assim, para mais informação sobre a definição adotada pelo TEDH para cada um destes patamares, consultar a obra *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, de Ireneu Cabral Barreto (2005, 73-74).

[16] Acórdão Irlanda contra Reino Unido, de 18 de janeiro de 1978, entre outros.

semanas entre a condenação e a execução da pena, o que causou angústia mental ao jovem, pela antecipação do castigo e da dor (*ibidem*).

O Tribunal pronunciou-se, ainda, sobre o facto de a legislação da Ilha de Man manter as penas corporais para determinados delitos relacionados, designadamente, com o uso da violência.[17] O Tribunal argumentou que a proibição da tortura no direito internacional significa que não há exceções à natureza absoluta da proibição (Mas, 1990; Van Bueren, 2007). Por outras palavras, o dever do Estado é absoluto e inclui o dever de oferecer uma proteção eficaz para as crianças e de tomar as medidas necessárias para evitar maus-tratos de que as autoridades tiveram ou deveriam ter tido conhecimento. Além disso, a pena não perde o seu caráter degradante, mesmo quando se acredita ser uma ajuda eficaz para o controlo da criminalidade infantil. Assim, embora considerando que o castigo em causa não constituía nem uma tortura, nem uma pena desumana, o Tribunal e a Comissão concluíram que constituía uma pena degradante, nos termos do artigo 3.º da Convenção (acórdão de 25 abril de 1978).[18]

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem também imposto obrigações positivas aos Estados-membros, ao abrigo do artigo 3.º da CEDH, relativamente à detenção de pessoas vulneráveis, como crianças, tal como podemos observar nos casos Assenov contra Bulgária, acórdão de 28 de outubro de 1998, ou Okkali e Cigerhun Öner contra Turquia, acórdãos de 17 de outubro de 2006 e de 23 de novembro de 2010, respetivamente. Em termos gerais, o Tribunal declarou que as pessoas vulneráveis e, particularmente, os menores, têm direito a proteção do Estado, na forma de dissuasão eficaz contra qualquer infração grave dos direitos estabelecidos no artigo 3 º, o que pressupõe diligência especial por parte do Estado para garantir que essas pessoas gozam de condições de detenção, que são consistentes com o respeito pela dignidade humana (Tulkens, 2008).

No acórdão Assenov contra Bulgária, de 28 de outubro de 1998, quanto ao mérito da causa, o Tribunal considerou que era impossível estabelecer, com fundamento nas provas disponíveis, se os ferimentos do requerente, de 14 anos, foram ou não provocados pela polícia, quando foi detido e levado sob custódia, como era alegado.

[17] O Procurador-Geral da Ilha de Man tinha feito notar que a opinião pública da ilha se tinha manifestado, por forte maioria, em favor da manutenção dos castigos judiciários corporais como arma eficaz de dissuasão (Mas, 1990). O Tribunal sublinhou que a proibição das penas degradantes contida no artigo 3.º da Convenção é absoluta e que nenhum Estado pode derrogá-la, mesmo em caso de guerra ou de perigo que ameace a vida da nação; portanto, "nenhuma necessidade local respeitante à manutenção da ordem pública poderia" dar aos Estados o direito de usar delas em virtude do artigo 63.º, 3, que permite a extensão dos direitos garantidos na Convenção a territórios cujas relações internacionais são asseguradas pelo Estado, "tendo em conta as necessidades locais" (*ibidem*).

[18] Pelo contrário, nos casos Campbell e Cosans, acórdão de 25 fevereiro de 1982, e Costello-Roberts, acórdão de 25 março de 1993, os castigos corporais aplicados no âmbito escolar foram considerados conforme a Convenção, ou seja, não atingiam a gravidade exigida para violação do disposto neste artigo (Barreto, 2005).

Contudo, quando um indivíduo apresenta uma reclamação plausível de ter sido sujeito a maus-tratos em violação do artigo 3.º, essa disposição, em conjunto com o artigo 1.º da Convenção, exige implicitamente que haja uma investigação oficial efetiva. Assim, foi neste acórdão, relativo a uma criança, que o Tribunal encontrou, pela primeira vez, uma violação processual do artigo 3.º, com base na falta de uma investigação oficial. Esta foi, de acordo com Tulkens (2008), uma forma criativa de o Tribunal contornar a dificuldade, por vezes muito grande para as crianças, de provar maus-tratos e de impor aos Estados a obrigação positiva de conduzir uma investigação.

No acórdão Okkali contra Turquia, de 17 de outubro de 2006, o requerente, de 12 anos, vítima de maus-tratos numa esquadra de polícia, reclamava que os polícias responsáveis pelos maus-tratos receberam penas mínimas, com suspensão de execução, e ainda que a sua ação de pedido de indemnização foi rejeitada, por prescrição (Tulkens, 2008). O TEDH considerou que, como menor de idade, o requerente devia ter gozado de maior proteção por parte das autoridades, que não tiveram em conta a sua vulnerabilidade particular. Além disso, o processo resultou na impunidade de pessoas que cometeram atos que violavam a proibição absoluta de tortura ou tratamento desumano ou degradante, prevista no artigo 3.º da CEDH. Assim, da forma como foi aplicado, o sistema penal não teve um efeito dissuasor, capaz de assegurar a efetiva prevenção de atos ilícitos como estes, nem forneceu uma reparação adequada a uma violação do princípio consagrado no artigo 3.º CEDH.

Num caso mais recente, também envolvendo a Turquia, o caso Cigerhun Öner contra a Turquia, de 23 de novembro de 2010, um rapaz de 12 anos foi agredido fisicamente pela polícia, durante a sua detenção, após ter recusado dar o seu nome num controlo de identidade. O TEDH considerou existir violação do artigo 3.º da CEDH, argumentando que o jovem foi sujeito a um tratamento desumano e degradante, pelos maus tratos físicos sofridos, não tendo sido aplicada uma sanção efetiva ao polícia responsável pela agressão, violando-se, dessa forma, mais uma vez aquele artigo (Silva, 2013).

Simultaneamente, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reporta-se cada vez mais frequentemente a instrumentos internacionais específicos sobre direitos da criança (Van Bueren, 2007). A título de exemplo, as Regras da ONU para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade de 1990, embora não vinculativas, têm auxiliado na definição do conceito de degradante, do artigo 3.º da CEDH, do ponto de vista da criança. A Regra 36, designadamente, estabelece que, na medida possível, as crianças devem ter o direito de usar as suas próprias roupas e de que toda a roupa ser adequada ao clima e não ser degradante.

Não obstante, de acordo com Van Bueren (2007) o Tribunal Europeu e o Comité das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança têm abordagens divergentes sobre o que é tortura, tratamento cruel, desumano e degradante para as crianças. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos desenvolveu uma longa linha de jurisprudência, que aceita que os Estados-membros da Convenção distingam entre formas legítimas ou razoáveis de violência contra crianças e outras formas de violência. O Comité da ONU sobre os Direitos da Criança, no entanto, argumenta que a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança proíbe todas as formas de violência infantil, incluindo em instituições educacionais e da família. Assim, atualmente, embora estejam a interpretar os mesmos conceitos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos permite, em teoria, uma punição que o Comité da ONU sobre os Direitos da Criança considera cruel ou degradante. Por conseguinte, embora o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se refira à Convenção sobre os Direitos da Criança, isto não significa que pretenda harmonizar as suas decisões em conformidade com as recomendações do Comité da ONU sobre os Direitos da Criança (*ibidem*).

2.2. ARTIGO 5.º - DIREITO À LIBERDADE E À SEGURANÇA

A proteção da liberdade e da segurança da pessoa contra as prisões ou detenções arbitrárias é o objeto do artigo 5.º, da CEDH. Segundo Barreto (2005), os termos liberdade e segurança devem ser lidos em conjunto, formando um todo: a expressão liberdade da pessoa empregada no artigo 5.º significa, antes de mais, ausência de prisão ou detenção, ou seja, liberdade física, mas também liberdade de não ser ameaçado nem objeto de uma prisão ou detenção arbitrária. O direito à segurança da pessoa, por sua vez, contém, precisamente, a garantia de que um indivíduo só poderá ser preso ou detido pelos motivos e segundo processos previstos na lei.

Com efeito, o artigo 5.º, depois de estabelecer o direito à liberdade e segurança da pessoa, continua, no número 1, declarando que "ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal", ao que se segue uma lista de seis tipos de situações em que a prisão ou detenção é permitida. De acordo com Merrils e Robertson (2005), dois pontos são merecedores de nota relativamente à frase citada. Primeiro, a frase "salvo nos casos seguintes" torna claro que a lista das situações em que a privação de liberdade é legal é exaustiva. Segundo, "de acordo com o procedimento legal" indica que se for necessário justificar uma ação ao abrigo desta provisão, a lei doméstica deve formular um procedimento a ser seguido por aqueles autorizados a executar prisões e detenções. Isto deve não só ser seguido, mas também conformar-se com as próprias regras da Convenção. Por exemplo, deve tratar-se de um procedimento justo e

adequado, isento de arbitrariedade e executado por "uma autoridade apropriada". Ainda no artigo 5.º, os números 2 a 5 enunciam os direitos das pessoas privadas da liberdade. Assim e no entender de Barreto, da leitura do artigo 5.º da CEDH decorrem três níveis de garantias: a) um relativo ao processo de privação de liberdade – de acordo com o procedimento legal; b) outro, sobre a própria privação da liberdade – apenas nas situações prevenidas nas alíneas do número 1; c) e um terceiro, que inclui as relativas às pessoas que foram privadas da sua liberdade (n.º 2 a 5) (Barreto, 2005).

O artigo 5.º, número 1, alínea d), autoriza a detenção de um menor "por ordem judicial para o propósito de o educar sob vigilância ou com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente". No entender de Van Bueren (2007), há um paradoxo inerente à Convenção Europeia: a Convenção visa a proteger os direitos humanos, contudo, consagra um fundamento específico de privação de liberdade sob o qual as crianças podem ser detidas. Não obstante, a justificação para o artigo 5.º, número 1, alínea d), que permite a um Estado privar uma criança da liberdade para o exercício da supervisão educacional, é que ele oferece uma oportunidade para afastar uma criança da justiça criminal formal. Neste sentido, a disposição tem sido interpretada de forma dinâmica pelo Tribunal, que, em determinadas circunstâncias, impôs a obrigação positiva aos Estados de estes criarem os meios adequados, que garantam a educação e a reabilitação dos jovens em conflito com a lei (Kilkelly, 2010). O caso de Bouamar contra Bélgica, acórdão de 29 de fevereiro de 1988, e D.G. contra Irlanda, acórdão de 16 de maio de 2002, constituem exemplos desta obrigação positiva. Esta obrigação positiva encontrou também expressão, mais tarde, na Recomendação (2005) 5 do Comité de Ministros que estabelece, entre outros aspetos, que o pessoal afeto às instituições onde os jovens estão sob a guarda do Estado deve ser altamente qualificado.

Bouamar, um jovem marroquino de dezasseis anos, foi colocado provisoriamente, por nove vezes, num centro de detenção, porque era impossível encontrar uma pessoa ou uma instituição capaz de o acolher (caso Bouamar contra Bélgica, acórdão de 29 de fevereiro de 1988; relatório de 18 de julho de 1986). Não obstante reconhecer o espírito liberal da legislação penal belga em relação aos menores, porque os subtrai às regras gerais do direito penal, o Tribunal assinalou que, para fins do artigo 5.º, número 1, alínea d), as medidas provisórias de prisão devem dar lugar, a curto prazo, à aplicação efetiva de um regime de educação vigiada num meio especializado (Mas, 1990). Tendo o Estado belga escolhido o sistema de educação vigiada para responder à delinquência juvenil, tinha obrigação de se dotar da

infraestrutura apropriada para desempenhar estas funções. As detenções sofridas por Bouamar eram, pois, irregulares e violavam o artigo 5.º, número 1, alínea d) (*ibidem*).

No mesmo sentido, recentemente, no acórdão D.G. contra Irlanda,[19] de 16 de maio de 2002, o Tribunal decidiu que, na ausência de instalações adequadas a um regime de supervisão educacional, a detenção de um menor numa prisão (ou instituição para jovens delinquentes) por vários meses foi ilegal (Tulkens, 2008). Após cumprir nove meses de detenção numa instituição para jovens delinquentes, por uma série de crimes, as autoridades tinham estabelecido que as necessidades da criança, diagnosticada como transtorno de personalidade, seriam atendidas numa unidade de suporte terapêutico para pessoas entre os 16 e os 18 anos de idade. Contudo, como não existia nenhuma unidade na Irlanda, procurou-se encontrar uma solução provisória, considerando-se que o risco de "autolesão" era elevado e, portanto, ele não poderia sair da custódia do Estado. Perante as diferentes opções disponíveis, o juiz decidiu colocar a criança novamente na instituição para jovens delinquentes.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos observou que, quando um Estado adota um sistema legal de supervisão educacional, este é obrigado a criar as valências institucionais adequadas que respondam às exigências de segurança e educação estabelecidas, a fim de dar cumprimento ao artigo 5.º, número 1, alínea d). O Tribunal Europeu concluiu que a detenção do requerente não pode ser considerada como uma medida provisória de um regime de educação supervisionada, na medida em que as ordens judiciais não foram fundamentadas em qualquer proposta direcionada especificamente para a sua educação e segurança (Van Bueren, 2007). Assim, o Tribunal concluiu que a detenção do requerente era incompatível com o artigo 5. º da Convenção Europeia (acórdão de 16 de maio de 2002).

A proporcionalidade e a relação com os factos que conduzem à privação de liberdade foram também ponderadas pelo TEDH, designadamente no caso Ichin e outros contra Ucrânia, de 21 de dezembro de 2010 (Silva, 2013). Neste caso, dois rapazes, de 13 e 14 anos, ficaram detidos, em instalações para jovens, pelo período de 30 dias, por terem furtado comida e utensílios de cozinha de uma cantina escolar, apesar de terem confessado os factos e efetuado a devolução de alguns dos utensílios e de estarem abaixo da idade de responsabilização criminal. O TEDH entendeu que os jovens tinham permanecido detidos arbitrariamente, num local que falhou ao não

[19] Neste caso o TEDH apreciou também se a utilização de algemas no jovem seria uma violação do artigo 3.º, da CEDH. Embora deva ser evitado ao máximo por parte das polícias, razões que se prendem com perigos de fuga, cometimento de novos crimes, perigo de lesões para o próprio ou para outros (razões de contenção, em geral) podem levar a que seja aceitável que se algeme um jovem, não consubstanciando, em princípio, naquelas situações específicas e pelo mais curto espaço de tempo possível, essa atuação uma violação do artigo 3.º da CEDH (Silva, 2013).

providenciar a "supervisão educativa" que se impunha, dessa forma violando as disposições do artigo 5.º, da CEDH (direito à liberdade e segurança) (*ibidem*).

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos foi ainda chamado a pronunciar-se acerca da aplicabilidade do artigo 5.º, número 1, alínea d), a menores de 18 anos, que já não se encontravam em idade de escolaridade obrigatória (nos termos da legislação nacional da Dinamarca e da Bélgica) (Tulkens, 2008). No caso Nielsen contra Dinamarca, de 28 de novembro de 1988, o Tribunal decidiu que o artigo 5. º, número 1, alínea d), era aplicável independentemente da idade escolar, porque o jovem ainda era "menor" em todo o período em questão. O Tribunal definiu "supervisão educacional" de forma ampla, argumentando que ela não deve ser interpretada de forma rígida e limitada à sala de aula, mas deve incluir os diferentes aspetos adicionais de exercício das responsabilidades parentais. O TEDH afirmou que "o artigo 5. º, número 1, alínea d), da Convenção reporta-se à detenção de "menores" e não à detenção de pessoas abaixo da idade escolar oficial". O simples facto de o requerente, de 17 anos, não poder ser obrigado a frequentar a escola comum, não mancha a sua detenção sob uma ordem específica, desde que a detenção seja de facto "com o propósito de supervisão educacional". O Tribunal sublinhou que o requerente tinha sido colocado numa instalação residencial especializada para jovens seriamente perturbados, que ofereceu a prestação de cuidados multidisciplinares, incluindo a educação. O Tribunal distinguiu, ainda, a posição deste requerente da posição de Bouamar contra Bélgica, acórdão de 29 de fevereiro de 1988, onde o recorrente estava numa prisão preventiva em condições de isolamento virtual, sem a assistência de funcionários com formação especializada. Em ambos os casos, o Tribunal decidiu que o artigo 5.º, número 1, alínea d), refere-se a "menores", sendo consequentemente aplicável a todos os menores de 18 anos (*ibidem*).

Os números 2 a 4, do artigo 5.º, estabelecem um conjunto de garantias adicionais, que se aplicam às exceções à liberdade e segurança. O artigo 5.º, número 2,[20] exige que a pessoa seja informada das razões da prisão e destina-se a permitir que quem seja preso admita ou negue a alegada ofensa e faça uso efetivo das salvaguardas judiciais plasmadas no número 3, – direito a ser prontamente presente a um juiz e a julgamento dentro de um prazo razoável ou a libertação enquanto aguarda julgamento – e número 4 do artigo 5. º – direito a contestar a legalidade da detenção. Nos termos do artigo 5.º, número 2, não há necessidade de a acusação ser feita por escrito, nem de qualquer formalidade ou aconselhamento legal, nesta fase, na medida em que diz

[20] Os direitos da pessoa ao abrigo deste parágrafo devem, pois, ser distinguidos do seu direito ao abrigo do artigo 6.º, número 3, alínea a), de ser informado prontamente e em detalhe, da natureza e causa da acusação contra ela (Merrills e Robertson, 2005).

respeito simplesmente à primeira fase da prisão (Merrills e Robertson, 2005). É sugerido, igualmente, que há uma obrigação de assegurar que a pessoa que é presa é não apenas informada das razões, mas que as compreende, isto é, que existe o direito a ser informado numa linguagem que compreenda, o que significa adotar medidas especiais com imigrantes e crianças (*ibidem*).

O artigo 5.º, número 3, refere-se especificamente aos direitos daqueles que são presos ou detidos em conformidade com o artigo 5.º, número 1, alínea c), isto é, daqueles que são presos ou detidos com o propósito de serem presentes a uma autoridade legal competente sob suspeita razoável de terem cometido uma ofensa ou quando é razoavelmente julgado necessário para os impedir de cometerem uma ofensa ou de fugirem depois de o fazerem. Segundo Merrills e Robertson (*ibidem*), este artigo prevê que, em tais casos, o indivíduo tem dois direitos distintos. Primeiro, deve ser prontamente presente a um juiz ou outro oficial autorizado por lei a exercer poder judicial;[21] segundo, tem direito a julgamento dentro de um prazo razoável ou a libertação enquanto aguarda julgamento, com a condição de a libertação poder ser condicionada por garantias de comparecer ao julgamento.[22]

Esta provisão tem sido interpretada, de acordo com Tulkens (2008), de forma ampla e mais aprofundada nos casos que envolvem crianças. No acórdão Selçuk contra Turquia, de 10 de janeiro de 2006, o requerente, que era menor de idade à época dos factos (16 anos) foi preso preventivamente durante quatro meses antes de ser libertado. Tendo em conta o facto de o requerente ser menor de idade à época, o Tribunal considerou que as autoridades não demonstraram de maneira convincente a necessidade da detenção do requerente em prisão preventiva por esse período (artigo 5 º, número 3).

Em Assenov contra Bulgária, acórdão de 28 de outubro de 1998, Assenov aguardou dois anos, em prisão preventiva, pelo julgamento, apesar de a legislação búlgara estabelecer que as crianças devem ser detidas em prisão preventiva apenas em casos excecionais. O Tribunal Europeu determinou que, tratando-se de uma

[21] O direito a ser prontamente presente a um juiz deve ser distinguido, por um lado, do direito a julgamento justo, que é determinado pelo artigo 6.º, e, por outro, do direito a contestar a legalidade da detenção, previsto no artigo 5.º, número 4. O que está aqui em causa é a obrigação de as autoridades terem a detenção de um indivíduo aprovada por um juiz numa fase inicial, de modo a evitar a detenção policial ou administrativa prolongada. Como consequência, tal controlo judicial não pode depender de uma petição por parte da pessoa detida, mas deve ser automático (Merrills e Robertson, 2005).

[22] O direito de não ser detido para além de um prazo razoável destina-se a assegurar que uma pessoa será provisoriamente libertada, assim que a sua detenção continuada deixe de ser razoável. No propósito desta provisão, o período de detenção inicia-se com a prisão e termina quando o detido é libertado sob fiança, absolvido ou condenado. Uma pessoa que é condenada continuará detida se atribuída uma sentença de custódia, mas nesse caso a base de detenção será o artigo 5.º, número 1, alínea a), e não o artigo 5.º, número 1, alínea c), pelo que a detenção não se enquadra no artigo 5.º, número 3. A razoabilidade do período de detenção preventiva depende das circunstâncias de cada caso (Merrills e Robertson, 2005).

criança, era ainda mais importante as autoridades serem especialmente diligentes, assegurando o julgamento do requerente dentro de um prazo razoável. O TEDH considerou que a Bulgária negou a Assenov o seu direito a julgamento "dentro de um prazo razoável", violando o número 3, do artigo 5.º, da CEDH. Esta decisão do Tribunal é relevante, na medida em que estabelece para todos os Estados-membros da Convenção, independentemente da legislação nacional, o princípio de que a diligência e devida celeridade são exigidas no momento de levar crianças em prisão preventiva a julgamento (Van Bueren, 2007).

2.3. Artigo 6.º - Direito a um processo equitativo

O artigo 6.º da CEDH garante o direito a um julgamento justo em matéria penal e civil perante um tribunal independente e imparcial, dentro de um prazo razoável. Com a exceção da referência no n.º 1, do artigo 6.º, para a necessidade de proteger os menores da publicidade adversa, este não oferece nenhuma proteção especial para os direitos dos jovens envolvidos em processos penais. No entanto, o artigo 6.º inclui outros direitos que são uma parte inerente do processo de julgamento justo, como o direito de participar efetivamente no processo ou a assistência jurídica, que são muito importantes para os menores (Kilkelly, 2001b; Silva, 2013).

A este propósito é de salientar o facto de nem a Comissão, nem o Tribunal Europeu de Direitos Humanos terem limitado a aplicação do artigo 6.º em casos de crianças (Kilkelly, 2001b). Ainda que no caso Nortier contra Holanda, de 24 de agosto de 1993, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos se tenha escusado a responder à questão levantada pelo governo e por certos membros da Comissão sobre o facto de o artigo 6.º dever ou não ser aplicado a processos penais juvenis da mesma forma como ao processo penal de adultos.

Com efeito, só recentemente, no âmbito dos casos T. e V. contra o Reino Unido, acórdãos de 16 de dezembro de 1999, é que as instituições reconheceram expressamente a importância do tratamento adequado das crianças no sistema judicial. O TEDH, ao decidir que os dois rapazes não foram capazes de participar efetivamente no seu julgamento por homicídio num tribunal de adultos, em violação do artigo 6.º, adotou o *ethos* da justiça juvenil da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (Kilkelly, 2001b). Em particular, o Tribunal observou que é "essencial" que uma criança acusada de um crime "seja tratada de uma forma que tenha plenamente em conta a sua idade, grau de maturidade e capacidade intelectual

e emocional, e que sejam tomadas medidas para promover a sua capacidade de compreender e participar no processo".[23]

A capacidade de compreender e participar no processo, no âmbito da jurisprudência do TEDH, pressupõe que a criança tem uma ampla compreensão da natureza do processo de julgamento e do que está em jogo, incluindo o significado de qualquer penalização que pode ser imposta (Tulkens, 2008). Isto significa que a criança, se necessário com o auxílio de, por exemplo, um intérprete, advogado ou assistente social, deve ser capaz de compreender o sentido geral do que é dito no tribunal. A criança deve ser capaz de acompanhar o que é dito pelas testemunhas de acusação e, se representado, de explicar ao advogado a sua versão dos factos, apontando as declarações com as quais discorda e quaisquer factos que possam ser apresentados em sua defesa.

Neste sentido, no acórdão de SC contra o Reino Unido, de 10 de novembro de 2004, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que o julgamento de um menino de 11 anos de idade, em tribunal, acusado de tentativa de assalto, violou o direito a um julgamento justo, nos termos do artigo 6.º, número 1 (Van Bueren, 2007). O TEDH concluiu que o requerente tinha uma idade intelectual baixa, muito pouca compreensão do processo ou da natureza da pena que enfrentava, e, consequentemente, não tinha sido capaz de participar adequadamente no seu julgamento. O Tribunal considerou, ainda, que quando uma criança, como o recorrente, é julgada em processo penal: "É essencial que seja julgada num tribunal especializado que seja capaz de ponderar e responder adequadamente às necessidades especiais da criança, adaptando o seu procedimento em conformidade". Ora o recorrente tinha um discernimento reduzido do papel do júri ou da importância de causar uma boa impressão aos membros do júri. Para além disso, parecia não entender que corria o risco de uma pena efetiva e, mesmo após ter sido condenado e levado para as celas, ele parecia confuso e esperava poder regressar a casa com seu pai adotivo.

Em suma, o direito de participação efetiva de uma criança acusada num processo judicial inclui não só o direito de estar presente, mas também de ser ouvido e acompanhar o processo (Tulkens, 2008). No acórdão Sahin contra Alemanha, de 8 de julho de 2003, o Tribunal considerou que houve uma violação não só do artigo 6.º, mas também do artigo 8.º, na medida em que os tribunais alemães não tinham ouvido

[23] Ao afirmar este princípio, o Tribunal Europeu "adotou" e desenvolveu, mais concretamente, as disposições do artigo 40.º, parágrafo 1, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que prevê que a criança "suspeita, acusada ou que se reconheceu ter infringido a lei penal o direito" tem direito "a um tratamento capaz de favorecer o seu sentido de dignidade e valor" e que "tenha em conta a sua idade" (Van Bueren, 2007; Kilkelly, 2001b).

a criança, numa audiência, para obter informações completas e precisas sobre o seu relacionamento com o pai. Já no caso Adamkiewicz contra a Polónia, de 2 de março de 2010, o TEDH defendeu a importância do papel do advogado em toda a justiça juvenil e, em especial, no âmbito da delinquência juvenil. O advogado tem a função não só de ajudar a criança a compreender e participar no processo judicial, como de proteger a criança contra possíveis intimidações e pressões exteriores, no sentido de prestar declarações coincidentes com a acusação (*ibidem*).

Por fim, e à semelhança do que observamos para o artigo 3.º, importa salientar que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem adotado disposições de instrumentos internacionais específicos da justiça juvenil penal para auxiliar na interpretação do artigo 6.º da CEDH, como a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Em V. contra o Reino Unido, acórdão de 16 de dezembro de 1999, por exemplo, o Tribunal reconheceu que os instrumentos globais não vinculativos devem ser considerados, se forem uma referência quanto à forma como um direito da Convenção Europeia deve ser protegido (Van Bueren, 2007). No acórdão Sahin contra Alemanha, de 8 de julho de 2003, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos afirmou mesmo, como princípio geral, que "Os direitos humanos das crianças e as normas, a que todos os governos devem de aspirar para a concretização destes para todas as crianças, são estabelecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança." Note-se, contudo, que esta é apenas uma meta aspiracional e não uma expansão jurisdicional do TEDH (*ibidem*). Por outras palavras, uma violação da Convenção dos Direitos da Criança não será aceite pelo Tribunal como a principal causa de ação, ainda que este instrumento seja valioso como referência para os parâmetros de um determinado direito, como os reconhecidos nos artigos 3.º e 6.º da CEDH, no âmbito da CEDH. Ainda assim, no entender de Kilkelly (2001b), a utilização da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, quando bem fundamentada, utilizando todas as ferramentas do direito internacional, pode efetivamente melhorar a proteção dos direitos das crianças no âmbito do Conselho da Europa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos contém, como vimos, poucas referências diretas sobre crianças, contudo, por um lado, o Comité dos Ministros do Conselho da Europa e a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa prepararam e adotaram alguns textos setoriais, como a Recomendação (2008) 11, sobre as regras europeias para jovens infratores sujeitos a sanções ou medidas, do Comité de Ministros, ou a Recomendação 1698 (2005) sobre os direitos das crianças

institucionalizadas, da Assembleia Parlamentar, com que procuraram colmatar as lacunas da Convenção.

Por outro lado, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos devido à vulnerabilidade particular das crianças, para além das restrições negativas impostas aos Estados-Membros: 1) adotou uma interpretação relativista do artigo 3.º da CEDH, considerando a duração, os efeitos físicos ou mentais, a idade, o sexo ou o estado de saúde da vítima dos maus tratos (cf. caso Tyrer contra Reino Unido, de 25 abril de 1978); 2) impôs obrigações positivas aos Estados em relação aos direitos das crianças, ao abrigo dos artigos 3.º (cf. caso Assenov contra Bulgária, acórdão de 28 de outubro de 1998, ou Okkali contra Turquia, acórdão de 17 de outubro de 2006) e 5.º da CEDH (cf. casos de Bouamar contra Bélgica, acórdão de 29 de fevereiro de 1988, e D.G. contra Irlanda, acórdão de 16 de maio de 2002); 3) e adotou uma interpretação mais ampla e profunda, tanto do artigo 5.º, como do 6.º da CEDH, em casos de crianças, apoiando-se, inclusivamente, noutros instrumentos internacionais dedicados às crianças, como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores.

Note-se que os textos setoriais adotados pelo Comité dos Ministros e a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa acompanham a evolução das linhas interpretativas do TEDH. A título de exemplo, em primeiro lugar, tanto a recomendação (2003) 20, como as "Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child-friendly Justice", adotadas a 17 de novembro de 2010 pelo Conselho da Europa, têm o objetivo específico de garantir que a justiça é sempre adaptada às crianças, ou seja, o tratamento e as medidas aplicadas devem ajustar-se à idade e maturidade da criança. Em segundo lugar, na Recomendação 1551 (2002), sobre a construção de uma sociedade com e para as crianças no século XXI, a Assembleia Parlamentar convida os Estados-membros a rever as suas legislações de modo a torná-las compatíveis com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989. Consequentemente, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos desenvolveu não só jurisprudência significativa no que respeita a justiça (penal) juvenil, como a sua jurisprudência tem vindo a consubstanciar-se, direta ou indiretamente, nas Recomendações do Comité dos Ministros do Conselho da Europa e da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa nesta área.

Acresce ainda que a inexistência de um mecanismo para impor as disposições da CDC como acontece na CEDH com o TEDH, faz com que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos ganhe relevância na proteção dos direitos das crianças. Pese embora não ser possível, a uma criança, dentro da jurisdição de um Estado-membro do Conselho da Europa, colocar uma petição ao Tribunal Europeu dos Direitos

Humanos, com base apenas na violação de um direito consagrado na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU, e não na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Como a Convenção Europeia é um instrumento vivo e muitos dos seus direitos são enquadrados em termos idênticos aos da Convenção sobre os Direitos da Criança, isto cria espaço jurisprudencial para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos adotar uma interpretação mais dinâmica, em linha com os direitos específicos das crianças (Van Bueren, 2007).

É importante, contudo, como sugere Van Bueren (*ibidem*), evitar a ficção de que as crianças e os jovens podem exercer os seus direitos fundamentais consagrados na CEDH da mesma forma que os adultos. Existem, obviamente, problemas relativos ao acesso e à falta de conhecimento da importância da Convenção Europeia dos Direitos Humanos para crianças privadas da sua liberdade. Importa, assim, assegurar que as crianças gozam efetivamente da salvaguarda dos seus direitos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos e não apenas a nível teórico.

PAULA CASALEIRO

Investigadora júnior do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, desde 2006. Integra, atualmente, a equipa do projeto de investigação "Desvio e crime juvenil no feminino: da invisibilidade dos factos, seleção e percursos no sistema judicial", coordenado pelo Doutor João Pedroso e financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT). É ainda doutoranda do Programa de Doutoramento "Direito, justiça e cidadania no século XXI" (2012/2013) e bolseira de doutoramento da FCT.

Contacto: pcasaleiro@ces.uc.pt

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barreto, Ireneu Cabral (2005), *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada*. Coimbra: Coimbra Editora.

Kilkelly, Ursula (2001a), "Children's Rights: A European Perspective", *Judicial Studies Institute Journal*, 32, 68-95.

Kilkelly, Ursula (2001b), "The Best of Both Worlds for Children' s Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child", *Human Rights Quarterly*, 23(2), 308-326. DOI:10.1353/hrq.2001.0019.

Kilkelly, Ursula (2010), "Protecting Children's Rights under the ECHR: The Role of Positive Obligations", *Northern Ireland Legal Quarterl*y, 61(3), 245-261.

Mas, Montserrat Enrich (1990), "A protecção dos menores no quadro da Convenção Europeia dos Direitos do Homem : análise de jurisprudência", *Infância e Juventude*, 2, 59-68.

Merrills, J. G.; Robertson, A. H. (2005), *Direitos Humanos na Europa. Um estudo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. Bobadela: Instituto Piaget.

Silva, Júlio Barbosa e (2013), *Lei tutelar educativa comentada: no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina.

Tulkens, Françoise (2008), "The European Convention on Human Rights and Children's Rights", *in Council of Europe, International Justice for Children.* Strasbourg: Council of Europe Publishing, 17-34.

Van Bueren, Geraldine (org.) (1998), *International Documents on Children*. The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International.

Van Bueren, Geraldine (2007), *Child Rights in Europe. Convergence and Divergence in Judicial Protection*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.

ACÓRDÃOS CITADOS

Acórdão Irlanda contra Reino Unido, de 18 de janeiro de 1978.

Acórdão Tyrer contra Reino Unido, de 25 abril de 1978.

Acórdão Campbell e Cosans, de 25 fevereiro de 1982.

Acórdão Bouamar contra Bélgica, de 29 de fevereiro de 1988.

Acórdão Nielsen contra Dinamarca, de 28 de novembro de 1988.

Acórdão Costello-Roberts, de 25 março de 1993.

Acórdão Nortier contra Holanda, de 24 de agosto de 1993.

Acórdão Assenov contra Bulgária, de 28 de outubro de 1998.

Acórdão T. contra Reino Unido, de 16 de dezembro de 1999.

Acórdão V. contra Reino Unido, de 16 de dezembro de 1999.

Acórdão D.G. contra Irlanda, de 16 de maio de 2002.

Acórdão Sahin contra Alemanha, de 8 de julho de 2003.

Acórdão de SC contra o Reino Unido, de 10 de novembro de 2004.

Acórdão Selçuk contra Turquia, de 10 de janeiro de 2006.

Acórdão Okkali contra Turquia, de 17 de outubro de 2006.

Acórdão Adamkiewicz contra a Polónia, de 2 de março de 2010.

Acórdão Cigerhun Öner contra a Turquia, de 23 de novembro de 2010.

Acórdão Ichin e outros contra Ucrânia, de 21 de dezembro de 2010.

A JUSTIÇA DE MENORES PORTUGUESA NA VIRAGEM DO SÉCULO XXI: UMA EXPRESSÃO DA CULTURA DO CONTROLO?

JOANA MADURO

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, PORTUGAL

Resumo: O presente artigo recorre à teorização da *cultura do controlo*, para analisar o impacto das políticas sociais de pendor neoliberal na justiça de menores portuguesa e, em particular, na Lei Tutelar Educativa. Na viragem do século XXI, a justiça de menores portuguesa foi objeto de transformações significativas, aos níveis estrutural e formal, que necessitam de ser lidas à luz de movimentações nos campos social e político. A análise de Garland (2001), reconhecida como uma das mais influentes sobre o controlo social, revela-se fundamental na explicação e interpretação de tais desenvolvimentos. Embora alguns aspetos da sua tese careçam de aplicabilidade em Portugal, o trabalho de Garland oferece uma útil e complexa lente através da qual a evolução da justiça de menores portuguesa merece ser observada.

Palavras-chave: justiça de menores, delinquência juvenil, cultura do controlo, neoliberalismo, ordem social.

THE PORTUGUESE YOUTH JUSTICE AT THE TURN OF THE 21ST CENTURY: AN EXPRESSION OF THE CULTURE OF CONTROL?

Abstract: The article relies on the culture of control theoretical assumptions to analyse the impact of neoliberal social policies on Portuguese youth justice. At the turn of the 21st century, Portuguese youth justice was subjected to significant structural and formal changes, which need to be read in the light of social and political movements. The analysis provided by Garland (2001), recognized as one of the most influent on social control, becomes vital in the presentation and interpretation of such developments. Although some aspects of his thesis lack applicability to Portugal, Garland's work offers a useful and complex lens through which the evolution of Portuguese youth justice deserves to be analysed.

Keywords: youth justice, juvenile delinquency, culture of control, neoliberalism, social order.

1. INTRODUÇÃO

Os trabalhos efetuados por Teubner, nos anos 80, acerca da *juridificação* da ordem social, contribuíram determinantemente para uma compreensão sistémica das relações entre o regime *welfare* e a ordem jurídica. Na perspetiva de alguns autores (*e.g.*, Silva, 2007), torna-se relativamente fácil associar o processo de juridificação ao desenvolvimento do Estado-providência. Contudo, a emergência do modelo económico neoliberal não cessou a produção de interessantes e complexas análises sobre as transformações no sistema de justiça em conjugação com o desenvolvimento mais abrangente de processos económicos, políticos, sociais e culturais.

De modo simplista, o século XXI veio exigir a substituição da variável sociopolítica na relação privilegiada pelas análises de Teubner (1987): o *welfare* pelo neoliberalismo. Neste novo quadro socioeconómico, têm-se desenvolvido estudos comparativos que revelam uma íntima relação entre a ascendência do neoliberalismo e a reivindicação de políticas criminais severas (Wacquant, 2009). Entre estes estudos, alcança especial destaque a tese de Garland (2001). Apoiado numa complexa análise sobre a convergência política entre os EUA e o Reino Unido, o sociólogo britânico identifica a emergência de uma nova "cultura do controlo", fundamentando-a sobre um conjunto de índices de mudança ou tendências-chave que caracterizam a política criminal desde a década de 70 até ao século XXI.

Embora o influente texto de Garland recorra aos EUA e ao Reino Unido como protótipos da cultura do controlo, Hughes e McLaughlin (2003) sugerem que as implicações da sua análise são altamente relevantes para os debates emergentes na sociedade europeia. Mas poderão estas implicações ser generalizadas à sociedade portuguesa? Em tom de precaução, Bernuz Beneitez (2009) alerta-nos para as tensões entre o global e o local, ou seja, para a necessidade de distinguir entre uma tendência global e as inflexões locais.

A partir destas premissas, o presente artigo visa, então, aplicar a grelha analítica de Garland, no contexto neoliberal, às alterações produzidas na justiça de menores com a publicação da Lei Tutelar Educativa em 2001. Por outras palavras, a questão formulada por este artigo é a seguinte: de que forma as transformações sociais produzidas sob o signo neoliberal influenciaram a *estrutura* e a *forma* da justiça de menores em Portugal, na viragem do século XXI?

2. A JUSTIÇA DE MENORES: DESBRAVANDO UM TERRENO MOVEDIÇO

Os modos de governação reconhecem que as forças e as racionalidades sociais reconfiguram os campos social e político e, consequentemente, influenciam e informam a política criminal (Braithwaite, 2000). É nesta lógica que Bailleau e

Cartuyvels (2007) apontam para uma forte ligação entre o modelo sociopolítico dominante numa determinada sociedade e o regime sociojurídico da juventude que nela se desenvolve. Ao longo do século XX, as crises, as ruturas e as continuidades que pautaram a história da justiça de menores refletiram-se na aplicação do direito e subsequentemente, na necessidade de (re)produzir um novo direito, por referência ao quadro social, político e económico vigente.

Até à década de 70, a reação à delinquência juvenil inscrevia-se na ideologia política do Estado Social. Neste plano, a delinquência constituía, do ponto de vista sociológico, um sintoma da vulnerabilidade social dos indivíduos e das famílias. E face a esta leitura, a solução para a delinquência residia na prevenção, na reintegração e na supervisão dos indivíduos e das famílias (Garland, 2001).

Nos anos 80, a reclamação de finalidades prioritariamente educativas pelos sistemas de justiça de menores foi concretizada através da publicação de um conjunto de instrumentos legais supranacionais (*e.g.*, Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, 1985), cuja influência na reforma da justiça de menores é indiscutível (Queloz, 2005). A publicação destes documentos e a emergência do modelo económico neoliberal também questionaram a legitimidade e a resposta do modelo de proteção, votando-o a um irreversível cenário de crise. A par destes desafios da globalização, Portugal – à semelhança da maioria dos países da Europa Ocidental – enfrentou também o aumento da dramatização do fenómeno da delinquência juvenil (Bailleau, Cartuyvels e de Fraene, 2010), que se refletiu na reivindicação social de um endurecimento legal. E dez anos depois, assistia-se ao crescimento de um fosso entre as diretrizes preconizadas pelos documentos legais internacionais e a aplicação prática da política de justiça juvenil (Queloz, 2005).

Em face destas transformações, a justiça de menores atravessou uma mudança *do* modelo paternalista, arreigado às políticas do regime *welfare*, *para* um modelo de justiça, considerado indissociável das políticas neoconservadoras (Bailleau e Cartuyvels, 2006).

A configuração de um novo modelo de justiça de menores polariza-se em torno de um número de elementos estruturais e formais avançados por Bailleau e Cartuyvels (2006). Sob o ponto de vista *estrutural*, observa-se, entre outros aspetos: i) a alteração do discurso sobre a noção de responsabilidade, ou seja, a prevalência da responsabilidade individual sobre a responsabilidade social, ii) a sobrevalorização da questão securitária associada à delinquência juvenil e iii) o reconhecimento da vítima enquanto ator preponderante do controlo social. Ao nível *formal*, destacam-se como indicadores: i) o recurso a uma linguagem *managerialista*, que valoriza a eficácia e a

rentabilidade dos meios investidos e ii) o reenvio das competências em matéria preventiva e educativa aos contextos locais.

No entanto, ainda que a hegemonia do modelo protecionista tenha sido questionada na maioria dos estados europeus, os níveis de integração ou de resistência à rutura divergem claramente entre os países (Bernuz Beneitez, 2009). Para compreender o impacto destas transformações na justiça de menores portuguesa, o presente artigo propõe-se a analisar a sua influência por referência ao catálogo de *índices de mudança* através do qual Garland (2001) identifica a emergência da cultura do controlo.

O autor inicia a sua análise referindo-se ao "declínio do ideal reabilitador" (Garland, 2001: 8), argumentando que a reabilitação já não representa a ideologia dominante do sistema de justiça criminal. O desencantamento em torno do sistema emergiu e consolidou-se na década de 70, tendo sido sustentado, em larga medida, pela investigação de Martinson, a partir da qual a sociedade concluiu, de modo sensacionalista, que "nothing works" (1974: 48), instaurando uma crise de confiança face à eficácia das políticas e práticas do sistema de justiça criminal.

Garland considera, de seguida, a "reemergência da punitividade e da justiça expressiva" (2001: 8), perante a observação de um ressurgimento recente, designadamente nos EUA, do aumento da aplicação e da severidade das sanções retributivas. Embora o Reino Unido não tenha sucumbido a esta tendência, verifica-se uma mudança no tom do discurso oficial, que emprega facilmente o conceito de punição. Neste cenário, onde a opinião pública sobrepõe-se à evidência empírica, a punição adquire um significado simbólico.

Aliada à reemergência da punitividade, o autor identifica uma "mudança no tom emocional da política criminal" (*ibidem*: 10). Esta alteração é representada metaforicamente através de um termómetro, que registou uma alteração drástica na sua temperatura, de frio para quente. O discurso securitário, alicerçado no medo do crime, adquiriu um registo sensacionalista, aos níveis político e social.

O quarto índice de mudança identificado por Garland prende-se com o "retorno da vítima" (*ibidem*: 11). Afastada durante décadas do palco da justiça, a vítima detém agora um papel determinante e representativo na sociedade, onde os seus interesses são sistematicamente invocados para fundamentar a aplicação de medidas mais severas. A análise do regresso da vítima não pode ser desligada da "primazia da proteção da sociedade" (*ibidem*: 12). Este imperativo reforçou a introdução de restrições aos direitos, liberdades e garantias dos ofensores.

Garland (2001) verifica também que o controlo social formal se tornou politizado e identifica a emergência de um novo populismo em torno das questões judiciais.

Atualmente, a opinião política e pública sobrepõe-se aos dados fornecidos pela evidência científica, olhados com a desconfiança inflamada pelo discurso securitário.

As três últimas décadas do século XX assistiram ao aumento exponencial da popularidade da prisão, sobretudo nos EUA. A prisão foi reinventada na cultura do controlo, na medida em que já não é considerada um mecanismo de reabilitação, mas um meio de incapacitação, que satisfaz as exigências comunitárias de segurança.

O sociólogo britânico analisa a "transformação do pensamento criminológico" (Garland, 2001: 15) como evidência e fator de emergência da cultura do controlo. Se até à década de 70 as correntes criminológicas dominantes procuravam explicar a delinquência a partir da privação socioeconómica e da etiquetagem, atualmente o delinquente é perspetivado pelas teorias do controlo como um ator racional, que pondera as consequências dos seus atos.

As alterações no pensamento criminológico implicaram uma redefinição nas políticas de controlo social da criminalidade. A este nível, o autor identifica uma "expansão da infraestrutura da prevenção e da segurança comunitária" (*ibidem*: 16), que integra estratégias de policiamento comunitário e programas de vigilância de bairros, em parceria com a sociedade civil. A participação ativa da sociedade civil no controlo da delinquência promoveu, em grande medida, um movimento de comercialização da segurança privada. A reconfiguração do controlo social refletiu-se no desenvolvimento de "novos estilos de gestão e práticas laborais" (*ibidem*: 18). As instituições da justiça são, hoje, orientadas por uma lógica de gestão de riscos e de recursos.

Garland finaliza o seu catálogo de índices de mudança com a identificação de um "um sentimento perpétuo de crise" (*ibidem*: 19). O autor verifica uma descrença nas instituições e nas práticas dirigidas à intervenção sobre a delinquência de tal modo persistente, que já não consubstancia uma falha conjuntural, mas estrutural.

No que diz respeito à operacionalização da grelha, optar-se-á, tendencialmente, não por uma abordagem segmentada de cada índice, mas por agrupá-los sob uma nova designação. O critério de categorização responde a uma lógica de interligação entre as tendências, no sentido de concretizar uma análise global da cultura do controlo no direito de menores português. Assim, a primeira categoria denominada por "a cultura da crise" abrigará o primeiro e o último índice da sequência original: i) o "declínio do ideal reabilitador" e ii) "um sentimento perpétuo de crise". O segundo grupo de índices, designado por "o controlo do crime: entre o poder político e as forças sociais" engloba iii) as "mudanças no tom emocional da política criminal", iv) a "politização e o novo populismo", v) a "reemergência da punitividade e da justiça expressiva" e vi) a "primazia da proteção da sociedade". A terceira categoria

individualiza uma tendência que carateriza a cultura do controlo: vii) "o retorno da vítima". Finalmente, o quarto e último conjunto agrega cinco índices – viii) a "transformação do pensamento criminológico", ix) os "novos estilos de gestão e práticas laborais", x) a "expansão da infraestrutura da prevenção e da segurança comunitária", xi) a "sociedade civil e comercialização do controlo do crime" e xii) a "reinvenção da prisão" –, sendo, por isso, intitulado "a reconfiguração do controlo do crime".

3. A CULTURA DO CONTROLO NA JUSTIÇA DE MENORES PORTUGUESA

3.1. A CULTURA DA CRISE

Na década de 70, a desilusão relativamente ao modelo reabilitador provocou uma profunda desconfiança na eficácia da justiça, particularmente nos EUA e no Reino Unido. A partir de então, o sistema da justiça permaneceu envolto pelo pessimismo. Na análise de Garland, este cenário associado a "um sentimento perpétuo de crise" (2001: 19) constitui o último indicador da cultura do controlo. Se é verdade que a persistência da desmoralização face à justiça foi eleita por Garland para encerrar o catálogo teórico dos índices de mudança, do mesmo modo não terá sido aleatória a escolha do "declínio do ideal reabilitador" para iniciar a sua análise das tendências da justiça criminal na pós-modernidade. Ainda que a expressão pertença, na sua versão original, ao título da obra de Francis Allen (1981 *apud* Garland, 2001), Garland (2001) apodera-se da mesma para se referir à retração do racional reabilitador que caraterizou a intervenção estadual de caráter protetor.

Se até 1999, em Portugal, o Estado legitimava a sua intervenção para (re)educar o menor na sua necessidade de proteção, a partir de então, o legislador assume uma rutura clara com o modelo protecionista, que partia da premissa de que "[...] estes menores [deveriam] ser tratados apenas como entes carecidos de proteção e ser destinatários das respostas que se oferecem a outros que, por abandono, pobreza ou exclusão social, vagueiam pelas ruas entregues a si próprios." (Exposição de Motivos da Lei Tutelar Educativa).

É hoje inquestionável que o traço mais distintivo da rutura com o modelo de proteção consagrado pela Lei Tutelar Educativa é expressão da ideia de *responsabilização*. De acordo com Muncie (2006), a responsabilização, no quadro global da justiça de menores, constitui uma estratégia de controlo que visa, em primeira instância, que os ofensores assumam a responsabilidade pelo(s) ato(s) praticado(s). Em Portugal, o sentido de responsabilidade não é orientado pela ideia de culpa; assume, antes, uma finalidade pedagógica, consagrada no conceito de *educação para o direito*.

Enquanto pilar central da intervenção tutelar educativa, a educação para o direito implica "corrigir a personalidade [do menor] que apresenta deficiências de conformação com o dever-ser jurídico mínimo e essencial (corporizado na lei penal) e não meras deficiências no plano moral ou educativo geral", segundo a Proposta de Lei n.º 266/VII, de 11 de março de 1999, que expõe os motivos subjacentes à introdução da Lei Tutelar Educativa na realidade jurídica portuguesa.

Os termos em que o legislador densifica o conceito de educação para o direito revelam, no plano formal, a necessidade de reabilitar o menor através de uma intervenção dirigida à sua personalidade, que promova a prevenção do comportamento delinquente futuro. A medida tutelar educativa aplicável ao menor deve, por isso, imprimir à intervenção um equilíbrio necessário entre a *repressão*, através da responsabilização do menor pelo(s) ato(s) praticado(s), e a *reabilitação*, garantindo um desenvolvimento pessoal e socialmente integrado por referência aos valores essenciais da vida em sociedade. Em síntese, Rodrigues afirma:

> Torna-se então necessário responsabilizar o menor, como ator social que é, pelo dano social provocado, ensinando-lhe que essa conduta não é tolerada pela sociedade em que se insere, educando-o para o direito, de forma a que a sua personalidade se forme no respeito por essas normas fundamentais. (1999: 288)

Esta responsabilização não se esgota, contudo, na imputação dos menores infratores. Segundo Muncie (2006), pretende-se mesmo encorajar o setor privado e as comunidades a assumirem um papel ativo na prevenção da delinquência.

Em Portugal, o sistema de justiça de menores não se alheou da ação da sociedade civil sobre os problemas sociais. Sem constranger severamente a sua intervenção direta, o programa do XIII Governo Constitucional enuncia explicitamente a partilha do núcleo da responsabilidade entre o Estado e os corpos locais:

> No tocante à política de proteção judiciária de menores, deverão ser aperfeiçoadas e diversificadas as formas de apoio/tratamento, em atuação conjunta com as autarquias e as IPSS, entre outras […]. Deverá também proceder-se à avaliação da experiência das comissões de proteção, reforçando a sua característica de órgãos da comunidade.

Se é verdade que esta expressão do apelo à comunidade concretiza os princípios da interinstitucionalidade e da solidariedade comunitária postulados na Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), do ponto de vista político-económico, configura

também uma nova estratégia de intervenção assente numa parceria entre o Estado e a comunidade, que implica a responsabilização comunitária face a um problema eminentemente social, quer ao nível da prevenção, quer no momento da reintegração (Rodrigues, 1997; Pedroso, 1998).

Uma das faces mais visíveis deste apelo à participação comunitária evidencia-se no Programa Escolhas. Implementado, na sua primeira fase de desenvolvimento, em 2001 – no mesmo ano da entrada em vigor da Lei Tutelar Educativa – este programa para a prevenção da criminalidade dos bairros mais problemáticos dos distritos de Lisboa, Porto e Setúbal, visa "promover a inclusão social de crianças e jovens provenientes de contextos socioeconómicos mais vulneráveis, particularmente dos descendentes de imigrantes e minorias étnicas, tendo em vista a igualdade de oportunidades e o reforço da coesão social".[1]

À semelhança do Programa Escolhas, também a lógica de atuação das Comissões de Proteção de Menores assenta numa lógica de corresponsabilização e articulação entre as entidades públicas locais e o poder central (Pedroso, 1998). Comprometidos com uma racionalidade de intervenção interdisciplinar e interinstitucional, articulada e flexível, de base local, estes órgãos administrativos procuram responder às exigências de responsabilização e segurança da própria comunidade impostas pelo comportamento das suas crianças e jovens, em respeito e colaboração com a família. Em cumprimento do "dever que ao Estado incumbe, em homenagem a objetivos de prevenção geral e especial, de atacar precocemente o desenvolvimento de carreiras criminosas" (Exposição de Motivos da Lei Tutelar Educativa), cabe a estes dispositivos erguer as funções sobre as quais justiça de menores se fundou em 1999: função-educação (menor) e função-segurança (comunidade).

A articulação entre a intervenção da comunidade e o Estado, representado pelos tribunais de menores, manifesta-se também através da execução de medidas tutelares educativas não institucionais, assegurada pelos serviços de reinserção social (Santos, 2004).

3.2. O CONTROLO DO CRIME: ENTRE O PODER POLÍTICO E AS FORÇAS SOCIAIS

A tónica na responsabilização do jovem ofensor é expressão retórica da legitimidade que o discurso punitivo alcança no direito de menores, em pleno século XXI, em detrimento do protecionismo que caraterizou os sistemas de justiça de menores europeus, durante a segunda metade do século XX. Parece consensual concluir que a

[1] Texto disponível para consulta em http://www.programaescolhas.pt/apresentacao.

"reemergência da punitividade e da justiça expressiva" encontra paralelismo na *viragem punitiva* que Muncie (2008) identifica na justiça de menores.

A outra face da punitividade relativamente à delinquência juvenil é visível no fenómeno que Muncie (2005) apelida de "adulteração" do sistema de justiça. O formalismo caraterístico da justiça penal, decorrente das alterações previstas e instituídas pelos instrumentos jurídicos supranacionais, penetrou os sistemas de justiça de menores ao nível global. Segundo Bailleau, Cartuyvels e de Fraene (2010), estes documentos tiveram como consequências diretas, na justiça de menores, a introdução de garantias processuais e o respeito pelos princípios fundamentais do direito penal.

Entre nós, o modelo processual adotado pela reforma da justiça de menores em 1999 partilha uma clara afinidade com o processo penal. A aproximação ao direito penal é visível, desde logo, na consagração da tipicidade das medidas tutelares educativas passíveis de aplicação, enquanto corolário do princípio da legalidade (artigo 4.º LTE). De acordo com este preceito, não é admitida a aplicação de medidas, quanto à espécie ou modalidade de execução, que não esteja expressamente prevista no diploma. Ao contrário da intervenção promovida sob a égide da proteção, a intervenção tutelar educativa obedece à aplicação dos princípios da adequação (artigo 6.º/1 LTE), da proporcionalidade e da necessidade (artigo 7.º/1 LTE).

Irrefutável relevância apresenta, também, o princípio da intervenção mínima (artigo 6.º/1 LTE), que se assume, a par com o interesse do menor e a procura de adesão (do menor e dos seus pais), como critério de escolha da medida tutelar educativa aplicável. Na realidade, o princípio da intervenção mínima orienta toda a lógica segundo a qual o processo tutelar educativo se desenvolve. Sendo que a intervenção, nos termos da Lei Tutelar Educativa, não visa a punição, mas a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade (artigo 2.º/1 LTE), a intervenção tutelar educativa só deve ter lugar quando, no momento da aplicação da medida, subsista a necessidade de educação para o direito (artigo 7.º/1 LTE). Quando estes pressupostos não se verificam, o respeito pela dignidade do menor e pelos seus direitos à liberdade e à autodeterminação devem prevalecer sobre a defesa dos bens jurídicos e as expectativas comunitárias.

Em manifesta rutura com o modelo vigente até 1999, a Lei Tutelar Educativa veio reconhecer o menor enquanto sujeito de direito(s) (artigo 45.º LTE), reforçando, também desse modo, a aproximação entre o processo tutelar educativo e o processo penal. Num movimento de afirmação do princípio do contraditório, assumem especial

destaque os direitos de audição, de assistência por defensor e de oferecer provas e requerer diligências.

Se é verdade que a reforma do direito menor português em 1999 promoveu uma mudança legítima de paradigma em nome do interesse do menor, e contra a violação dos seus direitos fundamentais, Bailleau, Cartuyvels e de Fraene (2010) alertam para o facto de que, em contextos e períodos severos de *law and order*, o discurso dos direitos humanos possa dissimular o pretexto para acentuar a punitividade das reações jurídicas dirigidas a sujeitos com mais direitos, mas também com mais responsabilidades.

Ainda que esta hipótese suscite forte dificuldades de verificação direta, uma breve análise comparativa entre a justiça de menores espanhola e a justiça de menores portuguesa poderá fornecer uma resposta elucidativa acerca das variações do discurso legislativo em função de momentos de conturbação social. À semelhança de Portugal, também em Espanha se fizeram sentir, durante o período de *vacatio legis* – quer da Lei Tutelar Educativa, quer da Ley Orgánica 5/2000 (Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores) –, manifestações (pontuais) alarmantes da delinquência juvenil, gerando uma perceção errada generalizada sobre as verdadeiras dimensões do fenómeno. Porém, se em Portugal as reações a estes eventos mediáticos se remeteram ao plano social, já em Espanha, produziram reformas efetivas da Ley Orgánica 5/2000, que consolidaram uma tendência de endurecimento das medidas judiciais (Bernuz Beneitez e Fernández Molina, 2008).

Ainda no quadro da justiça menores portuguesa, o discurso da punitividade ao serviço da segurança da sociedade esgota-se, desde logo, nos pressupostos legais da intervenção tutelar educativa. Segundo Rodrigues (1999), a decisão de aplicar uma medida tutelar educativa constitui um momento de especial tensão entre a legitimidade do Estado para educar o menor para o direito e a satisfação das exigências comunitárias de segurança e paz social. Tendo em consideração que a aplicação de uma medida tutelar educativa exige que a necessidade de educação para o direito subsista no momento da aplicação da medida, nos casos em que tal necessidade não se verifique, resta à comunidade suportar o(s) dano(s) social(ais) provocado(s), ainda que isso possa frustrar as suas expectativas e necessidades.

As "mudanças no tom emocional da política criminal" (Garland, 2001: 10) mereceram igualmente destaque no elenco de aspetos que o sociólogo britânico identificou para apresentar a trajetória da justiça penal nos EUA e no Reino Unido. Segundo o autor, o domínio da racionalidade *welfare* que percorreu a justiça penal, durante o século XX até aos anos 70, carregava um sentido progressivo na justiça, que invocava sentimentos de humanidade, compaixão e respeito pelos direitos e

necessidades dos menos afortunados. A partir de então, o discurso do medo do crime, alimentado pela projeção de imagens estereotipadas de uma juventude perigosa, assume o protagonismo. A deriva securitária não é mais do que um eco da voz política da *law and order,* que colocou em evidência a violência urbana protagonizada pelas classes juvenis nos bairros periféricos de grandes cidades norte-americanas e europeias (Wacquant, 1999). Na última década do século XX, a severidade do discurso do medo do crime aumentou de tom na Europa, suscitando verdadeiros "pânicos morais",[2] através dos discursos e das ações dos meios de comunicação social, dos políticos e dos grupos de pressão (Mucchielli, 2012).

Recorde-se o polémico discurso do presidente francês Sarkozy, na sequência dos motins urbanos em 2005, que descreveu os jovens delinquentes dos subúrbios parisienses como "escumalha". O discurso político de Sarkozy, à semelhança de tantos outros na Europa, são reflexo da redramatização da delinquência, num palco onde o jovem delinquente já não é uma vítima da vulnerabilidade social, mas um sujeito perigoso e incorrigível, que deve ser responsabilizado pelo(s) seu(s) ato(s) (Garland, 2001).

De acordo com Bailleau (2008), os excessos jurídicos franceses apoiam-se numa visão muito negativa da juventude e sobre uma perspetiva securitária da ordem pública. Trata-se de uma vontade política determinada a reduzir a força dos motins, quer esporádicos quer permanentes, e o comportamento dos jovens dos bairros urbanos periféricos que perturbam a ordem pública.

A par destas instrumentalizações políticas e mediáticas, a perceção do aumento da delinquência juvenil encontra posição favorável na população em geral, a partir da qual se alimenta o sentimento de insegurança (Mucchielli, 2012). É neste contexto que a política criminal assume um tom emocional, cravado de estereótipos e orientado pela voz da sociedade que, cansada de viver com medo, exige mais punição e segurança (Garland, 2001).

Em resultado desta intensa retórica política, determinada a combater a delinquência juvenil, um único evento parece ter sido, em muitas circunstâncias, suficiente para motivar a alteração legislativa (Trépanier, 1999). Portugal também não foi indiferente à influência das perceções da sociedade de um recrudescimento da delinquência juvenil, favorecidas pela "irrupção dos audiovisuais e a prevalência da

---

[2] *Pânico moral* é um conceito crucial para os debates sociológicos contemporâneos acerca do sentimento de insegurança. Ainda que a primeira referência documentada pertença ao sociólogo britânico Jock Young, em 1971, foi Stanley Cohen o primeiro autor a definir o conceito de modo sistemático na obra emblemática *Folk Devils and Moral Panics* (Cohen, 2004: 1): "as sociedades parecem ser sujeitas, de vez em quando, a períodos de pânico moral. Uma condição, episódio, uma pessoa ou grupo de pessoas surge para tornar-se definido como uma ameaça aos valores sociais e interesses; a sua natureza é apresentada de forma estereotipada pelos meios de comunicação [...]".

cultura oral" (Exposição de Motivos da Lei Tutelar Educativa). Contudo, esta relação entre o aumento da insegurança dos cidadãos, a visibilidade mediática da delinquência juvenil e a intensificação efetiva do fenómeno conheceu, segundo os dados estatísticos da justiça, contornos paradoxais (Pedroso e Fonseca, 1999).

No ano de 2000, os eventos mediáticos da madrugada de 20 de julho,[3] em pleno período de *vacatio legis* da Lei Tutelar Educativa, inscreveram o fenómeno da delinquência juvenil na agenda política. O pânico gerado terá sido catalisador, entre outras medidas, da entrada em vigor da Lei Tutelar Educativa. Estes acontecimentos desencadearam, ainda, propostas políticas de diminuição da idade de imputabilidade penal, dos 16 anos para os 14 e 15 anos, que nunca conheceram aprovação. O debate em torno do limite da imputabilidade criminal tem sido sistematicamente alimentado em Portugal por vozes dissonantes que, de um lado, reclamam o seu abaixamento e que, de outro lado, defendem a anulação do desfasamento entre a maioridade civil (18 anos) e a maioridade penal (16 anos), sustentando a sua argumentação, desde logo, na vinculação de Portugal à Convenção sobre os Direitos da Criança e nos efeitos contraproducentes de uma intervenção judiciária precoce (Farrington, 1996).

Dois anos antes da publicação da análise de Garland, em 2001, já Anabela Rodrigues (1999) reconhecia o peso da dramatização e da politização da violência na sociedade portuguesa, que atribuía à delinquência juvenil a responsabilidade pelo aumento do sentimento de insegurança. A viragem punitiva protagonizada pela justiça de menores encontra, assim, a sua legitimidade, na medida em que a única solução vislumbrada é o "recurso ao direito penal e a exasperação dos recursos punitivos" (1999: 284).

Os efeitos do relato exaltado da atriz Lídia Franco, na rádio e na televisão portuguesas, no verão quente de 2000, clarificaram, ainda, o papel influente dos meios de comunicação sobre a formação da opinião pública. Segundo Munroe (2001), a reação mediática a episódios selecionados confere legitimidade à sociedade para generalizar o seu impacto, criando a sensação de que um vasto número de crianças e jovens comete atos delinquentes de forma séria, persistente e com impunidade. Deste modo, o público forma uma imagem da delinquência juvenil a partir de eventos atípicos e alarmantes, claramente mais graves do que aqueles que pautam o quotidiano da justiça.

---

[3] Uma conhecida atriz do público português (Lídia Franco) foi vítima de um assalto violento por um grupo de jovens armados na CREL, na região de Lisboa, gerando uma forte reação mediática por parte dos meios de comunicação nacionais.

As consequências práticas do debate, motivado por ideologias securitárias e neoliberais, atingiram níveis fortemente contrastantes entre os EUA e Portugal. No que diz respeito, por exemplo, às taxas de encarceramento, a agenda norte-americana, nos anos 90, conheceu um aumento sem precedentes de jovens ofensores (Mears, 2006). Portugal, por seu turno, viu a população dos seus centros educativos decrescer a partir de 2001. Em regime fechado, a população também se tem mantido estável, oscilando entre 32 e 49 menores internados, entre 2002 e 2008 (Santos, 2010).

As "mudanças no tom emocional da política criminal" (Garland, 2001: 10) e a "politização e novo populismo" (*ibidem*: 13) revelam tendências indissociáveis de um outro índice de mudança que Garland designa por "primazia da proteção da sociedade" (*ibidem*: 12). Num momento particular em que a sociedade percebe o risco como uma ameaça à ordem social (Beck, 1992), a sua defesa tornou-se um imperativo da política criminal. Garantir a segurança pressupõe, para o Estado, identificar e gerir qualquer tipo de ameaça.

Esta garantia política encontra eco na intervenção do Estado, que impulsiona a aplicação de técnicas de remoralização, baseadas em mecanismos de regulação, vigilância e monitorização de determinadas famílias e comunidades (Muncie, 2006). Na perspetiva do *welfare*, o que era considerado um indicador de necessidade de apoio socioeconómico, agora é lido, pelas lentes do neoliberalismo, como um fator de risco de delinquência. Este *panopticismo social* (Wacquant, 2009) gera consequências morais preocupantes no acesso aos serviços sociais, mas também no acesso à justiça, na medida em que perpetua a seletividade dos sistemas de controlo formal.

Nesta lógica, os discursos de *gestão do risco* e da *prevenção* são considerados caraterísticas-chave da cultura do controlo (Muncie, 2006). É no quadro destas práticas discursivas que as intervenções judiciárias se estruturam hoje em torno da avaliação do risco e das necessidades criminógenas. E a separação entre o regime de proteção (menores em risco) e o regime tutelar educativo (menores delinquentes) constituiu um passo decisivo rumo à individualização da intervenção de acordo com as necessidades dos ofensores. Para além da conformidade às exigências políticas internacionais (*e.g.*, Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos), esta opção legislativa reconhece a necessidade de prevenir a reincidência e proteger a sociedade contra futuros crimes mediante a condução de uma avaliação do risco que o ofensor representa.

Para o efeito, a Lei Tutelar Educativa prevê um leque de medidas tutelares educativas ordenadas segundo um grau de gravidade crescente. Num plano de menor gravidade, as medidas não institucionais impõem comportamentos, obrigações e regras de conduta, que visam reintegrar e responsabilizar o ofensor, através do

reconhecimento dos danos provocados e da promoção de relações com os elementos da comunidade. O legislador estabeleceu um critério de escolha na aplicação das medidas (artigo 6.º LTE), prevendo que, sempre que possível, se confira preferência à aplicação da medida institucional.

Representando a resposta ao *núcleo duro* da delinquência juvenil, a aplicação da medida de internamento em centro educativo reserva-se a menores cujos factos evidenciem uma especial necessidade de educação para o direito. A escolha do regime de internamento – i) aberto; ii) semiaberto; iii) fechado – é aferida a partir do grau de gravidade do crime praticado pelo menor, que consubstancia riscos e necessidades específicas e, em resposta, uma intervenção individualizada dirigida a esses riscos e necessidades.

3.3. O RETORNO DA VÍTIMA

Após décadas de desinteresse, a emergência do movimento dos direitos das vítimas, no final da década de 70, começou a insurgir-se contra a atuação das instâncias de controlo formal, que não reconhecia o seu papel nem as suas necessidades. Atualmente, os interesses e os sentimentos das vítimas servem de instrumento à exigência de medidas mais punitivas. De acordo com Garland (2001), é imperativo político que as vítimas sejam protegidas, as suas vozes ouvidas, a sua memória honrada, a sua raiva expressada e os seus medos correspondidos. A figura da vítima assume, hoje, no debate político, uma expressão simbólica, cujo sofrimento é considerado uma experiência coletiva.

O retorno da vítima ao palco da justiça constituiu um contributo significativo para a expansão e desenvolvimento do movimento da justiça restaurativa na Austrália, Canadá, Nova Zelândia, Reino Unido e EUA (Shapland *et al.*, 2006). De facto, a primeira iniciativa informada pelo paradigma da justiça restaurativa, nas sociedades contemporâneas, decorreu no Canadá, na década de 70, no âmbito da justiça de menores.

A institucionalização da justiça restaurativa alcançou, a partir de então, uma popularidade internacional, que se deve à sua capacidade de responder de modo eficaz e holístico à delinquência juvenil, concretizando, assim, finalidades perseguidas pelos sistemas de justiça de menores: i) a responsabilização do ofensor, através do reconhecimento dos danos provocados e das necessidades da(s) vítima(s); ii) a reintegração do jovem ofensor na comunidade, alterando a sua imagem pública; iii) e a mobilização de uma lógica de responsabilidade partilhada (Bazemore e Schiff, 2005).

Em Inglaterra, porém, a tendência generalizada para aplicar medidas informadas pela lógica da justiça restaurativa conduziu os investigadores a questionarem os seus

princípios de responsabilização e de integração comunitária e a sugerirem que a justiça restaurativa constitui uma estratégia de alargamento da rede de controlo social (Crawford e Newburn, 2003).

Em Portugal, a linguagem da justiça restaurativa também foi adotada pela reforma da justiça de menores em 1999. Informada pela filosofia da justiça restaurativa, a mediação acolhe, na Lei Tutelar Educativa, um sentido muito amplo, devendo ser entendida "como modo de resolver a situação-problema sem recurso a procedimentos formais. Mas sempre tendo em vista o fundamento da intervenção tutelar educativa: a educação do menor para o direito." (Exposição de Motivos da Lei Tutelar Educativa). Porém, o legislador admitia facilmente que se trataria "de uma fórmula com reduzida tradição entre nós e com suportes institucionais ainda ténues" e que, por esse motivo, "o diploma deixa[ria] uma ampla margem de discricionariedade na sua utilização que se espera[ria] poder frutificar com a capacidade e a imaginação de instituições públicas e privadas que venham a criar-se.".

As finalidades reparadoras encontrariam, então, a sua expressão legal mais fiel no artigo 11.º da Lei Tutelar Educativa, que prevê a reparação ao ofendido como uma das medidas tutelares educativas previstas no diploma. Contudo, na ausência de definição dos contornos da mediação, os serviços de reinserção social deram os primeiros passos na mediação vítima-ofensor através da criação de um programa especificamente criado para responder às "necessidades de educação para o direito do jovem mediante a responsabilização pela prática dos seus atos e a reparação da vítima ou da comunidade." (Albino, 2003: 62).

Não obstante a oferta de cenários alternativos à viragem punitiva, a via da reparação continua a lograr de um fraco recurso. No âmbito da jurisdição tutelar educativa, o registo estatístico da medida de reparação ao ofendido, em 2012, é praticamente inexpressivo, face às medidas de acompanhamento educativo, frequência de programas formativos, imposição de regras e conduta e às medidas de internamento em centro educativo.

Por outro lado, a aceção da mediação, na Lei Tutelar Educativa, consagrada no artigo 42.º refere-se à finalidade de obtenção de consenso entre a autoridade judiciária e o menor, seus pais, representante legal, pessoa que tenha a sua guarda de facto ou defensor, tendo em vista a realização das finalidades do processo (artigo 42.º/2 LTE). Para o efeito, a lei prevê a determinação da cooperação de entidades públicas ou privadas de mediação por parte da autoridade judiciária (artigo 42.º/1 LTE).

3.4. A RECONFIGURAÇÃO DO CONTROLO DO CRIME

Até à década de 70, as correntes criminológicas dominantes atribuíam as causas da delinquência à privação socioeconómica dos indivíduos e das famílias, que originava processos de etiquetagem, estados de anomia e formação de subculturas (Garland, 2001). Combater o crime implicaria, por isso, reabilitar os indivíduos, proporcionando-lhes educação, oportunidades de emprego e apoio financeiro às suas famílias.

A partir de então, o pensamento criminológico começou a ser permeado pelas teorias do controlo: controlo social, autocontrolo, controlo situacional. A criminologia contemporânea perspetiva a delinquência enquanto conduta normal, cometido por indivíduos racionais, que pesam as consequências dos seus atos e, nessa medida, deverão ser responsabilizados pela prática dos mesmos (Becker, 1968). Por outras palavras, todos somos potenciais vítimas e ofensores (Hughes e McLaughlin, 2003).

O modelo de justiça progressivamente concebido durante a década de 70 constitui um reflexo desta nova racionalidade criminológica, na medida em que privilegia o ato praticado pelo jovem, sobrepondo-o às suas necessidades específicas. Desta lógica decorre, necessariamente, a ideia de que o jovem deve assumir a responsabilidade pelas suas escolhas e pelo seu comportamento.

Na ótica de Garland, a "transformação do pensamento criminológico" (2001: 15) implicou uma reconfiguração dos objetivos e prioridades do sistema de justiça que se refletiu em "novos estilos de gestão e práticas laborais" (*ibidem*: 18) e na "reinvenção da prisão" (*ibidem*: 14). Num clima fortemente securitário, as instituições de controlo formal procuram, fundamentalmente, proteger a sociedade, através da redução das desordens e das incivilidades, e responsabilizar os ofensores.

Os serviços de reinserção social dos ofensores reestruturaram a sua ideologia de trabalho, promovendo a execução de penas e medidas não privativas de liberdades em contexto comunitário e a monitorização eletrónica dos ofensores.

O próprio sistema penitenciário que, durante o predomínio do Estado Social, era considerado problemático, contraproducente e instigador da descrença na justiça, tornou-se uma peça-chave do dispositivo judiciário, funcionando não como mecanismo de reabilitação, mas de incapacitação. Portanto, o seu efetivo funcionamento é aferido pelo cumprimento das exigências de segurança da sociedade (Garland, 2001).

Esta conceção do sistema penitenciário encontra expressão na justiça de menores portuguesa. Análises referentes à vigência da Organização Tutelar de Menores (1978) revelam um desempenho inoperante das funções de reabilitação e ressocialização por parte das instituições de encarceramento (Carvalho, 2005). O regime protecionista português reveste-se de complexidade, e à ineficácia do sistema acresce a diversidade de situações (comportamentos desviantes – mendicidade e/ou prostituição

–, delinquência e vitimação) que a mesma instituição acolhe e os longos períodos de institucionalização, que agravam os comportamentos delinquentes e potenciam a reincidência.

A este cenário, seguiu-se a edificação de um modelo responsabilizador onde a visão securitária se manifestou particularmente na execução da medida de internamento (Santos, 2010). A denúncia é veiculada pelos próprios técnicos de reinserção social, que apontam várias críticas à gestão e à eficácia dos centros educativos. Por um lado, consideram que a gestão dos centros educativos tem sido prejudicada pela ausência de operadores, o que impossibilita a separação necessária de cumprimento das competências de segurança e de intervenção. Por outro lado, e do ponto de vista da eficácia, os técnicos consideram o regime dos centros educativos "demasiado formal, muito garantístico e pouco eficaz" (Santos, 2004: 621). Em 2010, o registo dos técnicos parece não ter conhecido alterações, na medida em que os próprios revelaram que as suas funções, nos centros educativos, se limitam ao exercício *de controlo* (Santos, 2010).

Esta constatação de que a medida de internamento suscita um controlo social mais forte e diferenciado das medidas não institucionais encontra sustentação no *efeito de bifurcação* crescente que a evolução da justiça de menores europeia tem vindo a revelar na última década (Bailleau e de Fraene, 2008). Este efeito representa uma *justiça a duas velocidades* (Bernuz Beneitez e Fernández Molina, 2008) que i) vincula as infrações menos graves, cometidas pela maioria dos jovens, a uma justiça mais branda, e ii) condena um grupo restrito de jovens, que pratica atos delinquentes graves, a um tratamento mais duro. Enquanto os primeiros se tornam objeto de medidas de integração, reparação e prevenção, os últimos são, tendencialmente, alvos de estratégias de supervisão, acompanhamento e privação da liberdade.

No plano de intervenção estratégica, as limitações apontadas ao trabalho desenvolvido pelos técnicos de reinserção social não se esgota na segunda via. Ainda que a prevenção da delinquência faça parte do leque de funções da Direção-Geral de Reinserção Social e Serviços Prisionais, é do entendimento geral que, face às suas limitações de recursos humanos, a sociedade civil deve ser convocada para promover uma intervenção articulada entre os vários sistemas de apoio às crianças e jovens.

Garland (2001) suporta esta visão, referindo-se à emergência e "expansão da infraestrutura da prevenção e da segurança comunitária". Na perspetiva do autor, esta nova infraestrutura não deve ser entendida como uma extensão do sistema de justiça. Na realidade, este novo dispositivo é fortemente orientado por um conjunto de objetivos e prioridades – prevenção, segurança, redução de danos, redução de perdas, redução do medo – que são muito distintos dos objetivos tradicionais da

justiça criminal. Esta infraestrutura é resultado de um compromisso, ao nível local, designado por *parcerias preventivas*, que concebem mecanismos autónomos de controlo comunitário.

Em Portugal, o Programa Escolhas assume o protagonismo indiscutível desta lógica de atuação preventiva que proporciona a articulação de iniciativas de entidades e agentes locais, junto dos jovens provindos de contextos socioeconómicos mais desfavoráveis e problemáticos. Ainda que, a partir da sua segunda geração (2004), o programa tenha redirecionado a sua intervenção – da prevenção da criminalidade para a promoção da inclusão social –, do ponto de vista prático, esta reconfiguração não invalidou as finalidades propostas na primeira edição do programa.

Segundo Bailleau (2008), os planos de segurança local comuns em vários estados europeus são representativos da delegação à comunidade da gestão dos seus próprios problemas, mesmo quando essas comunidades são incapazes de mobilizar os recursos necessários para intervir sobre a pobreza e a exclusão social dos seus membros.

Na mesma linha de análise, Hughes e McLaughlin (2003) argumentam que Garland (2001) aborda este projeto responsabilizador das comunidades locais como reflexo da nova governança da comunidade, que oferece uma potencial "solução" para a perda da soberania do Estado em matéria do controlo da criminalidade.

Mas a delegação de responsabilidades não tem sido dirigida apenas aos poderes locais. Se até muito recentemente o controlo social era uma responsabilidade exclusiva do Estado, em nome do interesse público, assiste-se atualmente à "comercialização do controlo do crime" através da expansão da indústria da segurança privada. Para Garland (2001), esta mudança é expressão da dissolução das fronteiras entre as esferas do público e do privado, ou seja, entre o sistema de justiça e os controlos operativos da sociedade civil.

4. Conclusão

A nova tendência punitiva refletida nas abordagens penais de retribuição e dissuasão, oriunda dos EUA, teve uma ressonância incontestável em alguns países europeus, particularmente no Reino Unido (Garland, 2001). E relativamente ao ordenamento português? Será a atual justiça de menores expressão da *cultura do controlo* preconizada por Garland?

Segundo Fernández Molina (2008 *apud* Bernuz Beneitez e Fernández Molina, 2008), é consensual partir do pressuposto de que existe uma distinção entre uma justiça de menores europeia e uma justiça de menores norte-americana. E, à semelhança do debate em Espanha, o modelo de justiça de menores português

também não escapa à complexidade da discussão. Assim, em face da análise realizada, é, efetivamente, possível observar pontos de convergência e divergência entre a justiça de menores portuguesa e a cultura de controlo.

A *responsabilização* que veio legitimar a intervenção tutelar educativa constitui, em primeira medida, expressão da rutura com o modelo de proteção, e traço fundamental do controlo social que o legislador pretendeu imprimir no novo modelo de justiça de menores. Não obstante a rutura explicitamente assumida com o paradigma protecionista que dominou a justiça de menores até 1999, o legislador português recusa que a intervenção tutelar educativa constitua um sucedâneo do direito penal: "Do modelo agora desenhado pode resultar a aparência de uma excessiva colagem ao direito penal, o que não é exato. Ele encontra-se mais distante do ordenamento jurídico-penal do que a atual Organização Tutelar de Menores" (Exposição de Motivos da Lei Tutelar Educativa). Em Portugal, à semelhança de muitos outros países europeus (*e.g.*, Espanha), o legislador não renunciou ao preceito da educação, atribuindo à educação do jovem para o direito o fundamento basilar da intervenção tutelar educativa. E no sentido de clarificar que a intervenção não visa a mera punição do menor, esta só deve ter lugar quando a necessidade de educá-lo para os valores jurídicos fundamentais da sociedade subsistir no momento da aplicação da medida tutelar educativa.

Na sequência da vinculação de Portugal aos instrumentos jurídicos internacionais em matéria da administração da justiça de menores (*e.g.*, *Regras de Beijing*, 1985), o direito de menores português protagonizou uma clara aproximação ao direito penal, através da introdução do formalismo processual e da atribuição de um complexo de direitos, deveres, poderes e interesses aos menores delinquentes. Ainda que Muncie (2005) considere que esta injeção de direitos e deveres constitua um fenómeno de "adulteração" do direito de menores – quer no plano do processo, quer no plano da reação jurídica –, no caso português, este processo constituiu um fator-chave para a edificação de um modelo de justiça que apoia a sua atuação numa parceria entre o Estado e a comunidade, no sentido de promover uma proteção eficaz dos direitos das crianças (Pedroso, 1998).

Desenvolver uma análise segmentada sobre a problemática securitária, o discurso mediático e a reação político-social constitui uma tarefa de difícil execução quando a temática sob análise é a delinquência juvenil. As políticas punitivas são invariavelmente objeto de um consenso político e um amplo apoio social, alimentado pela comunicação social. Sob este aspeto, e à semelhança da Europa e da América do Norte, também a política criminal portuguesa desenvolveu um *tom emocional*. O discurso da preocupação securitária, que colocou sob o foco mediático a delinquência

de caráter grupal e juvenil, proveniente de bairros degradados da periferia da Grande Lisboa, legitimou a redefinição das políticas preventivas e de gestão do risco e originou propostas de diminuição da idade de imputabilidade penal pelos principais partidos da oposição (ambas reprovadas).

O discurso securitário é favorável ao *retorno da vítima* ao sistema de justiça, após décadas de afastamento. O seu regresso teve implicações práticas no formalismo processual e no leque de medidas disponibilizado para responder aos atos delinquentes. Ainda que acolhida de forma tímida, a Lei Tutelar Educativa prevê, no catálogo de medidas tutelares educativas, a reparação ao ofendido (artigo 11.º LTE), revelando-se, assim, em sintonia com os sistemas de justiça de menores europeus (*e.g.*, Bélgica), que apostam em estratégias informadas pela justiça restaurativa (conciliação, reparação, tarefas socioeducativas).

A mudança político-ideológica do papel do Estado conduziu a uma retração da sua intervenção social e, subsequentemente, à acentuação do poder local no exercício das políticas preventivas, numa lógica predominantemente *managerialista*, que reconhece a necessidade pragmática de desenvolver práticas e estratégias de forma articulada, coerente e eficaz. Neste quadro, o sistema de justiça assume um papel predominantemente subsidiário e seletivo face à delinquência dos jovens.

Ainda que seja possível detetar pontos de contacto entre o direito de menores atualmente vigente em Portugal e a cultura de controlo apresentada por Garland (2001), o sistema tem encontrado mecanismos de resistência, mantendo a sua própria identidade, através da demarcação clara do direito penal. Considerado um arquétipo do reconhecimento dos direitos da criança (Alexandrino, 2008), o modelo adotado pela Lei Tutelar Educativa sucedeu na difícil harmonização entre as exigências comunitárias de segurança (nem sempre empiricamente sustentadas) – através da promoção da responsabilidade dos jovens ofensores – e o respeito pelos seus direitos, liberdades e garantias. Através desta racionalidade, a Lei Tutelar Educativa traçou uma *terceira via* no direito de menores, aproveitando as vantagens do direito penal e do modelo de proteção (Rodrigues, 1997).

JOANA MADURO

Licenciada e mestre em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Doutoranda no programa “Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI” do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal.

Contacto: joanamaduro@ces.uc.pt

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albino, Maria Clara (2003), "Primeiros Passos em Portugal", *Protecção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crimes na Europa – Seminário Internacional DIKÊ.* Lisboa: Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, 61-66.

Alexandrino, José (2008), "Os Direitos das Crianças: Linhas para uma construção unitária", *Revista da Ordem dos Advogados*, 1, 275-309.

Bailleau, Francis (2008), "Punir les mineurs comme des adultes", *La vie des idées.fr*. Versão eletrónica, consultada a 14.04.2013, em http://www.laviedesidees.fr/Punir-les-mineurs-comme-des.html.

Bailleau, Francis; Cartuyvels, Yves (2006), "Les évolutions de la justice pénale des mineurs sous régime neoliberal: quelques hypothèses de analyse", *Guyancourt: Groupe Européen de Recherche sur les Normativités – Bulletin d'information*, 12.

Bailleau, Francis; Cartuyvels, Yves (2007), *La Justice pénale des mineurs en Europe. Entre modèle welfare et inflexions neoliberals.* Paris: L'Harmattan.

Bailleau, Francis; de Fraene, Dominique (2008), "La criminalization des mineurs et ses evolutions: Le jeu des sanctions", *CRIMPREV*, 6.

Bailleau, Francis; Cartuyvels, Yves; de Fraene, Dominique (2010), "The Criminalisation of Youth and Current Trends: The Sentencing Game", *in* Francis Bailleau; Yves Cartuyvels (orgs.), *The Criminalisation of Youth – Juvenile Justice in Europe. Turkey and Canada*. Brussels: Vubpress, 7-28.

Bazemore, Gordon; Schiff, Mara (2005), *Juvenile Justice Reform and Restorative Justice: Building Theory and Policy from Practice*. Devon: Willan Publishing.

Beck, Ulrich (1992), *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage Publications.

Becker, Gary (1968), "Crime and Punishment: An Economic Approach", *The Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.

Bernuz Beneitez, María José (2009), "Comment: Discussion on Welfare Policies from the Perspective of Juvenile Justice", *Aspects of Deviance, Crime and Prevention in Europe. Report of the Final Conference – WP8 ICCCR – Open University Milton Keynes (UK)*, 202-207.

Bernuz Beneitez, María José; Fernández Molina, Esther (2008), "La Gestión de la Delincuencia Juvenil como Riesgo: Indicadores de um nuevo modelo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10, 1-20.

Braithwaite, John (2000), "The New Regulatory State and the Transformation of Criminology", *British Journal of Criminology*, 40, 222-238.

Carvalho, Maria João (2005), "Jovens, espaços, trajectórias e delinquências", *Sociologia, Problemas e Práticas*, 49, 71-93.

Cohen, Stanley (2004), *Folk Devils and Moral Panics*. London: Routledge.

Crawford, Adam; Newburn, Tim (2003), *Youth Offending and Restorative Justice: Implementing Reform in Youth Justice*. Cullompton: Willan Publishing.

Farrington, David (1996), "The Explanation and Prevention of Youthful Offending", *in* David Hawkins (org.), *Delinquency and Crime: Current Theories*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 68-148.

Garland, David (2001), *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society.* Oxford: Oxford University Press.

Hughes, Gordon; McLaughlin, Eugene (2003), "Towards a New Paradigm of Sovereign Power? Community Governance, Preventative Safety and the Crime and Disorder Reduction Partnerships", *British Society of Criminology*, 6, 1-14.

Martinson, Robert (1974), "What Works? - Questions and Answers About Prison Reform", *The Public Interest*, 35, 22-54.

Mears, Daniel (2006), "Exploring State-Level Variation in Juvenile Incarceration Rates: Symbolic Threats and Competing Explanations", *The Prison Journal*, 86(4), 470-490.

Mucchielli, Laurent (2012), "La evolución de la delincuencia de menores en Francia: entre criminalización, judicialización y guetización", *Estudios Socio-Jurídicos,* 14(1), 59-93.

Muncie, John (2005), "The Globalization of Crime Control - The Case of Youth and Juvenile Justice: Neo-liberalism, Policy Convergence and International Conventions", *Theoretical Criminology*, 9(35), 35-64.

Muncie, John (2006), "Governing Young People: Coherence and Contradiction in Contemporary Youth Justice", *Critical Social Policy*, 26, 770-793.

Muncie, John (2008), "The 'Punitive' Turn in Juvenile Justice: Cultures of Control and Rights Compliance in Western Europe and the USA", *Youth Justice,* 8(2), 107-121.

Munroe, Keith (2001), "Research for Change: Young People, Youth Crime and the Use of Custody on Teesside", *Irish Journal of Applied Social Studies*, 2(3), 118-137.

Pedroso, João (1998), "A reforma do 'Direito de Menores': A construção de um 'Direito Social'? (A intervenção do Estado e da comunidade na promoção dos Direitos das Crianças)", *Oficina do CES*, 121.

Pedroso, João; Fonseca, Graça (1999), "A justiça de menores entre o risco e o crime: uma passagem… para que margem?", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 55, 131-165.

Queloz, Nicolas (2005), "Jeunes et délinquance", *in* Service de la Recherche en Éducation (org.), *Jeunesse aujourd'hui - Actes en l'honneur de Michel Vuille*. Genève: SRED, 11-20.

Rodrigues, Anabela (1997), "Repensar o Direito de Menores em Portugal – utopia ou realidade?", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 7(3), 355-386.

Rodrigues, Anabela (1999), "Política criminal e política de menoridade", *Psicologia: Teoria, Investigação e Práticas*, 2, 285-294.

Santos, Boaventura de Sousa (org.) (2004), *Os caminhos difíceis da "nova" Justiça Tutelar Educativa – Uma avaliação de dois anos da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais.

Santos, Boaventura de Sousa (org.) (2010), *Entre a lei e a prática – Subsídios para uma reforma da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais.

Silva, Jesús-María (2007), "La injerencia de las leyes. Problemas de la juridificación de las relaciones sociales", *Persona y Derecho*, 56, 35-57.

Shapland, Joanna; Atkinson, Anne; Atkinson, Helen; Colledge, Emily; Dignan, James; Howes, Marie; Johnstone, Jennifer; Robinson, Gwen; Sorsby, Angela (2006), "Situating Restorative Justice in Criminal Justice", *Theoretical Criminology*, 10(4), 505-532.

Teubner, Gunther (1987), "Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions", *in* Gunther Teubner (org.), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law.* Berlin: de Gruyter, 3-47.

Trépanier, Jean (1999), "La justice des mineurs au Canada: remises en question au fin de la siècle", *Criminologie*, 32(2), 7-35.

Wacquant, Loïc (1999), "How Penal Common Sense Comes to Europeans: Notes on the Transatlantic Diffusion of the Neo-liberal Doxa", *European Societies,* 3(1), 319-352.

Wacquant, Loïc (2009), "Ordenando a insegurança: Polarização social e recrudescimento punitive", *in* Kris Brettas; Renato Moraes (orgs.), *Olhares sobre a prevenção à criminalidade*. Horizonte: Instituto Elo, 17-34.

A ADOÇÃO NO ÂMBITO DA PARENTALIDADE HOMOAFETIVA*

DIOGO CALDAS FIGUEIRA

ESCOLA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Resumo: Hoje em dia, a parentalidade e o conceito de família tendem a desprender-se da vertente exclusivamente biologista, aproximando-se cada vez mais da vertente afetiva ou social. A adoção enquanto instituto com o objetivo fundamental de realizar o superior interesse da criança deverá sempre ser encarada numa perspetiva afetiva, emocional e social, sendo função do Estado garantir que seja dada a cada criança uma família capaz de satisfazer as suas necessidades. Sabe-se hoje que não é a conformação do meio familiar que garante o desenvolvimento da criança e acautela devidamente o seu superior interesse, mas sim a qualidade dos afetos e a sua estabilidade. Como tal, a família que tantas crianças procuram não poderá nunca ter como critério último a orientação sexual dos envolvidos, sob pena de uma desvirtuação inconstitucional do superior interesse da criança.

Palavras-chave: adoção, homoparentalidade, discriminação, crianças, inconstitucionalidade.

ADOPTION AND HOMOPARENTHOOD

Abstract: The notions of parenting as of family itself nowadays tend to move away from a single focus on biological ties to an increasing emphasis in social and emotional ties. The adoption as an institute whose primary goal is the child's best interests must be always considered through an emotional and social perspective at the same time that the role of the State is to ensure that each and every child is given a family able to meet his/her needs and expectations. We now know that is not the composition of the family household that ensures the child development and duly protects his/her best interests, but rather the quality and stability of family bonds. As such, the family so many children seek cannot be chosen based only on the sexual orientation of those involved, otherwise we will be witnessing an illegitimate and unconstitutional understanding of the notion of the child's best interests.

Keywords: adoption, homoparenthood, discrimination, children, unconstitutionality.

---

* O presente artigo tem por base a dissertação de mestrado elaborada e defendida pelo autor na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa em outubro de 2011, sob a orientação da Professora Doutora Maria Clara Sottomayor.

1. Introdução

A adoção, nos termos do artigo 1974.º/1 Código Civil (CC), tem como principal objetivo realizar o superior interesse da criança (*apud* Sottomayor, 2009: 47 e ss.). O interesse da criança tem sido encarado pela maioria da doutrina e jurisprudência como um conceito indeterminado, cuja concretização e valoração é feita pelo aplicador do Direito, o que pode levar a uma subjetividade e arbitrariedade extremas. Para combater este risco, as ciências sociais têm determinado que a manutenção da estabilidade da vida familiar e social da criança e o respeito pelos seus laços afetivos e emocionais são realidades que permitem tornar o conceito de interesse da criança mais objetivo, limitando a discricionariedade judicial. É função do Estado garantir a cada criança uma família que lhes dê a segurança, os afetos e a estabilidade necessária ao seu desenvolvimento. Assim sendo, o instituto da adoção não deve ser uma realidade tipificada ou rígida, que só seja possível dentro dos moldes da família tradicional, como substituição da procriação biológica (Sottomayor, 2004: 46). Tendo por base o referido e justificando-se através do superior interesse da criança, fará sentido barrar-se a possibilidade de os casais homossexuais acederem à adoção?

2. Pressupostos do problema

Conceito de família e discriminação

Apesar da introdução do princípio da igualdade dos sexos na Constituição da República Portuguesa (CRP) e da reforma do CC de 1977, os comportamentos e as práticas sociais não acompanharam a mudança legislativa, continuando muitas famílias a viver num *patriarcado implícito* (Sottomayor, 2011: 20), organizado sob o princípio da autoridade do *pater familias*, proliferando a convicção da superioridade da família heterossexual, onde o biologismo triunfa sobre o afeto e o casamento se assume como a relação familiar por excelência. Pensamos, no entanto, que a noção de família como base da sociedade não pode ser reduzida à família conjugal enquanto instituição. Optamos, antes, por eleger as relações de cuidado, independentemente da sua conformação e contexto, como a base da sociedade, do humanismo e da continuação da espécie. Hoje em dia, a parentalidade desprende-se da vertente biológica, sendo suplantada pela vertente afetiva ou social. Olhar para as crianças exclusivamente do ponto de vista biológico é negar-lhes a dimensão de pessoa e ignorar as suas necessidades específicas. Apesar de a verdade biológica ser o ponto de partida da parentalidade, são as verdades sociológica e afetiva que surgem como a realidade determinante na vida e no bem-estar emocional de uma criança. É neste contexto que a adoção, enquanto vínculo semelhante à filiação biológica mas independente dos laços de sangue e assentando numa verdade afetiva, social e

emocional, deve ser protegida. O que realmente importa não é *imitar* laços biológicos, mas sim recriar e construir os laços emocionais e afetivos presentes numa relação entre pais e filhos. A adoção é uma forma de garantir e proteger o superior interesse da criança e permite ao Estado escolher quem poderá cumprir esse papel com mais eficácia e dedicação, diferentemente do que acontece na filiação biológica. Deste modo, facilmente se conclui que não é por um casal ser homossexual que este deve ser, *a priori*, excluído da adoção, pois, aqui, não se trata de criar uma situação substitutiva da filiação biológica mas sim de criar uma relação que acautele e defenda os interesses da criança (Fernandéz, 2005: 422). Apesar disso, sempre existiu e continua a existir uma hostilidade social e judicial para com os casais homossexuais que pretendem constituir família, sendo-lhes vedada, *a priori*, por via legislativa, a possibilidade de criarem uma criança, presumindo-se que não são candidatos idóneos e duvidando-se das suas intenções e capacidades. Terá alguma justificação esta ideia preconcebida? A resposta a esta pergunta remete-nos necessariamente para as perceções sociais da homossexualidade como algo necessariamente limitativo das capacidades socioafetivas de um ser humano e para a obrigação de questionarmos, de forma neutra e sem preconceitos, a legitimidade desta ideia, aceitando refletir unicamente à luz de dados científicos.

3. O CASO PORTUGUÊS

3.1. CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DOS CANDIDATOS A ADOTANTES

O fundamento da adoção reside, tal como todas as relações de filiação, no superior interesse da criança. Contudo, os adultos que pretendem adotar são muito mais "controlados" pelo Estado do que os pais biológicos. Se nos processos de adoção o superior interesse da criança é levado ao seu extremo máximo, assumindo o Estado e os órgãos oficiais um verdadeiro papel fiscalizador, procurando selecionar candidatos ideais, já no âmbito de relações biologicamente constituídas, o Estado assume um papel extremamente passivo, resignando-se com o facto de haver um vínculo biológico e dando sucessivas e renovadas oportunidades a famílias biológicas negligentes. Assim sendo, a maximização do superior interesse da criança apenas no contexto das candidaturas à adoção permite criar situações potencialmente discriminatórias para as pessoas que pretendem adotar quando, na realidade, o único móbil dos candidatos a adotantes é o desejo de serem pais, desejo este em tudo semelhante ao dos pais biológicos.

Em virtude do princípio da igualdade e não discriminação constitucionalmente consagrado (artigo 13.º da CRP), parece-nos que um homossexual poderá candidatar-se à adoção singular desde que preencha os requisitos gerais da lei (artigo 6.º, n.º 2

do Decreto-lei n.º 185/93, de 22 de maio). Reconhecemos que o facto de a homossexualidade ser ainda encarada como um estigma é suscetível de conduzir, na prática, mesmo sem proibição legal, a que seja vedado a um homossexual o acesso ao instituto da adoção por não passar no *teste da idoneidade*, de acordo com os juízos discricionários dos organismos oficiais que intervêm neste processo. Contudo, tal decisão da Segurança Social representaria sempre uma violação da CRP, que proíbe a discriminação com base na orientação sexual (artigo 13.º, n.º 2), estando vedado recorrer-se à orientação sexual como critério para interpretar o significado do conceito legal de "idoneidade para criar e educar um menor".

3.2. Evolução Legislativa dos direitos familiares pessoais dos homossexuais

3.2.1. Lei 7/2001 de 11 de maio (alterada pela Lei n.º 23/2010 de 30 de agosto)

Em Portugal, podem também adotar duas pessoas casadas há mais de 4 anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, se ambas tiverem mais de 25 anos (artigo 1979.º, n.º 1). É ainda permitida a adoção a pessoas que vivam em uniões de facto, desde que preencham os requisitos exigidos para as pessoas casadas, nos termos do artigo 7.º da Lei 7/2001. Esta lei veio pela primeira vez reconhecer alguns direitos familiares pessoais aos homossexuais, equiparando os efeitos das suas uniões aos efeitos das uniões heterossexuais. Contudo, o legislador determinou no artigo 7.º que apenas podem adotar as pessoas que vivem em condições análogas às dos cônjuges, levando a que a adoção conjunta estivesse, assim, limitada aos unidos de facto heterossexuais, uma vez que nessa data não se previa ainda o casamento *gay*.

3.2.2. Lei 9/2010 de 31 de maio

A Lei 9/2010 de 31 de maio, veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Caso a lei se tivesse limitado a esta alteração, teriam desaparecido os obstáculos legais para um casal *gay* adotar pois nos termos do artigo 1979.º, n.º 1, podem adotar plenamente "duas pessoas casadas". Contudo, o legislador veio determinar, no seu artigo 3.º, que as alterações introduzidas pela mesma não podem ter por consequência a admissibilidade legal de adoção por casais do mesmo sexo, indo mesmo mais longe ao afirmar que nenhuma disposição legal em matéria de adoção pode ser interpretada no sentido de permitir essa adoção. Esta solução legal levanta, contudo, problemas em sede da sua constitucionalidade, como veremos.

3.2.3. APADRINHAMENTO CIVIL

O apadrinhamento civil é uma figura jurídica, criada pela Lei 103/2009 de 11 setembro e regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 121/2010 de 27 de outubro, que veio permitir que pessoas com mais de 25 anos possam acolher uma criança ou jovem em risco, exercendo as responsabilidades parentais até à maioridade, desde que o vínculo com a família biológica não se extinga e desde que pais e padrinhos estabeleçam um compromisso de direitos e deveres. Perante eventuais dúvidas de interpretação, o próprio Governo português veio esclarecer[1] que o regime do apadrinhamento não estaria aberto a casais homossexuais "devido ao entendimento pelo Estado de que as condições sociais não favorecem o desenvolvimento da criança nem a sua inclusão social", caso fosse apadrinhada por um casal homossexual. O apadrinhamento civil apresenta, perante as figuras da guarda ou da confiança a pessoa idónea, a vantagem do seu carácter tendencialmente definitivo que permite aos padrinhos exercerem as responsabilidades parentais até à maioridade, em condições de estabilidade, enquanto as medidas *supra* referenciadas são, por definição, provisórias e revisíveis.

3.2.4. PROJETO DE LEI N.º 126/XII E PROJETO DE LEI N.º 278/XII

Em 24 de fevereiro de 2012, foram apresentados na Assembleia da República dois projetos de lei com o objetivo de se obter a eliminação da proibição de casais do mesmo sexo adotarem crianças. Ambos foram chumbados por quase dois terços dos deputados em exercício de funções, sendo que o debate parlamentar se centrou no superior interesse da criança, assistindo-se a noções díspares sobre este conceito, revelando-se mais uma vez a perigosidade da sua indeterminação. Em 17 de maio de 2013 foi aprovado, na generalidade, um projeto de lei, apresentado pelo Partido Socialista relativo à figura da coadoção, permitindo-se que "quando duas pessoas do mesmo sexo sejam casadas ou vivam em união de facto, exercendo um deles responsabilidades parentais em relação a um menor, por via da filiação ou adoção, pode o cônjuge ou o unido de facto coadotar o referido menor", o qual motivou, pela primeira vez em Portugal, uma ampla discussão sobre a matéria, nomeadamente com a tomada de posições oficiais sobre o tema, como veremos, ainda que o referido projeto tenha entretanto sido chumbado em sede de votação na especialidade.

[1] Ver Agência *Lusa* (2010).

3.3. BIOLOGISMO E DIREITO DA CRIANÇA A TER UMA FAMÍLIA

Portugal é o país da União Europeia (UE) com maior taxa de institucionalização de crianças, havendo 8938[2] crianças a viver em instituições e muito delas em condições de ser adotadas. Uma criança, numa instituição, cresce sem uma referência familiar, sendo as suas relações interpessoais caracterizadas pela impessoalidade dos contatos e pela falta de uma vinculação afetiva forte. Julgamos que esta situação é o fruto da mentalidade biologista dos profissionais envolvidos nos processos de promoção e de proteção, que concedem aos pais biológicos sucessivas oportunidades de recuperação, atrasando a decisão de adotabilidade da criança e dificultando a consolidação do vínculo adotivo.[3]

Ao contrário da crença social dominante, não existem em Portugal mais crianças em condições de serem adotadas do que adotantes. Neste sentido, muitas vezes alega-se que permitir a adoção de crianças por casais homossexuais atrasaria ainda mais os processos de adoção dos casais heterossexuais. Tal argumento é de repudiar, pois uma diferenciação em função da orientação sexual, colocando os casais heterossexuais como os *primeiros da fila*, não é legítima nem justificável, refletindo uma ideia preconcebida acerca do que é melhor para uma criança e o carácter secundário dos casais homossexuais enquanto cidadãos e pais. Por outro lado, os candidatos a adotantes tendem a procurar crianças mais novas, pois existe uma ideia enraizada de que quanto *mais nova for a criança* mais *semelhante* a um filho biológico será, sendo assim mais fácil o desenvolvimento de uma *natural* relação de filiação. Tal ideia advém ainda da noção de adoção enquanto substituto da filiação biológica e enquanto forma de entregar crianças a casais que não podem ter filhos. Como já se viu, tal não deve ser o princípio norteador deste instituto, o qual deve, antes de mais, basear-se no processo inverso, centralizado na criança e na procura de uma família adequada às suas necessidades especiais e personalidade. A conceção da adoção como imitação da biologia faz com que crianças mais velhas, com problemas de saúde e que não sejam caucasianas tenham grandes dificuldades em encontrar pais adotivos, apesar de se encontrarem em perfeitas condições de adotabilidade. Para estas crianças resta, apenas, a institucionalização. Porque não se equaciona, atendendo ao superior interesse da criança, que algures poderá existir um casal homossexual capaz de cuidar daquela criança?

---

[2] Relatório de Caracterização Anual da Situação de Acolhimento de Crianças e Jovens, 2011.

[3] De salientar a decisão recentemente proferida no âmbito de um Processo de Promoção e Proteção do Tribunal Judicial do Barreiro (Processo n.º 782/11.4TBBRR), onde o Tribunal entendeu confiar a guarda de uma criança com Síndrome de Down a um casal homossexual, casal este que havia espontaneamente começado a cuidar da mesma após o nascimento desta. O Tribunal determinou que a orientação sexual não é um fator de perigo para a criança, porquanto o casal sempre demonstrou disponibilidade e capacidade afetiva para assegurar todos os cuidados da criança.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9/2010

4.1. EFEITOS SOBRE O ACESSO À ADOÇÃO

A proibição legislativa da adoção conjunta por casais homossexuais não é absolutamente eficaz. Na prática, existem inúmeras formas de casais e pessoas homossexuais adotarem crianças, torneando de certa forma a solução legal. Como já referido, o nosso ordenamento jurídico consagra a figura da adoção singular, pelo que permite que qualquer pessoa com mais de 30 anos possa adotar, não estando *limitado* pela sua orientação sexual. Em termos teóricos e perante a ausência de proibições legais na adoção singular, pode acontecer que um dos membros da união homossexual pretenda adotar o filho do seu companheiro, progenitor biológico da criança. Mesmo sem a candidatura à adoção, a criança está a ser criada por um casal homossexual mas sem a proteção legal que lhe é devida. A Lei 9/2010 tem por consequência que, se duas pessoas do mesmo sexo decidirem casar, então a adoção singular fica-lhes vedada porque o seu estado civil e a sua orientação sexual já não pode ser escondida. O companheiro, se estiver casado com o pai ou mãe da criança, para além de não poder adotar singularmente o filho/a deste/a, terá muito dificultada a adoção singular de uma terceira criança.

4.2. A PROIBIÇÃO LEGAL DA ADOÇÃO ENQUANTO LEI RESTRITIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A adoção deve ser, em primeira mão, um direito da criança a viver numa família, direito que decorre do artigo 69.º/1 CRP. Apesar de rejeitarmos uma total justificação constitucional para os casais *gays* invocarem o direito a adotar, o que acontece é que temos uma lei que determina que esses casais, pela sua orientação sexual, não podem adotar. Nos termos do artigo 36.º/1 CRP, todas as pessoas têm direito a constituir família. Entendemos que se deve retirar deste artigo que a ninguém pode ser vedada a possibilidade de ter filhos, quer biológicos quer adotivos. Vamos mesmo mais longe e defendemos que existe um direito, constitucionalmente consagrado, no sentido de que qualquer pessoa tem um direito a ter filhos ou a procriar (*apud* Campos, 2010: 98). No entanto, tal direito a *ser pai/mãe* nunca pode prevalecer sobre o superior interesse da criança, tendo este princípio sobretudo relevância na constituição da parentalidade voluntária, seja por Procriação Medicamente Assistida, seja através de um processo de adoção, dado que a parentalidade biológica só *a posteriori* pode ser controlada pelo Estado, nos casos em que a criança se encontra em perigo. O direito à adoção ou a ter filhos não consiste num direito de propriedade sobre a criança, mas sim numa responsabilidade ou num direito-dever. Relativamente às pessoas que não podem procriar, o Estado deve assegurar-lhes mecanismos alternativos de forma a garantir-lhes a possibilidade de criarem uma família. A

constituição de família faz parte do projeto de vida do indivíduo, encontrando-se estreitamente ligado ao desenvolvimento e construção da sua personalidade, direito este também consagrado no artigo 26.º da CRP. É a própria dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental consagrado no artigo 1.º da CRP, que é posta em causa pela proibição do direito à parentalidade. A adoção pode surgir como forma alternativa à relação biológica de filiação. Assim, da conjugação do direito a constituir família com o princípio da igualdade, retiramos a existência de um direito a constituir família, através da adoção, em condições de igualdade. Ou seja, todo e qualquer cidadão tem direito a candidatar-se a um processo de adoção e a ver a sua candidatura aceite ou rejeitada em condições de plena igualdade com os demais cidadãos. Acontece que o nosso legislador impede os casais homossexuais de acederem a este instituto. Julgamos, assim, que a lei em causa introduz uma clara restrição de direitos fundamentais, a qual, para ser legítima, deve ser fundamentada na necessidade de proteção de um valor jurídico superior e só na medida dessa necessidade, de acordo com o princípio da proporcionalidade. A restrição de um direito fundamental só pode ser admitida nos termos previstos nos números 2 e 3 do artigo 18.º da CRP (*apud* Miranda, 2000: 328). Além de a restrição ter que obrigatoriamente salvaguardar o núcleo essencial do direito, a mesma só poderá ocorrer quando salvaguarde o chamado princípio da proporcionalidade na sua tripla vertente: necessidade, adequação e proibição do excesso (Andrade, 2012: 227).

4.3. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS CONTRA A ADOÇÃO *GAY* À LUZ DOS CRITÉRIOS DE ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

4.3.1. ORIENTAÇÃO SEXUAL

Um dos mais antigos argumentos utilizados contra a adoção *gay* prende-se com o receio de que uma criança adotada por um casal homossexual possa de certa forma vir a ser *influenciada* na sua orientação sexual, sendo a sua educação ou ambiente mais propícia ao desenvolvimento de uma orientação homossexual, com a consequência de a criança ter de suportar, ao longo da sua vida, o estigma e a homofobia da sociedade. Acontece que a orientação sexual, como já exaustivamente demonstrado pela comunidade científica, não é algo passível de ser influenciado pela convivência com pessoas de uma determinada orientação sexual. Convém relembrar que a maioria dos homossexuais teve pais heterossexuais, o que desde logo, *de per si*, descredibiliza a ideia de *possível contágio ou influência* (Green *et al*., 1986: 167) (Patterson, 1997: 224), (Mallon, 2004: 12). Mesmo que *efetivamente* houvesse uma relação de causalidade entre a orientação sexual dos pais e a das crianças por eles adotadas, a rejeição da adoção por casais homossexuais com base neste argumento

pressuporia a ideia de que a homossexualidade, em si mesma, é um mal para os indivíduos e para a sociedade ou tem um carácter pernicioso e que, por isso, deve ser evitada e *contida* como se de uma doença maléfica se tratasse, ideias hoje completamente desmentidas pela realidade científica e social que envolve a homossexualidade.

4.3.2. PAPÉIS DE GÉNERO E IDENTIDADE DE GÉNERO

Perpetua-se, ainda, a ideia que a criança necessita de um pai e de uma mãe para poder ter modelos de identificação de ambos os sexos, sob pena de ter dificuldades em definir o seu género ou em agir dentro dos chamados *parâmetros normais* do género a que pertence. Esta corrente doutrinal, para exprimir esta ideia, usa o conceito de "orfandade em duplo sentido" (Brandão, 2002: 94), uma vez que, nestas relações, haveria sempre a falta de um pai ou de uma mãe e nunca haveria um pai ou uma mãe no verdadeiro sentido da palavra, isto é, um elemento masculino ou feminino *corretamente* definido. Esta argumentação é uma forma de perpetuar a ideia de superioridade da família dita *normal*, heterossexual, composta por pais de sexo diferente, em relação a outras formas de família, não só a homossexual, mas também a monoparental, entre outras. Na verdade, todos sabemos, pela experiência da vida, que uma pessoa, independentemente do seu sexo, desenvolve em si características masculinas e femininas, podendo desempenhar com sucesso funções maternais e paternais (Sottomayor, 2004: 46). As posições que partem de noções rígidas sobre o que é ser homem e sobre o que é ser mulher representam uma forma de discriminação de género, pois pressupõem que o homem e a mulher desempenham papéis completamente diferentes e estanques, exclusivamente condicionados pelo género a que pertencem e esquecem que cada ser humano, mesmo condicionado pelo género, tem uma personalidade única e diferente dos demais. As crianças que vivem com casais do mesmo sexo estão, portanto, expostas, na sua educação e desenvolvimento, a diferentes personalidades e modelos.

Quanto aos alegados problemas de identidade género, os mesmos têm vindo a ser desmistificados por vários estudos dos mais variados setores doutrinário.[4] É importante destacar, ainda, que uma criança, independentemente da conformação do seu meio familiar, não vive isolada, tendo sempre presente ao longo da sua vida diversas figuras de referência de ambos os sexos.

---

[4] Vários estudos realizados, desde a década de 80, têm demonstrado não haver qualquer tipo de correlação entre os problemas de identidade de género e o facto de se ser criado num ambiente *gay*. Também já desde essa década, outros estudos têm revelado não encontrar diferenças entre crianças criadas por casais heterossexuais e crianças criadas por casais homossexuais, no que diz respeito aos chamados papéis de género, não se verificando grandes diferenças nas preferências relativas a brinquedos, atividades, interesses e *hobbies* (Belcastro *et al*., 1997: 252).

4.3.3. DESENVOLVIMENTO INDIVIDUAL

A ideia muitas vezes perpetuada na nossa sociedade de que estas crianças seriam infelizes, *de per si*, por não saberem lidar com a *diferença* em que estão inseridas, não tem qualquer validade científica, tendo-se demonstrado que o relevante é a qualidade do vínculo afetivo e não a composição da família. Não há por isso uma relação causa-efeito entre a orientação sexual dos pais e eventuais dificuldades no desenvolvimento da criança.[5]

4.3.4. RELACIONAMENTO SOCIAL

O argumento mais vezes referido assenta na ideia de que as crianças com pais ou mães homossexuais terão dificuldades em estabelecer relações interpessoais com os pares devido à elevada possibilidade de virem a ser estigmatizadas pela orientação sexual dos seus pais e pelo facto de pertencerem a uma família *diferente*. As próprias crianças poderão sentir-se diferentes dos seus pares, tendo, por isso, maiores dificuldades em criar amizades, o que poderá levar ao isolamento social. Esta questão surge como uma possibilidade real que não deve ser de todo ignorada nem minimizada. No entanto, é importante lembrar que todas as crianças, em algum momento da vida, experimentam a sensação de serem diferentes das restantes. Muitas das crianças vivem atualmente em famílias monoparentais, birraciais, com pais divorciados ou em instituições. Outras vivem em famílias que são cultural, religiosa, étnica ou fisicamente diferentes das famílias dos seus vizinhos e dos seus amigos. Não há qualquer dúvida que essas crianças serão estigmatizadas, pois é *normal* que algumas crianças discriminem os seus pares pelas suas diferenças, sendo que vários estudos comprovam que as crianças demonstram uma grande força e resiliência para lidarem com estas situações, especialmente quando são oriundas de um ambiente familiar estável, independentemente da sua conformação. A sociedade vai evoluindo e as várias formas de família acompanham esta evolução. É o contacto com a diferença que irá permitir às crianças de hoje e aos adultos de amanhã aceitar a diferença e respeitá-la no futuro. Por outro lado, vedar aos casais homossexuais o acesso à adoção, por força da homofobia da sociedade sobre estas famílias, perpetua a própria homofobia.

---

[5] Um dos mais famosos e fiáveis estudos, tendo por base a questão da adaptação das crianças criadas por homossexuais, "How Children Raised by Gay/Lesbian Parents Fare?", foi realizado em 2004 por Charlotte Patterson, onde através de uma amostra de 12 105 adolescentes, comparou 44 jovens criados por casais de lésbicas com 44 jovens criados por casais heterossexuais, concluiu-se que não havia qualquer diferença entre os grupos no que diz respeito a sociabilidade, autoestima, ansiedade, desempenho escolar, etc.

4.3.5. PRÉ-CONCEITOS FAMILIARES

Ainda hoje se considera que a família na sua tradicional formação (pai, mãe e crianças) deve ser um dos principais valores a defender nos vários ordenamentos jurídicos. A admissibilidade da adoção homossexual iria contra esse conceito de família e seria uma forma de promover os ideais dos casais homossexuais, instrumentalizando a criança nas suas lutas, desprotegendo a unidade familiar, os valores da sociedade e pondo em risco os interesses da criança. A convicção de que famílias heterossexuais têm maior capacidade para educar e garantir o desenvolvimento psicológico das crianças é quase uma verdade incontestada pela maioria da população, o que demonstra um défice no conhecimento das reais origens da família e um défice de confiança na capacidade adaptativa e evolutiva do ser humano. Cria-se, assim, um estereótipo social do que deve ser uma família ideal.

Outro argumento invocado neste debate, e sem base empírica, consiste na ideia de que um casal homossexual é incapaz de promover a tão necessária estabilidade familiar devido ao seu maior nível de promiscuidade e incapacidade de manter relações duradouras, havendo também maior probabilidade de existirem situações de violência doméstica e abuso sexual.[6] Desde logo, deve-se destacar o facto de as estatísticas revelarem que a maioria dos crimes de abuso sexual de menores é praticada por homens heterossexuais (Patterson, 1995: 6). Por outro lado, apesar de fazerem parte de uma minoria e terem de enfrentar os preconceitos da sociedade, as relações homossexuais tendem a apresentar um grau de satisfação conjugal usualmente grande (Caldwell, 1982: 852), enquanto os casais heterossexuais procuram, cada vez com maior frequência, o divórcio, caracterizando-se estas relações por uma instabilidade crescente e por valores muito elevados de violência doméstica contra a mulher e maus-tratos de crianças, conforme o Relatório Anual de Segurança Interna.

Quanto à alegada incapacidade inata dos homossexuais para serem pais, diversos estudos demonstram que ser homossexual é perfeitamente compatível com o desenvolvimento de uma parentalidade real e satisfatória. O exercício da parentalidade não é condicionado pela orientação sexual de quem a exerce, mas sim por fatores como disponibilidade, afeto, responsabilidade ou compromisso. Neste sentido, há estudos que vão para além da mera rejeição dos argumentos contra a adoção *gay*, advogando que esta poderá mesmo trazer benefícios para as crianças em certos domínios, em comparação com as crianças criadas por casais

---

[6] *Vide*, por exemplo, Ken Connor, ex-presidente do Family Research Council, em http://www.slate.com/id/2061789/.

heterossexuais (Steckel, 1987), nomeadamente ao nível de facilidade de comunicação e diálogo.

4.4. COPARENTALIDADE HOMOSSEXUAL

Ao utilizar o argumento de *defesa da família* como forma de negar a adoção de crianças por casais homossexuais, esquece-se que crianças estão a ser criadas efetivamente por estes casais, seja porque a criança é filha biológica de um dos membros do casal em virtude de relação anterior ou do recurso a técnicas de reprodução medicamente assistida, ou porque simplesmente houve uma adoção singular. Estima-se que, em Portugal, cerca de 23 mil crianças estão a ser criadas por famílias homoparentais. E outros tantos adultos terão pais ou mães homo- ou bissexuais.[7] Perante esta inegável realidade, não parece, de todo, ser de acordo com o interesse da criança negar a essas crianças a segurança que lhes pode proporcionar, no futuro, a adoção pelo outro membro do casal, no caso, por exemplo, de falecimento do progenitor biológico ou do adotante. Reconhecer a possibilidade de adoção do filho do outro significará não só que a criança passará a ter dois pais financeiramente responsáveis por si, mas também terá outros benefícios: esta poderá ter a nacionalidade de ambos os pais; em caso de rompimento da relação, ambos poderão ter guarda conjunta e direitos de visita; em caso de morte do pai ou mãe biológica, o outro membro do casal será legalmente reconhecido como pai ou mãe, o que vai permitir que a criança não seja retirada do seu lar familiar nem perca quer o contacto com alguém que sempre cuidou dela, quer os direitos legais, como o direito a alimentos (Dias, 2007: 48).

A negação da possibilidade de reconhecimento legal de paternidade/maternidade de casais homossexuais para proteger a *família tradicional* não só é profundamente injusta, porque pune a criança por algo que lhe foge totalmente ao controlo, *i.e.*, ter nascido no âmbito de uma relação homossexual, como é também desprovido de fundamento, uma vez que tal negação não vai alterar o facto de que este tipo de famílias existe e vai continuar a existir. Proteger a relação que a criança tem com ambos os pais e dar-lhe, perante a lei, a estabilidade e a segurança necessárias, é uma decisão que promove, por um lado, o interesse da criança e, por outro, não desprotege a família tradicional heterossexual, que mantém os seus direitos e o seu papel intocados. Foi exatamente para tutelar estas situações que foi aprovado, em 2013, o projeto de lei relativo à coadoção por casais homossexuais, situação esta já devidamente prevista para os casais heterossexuais. Ainda que o processo legislativo

[7] Ver Ropio (2012).

não tenha terminado, o mesmo permitiu trazer inolvidáveis contributos para a discussão através de novos estudos e tomadas de posição oficiais, conforme veremos.

No extremo, alguns dos opositores (Brito, 2004: 91) da adoção *gay* admitem que, caso a criança se encontre numa das situações referidas, *i.e.*, a ser criada por um pai homossexual e a viver com o seu companheiro, se deverá poder admitir ao companheiro a dita coadoção. Justifica-se esta opção pelo facto de a criança, nestas situações, ter já desde cedo *convivência com a relação homossexual,* circunstância que lhe permite assimilar a nova realidade sem grandes traumas ou desconfortos. Contudo, esta argumentação não tem coerência pois, se se admite que um casal homossexual possa ser idóneo para cuidar dos interesses da criança e garantir o seu desenvolvimento nas situações de facto, porque não admitir a adoção por um casal, criando uma relação *ex novo*? Face a esta questão, muitos têm respondido que na adoção *ab initio* por casais homossexuais, ninguém sabe como a criança irá reagir. Ora, sendo o pressuposto da adoção a criação de um laço *ex novo*, mesmo na adoção por um casal heterossexual, *perfeito*, ninguém sabe prever como a criança irá reagir.

4.5. REALIDADE TÉCNICO-CIENTÍFICA

A Associação Americana de Psicologia deu o seu parecer sobre esta matéria em 2004,[8] tendo especificamente condenado todos os tipos de discriminação em matéria de adoção, com base na orientação sexual dos potenciais adotantes. Este parecer veio citar e reforçar os vários estudos que demonstram que não existem malefícios para uma criança adotada por casais homossexuais, tendo ido mesmo mais longe ao afirmar que é "necessário proteger as relações entre crianças-pais através da permissão da adoção (conjunta ou singular) por casais homossexuais". De destacar também a American Medical Association, [9] que reforçou a importância máxima de se acautelar os interesses da criança permitindo a coadoção. Exatamente neste mesmo sentido, a American Academy of Pediatrics[10] defende que o que uma criança necessita é de estabilidade e segurança legal que apenas poderão ser alcançadas através da permissão da adoção da criança pelo membro do casal sem ligações biológicas a esta. Por seu turno, a Child Welfare League of America afirma que "pais gays, lésbicas ou bissexuais têm exatamente as mesmas capacidades para cuidar e criar uma criança que os pais heterossexuais".[11] No mesmo sentido se pronuncia, na

[8] Consultado a 23.09.2013, em http://aappolicy.aappublications.org/cgi/reprint/pediatrics;109/2/339.
[9] Consultado a 23.09.2013, em http://www.ama-assn.org/ama/pub/about-ama/our-people/member-groups-sections/glbt-advisory-committee/ama-policy-regarding-sexual-orientation.shtml.
[10] Consultado a 23.09.2013, em http://aappolicy.aappublications.org/cgi/content/full/pediatrics;109/2/339.
[11] Consultado a 23.09.2013, em http://www.cwla.org/articles/cv0201gayadopt.htm.

Europa, o Colégio Oficial de Psicólogos de Madrid[12] que, em 2002, emitiu um parecer afirmando que a orientação sexual dos progenitores não é uma variável relevante no desenvolvimento da criança.

Em Portugal, aquando da discussão parlamentar em fevereiro de 2012, dois importantes organismos nacionais foram chamados a pronunciar-se sobre o impedimento legal de casais homossexuais acederem à adoção. A Ordem dos Advogados, em parecer enviado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República a 23 de janeiro de 2012[13] veio a concluir que "deverá ser mantido o impedimento legal de adoção […], por casais de pessoas do mesmo sexo, para salvaguardar e acautelar os superiores interesses da criança adotanda, na consideração de que as referências de um pai e de uma mãe são mais adequadas para salvaguardar e acautelar tais interesses […]", determinando, assim, que o "superior interesse da criança fica melhor assegurado num ambiente familiar em que o casal adotante seja de pessoas de sexo diferente […]". Num ordenamento jurídico onde a própria figura da adoção singular é prevista e regulamentada, não se afigura como devidamente sustentado um parecer que defende a manutenção do impedimento legal de casais homossexuais acederem à adoção com base, tão-só e apenas, no argumento de que uma criança necessita de um pai e de uma mãe para poder ver o seu superior interesse devidamente acautelado. Neste sentido, o Conselho Superior do Ministério Público, em parecer emitido no âmbito do mesmo procedimento,[14] entendeu que a possibilidade de assumir a parentalidade por via de adoção não deve ser apreciada mediante um juízo geral e abstrato, mas, sim, tendo presente, para cada situação individual e concreta […] a personalidade, a saúde, a idoneidade e a situação económica do adotante, seja ele pessoa singular, heterossexual ou homossexual, ou casal, heterossexual ou homossexual. Aliás, o mesmo argumento valeria, por exemplo, se se considerasse, à partida, que determinadas situações genéricas, por exemplo a situação de desempregado, de deficiência ou de pertença a um grupo social, fossem impeditivos da possibilidade de adotar.

No seguimento do processo legislativo relativo à coadoção, importa, desde logo, destacar o Instituto de Apoio à Criança[15] que, em sede de comunicado, entendeu que "a Lei que permite a coadoção […] traduz numa vantagem para as crianças na medida em que protege relações afetivas relevantes".

---

[12] Consultado a 23.09.2013, em http://www.lukor.com/not-soc/cuestiones/0412/21175836.htm.
[13] Consultado a 23.09.2013, em http://ilga-portugal.pt/ficheiros/pdfs/oadv.pdf.
[14] Consultado a 23.09.2013, em http://ilga-portugal.pt/ficheiros/pdfs/mpdoc.pdf.
[15] Consultado a 25.01.2014, em http://www.iacrianca.pt/pt/actualidades/noticias-geral/510-comunicado-do-iac-sobre-a-co-adocao-pelo-conjuge-ou-unido-de-facto-do-mesmo-sexo.

Por sua vez, a Ordem dos Psicólogos, no seu Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais,[16] veio determinar que não existem diferenças nas crianças provenientes de famílias homoparentais no que diz respeito a aspetos desenvolvimentais, cognitivos, sociais e educacionais, considerando haver um consenso científico sobre o facto da configuração familiar não ser um aspeto determinante para o desenvolvimento das crianças, mas sim a dinâmica relacional familiar. Entendeu também que as evidências científicas sugerem que as decisões sobre a vida das crianças sejam tomadas não com base na orientação sexual dos pais, mas na qualidade das suas relações com estes, afirmando o seu apoio, baseado em estudos científicos, na possibilidade de coadoção por parte de casais homossexuais, uma vez que não se encontram diferenças relativamente ao impacto da orientação sexual no desenvolvimento da criança e nas competências parentais.

4.6. Crítica da solução legal

Tendo em conta todos os argumentos analisados, não podemos deixar de entender que não existem motivos, do ponto de vista dos direitos e interesses da criança, nem um interesse público (proteção do modelo tradicional de família), em proibir aos casais homossexuais o acesso à adoção, pelo que tal solução reveste um carácter marcadamente desadequado e excessivo, estando a solução legal atualmente prevista ferida de inconstitucionalidade por violação conjugada dos artigos 36.º/1, 13.º e 18.º CRP. Rejeitamos o argumento de que tal diferenciação poderia ser feita com base no sentido material da igualdade, que se traduz na ideia de tratar de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente (Canotilho e Moreira, 2010: 127) (Múrias, 2008: 19). A orientação sexual de alguém não é razão suficiente para fundamentar uma possível distinção quanto ao exercício da parentalidade, uma vez que o superior interesse da criança, objetivo máximo do instituto da adoção, será sempre passível de ser acautelado. Poderíamos ir ainda mais longe e afirmar que a negação às crianças criadas por casais homossexuais e às crianças institucionalizadas da possibilidade de serem adotadas significaria uma violação de outros direitos, como o direito ao pleno desenvolvimento da personalidade das crianças (artigo 25.º CRP) e o seu direito ao desenvolvimento integral (artigo 69.º/1 CRP). O próprio Estado parece que, ao fazê-lo, está a demitir-se da sua função de proteção da infância, dever este também constitucionalmente previsto no artigo 69.º CRP, uma vez que cabe ao Estado não só garantir o direito à parentalidade como promover a segurança, a felicidade e o bem-

[16] Consultado a 25.01.2014, em http://ilga-portugal.pt/ficheiros/pdfs/ordem_psis_portugal.pdf.

estar das crianças. Na nossa opinião, a solução legal portuguesa, ao determinar a proibição explícita de adoção de crianças por casais homossexuais, viola o artigo 8.º/2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que determina que não pode, de todo, haver ingerência por parte do Estado em matérias que digam respeito à intimidade de cada um, como é a orientação sexual, sendo a sua atuação desproporcional nos termos do artigo 14.º do mesmo diploma.

5. Breve resenha de direito comparado

Na África do Sul, em 2002, o Tribunal Constitucional entendeu que a "a estabilidade, o apoio e o afeto [...] podem ser proporcionados por [...] união homossexual estável", declarando inconstitucional a legislação sul-africana que proibia os casais *gays* de adotarem. No Reino Unido, com a aprovação e entrada em vigor do Adoption and Children Act 2002 em 2005, qualquer pessoa capaz de oferecer um ambiente familiar saudável a uma criança poderá candidatar-se à adoção, independentemente da sua orientação sexual ou do seu estado civil. Nos EUA, não existe qualquer tipo de lei federal relativamente à matéria da adoção, pelo que cabe a cada um dos 52 estados legislar sobre esta matéria. A tendência tem sido favorável à adoção de crianças por casais homossexuais, havendo um número crescente de Estados a permiti-la, seja por via legal ou judicial. À semelhança da solução legal americana, o mesmo acontece no Canadá[17] e na Austrália,[18] onde determinados estados/distritos admitem a adoção *gay*. Além dos países mencionados, aqueles que admitem a possibilidade de adoção conjunta por casais *gays* são os seguintes: Holanda (2001), Suécia (2002), Andorra (2005), Espanha (2005), Islândia (2005), Israel (2005), Bélgica (2006), Noruega (2009), Uruguai (2009), Dinamarca (2010), Argentina (2010), Brasil (2010)[19] e França (2013).. A Alemanha (2004), Finlândia (2009), Gronelândia (2009), Eslovénia (2012) e Áustria (2013), apesar de não permitirem a adoção conjunta, permitem a coadoção. Realce para o facto de a maioria dos países terem aprovado as leis relativas à adoção antes mesmo do casamento *gay*, indiciando a natureza distinta destas matérias.

6. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)

6.1. Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal

O caso chegou ao TEDH, como recurso de decisão proferida pela Relação de Lisboa no acórdão de 9/01/96, que negava a guarda da criança ao pai com base na homossexualidade deste, ignorando a relação de maior proximidade entre o pai e a

[17] Consultado a 21.03.2012, em http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/921-e.htm.
[18] Consultado a 21.03.2012, em http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/aa1994107/s39.html.
[19] Consultado a 21.03.2012, em http://www.heraldsun.com.au/news/breaking-news/uruguay-votes-to-allow-gay-adoptions/story-e6frf7k6-1225766951314.

filha e a idoneidade do mesmo para tomar conta desta. A justificação assentou no argumento de que "a menor deve viver no seio de uma família [...] tradicional portuguesa que não a do seu pai, uma vez que este vive com outro homem, como se de marido e mulher se tratasse. [...] estamos perante uma anormalidade e uma criança não deve crescer à sombra de situações anormais; di-lo a própria natureza humana [...]". O TEDH pronunciou-se sobre esta matéria, considerando, ao contrário do contestado pelo Governo português, que "a homossexualidade do requerente pesou de modo determinante na decisão final", tendo o Tribunal feito uma "distinção ditada por considerações que têm a ver com a orientação sexual do requerente, distinção que não se poderá tolerar segundo a convenção". Conclui por fim que houve uma violação do artigo 8.º conjugado com o artigo 14.º da CEDH, condenando o Estado Português ao pagamento de uma indemnização ao requerente.

6.2. Caso E.B. vs. França

Em 2008 importa destacar o caso E.B. v. França. Aqui, E.B., uma professora de ensino primário com 45 anos de idade que vivia com uma psicóloga, R., desde 1990, procurou, em 1998, recorrer à adoção singular junto dos Serviços de Segurança Social, informando-os da sua orientação sexual e da sua relação com R. De imediato, a sua candidatura foi rejeitada pelos serviços de adoção, decisão esta posteriormente confirmada pelo Conselho Nacional de Ética Francês, com base no argumento de que "a falta de um modelo de identificação do sexo masculino implicaria que a referida adoção não seria no interesse da criança". Após recurso para o TEDH, este considerou que a decisão francesa era violadora dos artigo 14.º e 8.º da CEDH, concluindo que "excluir a possibilidade de uma criança ser adotada com base na orientação sexual dos adotantes é um motivo ilegítimo e contra os direitos humanos, e contra o próprio interesse da criança." Adiantou, ainda, que preconceitos nunca devem "interferir com a possibilidade de uma criança receber os cuidados e o amor que merece". O Tribunal também veio a rejeitar expressamente os argumentos invocados pelo Governo francês de que não haveria consenso europeu no que diz respeito à adoção *gay* e de que a comunidade científica ainda se encontrava dividida relativamente às consequências da adoção homossexual para a criança, entendendo que nenhum Estado teria legitimidade para impedir a adoção de uma criança com base, apenas e exclusivamente, na orientação sexual do(s) requerente(s).

6.3. Caso Gas e Dubois vs. França[20]

Este caso, decidido a 15 de Março de 2012, diz respeito a um casal lésbico que, após mais de 20 anos de vida em conjunto, teve uma filha através do recurso a técnicas de PMA. A mãe *não biológica* requereu, com o consentimento da sua companheira, junto dos Tribunais franceses a adoção singular da filha biológica. Tal pretensão foi rejeitada. O casal recorreu para o TEDH, considerando que a decisão francesa atentava contra a reserva da intimidade da vida privada e que se traduziria numa decisão com resultado discriminatório em função da orientação sexual. Efetivamente, de acordo com a lei francesa, a adoção singular a favor de Valérie Gas teria como resultado a perda dos laços jurídicos com a mãe biológica. Para o casal, a extinção de vínculos jurídicos com a mãe biológica, em consequência da concessão da adoção singular, seria discriminatória, uma vez que um casal heterossexual poderia evitar tal consequência através do casamento, uma opção legalmente vedada em França para os casais homossexuais. O artigo 365.º do CC Francês prevê que uma adoção singular implique a transferência dos direitos sobre a criança do progenitor biológico para o adotante, excetuando as situações em que tal adotante seja cônjuge do progenitor. Uma vez que em França o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo não era à data reconhecido, estes casais nunca estariam abrangidos por aquela norma.

Ao contrário do que seria expectável, e ainda que se tenha reconhecido que os dois membros do casal tinham estado conjuntamente envolvidos nos cuidados da criança, o TEDH decidiu que não houve qualquer violação do artigo 14.º da CEDH porquanto, para tal acontecer, seria necessário haver um tratamento diferente entre pessoas em situação comparável e, neste caso, um casal heterossexual a viver em união de facto em França encontrar-se-ia na mesma situação que o casal Gas e Dubois. Fica claro que esta decisão foi claramente prejudicial aos superiores interesses da criança envolvida, transmitindo à criança e à comunidade a errada e perigosa mensagem de que os laços afetivos que a mesma mantém com as suas *mães* não são dignos de tutela legal, prevalecendo sobre estes uma lei desprovida de conteúdo e de aproximação à realidade. É claro que seria do total interesse da criança ver os vínculos com as duas pessoas que sempre de si cuidaram serem legalmente reconhecidos e beneficiarem da proteção necessária à sua consolidação e desenvolvimento, ainda que se consiga perceber, de um ponto de vista jurídico-formal, a inexistência de uma discriminação propriamente dita.

[20] Ver Sokol (2012).

6.4. Caso X e outros vs. Áustria[21]

Este caso diz respeito a um casal lésbico que vive em conjunto com um filho de um dos membros do casal, sendo que ambas as mulheres assumem as funções parentais na totalidade, tendo pretendido a mãe não biológica adotar o filho por forma a garantir a total proteção legal do mesmo. Os tribunais austríacos rejeitaram tal pedido, rejeitando o facto de a criança poder ter duas mães quando o pai biológico, ainda que sem qualquer contacto com o filho, era vivo. Neste processo, decidido em fevereiro de 2013, o TEDH condenou o governo austríaco por não ter conseguido argumentar que seria no interesse da defesa de valores familiares ou do bem-estar da criança o impedimento da adoção num casal do mesmo sexo em que apenas a parentalidade de uma das pessoas estava reconhecida na lei. O segundo elemento do casal deverá assim poder adotar também a criança em causa, sob pena de violação da CEDH, nomeadamente os artigos 8.º e 14.º. No texto da decisão, Portugal é citado, a par da Roménia, Rússia e Ucrânia, como os outros quatro países em que a referida violação acontece, uma vez que estes países preveem especificamente a possibilidade da coadoção por casais heterossexuais. Importante destacar que, ainda que não tenha força diretamente vinculativa para Portugal, o artigo 46.º da CEDH determina que os Estados-membros do Conselho da Europa devem seguir as decisões do TEDH, implementando-as legislativa e judicialmente, de onde se retira, através da *res interpretata* do dito Tribunal, uma interpretação autoritativa da Convenção, com efeitos *erga omnes.* Ainda nesta senda, e no âmbito do processo legislativo nacional relativo à matéria da coadoção, o Comissário Europeu dos Direitos Humanos remeteu uma missiva ao Parlamento Português onde destacou a necessidade de colocar a legislação portuguesa em conformidade com a jurisprudência do TEDH, permitindo que casais do mesmo sexo tenham acesso às mesmas oportunidades de serem considerados pais ou mães adotantes de uma criança de acordo com o princípio do superior interesse da criança.[22]

7. Conclusão

Uma posição neutra relativamente à parentalidade adotiva por casais homossexuais só pode existir se conseguirmos abstrair-nos dos dogmas e das crenças sociais e entendermos objetivamente o superior interesse da criança.

É um pressuposto consensual deste debate aceitar que qualquer pessoa, independentemente da sua orientação sexual, pode desenvolver em si a capacidade de amar, cuidar e assumir as responsabilidades por uma criança. A família não deverá

[21] Consultado a 25.01.2014, em http://ilga-portugal.pt/ficheiros/pdfs/TEDHXandothersVAustria190213.pdf.
[22] Consultado a 25.01.2014, em http://ilga-portugal.pt/ficheiros/pdfs/cartaCEDH.pdf.

ser encarada como um mero instituto legal ou um contrato social. Antes disso, a base da mesma devem ser os afetos e o respeito, bem como os laços de cuidado que unem os seus membros entre si. É o próprio princípio da dignidade humana que pugna pela proteção da família nestes termos, retirando-lhe uma tipicidade desnecessária e permitindo a sua conformação e adaptação às diversas realidades afetivo-sociais, independentemente do vínculo biológico.

As constantes interrogações e suspeitas relativas às capacidades dos casais homossexuais não irão desaparecer a curto prazo, apesar de infundadas. No entanto, o tempo despendido em discussões paralelas faz a sociedade esquecer-se da existência de inúmeras crianças que, de uma forma ou de outra, se encontram tão simplesmente à espera de uma família. Todas essas crianças merecem os cuidados, o carinho e, acima de tudo, o amor necessário ao seu crescimento, desenvolvimento, felicidade e realização pessoal. Amar e ser amado, sonhar, sentir-se importante e importar-se com o sentimento dos seus familiares são fatores fundamentais para o desenvolvimento da personalidade de uma criança. É do total interesse das crianças crescerem e serem criadas num ambiente que lhes garanta todos estes direitos. É função do Estado garantir a essa criança a sua inserção numa família capaz de lhe proporcionar este ambiente familiar saudável, afetuoso e responsável, ambiente esse que poderá surgir ou não, mas sempre independentemente da orientação sexual dos envolvidos e da diversidade ou identidade de género dos pais ou cuidadores. Casais homossexuais têm vindo a criar crianças, ao longo dos anos, sem qualquer tipo de influência negativa nas mesmas. Negar à criança a possibilidade de ter, perante a lei e a sociedade, o reconhecimento de ambos os seus pais ou mães e a proteção que lhe é inerente, é prejudicá-la, puni-la, e é, acima de tudo, ir contra o seu interesse.

Não pugnamos por um direito absoluto a adotar. Entendemos, no entanto, que se retira da solução constitucional portuguesa a existência de um direito a constituir família, através da adoção, em condições de igualdade (artigo 36.º/1 e 13.º CRP). Defendemos que a lei 9/2010, enquanto lei restritiva deste direito, não encontra qualquer justificação legitimadora nem no interesse da criança nem em qualquer interesse público. É, assim, imperativo eliminar o obstáculo legal criado, que além de desadequado, se encontra ferido de inconstitucionalidade, sendo inclusive violador da CEDH.

Estando nós perante um instituto como o da adoção, onde abundam critérios de oportunidade, discricionariedade e conceitos indeterminados, assim como onde as perceções e crenças sociais assumem um papel fundamental, sabemos que não será apenas com a previsão legal da adoção por casais homossexuais que esta realidade se efetivará. Permitindo-se aos casais homossexuais candidatarem-se à adoção, os

mesmos poderão, ainda assim, ver o seu processo indeferido em virtude da homofobia e desinformação aliada à discricionariedade e discriminações conscientes dos vários organismos oficiais que intervêm em todo o processo. É mister formar profissionais capazes de conseguirem entender o interesse da criança em cada caso concreto, abstraindo-se de convicções pessoais e analisando as candidaturas de casais homossexuais com a mesma neutralidade, rigor e fundamento com que são analisadas as dos casais heterossexuais.

Apesar de sabermos que não será uma mudança imediata, acreditamos que o Direito, como já o fez em vários momentos da História, virá ao de cima fazendo valer os princípios pelos quais se rege, garantido a efetivação da dignidade da pessoa humana e fazendo com que, lenta mas gradualmente, a mentalidade social acompanhe o novo paradigma jurídico. Eliminando-se o obstáculo legal, faremos com que a homofobia e a desconfiança para com os casais homossexuais deixem de estar legitimadas e previstas na lei, facilitando a sua aceitação social. O fundamental é pugnar para que, no futuro, não seja qualquer tipo de legislação rígida e desadequada a excluir *a priori* um grupo do exercício de direitos, mas sim um órgão competente, desprovido de mitos e preconceitos, a decidir quais os candidatos idóneos para adoção. A ponderação necessária deverá incidir tão-somente na capacidade de assumir responsabilidade por uma criança, não se podendo discriminar candidaturas pelo sexo, estado civil, situação económico-social, idade ou orientação sexual.

A família, que tantas crianças procuram, não pode ser escolhida tendo por critério a orientação sexual dos adultos que a compõem. Excluir e negar à criança o ambiente e a família capaz de responder às suas necessidades de afeto com base em critérios dúbios, discriminatórios e sem validade científica é um erro e uma hipocrisia total num mundo que procura *supostamente*, e acima de tudo, proteger as suas crianças, os seus jovens, o *tal* superior interesse da criança.

DIOGO CALDAS FIGUEIRA

Licenciou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto em 2009, tendo obtido o grau de Mestre pela Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa em 2011, no âmbito de dissertação sobre a presente temática. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados desde novembro de 2013, é advogado *in-house* e coordenador do departamento jurídico de empresa do Grupo Salvador Caetano, desenvolvendo também advocacia, em regime de prática individual, na BCF Advogados, RL., colaborando ainda, em regime *pro bono*, com a Associação Projecto Criar. Formador e palestrante na área do Direito da Família, é ainda coautor do

Manual de Boas Práticas para as Comissões de Proteção de Crianças e Jovens. Encontra-se a desenvolver investigação no âmbito das questões sociais e familiares LGBT.

Contacto: diogo.f.figueira@gmail.com

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência *Lusa* (2010), "Governo veda apadrinhamento e adopção a gays em nome do desenvolvimento da criança", jornal *Público,* 12.11.2010. Consultado a 23.04.2011, em http://www.publico.pt/politica/noticia/governo-veda-apadrinhamento-e-adopcao-a-gays-em-nome-do-desenvolvimento-da-crianca-1465897.

Andrade, José Carlos Vieira de (2012), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina [5ª Edição].

Belcastro, Philip A.; Gramlich, Theresa; Nicholson, Thomas; Price, Jimmie; Wilson, Richard (1997), "A Review of Data Based Studies Addressing the Effects of Homosexual Parenting on Children's Sexual and Social Functioning", *in* Andrew Sullivan (org.), *Same-Sex Marriage: Pro and Con, A Reader*. New York: Vintage Books, 250-256.

Brandão, Débora (2002), *Parcelas homossexuais – aspectos jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Brito, Luis Maria Serrano Marques Mesquita (2004), "*Adopção, homossexualidade e interesses da criança"*, dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Católica, Porto, Portugal.

Caldwell, Gary L. (1982), "Doe v. Doe: Destroying the Presumption that Homosexual Parents are unfit – The New Burden Proof", *University of Richmond Law Review*, 16(4), 851-866.

Campos, Diogo Leite de (2010), *Lições de Direito da Família e das Sucessões.* Coimbra: Almedina [2ª ed.].

Canotilho, Gomes; Moreira, Vital (2010), *Constituição República Portuguesa Anotada,* Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

Dias, Maria Berenice (2007), *Manual de Direito da Família.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais [4.ª ed.].

Fernandéz, Pedro Talavera (2005), "El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción", *Cadernos de Derecho Judicial,* 26, 409-450.

Green, Richard; Mandel, Jane Barclay; Hotvedt, Mary E.; Gray, James; Smith, Laurel (1986), "Lesbian Mothers and their Children: A Comparison with Solo Parent Heterosexual Mothers and their Children", *Archives of Sexual Behaviour*, 15(2),167-184.

Mallon, Gerald P. (2004), *Gay Men Choosing Parenthood.* New York: Columbia University Press.

Miranda, Jorge (2000), *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*., Coimbra: Coimbra Editora [3.ª ed.].

Múrias, Pedro (2008), "Um símbolo como bem juridicamente protegido: sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo", *in* Pedro Múrias; Miguel Nogueira de Brito, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: sim ou não?* Lisboa: Entrelinhas, 11-67.

Patterson, Charlotte (1995), "Adoption of Minor Children by Lesbian and Gay Adults: A Social Science Perspective", *The Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2, 191-205

Patterson, Charlotte (1997), "Children of Lesbian and Gay Parents: Summary of Research Findings", *in* Andrew Sullivan (org.), *Same-Sex Marriage: Pro and Con, A Reader*. , New York: Vintage Books, 240-246.

Ropio, Nuno Miguel (2012), "23 mil crianças criadas por pais ou mães homossexuais", *Jornal de Notícias,* 24.02.2012. Consultado a 23.03.2012 em http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Interior.aspx?content_id=2323208.

Sokol, Daniel (2012), "Can a Homosexual Person Adopt his or her Partner's Child?", *The Guardian,* 02.04.2012. Consultado a 06.06.2012 em http://www.theguardian.com/law/2012/apr/02/can-gay-person-adopt-partners-child.

Sottomayor, Maria Clara (2004), "A adopção singular nas representações sociais de direito", *Lex Familiae*, I(1), 41-50.

Sottomayor, Maria Clara (2009), "Qual o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afectiva", *in* AA.VV, *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação "Protecção de Menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho"*, n.º 12. Coimbra: Coimbra Editora, 23-60.

Sottomayor, Maria Clara (2011), *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio.* Coimbra: Almedina [5.ª ed.].

Steckel, Ailsa (1987), "Psychosocial Development of Children of Lesbian Mothers", *in* Frederick W. Bozzet (org.), *Gay and Lesbian Parents*. New York: Praeger Publishers, 75-85.

Legislação

Decreto-Lei n.º 185/93 de 22/05

Lei n.º 7/2001 de 11/05

Lei n.º 103/2009 de 11/09

Lei n.º 9/2010 de 31/05

Código Civil

Constituição da República Portuguesa

Convenção Europeia dos Direitos Humanos

REFLEXÕES SOBRE INFÂNCIA E OS DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA NO CONTEXTO DA JUSTIÇA

ANA ISABEL SANI

UNIVERSIDADE FERNANDO PESSOA, PORTUGAL

Resumo: Neste texto reflete-se sobre a 'infância' como construção social e sobre o modo como esta torna, paradoxalmente, a criança mais vulnerável à vitimação e à carência de usufruto dos seus direitos. A vulnerabilidade da criança está exacerbada pela forma como a infância tem vindo a ser conceptualizada como uma categoria social com menor estatuto. Por vezes, o contexto social construído pelos adultos ignora os interesses das crianças, revelando-se hostil para com elas, porque não permite que estas participem em assuntos que lhes dizem respeito com o argumento de as proteger. Neste artigo discutiremos como, no contexto da justiça, a posição legal da criança está dominada pela visão que os adultos têm da criança, podendo os direitos desta por isso ser subestimados face aos dos primeiros. No domínio da vitimação infantil e no acesso destas vítimas à justiça, os direitos da criança requerem ainda um repensar de importantes aspetos da ordem social, designadamente o seu direito à participação.

Palavras-chave: direitos, criança, infância, justiça, legislação.

REFLECTIONS ABOUT CHILDHOOD AND CHILDREN'S RIGHTS TO PARTICIPATION IN THE JUDICIAL CONTEXT

Abstract: This text looks into 'childhood' as a social construct and the way it paradoxically makes children more vulnerable to victimization, as well as to a reduced use of their rights. The child's vulnerability is exacerbated by the way childhood has been conceptualized as a minor social category. Sometimes, the social context constructed by adults overlooks children's interests and is even hostile to children, since it does not allow them to take part in matters of their concern on the pretext of protecting them. This article discusses how the judicial context considers the child's legal position and how the latter is dominated by the adults' view of the child, meaning that the child's rights may be underestimated by the adults. In the area of child victimization and of children's access to justice, children's rights require a rethinking of relevant aspects of the social order, namely their right to participation.

Keywords: rights, child, childhood, justice, laws.

INTRODUÇÃO

O acesso da criança ao direito e à justiça decorre, em muito, do modo como a sociedade perceciona a infância e atribui ou não à criança um verdadeiro estatuto de sujeito de direitos. Ao longo dos anos fomos assistindo a transformações relevantes no domínio da lei, que permitem à criança o usufruto de direitos que lhe são consagrados, designadamente o direito à participação. É no domínio da justiça que essa ideia de participação da criança exige ainda um reavaliar da sua efetiva concretização, nomeadamente em situações em que a criança é a principal interessada.

Assim, após uma breve abordagem conceptual à infância e ao estatuto que lhe é atribuído, dedicamo-nos à reflexão sobre alguns dos diplomas internacionais e nacionais que contribuíram para o reforçar da voz da criança, elevando-a a um estatuto de sujeito de direitos. Por fim, discute-se a participação efetiva da criança na justiça, o direito a legitimar a sua voz e reforçar com isto a garantia de um suporte e proteção nas mais diversas situações que acentuam a sua vulnerabilidade.

1. A INFÂNCIA COMO CONSTRUÇÃO SOCIAL

Seguindo uma orientação interpretativa, teoriza-se a infância como um *constructo social*. Não há nela nem universalidade, nem naturalidade (Prout e James, 1997), pois esta é produto de uma análise social, emergindo portanto uma variedade de *infâncias*, construídas e perspetivadas pelos seus principais atores, as crianças, seres ativos face ao mundo e face à sociedade. Obviamente, ao considerarmos as crianças como atores sociais, teremos que atender aos condicionalismos do sistema social, assim como às implicações do mundo infantil no referido sistema, sob pena de proporcionarmos uma compreensão deformada da complexidade que encerra o fenómeno da infância (Pinto, 1997). A maior dificuldade no discursar acerca da criança é o facto de termos de começar por problematizar o carácter das relações adulto/criança, apontando a divisão etária, que gera uma distribuição diferenciada de poder e de recursos.

Atualmente, a infância parece ter ganho um crescente e diferenciado estatuto social, ainda que paradoxal (Qvortrup, 1995; 2014), até porque a vida das crianças é vivida por entre a infância construída para elas, mediante o entendimento que os adultos têm dessa etapa e do que as crianças são e devem ser (Mayall, 1996). Como refere Sarmento (1999), a categoria social 'infância' é, em larga medida, construída a partir das ideias que os adultos têm das crianças, resultantes, em muito, das reflexões académicas que contribuem para a formação de modos dominantes de interpretação da realidade. A infância até pode ser reconhecida como uma categoria da sociedade, como um período socialmente construído e relevante, no qual as crianças vivem as

suas próprias vidas, constroem as suas próprias culturas e contribuem para a produção do mundo adulto, podendo inclusive ser interpretada, debatida e definida como unidade autónoma (Corsaro, 2005). Todavia, na prática, a criança, sobretudo em certas áreas, como no domínio da justiça, é renitentemente encarada como um ator social.

Talvez seja tempo de se ultrapassarem conceções vãs de infância assentes em teorias que mais não fazem do que condenar a criança a um estatuto imaginário, ao invés de lhe ser dado, em termos teóricos e práticos, uma posição, um estatuto e uma visibilidade empírica próprios (Jenks, 1992). Os esforços encetados ao nível da investigação pecam, por vezes, por condescenderem quanto à passividade da criança, deixando a interpretação das suas vidas a outros grupos etários, cujos interesses poderão ser contrários aos dela (Qvortrup, 1995), em vez de a assumir como podendo ser estudada em direito próprio (James e Prout, 1997), atendendo-se às suas perspetivas. Por vezes assume-se que a experiência de vitimação de uma criança é mais bem retratada pelos seus progenitores ou figuras privilegiadas de relacionamento com a criança quando estes podem desconhecer, deturpar, maximizar ou minimizar a experienciação da própria criança (Sani e Gonçalves, 2007).

Atualmente assistimos ao desenvolvimento de perspetivas que encaram as crianças não como seres que imitam e interiorizam puramente o mundo que as rodeia, mas como participantes ativos na vida social. As crianças começam a ser entendidas como sujeitos capazes de desenvolver um processo complexo de interpretação e atribuir significados à sua cultura e à sua participação na construção desta (Corsaro, 2005). De acordo com Corsaro (*ibidem*), a linguagem é um sistema simbólico que pode e deve ser utilizado para melhor compreender as distintas realidades com que a criança se depara. Isto talvez imponha a necessidade de uma revisão das orientações metodológicas tradicionais, para que instrumentos de investigação mais adequados sejam usados ou mesmo construídos, que impliquem uma real participação da criança, cooperando na valorização da sua voz e ação social, como se defende em alguns estudos (Fernandes, 2009; Sani, 2011; Tomás, 2011). O objetivo é permitir às crianças, entre outros aspetos, ter uma voz ativa no seu projeto de vida, dando-lhes assim a oportunidade de lhes ser reconhecido o estatuto de sujeito de direitos (Deleury, 1992; Leandro, 1998). A construção social da sua biografia está inevitavelmente ligada à posição social. O problema crítico é o dar poder (*empowerment*) para a mudança, a qual pode operar a partir da existência de uma posição social (Chisholm *et al.*, 1990).

Na opinião de Kitzinger (1997), mudar o sentimento de poder das crianças ou o uso desse poder pelos adultos não é possível sem referenciarmos o estado de falta de

poder e controlo. Dizer às crianças que elas têm certos direitos não chega, pois elas necessitam de ter algumas experiências práticas desses direitos e/ou algumas ideias das forças que negam esses direitos e formas de lutar por eles. Se olharmos de facto para a realidade, reconhecemos que as crianças são vulneráveis, porque são crianças, e isto pressupõe afirmar que a falta de poder não é apenas uma ideia, escondida nas nossas mentes. Não é somente um agitar das mentalidades que precisamos, mas necessitamos também que se produzam forças exteriores, de cariz político-social, que permitam remover algumas barreiras à transformação da infância, porque a infância por si só torna a criança vulnerável. Não é somente o abuso de poder sobre a criança que é um problema, mas a existência e manutenção do poder em si (Kitzinger, 1997).

2. A JUSTIÇA DE SER CRIANÇA: AS 'VOZES' DAS CRIANÇAS REFORÇADAS PELA LEGISLAÇÃO

2.1. DIREITO INTERNACIONAL

Desde o início do século XX, com especial relevo para a sua segunda metade, fomos assistindo a uma crescente valorização da infância e, simultaneamente, um reconhecimento de que novas e melhores respostas deverão ser dadas. Tal é importante para que, nos vários domínios respeitantes à criança, esta veja satisfeitas algumas das suas necessidades e sejam salvaguardados e assegurados os seus direitos, por forma a adotar assim um verdadeiro estatuto social.

Segundo Qvortrup (1991), a súmula da visão da sociedade adulta acerca da criança encontra-se assim no seu sistema legal, na medida em que, embora sintamos com o desaparecimento da discriminação entre as crianças ou entre grupos de crianças um grande sinal de progresso, o tratamento judicial destas não existe sem o seu paradoxo. Por um lado, assume-se a infância como categoria social, por outro, o elemento que traz a criança para essa categoria é o seu comum estatuto individual, de não ser ainda adulto. A Lei trata a criança como igual, mas essa igualdade é conquistada à custa da sua individualidade (*ibidem*), pelo que baseados neste julgamento coletivo claramente se distingue a criança do adulto.

Em termos internacionais podemos associar o início do movimento de defesa dos direitos da criança ao nome de Eglantine Jebb, fundadora do Save the Children Fund International Union. Este foi um organismo fundamental, pois esteve na base da elaboração, em 1923, da primeira declaração que acentuava a premissa da criança em primeiro lugar, a qual ficou conhecida por Declaração de Genebra e que foi adotada por Portugal em 1927. Em 1946 foi criada a Fundação das Nações Unidas para a infância (UNICEF), um organismo internacional que visa sobretudo melhorar a

vida das crianças, atuando com o objetivo de lhes proporcionar serviços de saúde, educação, nutrição e bem-estar (Fernandes, 1998).

Tendo como pano de fundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1958 o mesmo organismo promulga e adota a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Houve, contudo, a necessidade de um compromisso mais sério entre os diversos Estados para a proteção da criança, bem como de adaptação às novas conceções emergentes sobre a criança, que ditavam novas dimensões a ter em atenção. Assim, em 1979, no Ano Internacional da Criança, foi proposta a criação da Convenção dos Direitos da Criança, que viria a consubstanciar-se somente em finais de 1989. O movimento internacional dos direitos das crianças conheceu, com a Convenção dos Direitos da Criança, uma pressão para implementar o estatuto legal desta, dando-lhes mais do que a palavra em questões que lhe dizem respeito. A Convenção concede um grau de reconhecimento oficial à ideia de que a criança deve estar envolvida nas decisões que dizem respeito ao seu bem-estar e condições de vida (Sünker, 1995). Poder-se-á, eventualmente, debater entre participação no sentido de liberdade de expressão e participação no sentido de tomada de decisão, no entanto, a mensagem defendida (*e.g.* art.º 12.º) é a de que as 'vozes' das crianças devem ser ouvidas pelos adultos, que tomam decisões respeitantes às suas vidas (Davis, 1998).

A Convenção dos Direitos da Criança[1] representa, pelo menos teoricamente, um marco fundamental no percurso de construção e definição de um estatuto digno para todas as crianças (Fernandes, 1998; Lee, 2008), em diversos domínios. Segundo Richards (2014), este documento é a chave para a promoção da voz da criança e é de extrema relevância no contexto da sua proteção e avaliação das suas necessidades. Porém, como referem James e James (2008), uma das limitações é que a Convenção dos Direitos a Criança não fornece um guia sobre o significado e interpretação do princípio do 'melhor interesse da criança', o que faz com que o mesmo seja entendido no contexto da sua proteção e, por isso mesmo, seja objeto de inúmeras interpretações. A este propósito, Willow (2014) demonstra como podemos, nos cenários dos primeiros anos,[2] implementar o usufruto pela criança dos seus direitos. Tal pode pressupor manifestações tão simples como, por exemplo, dar a oportunidade de a criança fazer escolhas, moldar a sua vida e influenciar os outros; ou compreender

[1] No I e II relatórios acerca da aplicação, em Portugal, da Convenção são referidos importantes aspetos indicadores da realidade de infância no nosso país.

[2] Alguns autores (e.g., Cornock e Montgomery, 2011) discutem sobre o estatuto da criança que ainda nem nasceu, desde quando se pode falar em personalidade social e legal e a respeito das posições diversas e muitas vezes contraditórias assumidas pela lei, pais, profissionais de saúde em debates gerais.

os desejos, os sentimentos e os pontos de vista da criança. Outros autores (*e.g.* Moore e Mitchell, 2013) concluem que a reiteração de um modelo de implementação da Convenção dos Direitos a Criança deve articular o equilíbrio entre as relações de participação, proteção e poder.

Um aspeto importante que caracteriza a Convenção dos Direitos da Criança é o seu carácter não vinculativo, que deixa aos Estados Parte uma tomada de posição ativa na adaptação das suas legislações em conformidade com esta (Tomás, 2011). Portugal[3] ratificou esta Convenção em 1990, reconhecendo assim que o desenvolvimento pleno da criança implica a realização dos seus direitos sociais, económicos, políticos e civis, devendo existir um equilíbrio entre os direitos das crianças e dos seus responsáveis legais. Todavia, tem-se verificado que, após a sua ratificação, muitos países mantiveram o sistema de direitos anterior, em que a criança não participava nas decisões que lhes dizem respeito. As crianças são talvez vistas como um grupo minoritário, com opressões concomitantes no governo das suas vidas (Mayall, 1996). É negada à criança uma voz, não somente porque os interesses dos adultos estão acima dos das crianças, mas porque, em algumas áreas, o melhor interesse das crianças é definido pelos adultos, e noutras elas são julgadas incompetentes.

Um dos aspetos, ainda em discussão, prende-se com o facto de alguns países elegerem um sistema legal para os menores, consistente e genuinamente protetivo (da sociedade e contra a sociedade adulta), parecendo mesmo paternalista. Assume-se com convicção necessária que a exclusão da criança do mundo dos adultos tem como objetivo promover-lhe a necessária proteção, uma vez que as crianças possuem competências e necessidades específicas. Tudo o que é feito às crianças é justificado como sendo "para o seu próprio bem" ou "no seu melhor interesse". No entanto, não se sabe ao certo como são determinados os limites dessa proteção e questiona-se se essa é a melhor forma de tratar da criança.

Algumas regulamentações elaboradas para proteger as crianças parecem deixá-las ainda mais vulneráveis do que se não existissem (Qvortrup, 1991). Qvortrup lembra, como exemplo, a legislação referente ao trabalho infantil que, uma vez existente, parece ter retirado o problema do olhar atento do público, sendo uma das consequências disso algumas crianças, que estão atualmente empregadas, não gozarem dos direitos laborais que são naturais para os trabalhadores adultos (*e.g.*,

[3] A Convenção foi ratificada por Portugal através da Resolução n.º 20/90 da Assembleia da República, publicada no DR n.º 211, I série, de 12.09.90.

salários, regras sobre risco no trabalho). Obviamente, quando se discute o estatuto legal da criança, não é para deixá-la menos protegida, mas os limites dessa proteção podem acarretar o risco de serem convertidos em controlo ou de surgirem como uma oportunidade para esconder os direitos à participação e autonomia.

2.2. DIREITO NACIONAL

Portugal propôs uma reforma da justiça de menores,[4] rendido à evidência geral da ineficácia da intervenção estatal, pela adoção de um modelo monolítico que, assente numa mesma finalidade procurava responder com a mesma eficácia a fenómenos sociais distintos, retratados de forma simples por menores em risco e menores infratores. Após um longo período de reflexão e de trabalho foi regulamentada a Lei Tutelar Educativa[5] (em vigor desde janeiro de 2001), que se articula, em simultâneo, com um regime de proteção para crianças e jovens em risco.[6] A lei de proteção prima por reafirmar o papel de outros organismos de proteção às crianças, a operar desde 1991, atualmente designados de Comissões de Proteção de Crianças e Jovens.

Organismos internacionais e nacionais, como o Comité Português para a UNICEF e a Associação Portuguesa para o Direitos dos Menores e da Família, criada em 1996, e vários documentos jurídicos, como a Constituição da República Portuguesa e o Código Civil Português, continuam a salvaguardar o princípio continuamente reafirmado, já desde a Lei de Proteção à Infância de 1911, do "interesse superior da criança". Outras investidas foram feitas para salvaguardar os direitos da criança, ao ser apresentado à Assembleia da República um projeto de Lei (n.º 553/VII, de 30 de junho de 1998) composto por 16 artigos, para a criação da figura do Provedor da Criança. A este provedor competiria, entre outros, o dever de divulgar os direitos da criança, o seu significado, o seu conteúdo e os meios para o seu exercício; colaborar com os órgãos e serviços competentes na procura das soluções mais adequadas à tutela efetiva dos direitos e interesses legítimos das crianças e ao aperfeiçoamento da ação administrativa, nesta área específica.

Desde então foi desenvolvido um vasto programa de reforma do direito de menores (Ramião, 2010), que contempla avanços e evoluções que consideram que as crianças não devem ter menos direitos do que os adultos (Borges, 2011) simplesmente pelo facto de serem crianças. A nível nacional podemos encontrar vários desenvolvimentos legislativos que habilitam os profissionais a tomar as medidas

[4] Iniciado com o despacho do Ministro da Justiça n.º 20/MJ/96 de 30 de janeiro.
[5] Lei n.º 166/99 publicada no DR - I Série-A, n.º 215 de 14 de setembro.
[6] Lei n.º 147/99 publicada no DR - I Série-A, n.º 204 de 1 de setembro.

mais adequadas ao superior interesse da criança (cf. Perdigão e Pinto, 2009), com particular destaque para o domínio do direito de família e de menores (Bolieiro e Guerra, 2009). Em muitos dos diplomas legais eliminam-se expressões de posse, domínio ou controlo (*e.g.*, poder paternal), sublinha-se o superior interesse da criança face ao dos adultos e o compromisso em relação ao seu estabelecimento (*e.g.*, responsabilidades parentais) e produz-se um novo paradigma em que a criança é o centro das observações (Machado e Sani, no prelo).

A sociedade portuguesa tem vindo, portanto, a encetar evidentes esforços de reconhecimento da criança e do seu valor social, através da vulgarização de recursos materiais e humanos, capazes de oferecer à criança a oportunidade de ter uma voz, de participar nas decisões importantes na sua vida, de ver na prática realizados os princípios e pressupostos firmados aquando da ratificação da Convenção dos Direitos da Criança.

3. A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA NO CONTEXTO DA JUSTIÇA

Embora o corpo de direitos da criança esteja há muito constituído, na prática há ainda um caminho a percorrer para que, efetivamente, as crianças e os jovens sejam vistos como atores sociais, cuja proteção deve ser sinónimo de promoção dos seus direitos individuais, económicos, sociais e culturais.

Ao nível da justiça, as mudanças ocorridas nas últimas décadas do século XX não foram suficientes ainda para alterar consideravelmente a posição da criança como sujeito de direitos. A título de exemplo, vem referido na Convenção dos Direitos da Criança, no seu artigo 12.º, que à criança deve ser assegurada a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe digam respeito (UNICEF, 2004), no entanto, em muitas situações de crianças expostas à violência doméstica, o processo-crime dos adultos decorre sem que a mesma chegue, na maioria dos casos, a ser ouvida.

A criança que à primeira vista nos pode parecer imatura e incompreensível, na verdade, pode exprimir os mesmos valores que existem nos adultos (Mackay, 1991, *apud* Davis, 1998). A investigação ao nível do testemunho tem demonstrado que as crianças, não obstante as distintas capacidades em termos desenvolvimentais, poderão apresentar melhores competências comunicacionais, testemunhais e de discernimento do que à partida se poderia supor (Ribeiro, 2009). Sugere-se é que a variedade das suas vozes seja compreendida no contexto das estruturas que a influenciam e são influenciadas pelo que criança faz ou diz (James e Prout, 1997). As exigências e as implicações de alguns procedimentos judiciais, como é o caso das declarações para memória futura em casos de crime sexual contra crianças (Caridade,

Ferreira e Carmo, 2011) devem ser consideradas, assim como se deve assumir como necessária a adoção de medidas e procedimentos que garantam uma adequada e não vitimizadora participação da criança no processo, reconhecendo-se as inúmeras dificuldades inerentes à realização desse apoio, designadamente em sede de avaliação psicológica forense (Agulhas e Anciães, 2014; Machado, 2005).

O argumento de uma vitimação secundária da criança é, frequentemente, usado para legitimar a não audição de quem, como testemunha, pode querer ser ouvida sobre a experiência que teve. Tal remete-nos para o que sustenta Anderson (2000), de que a ideia de direitos deve ser igualmente entendida em relação às necessidades da criança. Não basta dizer que aceitamos fazer o melhor pelas nossas crianças, se lhes é negada a participação em questões centrais nas suas vidas, sob o argumento controverso da proteção. Importa destacar que, em determinadas circunstâncias (*e.g.* maiores de 12 anos em processos tutelares educativos, crianças vítimas de abuso sexual, adolescentes no âmbito de um processo de regulação das responsabilidade parentais), a lei impõe que sejam ouvidas. No entanto, para outras situações não é dada à criança uma voz ativa nas decisões que são tomadas acerca delas, nomeadamente o facto de não serem, muitas vezes, informadas convenientemente acerca dos procedimentos determinados para as suas vidas (Wolfe, Wekerle e Scott, 1997).

Pensando em situações concretas como as experiências de vitimação de casos de crianças que vamos acompanhando, por exemplo de crianças expostas a violência doméstica dos seus progenitores, questionemo-nos se a proteção não é uma espécie de espartilho que lhes estreita os direitos e as deixa sem a opção de poder escolher ter uma voz, num problema que é real, com que se confrontaram e com o qual terão muitas vezes de aprender a conviver. O processo de decisão judicial é para as vítimas de crime uma etapa decisória importantíssima na reconstrução das suas vidas, que lhes cria tanta mais ansiedade, quanto mais fora está do seu controlo ou quanto menor forem as oportunidades de se fazerem ouvir. Ao não as ouvir e, consequentemente, ao não termos em consideração os efeitos do crime, podemos estar a ocultar e iludir questões de responsabilidade individual e mesmo criminal (Machado, 1996). Algumas das representações de crianças sobre a justiça e a “voz” dada às mesmas no âmbito de processos que as envolvem ou às suas famílias poderão em breve ser constatadas em dois estudos em curso, um com crianças acolhidas em casa de abrigo para vítimas de violência doméstica e um outro com jovens institucionalizados.

Se a legislação reforça o direito da criança a ter uma voz, porque é que se sustenta ainda em alguns domínios o paradoxo de serem os adultos a reproduzir as suas vozes? Teoricamente proclama-se justiça para o ser “criança”, mas na prática os

direitos, como os de participação e autonomia, não se efetivam, com claras implicações sociais para quem não deixou ainda a infância, esse tempo sobre o qual se vem refletindo desde há séculos. A desconstrução e reconstrução da infância não é algo que deva ocorrer somente nas nossas próprias mentes – isto envolve uma luta de forma a aumentar as opções práticas das crianças e a transformar o contexto social e político, no qual cada criança vive. Na perspetiva de Kitzinger (1997), as necessidades de proteção da criança (pelos adultos e a partir dos adultos) ou as suas necessidades de estratégias assertivas e autodefensivas reduzir-se-iam substancialmente se elas tivessem um maior acesso aos recursos sociais, económicos e políticos. Apraz-nos saber que no domínio do infância têm vindo a proliferar organismos, serviços ou projetos (*e.g*. UNICEF, SAVE THE CHILDREN, EUROCHILD, CREAN) que acolhem com particular afinco e pelo mundo a realização dos direitos da criança nas mais diversas áreas.

CONCLUSÃO

Esperar-se-ia que a categoria 'infância' uma vez construída levasse a que a criança pudesse gozar do estatuto que teoricamente lhe vem sendo atribuído. Todavia, continua a existir alguma resistência e é no domínio jurídico que encontramos as maiores discrepâncias, entre o que se ratifica (*e.g*. Convenção dos Direitos da Criança) e o que de facto se pratica. A busca de visibilidade para as crianças acaba por ser conseguida à custa do assumir da sua vulnerabilidade e necessidade de proteção, perpetuando-se o risco de vitimação, pessoal e social.

Em parte a aceitabilidade da violência contra as crianças está relacionada com o estatuto social desta, dado que todo o ciclo completo de indiferença e invisibilidade reforça a sua vulnerabilidade. As crianças não têm somente uma grande probabilidade de se tornarem vítimas, mas os seus relacionamentos com o mundo dos adultos deixam-nas menos capazes de se protegerem contra este fenómeno, mais suscetíveis aos seus efeitos e menos aptas a legitimar a sua voz e a receber suporte e proteção adequados (Brown, 1998). Historiadores e analistas sociais que traçaram o estatuto social da criança têm notado que a tradição legal e social têm relegado a criança para um estatuto secundário. Constata-se a demora em estender os direitos constitucionais básicos às crianças, continua a verificar-se a discrepância entre proteção civil, económica e criminal concedida aos adultos e a concedida às crianças (McCarty e Carr, 1980 *apud* Tolan e Guerra, 1998).

As oportunidades diferenciadas promovidas, entre outros, pelo estatuto e acesso diferenciado aos recursos têm tido o seu papel ao nível da vitimação (*ibidem*). Ao nível da justiça alguns autores defendem que, em situações em que a criança é a principal

protagonista ou interessada, o arbítrio dado ao juiz deveria passar por dar a palavra à criança (Deleury, 1992). Tal implicará compreendê-la também nos seus silêncios, contando com a sugestionabilidade, de modo a salvaguardar-se o equilíbrio que deve presidir à relação adulto-criança (Matocq, 1992).

O conceito de 'criança' é relativamente novo, pelo que até se compreende que a ideia de a ouvir, de perceber o seu ponto de vista seja, ainda, acolhida com alguma resistência. Hodiernamente são muitas as crianças enredadas no Sistema de Justiça, envolvidas em processos cíveis, tutelares ou mesmo criminais. Em certas circunstâncias podem, inclusive, ser chamadas a depor acerca das suas próprias ações ou acerca de alegadas ações dos outros. Porém, a justeza deste ato é insuficiente para asseverar quanto às reais intenções da oportunidade criada, já que a mente social incessantemente qualifica a criança como incompetente quanto à verdade, seja ela qual for. As crianças apenas são vistas, não ouvidas, pois escutar a criança é interiorizar o seu *feedback*. Se continuarmos a achar que as crianças devem ser vistas e não ouvidas, deixamos que o silêncio proteja os que as molestam (Kitzinger, 1997). A partir do momento em que deixarmos de negar à criança uma "voz", removeremos uma das barreiras para a metamorfose da Infância a partir do seu interior.

ANA ISABEL SANI

Professora associada da Universidade Fernando Pessoa (UFP). Doutorada em Psicologia da Justiça pela Universidade do Minho; coordenadora do mestrado em Psicologia da Justiça: Vítimas de Violência e de Crime; cocoordenadora da Unidade de Psicologia Forense da Clínica Pedagógica de Psicologia da UFP e perita forense, sobretudo nas áreas da vitimação infantil. É ainda investigadora e autora de várias publicações nacionais e internacionais.

Contacto: anasani@ufp.edu.pt

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agulhas, Rute; Anciães, Alexandra (2014), *Casos práticos em psicologia forense. Enquadramento legal e avaliação pericial*. Lisboa: Edições Sílabo.

Anderson, Priscilla (2000), *Young Children Rights: Exploring Beliefs, Attitudes, Principles and Practice*. London: Jessica Kingsley Publishers.

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.

Borges, Beatriz (2011), *Protecção de crianças e jovens em perigo*. Coimbra: Edições Almedina.

Brown, Sheila (1998), *Understanding Youth and Crime: Listening to Youth?* Buckingham: Mike Maguire.

Caridade, Sónia; Ferreira, Célia; Carmo, Rui (2011), "Declarações para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais", *in* Marlene Matos; Rui Abrunhosa Gonçalve; Carla Machado (orgs.), *Manual de psicologia forense: Contextos, práticas e desafios*. Braga: Psiquilibrios, 65-85.

Chisholm, Lynne; Brown, Phillip; Büchner, Peter; Krüger, Heinz-Hermann (1990), "Childhood and Youth Studies in the United Kingdom and West Germany: An Introduction", *in* Lynne Chisholm; Peter Büchner; Heinz-Hermann Krüger; Phillip Brown (orgs.), *Childhood, Youth and Social Change. A Comparative Perspective*. London: The Falmer Press, 1-16.

Cornock, Marc; Montgomery, Heather (2011), "Children's Rights in and out of the Womb", *International Journal of Children's Rights*, 19, 3-19.

Corsaro, William (2005), *The Sociology of Childhood*. London: Pine Forge Press [2.ª ed.; orig. 1997].

Davis, John (1998), "Understanding the Meanings of Children: A Reflexive Process", *Children e Society*, 12, 325-335.

Deleury, Edith (1992), "Les droits de l'enfant à la représentation et à la parole devant les instances judiciaires et les organismes chargés de la protection de l'enfance", *in* Jacqueline Rubellin-Devichi; Michel Andrieux (orgs.), *Enfance et violences*. Lyon: Presses Universitaires de Lyon, 301-325.

Fernandes, Natália (1998), "Outras Infâncias... A situação social das crianças atendidas numa Comissão de Protecção de Menores". Provas de Aptidão Pedagógica e Capacidade Científica não publicadas. Universidade do Minho. Braga, Portugal.

Fernandes, Natália (2009), *Infância, participação e direitos – Representações, práticas e poderes*. Porto: Edições Afrontamento.

James, Allison; James, Adrian (2008), *Key Concepts in Childhood Studies*. London, Sage Publications.

James, Allison; Prout, Alan (1997), *Constructing and Reconstructing Childhood. Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*. London: The Farmer Press.

Jenks, Chris (1992), *The Sociology of Childhood. Essential Readings*. Hampshire: Gregg Revivals.

Kitzinger, Jenny (1997), "Who Are you Kidding? Children, Power and the Struggle against Sexual Abuse", *in* Allison James; Alan Prout (orgs.), *Constructing and Reconstructing Childhood. Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*. London: The Farmer Press, 165-189.

Leandro, Armando (1998), "A criança e o direito", *Boletim do Instituto de Apoio à Criança*, 6. Consultado a 11.07.2014, em http://www.iacrianca.pt/divulgacao/boletim-trimestral/86-os-direitos-da-crianca.

Lee, Yanghee (2008), "A Child Participation and Access to the United Nations Convention on the Rights of Child in Coucil of Europe" (org.), *International Justice for Children.* Belgium: Council of Europe Publishing, 105-112.

Machado, Carla (1996), "Maus tratos de menores, vitimização e poder: proposta de um modelo integrado de análise", *Psicologia: Teoria, investigação e prática*, 1, 133-148.

Machado, Carla (2005), "Avaliação da credibilidade de alegações de abuso sexual: Consensos e controvérsias", *Psicologia, Educação e Cultura*, IX, 513-534.

Machado, Maria Luís; Sani, Ana (no prelo), "Avaliação psicológica forense na regulação do exercício das responsabilidades parentais. Perceções dos juízes", *in* Fátima Almeida; Mauro Paulino (orgs.), *Psicologia, justiça e ciências forenses*. Lisboa: Pactor.

Matocq, Olivier (1992), "Le droit à l'expression de l' enfant et l'avocat", *in* Jacqueline Rubellin-Devichi; Michael Andrieux (orgs.), *Enfance et violences*. Lyon: Presses Universitaires de Lyon, 207-215.

Mayall, Berry (1996), *Children, Health and the Social Order*. Buckingham: Open University Press.

Moore, Shannon; Mitchell, Richard (2013), "Theorising Rights-based Restorative Justice: The Canadian Context", *International Journal of Children's Rights*, 19, 81-105.

Perdigão, Ana; Pinto, Ana Sotto Mayor (2009), *Guia dos direitos da criança*. Lisboa: Instituto de Apoio à Criança [3.ª ed.].

Pinto, Manuel (1997), "A Infância como construção social", *in* Manuel Pinto; Manuel Jacinto Sarmento (orgs.), *As crianças: contextos e identidades*. Colecção Infans. Braga: Centro de Estudo da Criança, 31- 74.

Prout, Alan; James, Allison (1997), "A New Paradigm for the Sociology of Childhood? Provenance, Promise and Problems", *in* Allison James; Alan Prout (orgs.), *Constructing and Reconstructing Childhood. Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*. London: The Farmer Press, 1-6.

Qvortrup, Jens (1991), “Childhood as a Social Phenomenon - An Introduction to a Series of National Reports”, EUROSOCIAL Reports, European Centre for Social Welfare Policy and Research, 36.

Qvortrup, Jens (1995), “Childhood in Europe: A New Field of Social Research”, *in* Lynne Chisholm; Peter Büchner; Heinz-Hermann Krüger; Manuela Du Bois-Reymond (orgs.), *Growing up in Europe. Contemporary Horizons in Childhood and Youth Studies*. New York: Walter de Gruyter, 7-19.

Qvortrup, Jens (2014), “Sociology: Societal Structure, Development of Childhood, and the Well-Being of Children”, *in* Asher Ben-Arieh; Ferran Casas; Ivar Frønes; Jill Korbin (orgs.), *Handbook of Child Well-being: Theories, Methods and Policies in Global Perspective*. New York: Springer, 663-707.

Ramião, Tomé D’Almeida (2010), *Lei de protecção de crianças e jovens em perigo. Anotada e comentada*. Lisboa: Quid Juris?

Ribeiro, Catarina (2009), *A criança na justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*. Coimbra: Almedina.

Richards, Claire (2014), “Safeguarding and Protecting Children”, *in* Penny Mukherji; Louise Dryden (orgs.), *Foundations of Early Childhood: Principles and Practice*. London: Sage Publications, 265-282.

Sani, Ana Isabel (2011), *Crianças vítimas de violência: representações e impacto do fenómeno.* Porto: Edições UFP.

Sani, Ana Isabel; Gonçalves, Rui Abrunhosa (2007), “As crenças e as percepções das crianças sobre a violência: conceptualização de um estudo empírico”, *Psychologica*, 44, 79-95.

Sarmento, Manuel (1999), “Introdução”, *in* Manuel Pinto; Manuel Jacinto Sarmento (orgs.), *Saberes sobre as crianças*. Colecção Infans. Braga: Centro de Estudo da Criança, 9-21.

Sünker, Heinz (1995), “The Politics of Childhood, Children’s Rights and the UN Convention”, *in* Lynne Chisholm; Peter Büchner; Heinz-Hermann Krüger; Manuela Du Bois-Reymond (orgs.), *Growing up in Europe. Contemporary Horizons in Childhood and Youth Studies*. New York: Walter de Gruyter, 269-276.

Tolan, Patrick; Guerra, Nancy (1998), “Societal Causes of Violence against Children“, *in* Penelope Trickett; Cyntjia Schellenbach (orgs.), *Violence against Children in the Familiy and the Community*. Washington: APA, 195-209.

Tomás, Catarina (2011), *Há muitos mundos no mundo. Cosmopolitismo, participação e direitos da criança*. Porto: Edições Afrontamento.

UNICEF (2004), “A Convenção sobre os Direitos da Criança”, UNICEF. Consultado a 07.07.2014, em http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf.

Willow, Caroline (2014), “Upholding Children’s Rights in Early Years Setting”, *in* Asher Ben-Arieh; Ferran Casas; Ivar Frønes; Jill Korbin (orgs.), *Handbook of Child Well-being: Theories, Methods and Policies in Global Perspective*. New York: Springer, 26-44.

Wolfe, David; Wekerle, Christine; Scott, Katreena (1997), *Alternatives to Violence. Empowering Youth to Develop Healthy Relationships*. Thousand Oaks: Sage Publications.

A COMPREENSÃO DA TERMINOLOGIA LEGAL E DOS PROCESSOS JUDICIAIS PELAS CRIANÇAS[1]

ANA SACAU*, GLORIA JÓLLUSKIN*, TERESA TOLDY*,, ANA OLIVEIRA*, JOANA MORAIS***

*** UNIVERSIDADE FERNANDO PESSOA, PORTUGAL**

**** CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, PORTUGAL**

Resumo: Diversas diretrizes europeias têm chamado a atenção dos países membros da União Europeia para a necessidade de criar sistemas de justiça mais amigos das crianças. Um dos aspetos focados é a necessidade de adaptação da linguagem à idade e à capacidade de compreensão das crianças envolvidas em processos judiciais. A investigação nesta área tem demonstrado que a forma como as entrevistas a crianças são conduzidas tem um forte impacto na qualidade do seu testemunho. "A compreensão das crianças da terminologia legal e os processos judiciais" é a denominação de um projeto de investigação financiado pela FCT que pretende verificar a compreensão que as crianças têm da terminologia legal utilizada nos tribunais portugueses aquando da tomada de declarações de crianças. O objetivo é desenvolver uma ferramenta que permita aos magistrados uma melhor comunicação com elas.

Palavras-chave: crianças, justiça, terminologia legal, compreensão, diretrizes europeias.

CHILDREN'S COMPREHENSION OF LEGAL TERMINOLOGY AND COURT PROCEEDINGS

Abstract: Many European Directives point out the need to create child-friendly justice systems. These documents emphasize the need to adapt the language used to the age and understanding capacity of children involved in legal proceedings. Research in the area shows that the manner in which interviews are conducted has a strong impact on the quality of a child's testimony. "The analysis of children's comprehension of legal terminology and court proceedings" is a project funded by FCT (Science and Technology Foundation) that aims to verify children's understanding of legal terminology used in Portuguese courts when they take statements from children. The project seeks to develop a tool that will enable magistrates to establish a better communication with children in this context.

Keywords: children, justice, legal terminology, comprehension, European Directives.

[1] Este trabalho foi elaborado no âmbito do projeto de investigação "As crianças e a justiça: a compreensão das crianças da terminologia legal e os processos judiciais" financiado por fundos nacionais através da FCT (PTDC/MHC-PAP/3646/2012) e por fundos europeus através do programa COMPETE.

1. As recomendações legais para uma justiça mais amiga das crianças

A criação de sistemas de justiça mais "amigos" das crianças constitui uma das ações-chave tanto do Conselho da Europa (2010), como da agenda da União Europeia relativa aos direitos das crianças (European Commission, 2011). Em 2010, o Comité de Ministros do Conselho da Europa produziu um documento com diretrizes vinculativas relativas à justiça adaptada às crianças no qual se reconhece a necessidade de os sistemas judiciais garantirem "o respeito e a aplicação efetiva de todos os direitos da criança ao nível mais elevado possível, tomando devidamente em consideração o nível de maturidade e de compreensão da criança e as circunstâncias do caso" (Conselho da Europa, 2010: 17). O documento em causa define a adaptação da justiça às crianças como

> uma justiça acessível, adequada à idade, rápida, diligente, adaptada e centrada nas necessidades e nos direitos da criança, respeitadora dos seus direitos, nomeadamente do direito a um processo equitativo, a participar e a compreender o processo, ao respeito pela vida privada e familiar, e à integridade e à dignidade. (Conselho da Europa, 2010: 17)

Mais recentemente, o Comité de Ministros, através da Recomendação (2012)2 (Council of Europe, 2012), reiterou a necessidade de os Estados-membros definirem nas suas legislações as condições necessárias para assegurar que as crianças possam exercitar o direito a serem ouvidas em todas as decisões que lhes digam respeito, sem limite de idade, e tendo em consideração o desenvolvimento das mesmas. Esta recomendação insiste na necessidade de fornecer à criança toda a informação relevante necessária e insta os Estados-membros a rever e a eliminar todas as restrições legais ou práticas à participação das crianças nas matérias jurídicas ou administrativas nas quais estão envolvidas.

A adaptação da justiça às crianças constitui uma preocupação já há alguns anos, dado o aumento do número de situações em que as crianças contactam com a justiça. As causas que levam as crianças a contactarem com tribunais prendem-se, principalmente, com situações em que estas são vítimas de abuso sexual ou maus-tratos, bem como em processos de regulação das responsabilidades parentais. Em qualquer caso, a inquirição de crianças em tribunal é uma prática cada vez mais habitual e obriga a um difícil equilíbrio entre a descoberta da verdade e as necessidades especiais das crianças (Sacau, 2012).

A Agenda da União Europeia para os Direitos das Crianças (European Commission, 2011) chama a atenção para a necessidade de proteger as crianças nas

situações em que estas têm de ir a tribunal, nomeadamente no que diz respeito à relevância de encontrar formas adequadas para defender os seus direitos nos processos judiciais, tendo em conta a sua vulnerabilidade e a dificuldade que podem experimentar nestas situações (*ibidem*: 6). Diversos estudos científicos e relatórios institucionais (Perry *et al*, 1995; Conselho da Europa 2010, United Nations, 2013) têm vindo a demonstrar que existem alguns obstáculos importantes no acesso das crianças à justiça. Entre eles destaca-se o uso de uma linguagem legal, técnica e de difícil compreensão para as crianças e a falta de conhecimento das mesmas sobre os processos legais em que estas se encontram envolvidas. O Conselho da Europa, para além de dar conta da existência de uma "desconfiança generalizada no sistema" (Conselho da Europa, 2010: 7) por parte das crianças e dos jovens, menciona igualmente a necessidade de superar deficiências como "ambientes intimidatórios, falta de informação e de explicações adequadas à idade, fraca abordagem em relação à família" (*ibidem*) e ainda morosidade (ou, pelo contrário, demasiada celeridade) nos processos. Tudo isto constitui uma grave limitação aos direitos das crianças a serem ouvidas e protegidas pelos sistemas de justiça.

A constatação destes e de outros obstáculos tem dado lugar a diversas recomendações e iniciativas com o objetivo de proteger as crianças e os jovens de uma "vitimização secundária pelo sistema judicial" (*ibidem*: 8). Estas recomendações pretendem constituir ferramentas práticas para que a justiça e os tribunais respeitem os direitos da criança no que toca a participar nos processos em que estão envolvidas, nomeadamente sendo ouvidas e informadas sobre os direitos que lhes assistem, na medida da sua compreensão e maturidade. A defesa do "interesse superior da criança" – princípio enunciado tanto pelo Conselho da Europa (*ibidem*: 8 e ss.), como pela União Europeia (European Commission, 2011: 5) – exige que os pontos de vista e as opiniões das crianças sejam tidos em conta, a bem do seu bem-estar físico e psíquico e dos seus interesses jurídicos, sociais e económicos. Assim, a justiça adaptada às crianças supõe que "o princípio do primado do direito" se lhes deve aplicar tanto quanto aos adultos, designadamente no que diz respeito ao direito a "um processo equitativo", de acordo com "os princípios da legalidade e da proporcionalidade", bem como da "presunção da inocência". As crianças têm, tal como um adulto, direito a um julgamento justo, a aconselhamento jurídico, a acesso aos tribunais e a recurso jurisdicional (Conselho da Europa, 2010: 19). Segundo o Conselho da Europa (2010), a comunicação da informação aos pais não deve substituir a comunicação da informação às crianças. De igual modo, deve ser disponibilizado à criança material adaptado à compreensão desta no que diz respeito a informações jurídicas relevantes e a apoio especializado na transmissão de

informação. Neste sentido, já em 1996 a Convenção Europeia para o Exercício dos Direitos das Crianças (Council of Europe, 1996) estabelecia o direito das crianças a receber toda a informação relevante sobre os processos que lhe digam respeito, definindo esta informação, no ponto d) do artigo 2.º, como "informação apropriada à idade e desenvolvimento da criança".

A adaptação da justiça às crianças deve ser garantida em todas as fases dos processos judiciais, aliás, deve ser assegurada mesmo antes do início dos mesmos. O documento do Conselho da Europa apresenta diretrizes específicas para a justiça adaptada às crianças antes, durante e após os processos judiciais. Assim, no que se refere à adaptação da justiça antes do processo judicial, determina-se que as alternativas ao mesmo (mediação, desjudicialização e resolução alternativa dos litígios) sejam incentivadas, se tal for do superior interesse da criança, não devendo, contudo, estas alternativas ser manipuladas para obstaculizar o acesso da criança à justiça (Conselho da Europa, 2010). As crianças deverão ser informadas e consultadas tanto acerca das possibilidades de recorrer a um processo judicial, como das alternativas extrajudiciais, devendo igualmente ser-lhes explicadas as consequências de cada uma destas opções, bem como ser-lhes assegurada a sua opção por uma delas, uma vez devidamente aconselhadas. A polícia deverá também interagir com as crianças tendo em conta a sua idade, maturidade e eventuais condições especiais (em caso de vulnerabilidade decorrente de deficiência física ou mental ou de dificuldade de comunicação).

Durante o processo judicial, as crianças deverão ter acesso às vias previstas para o exercício dos seus direitos e para a reação à violação dos mesmos. O Conselho da Europa recomenda que a legislação dos diversos países facilite o acesso ao tribunal por parte das crianças que tenham compreensão suficiente dos seus direitos, bem como o aconselhamento jurídico adequado à devida proteção destes mesmos direitos. Mais se afirma que os juízes "devem respeitar o direito das crianças a serem ouvidas em todos os assuntos que lhes digam respeito ou, pelo menos, quando se considerar que têm compreensão suficiente dos assuntos em questão" (Conselho da Europa, 2010: 28). Insiste-se ainda que os meios utilizados para a sua audição devem ser adaptados ao seu nível de compreensão e à sua capacidade de comunicação, devendo as crianças ser consultadas quanto à forma como desejam ser ouvidas e informadas sobre o modo de exercer este direito. Em processos que lhes digam respeito, mas nos quais as suas opiniões não tenham sido tidas em consideração, existe a obrigação de lhes explicar os respetivos acórdãos. Note-se, contudo, que o documento frisa que "o direito a ser ouvido e a ter em conta" os pontos de vista da criança "não condicionará, necessariamente, a decisão final" (*ibidem*: 29).

O Conselho da Europa também define diretrizes no que diz respeito à organização dos processos e ao ambiente adaptado às crianças. Assim, para além de reforçar a necessidade de ter em conta a idade, as eventuais necessidades especiais das crianças, a sua maturidade e o seu nível de compreensão, o documento recomenda que os processos que envolvam crianças sejam conduzidos "num ambiente não-intimidatório e adequado" às mesmas (*ibidem*: 30). As crianças deverão ser previamente familiarizadas com o espaço físico do tribunal idealmente adaptado, ele próprio, a elas, bem como com as suas funções e com os nomes dos funcionários envolvidos. A adaptação no contexto de tribunal exige que o juiz utilize uma linguagem adequada à idade e compreensão da criança e que esta seja tratada pelo mesmo com "respeito e sensibilidade" (*ibidem*: 30). Num outro passo, o documento menciona que os juízes, em caso de necessidade, deverão omitir determinadas formalidades, como o uso da toga, ou ouvir a criança na própria sala de audiências. Além disso, as sessões em tribunal devem ser adaptadas ao ritmo e capacidade de atenção da criança.

O Conselho da Europa chama ainda a atenção para a necessidade de elaborar protocolos de interrogatório que tenham em conta as várias fases de desenvolvimento da criança, evitando-se "perguntas direcionadas, a fim de reforçar a sua fiabilidade" (Conselho da Europa, 2010: 32). Por seu turno, o advogado ou responsável legal da criança deve comunicar e explicar-lhe as decisões ou sentenças, a possibilidade de recorrer das mesmas e de recorrer a mecanismos independentemente da apresentação de queixa, numa linguagem adaptada ao seu nível de compreensão.

Do já mencionado nos documentos relativos à necessidade de adaptação da justiça às crianças, ressalta que a questão da utilização de uma linguagem apropriada à idade e ao nível de compreensão das mesmas é particularmente relevante, pelos aspetos já referidos. Acresce referir que, para além da importância de uma linguagem compreensível para a criança, recomenda-se que os adultos evitem utilizar "linguagem de adulto" (Farrugia, 2009: 48) e tenham em atenção o impacto que a mesma pode ter sobre as crianças. Apesar de os documentos internacionais se ocuparem largamente da questão da tradução linguística em caso de crianças estrangeiras (questão de que não nos ocupamos aqui diretamente), existe também uma preocupação relativamente à necessidade de "tradução do jargão legal formal", utilizado frequentemente em contexto de tribunal, para uma linguagem que a criança compreenda (cf. United Nations, 2007: 331).

A recomendação de adaptação da justiça às crianças também se encontra nos códigos de muitos países europeus. Em Portugal, o Código de Processo Penal refere de forma genérica que, na inquirição de testemunhas, não devem ser feitas perguntas sugestivas ou impertinentes (artigo138.º do Código de Processo Penal). De forma

mais específica, nos casos em que o menor é ouvido no âmbito de um processo tutelar educativo, a lei portuguesa estabelece que o juiz exponha "o objecto e a finalidade do acto em linguagem simples e clara, por forma a ser compreendido pelo menor, tendo em atenção a sua idade e grau de desenvolvimento" (artigo 104.º da Lei Tutelar Educativa).

Mas, apesar dos esforços realizados nesse sentido, estas regras de procedimento e recomendações europeias são vazias de conteúdo, uma vez que não há investigação científica que suporte a forma concreta de pôr em prática estas orientações. A Comissão Europeia e o Conselho da Europa defendem a necessidade de formação específica dos atores judiciais envolvidos na inquirição de crianças, mas qual deverá ser o conteúdo dessa formação? Que palavras devem ser evitadas? Como varia a compreensão em função da idade? A investigação que apresentamos aqui, de carácter claramente aplicado, pretende dar resposta a estas questões. Os estudos que se têm debruçado sobre este aspeto e que são comentados na secção seguinte, verificaram a incapacidade das crianças para compreender muitos termos legais de uso habitual nos tribunais. A grande maioria destes estudos centra-se no sistema jurídico anglo-saxónico de tradição *Common Law* e de língua inglesa (EUA, Reino Unido e Austrália). Assim, embora os resultados gerais sobre as dificuldades de compreensão das crianças possam ser generalizáveis a outros sistemas jurídicos, o mesmo não acontece com os resultados específicos, muito determinados pela língua do contexto de investigação.

2. Evidência científica para uma real adaptação dos sistemas de justiça às crianças

O interesse académico por esta temática surgiu da verificação da existência de algumas situações, relacionadas principalmente com crimes de abuso sexual, nas quais se constatou que os menores tinham prestado falsos testemunhos. Isto levou muitos magistrados a questionarem-se sobre a capacidade das crianças para testemunhar em tribunal. Contudo, investigações posteriores chegaram à conclusão de que, em muitos casos de testemunhos falsos, não havia intenção de mentir por parte da criança, mas sim erros e imprecisões resultantes da forma como a mesma era inquirida (Jones e McGraw, 1987; Steller, 1991). A revisão de estudos realizada por Perry *et al.* (1995) revela a presença evidente de questões complexas, sugestivas e ainda com duplas negativas, na inquirição de crianças.

A forma como as entrevistas a crianças são conduzidas e a linguagem utilizada nas mesmas afetam de forma considerável a consecução de um testemunho satisfatório e de qualidade. Entrevistas sugestivas (Bruck *et al.,* 1998) ou dirigidas

(Lamb *et al.*, 1996), assim como o uso de uma linguagem complexa e inadequada, ou seja, não adaptada à idade e à capacidade de compreensão da criança (Saywitz e Camparo, 1998), têm um enorme impacto na exatidão do depoimento de um menor e podem ser responsáveis pela maioria dos erros cometidos durante a inquirição. De facto, o uso de questões confusas e de vocabulário complexo afeta também a confiança e a exatidão do depoimento de adultos (Kebbell e Johnson, 2000). A literatura nesta área revela que, quando inquiridas de forma correta, as crianças – mesmo as mais novas – são testemunhas válidas e têm capacidade de prestar depoimentos exatos (Garrido e Masip, 2001; Holliday, 2003). A literatura tem ainda demonstrado de forma bastante consistente as dificuldades das crianças (e de muitos adultos) na compreensão da terminologia legal. Saywitz *et al.*, no seu estudo de 1990, mencionam o caso de uma criança alegadamente abusada, cujo testemunho, em tribunal, foi fortemente desacreditado, porque não conseguiu identificar o alegado agressor presente na sala, apesar de, anteriormente, o ter apontado com o dedo.

Como veremos mais adiante, a própria compreensão das crianças sobre os processos judiciais nos quais se encontram envolvidas também é limitada.

A maior parte dos estudos nesta área utiliza uma metodologia correlacional na qual é apresentada às crianças uma lista de termos legais para elas reconhecerem e definirem. Os resultados são extremamente consistentes. As crianças (à exceção da palavra "polícia") só começam a ter capacidade de compreender o significado de termos como "testemunho", "juiz" ou "advogado" a partir dos 10 anos (Flin *et al.*, 1989; Saywitz, 1989; Saywitz *et al.*, 1990; Perry *et al.*, 1995). Ericson e Pearlman (2001) chegaram a resultados semelhantes com uma amostra de adultos com atraso no desenvolvimento. Para Flin *et al.* (1989), as crianças não compreendem o papel dos advogados e dos jurados, o que é um julgamento ou o que são as provas e nenhuma das crianças que participou neste estudo compreendia porque um tribunal deve ter em consideração a evidência para emitir uma sentença. Cashmore e Bussey (1990 *apud* Sas, 2002) referem ainda que a aquisição do significado dos termos surge de forma sequencial, sendo os termos "juiz" ou "testemunha" adquiridos antes dos outros, como "advogado" ou "júri". Warren-Leubecker *et al.* (1989) acrescentam um aspeto importante à análise da compreensão da terminologia legal: à medida que a criança cresce, verifica-se uma transformação das lacunas de compreensão em erros compreensão. Se uma criança de quatro anos não sabe o que é um juiz (lacuna de compreensão), uma de oito anos tem uma noção errada (erro de compreensão). Esta análise mais pormenorizada dos erros cometidos pelas crianças na compreensão dos termos legais, e não apenas dos erros de definição, como alguns estudos anteriores fizeram, permitiu também a Saywitz *et al.* (1990) distinguir dois tipos de erros: erros

fonéticos e erros homónimos. Nos erros fonéticos, a criança confunde foneticamente o termo técnico desconhecido com uma palavra familiar. Assim, o som fonético de uma palavra desconhecida (*jury*) passa a ser identificado com o som de uma palavra familiar (*jewelry* ou *journey*). Nos erros homónimos, quando o termo apresentado tem vários significados, a criança associa esse termo ao significado mais familiar, não reconhecendo a possibilidade de outros significados (*charges* é algo que se faz com o cartão de crédito).

A compreensão da linguagem e do contexto judicial é importante nas situações em que os menores são ouvidos na qualidade de vítimas ou testemunhas. Contudo, parece-nos que a compreensão destas questões, quando referidas a jovens envolvidos em casos penais na qualidade de ofensores, se reveste de particular relevância, uma vez que o direito de defesa do jovem pode ficar comprometido. Neste sentido, Crawford e Bull (2006) referem um estudo no qual foi solicitado a um grupo de jovens que tinham cometido uma infração penal que definissem trinta e sete palavras que poderiam ouvir numa situação judicial. Os resultados mostraram que estes jovens evidenciavam um reconhecimento e uma capacidade insuficientes de definição de termos como “crime”, “condenação”, “suspeito” ou “magistrado”. O estudo de Hart e Risley (1995) confirma que os jovens delinquentes apresentam dificuldades em compreender a informação técnica e os termos legais utilizados pelos profissionais em contextos penais. Peterson-Badali *et al*. (1997) acrescentam ainda que a maior parte dos jovens delinquentes que participaram no seu estudo não compreendia a relação que devia estabelecer com o seu advogado. A falta de entendimento dos jovens sobre os contextos judiciais e a linguagem utilizada pode afetar a forma como os próprios juízes avaliam os factos (Crawford e Bull, 2006).

Outro aspeto relevante da presença de crianças em tribunal diz respeito às emoções que as mesmas costumam manifestar nessas situações. Freshwater e Aldridge (1994) compararam o conhecimento e as emoções associadas ao funcionamento de um tribunal por parte de um grupo de crianças que iriam testemunhar em tribunal com outro grupo de crianças sem contacto com o sistema judicial e ainda com um grupo de adultos. Os resultados revelaram que as crianças apresentam um nível de conhecimento mais baixo que os adultos. Todavia, ter contacto ou não com a justiça não afeta a perceção que as crianças têm dos tribunais como lugares *stressantes* e ansiogénicos. Porém, estes autores encontraram diferenças entre os dois grupos de crianças em relação às preocupações e medos que manifestaram perante a situação de ter de testemunhar. Se entre as crianças que não tinham contacto com o sistema judicial as preocupações se centravam em aspetos gerais, como o local, o facto de ser uma situação nova, ou de não conhecerem as

pessoas envolvidas, no caso das crianças com a expectativa real de testemunhar, as preocupações estavam focadas no próprio tribunal, nas questões que seriam colocadas e na forma como iriam responder às mesmas. Por outro lado, um estudo de Goodman *et al*. (2006) mostra que as crianças que testemunham em tribunal apresentam atitudes negativas em relação ao mesmo, sentindo-se ignoradas e silenciadas durante o processo.

Apesar disso, de forma geral, as crianças confiam nas capacidades e nas boas intenções dos adultos que representam algum papel no processo judicial. Assim, por exemplo, as crianças acreditam que o juiz interpretará o caso segundo a perspetiva delas, pelo que não compreendem que um juiz possa pensar que não estão a dizer a verdade. Além disso, as crianças mantêm expectativas pouco realistas sobre o papel do juiz no processo, uma vez que assumem que este se encarregará de resolver os problemas causados pelo arguido. As crianças mais novas acreditam que o arguido dirá a verdade em tribunal, uma vez que não se deve mentir neste contexto (Sas, 2002). Desta forma, será difícil para as crianças compreenderem frases como "para além de toda a dúvida razoável", assim como a aplicação do princípio de presunção de inocência (*ibidem*).

Recentemente, têm sido desenvolvidos programas destinados a preparar as crianças para testemunhar em casos penais. Um exemplo deste tipo de programas é o Child Witnesses Project, desenvolvido e aplicado pelo Centre for Children & Families in the Justice System do Canadá. A preparação das crianças através deste programa apresentou como principais benefícios o aumento da compreensão sobre os procedimentos no tribunal, a redução da ansiedade perante a situação de ter de testemunhar; o desenvolvimento de competências relacionadas com a apresentação do testemunho, assim como um aumento da atenção dos diferentes intervenientes legais às necessidades pessoais da criança. O trabalho desta equipa não se limitou à intervenção. Os investigadores publicaram numerosos trabalhos que permitem a preparação eficaz das crianças que irão testemunhar (por exemplo Cunningham e Stevens, 2011; Cunningham, 2009). Alguns autores têm alertado para esta necessidade de preparação e formação também dos profissionais que irão contactar com a criança durante o decorrer do processo em que a mesma se encontra envolvida.

Eltringham e Aldridge (2000) referem, por exemplo, que os profissionais judiciais têm tendência a sobrevalorizar o conhecimento que as crianças têm do sistema judicial. No seu estudo, evidencia-se uma clara discrepância entre o conhecimento real que as crianças de onze anos têm do sistema judicial e o conhecimento que os profissionais encarregados do processo judicial consideram que elas têm.

A influência das questões relacionadas com a forma como as crianças são inquiridas é especialmente relevante nos sistemas jurídicos que permitem a inquirição direta e cruzada (*Cross-Examination*) das testemunhas, na qual ambos os advogados podem colocar questões às crianças (Zajac *et al*., 2003; Zajac e Hayne, 2006). Diversas investigações nestes contextos jurídicos revelam que os advogados da defesa usam um estilo de inquirição menos apropriado e adaptado à idade da criança do que os advogados da acusação (Goodman *et al*., 1992, nos EUA; Cashmore e DeHaas, 1992, na Austrália; Flin *et al*., 1992, na Escócia; Davies e Seymour, 1998 e Zajac *et al*., 2003, na Nova Zelândia). Sas (2002) alerta ainda para a especial suscetibilidade das crianças às técnicas utilizadas pelos advogados para as desacreditar.

Para além da análise da compreensão da terminologia legal, existem estudos que se têm debruçado sobre um aspeto complementar e relacionado com as questões linguísticas, isto é, com a compreensão que as crianças têm dos procedimentos judiciais nos quais se encontram envolvidas. Mais uma vez, diversos estudos verificaram que a maior parte das crianças não compreendem os procedimentos legais em que estão envolvidas e que esta compreensão evolui paralelamente à idade. Warren-Leubecker *et al*. (1989) realizaram um estudo com crianças entre os três e os catorze anos, verificando um aumento dos conhecimentos legais conforme a idade. Estes autores referem ainda que, até aos 8 anos, as crianças apresentam conhecimentos muito limitados. Goodman *et al*. (2006), numa investigação desenvolvida em 2006, verificaram que 54% das crianças entre os sete e os dez anos de idade entrevistadas após terem assistido em tribunal (*Dependency Courts*) à leitura da decisão sobre a medida de proteção que lhes iria ser aplicada (medida que pode incluir a institucionalização), não compreenderam a decisão tomada pelo juiz e as suas reais implicações.

As crianças menores de dez anos apresentam grandes dificuldades em compreender aspetos do sistema jurídico, como o sistema acusatório, assim como os papéis opostos da defesa e da acusação sobre o mesmo caso judicial. Algumas crianças baseiam os seus conhecimentos no que veem na televisão. Neste sentido, Warren-Leubecker *et al*. (1989) afirmam que uma criança pode definir um juiz como um homem vestido de preto que tem a capacidade de castigar ou mandar uma pessoa para a prisão, mas não compreender, por exemplo, que as crianças não seriam objeto dessa punição.

Importa então questionarmos em que medida a justiça está a proteger uma criança que não entende as decisões que lhe são aplicadas, os procedimentos nos quais está envolvida ou a linguagem utilizada. Os estudos referidos anteriormente

apresentam-nos as crianças como elementos especialmente vulneráveis no seu contacto com a justiça.

Como já mencionado, a esmagadora maioria dos estudos nesta área foi realizada num contexto judicial anglo-saxónico (EUA, Reino Unido e Austrália). É possível generalizar a outros sistemas de justiça os dados acerca das dificuldades experimentadas pelas crianças, mas não é possível generalizar dificuldades linguísticas específicas.

Neste sentido, é fundamental a replicação destes estudos em contextos legais diferentes, com línguas diferentes. Quais são os termos legais utilizados nos tribunais portugueses que as crianças não compreendem? A partir de que idade começam a compreendê-los? Qual a compreensão que as crianças têm dos procedimentos judiciais nos quais costumam estar envolvidas em Portugal? Se pretendemos implementar em Portugal as recomendações do Conselho da Europa (ou da União Europeia), devemos desenvolver mecanismos e ferramentas concretas que permitam aos profissionais envolvidos uma real adaptação dos sistemas jurídicos concretos.

A investigação que aqui apresentamos, intitulada "A compreensão das crianças da terminologia legal e os processos judiciais", pretende dar resposta a estas necessidades e auxiliar a implementação das diretrizes europeias sobre a adaptação da justiça às crianças, em especial a adaptação da linguagem à sua idade e nível de compreensão. Com este objetivo, será analisado o conhecimento que as crianças têm dos termos legais utilizados habitualmente nos tribunais portugueses e será elaborada uma ferramenta que permita aos magistrados uma melhor comunicação com as crianças em tribunal. Numa primeira fase, serão analisadas inquirições de crianças em tribunal com o objetivo de identificar os termos legais utilizados pelos magistrados na tomada de declarações a crianças. Numa segunda fase, esses termos legais serão integrados em listas de palavras e será pedido a crianças escolarizadas para os definirem. Os resultados permitirão identificar os termos que não são compreensíveis para as crianças. O controlo de variáveis como a idade, o nível de desenvolvimento linguístico e o contacto da criança com a justiça permitirá estabelecer comparações entre diferentes grupos de crianças. Numa terceira fase, através de uma metodologia quase-experimental, será apresentada às crianças uma situação de conflito entre dois adultos. As crianças serão posteriormente entrevistadas sobre o conteúdo da situação observada recorrendo aos termos legais identificados como incompreensíveis (grupo controlo) ou a alternativas simplificadas desses mesmos termos (grupo experimental). Espera-se que a qualidade das respostas emitidas pelas crianças do grupo experimental seja superior à das crianças do grupo controlo. Os resultados permitirão desenvolver uma ferramenta que possibilite aos magistrados o reconhecimento dos

termos legais incompreensíveis para crianças de diferentes idades e quais as alternativas adequadas.

Este projeto pretende, em definitivo, servir como instrumento de implementação de uma justiça mais amiga das crianças nos tribunais portugueses.

ANA SACAU

Doutorada em Psicologia pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Professora associada na Universidade Fernando Pessoa onde leciona nos cursos de Psicologia e Criminologia e coordena o projeto "As crianças e a justiça: análise da compreensão das crianças da terminologia legal e os processos judiciais" (PTDC/MHC-PAP/3646/2012).

Contacto: pssacau@ufp.edu.pt

GLORIA JÓLLUSKIN

Doutorou-se em Psicologia Social pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Atualmente é docente na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Fernando Pessoa onde leciona nos cursos de Psicologia e Criminologia. Integra a equipa do projeto "As crianças e a justiça: análise da compreensão das crianças da terminologia legal e os processos judiciais" (PTDC/MHC-PAP/3646/2012).

Contacto: gloria@ufp.edu.pt

TERESA TOLDY

Doutorada em Teologia pela Philosophisch-Theologische Hochshule Sankt Georgen (Frankfurt), com pós-doutoramento pelo Centro de Estudo Sociais (CES) da Universidade de Coimbra. É professora associada com agregação na Universidade Fernando Pessoa (área da Ética), vice-presidente da Comissão de Ética da mesma universidade e investigadora do CES, onde coordena o POLICREDOS - Observatório da Religião no Espaço Público. Integra a equipa do projeto "As crianças e a justiça: análise da compreensão das crianças da terminologia legal e os processos judiciais" (PTDC/MHC-PAP/3646/2012).

Contacto: toldy@ufp.edu.pt

ANA OLIVEIRA

Psicóloga com especialização na área jurídica. Atualmente é bolseira de investigação no projeto "As crianças e a justiça: análise da compreensão das crianças da

terminologia legal e os processos judiciais" (PTDC/MHC-PAP/3646/2012). Paralelamente desenvolve atividade na área da emergência e intervenção em crise.

Contacto: anaoliveira@ufp.edu.pt

JOANA MORAIS

Licenciada em Psicologia e finalista no mestrado em Psicologia Jurídica. Atualmente é bolseira de iniciação científica no projeto "As crianças e a justiça: análise da compreensão das crianças da terminologia legal e os processos judiciais" (PTDC/MHC-PAP/3646/2012).

Contacto: juanitah9@hotmail.com

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bruck, Maggie; Ceci, Stephen J.; Hembrooke, Helene (1998), "Reliability and Credibility of Young Children's Reports: From Research to Policy and Practice", *American Psychologist*, 53, 136-151.

Cashmore, Judith; DeHaas, Nicola (1992), *The Use of Closed Circuit Television: Child Witnesses in the Act.* Sydney: Australian Law Reform Commission.

Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º 78/87. Diário da República 40/87 – Série I Ministério da Justiça. Lisboa.

Conselho da Europa (2010), *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Council of Europe (1996), "European Convention on the Exercise of Children's Rights". Consultado a 03.09.2014, em http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/160.htm.

Council of Europe (2012), "Recommendation CM/Rec(2012)2 of the Committee of Ministers to Member States on the Participation of Children and Young People under the age of 18". Consultado a 03.09.2014, em https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1927229.

Crawford, Emma; Bull, Ray (2006), "Teenagers' Difficulties with Key Words Regarding the Criminal Court Process, *Psychology, Crime & Law*, 12(6), 653-667.

Cunningham, Alison (2009), "The Journey to Justice: A Guide to Thinking, Talking and Working as a Team for Young Victims of Crime in Canada's North". Consultado a 17.10.2013, em http://www.lfcc.on.ca/Journey_to_Justice.pdf.

Cunningham, Alison; Stevens, Lynda (2011), "Helping a Child Be a Witness in Court: 101 Things to Know, Say and Do". Consultado a 17.10.2013, em http://www.lfcc.on.ca/Helping_a_Child_Witness.pdf.

Davies, Emma; Seymour, Fred (1998), "Questioning Child Complainants of Sexual Abuse: Analysis of Criminal Court Transcripts in New Zealand", *Psychiatry, Psychology and Law*, 5, 47-61.

Eltringham, Simon; Aldridge, Jan (2000), "The Extent of Children's Knowledge of Court as Estimated by Guardians Ad Litem", *Child Abuse Review*, 9, 275-286.

Ericson, Kristine; Perlman, Nitza (2001), "Knowledge of Legal Terminology and Court Proceedings in Adults with Developmental Disabilities", *Law and Human Behavior*, 25(5), 529-545.

European Commission (2011), *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the region.* Consultado a 08.01.2013, em http://ec.europa.eu/justice/policies/children/docs/com_2011_60_en.pdf.

Farrugia, Ruth (2009), "Achievements in Taking Children's Rights further in Civil Justice", *in* Council of Europe – Directorate General of Human Rights and Legal Affairs. *Compilation of Texts Related to Child-friend Justice*. Strasbourg: Council of Europe, 48-63.

Flin, Rhona; Stevenson, Yvonne; Davies, Graham M. (1989), "Children's Knowledge of Court Proceedings", *British Journal of Psychology*, 80, 285-297.

Flin, Rhona; Bull, R.; Boon, J.;Knox, A. (1992), "Children in the Witness-box", *in* Helen Dent; Rhona Flin (orgs.), *Children as Witnesses*. Oxford, England: John Wiley and Sons, 167-179.

Freshwater, Kate; Aldridge, Jan (1994), "The Knowledge and Fears about Court of Child Witnesses, Schoolchildren and Adults", *Child Abuse Review*, 3(3), 183-195.

Garrido, Eugenio; Masip, Jaume (2001), "La evaluación psicológica en los supuestos de abusos sexuales", *in* Florencio Jiménez (org.), *Evaluación psicológica forense 1: Fuentes de información, abusos sexuales, testimonio, peligrosidad y reincidencia*. Salamanca: Amarú, 25-140.

Goodman, Gail; Taub, Elizabeth Pyle; Jones, David P. H.; England, Patricia; Port, Linda K.; Rudy, Leslie; Prado, Lydia (1992), "Testifying in Criminal Court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims", *Monographs of the Society for Research in Child Development*, 57(5), 1-142.

Goodman, Gail; Block, Stephanie D.; Oran, Diane; Quas, Jodi (2006), "Children's Knowledge and Attitudes Toward Dependency Court". Consultado a 08.11.2013, em http://etc.dss.ucdavis.edu:8080/CPPR/pdf/dependency.pdf.

Hart, Betty; Risley, Todd (1995), *Meaningful Differences in the Everyday Experience of Young American Children*. Baltimore: Paul Brooks.

Holliday, Robyn (2003), "Reducing Misinformation Effects in Children with Cognitive Interviews: Dissociating Recollection and Familiarity", *Child Development*, 74(3), 728-751.

Jones, David; McGraw, Melbourne (1987), "Reliable and Fictitious Accounts of Sexual Abuse in Children", *Journal of Interpersonal Violence*, 2, 27-45.

Kebbell, Mark; Johnson, Shane (2000), "The Influence of Lawyers' Questions on Witness Confidence and Accuracy", *Law and Human Behavior*, 24, 629-641.

Lamb, Michael; Hershkowitz, Irit; Sternberg, Kathleen J.; Esplin, Phillip W.; Hovav, Meir; Manor, Talma; Yudilevitch, Liora (1996), "Effects of Investigative Utterance Types on Israeli Children's Responses", *International Journal of Behavioral Development*, 19(3), 627-637.

Lei Tutelar Educativa. Lei n.º 166/99 de 14 de setembro. Diário da República - I SÉRIE-A. Assembleia da República. Lisboa.

Perry, Nancy; McAuliff, Bradley D.; Tam, Paulette; Claycomb, Linda; Dostal, Colleen; Flanagan, Cameron (1995), "When Lawyers Question Children: Is Justice Served?", *Law and Human Behavior*, 19, 609-629.

Peterson-Badali, Michele; Abramovitch, R.; Duda, J. (1997), "Young Children's Legal Knowledge and Reasoning Ability", *Canadian Journal of Criminology*, 39, 145-170.

Sacau, Ana (2012), "A prova por declarações da vítima menor de idade: As especiais exigências de protecção da vítima e a descoberta da verdade", *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 15, 317-327.

Sas, Louise (2002), "The Interaction between Children's Developmental Capabilities and the Courtroom Environment: The Impact on Testimonial Competency", Department of Justice, Canada. Consultado a 13.11.2013, em http://www.judcom.nsw.gov.au/publications/benchbks/sexual_assault/articles/Sas-Interaction_between_children_and_courtroom.pdf.

Saywitz, Karen (1989), "Children's Conceptions of the Legal System: Court Is a Place to Play Basketball", *in* Stephen Ceci; David F. Ross; Michael P. Toglia (orgs.), *Perspectives on Children's Testimony*. New York: Springer-Verlag, 131-157.

Saywitz, Karen; Jaenicke, Carol; Camparo, Lorinda (1990), "Children's Knowledge of Legal Terminology", *Law and Human Behavior*, 14, 523-535.

Saywitz, Karen; Camparo, Lorinda (1998), "Interviewing Child Witnesses: A Developmental Perspective", *Child Abuse & Neglect*, 22(8), 825-843.

Steller, Max (1991), "Comentary: Rehabilitation of the Child Witness", *in* John Doris (org.) *The Suggestibility of Children's Recollections. Implications for Eyewitness Testimony.* Washington: American Psychological Association, 106-109.

United Nations (2007), "General Comment No. 10 (2007) on Children's rights in juvenile justice", *in* Council of Europe – Directorate General of Human Rights and Legal Affairs. *Compilation of texts related to child-friend justice*. Strasbourg: Council of Europe, 325-336.

United Nations (2013), "Access to justice for children", *Report of the United Nations High Commissioner for Human Right*. Consultado a 03.12.2014 em http://www.ohh.org.

Warren-Leubecker, Amye; Tate, Carol S.; Hinton, Ivora D.; Ozbek, I. Nicky (1989), "What Do Children Know about the Legal System and When Do they Know it?" *in* Stephen Ceci; David F. Ross; Michael P. Toglia (orgs.), *Perspectives on Children's Testimony*. New York: Springer-Verlag, 131-157.

Zajac, Rachel; Gross, Julien; Hayne, Harlene (2003), "Asked and Answered: Questioning Children in the Courtroom", *Psychiatry, Psychology and Law*, 10(1), 199-209.

Zajac, Rachel; Hayne, Harlene (2006), "The Negative Effect of C ross-examination Style Questioning on Children's Accuracy: Older Children are Not Immune", *Applied Cognitive Psychology*, 20, 3-16.

A INTERVENÇÃO COM CRIANÇAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA INTERPARENTAL EM ARAGÃO (ESPANHA): RESPOSTA JUDICIAL E ASSISTÊNCIA SOCIAL INTEGRADA*

JORGE GRACIA

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, ESPANHA

ESCOLA DE CRIMINOLOGIA, UNIVERSIDADE DO PORTO, PORTUGAL

CARMEN MESA

INSTITUTO ARAGONÉS DE LA MUJER, ESPANHA

DAVID VILA

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, ESPANHA

PROYECTO PROMETEO – INSTITUTO DE ALTOS ESTUDOS NACIONALES, ECUADOR

TRADUÇÃO DE JORGE GRACIA E REVISÃO DE PAULA CASALEIRO

Resumo: A intervenção em casos de crianças expostas à violência doméstica interparental sofreu transformações nos últimos anos. Atualmente, estas crianças são vistas como vítimas, que necessitam de uma intervenção social integrada, não só quando são vítimas diretas, mas também quando testemunham ou são expostas à violência de género. Esta mudança também se reflete no sistema de justiça penal. Neste artigo discutem-se os principais elementos do enquadramento teórico e jurídico que refletem estas transformações em Espanha. Simultaneamente, são analisadas as principais características do modelo de intervenção desenvolvido na Comunidad Autónoma de Aragón (Espanha). Por fim, são discutidas as conclusões da pesquisa realizada pelo Laboratório de Sociologia do Direito da Universidade de Saragoça em parceria com o Instituto Aragonés de la Mujer (IAM), em 2013, sobre as respostas a este problema na região de Aragão (Espanha).

Palavras-chave: violência de género, crianças, vitimação, assistência social integrada, investigação sociojurídica.

* Este trabalho faz parte do Proyecto Consolider Ingenio 2010 “El tiempo de los Derechos” (CSD2008-00007).

THE INTERVENTION WITH CHILDREN VICTIMS OF DOMESTIC INTER-PARENTAL VIOLENCE: JUDICIAL RESPONSE AND COMPREHENSIVE SOCIAL ASSISTANCE IN ARAGÓN (SPAIN)

Abstract: The intervention with children exposed to domestic inter-parental violence has changed in the last years. Nowadays, these children are perceived as victims needing a comprehensive social intervention, not only when they are direct victims of this violence, but also when they witness or are exposed to it. This change also reflects on Criminal Justice. In this paper, the main elements of the legal and theoretical framework reflecting those changes are analyzed in the Spanish context. At the same time, the main characteristics of the intervention model designed in the Comunidad Autónoma of Aragon (Spain) are exposed. Finally, a discussion follows based on the conclusions of the research by the Laboratory of the Sociology of Law (Universidad of Zaragoza), in collaboration with the Instituto Aragonés de la Mujer (IAM) about the response to this problem in Aragon (Spain).

Keywords: gender and domestic violence, children, victimization, comprehensive social assistance, socio-legal research.

1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica contra as mulheres é um fenómeno muito complexo. Muitas das mulheres vítimas são mães e, consequentemente, muitas crianças ficam expostas a situações de violência que podem ter consequências graves no seu desenvolvimento. Deste modo, a formulação das políticas e estratégias de intervenção no âmbito da violência doméstica (ou da violência de género, como se costuma denominar em Espanha), deve incluir as crianças expostas.

No presente artigo discutem-se algumas das questões-chave para a compreensão da mudança da política de intervenção contra a violência doméstica do ponto de vista da vitimação das crianças, na Comunidade Autónoma de Aragão, no Nordeste de Espanha. Neste sentido, para além da discussão teórica e da análise do modelo de intervenção existente, apresentar-se-ão os principais resultados da investigação[1] realizada em 2013 sobre esta temática, pelo Laboratório de Sociologia do Direito da Universidade de Saragoça, em colaboração com o Instituto Aragonés de la Mujer (IAM).[2]

2. PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES DO ENQUADRAMENTO TEÓRICO-CONCEPTUAL E DA INTERVENÇÃO

Académicos, profissionais e técnicos têm demonstrado um interesse cada vez maior pelo impacto da violência de género nas crianças. Se as ofensas diretas à integridade das crianças são, atualmente, alvo de uma preocupação incontestada, pesa ainda uma certa despreocupação social relativamente ao fenómeno da vitimação indireta,

[1] Para consultar o relatório final da investigação ver Calvo *et al*. (2013).
[2] Um organismo oficial do governo da região ao qual compete a promoção da igualdade entre homens e mulheres e a coordenação das políticas relativas à violência doméstica

pois é menos expressivo do que um atentado direto à integridade da pessoa (Sani, 2006a: 851). Durante muito tempo, as crianças vítimas indiretas da violência ficaram escondidas atrás das paredes da privacidade do lar, como tinha acontecido, no passado, com outras vítimas de violência doméstica (Gómez Pardos, 2011: 16). Mas esta visão começou a mudar e essas vítimas invisíveis (Osofsky, 1995; Ordóñez e González, 2012) são-no cada vez menos, no que diz respeito ao desenvolvimento de políticas públicas e de recursos de intervenção.

Contudo, a fase ainda incipiente de desenvolvimento deste campo faz com que não seja fácil obtermos dados sobre o número de crianças expostas a este tipo de violência. Na arena internacional a ONU (2006: 15) estima que, a cada ano, entre 133 e 275 milhões de crianças são expostas a violência doméstica no mundo.

2.1. CONCEPTUALIZAÇÃO

De acordo com Holden (2003), um dos problemas da investigação relativa aos menores expostos à violência de género é o da falta de terminologia e definições comuns. Cada uma das tradições e abordagens científicas criaram e desenvolveram os seus próprios conceitos, definições e terminologia (Øverlien, 2010: 81). No entanto, a evolução da terminologia é um sinal da crescente importância social do fenómeno.

As primeiras definições exigiam a presença física das crianças no contexto da violência doméstica como fator determinante da sua vitimação e consideravam as mesmas como meras observadoras. Pese embora o uso de conceitos como “filhos e filhas de mulheres vítimas de violência” ou “crianças que testemunham violência” ter conferido visibilidade ao problema, estes conceitos subestimavam o sofrimento desses menores. Para além disso, estas definições condicionavam o processo de recuperação dos filhos e filhas, assim como o processo de saída da violência da própria mulher vítima (IAM e ADCARA, 2011: 20). Assim, consideramos que se deve optar por definições e conceitos que abranjam a complexidade do fenómeno e as consequências negativas da violência para as crianças, mesmo quando a violência não é direta ou principalmente perpetrada contra elas. O conceito de “crianças expostas à violência de género” (Lee *et al*., 2004; IAM e ADCARA, 2011; Øverlien, 2010; Carpenter e Stacks, 2009; Sani, 2006b) responde a tais exigências, ao incluir tanto as crianças, filhos e filhas de mulheres vítimas, diretamente expostas, física ou psicologicamente, à violência doméstica, como as crianças expostas indiretamente. Este conceito exprime, assim, o impacto que a exposição ao sistema de crenças e estilo parental do agressor, no quotidiano, tem sobre o desenvolvimento das crianças (Bancroft e Silverman, 2002: 2). Note-se que estes menores não são simples testemunhas, são também vítimas, pois as capacidades parentais são geralmente

afetadas pela dinâmica familiar e relacional de conflito, baseada na desigualdade, em contextos violentos (IAM e ADCARA, 2011: 21; Gómez Pardos, 2011: 183). Em suma, "criança exposta" é um conceito mais adequado do que o de "criança testemunha" ou "observadora", uma vez que é mais abrangente, incluindo as diferentes experiências que as crianças podem viver neste contexto (Holden, 2003: 152).[3]

Que situações abrange o conceito de crianças expostas à violência de género? Estas crianças podem ter sido testemunhas diretas da violência ou ter sido expostas às suas consequências, ter estado presentes durante a detenção do pai, ameaçadas, usadas ou até mesmo, em casos extremos, feitas reféns (Davies e Krane, 2006: 412). Por outras palavras, o conceito abrange uma multiplicidade de situações que vão desde estar diretamente envolvido no incidente violento, passando por observar os efeitos iniciais, até não ter consciência da situação (Holden, 2003: 152).[4] É frequente as crianças vivenciarem diversas formas de exposição, sendo difícil imaginar casos em que as crianças que testemunham a violência não observem também os efeitos iniciais desta violência e sofram as consequências. Assim, algumas das categorias podem coexistir. A exposição das crianças à violência pode evoluir ao longo do tempo (apenas ouvindo, como testemunhas oculares, ou envolvendo-se mais diretamente). A violência, às vezes, evolui em escalada (*ibidem*: 154).

A par da conceptualização, também os modelos de intervenção evoluíram, ao longo dos anos, de uma abordagem inicial limitada aos sintomas para um olhar mais amplo, que inclui questões familiares, académicas, sociais e também questões relativas ao sistema de crenças. Na década de 1980, as propostas de investigação e intervenção focaram-se principalmente nas sequelas psicopatológicas. Na década de 1990, a pesquisa expandiu-se e começou a olhar para as variáveis de resistência ou resiliência (capacidade de superação) das crianças (Beeman, 2001; Hughes *et al.*, 2001; Thomas e Hall, 2008; Martínez-Torteya *et al.*, 2009).

---

[3] Um conjunto de autores (Eriksson *et al.*, 2005; Hester e Radford, 1996; Källstrom Cater, 2004; McGee, 2000) prefere o conceito de crianças que "experimentam" violência doméstica. Este conceito centra-se na perspetiva da criança, enfatizando a posição subjetiva dela. A criança já não é a recetora passiva que o termo "criança exposta" parece sugerir. É vista como um agente ativo da sua própria vida, em que a violência é uma experiência importante que a força a agir de muitas maneiras (Øverlien, 2010: 82).

[4] Holden (2003: 152-153) propõe uma taxonomia da exposição das crianças à violência, que abrange dez categorias diferentes: é exposta no período pré-natal (com efeitos reais ou imaginados sobre desenvolvimento fetal), a criança intervém (verbal ou fisicamente para prevenir a violência), é vitimizada (a criança é vítima física ou psicologicamente durante o incidente), participa (a criança voluntariamente ou de maneira forçada intervém no incidente violento, por exemplo, agindo como um espião), testemunha (observa os incidentes), ouve (ouve incidentes, mas não os vê diretamente), observa os efeitos iniciais (nota alguns dos efeitos iniciais da violência na mãe, como contusões ou feridas, assiste à intervenção da polícia, ambulância, etc.), experimenta as consequências (muda a vida da criança, como resultado de violência, por exemplo, realocação em outro lugar, a separação do pai ou depressão materna), sabe da violência por outra pessoa (a criança sabe da violência porque a própria mãe, outros parentes ou pessoas conhecidas contam) e, por fim, a criança permanece fora (os incidentes ocorreram fora de casa ou quando a mãe pensa que a criança não se apercebeu, porque estava a dormir, por exemplo). As primeiras seis categorias representam alguma forma de envolvimento direto das crianças e as quatro últimas implicam uma exposição mais indireta.

Desde os anos 2000, destacam-se, no enquadramento teórico, os modelos ecológicos multifatoriais, que colocam o foco nos fatores (estáticos e dinâmicos) que potenciam ou limitam o impacto negativo da exposição à violência (Ramos *et al*., 2011: 5; Carpenter e Stacks, 2009). A partir desta perspetiva tem-se demonstrado como a violência de género tem implicações importantes e inter-relacionadas em diversas áreas do desenvolvimento humano (físico, cognitivo, social e emocional). A título de exemplo, o impacto da violência a curto prazo sobre as crianças pode revelar-se em problemas sociais e emocionais, tais como comportamento agressivo, ansiedade, retrocessos na competência social e baixo desempenho escolar (Band Winterstein, 2014; Carrel e Hoekstra, 2010; Herrenkohl *et al*., 2008; Levendosky e Graham-Bermann, 2001).[5] É por isso que, segundo Holden (2003), os menores expostos à violência doméstica podem ser considerados vítimas de maus tratos psicológicos, por viverem num contexto violento.[6]

Contudo, as consequências no desenvolvimento das crianças submetidas a este tipo de violência não são homogéneas, pois estão condicionadas por numerosos fatores de risco e proteção: o tempo de exposição, o próprio tipo de violência (físico, emocional, direto, indireto, etc.), a idade da criança, a relação do agressor com a vítima, a capacidade de receber ou não ajuda especializada (Ordóñez e González, 2012: 30-33). Os efeitos que o trauma da exposição à violência doméstica pode ter no desenvolvimento psicológico, emocional e cognitivo das crianças são, portanto, complexos. No entanto, a investigação relativamente ao atendimento destas crianças em fases iniciais do trauma está a revelar que estes efeitos não têm de ser permanentes (Carpenter e Stacks, 2009: 837).

[5] Pese embora a maior parte da literatura existente centrar-se nos efeitos a curto prazo, são cada vez mais comuns os estudos que examinam os efeitos a longo prazo, analisando como a situação de violência de género moldou a relação dos filhos e filhas com os pais, na idade adulta. Por exemplo, um estudo qualitativo recente dos Estados Unidos da América revela, entre outras coisas, como a experiência destes jovens adultos, que foram expostos à violência de género em crianças, gera muitas vezes um sentimento ambivalente neles, entre a obrigação de cuidar dos pais idosos e a memória da violência vivenciada (Band-Winterstein, 2014).

[6] Este autor considera seis formas diferentes de maus-tratos psicológicos: as crianças estão aterrorizadas (a exposição à violência cria medo relacionado com a segurança da mãe e da própria criança), estilo de educação corruto (permitindo ou incentivando comportamento impróprio ou antissocial), rejeição (atos verbais ou não verbais que supõem a rejeição da criança), negação de uma resposta emocional adequada para a criança (as tentativas e as necessidades da criança de interagir e mostrar alguma emoção positiva são ignoradas), isolamento (confinar ou colocar limites não razoáveis à criança para o contato com outras pessoas), negligência da saúde mental, médica, educacional (falha no fornecimento das necessidades ou recusa em permitir aquilo que for necessário para as necessidades ou resolver os problemas da criança) (Holden, 2003: 157).

AS TEORIAS DA APRENDIZAGEM SOCIAL E AS CRIANÇAS EXPOSTAS A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA INTERPARENTAL

As teorias da aprendizagem social *(social learning),* na esteira de Bandura (1963), facilitam a compreensão da origem da violência. A transmissão intergeracional da violência de género é determinada, em grande medida, por fatores culturais e educacionais. De acordo com estas teorias, o comportamento humano é aprendido através de modelos. É através da observação que realizamos do outro que obtemos ideias para novos comportamentos, já que são essas observações codificadas que nos servem de guia para as nossas ações. As crianças aprendem a definir-se a si próprias e ao mundo que as rodeia e a relacionar-se com ele a partir do que observam no seu contexto mais próximo (Ordóñez e Gonzalez, 2012: 35). Os filhos e filhas de mulheres agredidas ficam expostos não somente à influência dos fatores socioculturais, mas também à experiência de sofrerem violência dentro da família (*ibidem*). As crianças que crescem em lares violentos internalizam um conjunto de crenças e valores negativos que abrangem os estereótipos de género, as desigualdades entre homem/ mulher, as relações com os outros, bem como a legitimidade do uso da violência como meio de resolução de conflitos, que formam a base do seu comportamento futuro nos relacionamentos. A tendência é que as meninas se identifiquem com o papel materno, adotando comportamentos de submissão, passividade e obediência; e os meninos com o papel paterno, assumindo posições de poder e privilégio (Sepúlveda García de la Torre, 2006: 161).

Estas crianças e jovens aprendem, como se referiu, por experiência, que a violência é um meio adequado para a resolução de conflitos, que é parte inerente das relações familiares, que muitas vezes os agressores ficam impunes e que o recurso à violência constitui uma maneira eficaz de controlar outras pessoas (Osofsky, 1995: 5). Na sequência deste processo, as crianças expostas à violência na família ou na comunidade apresentam um maior risco de se tornarem autoras de violência (Bell, 1995). No entanto, devemos evitar apresentar os menores expostos a violência de género como condenados a uma vida de dificuldades. Muitas crianças expostas a essas situações demonstram uma grande resiliência e capacidade de quebrar o ciclo de violência. O que remete para a necessidade de estudos longitudinais que ajudem a compreender melhor os efeitos e entender como as formas de violência evoluem ao longo do tempo (Øverlien, 2010: 91).

Devemos também ter em mente que o relacionamento entre mães e filhos/as pode ser seriamente afetado por uma experiência deste tipo. A maioria dos transtornos que ocorrem, quando as crianças são vítimas diretas ou indiretas da violência, tem a ver com a incapacidade dos pais para atenderem às necessidades biológicas,

psicológicas e emocionais das crianças (Sepúlveda García de la Torre, 2006: 153). A capacidade de tratar dos seus filhos ou filhas pode ser afetada pela preocupação da mãe com a sua própria segurança e sobrevivência, enquanto noutros casos as crianças podem ser superprotegidas (Osofsky, 1995: 5). Embora existam evidências de que o cuidado das crianças pela mãe pode ficar comprometido, enquanto a mãe permanecer no relacionamento violento (Øverlien, 2010; Kelleher *et al.*, 2008; Levendosky e Graham-Bermann, 2000; Walker, 1984), a associação entre vítimas de violência e cuidado inadequado das crianças por parte da mãe é uma questão controversa (a literatura fala em uma culpabilização da mãe, *blaming it to the mother* (Øverlien, 2010: 85). É por isso que a avaliação do vínculo mãe-criança e a restauração (por vezes mesmo a criação) de um relacionamento saudável entre elas constituem objetivos prioritários na intervenção. Como salienta Osofsky: "a mais importante fonte de proteção para favorecer estratégias de *coping* numa criança exposta à violência doméstica é um forte relacionamento positivo, carinhoso e competente com um adulto, habitualmente um dos pais" (2003: 163).

2.2. ENQUADRAMENTO DA INTERVENÇÃO

Na abordagem do fenómeno, do ponto de vista da intervenção, sobrepõem-se duas instâncias: de um lado, os mecanismos de resposta à violência de género e, de outro lado, os serviços de proteção de crianças e jovens. Como veremos através dos resultados da investigação, apesar do aumento da colaboração e dos grandes esforços de integração, persistem diferenças entre estas duas perspetivas com consequentes mal-entendidos.

Geralmente, os serviços de proteção de crianças e jovens trabalham no sentido de preservar o relacionamento entre as crianças e os pais, enquanto os serviços de violência doméstica visam, sobretudo, o *empoderamento* das mulheres (mães) vítimas e o afastamento do agressor, como garantia da sua própria segurança. Isto pode levar a que uma mesma família seja tratada de forma diferente em cada um destes serviços. Por exemplo, a intervenção de um técnico integrado num serviço de atendimento às mulheres vítimas de violência centra-se muitas vezes na decisão da mulher de manter ou não o relacionamento com o agressor, entendida como uma decisão da própria. Por sua vez, o serviço de proteção de crianças e jovens coloca o foco na situação de perigo para as crianças que a decisão da mãe de manter o relacionamento pode criar. O que pode ser entendido pelos serviços de atendimento às mulheres vítimas como uma forma de vitimação secundária destas (Beeman e Edelson, 2000: 349).

Para a proteção adequada das crianças é essencial que os serviços e os profissionais de proteção de crianças compreendam as dinâmicas e as questões

relacionadas com a violência de género. Uma parte importante do trabalho destes profissionais junto das mulheres sobreviventes e das crianças expostas é reconhecer o que a mãe tem feito para se proteger a si própria e à criança (Carpenter e Stacks, 2009: 837). Da mesma forma, as vítimas de violência e os profissionais que as apoiam e acompanham devem ser capazes de confiar e trabalhar juntamente com os serviços de proteção de crianças e jovens, de modo a salvaguardarem a sua segurança (Douglas e Walsh, 2010: 489). O trabalho conjunto com a família e com profissionais de diferentes serviços faz frequentemente com que o processo de decisão volte para a mãe vítima, quando ela, provavelmente, sente que não tem qualquer controlo sobre a sua própria situação e a situação das crianças. Escutando aquilo que foi feito pelas mulheres vítimas e valorizando os passos adequados e positivos dados por elas, as próprias crianças também começarão a sentir uma maior sensação de controlo e esperança sobre a sua vida (Carpenter e Stacks, 2009: 837).

A existência de estruturas e perspetivas diferentes para o atendimento das crianças e mulheres pode também influenciar as relações entre mães e filhos ou filhas. É um exemplo comum de resiliência a maneira como estas relações, que às vezes foram sujeitas a uma grande erosão, continuam ao longo de anos de exposição à violência e são mantidas e reforçadas após a rutura do casal. No entanto, é essencial que os profissionais favoreçam o fortalecimento da relação, configurando um espaço de trabalho e de intervenção conjunto e coordenado. Não devem, portanto, separar o trabalho com crianças do trabalho com as mães, prejudicando inadvertidamente o sucesso da intervenção (Humphreys *et al*., 2011: 181).

DUAS QUESTÕES IMPORTANTES: CASAS DE ABRIGO E DECISÕES JUDICIAIS SOBRE GUARDA DOS MENORES

Neste contexto, e com vista a uma compreensão mais profunda do fenómeno, há dois elementos que são particularmente relevantes: primeiro, a integração destas crianças nas casas de abrigo (ou noutros serviços similares) onde podem ser acolhidas junto com as mães e, segundo, as decisões judiciais sobre a guarda das crianças.

Em primeiro lugar, no que diz respeito às casas de abrigo, não devemos esquecer que, pelo menos na Comunidade Autónoma de Aragão, estes espaços acolhem tantos ou mais filhos/as do que mulheres e, segundo alguns autores, isso também acontece noutros países (Stephens *et al*., 2006: 148).[7] Este serviço constitui um espaço de cuidado temporário, de avaliação pessoal e de convívio, que visa a recuperação das mulheres e dos seus filhos ou filhas (Bravo, 2008: 349). Por conseguinte, é essencial

[7] Nos recursos residenciais para vítimas de violência doméstica em Aragão, em 2010 foram acolhidas 219 crianças e 210 mulheres; em 2011 foram acolhidas 179 mulheres e 177 crianças (Calvo *et al.,* 2012: 17, Tabela IB8).

integrar as crianças expostas à violência de género na intervenção que é realizada nestes espaços, o que contribuirá para pôr fim ao ciclo de violência, tanto em relação à mãe, como aos filhos. Embora, segundo Stephens *et al.* (2006: 138), as diferentes circunstâncias das famílias acolhidas nas casas de abrigo, a ampla gama de necessidades das crianças (educacionais, psicológicas, de recuperação e de apoio, entre outras), as limitações nos meios e recursos, assim como a duração imprevisível dos acolhimentos (muitas vezes curto) possam dificultar o desenvolvimento, a implementação e avaliação dos programas de intervenção, que visam integrar os menores nestes espaços.

Em segundo lugar, a regulação judicial das responsabilidades parentais é um momento particularmente sensível, marcado, em geral, pelas tensões entre as perspetivas mais viradas para as crianças e as perspetivas mais viradas para as mulheres. Por um lado, as primeiras entendem que o superior interesse das crianças passa pela conservação do relacionamento com o pai agressor. Por outro lado, as segundas consideram que o superior interesse da criança passa por garantir a segurança das mães, mantendo-a afastada do pai agressor, e tomam como ponto de partida o elo entre mães e crianças para garantirem essa proteção (Meier, 2003: 660). Se houver desacordos na intervenção entre as diferentes agências, é comum os serviços de proteção de crianças escolherem a primeira opção e os serviços de atendimento às mulheres vítimas a segunda.

Neste contexto, não admira que a intenção da mãe de limitar o acesso do agressor aos seus filhos seja, por vezes, considerada como suspeita. Segundo Joan Meier (2003: 672-673), muitos dos tribunais de família parecem fazer uma separação entre as questões relativas à guarda ou regime de visitas e aquelas relacionadas com a violência conjugal. Segundo alguns autores, é comum os juízes e peritos forenses partirem do princípio da equidade parental *(parental equity),* promovendo soluções como a guarda partilhada ou regimes análogos, como um amplo plano de visitas, mesmo em situações de violência conjugal (Meier, 2003; Picontó, 2010: 68 ss.; Bodelón, 2010: 142 ss.).[8] Por outras palavras, a violência é vista como um evento passado, com pouca relevância para as decisões sobre a guarda ou sobre o regime de

[8] Na opinião de Ana Isabel Sani (2006b: 291), nestes casos de separação e divórcio com violência a decisão de guarda conjunta não é viável. Em Espanha, a guarda conjunta não pode ser atribuída legalmente se um dos pais estiver envolvido num processo-crime por pôr em perigo a vida, a integridade física, a liberdade, a integridade moral ou a liberdade sexual do outro cônjuge ou as crianças que vivem com ambos (Gutierrez, 2010: 3). Nem quando o juiz perceber dos argumentos das partes e das provas apresentadas a existência de fundada suspeita de violência doméstica (artigo 92, 7.º Código Civil Espanhol). A atribuição da guarda conjunta em processos sem acordo, mesmo sem violência, tem sido muito rara em Espanha (Picontó, 2010: 64). No entanto, nos últimos anos, várias jurisdições provinciais têm aprovado leis civis que favorecem a guarda conjunta como uma opção na ausência de acordo. Para Aragão, ver Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

visitas, que se orientam para o futuro.[9] O que desacredita o progenitor que quer a guarda exclusiva e a limitação do regime de visitas e pode afetar o tratamento judicial da violência de género. De acordo com Meier (2003: 681), aumenta o ceticismo sobre as alegações da mulher e pode favorecer a ideia de que existe alguma responsabilidade mútua. Assim, as mulheres vítimas de violência de género que não apresentaram queixa e se opõem ao regime de guarda conjunta (ou análogo) ficam presas num dilema: ou denunciam a violência ou a oposição delas será interpretada como um elemento que causa conflito (Bodelón, 2010: 142).

3. A INCLUSÃO DAS CRIANÇAS VÍTIMAS NA LEGISLAÇÃO RELATIVA À VIOLÊNCIA DE GÉNERO

O enquadramento legal relativo à proteção das crianças vítimas de violência apresenta, em Espanha, diferentes níveis de competência. Iremos analisar os aspetos essenciais da legislação aplicável nos dois principais níveis de competência que determinam a resposta na Comunidade Autónoma de Aragão: o nível estatal (nacional) e o nível regional (região autónoma).

3.1. A LEGISLAÇÃO NO ESTADO ESPANHOL

O primeiro patamar na proteção dos menores em situações de violência de género, a nível nacional, atingiu-se com a regulação da, assim designada, ordem de proteção *(orden de protección)* em casos de violência doméstica.[10] Este instrumento legislativo pode ser aplicado pelo juiz a fim de disponibilizar à vítima (e outras pessoas próximas a ela, em situação objetiva de risco) diferentes tipos de proteção, enquanto durar o processo-crime.

No que diz respeito ao tema do presente artigo, a caraterística mais relevante deste instrumento jurídico é o da possibilidade da ordem de proteção não se restringir apenas às mulheres vítimas de violência de género, podendo-se estender a outras vítimas, reais ou potenciais, quando for necessário. Assim, as crianças expostas à violência podem ser destinatárias privilegiadas destas medidas de proteção. Contudo, existem outros dois aspetos inovadores nesta ferramenta de proteção. O primeiro aspeto diz respeito à possibilidade de, numa única decisão, proferida pelo mesmo

[9] No caso espanhol, se houver indícios de violência doméstica, o Juzgado de Violência sobre la Mujer (JVSM) também decide sobre as questões relativas à guarda, regimes de visita e outras questões de direito civil que afetam as crianças. A atribuição destas decisões à seção cível de um tribunal especializado em violência doméstica pode atenuar as tendências acima referidas.

[10] A "ordem de proteção" foi introduzida pela Ley 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal e a Ley 27/2003, de 31 de Julio, de regulación de la orden de protección de las Victimas de Violencia Doméstica (cujo artigo 2.º, adita o artigo 544-B à Ley de Enjuiciamiento Criminal, o código processual penal espanhol).

Juiz, atualmente nos *Juzgados de Violencia sobre la Mujer,*[11] serem adotadas medidas cautelares de natureza penal e civil. Com efeito, a proteção provisória da vítima em situação de risco realiza-se quer através de medidas cautelares típicas dos processos penais, como a restrição dos direitos dos arguidos (como a liberdade de movimento ou de comunicarem com as pessoas designadas pela ordem de proteção), quer através de medidas cautelares características dos processos civis de divórcio e separação de pessoas e bens e de regulação das responsabilidades parentais. O segundo aspeto inovador é a incorporação de uma avaliação do risco de as vítimas sofrerem novos ataques, cabendo aos juízes avaliar, num momento processual anterior ao julgamento, a probabilidade, a severidade e a possibilidade de repetição da situação de violência.

Ao nível nacional, um segundo patamar é marcado pela aprovação da Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que introduziu importantes alterações sobre a matéria no Código Penal, criando os Juzgados de Violencia sobre la Mujer e incorporando a ideia de que não podemos tratar do problema da violência contra as mulheres em relacionamentos íntimos sem incluirmos as crianças (Bodelón, 2010: 134). Embora a definição jurídica de violência de género não inclua a violência dos homens sobre os menores,[12], estas situações passaram a estar contempladas de duas formas. Primeiro, quando existem maus-tratos diretos contra as crianças, o artigo 153.º do Código Penal Espanhol (CPE) considera estas vítimas como "pessoas especialmente vulneráveis" e associa diferentes penas de prisão e prestação de trabalho a favor da comunidade àquele crime. Além disso, quando os tribunais o julgarem "conveniente aos interesses da criança ou do incapaz", é possível inibirem o ofensor do exercício das responsabilidades parentais por um período de até cinco anos. As crianças são também incluídas como possíveis vítimas no crime de maus-tratos continuados, regulado no artigo 173.º, número 2, do CPE. A segunda proteção especifica que a Ley Orgánica 1/2004 introduz, como alteração ao artigo 153.º, número 3, do CPE, relativo ao crime de maus-tratos, é a imposição das penas previstas[13] na sua metade superior quando o crime "se cometer na presença de menores", muito embora a sua aplicação prática nas decisões dos tribunais seja bastante limitada. Numa perspetiva mais ampla, para lá da resposta penal, a Ley Orgánica 1/2004 reconheceu o direito das mulheres vítimas de violência de género à assistência social integrada (artigo 19.º,

[11] São tribunais especializados em violência contra as mulheres que têm competências de natureza penal e civil.
[12] Para uma análise pormenorizada da LO1/2004 ver Calvo García (2005), Larrauri (2008) e Laurenzo (2008).
[13] O artigo 153.º, do CPE prevê penas de prisão de seis meses até um ano.

número 1) por pessoal técnico qualificado (artigo 19.º, número 5). Este direito inclui também o atendimento dos filhos e filhas das mulheres vítimas.

Para além destes dois patamares, importa referir a LO 1/1996 de Protección Jurídica al Menor que enquadra muitas das situações familiares e pessoais destas crianças entre as premissas de risco, que obrigam as autoridades públicas a intervir para garantirem o melhor interesse, assim como a proteção da criança (artigo 17.º). Contudo, de acordo com o IV informe del Observatorio Estatal contra la Violencia sobre las Mujeres (2011: 85), existem algumas lacunas na proteção de crianças. O grupo de especialistas sublinhou, por um lado, a ausência de informações sobre as crianças e de audição da criança nos processos de avaliação e decisão destas situações. E, por outro lado, assinalou deficiências na coordenação entre os serviços de proteção às crianças e jovens e os serviços específicos contra a violência de género. Por conseguinte, o grupo de especialistas recomendou um maior esforço na recolha de dados relativos às crianças expostas à violência de género e uma melhoria na disponibilização de recursos e formação para os técnicos jurídicos e sociais envolvidos na resposta. No mesmo sentido, a recentíssima Estratégia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra las Mujeres en España (2013-2016) inclui, como objetivo geral, o atendimento das crianças vítimas de violência de género, principalmente através de duas ações: 1) a promoção do atendimento integrado, especializado e multidisciplinar – jurídico, psicológico e educacional – aos filhos menores de mulheres vítimas de violência de género; e 2) o estabelecimento de critérios homogéneos para a avaliação do risco através de protocolos uniformes para intervenção com estas crianças e as suas famílias.

Por fim, estes avanços também se refletem no campo da saúde, onde o *Ministerio de Salud, Servicios Sociales e Igualdad* aprovou, em 2012, um protocolo comum para a ação contra a violência de género, de aplicação em todo o país, que incorporou a deteção e avaliação das situações de violência de género com menores, a partir do sistema de proteção às crianças e jovens. Este documento encoraja a coordenação dos profissionais da pediatria com os da medicina familiar relativamente à suspeita ou evidência de exposição das crianças a violência de género.

3.2. A LEGISLAÇÃO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE ARAGÃO

A descentralização política do Estado espanhol implica uma distribuição das competências das administrações públicas nos diferentes níveis territoriais. Sobre a questão que nos preocupa, a competência em matéria penal cabe em exclusivo ao Estado central. No entanto, as competências sobre a "assistência social" (artigo 148.1.20.° da Constitución Española) são da responsabilidade exclusiva das

Comunidades Autónomas. Entre estas competências encontram-se a regulação das atividades de proteção das crianças, das mulheres e das famílias, bem como as relativas ao sistema de saúde. Daí que seja importante considerarmos a atividade legislativa do governo autónomo de Aragão sobre alguns destes assuntos.[14]

Na Comunidade Autónoma de Aragão foi também aprovada uma lei sobre violência contra as mulheres (Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón), que reconhece o fenómeno das crianças expostas à violência de género, incluindo-as no planeamento dos recursos de intervenção. Existe ainda o Segundo Plan Integral para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres en Aragón 2009-2012 (Departamento de Servicios Sociales y Familia. Gobierno de Aragón, 2010), que garante o direito à assistência social integrada dos filhos e filhas de mulheres vítimas de violência de género. E o Plan Integral de Infancia y Adolescencia de Aragón 2010-2014, (Departamento de Servicios Sociales y Familia. Gobierno de Aragón, 2011), que também contribui para o reconhecimento do fenómeno das crianças expostas à violência de género, prevendo tanto o tratamento das crianças expostas, como o apoio às suas famílias.

Uma vez que o foco deste artigo é a integração dos filhos e filhas de mulheres vítimas no modelo de intervenção contra a violência de género da Comunidade Autónoma de Aragão, esta questão será tratada com maior pormenor na secção seguinte.

4. A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE INTERVENÇÃO EM ARAGÃO

No que respeita ao modelo de intervenção da Comunidade Autónoma de Aragão, é importante fazer duas considerações prévias importantes: em primeiro lugar, estamos a falar de um modelo ainda em construção; em segundo lugar, trata-se de um modelo abrangente, que agrega intervenções que provêm tanto do campo do atendimento à violência de género, quanto do campo da proteção de crianças.

Como já foi referido, a intervenção com filhos e filhas de mulheres vítimas de violência interparental tem, tradicionalmente, sido abordada a partir de dois modelos e contextos institucionais diferentes: um deles, que pode qualificar-se como *explícito*, em que os casos são abordados a partir do contexto específico da violência de género, dirigido em Aragão pelo IAM; e, junto deste, um outro espaço organizacional e

[14] Importa dizer que a Comunidade Autónoma de Aragão está organizada administrativamente em 33 comarcas (distritos locais que abrangem municípios próximos) que fornecem serviços descentralizados. Em relação à resposta contra a violência, o principal instrumento em vigor para a coordenação é *o Procedimento de coordenação autonómico para a prevenção e erradicação da violência contra as mulheres*, que visa facilitar o trabalho conjunto dos profissionais de apoio em diferentes áreas, incluindo o âmbito educacional, considerado essencial para a deteção de crianças vítimas de violência doméstica.

institucional, por assim dizer implícito, o Departamento de Bem-Estar Infantil do Governo de Aragão, que tem competência na proteção das crianças e que trabalha com crianças que se encontrem em situação de perigo.

4.1. O MODELO EXPLÍCITO: INTERVENÇÃO CONTRA A VIOLÊNCIA DE GÉNERO

Quanto ao espaço institucional explícito, devemos considerar a obrigação, estabelecida pela LO 1/2004, de disponibilizar um atendimento global e abrangente de todos os operadores jurídicos e sociais (artigo 32) às vítimas de violência de género, assim como a Ley aragonesa 4/2007, que afirma que:

> o governo de Aragão formalizará acordos institucionais tendo em vista a colaboração entre as diferentes administrações públicas e entidades com competências relativas a esta lei, com o fim de alcançarem uma assistência integrada e coordenada para mulheres vítimas de violência nas áreas relevantes (Disposição Adicional 1).

Ao abrigo desta última Lei, em 2008, foi aprovado o Protocolo de Coordenación Interinstitucional para la Prevención de la Violência de Género y Atención a las Víctimas en Aragón, que estabeleceu o quadro operacional de apoio às intervenções básicas e de coordenação entre as diferentes áreas de intervenção: saúde, sistema judicial, forças de segurança e serviços sociais. Este protocolo exige que se verifique a existência de crianças que possam estar a ser vitimizadas. Não obstante, o protocolo não prevê uma atenção especial e surpreende a não inclusão de qualquer menção aos serviços sociais de proteção da criança, nem ao meio educacional ou às especialidades médicas de pediatria, no seu plano de intervenção.

Através do IAM têm-se desenvolvido outras ações específicas com o objetivo de incluir na intervenção as crianças mais pequenas, filhas de mulheres vítimas de violência de género, como vítimas específicas e diferenciadas das suas mães. Gradualmente, tem-se conseguido ir além da abordagem tradicional dos serviços sociais, cuja ação se centrava apenas nas emergências e no encaminhamento das mulheres vítimas e dos seus filhos e filhas para os abrigos alternativos em caso de risco grave. Com efeito, cada vez mais técnicos e técnicas dos serviços sociais gerais[15] consideram a intervenção contra a violência de género como um processo de deteção e de recuperação que exige a intervenção de uma equipa multidisciplinar e que requer a intervenção não só em relação às mulheres vítimas, mas também em

[15] Contudo, em Aragão, em 2011, apenas 16% das mulheres vítimas de violência doméstica foram encaminhadas pelos serviços sociais para casas de abrigo e outros alojamentos alternativos (Calvo *et al*., 2012: 41 e ss.).

relação aos seus filhos e filhas, que são explicitamente considerados vítimas desta violência. Esta nova abordagem exige o reforço do trabalho em rede com outras instituições e organizações.

Esta mudança reflete-se em três aspetos específicos da intervenção do IAM contra a violência de género: 1) na conceção de um novo programa de intervenção que incorpora esta perspetiva; 2) na criação de um serviço especializado para o atendimento de crianças vítimas de violência doméstica; e, 3), na reconfiguração dos serviços de alojamento alternativos para as vítimas de violência de género. Quanto ao primeiro ponto, criou-se o *Programa de Intervenção Familiar com Famílias onde ocorre Violência de Género* (IAM e Sinhaya Cooperativa, 2012).[16] Este programa abrange, entre outras questões, as diferentes fases do processo de atendimento: deteção, intervenção de emergência, avaliação da situação e intervenção continuada. No caso específico da detecção, esta inclui a possibilidade de detetar situações de abuso infantil e o encaminhamento destas para os Centros de Serviços Sociais.[17] Nestes casos, faz-se uma entrevista presencial com a mãe, que serve de base para a posterior intervenção contra o abuso. Também na fase de deteção são objeto de especial atenção os casos, encaminhados pelo Ponto de Coordenação das Ordens de Proteção[18] aos Centros de Serviços Sociais, em que as medidas de proteção judicial para a mulher vítima de violência doméstica foram estendidas aos menores.

Em relação à fase de intervenção de emergência são especificadas as situações que podem gerar este tipo de intervenção, os objetivos imediatos da mesma, os critérios básicos a considerar e as funções dos profissionais de apoio dos Serviços Sociais. A atenção em relação às crianças tem sido incorporada através dos cuidados fornecidos por outros membros da família ou outras pessoas próximas através do acolhimento familiar. Além disso, registam-se os comportamentos, expressões e atitudes das crianças expostas para melhor intervir. Trata-se de atender às necessidades conjuntas das mães e dos menores.

Na fase de avaliação, a situação das crianças é considerada como uma das áreas a explorar.[19] A intervenção estrutura-se em torno das quatro possíveis fases em que

[16] Este é um programa desenvolvido, em 2013, pelo IAM, mas que se encontra integrado no catálogo de serviços sociais gerais. A intervenção visa orientar, aconselhar e apoiar a unidade familiar ou de convívio ou qualquer um dos seus membros, em situações de crise, risco ou vulnerabilidade (IAM e Sinhaya Cooperativa, 2012).

[17] Os Centros de Serviços Sociais são dispositivos que, ao nível da comunidade, recebem as possíveis denúncias sobre maus-tratos contra as crianças e que provêm de outras áreas como saúde, educação, lazer, etc.

[18] O IAM é o organismo responsável pela gestão do Ponto de Coordenação das Ordens de Proteção, nos termos da Lei 27/2003. Este serviço visa recolher informações sobre as diferentes decisões proferidas pelo sistema de justiça (ordens de proteção, medidas cautelares, arquivamentos e sentenças condenatórias) para poder intervir com vista a tornar efetivo o direito à assistência social integral (artigo 19 LO 1/2004).

[19] Para tal, abordam-se as características, consequências, efeitos e sintomas da violência doméstica em

as mulheres podem encontrar-se: 1) não se reconhece como vítima de violência doméstica, 2) reconhece a situação, mas mantém convivência com o agressor, 3) deu-se a rutura com o agressor; 4) reconstrói uma nova unidade familiar sem o agressor. Em todas essas fases são definidos os objetivos, as funções dos profissionais de apoio e as possíveis intervenções da equipa multidisciplinar com cada um dos componentes da família: a mulher, o agressor (companheiro ou ex-companheiro da mulher e, muitas vezes, o pai das crianças) e cada um dos menores envolvidos.

Do ponto de vista de um serviço de apoio a mulheres vítimas de violência de género, a intervenção tem como objetivo promover a autonomia e o empoderamento das mulheres, com o objetivo de estas saírem da situação de violência, serem autónomas e reconstruírem a vida familiar. A par destes objetivos, é também muito importante a segurança dos menores. Por isso, se a mãe não a puder garantir se regressar ao convívio com o agressor ou se existir um incumprimento das medidas legais aplicadas, o Serviço de Proteção de Crianças e Jovens pode promover a declaração de risco destas crianças ou outras medidas de proteção adequadas. Se as medidas de proteção judicial tiverem sido expressamente estendidas aos menores, esta declaração é automática. Finalmente, quando se atinge um nível mínimo de autonomia da nova família (mãe e filhos/as), reavaliam-se os aspetos que podem ter sido afetados no relacionamento mãe-filho ou mãe-filha.

Em relação ao segundo aspeto importante da evolução na intervenção do IAM, foi criado um serviço de apoio destinado aos filhos e filhas de mulheres vítimas de violência de género. O que conduziu à criação de um serviço terapêutico específico (embora limitado até hoje às três capitais provinciais de Aragão) para as crianças com traumas relacionados com a violência de género.

Finalmente, o terceiro aspeto inovador no tratamento de crianças prende-se com a sua plena incorporação nos serviços de alojamento alternativo para as vítimas de violência doméstica (casas de abrigo e outros). A própria denominação destes recursos de acolhimento passou a ser "serviços de alojamento e abrigo para mulheres e crianças vítimas de violência doméstica", incluindo os menores. E foram criados protocolos que especificaram as funções dos profissionais de apoio, no que diz respeito às crianças acolhidas nas várias fases de integração, permanência e saída das casas de abrigo.

---

crianças. Avaliar-se-ão os fatores de proteção existentes, a relação mãe-filho, a saúde, as relações entre irmãos e irmãs, e o relacionamento pai-filho. Esta avaliação culminará na elaboração de um plano de intervenção multifatorial, de modo a reparar os danos gerados nas crianças por este tipo de violência.

4.2. O MODELO IMPLÍCITO: INTERVENÇÃO DOS SERVIÇOS DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS

Para além desta intervenção explícita contra a violência de género, em Aragão, desenvolveu-se um modelo implícito de atendimento às crianças, filhos e filhas de mulheres vítimas de violência, a partir do Sistema de Proteção de Crianças e Jovens, cada vez mais influenciado pelo crescente reconhecimento social do problema das crianças expostas a contextos familiares violentos.

Segundo a estrutura organizacional e funcional do Sistema de Serviços Sociais em Aragão,[20] aos Serviços Sociais Gerais cabe a deteção, avaliação e intervenção em casos de maus-tratos que não requerem a separação das crianças da sua família. Enquanto aos Serviços Sociais Especializados compete assumir a tutela das crianças em situação de perigo, recorrendo ao acolhimento familiar ou residencial.[21] O sistema de proteção organiza-se em torno da definição e tipologia dos maus-tratos[22] contra as crianças e assenta na avaliação da gravidade e dos fatores de risco. Não obstante, a violência de género não aparece como uma categoria específica da tipologia ou como um indicador específico de abuso de crianças. O conceito mais próximo, do ponto de vista da criança, enquadra-se dentro dos maus-tratos psicológicos, considerando a violência doméstica extrema e/ou crónica contra a mãe como uma conduta gravemente prejudicial para o desenvolvimento da criança exposta.

De acordo com o programa de intervenção discutido na secção anterior, ao receberem uma notificação de suspeita de abuso infantil, os Centros de Serviços Sociais devem investigar a situação e aplicar as medidas de proteção mais adequadas, dependendo do tipo e gravidade dos maus-tratos detetados. Em conclusão, nada impede este sistema implícito de proteção de detetar casos de abuso e vitimação de menores inseridos num contexto de violência interparental.

Em suma, apesar de existir ainda um longo caminho a percorrer, especialmente em termos de coordenação entre os serviços de igualdade e atendimento às mulheres vítimas e os serviços de proteção às crianças, verifica-se um importante progresso do

[20] A estrutura funcional do sistema de serviços sociais em Aragão apresenta dois níveis: Serviços Sociais Gerais e Serviços Sociais Especializados. Os Serviços Sociais Gerais constituem o primeiro nível do Sistema Público de Serviços Sociais. Os Centros de Serviços Sociais são as estruturas administrativas e técnicas dos Serviços Sociais Gerais e contam na sua estrutura com equipas multidisciplinares. Em cada jurisdição (conjunto de municípios) há, pelo menos, um Centro de Serviços Sociais Geral. Os Serviços Sociais Especializados são dependentes do IAM (Governo de Aragão) e a eles cabe o atendimento de violência de género nos níveis superiores aos da comarca como, por exemplo, as casas de abrigo para mulheres e crianças vítimas.

[21] Ver Documento de Coordinación entre los Centros de Servicios Sociales y el Servicio Especializado de Menores (IASS, 2011).

[22] O abuso de crianças inclui uma tipologia de oito categorias: abuso físico, abuso psicológico, negligência física, negligência psicológica, abuso sexual, exploração sexual, corrupção e abuso pré-natal. Cada uma destas categorias é definida numa série de indicadores que, por sua vez, estão divididos em três níveis de gravidade: leve, moderado e grave.

ponto de vista dos serviços sociais e da intervenção comunitária. O modelo está a evoluir no sentido de uma abordagem mais holística, abrangente e multidisciplinar, organizada em torno de um processo de intervenção, que vai além dos limites do atendimento de urgência. Neste processo, a criança vítima de violência doméstica não pode ser vista como um "complemento" da mãe, mas como um sujeito com necessidades específicas, num contexto relacional impregnado pela violência.

5. RESULTADOS DA INVESTIGAÇÃO SOBRE CRIANÇAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA INTERPARENTAL EM ARAGÃO

A investigação do Laboratório de Sociologia do Direito da Universidade de Saragoça para o IAM (Calvo *et al.*, 2013) centrou-se na avaliação da situação do atendimento dos menores vítimas, no contexto mais abrangente da resposta oferecida à violência de género na Comunidade Autónoma de Aragão.

A metodologia adotada consistiu no registo e análise de conteúdo de todos os dossiês existentes nos arquivos do IAM de casos de menores, filhos e filhas de mulheres vítimas de violência de género, com medidas de proteção judicial específicas, nos anos 2010, 2011 e 2012, em Aragão. Para a recolha da informação destes dossiês foi criada uma base de dados, que permitiu a categorização e o posterior tratamento estatístico dos dados.[23] Este método permitiu uma primeira aproximação à magnitude do fenómeno e à intervenção sociojurídica na Comunidade Autónoma de Aragão.

No entanto, como a informação dos dossiês analisados dizia respeito, sobretudo, à intervenção judiciária, revelou-se necessário completar esta análise quantitativa com outras análises qualitativas. Neste sentido, foi realizado um estudo de caso de 12 dos 56 expedientes totais,[24] em que se analisaram com maior detalhe os factos relatados, o percurso do caso no seio do sistema judiciário, as intervenções sociais e, finalmente, a situação atual da família (mãe e crianças). Também foram realizados dois grupos-foco e duas entrevistas semiestruturadas,[25] a fim de aprofundar a análise dos dados. Um dos grupos-foco era composto principalmente por profissionais da área da intervenção social e outro centrou-se na resposta da administração da justiça.[26] As

[23] Pode-se consultar o conteúdo desta base de dados em Access em Calvo *et al*. (2013: anexo II, 197 e ss.).

[24] A seleção dos casos foi realizada de acordo com os seguintes critérios: a gravidade da violência, o facto de existirem várias crianças afetadas, a idade das crianças, a diversidade das medidas aprovadas, a existência de informação prévia nos arquivos relativamente às intervenções dos serviços sociais, a distribuição territorial equilibrada e a nacionalidade dos envolvidos A informação básica sobre os casos selecionados para a análise pode ser consultada em Calvo *et al*. (2013: anexo I, 170 e ss.).

[25] Foram entrevistadas a juíza do Julgado de Violência sobre a Mulher da cidade de Saragoça e uma assistente social, funcionária de um Ponto de Encontro Familiar, associação que, em parceria com as instituições, promove o cumprimento das visitas fixadas judicialmente pelos juízes.

[26] Participaram catorze informadores privilegiados entre os quais se incluem psicólogos, juízes,

entrevistas e os grupos-foco foram integralmente transcritos e codificados e foi feita uma análise do discurso dos participantes, a partir dos objetivos fixados na investigação.

Uma importante limitação da investigação tem a ver com a falta de informações nos processos existentes no IAM, uma vez que estes estavam muito focados nas medidas judiciais. No entanto, foi analisada a totalidade de processos correspondentes aos anos 2010-2012 e procurou ultrapassar-se a falta de informação com as entrevistas e os grupos-foco assim como o estudo de alguns dos casos escolhidos.

Em seguida apresenta-se um resumo dos principais resultados, quantitativos e qualitativos, desta investigação, com especial enfoque na resposta judicial, dado que nos pontos anteriores abordámos sobretudo as questões relacionadas com a intervenção social.

5.1. ANÁLISE QUANTITATIVA

Em relação à análise quantitativa dos processos de menores, filhos e filhas de mulheres vítimas de violência de género com medidas de proteção judicial, foram recolhidos e analisados os 56 casos, registados no livro de ponto de coordenação de medidas relativas às crianças, entre 2010 a 2012, que diziam respeito a 89 crianças. Uma primeira análise sociográfica revela que existe um relativo equilíbrio entre as crianças do sexo masculino e as crianças do sexo feminino: 50% eram do sexo masculino (45 casos), 46% do sexo feminino (41 casos) e em 3% dos casos (3 casos) não constava o sexo. No que diz respeito à nacionalidade, 54% tinham nacionalidade espanhola (48 casos), em comparação com 40% de nacionalidade estrangeira (34 casos), sendo que em 8% dos casos (n = 7) não existia qualquer informação sobre esta questão. Quanto ao relacionamento com o agressor, em 54% dos casos era o pai da criança, enquanto em 46% dos casos não era o progenitor, sendo apenas o companheiro da mãe. A maioria das medidas foi aplicada no contexto das ordens de proteção (n = 57), outras 36 foram aplicadas como medidas cautelares, e 12 enquanto penas acessórias.

Embora com tão poucos dados seja difícil traçar um perfil, podemos deduzir algumas informações sobre as características das mães e dos agressores. Em termos gerais, as mulheres são de nacionalidade espanhola (60%, contra 40% de mulheres estrangeiras), com idades compreendidas entre os 36 e os 45 anos (48% dos casos) e mães de uma criança (em 55% dos casos, embora haja uma percentagem elevada de mulheres – 18% – com três ou mais filhos/as). Os dados são também muito escassos

procuradores, médicos forenses, advogados, assistentes sociais e outros profissionais do atendimento a mulheres vítimas e de serviços de proteção de crianças e jovens. Uma lista dos informadores pode consultar-se em Calvo *et al*. (2013: anexo III, 201 e ss.).

no que diz respeito ao agressor, para falarmos em perfil. No entanto, os dados disponíveis apontam para um homem de nacionalidade espanhola (em 57% dos casos), que tem entre 36 e 45 anos (46%). Em quase metade dos casos não existiam informações quanto à decisão dos processos judiciários; entre os casos com decisão conhecida, 39% correspondiam a sentenças com condenações em todo ou em parte e 9% a sentenças de absolvição, existindo apenas um caso que foi arquivado.

5.2. Análise qualitativa

5.2.1. Análise de grupos-foco e entrevistas

Da análise preliminar das informações obtidas a partir dos grupos focais e das entrevistas podem ser observadas diferenças na abordagem da questão das crianças vítimas de violência doméstica a partir do sistema de intervenção social e do sistema de justiça. No entanto, os participantes e entrevistados concordam com a necessidade de se prestar maior atenção a essas crianças.

Quase todos os entrevistados salientaram, também, a discrepância entre o número relativamente reduzido de casos reais registados através do ponto de coordenação do IAM e a prevalência percebida do fenómeno. Esta discrepância parece estar relacionada com a perceção distinta que profissionais do sistema de justiça e técnicos de intervenção social têm da vitimização das crianças. Do ponto de vista dos profissionais do sistema de justiça, a intervenção é considerada mais difícil quando não há violência direta, ou risco de a mesma vir a ocorrer, contra os menores. Já os técnicos de intervenção social, com uma visão, muitas vezes, mais ampla, consideram que uma criança inserida num contexto familiar de violência de género deve ser indiscutivelmente entendida como vítima. Isso reflete-se, por exemplo, na intervenção do representante do Ministério Público: “Parece-me um número muito limitado [de registos]... mas é verdade que para existir uma coincidência entre a mãe e as crianças enquanto vítimas... há muito poucos casos” (Grupo-foco 2).

Com efeito, os profissionais da intervenção social, especialmente psicólogos e assistentes sociais, apresentam um olhar menos limitado do fenómeno, questionando a divisão entre os conceitos de vítima direta e indireta, quando referidos às crianças inseridas em contextos familiares onde existe violência. Embora se entenda que no âmbito judicial, especialmente da justiça penal, a intervenção deva assentar em garantias, pelo que tem de ser provada a condição de vítima, considera-se que o fenómeno devia ser compreendido de forma mais ampla. Assim, uma psicóloga que faz parte do serviço de atendimento psicológico para crianças vítimas de violência do IAM acrescentava que: “Talvez [devessem] ser mais claros os termos vítima direta e

indireta. Pois isto está a criar alguns problemas face à abordagem do tratamento: uma criança que testemunha violência é uma vítima direta dessa violência" (Grupo- foco 1).

Estas diferenças também se observam na avaliação da mudança de terminologia, de crianças testemunhas, para crianças vítimas de violência de género. Embora, em geral, e para os técnicos sociais, em especial, esta alteração tenha implicado uma nova abordagem e permitido uma melhor integração das crianças na resposta à violência doméstica, os operadores jurídicos são mais cautelosos ao avaliarem o impacto real desta mudança terminológica no desenvolvimento da intervenção.

Muitos dos participantes salientaram o facto de as crianças serem muitas vezes percebidas como um "apêndice" da mãe. A título de exemplo, o representante dos serviços sociais municipais de Saragoça, no grupo-foco afirmava: "Os filhos vão num pacote com a mãe... Então, aquilo que se fizer para a mãe é feito também para as crianças" (Grupo-foco 2).

Assim, deve ser feito um esforço para identificar, se necessário, as necessidades específicas/individuais desses menores, pois, apesar de em muitos aspetos serem comuns às da mãe, podem também apresentar algumas especificidades.

Apesar de algumas variações, dependendo da área de origem, os entrevistados defendem uma abordagem mais abrangente dos diferentes níveis de violência e necessidades associadas. Vários deles (médico forense, juíza, representante do ministério público) sugerem que, dos três possíveis focos de intervenção (mulher vítima, agressor e crianças expostas), as intervenções têm-se dirigido quase exclusivamente às mulheres, o que fez esquecer a necessidade de intervir também nos outros dois focos. Assim, a partir da necessidade de uma visão mais complexa e abrangente da intervenção, começa-se a contemplar a intervenção com as crianças vítimas.

Quase todos os participantes concordam na análise das consequências graves para as crianças da exposição à violência. Salientaram ainda a dificuldade de intervenção nos casos em que estas crianças são manipuladas, num contexto de conflito entre os progenitores. Estas considerações prendem-se com um aspeto da intervenção que é muito controverso: a limitação, em maior ou menor grau, do relacionamento do pai-agressor com os filhos/as. De acordo com o representante do ministério público: "O problema é quando as vítimas de violência são as mães e as crianças, então, a questão-chave é se o pai deve continuar a relacionar-se com os filhos ou não..." (Grupo-foco 2).

Por conseguinte, as decisões dos tribunais sobre guarda, regime de visitas (com ou sem supervisão), encaminhamento para serviços especializados (*pontos de encontro familiares,* locais neutros onde é possível fazer as entregas da criança e ter

visitas supervisionadas), entre outras, emergem como elementos centrais da intervenção. Neste sentido, os operadores judiciais defendem, em primeiro lugar, que estas decisões, como acontece no caso das *ordens de proteção*, devem ser céleres; segundo lugar, salientam a necessidade de os tribunais contarem com especialistas para apoiarem as decisões; e, em terceiro lugar e de maneira mais geral, argumentam que tais medidas representam uma limitação de direitos dos progenitores e, portanto, devem ser proferidas com muita cautela e atendendo às circunstâncias de cada caso.

Em relação à resposta global à violência, entende-se que há uma filosofia comum aos diferentes modelos de intervenção, no âmbito da qual se integram as especificidades de cada caso, incluindo a presença de vítimas menores. O médico forense levantou esta questão com uma metáfora muito descritiva que foi aceite pelos outros participantes: a bola de neve que tem de se parar.

> Eu acho que a violência de género é como uma bola de neve que começa a girar e a crescer e crescer e vai ficando cada vez mais grossa, e mais grossa. A primeira coisa a fazermos é deter essa bola, que não haja mais ataques, e depois vermos o que está dentro dela. (Grupo-foco 2)

Nesse processo de *deter a bola de neve*, a intervenção do sistema judicial é vista como um instrumento-chave com uma série de pontos fortes, mas também com alguns pontos fracos. Os participantes referiram como pontos fortes o imediatismo da intervenção através das medidas que permitem que o agressor seja afastado do núcleo familiar e que garantem a integridade física das mulheres e, se for o caso, das crianças; assim como os efeitos preventivos das sanções. Contudo, a intervenção judicial tem um método muito específico e apresenta limites bem definidos. Segundo uma das advogadas participantes:

> No processo “purificamos”. Claro que sabemos que as crianças são também vítimas! Mas nos tribunais temos que trabalhar ao ritmo de cada dia e resolver algumas questões: guarda, prestações de alimentos... Sabe-se que as crianças são vítimas e temo-lo em conta. Se uma criança for sujeito passivo de crime trabalha-se com ela. (Grupo-foco 2)

Por esta razão, os operadores judiciais, como a Juíza do Juzgado de Violencia Sobre la Mujer (JVSM), defendem a importância de uma intervenção abrangente na qual o sistema judicial assuma apenas uma parte do processo:

> Acho que a solução para o problema passa, provavelmente, por uma intervenção social muito mais ativa em qualquer núcleo familiar afetado pela violência. É preciso um acompanhamento preventivo e um protocolo de ação direta: denúncia, intervenção do serviço social e avaliação da unidade familiar. (Entrevista 1)

Outro aspeto que emerge da pesquisa é a abordagem diferenciada das crianças nos processos judiciais: enquanto no processo penal quase não são ouvidas, nos processos civis desempenham um papel central. Se tiver existido violência doméstica, é ao próprio JVSM que cabe a jurisdição sobre as consequências civis e penais. Nas palavras do médico forense: "Quando existe violência de género, o núcleo de intervenção é a mãe, as crianças e o pai são acessórios, mas nos processos civis de família é o oposto: o núcleo são as crianças e os pais são secundários" (Grupo-foco 2).

Uma das questões fundamentais é a extensão das medidas judiciais de proteção da mãe às crianças em situações de violência doméstica. Embora os critérios para tal extensão sejam sempre restritivos e a extensão tenha de ser avaliada caso a caso, podem ser enumerados alguns cenários, que, geralmente, determinam essa decisão judicial: o facto de a criança ser vítima direta da violência, a instrumentalização da criança por meio de ameaças, a existência de uma série de circunstâncias que podem acrescentar o risco de agressão à criança ou à mulher pelo pai-agressor, ou a perceção de existir um alto risco para as crianças. A própria juíza, noutros momentos da entrevista, resumiu estas considerações:

> As medidas cautelares criminais são estendidas aos menores apenas quando da própria natureza do crime deriva a necessidade para tal, segundo a doutrina constitucional de justificação para a imposição de uma medida restritiva da liberdade. [...] Devemos ter em conta a natureza do ato criminoso e se houver alguma coisa no processo relativa às crianças deve impor-se uma medida cautelar penal também para elas [...]. Tem que existir alguma questão adicional para que a medida seja realmente avaliada como opção. (Entrevista 1)

Neste sentido, são muito interessantes as considerações sobre o conceito de risco, tanto sobre a necessidade de justificar a situação objetiva do risco (o que é preciso segundo a normativa da *ordem de proteção*), quanto no que diz respeito à dificuldade desta avaliação. Na opinião da juíza:

> O papel do juiz é uma mistura de senso comum, jurídico e de justificação das decisões... Mas, às vezes, espera-se que o juiz tenha uma visão de futuro que é impossível [...]. Às vezes, pedimos à polícia, aos tribunais que tenham uma *bola de cristal* para adivinhar o que vai acontecer no futuro... e isso é impossível, pois um juiz tem que julgar os factos e mais nada. (Entrevista 1)

Apesar das dificuldades, a juíza valoriza o papel do imediatismo[27] no funcionamento dos tribunais e do trabalho coordenado com outros operadores judiciários:

> É que às vezes eles falam em risco extremo e depois com a imediação no processo... porque a imediação é muito importante ... vês como realmente o risco não é assim tão extremo, por vezes, é mesmo de baixo risco... Eu não gosto disto e o procurador, que trabalha muito perto de mim, também não gosta... porque às vezes isto supõe mandá-lo para a cadeia ... eu não gosto. (Entrevista 1)

Mas também revela um certo mal-estar ao considerar que, apesar da avaliação do risco pelos técnicos sociais ser uma ferramenta útil na adoção de medidas de proteção, pode existir uma intenção velada de tornar mais fácil a atribuição de responsabilidades pelo próprio sistema, se alguma complicação imprevista ocorrer: "O objetivo é... averiguar quem é culpado, se alguma coisa não funcionar corretamente ... esse é o sentimento que eu tenho" (Entrevista 1).

Neste contexto, salienta-se a importância dos peritos e técnicos envolvidos no processo e a necessidade de manter a qualidade dos seus relatórios. Por exemplo, um dos psicólogos salienta a questão da decisão de promover ou não o relacionamento dos filhos com o pai: "É importante sabermos pelos relatórios que não estamos a arriscar nada de importante na vida dessas crianças, a fim de decidir, conscientemente, se as crianças podem relacionar-se com o seu pai" (Grupo-foco D2).

Assim, os entrevistados realçam também a necessidade de fornecer meios adequados aos técnicos e profissionais para exercerem as suas funções e a importância do papel dos técnicos e profissionais e da coordenação para a integração das crianças e jovens, na resposta global projetada contra a violência de género, pela Comunidade Autónoma de Aragão.

[27] Princípio processual que determina que o juiz tenha contacto direto com as provas do processo que vai julgar, ouvindo, por exemplo, ele mesmo, as testemunhas.

5.2.2. Análise de casos

No que diz respeito à análise de casos realizada com maior profundidade, podemos apresentar alguns resultados, embora as informações disponíveis sejam escassas, quanto aos factos, à situação das crianças e da família ou mesmo aos resultados da intervenção que foi feita. Esta última questão é particularmente grave e revela como, muitas vezes, existe um desconhecimento, por parte dos e das profissionais, sobre o que aconteceu com as mulheres e crianças, após o atendimento e, em última análise, a falta de um acompanhamento continuado.

Em relação à estrutura familiar, ganham cada vez mais expressão as famílias reconstruídas, nas quais a mãe é vítima de violência doméstica. Este resultado está muitas vezes, intimamente, relacionado com uma história repetida de violência doméstica destas mulheres, mães das crianças. É, também, por isso importante que os operadores procurem fazer uma deteção proativa dos casos de violência doméstica, tanto contra as mulheres, como contra os menores. De facto, a fase de deteção continua a ser altamente problemática e demorada e, consequentemente, a intervenção acontece apenas após longos períodos de presença da violência de género.

Em termos de intervenção, além dos serviços específicos de atendimento de mulheres vítimas de violência de género, geralmente estão também envolvidos os serviços de proteção às crianças e jovens. No entanto, é comum que a intervenção continue centrada nas mulheres, enquanto vítimas "principais". Na verdade, não encontrámos na investigação nenhuma intervenção eficaz de uma equipa multidisciplinar especializada em violência de género, que tenha uma perspetiva mais abrangente do processo da violência, incluindo como vítimas não só a esposa/mãe, mas também as crianças, filhos/as de mulheres vítimas de violência. Ou seja, uma intervenção que estivesse em conformidade com o direito à assistência social integrada previsto na legislação espanhola e aragonesa. Uma das explicações para essa ausência está relacionada com o facto de a intervenção se concentrar, geralmente, nos aspetos mais imediatos e visíveis da sintomatologia, em detrimento de outros planos, ao contrário de intervenções mais focadas na recuperação das consequências da violência, como as intervenções educacionais, terapêuticas, etc.

Finalmente, no que diz respeito à situação destas famílias, a análise de casos em profundidade mostra as dificuldades especiais das mulheres vítimas, muitas delas com várias crianças a seu cargo, na inserção no mercado de trabalho. Em alguns dos casos analisados, as mulheres deixaram os seus empregos devido à situação de violência de género, o que aumenta a dificuldade de estas mulheres vítimas formarem uma família independente.

6. Conclusão

Os resultados da investigação mostram como o tratamento jurídico, institucional e a perceção social sobre as crianças expostas a situações de violência de género iniciaram uma mudança em direção à consideração das mesmas como protagonistas. Esta mudança reflete-se em todos os níveis de governo e, em última instância, tem implicações no trabalho dos técnicos e atores sociais que intervêm, quer seja em situações de violência doméstica, quer seja no âmbito da proteção de crianças.

Os efeitos reais da dinâmica de violência doméstica sobre os menores e qual a melhor abordagem para atender aos seus interesses continuam a ser, contudo, questões controversas. Neste sentido, o ponto onde mais claramente se confrontam os modelos de intervenção tem a ver com o relacionamento com o pai ofensor, as condições a serem seguidas para manter ou quebrar esta relação, sempre no melhor interesse da criança, e os efeitos que isso pode ter sobre a mulher-mãe. Além da própria dinâmica de violência aberta e a possibilidade de as crianças voltarem a ficar expostas a ela.

Do ponto de vista da intervenção social, o principal avanço que a nossa investigação registou refere-se ao maior envolvimento dos serviços de proteção às crianças e jovens. Estes serviços contribuíram para a consideração, em Aragão, da violência de género como um caso de abuso de crianças, que coloca em risco as crianças expostas. Também surgiram serviços de atendimento psicológico especializado para crianças, no contexto dos serviços de atendimento de mulheres vítimas de violência (IAM), e introduziram-se outras alterações no funcionamento e na estrutura dos serviços comuns de atendimento à violência doméstica, no sentido de valorizar o papel das crianças.

No entanto, os resultados da investigação mostram algumas deficiências no sistema de atendimento às crianças expostas. Em primeiro lugar, os operadores identificaram possibilidades de melhoria do ponto de vista da intervenção no âmbito do sistema de educação, devido ao contacto contínuo com as crianças. Em menor medida foram, também, assinaladas deficiências no sistema de saúde.

Em segundo lugar, assinalaram como as medidas de austeridade, adotadas na sequência da crise financeira na Espanha, têm afetado o apoio social a mulheres e crianças em situação de exclusão social, o que exacerba a sua vulnerabilidade, em especial de exposição à violência de género.

Em terceiro lugar, afigura-se necessário melhorar a formação dos e das profissionais nas esferas da intervenção social e judicial. Apenas recentemente foram incorporados critérios de proteção específicos: proteção específica a estas crianças, nalguns casos, e conhecimento da dinâmica especial de violência doméstica, noutros.

Em todos os casos foi também identificada a necessidade de melhorar os recursos de coordenação entre os serviços, reduzindo o potencial de vitimação secundária das crianças ao longo dos processos judiciais e sociais subsequentes.

No sistema judicial, tornou-se também relevante a preocupação dos operadores com a necessidade de melhorar o tratamento específico das crianças, avaliando a sua inclusão como vítimas de crimes de violência de género. O que inclui a extensão das medidas de proteção aplicadas às mães aos seus filhos, de acordo com a própria situação de risco. Estes discursos emergentes podem desencadear mudanças na interpretação das normas existentes e até mesmo inovações normativas. Em suma, a intervenção com crianças expostas à violência de género é uma área em transformação em Aragão. Por isso, no futuro, vai ser preciso ampliar os esforços de parte dos serviços de apoio às mulheres vítimas e os serviços de proteção às crianças para integrar as crianças vítimas na resposta à violência doméstica, assim como realizar uma adequada avaliação científica dos resultados.

JORGE GRACIA

Doutor em Direito e docente da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP). Faz parte da equipa do Laboratório de Sociologia Jurídica da Universidade de Saragoça (Espanha). O seu campo de investigação abrange questões relativas à violência doméstica e grupos vulneráveis, nomeadamente maus tratos contra idosos, direitos fundamentais, políticas sociais, assim como direito e cinema.

Contacto: jibanez@direito.up.pt

CARMEN MESA

Diplomada em Serviços Sociais, licenciada em Ciências Políticas e Sociologia. É funcionária pública do Governo de Aragão e tem ocupado diferentes postos de responsabilidade no Instituto Aragonés de la Mujer (IAM), assim como nos Departamentos de Família e Crianças e Jovens. Colabora como investigadora com o Laboratório de Sociologia Jurídica na Universidade de Saragoça em campos do seu domínio, como direitos sociais, políticas familiares, violência doméstica e de género e crianças.

Contacto: cmesa@aragon.es

DAVID VILA

Doutor em Direito e investigador do programa *Prometeo* no *Instituto de Altos Estudios Nacionales* no Equador. Faz parte da equipa do Laboratório de Sociologia Jurídica da

Universidade de Saragoça (Espanha). Do ponto de vista da governamentalidade vem trabalhando em questões como as racionalidades políticas contemporâneas, o direito assim como as modernas políticas estatais e públicas nas áreas de governo social, controlo formal, família e crianças.
Contacto: dvila@unizar.es

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bancroft, Lundy; Silverman, Jay G. (2002), "PowerParenting. The Batterer's Style with Children", *in* Lundry Bancroft; Jay G. Silverman (orgs.), *The Batterer as Parent. Addressing the Impact of Domestic Violence on Family Dynamics*. Thousand Oaks, California: Sage Publications, 29-53.

Band-Winterstein, Tova (2014), "The Impact of Lifelong Exposure to IPV on Adult Children and Their Aging Parents", *Journal of Family Issues*, 35(4), 439-461.

Bandura, Albert (1963), *Social Learning and Personality Development*. New York: Holt, Rinehart and Winston.

Beeman, Sandra K. (2001), "Critical Issues in Research on Social Networks and Social Supports of Children Exposed to Domestic Violence", *in* Sandra A. Graham-Berman; Jeffrey L. Edleson (orgs.), *Domestic Violence in the Lives of Children.* Washington, DC: American Psychological Association, 210-234.

Beeman, Sandra K.; Edleson, Jefrrey L. (2000), "Collaborating on Family Safety: Challenges for Children's and Woman´s Advocates", *in* Robert A. Geffner; Peter G. Jaffe; Marlies Sudermann (orgs.), *Children Exposed to Domestic Violence*. New York: The Haworth Maltreatment and Trauma Press, 345-358.

Bell, Carl C. (1995), "Exposure to Violence Distresses Children and May Lead to their Becoming Violent", *Psychiatric News*, January, 6-18.

Bodelón, Encarna (2010), "La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares", *in* Teresa Picontó (org.), *La custodia compartida a debate.* Madrid: Cuadernos Bartolomé de las Casas, 56, Dykinson, 131-154 [1.ª ed.].

Bravo, Cristina (2008), "Menores víctimas de violencia de género: experiencia de intervención en un centro de acogida para familias víctimas de violencia de género", *Intervención Psicosocial*, 17(3), 337-351.

Calvo García, Manuel (2005), "Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género", *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género. Cuadernos penales José María Lidón*, 2, 14-54.

Calvo, Manuel; Gracia, Jorge; Mesa, Carmen e Vila, David (2012), *Indicadores para conocer y profundizar sobre la violencia de género en Aragón*. Laboratorio de Sociología Jurídica de la Univ. Zaragoza e Instituto Aragonés de la Mujer. Consultado a 20.08.2013, em

http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Areas/indicadores1.pdf.

Calvo, Manuel; Mesa, Carmen; Vila, David; Gracia, Jorge (2013), *Menores víctimas de violencia de género en Aragón 2010-2012.* Laboratorio de Sociología Jurídica de la Univ. Zaragoza e Instituto Aragonés de la Mujer. Consultado a 01.08.2013, *em* https://www.zaragoza.es/cont/paginas/noticias/Menores%20victimas%20de%20violencia%20de%20genero%20en%20Aragon.pdf.

Carpenter, Georgia L.; Stacks, Ann M (2009), "Developmental Effects of Exposure to Intimate Partner Violence in Early childhood: A Review of the Literature", *Children and Youth Services Review*, 31, 831-839.

Carrel, Scott E.; Hoekstra, Mark L. (2010), "Externalities in the Classroom: How Children Exposed to Domestic Violence Affect Everyone's Kids", *American Economic Journal: Applied Economics*, 2, 211-228.

Constitución Española (1978), Aprobada por Las Cortes el 31 de octubre de 1978. BOE 29 de diciembre de 1978. Madrid.

Davies, Linda; Krane, Julia (2006), "Collaborate with Caution: Protecting Children, Helping Mothers", *Critical Social Policy*, 26(2), 412-425.

Departamento de Servicios Sociales y Familia. Gobierno de Aragón (2010), "II Plan Integral para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres en Aragón (2009-2012)". Consultado a 20.08.2013, em http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Areas/Violencia%20de%20Genero/II_plan_violencia.pdf.

Departamento de Servicios Sociales y Familia. Gobierno de Aragón (2011), "Plan Integral de infancia y adolescencia de Aragón 2010-2014". Consultado a 03.10.2012, em http://iass.aragon.es/adjuntos/menores/PlanInfancia_Aragon.pdf.

Douglas, Heather; Walsh, Tamara (2010), "Mothers, Domestic Violence, and Child Protection", *Violence against Women*, 16(5), 489-508.

Eriksson, Maria; Hester, Marianne; Keskinen, Suvi; Pringle, Keith (2005), *Tackling Men's Violence in Families: Nordic Issues and Dilemmas*. Bristol: The Policy Press.

Gómez Pardos, Laura (2011), *Menores víctimas y testigos de violencia familiar.* Zaragoza: Zaguan. Consultado a 16.09.2013, em http://zaguan.unizar.es/record/6208/files/TESIS-2011-051.pdf.

Gutierrez, Francisco Manuel (2010), "Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas", *Diario La Ley*, Nº 7480, Sección Doctrina, 1 Oct. 2010.

Herrenkohl, Todd I.; Sousa, Cindy; Tajima, Emiko A.; Herrenkohl, Roy C.; Moylan, Carrie A. (2008), "Intersection of Child Abuse and Children's Exposure to Domestic Violence", *Trauma, Violence & Abuse*, 9(2), 84-99.

Hester, Marianne; Radford, Lorrein (1996), *Domestic Violence and Child Contact Arrangements in England and Denmark*. Bristol: Policy Press.

Holden, George W. (2003), "Children Exposed to Domestic Violence and Child Abuse: Terminology and Taxonomy", *Clinical Child and Family Psychology Review*, 6(3), 151-60.

Hughes, Honore M.; Graham-Bermann, Sandra A.; Gruber, Gabrielle (2001), "Resilience in Children Exposed to Domestic Violence", *in* Sandra A. Graham-Berman; Jeffrey L. Edleson (orgs.), *Domestic Violence in the Lives of Children.* Washington, DC: American Psychological Association, 67-90.

Humphreys, Cathy; Thiara, Ravi K.; Skamballis, Agnes (2011), "Readiness to Change: Mother-Child Relationship and Domestic Violence Intervention", *British Journal of Social Work*, 41(1), 166-184.

IAM; ADCARA (2011), "Una mirada a los hijos e hijas expuestos a violencia de género". Consultado a 20.08.2013, em http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Areas/Violencia%20de%20Genero/menes_hijosas_mujers_violencia.pdf.

IAM; Sinhaya Cooperativa (2012), "Programa de intervención familiar con unidades familiares en las que se produce violencia de género". Consultado a 23.08.2013, em http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/StaticFiles/PROGRAMA%20I.F..pdf.

IASS - Instituto Aragonés de Servicios Sociales (2011), "Documento de Coordinación entre los Centros de Servicios Sociales y el Servicio Especializado de Menores". Consultado a 20.08.2013, em http://iass.aragon.es/adjuntos/menores/CoordinacionCentrosSSServicioEspecializadoMenores.pdf.

Källström Cater, Åsa (2004), "Negotiating Normality and Deviation. Father's Violence against Mother from Children's perspectives", *Örebro Studies in social work*, 5. Diss, Örebro University: Sweden.

Kelleher, Kelly J.; Hazen, Andrea L.; Coben, Jeffrey H., Wang, Yun, McGeehen, Jennifer; Kohl, Patricia N.; Gardner, William P. (2008), "Self-reported Disciplinary Practices among Women in the Child Welfare Practices: Association with Domestic Violence Victimization", C*hild Abuse and* Neglect, 32(8), 811-818.

Larrauri, Elena (2008), *Mujeres y sistema penal: Violencia doméstica*. Buenos Aires, Montevideo: B de F.

Laurenzo, Patricia (2008), "Infracciones penales relativas a la violencia de género: Delitos y faltas", *Abogacía*, 0, 269-284.

Lee, Li-Ching; Kotch, Jonathan B.; Cox, Christine E. (2004), "Child Maltreatment in Families Experiencing Domestic Violence", *Violence and Victims,* 19(5), 573-591.

Levendosky, Alytia A.; Graham-Bermann, Sandra A. (2000), "Trauma and Parenting in Battered Women: An Addition to an Ecological Model of Parenting", *Journal of Aggression, Maltreatment and Trauma,* 3(1), 25-35.

Levendosky, Alytia A.; Graham-Bermann, Sandra A. (2001), "Parenting in Battered Women: The Effects of Domestic Violence on Women and their Children", *Journal of Family Violence*, 16(2), 171-192.

Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica. BOE de 1 de agosto de 2003. Madrid.

Ley aragonesa 4/2007, de 22 de marzo, de víctimas de violencia de género. BOA de 9 de abril de 2007. Zaragoza.

Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. BOE de 22 de junio de 2010. Madrid.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. BOE de 17 de enero de 1996. Madrid

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 23 de noviembre de 2003. Madrid.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOMPIVG). BOE de 29 de diciembre de 2004. Madrid.

Martinez-Torteya, Cecilia; Bogat, Anne G; von Eye, Alexander; Levendosky, Alytia A. (2009), "Resilience among Children Exposed to Domestic Violence: The Role of Risk and Protective Factors", *Child Development*, 80(2), 562-577.

McGee, Caroline (2000), *Childhood Experiences of Domestic Violence*. London: Jessica Kingsley Publisher.

Meier, Joan (2003), "Domestic Violence, Child Custody, and Child Protection: Understanding Judicial Resistance and Imagining the Solutions", *Journal of Gender, Social Policy & TheLaw*, 11(2), 658-731.

Observatorio Estatal contra la violencia sobre la mujer (2011), "IV informe". Consultado a 20.08.2013, em http://www.uca.es/recursos/doc/unidad_igualdad/1693412868_1122011112649.pdf.

ONU (2006), "Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas". A/61/299. Consultado a 03.10.2012, em http://www.unicef.org/violencestudy/spanish/reports/SG_violencestudy_sp.pdf.

Ordóñez, María del Prado; González, Patricio (2012), "Las víctimas invisibles de la violencia de género", *Revista Clínica de Medicina Familiar*, 5(1), 30-36.

Osofsky, Joy. D (1995), "Children Who Witness Domestic Violence: The Invisible Victims", *Social Policy Report. Society for Research in Child Development*, IX, 3(3) 1-20.

Osofsky, Joy D. (2003), "Prevalence of Children's Exposure to Domestic Violence and Child Maltreatment: Implications for Prevention and Intervention", *Clinical Child and Family Psychology Review*, 6(3), 161-170.

Øverlien, Carolina (2010), "Children Exposed to Domestic Violence: Conclusions from the Literature and Challenges Ahead", *Journal of Social Work*, 10(1), 80-97.

Picontó, Teresa (2010), "Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado", *in* Teresa Picontó (org.), *La custodia compartida a debate.* Madrid: Cuadernos Bartolomé de las Casas, 56, Dykinson, 45-76 [1.ª ed.].

Protocolo de Coordenación Interinstitucional para la Prevención de la Violência de Género y Atención a las Víctimas en Aragón (2008), Gobierno de Aragón. Zaragoza.

Ramos, Esther; De la Peña, Eva María; Luzón, José María; Recio, Patricia (2011), *Impacto de la exposición de menores a violencia de género.* Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.

Sani, Ana Isabel (2006a), "Vitimação indirecta de crianças em contexto Familiar", *Análise Social*, XLI (180), 849-864.

Sani, Ana Isabel (2006b), "Avaliação de crianças expostas à violência interparental em processos de separação e divórcio", *Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais do Porto*, (3), 289-296.

Sepúlveda García de la Torre, Ángeles (2006), "La Violencia de Género como causa de Maltrato Infantil", *Cuadernos de Medicina Forense,* 43-44(2). Consultado a 07.08.2014, em http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100011.

Stephens, Nanette; McDonalds Renee; Jouriles, Ernest N. (2006), "Helping Children Who Reside at Shelters for Battered Women: Lessons Learned", *in* Robert A. Geffner; Peter G. Jaffe; Marlies Sudermann (orgs.), *Children Exposed to Domestic Violence*. Binghamtom, NY: The Haworth Maltreatment and Trauma Press, 147-60.

Thomas, Sandra P.; Hall, Joanne M. (2008), "Life Trajectories of Female Child Abuse Survivors Thriving in Adulthood", Q*ualitative Health Research*, 18(2), 149-166.

Walker, Lenore E. (1984), *The Battered Woman Syndrome*. New York: Springer.

GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE NO CUIDADO DE CRIANÇA EM CONDIÇÃO CRÔNICA*

MARLY AKEMI SHIROMA NEPOMUCENO

SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MATO GROSSO, BRASIL

ROSENEY BELLATO

FACULDADE DE ENFERMAGEM DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO (UFMT), BRASIL

GRUPO DE PESQUISA ENFERMAGEM, SAÚDE E CIDADANIA, UFMT, BRASIL

LAURA FILOMENA SANTOS DE ARAÚJO

FACULDADE DE ENFERMAGEM DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO (UFMT), BRASIL

GRUPO DE PESQUISA ENFERMAGEM, SAÚDE E CIDADANIA, UFMT, BRASIL

LEANDRO FELIPE MUFATO

GRUPO DE PESQUISA ENFERMAGEM, SAÚDE E CIDADANIA, UFMT, BRASIL

Resumo: O artigo apresenta os resultados de um estudo que abordou os efeitos do "remédio jurídico" no cuidado à criança adoecida crônica e tem por objetivo discutir a corresponsabilidade intersetorial dos campos da saúde e do direito no acolhimento de suas necessidades. Estudo de situação que empregou a abordagem da história de vida, sendo o *corpus* de análise constituído por registros de observação e narrativas dos pais da criança adoecida. A linha de adoecimento da criança visibilizou os significados da experiência e a peregrinação em busca por cuidados empreendida pela família junto aos serviços de saúde e instâncias jurídicas ou provocadoras destas, bem como as respostas obtidas. Depreendeu-se a pouca observância e efetivação do direito à saúde da criança nas instâncias de saúde judiciária, com acento para o cuidado requerido no adoecimento de longo curso.

Palavras-chave: decisões judiciais, família, cuidado da criança, doença crônica, direito à saúde.

* Estudo vinculado à pesquisa matricial intitulada "As Instituições de Saúde e do Poder Judiciário como Mediadores na Efetivação do Direito Pátrio à Saúde: Análise de Itinerários Terapêuticos de Usuários/ Famílias no SUS/MT", desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa "Enfermagem, Saúde e Cidadania" (GPESC) da Faculdade de Enfermagem (FAEN) da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), financiada por Edital de Apoio à Pesquisa UFMT Campus Sede/Edição001.

WARRANTY OF RIGHT TO HEALTH CARE IN CHILD WITH CHRONIC CONDITION

Abstract: This paper presents the results of a study that addressed the effects of the "judicial remedy" in the care of children with chronic disease. It aims to discuss the intersectorial co-responsibility of health and law fields on child rights and needs. It is a situation study that employed a life history approach. The corpus of analysis consists on observation records and narratives of the sick child's parents. The history of the child's illness brought into light the meanings and the experience of the pilgrimage undertaken by the family in search of care in the health and legal services, as well as the responses from these services. The research results evidence the poor enforcement of the child's right to health by the health authorities and the judicial instances, especially regarding long-term disease care.

Keywords: judicial decisions, family, child care, chronic disease, right to health.

No início na década de 1980, no Brasil, a luta pela democratização da saúde convergiu para o importante movimento de Reforma Sanitária, cujas reivindicações de mudanças se apoiavam na universalização do acesso a serviços de saúde, cabendo ao Estado garanti-lo à população, por meio de modelo assistencial baseado nos direitos de cidadania, na defesa da vida e da saúde, ofertados de forma equitativa e integral, nos diferentes níveis da atenção (Brasil, 2003).

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, as responsabilidades do Estado Brasileiro foram repensadas, afirmando o direito à saúde como direito de cidadania. Para assegurar as mudanças do novo modelo assistencial, foram firmadas a universalidade e a integralidade da atenção como duas das principais diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS). Entretanto, garantir o direito à saúde como direito substancial à vida requer que a "sociedade coloque a vida das pessoas acima de todas as outras racionalidades, e ainda compreenda que as políticas públicas podem se constituir em um meio poderoso para a efetiva defesa da vida" (Campos, 2007: 6).

Apesar da constitucionalização de um conjunto extenso de direitos, especialmente os direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde, sua efetivação tem se tornado difícil, dado o pouco respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas. Mas, como aponta Santos (2007), não é menos verdade que a garantia ampla de direitos no texto constitucional abre espaço para maior intervenção judicial, a partir do controle da constitucionalidade do direito ordinário.

Consoante o exercício do direito à saúde, positivado no ordenamento jurídico com a Constituição de 1988, membros do poder judiciário, do Ministério Público e os demais operadores do direito vêm sendo compelidos a lidarem com temas relacionados às políticas públicas de saúde, o que tem legitimado o judiciário a intervir em decisões que são, primariamente, da competência dos poderes executivo ou legislativo.

Para Chieffi e Barata (2009), este novo papel exercido pelo judiciário, relativo ao campo específico da política de saúde, tem se traduzido, por um lado, como acesso a bens e serviços por intermédio do recurso a ações judiciais; e, por outro lado, por dificuldades e impossibilidades na gestão dos impasses criados, dado o aumento exponencial das ações nos diferentes âmbitos, municipal, estadual e federal.

Segundo Pepe *et al*. (2010: 2405), a "judicialização da saúde" constitui-se em fenômeno multifacetado que "expõe limites e possibilidades institucionais estatais e instiga a produção de respostas efetivas pelos agentes públicos, do setor saúde e do sistema de justiça"; os autores ainda ponderam sobre possíveis efeitos negativos deste fenômeno, destacadamente o de aprofundar as iniquidades de acesso ao sistema público de saúde, com possível comprometimento do princípio da integralidade, uma vez que, em sua maioria, não estendem os benefícios alcançados por ações de cunho individual.

Em audiência pública sobre o SUS no Supremo Tribunal Federal, Diniz (2009: 1-2), a partir de uma perspectiva do "justo em saúde", lança a tese de que "[...] temos ferramentas suficientes para enfrentar o desafio do justo por meio da política pública, sem restringir o caminho da judicialização aos casos em que efetivamente a política venha a se caracterizar como injusta". Defende que o "justo" busca uma resposta sobre *quanto* e *como* deve ser garantido e distribuído em matéria de saúde no montante orçamentário dedicado à promoção do direito à saúde, de modo que o orçamento seja justo, assim como seu modo de distribuição e manejo.

Para tal definição do justo, Diniz (2009: 4) enfatiza ser decisiva a clareza sobre as políticas econômicas e sociais, em particular de alocação orçamentária, de forma a garantir o bem protegido no sistema brasileiro – o direito à saúde, como meio para garantia da dignidade da pessoa humana, e não somente o direito aos serviços de saúde. Finaliza afirmando que o fenômeno da "judicialização cresce em nome do princípio da precaução do direito à vida" (*ibidem*).

Embora os debates sobre o fenômeno da judicialização da saúde ainda não sejam consensuais, assumimos que tal relação problemática entre os campos jurídico e da saúde tem permitido dar visibilidade às dificuldades de efetivação do direito à saúde na prática cotidiana dos serviços, bem como suas repercussões na vida das pessoas.

Estudiosos têm abarcado a problemática da garantia do acesso a bens e serviços de saúde por intermédio do recurso a ações judiciais, dentre elas, a demanda farmacêutica no âmbito nacional (Chieffi e Barata, 2009) e, no Estado de Mato Grosso, demandas mais gerais do direito à saúde (Bellato *et al*., 2012) e ainda, mais especificamente, por suplementos (Petean *et al*., 2012). Estes últimos, de âmbito regional, evidenciaram que as demandas provêm, em sua maioria, de adoecidos

crônicos cujos agravos já estão contemplados por políticas e programas de saúde específicos. Ainda em âmbito regional, um estudo que versa sobre insumo alimentar e medicamentos à criança (Mariotto *et al*., 2013) destaca a necessária reflexão sobre as possibilidades do campo jurídico e da saúde serem complementares na garantia do direito à saúde, por meio de atuação sinérgica em seus esforços, e não de oposição, dado o visível embate entre esses campos no processo.

O presente estudo, tomando a situação de adoecimento crônico de criança, indaga a relação entre tais campos quanto aos efeitos concretos de sua mediação na vida de uma criança adoecida e de sua família, com base nas demandas interpostas ao poder judiciário por seus pais frente às suas necessidades amplas de cuidado. Constitui-se como parte de pesquisa matricial sobre Itinerários Terapêuticos que visibilizou a intensa peregrinação de famílias pelos serviços de saúde em Mato Grosso, incluindo as instâncias do poder judiciário, na tentativa de prover cuidados aos seus entes.

Pressupomos que a instância jurídica possa se constituir em possível mediadora dando, em alguma medida, respostas às necessidades inobservadas pelo campo da saúde, tendo certa efetividade na garantia do direito à saúde dos adoecidos.

Nesta direção, este estudo teve por objetivo discutir a corresponsabilidade intersetorial, dos campos da saúde e do judiciário, no atendimento às necessidades de cuidado da criança em condição crônica por adrenoleucodistrofia (ALD), residente na capital do estado de Mato Grosso, Brasil.

Nosso interesse está pautado na consideração de ser a ALD um agravo crônico, degenerativo e raro, com agravamento constante do estado de saúde e consequências severas para a vida e tendo, inclusive, a morte como possibilidade próxima. Tal situação de adoecimento exige intensa e contínua provisão de cuidados para a manutenção da vida. Assim sendo, a família do estudo precisou mobilizar cuidados múltiplos e diversificados à criança adoecida, além de acionar, repetidas vezes, instâncias jurídicas na tentativa de garantir atenção profissional específica, tecnologias e insumos para esse cuidado, como será pormenorizado posteriormente.

Destacamos o fato de ser o adoecido uma criança que, no Brasil, tem amplo respaldo na garantia do direito à vida e à saúde, por meio de diversos dispositivos que o resguardam e amparam em seus direitos de cidadania, dentre eles, a Constituição Federal de 1988 (CF) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990 (Gaíva e Monteschio, 2013).

Ribeiro *et al.* (2013: 505) salientam que o texto constitucional confere “prioridade absoluta” à criança, adolescente e jovem, especificada no artigo 227.º da CF como direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à

cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, sendo deveres da família, da sociedade e do Estado garantir tais direitos. A criança é, por esta via, considerada sujeito pleno de direitos, cabendo à família, sociedade e Estado o dever de assegurá-los.

O ECA (Senado Federal, 1990) também reforça a proteção integral e o atendimento aos seus direitos e à sua cidadania nos termos do artigo 3.º:

> A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Tal direito está consubstanciado em diversas políticas e programas de saúde que direcionam especificamente o cuidado para a criança, o adolescente e a família, visando manter condições de vida favoráveis ao pleno desenvolvimento saudável, alicerçadas nos princípios e diretrizes do SUS em termos de rede integrada de assistência, contemplando os princípios de equidade, universalidade e integralidade.

Na consideração à especificidade do adoecimento da criança**,** tomamos a definição de condição crônica a partir do que foi cunhado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) (2003), ampliando a ideia de doença em sua forma isolada, abarcando tanto as doenças infecciosas persistentes, como as doenças não transmissíveis, distúrbios mentais de longo prazo e problemas de saúde duradouros por causas distintas, tais como deficiências físicas e incapacidades estruturais. Tais condições têm em comum a exigência de cuidados prolongados, continuados e, por vezes, progressivos e/ou permanentes.

Para Starfield (2002: 241), as necessidades carreadas pelas condições crônicas preceituam que os serviços de saúde devem constituir-se em fonte segura de oferta de atenção para as pessoas e suas famílias, garantindo-lhes, assim, a “longitudinalidade do cuidado” – traduzida em garantia de sua oferta de modo regular e ao longo do tempo, por meio de “uma relação pessoal de longa duração entre os profissionais de saúde e os pacientes em suas unidades de saúde”.

A OMS (2008) aponta, ainda, que um dos maiores desafios dos atuais sistemas de saúde em todo o mundo tem sido centrar o cuidado nas pessoas, de modo a desenvolver respostas mais efetivas às suas necessidades, garantindo-lhes continuidade e amplitude na atenção ofertada. Tal necessidade se faz imperiosa, pois, à medida que ocorre a evolução das ciências e ampliam-se os aparatos tecnológicos

em saúde, a exigência de uma gestão forte e responsável tem sido cobrada pela sociedade, que entende haver recursos mal direcionados, concentrados nos serviços curativos, sendo que tais serviços não se mostram preparados para o perfil dos agravos de longo curso.

No rol das condições crônicas salientam-se, ainda, as doenças degenerativas, peculiares quanto ao modo de evolução; logo, são condições marcadas pela permanência de manifestações de diversas ordens, podendo assumir progressão rápida, tanto na intensidade quanto na gravidade, não raro conduzindo à morte em período variado de tempo. Exigem, portanto, cuidados também permanentes, que sejam progressivamente mais intensos e renovados.

A ALD, doença genética rara, degenerativa e progressiva (Baumann *et al*., 2003) pode ser classificada em quatro diferentes tipos, de acordo com a fase da vida em que se manifesta. Na criança se apresenta de modo mais grave, sendo que as manifestações neurológicas se dão antes dos dez anos de idade, progredindo rapidamente para o estado vegetativo, com evolução fatal em tempo variável (Elias e Castro, 2002). A criança deste estudo apresentava a ALD em estágio bastante avançado, sendo que, na ocasião da entrevista com os pais, apenas o sentido da audição estava preservado, já havendo perda da mobilidade voluntária.

CAMINHO METODOLÓGICO

A pesquisa foi conduzida como estudo de situação (Dolina *et al*., 2013: 2672) voltado à compreensão da situação e do contexto peculiares da vida da pessoa adoecida e de sua família permitindo: "[...] traçar algumas inferências mais abrangentes a partir da análise dessa microrrealidade, dando relevo às sinuosidades das relações de diversas ordens estabelecidas durante sua vida, particularmente àquelas de intensa carga afetiva".

Em relação aos sujeitos do estudo, família de Belchior, possibilitou compreender os afetamentos provocados em sua vida pela condição crônica em sua forma mais grave, assim como os efeitos da mediação jurídica como modo de consecução da garantia do direito à saúde.

Essa família é composta, nuclearmente, pelo pai (Baltasar), a mãe (Maria), uma irmã adolescente (Mirra) e a própria criança adoecida com ALD, Belchior,[1] então com 11 anos. Participaram do estudo os pais de Belchior, cujas narrativas foram obtidas através da abordagem da História de Vida, conduzida pela entrevista em profundidade (EP), que consiste em uma conversa aberta, na qual o entrevistado é convidado a falar

[1] Todos os nomes apresentados são fictícios, de modo a manter o anonimato dos entrevistados e profissionais de saúde por eles citados.

livremente sobre sua história (Bellato *et al*., 2008; Araújo *et al*., 2013); foi guiada pela questão norteadora: “Conte-me como tem sido a vivência do adoecimento e busca por cuidado para Belchior e como isso tem afetado suas vidas”. Os questionamentos subsequentes ocorreram de modo a aprofundar e explorar essa experiência, constituindo uma relação de confiança entre pesquisador e família.

A EP se fez acompanhar pela observação de campo, pois o contar uma história traz, em si, modos de expressão marcados pela oralidade e diversidade de linguajar – corporal, gestual, afetivo; estes ligam-se, por sua vez, a contextos variáveis. Por esta forma, a observação confere relevo à história narrada, situando-a em contextos próprios de vida e cuidado (Araújo *et al*., 2013). O trabalho de campo se deu entre os meses de maio/2010 a janeiro/2011, com seis encontros.

O material de recolha de campo foi organizado no diário de pesquisa (*ibidem*) que contém, também, as notas de observação do pesquisador ao longo do estudo, seus insights e direcionamentos a partir de cada encontro de entrevista. Este *corpus* de análise foi submetido a leituras exaustivas para compreensão da experiência familiar, daí emergindo unidades de significado que desenharam alguns eixos de sentido e, para este artigo, priorizamos abordar a mediação judicial e seus afetamentos na vida da criança e sua família.

No intuito de conferir visibilidade à peregrinação da família em prol de condições para cuidado a Belchior, construímos o desenho da linha de adoecimento e de busca por cuidado desta criança (cf. Figura 1, pág. 11). Na centralidade do desenho mantivemos o adoecimento de Belchior (Figura 1, cor vermelha), seguindo a sequência temporal das principais ocorrências das manifestações clínicas e instauração de necessidades delas decorrentes, por entendê-las como direcionadoras das buscas por cuidado empreendidas pela família e os sentidos atribuídos à sua experiência. À esquerda dessa linha central foram dispostos os serviços e profissionais de saúde buscados (Figura 1, cor verde); e, à sua esquerda, as redes de apoio tecidas pela família (Figura 1, cor amarela), constando de pessoas ou instâncias que, de algum modo, lhes deram amparo para o cuidado. À direita da linha do adoecimento foram elencadas as redes de mediação acionadas pela família, das quais participam as instâncias jurídicas ou provocadoras destas (Figura 1, cor azul). No extremo direito do desenho foi traçada uma linha especificando as diversas fases da doença, desde suas primeiras manifestações até ao momento do término do trabalho de campo deste estudo. Empregamos, ainda, alguns trechos narrativos dos pais que nos pareceram mais ilustrativos das suas percepções e sentimentos, como forma de expressão da família sobre sua experiência no adoecimento de Belchior.

Neste estudo foram obedecidos todos os critérios ético-legais de pesquisa com seres humanos estabelecidos na Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde (CNS), sendo a pesquisa matricial, à qual este estudo se vincula, aprovada por Comitê de Ética em Pesquisa sob o n.º 671/CEP-HUJM/09.

BREVE RELATO DA HISTÓRIA DE BELCHIOR

Narraram-nos os pais que o início do adoecimento ocorreu em 2007, durante o processo de alfabetização da criança, quando perceberam que o aproveitamento escolar estava aquém daquele esperado para uma criança nesta idade. Mas, mesmo com as primeiras dificuldades, Belchior continuou a frequentar a escola, e só deixou de fazê-lo no momento em que começou a apresentar limitações para andar. Sob orientação de profissional da escola a família buscou consulta com médico neurologista, inicialmente no sistema público de saúde, mas, devido à demora e percebendo a gravidade da saúde de Belchior, decidiram procurar profissionais na rede privada. Após a passagem por vários profissionais médicos e inúmeros exames, ainda com a incerteza do diagnóstico, a criança passou a exigir cuidados mais intensos, sendo necessário acompanhamento de profissionais de outras especialidades, além do neurologista, como, por exemplo, o geneticista, fisioterapeuta, fonoaudióloga e cirurgião pediátrico.

Belchior passou a ser acompanhado por profissionais do sistema público de saúde. Ao longo da progressão do adoecimento da criança, nem todos os procedimentos e insumos necessários para o cuidado foram conseguidos de maneira facilitada e com a presteza necessária, havendo necessidade de os pais acionarem, reiteradamente, instâncias provocadoras do poder judiciário para a sua consecução, como o Ministério Público de Mato Grosso (MP/MT), a Defensoria Pública de Mato Grosso (DP/MT) e o Conselho Tutelar.

A partir da desestabilização da saúde de Belchior, a família passou a empreender esforços ainda mais intensos para obter insumos e intervenções necessárias ao seu tratamento, como a realização de exames de dosagem do Ácido Graxo de Cadeia Longa (AGCL), sessões de fisioterapia e de fonoaudiologia, consultas médicas, procedimentos cirúrgicos para colocação de *bottom* de gastrostomia, fornecimento de fórmulas lácteas e fraldas, bem como a consecução de benefícios previdenciários e a instalação dos serviços de *home care*.

Vale ressaltar que os cuidados com a criança tornaram-se marcantes na vida de todos os membros da família, visto que a criança passou a ter dependência total deles para a manutenção de sua vida. Também foi possível percebermos o desgaste físico e emocional que a família vivenciava, tanto pela busca incessante por cuidados, como

devido ao cansaço pelos momentos de tristeza e a necessidade de criar novos arranjos e sistematizar cuidados cada vez mais complexos e especializados, voltados para as necessidades diárias progressivamente mais intensas que o adoecimento foi exigindo.

Apresentamos, a seguir, a peregrinação empreendida pela família em busca dos cuidados requeridos por Belchior através do acionamento dos serviços e profissionais de saúde, bem como do poder judiciário – em instâncias provocadoras do direito, ou aquelas que lhes são próprias – a procura de guarida e de respostas mais resolutivas, tendo como centralidade de análise os efeitos provocados em suas vidas.

A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE NA CONDIÇÃO CRÔNICA E SEUS AFETAMENTOS NA VIDA DE CRIANÇA COM ALD E SUA FAMÍLIA

A vida da família, desde o início do adoecimento de Belchior, foi centralmente marcada pela busca incessante por cuidados, visto que a condição crônica por ALD trouxe implicações cada vez mais severas às suas vidas. Desde os sete anos de idade da criança houve sofrimentos variados, próprios do adoecimento, mas que foram acentuados pela peregrinação intensa na busca por cuidados. Tais sofrimentos foram de certo modo amenizados por diversos meios de “ajuda”, ofertados por pessoas e instituições que passaram a constituir uma rede para o cuidado tecida pela família; tal rede contribuiu de algum modo no cuidado à criança e sua família.

A família marcou como momentos de intenso sofrimento o início do adoecimento e os períodos de agravamento, intensificados pela busca por diagnóstico e/ou intervenção profissional e hospitalização, não garantidos integralmente pelo SUS, conforme preceituam as políticas e programas de atenção à saúde da criança. Nestes momentos, houve necessidade de acionar mediadores na garantia do seu direito, para terem acesso ao que fosse necessário ao cuidado da criança.

No entanto, o direito desta criança a ter “o melhor em saúde” não pode ser integralmente respeitado, nem mesmo em se lançando mão dessas instâncias, cujos deveres são, respectivamente, orientar o cidadão quanto aos seus direitos e “provocar o judiciário”, atuando como mediador quando tais direitos forem contrariados; atuar, por iniciativa própria ou mediante provocação, fiscalizando a aplicação das leis e zelando pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos assegurados pela Constituição.

O ECA (Senado Federal, 1990) reitera o texto constitucional, dando-lhe redação específica no artigo 11, ao declarar que “É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e

recuperação da saúde". Entretanto, evidenciamos o quanto tal direito foi negado ao longo do adoecimento de Belchior, evidenciado na narrativa de sua mãe ao discorrer sobre a necessidade de pagar exames diagnósticos, não ofertados pelos serviços públicos de saúde no início do adoecimento do filho:

> Comecei a perceber coisa com sete anos né! [...] Desde a educação infantil que eu comecei a perceber as dificuldades dele na escola e vim buscando lá na escola. Aí, mandaram [professora] que eu fosse na psicóloga, né! Aí, ela encaminhou pra neuro, neurologista. Aí, eu procurei o neurologista e começou a ver exame e tomar remédio. Aí, o exame que ela passou: Ácido graxo de cadeia longa. [...] A gente vendo a dificuldade dele [Belchior], né! Só diminuindo. Pelo SUS é difícil. Aí, acabamos tendo de pagar. Aí, conseguimos um dinheiro emprestado, pagamos o exame. (Maria)

O desenho da linha do adoecimento de Belchior intentou visibilizar, imageticamente, o grande esforço empreendido pela família para produzir e buscar cuidados cada vez mais intensos por ele requeridos, bem como a necessidade de gerenciar os muitos elementos que compõem tais cuidados. Também mostrar as respostas obtidas, ou não, nessas buscas junto aos serviços e profissionais de saúde, incluindo as instâncias públicas de defesa do direito, em especial aquelas que visam à proteção e efetivação dos direitos sociais fundamentais, sendo possível apreender ainda o modo de expressão de tais respostas na vida da criança e família. Tal imagem é representada na Figura 1.

Percebemos que o fato de a criança vivenciar uma condição crônica degenerativa e com desfecho fatal requerendo cuidados múltiplos, permanentes e progressivamente ampliados e modificados, implica em sobrecarga intensa para a família, visto serem seus pais os cuidadores quase exclusivos ao longo do adoecimento. Destacamos que, embora se trate de uma família extensa em sua composição consanguínea e de relações, a formação do núcleo de cuidado se apresenta reduzido, mantendo-se entre o pai e a mãe de Belchior e, de modo menos constante, sua irmã adolescente. Alguns familiares com quem os pais mantêm laços afetivos mais fortes são pessoas que colaboram de modo mais indireto com esse cuidado, geralmente proporcionando insumos indispensáveis para a manutenção do cuidado ou desenvolvendo atividades domésticas que permitam liberá-los para se dedicar às atividades cuidativas.

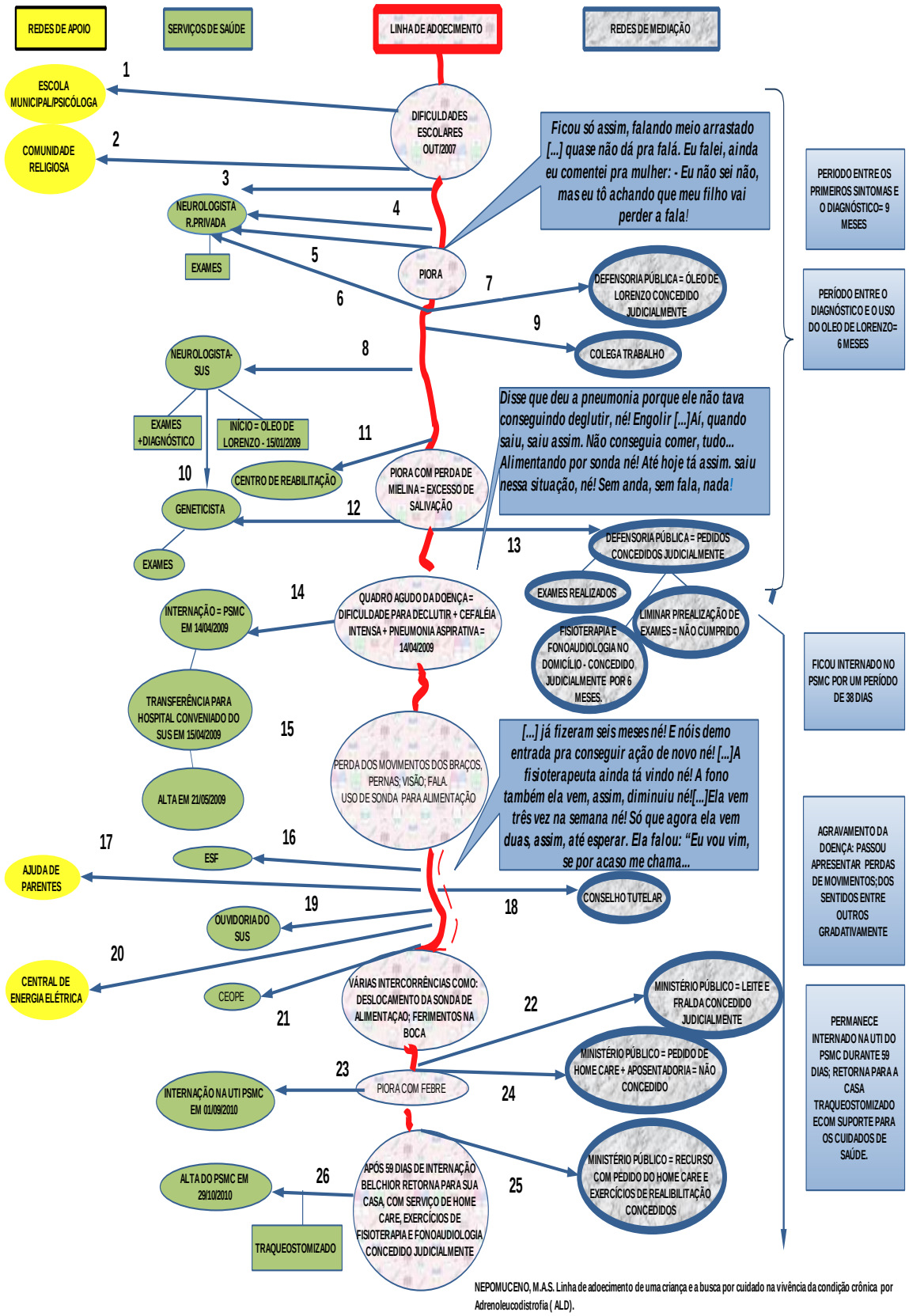

FIGURA 1 - Linha de adoecimento de uma criança e a busca por cuidado na vivência da condição crônica por Adrenoleucodistrofia (ALD)

Com o agravamento da doença e a instauração de novas necessidades, a família passou a empreender, cotidianamente, renovado esforço na busca por serviços e profissionais de saúde, bem como por insumos de diversas naturezas. Dadas as implicações econômicas à família, esta procurou o amparo de instâncias que pudessem lhe garantir a consecução do direito à saúde, como por exemplo, a Defensoria Pública:

> Passou outro exame né! De cadeia muito longa [exame de dosagem do Ácido Graxo de Cadeia Longa]. Esse exame aí, como é muito caro, mais caro, né, aí procuramos a Defensoria Pública e conseguimos fazer pela Defensoria. (Maria)

No caso da criança em questão vemos que o uso da instância judiciária não foi, em si mesmo, efetivo, pois quando acionado trouxe respostas pontuais às necessidades de Belchior, visto que o exame, tendo sido indispensável no início do adoecimento, o foi também em outros momentos e, a cada vez, a família precisou acionar instâncias garantidoras do direito, como nos explica a mãe da criança:

> O de cadeia muito longa é o que a gente tá esperando pra realizar ainda. Mas, diz que o juiz já determinou que é pra fazer! Esperando chamar ele. Já tem o que? Já tá fazendo um ano que ele pediu né! [...] Esse ano já falou que vai fazer o exame. Não sei por quê. To esperando, né! Esse foi pedido pela Defensoria em 2009. (Maria)

A forma de proteção assegurada pela aplicação de leis ocorre quando há omissões legislativas e executivas, tendo nas instâncias do judiciário o guardião das promessas de concretização dos direitos fundamentais (Garapon, 2001). No caso em tela, trata-se do direito à saúde de criança gravemente adoecida, para a qual o acionamento de uma dessas instâncias não se mostrou suficientemente potente na aplicação do “remédio jurídico” para que produzisse seus efeitos ao longo do adoecimento, conforme se fazia preciso.

Assim, a família precisou lançar mão de outros recursos para obter respostas efetivas às inúmeras necessidades de cuidado que perduravam e/ou se renovavam no tempo. Nessa situação, as redes de apoio (Figura 1, cor amarela), passaram a se fazer mais presentes na vida da família. É preciso destacar que essa rede não se mostra fixa ou estável, mas é tecida pela família no movimento próprio e intenso de produzir, buscar e gerenciar os cuidados requeridos pela criança, especialmente nos períodos de maior expressão das manifestações clínicas da doença.

Araújo *et al*. (2009) destacam a importância das redes para o cuidado à saúde no amparo ao cuidado familiar, dizendo ser preciso dar-lhes visibilidade e destacar-lhes a efetividade ao longo do adoecimento. Nesta mesma direção, Moreira (2009) acentua que a interação que surge das diferentes redes na produção do cuidado encontra diversas combinações possíveis de saberes, perspectivas e capacidades no enfrentamento dos conflitos e negociações no campo da política pública e no cotidiano do cuidado.

Nesse longo período de peregrinação na busca por cuidados que respondessem, eficazmente, às necessidades da criança, a família demandou, judicialmente, sete vezes por diferentes elementos para o cuidado a Belchior (Figura 1, círculos em cor azul). Tais demandas envolveram pedidos de exames laboratoriais específicos para o diagnóstico e acompanhamento da condição crônica ALD, medicamentos, fisioterapia e fonoaudiologia, fraldas e fórmulas lácteas, serviço de *home care* e benefício previdenciário; outras necessidades seguiram caminhos diversos, como por exemplo, através da Ouvidoria do SUS ou serviços privados, pagos pela família.

A peregrinação da família foi em busca de cuidados de naturezas diversas, e em diferentes instituições, tramando uma rede multifacetada e móvel, na tentativa de responder às necessidades instauradas ao longo do adoecimento. Destacamos a busca que a família empreendeu aos serviços de saúde da rede privada para realização das primeiras consultas com profissionais especializados (Figura1, setas 3, 4, 5 e 6) alguns exames, dada a demora para se conseguir tais atendimentos no sistema público de saúde. Vale ressaltar que essa possibilidade só se tornou viável com a ajuda econômica da comunidade religiosa à que a família se vinculava (Figura 1, seta 2).

Já em período mais adiantado do adoecimento, quando Belchior passou a apresentar dificuldade para deglutir, a instalação de sonda de gastrostomia tornou-se condição essencial para que pudesse se alimentar. Nas providências mobilizadas pela família para conseguir a sonda, não disponível nos serviços públicos de saúde, outras famílias, que vivenciavam as mesmas dificuldades de acesso aos bens do cuidado, orientaram os pais para que procurassem a Ouvidoria do SUS (Figura 1, seta 19), mas alertavam que haveria demora no fornecimento e que precisariam aguardar por providências. Por sua vez, a fórmula láctea necessária para a alimentação via sonda de gastrostomia, não disponível nos serviços públicos de saúde, também precisou ser requerida através de demanda judicial, conforme narra a mãe de Belchior:

> [...] tem o Conselho Tutelar que também está ajudando a conseguir o alimento [fórmula láctea], porque esse alimento dele é trinta reais a lata, e é uma lata por

> dia. Aí, lá pela Promotoria da Infância também, conseguiu leite e fralda [...] já procuramos lá na farmácia judicial, aí o moço que atendeu falou: 'diz que o leite é pelo Estado e a fralda é pelo Município'. (Maria)

A mãe de Belchior salienta que, para o suprimento das fórmulas lácteas e das fraldas descartáveis, além do empenho do Ministério Público (Figura 1, seta 22) e da Defensoria Pública para se conseguir tais insumos, também foi necessário o Conselho Tutelar (Figura 1, seta 18). No Brasil este instituto zela pelo direito da criança e do adolescente e sua intervenção se deu no sentido de viabilizar os cuidados exigidos por Belchior, intermediando as demandas desta família junto aos órgãos responsáveis pela efetivação do direito à saúde da criança.

Na garantia do direito à saúde desta criança foram de iniciativa da própria família as inúmeras provocações ao judiciário; assim, ela precisou acionar a 'máquina judiciária' a cada necessidade requerida; e isto se deu tanto em razão da violação desse direito pelos serviços públicos de saúde, como pelo não acompanhamento, pelas instâncias judiciais, das suas próprias decisões a fim de que fosse possível reavaliar a necessidade de continuidade da prestação do serviço ou disponibilização do insumo.

Devido à rápida progressão do adoecimento, as buscas empreendidas pela família de Belchior resultaram em grande dispêndio de seus próprios potenciais de cuidado, devido ao esforço em prover cuidados que deveriam lhes ser providos, de modo intrínseco, pelo campo saúde, ou em peregrinar pela *via crucis* do judiciário para garanti-los (Bellato *et al*., 2011).

A "máquina judiciária" movimenta-se à medida que as pessoas envolvidas na lide se manifestem a respeito, havendo a necessidade de provocar o poder judiciário cada vez que uma necessidade se faz presente, ainda que de modo reiterado, demandando o mesmo pedido, visto que as decisões são expedidas para cumprimento limitado no tempo e no espaço. Assim, para a família a busca pelo "remédio jurídico" a cada necessidade não atendida configura em dispêndios e desgastes superlativos (*ibidem*). Cogitamos, também, que tal "modo de operar" da máquina judiciária dificilmente abarcará as necessidades nos casos cujas características peculiares do cuidado exigido sejam decorrentes de condições crônicas deteriorativas, tal como o exposto neste estudo.

Em nosso país, o direito à saúde, na sua forma mais ampla, é mencionado diversas vezes na Carta Magna como um fator determinante, bem como é traduzido em outras dimensões como fatores condicionantes para que esse direito seja efetivo, como por exemplo, o "acesso aos bens e serviços essenciais". No entanto, com toda a

extensão da positividade da norma constitucional, esse direito ainda enfrenta dificuldades para ser efetivado de fato, o que tem gerado situações contrárias à afirmação do direito constitucional à saúde como “direito de todos e dever do Estado” (Brasil, 1988).

Na prática, o que se busca é caracterizar essa norma como um direito programático e, assim sendo, constitui uma tentativa de desonerar a Administração Pública de suas responsabilidades precípuas (Machado, 2009). O direito à saúde passa a ser consubstanciado por programas e diretrizes para atuação estatal, conferindo certa elasticidade ao ordenamento constitucional e, destarte, possibilitando a não aplicabilidade imediata da obrigação – o que resulta em uma cascata de políticas, programas e diretrizes que, no entanto, não têm sido garantidores da efetividade do direito declarado.

O direito à saúde, como um direito social fundamental, pode ser definido como o desfrute a uma gama de bens, serviços e condições necessárias para que seja alcançado o mais alto nível possível de saúde física e mental (Oliveira, 2010), em todos os níveis de assistência, obedecendo a uma organização ampliada de necessidades com qualidade nos serviços ofertados (Cecilio, 2006). Contrário a isso, o que observamos em nosso estudo é a não permanência e a limitação no tempo da assistência oferecida por serviços e profissionais, ainda que alcançada sob o poder coercitivo da instância jurídica. Tal poder, no entanto, tem se tornado cada vez mais inobservado, exemplarmente demonstrado, neste estudo, pela demora de dois anos entre a concessão de liminar judicial para exame diagnóstico requerido para Belchior e sua realização.

A resposta judicial também é parcelar e limitada, dado o modo de atuação, motivada pelo fornecimento pontual de respostas às necessidades, tal como evidenciado nas narrativas:

> A primeira vez eu fui lá, graças a Deus, conseguimos pela Promotoria da Infância, conseguimos fono [fonoaudiologia] e fisioterapeuta, só que eles têm uma quantidade de seção. Aí, se acabar, vai ter que renovar o processo. (Baltasar)

> Já fizeram seis meses, né! E nós demos entrada pra conseguir ação de novo [Fisioterapia e fonoaudiologia], né! Porque não tem condições da gente ir ao Centro de Reabilitação. (Maria)

Em meio à discussão, é importante pensar o que leva o judiciário a compor uma resposta jurídica de forma “recortada” frente às necessidades de saúde, e também limitada a quem pede, ainda que de maneira incisiva, exportado no discurso de “determino que”, “cumpra-se, “concedo a liminar”, entre outras formas de compreender a locução. Percebemos que, apesar do discurso ordenatório do campo jurídico na pessoa do magistrado, posto, inclusive, na primeira pessoa do singular, dando-lhe, pois, “pessoalidade” no mando, a efetividade de tal decisão não se mostra na prática, quando se observa que:

> O juiz já determinou que é pra fazer. Só que faz tempo que... Faz dia que tô pelejando e não me chamaram pra fazer né! Pra repetir esse ácido graxo de cadeia muito longa. (Maria)

Consideramos que, mais do que “ordenar” o cumprimento de uma decisão judicial, a perspectiva integrativa do direito à saúde poderia ser alcançada pela promoção de uma articulação para “mediar o conflito” entre necessidades de saúde constantemente renovadas e a possibilidade de oferta de cuidados que a elas respondessem de modo efetivo tendo, na figura dos profissionais de saúde, o ponto de apoio. No entanto, é preciso entender que também a passividade e a pouca resolutividade do campo saúde dão guarida ao modo fragmentário de ação do campo jurídico.

Sant’Ana (2009), em estudo a partir de orientações jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos outros Territórios (TJDFT), aponta que são as prescrições que devem prevalecer e que, para os magistrados julgadores, é o médico que entende das necessidades do seu paciente, não cabendo ao judiciário intervir em atividade que lhe é estranha. Assim, com o duplo reforço do pouco resolutivo, ao invés de uma sinergia positiva de esforços no sentido da garantia integral do direito à saúde da criança adoecida, o que encontramos é uma relação entre os campos da saúde e do judiciário que tende ao negativo, consubstanciada como contenda, reforçando a resposta pontual, fragmentária e limitada no tempo.

Estudo sobre demanda judicial que analisou o discurso do poder judiciário e do poder público (Mariotto *et al.*, 2013) alertou serem preocupantes as alegações do Estado no que se refere à garantia do direito à saúde de criança, no caso em apreciação, dada a dupla omissão nos seus deveres, seja em conhecer suas necessidades de saúde e de sustentar o seu tratamento, ao abster-se de lhe proporcionar insumos e medicamentos, especialmente por tratar-se de fórmula láctea a lactente desnutrido grave. A alegação central do Estado nesta contenda se baseou no fato de desconhecer suas necessidades de saúde, frente à qual as autoras alertam

ser o próprio Estado o instituidor de políticas para cuidados específicos à criança e o principal ordenador de ações necessárias para sua efetivação. Evidenciam, assim, a contradição do discurso do Estado brasileiro na proteção de seus cidadãos, especificamente as crianças.

Percebe-se que há evidente dificuldade do judiciário em lidar com as questões da saúde, com acento para a responsabilidade precípua do Estado como ordenador de práticas que efetivem a grande gama de políticas e programas governamentais, dando concretude ao direito à saúde. Por vezes, ainda, entende-se de uma perspectiva meramente burocrática e/ou resistente a complexa gestão dos serviços de saúde e a provisão do cuidado integral às pessoas e comunidades. Para esse enfrentamento, a troca de experiências interinstitucionais seria importante para vencer as inúmeras dificuldades observadas nos julgamentos dos litígios que versam sobre necessidades de saúde.

A complexidade da situação de adoecimento e, nesta, a oferta dos serviços de saúde às necessidades da pessoa adoecida e sua família, deveria pautar, desde o início, o pleito. Para Sant'Ana (2009) seria importante apreender os significados do adoecimento, no sentido de se ter um olhar mais ampliado às necessidades asseveradas, o que tornaria as decisões mais humanizadas e diminuiria a função de se "fazer cumprir" o que o judiciário tem assumido; talvez, por esta via, se pudesse alcançar um equilíbrio no discurso de poderes que são visibilizados no teor das decisões judiciais.

Nepomuceno *et al.* (2013) sustentam que a positividade da intervenção judicial dar-se-ia por postura de acolhimento às necessidades da pessoa, com estudo cuidadoso da sua experiência de adoecimento aliado ao conhecimento das normas que regem os serviços de saúde, de modo a efetivar os direitos já assegurados; o que, desta forma, refrearia o processo de judicialização da saúde.

No entanto, percebemos que nas instâncias de gestão do SUS, que se apoiam em políticas públicas visando à contingência de recursos econômicos (Pinheiro *et al*., 2005), não se produzem práticas para a detecção do que está sendo necessário ao cuidado da criança e, também, não há gerenciamento em relação ao que está sendo ofertado à família, conforme bem descreve Baltasar, pai de Belchior:

> Igual o que aconteceu com o leite. Vieram 244 latas. Eles mandaram 60. Aí, depois, diz que tinha que pegar lá. Aí eu fui lá pegar e conversei com eles: "Como é que é? Tem que renovar o processo pra pedir mais?" Aí que me explicaram, que nem sabia quanto que tinha vindo, né! "Foi feito o pedido de 244 latas. Mandamos 72 pro senhor, aí tem mais 72. Quando não tiver mais aí o

> senhor avisa pra gente providenciar outro." Aí o tá em falta [leite]. Aí, tava vendo já a hora de compra. Mas, conseguiram 12 latas. [...] Eu achava que se pediu 244 latas, tava em nome dele, eu acho que não podia passar pra outras pessoas. Eles alegam que tem muita procura. Então... (Baltasar)

Maria, sua mãe, complementa a explicação do marido quanto ao modo de funcionamento da lógica da gestão do SUS do seguinte modo:

> Sr. Paulo falou pra mim o seguinte: "Não fica lá nessa farmácia. Aí chega aquela data, eles fazem o pedido pro almoxarifado". Ele falou que é pra eu ligar segunda feira pra poder pegar. Então, segunda feira já chega todas as caixas. (Maria)

Salientamos que não há controle sobre a necessidade de continuidade do serviço ou insumo que está sendo oferecido, e quanto a tornar tal oferecimento mais resolutivo, de modo a poupar a família da peregrinação desnecessária, ou da "situação de pedinte" de um direito assegurado. Mas a falta de acompanhamento do estado de saúde da criança se vê refletido também quando da suspensão de algum insumo, mesmo antes do *quantum* deferido pela decisão jurídica, frente à modificação de suas necessidades que passa a prescindir do que foi demandado. Tal posição negligente do campo da saúde pode ser evidenciada na situação em que foi suspenso o fornecimento do medicamento Óleo de Lorenzo que a criança recebia por mandado judicial (Figura 1, seta 7) e a família é que precisou se preocupar em avisar o serviço saúde, conforme aponta Maria, mãe de Belchior:

> Sr. Paulo falou: "Vocês têm que conseguir o laudo pra cancelar" [...] Acho que o negócio... aquele processo fica lá aberto né! Aí tem multiplicação... Tem que manda sim [cancelar o processo]. E teve uma consulta que eu pedi e ai não precisava, acabou que não pego. Eu tenho que ir atrás... nessa semana, vou lá [cancelar o pedido do Óleo de Lorenzo que a criança não mais iria fazer uso por ordem médica].

Constatamos que não houve acompanhamento por ambas as instâncias, de saúde e jurídica, da situação de saúde da pessoa em seu movimento e fluidez de necessidades mutáveis no tempo. A fixidez da burocracia, tal como podemos perceber na postura do judiciário, é apontado por Sant'Ana:

> Ao fim da demanda, a sentença também exige cuidados especiais, pois a redação do dispositivo deve ser cuidadosamente calculada para que não "engesse" o tratamento dispensado ao usuário do SUS. A dinâmica clínica é muito superior à judicial, e o processo civil carece de instrumentos eficazes para acompanhar as constantes mudanças. (2009: 101)

A execução de uma obrigação recortada no tempo e no espaço se encontra distorcida de todo o contexto do vivido, visto a vulnerabilidade, tanto econômica quanto social e emocional em que se encontram a criança e sua família. Com isso, a prática do reconhecimento do outro e das suas necessidades é, em certa medida, desconsiderada, ao passo que deveria ser acatada como elemento importante, contestando o modo de atuar das instâncias de gestão do SUS, fazendo com que fossem realizadas práticas eficazes que respondessem às necessidades que um agravo com caráter degenerativo requer.

Em face dessa discussão, podemos considerar que a noção de integralidade trazida por Hartz e Contandriopoulos (2004) remete à integração das práticas por meio de redes assistenciais, reconhecendo a interdependência entre os níveis de prestação de serviços de saúde. Os autores constatam que nenhum destes níveis dispõe de todos os recursos necessários que possam dar guarida aos problemas de saúde da população em suas diversas fases da vida, devendo, para isso, diminuir barreiras de acesso. Igualmente, Cecilio (2006) adota a integralidade como fruto do esforço e sinergia dos vários saberes de uma equipe multiprofissional quando pensada em rede de serviços saúde. Sem dúvida que, havendo esse encontro de serviços e saberes, o acesso às tecnologias de saúde necessárias poderia contribuir de forma mais eficaz nos cuidados de saúde de Belchior e sua família.

Com outro olhar, porém, a noção de integralidade trazida pelo judiciário está mais associada à ideia de consumo por meio de dispositivos legais positivados. Nessa perspectiva as respostas obtidas pela família para as necessidades de saúde de Belchior se resumiram às ofertas pontuais e estritamente recortadas, sem considerar o caráter fundamental dos princípios da integralidade e universalidade do acesso ao cuidado requerido pela criança. Delduque e Oliveira (2009) apontam que o poder executivo é a "peça-chave" para a construção do direito à saúde, pois é sua responsabilidade articular com os mais diversos parceiros, em todas as dimensões, para que esse direito, a ser cotidianamente construído, seja fruto das verdadeiras demandas da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo procuramos dar relevo às diferentes formas como Belchior e sua família foram afetados pelos modos de organizar ações, tanto no campo da saúde como no judiciário. Ao primeiro cabe consubstanciar práticas cuidadoras e, ao segundo, zelar pelo direito, quando tais práticas não se fazem presentes. No entanto, ambos reforçaram, em grande medida, a vulnerabilidade da família por deixá-la desassistida, desobrigados de consolidar as políticas públicas em práticas eficazes e efetivas que a aprovisionasse dos recursos precisos para prover o cuidado à criança adoecida. Por um lado, relevamos os muitos arranjos construídos pela família para dar conta das diversas necessidades de Belchior; por outro, apontamos a invisibilidade dos múltiplos custos e desgastes familiares implicados no cuidado a Belchior, espelhados, em certa medida, na "peregrinação" em busca por cuidado, para além dos custos financeiros arcados por ela. A estes múltiplos custos implicam-se também aqueles advindos do acionamento da máquina judiciária para cada consecução do direito à saúde. Esta última, devido ao modo ritualizado de atuar, submete a família a realizar reiteradas demandas judiciais, tanto para renovar, periodicamente, a solicitação de uma concessão já alcançada, como frente à instauração de outras novas necessidades da criança, inobservadas pelos serviços de saúde.

E, embora aqui tenhamos tratado de uma condição crônica específica originada de agravo degenerativo, esta se mostrou desafiadora para o campo saúde e jurídico, dada suas peculiaridades e por expor as práticas que esses campos desenvolvem, pouco integrais e desarticuladas.

A judicialização da saúde é um fenômeno atual, com tendência a se tornar cada vez mais presente em nossa sociedade; faz-se necessário que ela seja compreendida em sua autoengendração, ou seja, no interior do próprio campo jurídico, posto que este, ao atuar de modo parcelar e pontual frente às necessidades de saúde, obriga as famílias a acionarem a máquina que o movimenta, via de regra, inúmeras vezes ao longo do adoecimento de longo curso.

Concernente à garantia do direito à saúde, o estudo mostrou que o campo jurídico foi buscado, reiteradamente, pela família, sendo acessadas instituições provocadoras deste âmbito, quais sejam: Ministério Público, Defensoria Pública e Conselho Tutelar. No entanto, o campo do judiciário também se mostrou pouco efetivo nas suas ações, por meio de concepção ainda bastante legalista do direito à saúde, proferindo decisões com base preponderante no arcabouço legal, engendrando respostas pontuais, recortadas e temporalmente marcadas. Logo, não consegue dar visibilidade a gama complexa e sempre mutável de necessidades que a pessoa adoecida

apresenta, deixando de enxergá-la na sua inteireza e rompendo com o princípio da integralidade.

Concernente ao tema da judicialização apontamos que, uma maneira eficaz de solução aos conflitos, seria através de práticas efetivas e eficazes de gestão no campo da saúde, uma vez que os entes federativos são independentes e cabe ao poder executivo organizar-se e executar, de maneira ampla, a concepção do atual modelo de saúde do Brasil, que tem seus princípios fundadores na universalidade, equidade e integralidade.

Também a forma de gestão ainda pouco eficiente que abarca o judiciário, ao tratar as questões da saúde, pode ser mais bem compreendida ao trazermos, concretamente, a necessidade da família de provocá-lo, reiteradamente, para a obtenção de um mesmo "remédio jurídico" imprescindível ao cuidado do filho ao longo do tempo, mostrando que não há, por parte desse campo, o acompanhamento da dinâmica do adoecimento articulado às suas próprias decisões.

Questionamos, portanto, a eficácia do campo jurídico para conter o fenômeno da judicialização da saúde, visto que no seu modo ainda restrito de atuar – pontual e temporalmente marcado, exige que a "máquina jurídica" seja reiteradamente acionada, causando-lhe inchaço e distorção em sua função que, se fosse constituída de outro modo, poderia promover esse campo como potente mediador na efetivação do direito à saúde, à medida que pudesse apaziguar contendas entre a instância de gestão do SUS e as pessoas que se encontram litigando seu direito à saúde.

Reforçamos ser importante que os campos da saúde e jurídico dialoguem no sentido de agregar e potencializar novas formas de enfrentamento ao fenômeno da judicialização. Apenas assim poderíamos denominar a busca pelo judiciário como verdadeiro "exercício de cidadania", podendo garantir o respeito e o cumprimento do direito à saúde reconhecido como direito fundamental que não pode ser modificado, como é designado na Carta Constitucional brasileira. Por fim, é importante considerar que existem muitos desafios a serem superados na efetivação e garantia do direito à saúde, pois estes não se encontram esgotados de discussão.

MARLY AKEMI SHIROMA NEPOMUCENO

Enfermeira, mestre em Enfermagem pela Faculdade de Enfermagem da Universidade Federal de Mato Grosso (FAEN/UFMT), enfermeira da Secretaria de Estado de Saúde de Mato Grosso, Brasil.

Contato: marlynepo1@yahoo.com.br

ROSENEY BELLATO

Enfermeira, doutorada em Enfermagem, professora da FAEN/UFMT, Brasil. É ainda membro do Grupo de Pesquisa Enfermagem, Saúde e Cidadania (GPESC) da mesma instituição.

Contato: roseneybellato@gmail.com

LAURA FILOMENA SANTOS DE ARAÚJO

Enfermeira, doutorada em Enfermagem, é professora da FAEN/UFMT e líder do GPESC.

Contato: laurafil1@yahoo.com.br

LEANDRO FELIPE MUFATO

Enfermeiro, mestre em Enfermagem pela FAEN/UFMT e membro do GPESC.

Contato: leandro.mufato@yahoo.com.br

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araújo, Laura Filomena Santos; Bellato, Roseney; Hiller, Marilene (2009), "Itinerários terapêuticos de famílias e redes para o cuidado na condição crônica: algumas experiências", *in* Roseni Pinheiro; Paulo Henrique Martins (orgs.), *Avaliação em saúde na perspectiva do usuário: abordagem multicêntrica*. Rio de Janeiro: CEPESC, 203-214.

Araújo, Laura Filomena Santos; Dolina, Janderléia; Petean, Elen; Musquim, Cleciene dos Anjos; Bellato, Roseney; Lucietto, Grasiele Cristina (2013), "Diário de pesquisa e suas potencialidades na pesquisa qualitativa em saúde", *Revista Brasileira de Pesquisa em Saúde*, 15(3), 53-61.

Baumann, Matthias; Korenke G. Christoph; Weddige-Diedrichs, Almuth; Wilichowski, Ekkehard; Hunneman, Donald H.; Wilken, Bernd; Brockmann, Knut; Klingebiel, Thomas; Niethammer, Dietrich; Kühl, Jörn; Ebell, Wolfram; Hanefeld, Folker (2003), "Haematopoietic stem cell transplantation in 12 patients with cerebral X-linked adrenoleukodystrophy", *European Journal Pediatric*, 162(1), 6-14.

Bellato, Roseney; Araújo, Laura Filomena Santos de; Faria, Ana Paula Silva de; Santos, Elizabeth Jeanne Fernandes; Castro, Phaedra; Souza, Solange Pires Salomé de; Maruyama, Sonia Ayako Tao (2008), "A história de vida focal e suas potencialidades na pesquisa em saúde e em enfermagem", *Revista Eletrônica de Enfermagem,* 10(3), 849-856.

Bellato, Roseney; Araújo, Laura Filomena Santos; Nepomuceno, Marly Akemi Shiroma; Mufato, Leandro Felipe (2011), "'Remédio jurídico' e seus afetamentos no cuidado à saúde de uma família", *in* Roseni Pinheiro; Paulo Henrique Martins (orgs.), *Usuários, mediações e integralidade em saúde*. Rio de Janeiro: CEPESC, 193-201.

Bellato, Roseney; Araújo, Laura Filomena Santos; Nepomuceno, Marly Akemi Shiroma; Mufato, Leandro Felipe; Correa, Geovana Hagata de Lima Souza Thaines (2012), "Mediação do direito à saúde pelo tribunal de justiça: análise da demanda", *Texto & Contexto - enfermagem [online]*, 21(2), 356-362. Consultado a 15.02.2014, em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072012000200013&lng=pt&nrm=iso.

Brasil - Constituição da República Federativa do Brasil (1988), promulgada em 5 de outubro de 1988. Senado Federal, Brasília.

Brasil (2003), *A Prática do controle social: Conselhos de Saúde e financiamento do SUS*. Brasília: Ministério da Saúde.

Campos, Gastão Wagner de Sousa (2007), "Reforma Política e Sanitária: a sustentabilidade do SUS em questão?", *Ciência & Saúde Coletiva [on-line]*, 12(2), 301-306. Consultado a 21.08.2014, em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000200002&lng=en&tlng=pt. DOI: 10.1590/S1413-81232007000200002.

Cecilio, Luiz Carlos de Oliveira (2006), "As necessidades de saúde como conceito estruturante na luta pela integralidade e equidade na atenção em saúde, *in* Roseni Pinheiro; Ruben Araújo Mattos (orgs.), *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde.* Rio de Janeiro: IMS ABRASCO, 113-126.

Chieffi, Ana Luiza; Barata, Rita Barradas (2009), "Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e eqüidade", *Cadernos de Saúde Pública*, 25(8), 1839-1849. Consultado a 05. 01.2014, em http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009000800020&lng=en&tlng=pt. DOI: 10.1590/S0102-311X2009000800020.

Delduque, Maria Célia; Oliveira, Mariana Siqueira de Carvalho (2009), "Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à Saúde, *in* Alexandre Bernardino Costa; José Geraldo Sousa Junior; Maria Célia Belduque; Mariana Siqueira de Carvalho Oliveira; Sueli Gandolfi Ballari (orgs.), *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UNB, 103-112

Diniz, Debora (2009), "Judicialização de medicamentos no SUS: memorial ao STF", *SérieAnis*, 9(66), 1-5. Consultado a 20.01.2015, em http://www.anis.org.br/biblioteca/2014-11/sa66_diniz_medicamentos_stfpdf.pdf.

Dolina, Janderléia Valéria; Bellato, Roseney; Araújo, Laura Filomena Santos (2013), "O adoecer e morrer de mulher jovem com câncer de mama", *Ciência & Saúde Coletiva*, 18(9), 2671-2680. Consultado a 15.02.2014, em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000900022&lng=pt&tlng=pt. DOI: 10.1590/S1413-81232013000900022.

Elias, Lucila Leico K.; Castro, Margaret (2002), "Insuficiência adrenal primária de causa genética", *Arquivos Brasileiros de Endocrinologia & Metabologia*, 46(4), 478-489. Consultado a 15.01.2014, em

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302002000400018&lng=pt&tlng=pt. DOI: 10.1590/S0004-27302002000400018.

Gaíva, Maria Aparecida Munhoz; Monteschio, Caroline Aparecida Coutinho (2013), "Políticas de atenção à saúde da criança e do adolescente: implicações para a atuação do enfermeiro", *in* Programa de atualização em enfermagem, *Saúde da criança e do adolescente*. Porto Alegre: Artmed/Panamericana, 9-46.

Garapon, Antoine (2001), *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan.

Hartz, Zulmira de Araújo; Contandriopoulos, André-Pierre (2004), "Integralidade da atenção e integração de serviços de saúde: desafios para avaliar a implantação de um 'sistema sem muros'", *Cadernos de Saúde Pública*, 20 (Supl. 2), S331-S336. Consultado a 15.02.2014, em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2004000800026&lng=en&tlng=pt. DOI: 10.1590/S0102-311X2004000800026.

Machado, Felipe Rangel de Souza (2009), "O direito à saúde na interface entre sociedade civil e Estado", *Trabalho, Educação e Saúde*, *7*(2), 355-371. Consultado a 15.02.2014, em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462009000200009&lng=pt&tlng=pt. DOI: 10.1590/S1981-77462009000200009.

Mariotto, Maiara; Araújo, Laura Filomena Santos; Bellato, Roseney; Dolina, Janderléia Valéria (2013), "Direito à saúde nos discursos do poder judiciário e do poder executivo: análise de decisão judicial", *Cogitare Enfermagem*, 18(4), 647-54.

Moreira, Martha Cristina Nunes (2009), "Dádiva e rede na saúde: circuitos de troca e construção de estratégias de cuidado", *in* Roseni Pinheiro; Ruben Araújo Mattos (orgs.). *Razões públicas para a integralidade em saúde: o cuidado como valor.* Rio de Janeiro: IMS ABRASCO, 301-316.

Nepomuceno, Marly Akemi Shiroma; Bellato, Roseney; Araújo, Laura Filomena Santos; Mufato, Leandro Felipe (2013), "O campo jurídico na garantia do direito à saúde", *Revista de Direito Sanitário,* 14(2), 119-136.

Oliveira, Aline Albuquerque (2010), "Direito à saúde: conteúdo, essencialidade e monitoramento", *Revista CEJ*, 48, 92-100.

OMS - Organização Mundial da Saúde (2003), Relatório Mundial "Cuidados inovadores para condições crônicas: componentes estruturais de ação". Brasília: OMS. Consultado a 20.01.2015, em http://www.who.int/chp/knowledge/publications/icccportuguese.pdf.

OMS - Organização Mundial da Saúde (2008), Relatório Mundial de Saúde "Cuidados de saúde primários: agora mais do que nunca". Lisboa: OMS. Consultado a 25.06.2013, em http://www.who.int/whr/2008/whr08_pr.pdf.

Pepe, Vera Lúcia Edais; Figueiredo, Tatiana de Aragão; Simas, Luciana; Osorio-de-Castro, Claudia Garcia Serpa; Ventura, Míriam (2010), "A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica", *Ciência & Saúde Coletiva*, 15(5), 2405-2414. Consultado a 20.01.2015, em http://www.scielo.br/pdf/csc/v15n5/v15n5a15.pdf.

Petean, Elen; Araújo, Laura Filomena Santos; Bellato, Roseney; Wunsch, Carla Gabriela; Mufato, Leandro Felipe; Nepomuceno, Marly Akemi Shiroma (2012), "Direito à saúde: demanda por suplementos no tribunal de justiça", *Revista Eletrônica de Enfermagem*, 14(1), 68-76. Consultado a 15.02.2014, em http://www.fen.ufg.br/revista/v14/n1/v14n1a08.htm.

Pinheiro, Roseni; Guizardi, Francini Lube; Machado, Felipe Rangel; Gomes, Rafael Silveira (2005), "Demanda em saúde e direito à saúde; Liberdade ou Necessidade? Algumas considerações sobre os nexos constituintes das práticas de integralidade", *in* Roseni Pinheiro; Ruben Araújo Mattos (orgs.), *Construção social da demanda.* Rio de Janeiro: IMS ABRASCO [2.ª ed.].

Ribeiro, Rosa Lúcia Rocha; Fonseca, Eneida Simões; Borba, Regina Issuzu Hirooka; Ribeiro, Circéa Amalia (2013), "Educação, saúde e cidadania: estratégias para a garantia de direitos de crianças e adolescentes hospitalizados", *Revista de Educação Pública*, 22(49/2), 503-523.

Sant'Ana, Ramiro Nóbrega (2009), "A saúde aos cuidados do judiciário: a Judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDFT". Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, Brasil.

Santos, Boaventura de Sousa (2007), *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez.

Senado Federal (1990), Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Senado Federal, Brasília.

Starfield, Barbara (2002), *Atenção primária - Equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia*. Brasília: UNESCO. Consultado a 27.11.2013, em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_primaria_p1.pdf.

A JUDICIALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: MAIS DO MESMO NAS DISPUTAS FAMILIARES?

CRISTIANA VIANNA VERAS

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE, NITERÓI/RJ, BRASIL

ROBERTO FRAGALE FILHO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE, NITERÓI/RJ, BRASIL

Resumo: O texto distingue, inicialmente, a mediação e a conciliação como meios de autocomposição do conflito, apontando suas principais diferenças a partir do papel que a figura do terceiro (mediador e conciliador) desempenha nestes institutos. Em um segundo momento, identificamos iniciativas de legislar a mediação de forma a desenhar seu movimento de institucionalização normativa no âmbito do poder judiciário brasileiro. Ao final, levando em conta as particularidades inerentes à mediação como uma forma de solução diferente da conciliação e do modelo adjudicatório, apresentamos algumas reflexões sobre a forma como as práticas da mediação podem ser desenvolvidas no campo das disputas judiciais relativas aos conflitos familiares.

Palavras-chave: poder judiciário, mediação, conciliação, direito de família.

THE JUDICIALIZATION OF MEDIATION IN THE BRAZILIAN JUDICIARY: MORE OF THE SAME IN FAMILY DISPUTES?

Abstract: The text begins by distinguishing between mediation and conciliation as constitutive means of the conflict, pointing out their main differences from the role that the figure of the third party (mediator and conciliator) plays in these institutes. Next, we identify initiatives towards the legislation of mediation, in order to sketch out the movement for the normative institutionalization of mediation within the Brazilian judiciary. Finally, taking into account the peculiaritie s inherent to mediation as a means of settlement other than the conciliation and adjudication models, we present some reflections on how the practices of mediation can be developed in the field of legal disputes relating to family conflicts.

Keywords: judiciary, mediation, conciliation, family law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz algumas ideias que poderão servir como pontos de problematização sobre o processo de institucionalização da mediação no poder judiciário brasileiro. Em momentos de transformação social e cultural faz-se importante a precisão de elementos que envolvam as novidades desses novos cenários para que possamos nos colocar de acordo (ou ao menos termos essa pretensão) sobre o que estamos falando. Entendemos que o tema da mediação dentro do campo socioprofissional do direito faz parte desse processo de possíveis "novidades" relativas a uma cultura organizacional com as suas respectivas práticas, podendo indicar novas formas de acesso à justiça de grupos e/ou indivíduos.[1] Nesse sentido é que distinguimos, em um primeiro momento, a mediação e a conciliação como meios de autocomposição do conflito, apontando as principais diferenças a partir do papel que a figura do terceiro (mediador e conciliador) desempenha nestes institutos.[2] Essa precisão é importante quando tratamos da mediação, ou seja, é uma estratégia de delimitação geral do tema construída a partir da diferenciação entre mediação e conciliação.

As diferenças entre esses dois institutos têm especial importância para o contexto brasileiro, pois há um grande receio por parte dos estudiosos e entusiastas da implantação da mediação judicial de que a mediação venha a percorrer o mesmo caminho que a conciliação, cuja prática nos tribunais brasileiros possui ares profundamente adjudicatórios.[3] O enfoque dado ao tratamento do conflito assume especial relevância nas disputas familiares, pois nelas estão presentes controvérsias de natureza essencialmente subjetiva, que escapam a uma abordagem mais restrita do conflito. Assim, a forma dispensada ao tratamento do conflito influencia diretamente o resultado do instituto aplicado.

O funcionamento do campo do direito está adstrito (entre outras variáveis) a um balizamento institucional que é estruturado (entre outra formas) normativamente. Em razão desse funcionamento identificamos, em um segundo momento, algumas

[1] A questão da mudança da cultura organizacional dos operadores do direito, que será aqui abordada a partir da variável (entre outras possíveis) da concepção e tratamento do conflito no campo do direito, é vista como uma quarta onda de acesso à justiça (Economides, 1999: 61 ss.) que se somaria às três ondas anteriores descritas no trabalho de Cappelletti e Garth (1988).

[2] Vale ressaltar que o texto não prioriza o estudo desses mecanismos sob o viés do acesso ao direito e à justiça, mas prioriza a análise do processo de apropriação e utilização desses instrumentos com a finalidade e objetivo de desafogar o judiciário brasileiro, reduzindo a quantidade de ações judiciais. É a necessidade de resolver o congestionamento judicial que legitima e justifica a utilização desses instrumentos (mediação e conciliação) pelo poder judiciário no Brasil, o que acaba impactando na forma como esses instrumentos são aplicados.

[3] Sobre os caminhos da conciliação no Brasil, ver Leite (2003). Em uma audiência de conciliação no processo judicial brasileiro, as práticas judiciais tendem a ser mantidas e o conciliador se comporta como um juiz no sentido de impor uma decisão, forçando o acordo. Quando isto não ocorre, muitas vezes, o que se observa é uma audiência protocolar, sem a atuação efetiva do conciliador para resolver o conflito.

iniciativas legislativas sobre a mediação de forma a desenhar o movimento de sua institucionalização normativa no âmbito do poder judiciário. Temos uma clara percepção de que tal movimento não diz respeito às práticas relativas ao funcionamento do campo do direito, mas tão somente à sua regulamentação normativa. Em um terceiro e último momento, levando em conta as particularidades inerentes ao instituto da mediação e as diretrizes previstas na Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresentamos algumas reflexões sobre variáveis das práticas da mediação que possam ser ou estão sendo desenvolvidas no campo das disputas judiciais relativas aos conflitos familiares.

Portanto, o percurso aqui proposto articula-se a partir de referências bibliográficas e normativas no contexto brasileiro, que conhece uma empiria bastante embrionária acerca da mediação. Ao examinar o incipiente processo de institucionalização da mediação no Brasil, constatamos que suas potencialidades são minimizadas pela apropriação judicial, que a transforma em instrumento circunstancial de redução de estoque processual. Privilegiamos a análise da mediação, após distingui-la da conciliação, em virtude de seu ineditismo no Brasil e por entender que ela pode ser uma importante alavanca no acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Entretanto, a hipótese aqui levantada é que sua apropriação pelo poder judiciário brasileiro pode produzir um pouco mais do mesmo que já se faz em termos adjudicatórios. Ao cabo, ainda que pautados por uma análise carente de uma comprovação empírica – o que, certamente, revela-se a próxima etapa de uma investigação sobre nosso objeto –, emerge a certeza de que evitar o desperdício de alternativas e a manutenção de uma mesma gramática homogênea (e judicial) é algo essencial para que novas configurações de acesso à justiça sejam possíveis.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: DUAS FORMAS DIFERENTES DE AUTOCOMPOSIÇÃO DO CONFLITO

O tema da mediação vem ganhando espaço no campo do direito e no debate acadêmico a partir de diferentes questões.[4] Estaremos aqui particularmente

[4] Não existe um conceito único de mediação e o sentido e significado a ela atribuídos diferem de uma sociedade para outra. A busca por uma teoria da mediação é um esforço comum por parte daqueles que estudam e trabalham com o tema. Na literatura, encontramos vários exemplos de obras nesse sentido, como, por exemplo, Marlow (1999) e Almeida (2014). No entanto, podemos identificar três modelos de mediação, filiados a três escolas, que descrevem e prescrevem como realizar a mediação, e inspiram diversos outros modelos. São eles: o modelo tradicional linear (Programa de Negociação de Harvard), modelo transformativo e modelo circular narrativo. Cada um desses modelos tem suas próprias características, sendo que a abordagem dispensada ao conflito pode diferir bastante de uma escola para outra. O modelo linear está centrado na negociação como uma forma de atender aos interesses das partes conflitantes por meio do acordo. A atenção está voltada para o resultado. O modelo transformativo se preocupa com a relação das partes e a transformação dela. O acordo não é o objetivo. O modelo circular narrativo privilegia a história e a narrativa dos conflitos e, através da reflexão, busca dar outro significado à história e ao conflito. Ele tem foco na relação e no acordo. Para um estudo mais

interessados em uma dessas questões: a distinção entre conciliação e mediação.[5] Isto porque, apesar de a finalidade conciliatória em comum, elas não devem ser tomadas como sinônimos (embora muitas vezes o sejam), pois os institutos apresentam diferentes objetivos e princípios, que merecem ser destacados.[6] Entre as diferentes variáveis comparativas possíveis, estamos particularmente interessados na abordagem que os institutos da mediação e da conciliação dão ao tratamento do conflito, ou seja, como esse último é por eles representado e elaborado.

Para Warat (2004: 60 ss.), as diferenças entre mediação e conciliação são gritantes, pois esta última não trabalha o conflito, mas ignora-o e, assim, não o transforma, como faz a mediação. O conciliador exerce a função de um "negociador do litígio". A mediação não se preocupa com o litígio, nem com a verdade formal presente nos autos judiciais, e o mediador exerce a função de ajudar as partes a redimensionar o conflito, "entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas" (*ibidem*). Segundo esse mesmo autor (*ibidem*), os juristas pensam que o conflito é algo a ser evitado, pois o entendem como litígio, como uma controvérsia que, por sua vez, se limita a questões de direito ou patrimônio e, assim pensando, deixam de abordar e tratar questões subjetivas da disputa.

A mediação busca auxiliar as pessoas a construir consensos sobre uma determinada desavença, ao passo que a conciliação tem nos acordos o seu maior objetivo, quando não o único. A mediação privilegia a restauração da relação das partes, desconstruindo o conflito, permitindo a manutenção de um diálogo entre as partes, o que se revela fundamental para a construção da solução, sobretudo, nas relações familiares. Como afirma Almeida:

---

aprofundado sobre cada uma dessas escolas, ver Cobb e Rifkin (1991), Riskin (1996), Vezulla (2001), Bush e Folger (2005).

[5] Importante ressaltar que a mediação e a conciliação podem ser exercidas tanto no ambiente judicial quanto extrajudicial. No âmbito judicial brasileiro, a mediação ainda não está regulamentada por lei, mas na capital do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça mantém um centro de mediação que possibilita a sua prática antes da instauração de uma ação judicial, que chamamos de mediação pré-processual, e durante o desenvolvimento do processo judicial, que é a denominada mediação incidental. A conciliação está prevista na Lei n.º 9.099/95 e no Código de Processo Civil, e pode ocorrer de forma preliminar, no início, ou a qualquer tempo durante o processo judicial. Em ambos os casos, a conciliação judicial é realizada quando já existe uma relação jurídica processual. No ambiente extrajudicial, a conciliação e a mediação podem ocorrer em espaços públicos ou privados. Eventual termo de acordo celebrado extrajudicialmente pode ser homologado pelo poder judiciário por meio de ação judicial própria, se as partes assim desejarem.

[6] Gabbay (2011: 49 ss.) reconhece que há relevantes diferenças entre mediação e conciliação, sendo que esta distinção está mais presente nos países de língua latina do que nos países da *common law*, "muito embora a diferença entre os tipos de mediação e a postura do mediador (transformativa, avaliativa e facilitativa) reflitam preocupações semelhantes às que estão subjacentes à distinção entre mediação e conciliação." Conferir ainda Braga Neto (2011).

> Sabemos que a construção de acordos não garante que seja efetivamente dirimido o conflito entre as partes e, por vezes, chega a acirrá-lo. Todavia, a base da pacificação social reside no restauro da relação social e na desconstrução do conflito entre litigantes. A permanência do conflito possibilita a construção de novos desentendimentos ou de novos litígios: esgarça o tecido social entre as pessoas envolvidas em uma discordância e entre as redes sociais que as apoiam e das quais fazem parte. A permanência do conflito é, portanto, terreno fértil para manter latente a possibilidade de novas discórdias e o ânimo de desavença entre os grupos sociais de pertinência dos litigantes. (2009: 94 ss.)

Assim, por voltar-se para a restauração da relação social, a mediação vem sendo indicada para os conflitos entre pessoas cuja relação vai se prolongar no tempo, seja por vínculos de parentesco, trabalho ou vizinhança. Para Pinho (2008), a mediação deve ser utilizada para os relacionamentos interpessoais continuados e não se presta a conflitos "descartáveis". A razão de ser da mediação estaria nos conflitos que surgem a partir das relações duradouras, ou seja, que existem antes da lide e que permanecerão independentemente da solução dada ao caso, como é o caso das relações familiares. Neste sentido, a mediação se apresenta como um poderoso instrumento de solução de conflito alternativo ao modelo adjudicatório nos conflitos e disputas (judiciais ou não) de família.

A conciliação busca o acordo entre as partes envolvidas no conflito, isto é, o objetivo é chegar ao acordo, e não trabalhar o conflito. A finalidade é pôr fim à demanda, seja judicial ou extrajudicial, e para isto, o conciliador deve sugerir possibilidades de entendimento entre as partes. Se o acordo não ocorrer, não houve sucesso na conciliação. Desta forma, a conciliação apresenta sintonia com o paradigma adversarial de uma disputa, onde uma parte perde para que a outra ganhe, pois são demandas pessoais. O acordo é firmado com a coautoria do conciliador e das partes.

Na mediação, o mediador não deve apresentar soluções ou alternativas para solucionar o conflito ou encerrar a demanda. A proposta é a de uma mudança de paradigma no contexto da resolução de conflitos, buscando atender às demandas de todos os envolvidos na desavença. Quando a mediação é exitosa, acredita-se que ela satisfaz a todos, e é fruto de uma construção comum. Acredita-se que, neste modelo, o acordo será cumprido por aqueles que participaram da construção da solução, o que evita o surgimento de novas disputas.

O mediador deve auxiliar as partes na avaliação e no redimensionamento do conflito, agindo como um "facilitador do diálogo". A mediação busca devolver às partes o protagonismo sobre suas vidas no tocante à solução de suas desavenças. Neste sentido, distancia-se do modelo paternalista (e estatal) onde um terceiro deve solucionar o conflito (Almeida, 2009: 96 ss.). Importante destacar que, no processo de mediação, as partes não se restringem ao autor e réu de uma ação judicial, e todos aqueles que de uma maneira ou de outra estão envolvidos no conflito também podem participar (rede de pertinência).[7]

A conciliação tem uma abordagem monodisciplinar e, geralmente, é conduzida por profissionais da área do direito.[8] Apesar de nos conflitos familiares judiciais também participarem psicólogos e assistentes sociais, a abordagem do conflito e a condução do acordo tendem a ser monodisciplinares. Já na mediação, a análise passa por um olhar multidisciplinar, pois deve ser realizada por dois mediadores (co-mediação), cuja formação universitária ou atuação profissional não adquire maior relevância (com exceção dos casos que demandam conhecimento específico sobre o objeto do conflito), e o que conta é a capacitação na prática da mediação. Neste sentido, defende Almeida:

> Por ser um tema transdisciplinar – perpassando pelo Direito, a Psicologia, a Antropologia, a Filosofia e a Sociologia –, a mediação apregoa que o olhar de análise para os desentendimentos deva ser multidisciplinar, mesmo quando a condução dos trabalhos se dê por um único mediador – mediação solo. Dessa forma, convida os mediadores a atuarem regidos por uma lente multifocal que viabilize reconhecer e articular os diversos fatores – sociais, emocionais, legais, financeiros, entre outros – que componham as desavenças. (2009: 97 ss.)

Diferente da conciliação, que em geral se desenvolve em um único encontro, o processo de mediação pressupõe alguns encontros, pois geralmente quando as pessoas chegam à mediação, estão baseadas em posições rígidas com as quais não se consegue negociar. O mediador vai ajudar as partes a identificar os interesses que estão por trás das posições e as necessidades que legitimam seus interesses, de modo que possam dialogar e encontrar uma solução por elas próprias. São utilizadas

[7] Assim, por exemplo, em conflito familiar entre pai e mãe sobre quem deve ficar com a guarda do filho menor, uma avó que tenha uma participação efetiva na criação da criança poderá participar do processo de mediação.

[8] A Lei n.º 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, estabelece, em seu artigo 7º, que os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da justiça, sendo que aqueles devem ser recrutados preferentemente entre os bacharéis em direito, e estes entre advogados com mais de cinco anos de experiência.

diversas técnicas para auxiliar os mediandos a encontrar uma solução, porém, elas não são apresentadas, tais como: sumarizar o que foi apresentado pela parte, checar os pontos principais do conflito, elencar as questões levantadas, parafrasear o que foi dito, apresentar a fala de maneira positiva, delimitar o que será tratado nas sessões de mediação, etc. (Rosenberg, 2006). Um processo de mediação pode levar tempo e, por isto, a duração não pode estar pré-determinada.

Assim, podemos dizer que a conciliação apresenta uma rápida solução ao litígio, enquanto a mediação não apresenta esta característica. Somente podemos pensar a mediação como um processo célere de autocomposição do conflito quando comparamos ao tempo de uma ação judicial, a contar da distribuição da ação até à extinção do processo, pois o tempo de uma mediação é ditado por aqueles que nela estão envolvidos.

A distinção entre conciliação e mediação não se restringe aos seus aspectos teóricos e deve romper os limites do âmbito acadêmico[9] para se inserir nos debates institucionais e, em especial, no processo de institucionalização da mediação, e de suas práticas, pelo poder judiciário brasileiro. A assimilação dos diferentes objetivos inerentes a cada um desses institutos repercutirá nas práticas da mediação no campo do direito e nas soluções dos diversos conflitos sociais.

A REGULAÇÃO NORMATIVA DA MEDIAÇÃO COMO PROCESSO EM CONSTRUÇÃO: ALGUMAS TENTATIVAS DE LEGISLAR E A RESOLUÇÃO CNJ N.º 125/2010[10]

No Brasil, embora ainda não exista uma lei específica regulando a mediação,[11] o debate em torno da sua legalização não é recente e existem algumas tentativas neste sentido, como o Projeto de Lei da Mediação (PL n.º 4.827/1998 e seu substitutivo no Senado Federal ao Projeto de Lei da Câmara n.º 94/2002) e a reforma do Código de Processo Civil com o Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 166/2010 e o PL n.º 8.046/10,[12] além dos PLS n.º 517/2011, PLS n.º 405/2013, PLS n.º 434/2013 e PL n.º 7.169/2014.

A primeira tentativa de legalização foi em 1998, com o PL n.º 4.827 apresentado pela deputada Zulaiê Cobra à Câmara dos Deputados. Era um projeto simples e conciso que trazia apenas sete artigos sobre a mediação judicial e extrajudicial. Em 2002, este projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara e

[9] Cf. *supra* nota 3.
[10] A íntegra da resolução pode ser encontrada na página do CNJ. Consultado a 05.07.2014, em http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010.
[11] Gabbay (2011: 164 ss.) ressalta que há no Brasil uma grande expectativa na criação de um marco legal sobre a mediação de modo a amparar a difusão do instituto no país bem como a sua regulação mínima, sistematizando e padronizando seu procedimento e práticas.
[12] Para um maior detalhamento do contexto e iniciativas destes projetos de lei, ver Pinho (2011).

enviado ao Senado Federal, onde foi aprovado em 2006 o substitutivo, que institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Porém, em razão das diversas emendas, o trâmite legislativo exigiu sua reapreciação pela Câmara de Deputados, onde permanece até hoje aguardando a aprovação pelo plenário. A reforma do Código de Processo Civil se iniciou com a apresentação do PLS n.º 166/2010, que foi submetido a discussões por uma comissão de senadores. Posteriormente, o senador Valter Pereira apresentou um substitutivo ao referido PLS, que fez pequenas alterações na previsão da mediação e da conciliação, e recebeu na Câmara dos Deputados o número de PL n.º 8.046/2010[13] (Pinho, 2011: 5). Este projeto de lei prevê a figura do mediador judicial como auxiliar de justiça e dispõe que cada tribunal pode criar um setor de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição. Em seus artigos 144 a 153, ele estabelece os princípios que regem os institutos (da independência, neutralidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade e informalidade), o papel do mediador e do conciliador, a forma como estes podem ser escolhidos pelas partes, o registro de conciliadores e mediadores no tribunal, as exigências para fins do cadastro (como ter sido capacitado em curso realizado por entidade credenciada ao tribunal) e os limites de atuação dos advogados inscritos nos cadastros. Ao determinar que os magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público devem estimular a conciliação e a mediação, ele estabelece, nos parágrafos do artigo 145, uma distinção entre conciliação e mediação em função do papel do mediador, a seguir:

> Parágrafo 1.º - O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
> Parágrafo 2.º - O mediador auxiliará as pessoas interessadas a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

Neste cenário, onde constatamos diferentes iniciativas de legislar sobre a mediação bem como diversas iniciativas por parte do poder judiciário em estimular a conciliação,[14] no final de 2010, o CNJ chamou para si a atribuição de estabelecer as

[13] Consultado a 09.07.2014 em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267.

[14] Gabbay (2011: 170 ss.) lembra que com as funções do CNJ (artigo 103-B da CF/88) de planejamento estratégico do poder judiciário de exercer o controle externo da atividade jurisdicional, atribuídas pela reforma promovida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, diversas políticas judiciárias voltadas ao estabelecimento de metas de produtividade e à conciliação vêm sendo capitaneadas pelo próprio Conselho, como, por exemplo, o “Movimento pela Conciliação”, que teve início em agosto de 2006, e a

regras de implantação e utilização deste instituto no âmbito do serviço público da administração da justiça. Com a Resolução CNJ n.º 125/2010, foi instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, ressaltando os denominados meios consensuais que incentivam a autocomposição de litígios e a pacificação social. De acordo com esta resolução, cabe ao judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade. Assim, deve o judiciário organizar em âmbito nacional os serviços judiciais prestados bem como os demais mecanismos de soluções de conflitos como a mediação e a conciliação. Os Tribunais de Justiça devem criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania para atender aos juízos, juizados ou varas. Cada unidade dos Centros Judiciários deverá abranger o setor de conciliação de conflitos pré-processual, processual e setor de cidadania. A administração do centro e supervisão do serviço de conciliadores e mediadores caberá a um juiz coordenador designado pelo presidente do tribunal. Como ressalta Gabbay, um dos focos da resolução é:

> criar uma disciplina mínima e uniforme para a prática dos meios consensuais de solução de conflitos no Judiciário, que funcionam como um importante filtro da litigiosidade, além de estimular em nível nacional a cultura da pacificação social, estabelecendo diretrizes para a implantação de políticas públicas que tracem caminhos para um tratamento adequado de conflitos. (2011: 172 ss.)

Neste sentido, a Resolução CNJ n.º 125/2010 disciplina todo o processo de mediação judicial e pré-processual e de conciliação, desde a criação dos centros próprios para sua aplicação, passando pelo funcionamento deles, formação dos serventuários, mediadores e conciliadores, até às normas de ética.

O PLS n.º 517/2011 trata da mediação judicial e da extrajudicial. Define que o mediador é o terceiro imparcial, com capacitação adequada, que conduzirá o processo de comunicação entre as partes. O PLS n.º 405/2013 dispõe sobre mediação extrajudicial e estabelece que o mediador pode ser qualquer pessoa capaz desde que tenha a confiança das partes e se considere capacitada para fazer mediação. O objetivo do mediador é buscar o entendimento das partes. O PLS n.º 434/2013 aborda normas gerais sobre o instituto da mediação e inova ao prever a mediação online, permitindo sua utilização nos casos de comercialização de bens ou prestações de serviços via internet. O recente Projeto de Lei n.º 7.169/2014, mesclando os três PLS

primeira “Semana Nacional pela Conciliação”, que ocorreu em dezembro de 2007.

anteriores, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da administração pública, considerando a mediação como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial, sem poder de decisão, que auxilia e estimula as partes a desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

DESAFIOS NA IMPLANTAÇÃO DA PRÁTICA DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O processo de apropriação e institucionalização da mediação no âmbito do judiciário brasileiro pelo CNJ, e sua aplicação pelo poder judiciário, ocorre em um contexto que se apresenta, de um lado, por uma necessidade de reforma deste poder, que não dá conta de solucionar os conflitos sociais por meio de ações judiciais e, por outro, por uma ausência de lei específica, regulamentadora da prática da mediação no Brasil. Há, portanto, um terreno fértil para que diferentes métodos de resolução de conflitos surjam e sejam implantados, sobretudo se estes métodos se prestam a "desafogar" o judiciário. Diante da falta de regulamentação específica, a mediação pode se apresentar ainda mais atraente, já que pode ser "moldada" de acordo com as necessidades e os anseios daquele que dela se apropria. Por outro lado, a apropriação da mediação pelo CNJ como meio de "desafogar" o poder judiciário é um dos motivos que levaram à criação da Resolução n.º 125/2010[15] e, de certa forma, reflete a própria abordagem normativa da mediação nas suas diferentes tentativas de legalização. Neste sentido, afirma o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados sobre o PL n.º 4.827/1998 (na forma do substitutivo do Senado):

> **A mediação**, como método alternativo extrajudicial privado de prevenção e solução sigilosa de conflitos, **deve sobremaneira aliviar o enorme trabalho do Poder Judiciário**. A mediação é tão antiga quanto a humanidade, e pode ser exercida por qualquer pessoa, desde que tenha formação técnica adequada. Um terceiro imparcial expressa suas opiniões sobre o caso, que podem ou não ser acatadas pelas partes, oferecendo-lhes uma solução pacífica e amigável do conflito. **Esse procedimento pode ser suficiente para solucionar o problema**

[15] Assim, na Resolução afirma-se: "Considerando que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentença".

> **entre as partes, descartando, então, os transtornos provocados pela via judicial.**[16] (grifos nossos)

Neste contexto, algumas questões se destacam, como por exemplo, a forma como a mediação será exercida nos Centros de Mediação, pois a finalidade de uma mediação não é a de evitar uma ação judicial, mas dar uma nova abordagem aos conflitos. Ou seja, não se busca propriamente evitar a judicialização de um conflito (até mesmo porque algumas vezes este é o único caminho possível), mas permitir que este seja resolvido a partir das próprias partes nele envolvidas, com base em suas necessidades e possibilidades. Não se trata do exercício de um direito, mas de uma solução construída pelas partes envolvidas no conflito. Neste caso, podemos dizer que a questão "legal" e "jurídica" da disputa, no sentido de saber onde está o direito de cada um, não se apresenta tão relevante, e não direciona a condução do processo de mediação.

Entretanto, não obstante ser essa a sinalização dada normativamente, a forma como os atores irão se apropriar e gerenciar as práticas relativas às orientações normativas sobre a mediação está dentro de um contexto de ações e representações sobre o conflito, que pode ser um obstáculo para a implementação de novas práticas. Essa dificuldade foi sinalizada no contexto do funcionamento dos Juizados Especiais relativamente à prática da conciliação[17] por Leite (2003), ao afirmar que seu trabalho de campo sobre a conciliação nos Juizados Especiais demonstrou que, apesar de os conciliadores receberem orientação teórica no sentido de que devem apresentar alternativas de solução de conflito, como um terceiro externo ao litígio, na prática, esses papéis não são assim desempenhados, e o conciliador transmite as regras do jogo a partir de uma posição bem definida. E exemplifica com a postura adotada por um conciliador, ao sentir que as partes estavam intransigentes e não haveria acordo:

> Esta é uma audiência de conciliação para tentar um acordo, o que exige sempre que alguém ceda em alguma coisa. Se o acordo não sair, eu vou marcar a audiência com o juiz, que vai decidir a questão. Aí, o senhor vai ter que constituir um advogado para se defender, vai gastar dinheiro com o advogado e com as custas do processo e, no final, vai ter que pagar de qualquer maneira porque ele

[16] O inteiro teor do parecer está disponibilizado na página da Câmara dos Deputados. Consultado a 20.10.2013, em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158.

[17] Faz-se importante ressaltar que nosso interesse aqui não está voltado para a conciliação, mas sim direcionado tão somente para a explicitação de elementos indicativos de que seria razoável tomar como hipótese que a cultura dos operadores do direito é refratária às práticas alternativas de tratamento do conflito não baseadas na forma jurídica do litígio, ou seja, com vencedor e vencido e suas variações (certo/errado, ter direito/não ter direito etc.), como veremos na argumentação que se segue.

> tem razão e vai executá-lo. Então, é melhor o senhor pensar bem e fazer uma proposta. [...]. Assim, a conciliação obtida no Juizado não implica que tenha havido negociação entre as pessoas envolvidas no conflito, de forma a serem consideradas as possibilidades e as vontades de cada uma delas, nem que se tenha tentado uma interação entre elas. Como se observou, nunca foi abandonada a posição antagônica ou a posição entre os participantes da ação, que saem da audiência com a sensação de vencedores e perdedores, sendo o acordo obtido de uma forma de definição das condutas sociais consideradas certas ou erradas. (Leite, 2003: 99 ss.)

De uma análise inicial dos dispositivos da Resolução CNJ n.º 125/2010, podemos perceber uma apreensão das "novas formas de resolução de conflitos" a partir de um *modus operandi* próximo ao dos processos judiciais próprio dos tribunais, ou seja, com termos, definições e procedimentos semelhantes aos de uma disputa judicial, ainda que em audiência de conciliação. Neste sentido, por exemplo, estabelece o seu artigo 8.º que "os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação". No processo de mediação, não há audiência, mesmo que seja uma mediação judicial. Da mesma forma, o parágrafo primeiro do referido artigo permite a realização de sessões de conciliação e mediação nos próprios juízos, Juizados ou Varas designadas, "desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados junto ao Tribunal (inciso VI do artigo 7.º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (artigo 9)". Como se desenvolverá uma mediação, dentro do próprio tribunal, e sob a supervisão de um juiz? O parágrafo 2.º do artigo 9.º estabelece que "os tribunais deverão assegurar que nos Centros atuem servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado dos casos". Por que um servidor? Com base em que ele fará esta triagem e encaminhamento?[18] Diante das práticas dos Juizados Especiais, podemos pensar que este servidor, já tão habituado com as rotinas judiciais, venha a fazer uma triagem a partir de sua bagagem jurídica, sobre seu próprio entendimento da possibilidade ou não de uma ação judicial, ou mesmo do êxito de uma ação (Leite, 2003).

[18] Gabbay (2011: 204) ressalta que a triagem do conflito é um momento delicado na implantação dos programas de mediação no poder judiciário, pois a mediação não é adequada para todos os casos e uma boa seleção é importante para que as partes confiem no processo e nos resultados obtidos.

Apesar de a Resolução CNJ n.º 125/2010 estabelecer que o programa para promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação (artigo 4.º) será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do poder judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras (artigo 5.º), o próprio CNJ internalizou no âmbito do poder judiciário a formação e capacitação dos mediadores e conciliadores dos centros de resolução de disputas.

Em setembro de 2011, o CNJ[19] organizou curso de formação de instrutores em conciliação e mediação, com duplo objetivo: formar servidores do judiciário como instrutores em conciliação e mediação a fim de intensificar a disseminação e a padronização dessas técnicas nos tribunais brasileiros, e dotá-los de experiência em docência para que possam lecionar nos tribunais os cursos de formação e capacitação. Sob a alegação de que "essa medida poupará, inclusive, recursos dos tribunais que não terão que contratar serviços externos para capacitação, acionando os próprios servidores para ensinar o público interno e externo,"[20] a formação e a capacitação dos futuros mediadores e conciliadores do juízo eram realizadas não por meio de convênio com entidades públicas e privadas, e instituições e universidades de ensino, mas pelos próprios servidores do judiciário, que também atuam nos processos de mediação e de conciliação. Interessante notar que os participantes do curso do CNJ se comprometiam a lecionar ao menos cinco cursos referidos na resolução, em regime de codocência com demais participantes do treinamento, conforme disposto no artigo 7.º do regulamento do curso.[21]

Ao que parece, a institucionalização da mediação pelo poder judiciário caminha no sentido de desenvolver um processo de solução de litígio, diferente do adversarial, mas à sua semelhança (com prazos, supervisão de juiz, etc.), que exclui importantes características inerentes ao instituto da mediação, como a interdisciplinaridade. Diante disto, podemos nos questionar sobre a possibilidade de uma mediação, nos moldes como vem se apresentando, no âmbito judicial. Em outras palavras: é possível uma mediação feita pelo Estado? Ainda que as considerações abaixo transcritas sejam

[19] No início do ano de 2013, com o intuito de viabilizar o funcionamento efetivo dos núcleos de mediação nos Tribunais de Justiça, a Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ), em parceria com o Conselho Nacional de Justiça e a Escola Nacional de Formação de Magistrados (ENFAM), iniciou a implementação da Escola Nacional de Mediação (ENAM). Esta iniciativa faz parte do Programa de Formação Técnica em Mediação e Conciliação para Magistrados e Profissionais Voluntários desenvolvida pela SRJ, e tem por objetivo promover cursos presenciais, semipresenciais e à distância para operadores de direito, servidores do Judiciário, professores e alunos dos cursos de graduação em direito e cursos para mediadores comunitários. Informações obtidas na página www.cead.unb.br/enam, consultada a 20.10.2013.

[20] Informação obtida na página do CNJ. Consultado a 20.10.2013, em http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/curso-sobre-conciliacao-e-mediacao.

[21] Informação obtida na página do CNJ. Consultado a 09.10.13, em http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/regulamento.formacao.instrutores.pdf.

sobre o instituto da conciliação, as reflexões de Leite são pertinentes à mediação como forma alternativa de resolução de conflito no sentido desenvolvido anteriormente:[22]

> [O] que se quer do Estado nunca é a sua mediação para resolver **amigavelmente** a questão, ou **conciliatoriamente,** como é a proposta dos Juizados Especiais. [....] [I]r à **Justiça** significa **briga, oposição e um comportamento sempre antagônico à paz**. [....] Igualmente para os serventuários da justiça que, além de participantes da sociedade, estão acostumados à forma padronizada de operar no nosso sistema judicial, a abertura de um processo na justiça comum ou nos juizados também significa uma solução de modo **adversarial**. Dessa forma, a lei que institui os Juizados Especiais, pretendendo uma alternativa, um esquema conciliatório na administração de conflitos, tem sua aplicabilidade conciliatória inviabilizada a começar pelo caráter opositivo que representa a justiça estatal. A mediação significa **acordo entre vontades, resolução sem briga, em paz**, quando ela é realizada de forma particular, sem intermediação do Estado, pessoa a pessoa ou com interferência de instâncias informais como amigos, parentes, vizinhos etc. Quando se recorre o Estado – e todas as formas oficiais de administração de conflitos passam pelo Estado –, o modo de resolução é sempre pensado como conflitivo, do qual sairá um vencedor com Direito de obter a reparação do que lhe foi feito erradamente por parte do perdedor. Quando se recorre à justiça, não se pensa em formas conciliatórias, amigáveis e que haverá uma negociação para que seja encontrada uma solução aceitável por todos. O apelo ao Estado significa ir à **justiça** no sentido de corrigir algo fora da ordem, o que implica sempre a busca de uma solução do tipo vencedor/perdedor. (Leite, 2013: 132 ss.)

De certa forma, quando o Estado se apropria do instituto da mediação para dirimir conflitos, a partir de uma mediação realizada por serventuários do poder judiciário, mais uma vez chama para si a responsabilidade (e o monopólio) de resolver os conflitos sociais. Não deixa de ser uma forma de controle social e também de manutenção de um poder institucional com pretensão de moldar e organizar o conflito social. A prática da mediação nos centros de mediação judiciais pelos serventuários da justiça nos induz a pensar que a forma pela qual o processo de mediação se efetivará pode não se distanciar muito das práticas e representações tão arraigadas e

[22] Cf. *supra* nota 15.

próprias dos processos judiciais. E, se assim for, estaremos perdendo uma boa oportunidade de dar diferentes tratamentos aos diferentes tipos de conflitos sociais que, de uma maneira ou de outra, desembocam no poder judiciário.

A ADEQUAÇÃO DA MEDIAÇÃO NAS DISPUTAS DE FAMÍLIA

Uma característica frequentemente presente nos conflitos de família, que busca soluções por meio de uma decisão judicial, ou seja, quando o conflito já se transformou de fato em um litígio, por meio do ajuizamento de uma ação judicial por uma das partes, diz respeito exatamente ao uso deste instrumento (ação judicial) como um meio de atingir ou prejudicar o outro. Quando percebemos que as partes estão com esse propósito é muito improvável que o juiz consiga resolver o conflito por meio de uma decisão judicial monocrática. Em muitos casos, não se trata de dizer quem tem o direito ou não, pois as partes não estão necessariamente buscando uma solução para o conflito. Como salienta Ferreira (2011: 141), "as pessoas entram em conflito pelas mais diversas razões, e sua dificuldade em cooperar as leva a competir de forma pouco saudável. Elas podem competir tanto por concordar como por discordar a respeito do objeto da disputa". Duarte (2011: 8) também entende que nos processos de litígio familiar, deparamo-nos com as mais variadas reações do casal. Há os que conseguem acordos baseados em um consenso e outros nos quais uma transformação dos conflitos entre os cônjuges é muito difícil, acarretando consequências significativas para as pessoas envolvidas, como os filhos.

Muitas vezes, em processos judiciais de família, como uma separação conjugal, as partes não estão se valendo da ação para solucionar o conflito, mas para permanecer com o vínculo, ainda que este vínculo se mantenha por meio de uma disputa judicial[23]. Por outro lado, um processo de separação conjugal pode englobar outras questões (para além da separação de corpos) como a partilha de bens, alimentos, guarda e visita de filhos. Para cada uma destas questões, as partes poderão mobilizar diferentes instrumentos jurídicos, o que equivale a dizer que uma única questão familiar, aparentemente isolada, pode se desdobrar em diversas outras questões e conflitos, que podem ser judicializados por meio de ações. Estamos, portanto, diante de uma situação que pode vir a se transformar em várias outras, dando origem a um processo judicial principal, com diversos processos apensados, o que dificulta o andamento e tratamento do conflito de cada um deles e, com isto, a solução da lide em sua totalidade. Para Ferreira (2011: 116), "a maior dificuldade na solução das causas de família está em que os conflitos emocionais/relacionais entre os litigantes,

[23] Sobre a manutenção do vínculo por meio da litigância, ver Vainer (1999).

frequentemente, dão substrato à disputa. Os conflitos emocionais não elaborados da dupla parental tendem a comandar a ação".

De acordo com Grunspun (2000: 13), o uso mais difundido da mediação é no divórcio, na custódia e na guarda dos filhos, pois esses assuntos geralmente incluem partilha de bens, obrigações, sustento e cuidados com os filhos. Esse autor sustenta que "nas Varas de Família, a mediação apresenta vantagens frequentes comparando com os litígios, porque facilita a comunicação futura entre as partes, o que é necessário quando o futuro de filhos está em jogo" (2000: 14). Em sua experiência acompanhando os julgamentos sobre guarda dos filhos, ele constatou que para os juízes, o divórcio era uma tragédia que precisa terminar logo, e que a decisão judicial privilegiava os direitos dos adultos sobre os filhos em detrimento dos direitos desses últimos verem suas necessidades atendidas. Em suas palavras:

> A Justiça sempre esteve eivada em defender os interesses dos adultos em seus direitos sobre os filhos e não em defender os interesses das crianças em ter um pai e uma mãe. As disputas na Justiça não permitem motivar um ou outro em como ser pais melhores ou mais responsáveis. No julgamento, com qualquer decisão sobre o divórcio, a família não termina – ela muda. Pai e mãe continuam para o resto da vida dos filhos, funcionando bem, funcionando mal ou não funcionando. (Grunspun, 2000: 24)

Se podemos dizer que as decisões judiciais atuais priorizam o interesse do menor,[24] envolvido nos conflitos familiares, também é verdade que hoje em dia as separações conjugais se dão com mais frequência e rapidez. Em decorrência dessas mudanças, surgem novas configurações familiares, como famílias monoparentais e recompostas, que desafiam o ordenamento jurídico no que tange à regulação dessas situações. Trata-se, portanto, de uma área do direito que demanda especial atenção por parte daqueles que, de uma maneira ou de outra, estão envolvidos no processo de resolução de conflitos, como as próprias partes, advogados, juízes e mediadores. O procedimento comum de uma ação judicial não tem *a priori* flexibilidade nem amplitude que permitam o tratamento de tantas questões subjetivas como as que estão presentes nos conflitos familiares. A formalidade judicial e a pouca participação das partes no processo judicial pode contribuir para o acirramento do conflito. Neste

[24] Como título ilustrativo dessa tendência, podemos citar a introdução do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. A guarda compartilhada como regra nas separações conjugais é o reconhecimento do direito da criança ao acesso igual e à oportunidade de conviver com ambos os pais, de desfrutar da criação conjunta deles, sem que um ou outro tenha a palavra final (guarda unilateral).

sentido, o processo de mediação pode ser visto como um caminho adequado e promissor para a resolução de conflitos no campo do direito de família. Como ressalta Ferreira:

> A mediação, no campo judicial da família, não deve ser vista como panaceia dos tempos modernos nem como solução para todos os problemas da área de família, – até porque nem todos os conflitos são mediáveis, segundo o conceito exposto – mas como uma prática promissora, como mais um meio de a rede social promover apoio aos membros da família em crise. (2011: 153)

A mediação é um instituto que busca primordialmente o diálogo das partes. A construção do acordo pelas partes envolvidas é uma consequência do processo e não um fim em si. O mediador tem a função de ajudar os mediandos a compreender o conflito e, com isto, desconstruí-lo, facilitando a construção da solução. Neste processo, os mediandos são os protagonistas e responsáveis por encontrar (e criar) uma forma de resolver o conflito. Trata-se de implicar as partes neste processo, devolvendo-lhes a responsabilidade pelo fim da controvérsia. A informalidade própria ao processo de mediação permite uma aproximação das partes em conflito e proporciona um ambiente propício ao diálogo.

É evidente que a autonomia e a liberdade das partes em um processo de mediação não são irrestritas e ilimitadas. Um processo de mediação não pode terminar com um acordo que desrespeite a lei. As partes não podem dispor sobre direitos indisponíveis, por exemplo. Porém, é inegável que o espaço existente entre o que a lei estabelece e aquilo que o juiz vai decidir é amplo o suficiente para abarcar inúmeras soluções. E neste sentido, nos parece que são justamente as partes conflitantes, com a ajuda de especialistas, as pessoas mais indicadas para apresentar uma solução.

Ainda que pensemos em um processo judicial mais flexível e exíguo, com menos instrumentos jurídicos (como os recursos judiciais) a serem mobilizados pelas partes, dificultando as artimanhas e manobras processuais para retardar a solução da lide, será sempre um processo mais engessado e menos aberto a soluções outras que não a aplicação da lei ao caso concreto. Em outras palavras, é muito mais difícil pensar que um magistrado possa imaginar e proferir uma decisão mais adequada às necessidades das partes em conflito familiar do que as próprias partes. É interessante destacar que a insatisfação com o tratamento dos conflitos familiares não se restringe às partes envolvidas no conflito, mas abrange também outros profissionais que

participam do processo judicial, como os advogados e juízes. Neste sentido, Ferreira afirma que:

> Os juízes de Família sentem necessidade de recursos de ação que lhes permitam obter melhores resultados em seu trabalho. Eles têm plena consciência dos esforços que fazem e das limitações que têm, como operadores do Direito, para ajudar as partes a chegar a bom termo na solução de seus conflitos. E preocupam-se, de verdade, com o destino das famílias em litígio. (2011: 158)

Estamos diante de um cenário no qual os atores sociais demonstram descontentamento com o tratamento judicial dispensado aos conflitos familiares. Se o monopólio dos mecanismos de resolução de conflitos pelo poder judiciário pode nos levar a acreditar que existe uma zona de conforto a ser por nós desfrutada, já que podemos nos eximir de nossa responsabilidade nos conflitos, pois há um outro (juiz) que vai resolver nossos conflitos sociais, esta possível sensação de conforto não se faz presente nas questões familiares. Por envolverem sentimentos (muitos deles desconhecidos pelos próprios atores), os conflitos familiares demandam cuidados que ultrapassam o conhecimento exigido dos operadores jurídicos, abrangendo outros saberes como a psicologia e a psicanálise. E é justamente neste ponto que uma mudança de mentalidade se faz necessária.

A interdisciplinaridade é fundamental para o tratamento adequado dos conflitos familiares. Embora no processo judicial exista sempre a possibilidade de se buscar conhecimentos outros, que não o jurídico, por meio de pareceres técnicos de especialistas, trata-se de uma compartimentalização de saberes, na maioria das vezes presentes nos autos do processo pela forma escrita, que se prestam mais a fundamentar a decisão judicial do que auxiliar na efetiva solução da lide. Trata-se, portanto, de permitir que operadores de diferentes áreas possam efetivamente trabalhar em conjunto, e não paralelamente. Embora não seja a única via possível, mas apenas mais uma de tantas outras, a mediação permite a atuação de dois profissionais de diferentes áreas do conhecimento, complementando seus saberes, em um mesmo processo. A mediação familiar tem muito a contribuir para o tratamento de conflitos e pode ser um efetivo instrumento para sua prevenção, com redução de demandas judiciais. Tartuce (2008: 280) relata que a experiência em mediação familiar no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina demonstrou que algumas pessoas saíram do setor de mediação com a intenção de repensar sua vida conjugal, evitando ações prematuras.

CONCLUSÃO

A mediação no campo do direito e no âmbito do poder judiciário hoje já é uma realidade. A literatura sobre o tema é vasta e sua regulação, apesar de não ser oriunda de uma única lei, já caminha a passos largos para uma sistematização e padronização no tocante à prática da mediação. A Resolução CNJ n.º 125/2010, os provimentos dos tribunais de justiça[25] e as disposições do Anteprojeto do Código de Processo Civil demonstram claramente a preocupação e intenção de institucionalizar e regular a prática da mediação no campo do direito.

A mediação tem a seu favor o caráter inovador de toda medida ainda não implantada e desenvolvida em determinado campo. Muitas são as expectativas que a cercam no tocante a sua eficiência na resolução de conflitos que o poder judiciário não consegue resolver. Assim foi com a institucionalização da conciliação pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n.º 9.099/1995). O instituto da conciliação não trouxe para a realidade judicial brasileira as promessas anunciadas de se constituir em um instrumento alternativo de resolução de conflitos, capaz de auxiliar as partes a construir um acordo. A conciliação, no âmbito judicial, acabou por reproduzir padrões próprios do modelo adjudicatório, exercendo o conciliador a função (e postura) de um juiz que impõe uma decisão, e pode encerrar o processo, mas não trata o conflito. Nesse sentido, as diferenças existentes entre o instituto da conciliação e da mediação tornam-se relevantes e devem ser respeitadas. Se ambos forem tratados como sinônimos, perdemos a oportunidade que a mediação traz de dar uma nova (e mais ampla) abordagem ao conflito, sobretudo, se decorrente das relações duradouras, como as de família.

O entusiasmo do poder judiciário pela mediação, ao que parece, decorre principalmente do fato de a mediação se prestar a ser um meio de pacificação social capaz de reduzir e evitar a judicialização dos conflitos. No entanto, a discussão e implantação das práticas da mediação poderia se ater menos à criação de um novo "processo judicial" de resolução de conflitos, e se voltar para a possibilidade de a mediação dar uma abordagem inovadora (ao menos no campo do direito) ao conflito, como exemplificamos aqui no caso dos conflitos familiares. A redução das demandas judiciais deve ser antes um resultado decorrente dos diferentes tratamentos dado ao conflito do que um objetivo em si mesmo. No âmbito da reforma do poder judiciário, observamos que os meios alternativos de solução de conflitos deixam de ser uma

[25] No Rio de Janeiro, por exemplo, a Resolução n.º 19 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de 17.12.2009, regulamentou a atividade de mediação no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. O ato executivo do presidente do TJ/RJ de n.º 5.555/2009 criou o Centro de Mediação do Fórum Central e o de n.º 1.597/2010 criou Centros nos fóruns regionais e comarcas do Estado do Rio de Janeiro.

alternativa à forma judicial de solução de conflitos para se tornar um instrumento para reduzir e pôr fim às ações judiciais. Assim, os meios alternativos ganham uma função meramente instrumental e deixam de lado a possibilidade de dar outro enfoque ao conflito e, quem sabe, melhor atender às demandas sociais. Neste sentido, afirmam Nobre e Rodriguez:

> O tema dos mecanismos alternativos de solução de conflitos tem sido discutido no contexto de reforma do Poder Judiciário e não como uma real alternativa a ele. Tais mecanismos têm sido mantidos sob o controle desse poder e tratados, na maior parte das vezes, como instrumentos destinados a desafogar o Judiciário. Reduzir os meios alternativos a essa função meramente instrumental significa deixar de lado sua capacidade de enquadrar os conflitos de outra maneira e promover a mediação entre sociedade e Estado de acordo com outra gramática. Uma outra gramática que pode bem recebe o nome de direito, desde que deixe de pensar o jurídico como sinônimo de 'judicial' e se deixe de pensar os avanços constitucionais apenas como ampliação do acesso à justiça visto como sinônimo de "poder judiciário". (2011: 14)

O desafio da institucionalização da mediação parece, então, estar menos na criação de normas legais reguladoras e garantidoras do devido processo legal da mediação no âmbito do poder judiciário e mais na possibilidade de este poder se apropriar dela enquanto forma de resolução de conflitos alternativa à forma judicial. Neste sentido, uma análise da mediação e sua aplicação no âmbito do poder judiciário, a partir do discurso institucional e da implantação da prática nos Centros de Mediação dos Tribunais de Justiça, poderá indicar que, sob o pano de fundo da busca por formas mais adequadas de solução de conflitos, o que se busca é a manutenção de uma ordem social a partir do controle dos conflitos sociais. Apesar de o discurso do poder judiciário brasileiro mobilizar a prática da mediação como uma forma mais adequada de tratar determinados conflitos, como os familiares, pois permite uma abordagem do conflito alternativa à judicial (que é adversarial, com uma relação ganha e perde), atribuindo uma conotação positiva (que é colaborativa, com uma relação ganha-ganha, que traz benefícios mútuos), na verdade a busca pela paz social pressupõe uma conotação negativa do conflito. A busca pela pacificação social traz intrinsecamente a ideia de que os conflitos sociais não são desejáveis e devem ser resolvidos, seja por meio da mediação, seja por meio da ação judicial. Importante ressaltar que não se trata de substituir um determinado modo de solucionar o conflito (adjudicatório) por outro (não adjudicatório), mas permitir e experimentar a existência

de dois caminhos diferentes, com lógicas, gramáticas e funcionamentos próprios, em um mesmo campo.

CRISTIANA VIANNA VERAS

É doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF) e professora assistente de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da UFF, Niterói/RJ, Brasil. Integrante da Comissão de Mediação da Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro e mediadora no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Contato: veras04@hotmail.com

ROBERTO FRAGALE FILHO

É professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense; foi professor visitante na University of Illinois at Urbana-Champaign (2006), na Université Paul Valéry – Montpellier III (2009 e 2010), e no Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra (bolsa "Um mês no CES", 2011) assim como residente do Institut d'Études Avancées de Nantes (2012-2013).

Contato: roberto.fragale@gmail.com

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida, Tânia (2009), "Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas", *in* Paulo Borba Casella; Luciane Souza (orgs.), *Mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Fórum, 93-102.

Almeida, Tânia (2014), *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash.

Braga Neto, Adolfo (2011), *A mediação e suas diferenças com a conciliação*. Consultado a 05.07.2014 em http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/ARTIGO%20Adolfo_MEDIACAO_CONCILIACAO_FEV_20111.pdf.

Bush, Robert Baruch; Folger, Joseph (2005), *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*. San Francisco: Jossey Bass.

Cappelleti, Mauro; Garth, Bryant (1988), *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris.

Cobb, Sara; Rifkin, Janet (1991), "Practice and Paradox: Deconstruction Neutrality in Mediation", *Law & Society Inquiry*, 16, 35-62.

Duarte, Lenita Pacheco Lemos (2011), *A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise em com o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Economides, Kim (1999), "Lendo as ondas do 'Movimento de Acesso à Justiça': epistemologia *versus* metodologia?", *in* Dulce Chaves Pandolfi *et al.* (orgs.), *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 61-76.

Ferreira, Verônica A. da Motta Cezar (2011), *Família, separação e mediação. Uma visão psicojurídica*. São Paulo: Método [3.ª ed.].

Gabbay, Daniela Monteiro (2011), *Mediação & judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese de doutorado em direito processual, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil. Consultado a 20.06.2014, em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/pt-br.php.

Grunspun, Haim (2000), *Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTr.

Leite, Angela Moreira (2003), *Em tempo de conciliação*. Niterói: EdUFF.

Marlow, Lenard (1999), *Mediación familiar: uma prática em busca de uma teoria. Uma nova visión del derecho.* Buenos Aires: Granica.

Nobre, Marcos e Rodriguez, José Rodrigo (2011), "Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas" [texto apresentado na 35ª ANPOCS, Caxambu (MG), no Fórum "Dilemas da Modernidade Periférica". Consultado a 23.01.2015, em www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001.

Pinho, Humberto Dalla Bernardina (org.) (2008), *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Pinho, Humberto Dalla Bernardina (2011), "O Novo CPC e a Mediação: Reflexões e Ponderações". Consultado a 08.07.2014, em http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/O_novo_CPC_e_a_Mediacao.PDF.

Riskin, Leonard (1996), "Understanding Mediators" Orientations, Strategies, and Techniques: a Grid for the Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review*, 7, 1-51.

Rosenberg, Marshall (2006), *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Ágora.

Tartuce, Fernanda (2008), *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método.

Vainer, Ricardo (1999), *Anatomia de um divórcio interminável – o litígio como forma de vínculo*. São Paulo: Editora Casa do Psicólogo.

Vezulla, Juan Carlos (2001), *Mediação: Teoria e prática: guia para utilizadores e profissionais*. Lisboa: Agora Publicações.

Warat, Luis Alberto (2004), *Surfando na pororoca: o ofício do mediador.* Florianópolis: Fundação Boiteux.

LEGISLAÇÃO

Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 4.827/98. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Consultado a

13.02.2014, em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158.

Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 7.169/2014. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio alternativo de resolução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Consultado a 08.05.2014, em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BD57600EBBB809F12718E9353DB32F21.proposicoesWeb1?codteor=1230584&filename=PL+7169/2014.

Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 8.046/2010. Trata da reforma do Código de Processo Civil. Consultado a 09.07.2014, em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010.

Brasil. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Diário Oficial da União de 27.09.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Consultado a 13.12.2014, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm.

Brasil. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n.º 166/2010. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil. Consultado a 13.02.2014, em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1.

Brasil. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n.º 405/2013. Dispõe sobre mediação extrajudicial. Consultado a 08.07.2014, em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114637.

Brasil. Senado Federal. Substitutivo ao Projeto de Lei da Câmara n.º 94/2002 (PL n.º 4.827/1998 na origem). Institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil. Consultado a 23.01.2015, em http://www.senado.gov/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=53367.

Brasil. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n.º 517/2011. Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Consultado a 13.02.2014, em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101791.

Brasil. Senado Federal. Projeto de Lei o Senado n.º 434/2013. Dispõe sobre mediação. Consultado a 08.07.2014, em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114908.

Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Consultado a 13.02.2014, em http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1b991fa1-3a3c-494b-809b-6745aad6209c.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Resolução n.º 19, de 17 de dezembro de 2009. Dispõe sobre a regulamentação da atividade de Mediação no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Consultado a 13.02.2014, em http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/7abcbf66-7116-4311-b31e-386c47730c76.

@cetera

INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO ÀS CRIANÇAS: DO PASSADO AO PRESENTE

MARIA JOÃO GONÇALVES

UNIVERSIDADE FERNANDO PESSOA – PORTO, PORTUGAL

ANA ISABEL SANI

UNIVERSIDADE FERNANDO PESSOA – PORTO, PORTUGAL

Resumo: Os direitos das crianças têm vindo, muito particularmente a partir de 1959, data em que é promulgada a Declaração dos Direitos das Crianças, a constituir um foco particular de atenção por parte de profissionais e académicos na área. Porém, só a 26 de janeiro de 1990 essa declaração é adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas e ratificada por 192 países, entre os quais Portugal. No entanto, já desde 1911 existe no nosso país legislação que visa a proteção das crianças e dos jovens, operada por uma justiça assistencialista e paternalista do Estado. Com a evolução dos tempos, assistimos a uma mudança de mentalidades, favorecedora de alterações legislativas, que nos permitem afirmar hoje que as crianças e os jovens estão mais protegidos, com mais direito a participar nos assuntos que lhes digam respeito, deixando de ser consideradas seres "menores", independentemente de terem ou não atingido a maioridade civil.

Palavras-chave: direitos, crianças, legislação, participação.

LEGAL INSTRUMENTS TO PROTECT CHILDREN: FROM PAST TO PRESENT

Abstract: Children's rights have been under increasing attention, most notably since 1959, when the Declaration of the Rights of the Child was enacted. However, only on January 26th, 1990, was this declaration adopted by the United Nations General Assembly and ratified by 192 countries, including Portugal. Notwithstanding, in Portugal legislation to protect children and youngsters has been in place since 1911, although operated by a State that promoted a patronizing and welfarist justice. Meanwhile, and as time goes by a change in mentalities favoring legislative reform has occurred, which allows us to affirm today that children and young people are better protected, with further rights enabling them to participate in matters of their concern and no longer suffering from a biased status as minors, regardless of having reached, or not, the legal age of civil majority.

Keywords: rights, children, legislation, participation.

INTRODUÇÃO

Este artigo representa mais do que uma viagem através dos tempos sobre os instrumentos jurídicos elaborados para a defesa e a proteção das crianças, dado que constitui também uma oportunidade para a reflexão sobre os seus direitos. Não obstante a atribuição dos direitos às crianças, há uma "lenta consciencialização da sociedade acerca de tal necessidade" (Soares, 2002: 1), situação reconhecível se atendermos à diversidade de interpretações e aplicações desses instrumentos jurídicos aos vários contextos culturais e em diferentes períodos temporais.

Tradicionalmente, as crianças eram tidas como "propriedade dos seus pais" e como tal eram consideradas seres inferiores, não lhes sendo consignados quaisquer direitos ou garantias. A possibilidade de as crianças poderem ser, elas próprias, vítimas de diversos tipos de violência, impôs a necessidade de serem legalmente protegidas. Assim, o Estado foi chamado a intervir, na garantia pelo melhor interesse da criança, assumindo esse carácter paternalista através de leis que visavam a proteção da criança. Neste sentido, vários exemplos de instrumentos jurídicos de proteção às crianças são discutidos neste texto e, em torno destes, encetada uma reflexão sobre o significado explícito e implícito que os mesmos possam ter na salvaguarda dos direitos da criança.

1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS: O PANORAMA INTERNACIONAL

> A criança não é apenas um cidadão em potência, é já um cidadão que apenas não dispõe de alguns direitos políticos e jurídicos. A Convenção dos Direitos da Criança – à qual o Estado Português está vinculado – reconhece-lhe essa cidadania e ainda, expressamente, o direito à participação em matérias que lhe digam respeito. (Santos, 2011: 6)

A primeira referência que encontramos na literatura sobre os "Direitos da Criança" remonta ao século XIX, mais propriamente a 1842, quando é estabelecida a idade mínima de dez anos para o trabalho nas minas de carvão no Reino Unido (Nardinelli, 1980). Segundo Tomás (2011), o *Mines Act* aboliu o trabalho a menores de 10 anos e posteriormente o *Factory Act,* em 1844, "reduzia o tempo de trabalho para crianças em idade escolar" (Tomás, 2011: 65).

Em 1924, já no século XX, a Assembleia da Sociedade das Nações Unidas adota uma resolução, já promulgada um ano antes pelo Conselho da União Internacional de Proteção à Infância (*Save the Children International Union*), uma organização de caráter não governamental, na qual é pedido a todos os membros da Sociedade das Nações que passem a reger-se pelos princípios enumerados nesse documento, o qual

após ratificação, passa a ser conhecido por "Declaração de Genebra" (Albuquerque, 2000). Segundo a mesma autora, neste documento é reconhecido o dever de a criança ser protegida independentemente da sua raça, nacionalidade ou crença, o dever de ser auxiliada, respeitando a integridade da família, bem como o dever de ser "colocada em condições de se desenvolver de maneira normal, quer material, quer moral, quer espiritualmente". Ainda é igualmente referido:

> A criança deve ser alimentada, tratada, auxiliada e reeducada; o órfão e o abandonado devem ser recolhidos. Em tempos de infortúnio, a criança deve ser a primeira a receber socorros. A criança deve ser colocada em condições de, no momento oportuno, ganhar a sua vida, deve ser protegida contra qualquer exploração e deve ser educada no sentimento de que as suas melhores qualidades devem ser postas ao serviço do próximo. (Albuquerque, 2000: 27)

Em 1945 é fundado o Conselho Económico e Social das Nações Unidas. Após a Segunda Guerra Mundial, em 1946, este Conselho recomenda a adoção da Declaração de Genebra numa tentativa de chamada de atenção para os problemas das crianças surgidos no pós-guerra, e nesse mesmo ano é fundada a UNICEF – *United Nations International Children's Emergency Fund*. Em Assembleia-Geral decidem as Nações Unidas que este fundo deve prosseguir indefinidamente o seu trabalho tendo alterado o seu nome para "United Nations Children's Fund" – Fundo das Nações Unidas para a Infância (Albuquerque, 2000; Alen, 1996; Alston *et al.*, 1992; Bissett-Johnson, 1994; O'Donnel, 1993).

Entretanto é adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que contempla um conjunto de regras que visam os direitos e liberdades, que todas as pessoas poderão invocar sem qualquer distinção ou exceção (Martins, 1999). Este documento internacional enuncia direitos de natureza civil, política, económica, social e cultural abrangente a todos os seres humanos, incluindo as crianças, e reconhece ainda no seu artigo 25.º que "a maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais", referindo ainda que "todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma proteção social" (Albuquerque, 2000: 28).

O grande salto é dado no dia 20 de novembro de 1959, onze anos mais tarde, dia em que é promulgada a Declaração dos Direitos da Criança pela Assembleia-Geral das Nações Unidas. No seu Princípio 2.º está elencado:

> A criança gozará de proteção especial e deverão ser-lhe dadas oportunidades e facilidades através da lei e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico, mental, espiritual e social num ambiente saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na elaboração das leis com este propósito, o superior interesse da Criança constituirá a preocupação fundamental. (UNICEF, 2004)

Esta declaração, apesar de não implicar obrigações jurídicas, contempla, de acordo com Albuquerque (2000: 28), deveres morais, e nela pode ler-se que "a Humanidade deve dar o melhor de si mesma à criança".

Tomás (2011) reforça esta ideia alertando, no entanto, para o facto de esta Declaração dos Direitos da Criança não ser vinculativa e ter apenas um cariz simbólico. Até 1989 temos de facto uma abordagem de carácter não vinculativo, pese embora ter já ficado especificado que todas as crianças tinham direito a um nome e a uma nacionalidade, o que, na opinião de O'Donnel (1993), é uma primeira menção aos seus direitos civis. O ano de 1979 é um marco, pois é proclamado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas o Ano Internacional da Criança. O seu objetivo primordial foi o de sensibilizar tanto os políticos como o público para as necessidades especiais das crianças. Para tal foi criado um grupo de trabalho proposto pelo governo Polaco. O primeiro documento emanado por esta comissão foi tudo menos consensual, e até considerado por alguns membros como contendo linguagem não apropriada e omisso em relação a direitos e à sua aplicação (Albuquerque, 2000; Bisset-Johnson, 1994; O'Donnel, 1993; Tomás, 2011). Finalmente, e após anos de trabalho entre 1980 e 1987, a Convenção dos Direitos da Criança (CDC) é adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas no dia 20 de novembro de 1989, e assinada por Portugal no dia 26 de janeiro de 1990 em Nova Iorque, sendo posteriormente ratificada pela Assembleia da República.[1] Esta data não foi escolhida ao acaso, dado que o dia 20 de novembro correspondia ao trigésimo aniversário da Declaração dos Direitos da Criança, sendo assinalado como o Dia Internacional da Criança. A CDC implicou uma viragem e, mais do que tudo, uma visão e uma conceção diferentes das crianças, distinguindo-se da tradicional visão pelo facto de a elas serem reconhecidos os mesmos direitos dos adultos e a introdução do conceito de participação social (Tomás, 2011). Esta convenção entrou em vigor no dia 2 de setembro de 1990 (UNICEF, 2004).

De acordo com a UNICEF (*ibidem*), a CDC é o tratado sobre direitos humanos mais ratificado e, segundo Tomás (2011), a consequência mais importante foi a de abandonar o carácter não vinculativo e passar a ser um documento em que todos os

[1] Cf. http://www.dre.pt/pdf1s/1990/09/21101/00020020.pdf.

Estados-partes teriam uma posição ativa, adaptando para isso as suas legislações em conformidade com a Convenção. A CDC tem força de imperativo legal em todos os países signatários, num total de 192 países (com exceção dos EUA e da Somália), ou seja, integra o ordenamento jurídico das sociedades signatárias. No que respeita a Portugal, é ao abrigo do artigo 8.º, n.º 2 da Constituição da República (2010) que esta convenção passa a constituir automaticamente direito interno português, onde se lê: "As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português".

Em linhas gerais, a Convenção dos Direitos da Criança contém cinquenta e quatro artigos, que podem ser divididos em quatro categorias, a saber: os Direitos Pessoais, tais como o direito à vida e à sobrevivência; os Direitos de Provisão, respeitantes à salvaguarda da saúde, educação, cuidados primários entre outros; o Direito à Proteção, onde são salvaguardados direitos tais como a não discriminação, abuso físico e sexual, exploração ou injustiça e conflito; e os Direitos de Participação, nos quais se inserem direitos civis e políticos, o direito de a criança ser ouvida em assuntos que lhe digam respeito, o direito à informação, à liberdade de expressão e opinião e tomada de decisões (Soares, 2002). No preâmbulo da CDC as Nações Unidas relembram os princípios fundamentais e reafirmam:

> O facto de as crianças devido à sua vulnerabilidade necessitarem de uma proteção e de uma atenção especiais e sublinha de forma particular a responsabilidade fundamental da família no que diz respeito aos cuidados e proteção. Menciona ainda a necessidade de proteção jurídica e não jurídica da criança antes e após o nascimento, a importância dos valores culturais da comunidade da criança, e o papel vital da cooperação internacional para que os direitos da criança sejam uma realidade. (UNICEF, 2004)

Determina o artigo 1.º da CDC que: "Nos termos da presente convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo". Não podendo elencar exaustivamente neste texto todos os artigos, não queríamos deixar de sublinhar os quatro grandes princípios que estão formulados, em particular nos artigos 2.º, 3.º, 6.º e 12.º da CDC. O interesse superior da criança está contemplado no artigo 3.º, n.º 1: "Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança". Sobre este artigo, Bissett-Johnson (1994)

sugere que o interesse superior da criança deverá ser uma preocupação primordial sempre que as autoridades de qualquer Estado-membro tomem decisões que possam afetar a criança, nomeadamente em matéria de decisões judiciais, administrativas, dos órgãos legislativos ou de instituições de solidariedade social, públicas ou privadas.

No artigo 6.º está contemplado o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento. Estes direitos deverão ser entendidos e "assegurados na medida máxima possível". De salientar que o termo "desenvolvimento" deverá, ainda, ser interpretado de forma lata, uma vez que se refere à saúde física, mas também ao "desenvolvimento mental, emocional, cognitivo, social e cultural da criança" (Albuquerque, 2000: 34).

De acordo com o artigo 12.º da Convenção dos Direitos da Criança:

> Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. Para esse fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional (UNICEF, 2004).

Para além da Convenção dos Direitos da Criança, outros instrumentos internacionais consagram também direitos às crianças e jovens. A Convenção n.º 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que regula a idade mínima de admissão ao emprego; os Princípios Orientadores de Riade, adotados em 1990, e que versam sobre a prevenção da Delinquência Juvenil; as Regras para Proteção de Menores Privados de Liberdade, que visam que a detenção dos jovens deve constituir o último recurso e deverá ser decretada por um período de tempo mínimo e necessário, tendo como objetivo primordial a promoção da integração dos jovens na sociedade e não uma detenção com efeitos nocivos. Outros instrumentos, tais como a Convenção da Haia de 1993 relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional, ou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, adotado em 1998 e dirigido a crimes de guerra ou genocídio, violência sexual, prostituição infantil ou ataques contra escolas ou hospitais, são igualmente importantes.

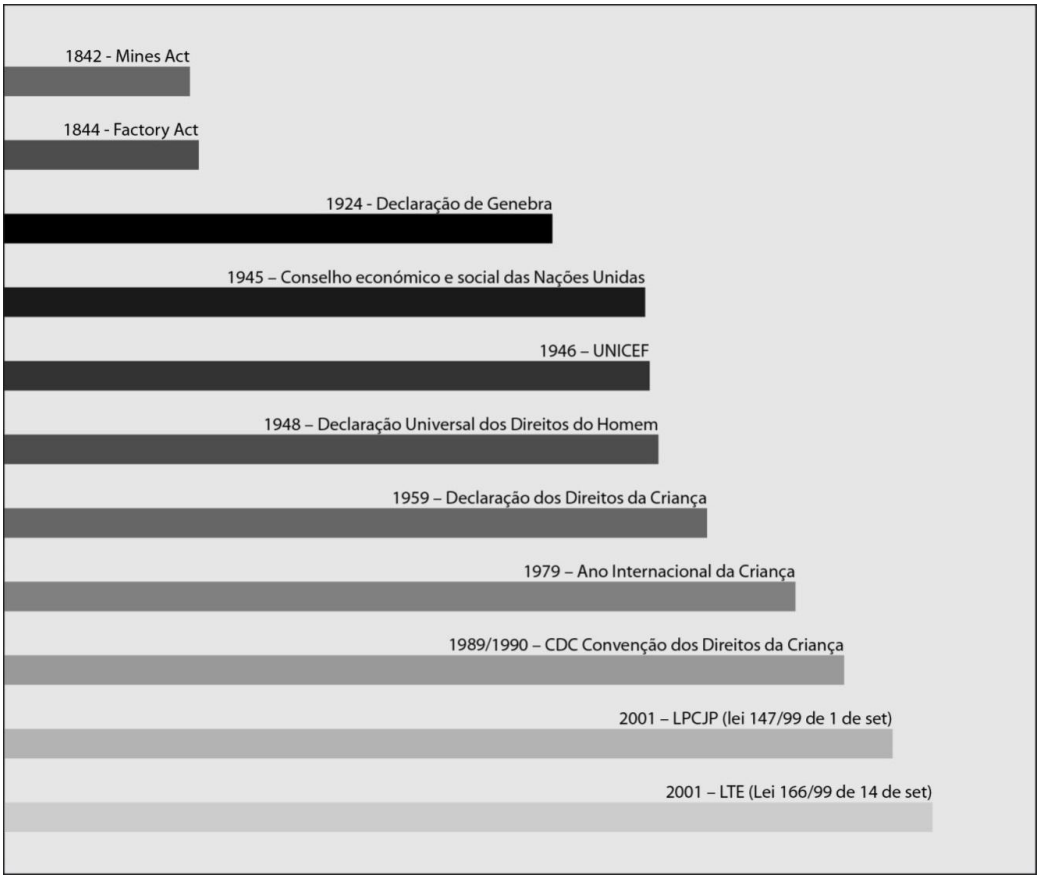

FIGURA 1 - Breve síntese da evolução dos direitos da criança

Fonte: Elaboração de Maria João Gonçalves.

2. A LEI PORTUGUESA DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS EM PERIGO

A proteção das crianças e dos jovens tem sido, sobretudo desde finais do século XX e início do século XXI, objeto de particular atenção. Aliás, é importante referir que Portugal foi pioneiro no que concerne as disposições penais relativas a menores, pois se recuarmos no tempo, em 1911, mais precisamente a 17 de maio, foi criada a primeira Lei da Infância e Juventude (Magalhães, 2002; Tomás e Fonseca, 2004). Denominada posteriormente Lei de Proteção à Infância, foi então sendo gradualmente alterada na denominação e no seu conteúdo, tendo passado a Organização Tutelar de Menores, como era chamada, através da aprovação de diversos Decretos-Lei nos anos de 1962, 1967, 1978 com ligeiras alterações aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 189/91, de 17 de maio. Estas sucessivas modificações resultam na Lei n.º 147/99 de 1 de setembro, atualmente em vigor, que reconhecendo as vantagens da intervenção comunitária na proteção de crianças e jovens em perigo, e concomitantemente com a experiência anteriormente adquirida, regula a criação, competência e funcionamento

das, então, denominadas Comissões de Proteção de Menores, e atualmente, Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (Ramião, 2010).

Segundo Ramião (*ibidem*), a Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, em vigor desde janeiro de 2001, aprova a proteção de crianças e jovens em perigo, através de mecanismos reguladores no sentido da intervenção social por parte do Estado e da comunidade, em situações cujos menores se encontram em perigo ou carenciados de proteção, e deu finalmente "corpo a um novo sistema de direito e de justiça" que tinha sido, até então, regulamentada pela Organização Tutelar de Menores, através do Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, lei essa que estava inserida num vasto programa de reforma do direito de menores (*ibidem*: 7).

Segundo o mesmo autor, a intervenção social do Estado tem, a partir deste novo regime de proteção, legitimidade para intervir em situações nas quais estejam em risco quer a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o processo desenvolvimental da criança ou do jovem, visando promover os seus direitos individuais, económicos, sociais ou culturais, estando assim mais do que justificada uma intervenção comunitária ou social do Estado, revelando-se pois de enorme importância. De acordo com Ramião (2010), o espírito que presidiu à Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP) teve na sua origem preocupações não só de proteção, como também de prevenção, visando evitar situações "de perigo, que se acreditava conduzirem, naturalmente, ao desenvolvimento de condutas marginais" (*ibidem*: 11), fazendo-nos lembrar as teorias sociológicas do crime, nomeadamente as teorias ambientais e de aprendizagem social (Born, 2005; Dias e Andrade, 1997; Nunes, 2010).

Saliente-se que a ação tutelar anterior à atual lei era já caracterizada por uma intervenção que tinha como objetivo a proteção e não a punição, intimidação ou reprovação social, mesmo quando estivéssemos perante uma conduta delinquente.

A partir da entrada em vigor da LPCJP a sua aplicação torna-se imediata. As então Comissões de Proteção de Menores são reorganizadas e passam e denominar-se Comissões de Proteção de Crianças e Jovens; os processos pendentes até então transitam para as novas comissões, com exceção daqueles cuja transferência resulte em dano para as crianças ou daqueles em que tenha sido cometido crime por uma criança/jovem com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, e seja qualificado como tal pela lei penal. Estes últimos são reclassificados como processos de promoção e proteção.

2.1. Reflexões e impressões sobre a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

Será por certo interessante rever, embora não exaustivamente, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Optamos pela leitura da supracitada lei e das suas anotações da autoria de Beatriz Marques Borges e não a de Tomé D'Almeida Ramião, apesar de serem ambos Juízes de Direito no Tribunal de Família e Menores. Após uma aturada leitura das duas, as anotações de Borges (2011) parecem-nos mais adequadas e no seguimento da nova noção de conceito jurídico da criança, no sentido de acabar com a noção paternalista ou protecionista de ver a criança como um "adulto em miniatura" (Tomás, 2011: 82) ou sempre apelidada de "menor", mas sim baseada numa noção de proteger e ter em consideração um Ser em desenvolvimento, com os seus direitos (Guerra, 1998; Soares e Sani, 1999).

No artigo 1.º do capítulo I do diploma considerado, que define as disposições legais, pode ler-se: "O presente diploma tem por objeto a promoção dos direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo, por forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral". De acordo com Borges (2011: 25), quanto "ao objetivo da lei pretende-se que dele conste um conjunto de dispositivos que permitam não só acionar os direitos das crianças e dos jovens, mas também um conjunto normativo que vise circunstâncias que possam causar dano ao desenvolvimento psíquico e físico das crianças e jovens". Esta autora vai mais longe e refere que esta lei quis "expressamente substituir o anterior modelo de justiça", acompanhando os avanços e evoluções que consideravam que as crianças não devem ter menos direitos do que os adultos, simplesmente pelo facto de não terem "ainda desenvolvido a sua plena maturação física e psíquica". Ainda, e de acordo com a autora, os jovens e as crianças são "atores sociais e daí, titulares de direitos", pelo que esta nova lei estabelece "uma rutura com o sistema anterior distinguindo entre crianças e jovens em perigo e jovens infratores" (*ibidem*: 27).

Esta lei, como referido, abandona igualmente o termo "menores", substituindo-o por "crianças e jovens", bem como a questão "em risco", substituindo por "em perigo". A Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, traz-nos uma alteração substancial nas idades das crianças e jovens, considerando-se que se devem proteger jovens até aos 18 anos ou até aos 21 anos, caso a intervenção social tenha sido iniciada antes de o jovem ter completado os 18 anos, tendo neste caso uma amplitude jurídica superior ao conceito biológico de "jovem". De igual forma, mas atendendo ao limite mínimo, o conceito de "criança" corresponde ao conceito biológico e psicológico do período de desenvolvimento que decorre desde o nascimento até à adolescência, ou seja, por volta dos 12 anos (Borges, 2011). Daí resulta o facto de que nas Comissões de

Proteção de Crianças e Jovens sejam ouvidas, por norma, as crianças com idade superior a 12 anos. A própria lei reconhece que um adolescente, com um desenvolvimento normativo, tem já uma palavra a dizer em assuntos que lhe digam respeito.

É, pois, pretensão desta lei dar um impulso no sentido de facultar às crianças e aos jovens a hipótese de se pronunciarem e de promover os seus direitos e a sua defesa em caso de perigo. A substituição do termo *risco* pelo termo *perigo* é igualmente de salientar, pois pressupõe que a criança já se encontra perante uma situação que a torna vulnerável, ao invés da palavra anteriormente utilizada – "risco" – que pressupunha uma mera eventualidade.

Outro facto que nos parece relevante é o de a lei já equacionar diferentes estágios de desenvolvimento e que esse desenvolvimento pode ser afetado por múltiplos fatores (nomeadamente ambientais, sociais, genéticos e hormonais). À luz desta lei há legitimidade para intervir na promoção e proteção quando os progenitores ou cuidadores ponham em perigo a criança ou jovem, isto é, quando a criança está entregue a si mesma, quando sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é abusada; quando não recebe os cuidados ou o afeto adequados; quando é obrigada a trabalhos não condicentes com a sua idade e que lhe são prejudiciais ou mesmo quando não tem por parte dos pais ou cuidadores regras que lhes imponham e se oponham a atividades impróprias.

De acordo com Borges (2011), quando a lei refere maus tratos, tanto físicos como psíquicos, parte do princípio que houve dolo da parte de quem os produziu, mas não exclui a negligência, que pode ser vista como uma forma passiva de violência, ou situações tais como uma criança ser constantemente depreciada ou ridicularizada, o que acarreta sérios efeitos secundários no seu desenvolvimento. Em relação aos maus tratos físicos, a lei considera não só os atos intencionais, mas igualmente aqueles que podem resultar de *deficits* ou ausência de competências, diferenciando-os de situações como a negligência física (como falta de cuidados de higiene e alimentares apropriados).

2.2. Princípios orientadores da intervenção

Um dos grandes princípios da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo é o da intervenção. Esta lei define o cumprimento de princípios de intervenção orientadores, que estão contemplados no artigo 4.º, tais como o Interesse Superior da Criança e do Jovem: "A intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses

legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto" (Borges, 2011: 45).

De acordo com a Comissão Nacional de Proteção da Crianças e Jovens em Risco, outros princípios existem, aos quais se deve sempre atender:

- A privacidade, ou seja a não devassa da vida privada e respeito pela sua intimidade.
- A intervenção precoce e célere, assim que a situação de perigo seja conhecida.
- A intervenção mínima e proporcional, pretendendo-se, por um lado, que as entidades competentes atuem com o objetivo de retirar o perigo, tendo sempre em consideração as medidas necessárias e não mais do que essas e que as medidas não sejam exacerbadas ou desajustadas, de tal forma que possam prejudicar mais do que beneficiar o desenvolvimento harmonioso da criança.
- A obrigatoriedade de informação e a avaliação obrigatória e participada, ou seja a intervenção deverá ser informadora e com a participação da criança ou jovem, sendo que este princípio pressupõe o esclarecimento e a contribuição da criança ou jovem no que concerne o restabelecimento da sua vida familiar e visando a sua proteção e defesa. A criança, mesmo sem maturação física e psicológica, tem direitos, pelo menos o de conjuntamente com os seus representantes legais participar de acordo com o seu desenvolvimento cognitivo. Todavia, de acordo com o formato processual das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, os seus progenitores ou representantes legais[2] têm de dar o seu consentimento expresso. No caso de a criança ter idade igual ou superior a 12 anos, ou idade inferior mas capacidade para compreender o sentido da intervenção, a sua não oposição é condição de legitimidade para uma intervenção (artigo 9.º).

Outro princípio que nos parece ter grande relevância é o da intervenção reintegradora da vida familiar. Este tem como objetivo a predomínio da família, a tentativa de restabelecimento dos deveres parentais, mas caso a família biológica não seja a adequada ao desenvolvimento e bem-estar da criança, então deverá ser procurada uma solução alternativa. Esta solução pode passar pelo acolhimento numa família adotiva que lhe proporcione, de acordo com a Convenção dos Direitos da

[2] Bolieiro e Guerra (2009) consideram que a LPCJP alude sempre aos "titulares ou detentores do poder paternal" e não a quem ele o exerce, principio este de acordo com as responsabilidades parentais e no sentido da intervenção de proteção. Cf. artigos 85.º,91.º,94.º e 96.º da LPCJP.

Criança, "crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão" (Borges, 2011:53).

Por fim, salientamos o princípio da subsidiariedade, que na opinião de Bolieiro e Guerra (2009) se deveria chamar "princípio da sucessividade", que refere a "pirâmide" da intervenção, tendo sempre a comunidade, composta pela família alargada, vizinhos, a igreja, a rede viária, os clubes desportivos, bombeiros, serviços públicos entre outros, na sua base, passando pelas entidades com competência em matéria de infância e juventude, tais como a escola, equipamentos de saúde, a segurança social, entidades policiais, autarquias, IPSS, ONG e afins, seguindo-se a Comissão de Proteção de Crianças e Jovens, e em ultima instância, no topo da pirâmide os tribunais, que só deverão intervir quando todas as outras medidas fracassarem (CNPCJR, 2011).

CONCLUSÃO

A discussão sobre os direitos da criança não se encerra nos espaços académicos e não se contém nas fronteiras dos vários países; transcende limites, transformando-se num assunto de amplitude global, que implica os Estados numa maior e evidente corresponsabilização. Os diplomas internacionais anteriormente citados foram geradores de mudanças inegáveis na legislação de vários países, inclusive Portugal. Com a Declaração dos Direitos da Criança em 1959 dá-se uma conquista importante do lugar da Infância no quadro amplo dos Direitos Humanos, cuja declaração data de 1948. Posteriormente, com a Convenção dos Direitos da Criança, fica assente que esta é um ser titular de direitos e liberdades fundamentais, tendo este diploma a primazia de ser um dos primeiros instrumentos jurídicos a vincular de forma universal vários Estados Partes. Portugal assume, apenas nos anos 90, esse tratado e desenvolve ações orientadas para um exercício pleno dos direitos pelas crianças através de alguns diplomas legais, que ao longo do século XX traduziram a legislação relativa aos menores. A emergência das leis tutelar educativa e de proteção vieram demostrar, ao fim de alguns anos, o esforço de aperfeiçoamento e de acolhimento de importantes princípios apostos nos mais diversos documentos jurídicos internacionais. Senão vejamos alguns exemplos. A criança passa em alguns casos a ter uma voz (consentimento dado pela criança, e não apenas pelos pais ou responsáveis de legais, para a intervenção protetiva de uma comissão de proteção). Tal como noutros países (nomeadamente Reino Unido, Austrália, Estados Unidos da América), em Portugal a criança tem direito a dispor de um advogado se necessário, muito embora nos países citados haja profissionais de direito especializados na defesa das crianças e na promoção dos seus direitos. Da mesma forma que se for necessário intervir para

prevenir uma situação de prejuízo ou perigo, por exemplo, inibindo inclusive as responsabilidades parentais no caso de existir uma violação grave e culposa dos direitos da criança, o código civil também o prevê. O princípio orientador é sempre o do superior interesse da criança.

Este exercício pleno dos direitos que à criança foi conferido é algo muito almejado, mas que na área da justiça encerra várias dificuldades e contradições. Há matérias sensíveis para as quais nem sempre se oferece a garantia de cumprimento de alguns direitos. Discutimos a título exemplificativo o previsto no artigo 12.º da CDC, relativo à oportunidade de a criança ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe digam particular respeito e a constatação é a de que, em alguns processos, designadamente processos-crime, que envolvam direta ou indiretamente menores, essa audição não se concretiza. A participação ativa nos assuntos de particular importância para a sua vida é um direito, por vezes mais reclamado que experimentado. O argumento da proteção é muitas vezes a barreira que delimita a envolvência da criança e do jovem em matérias tão sensíveis como a institucionalização, a separação familiar ou outros assuntos com acolhimento da justiça

A evolução legislativa que decorreu em Portugal desde o último século tem produzido também um importante efeito na garantia de proteção e promoção dos direitos da criança. O pendor paternalista de outros tempos é agora um resquício do passado, da mesma forma que o princípio inviolável de que a criança é propriedade dos pais vem sendo rompido em prol de assunção clara de que a criança é um sujeito com direitos.

Percorremos um caminho longo e devemos olhar para trás com o entusiasmo de quem já avançou muito, mas com a vontade de que ainda temos mais para avançar na promoção efetiva dos direitos da crianças e dos jovens.

Concluímos pelo justo sentido de ser criança e sujeito de direitos.

MARIA JOÃO GONÇALVES

Licenciada em Psicologia pela Universidade Católica Portuguesa, pós-graduada em Psicologia Forense e mestre em Psicologia Jurídica pela Universidade Fernando Pessoa, é perita forense sobretudo nas áreas de vitimologia. É autora e coautora de várias publicações e comunicações.

Contacto: mjogon@gmail.com

ANA ISABEL SANI

Doutorada em Psicologia da Justiça pela Universidade do Minho, é professora associada da Universidade Fernando Pessoa (UFP); coordenadora do Mestrado em Psicologia da Justiça: Vítimas de Violência e de Crime; cocoordenadora da Unidade de Psicologia Forense da Clínica Pedagógica de Psicologia da UFP e perita forense, sobretudo nas áreas da vitimação infantil. É ainda investigadora e autora de várias publicações nacionais e internacionais.

Contacto: anasani@ufp.edu.pt

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albuquerque, Catarina (2000), *Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República*. Consultado a 12.12.2013, em http://www.gddc.pt.

Alen, André (1996), *Monotoring Children's Rights*. The Hague, The Nethelands: Ed. Eugeen Verhellen.

Alston, Philip; Parker, Stephan; Seymour, John (1992), *Children, Right and the Law.* Oxford: Clarendon Press.

Bisset-Johnson, Alistair (1994), "What Did States Really Agree to? - Qualifications of Signatories to the United Nations Convention on the Rights of the Child", *The International Journal of Children Rights,* 2(4), 399-411.

Bolieiro, Helena; Guerra, Paulo (2009), *A criança e a família - uma questão de direito(s). Visão prática dos principais institutos do direito da familía e das crianças e jovens.* Coimbra: Coimbra Editora.

Borges, Beatriz (2011), *Protecção de crianças e jovens em perigo.* Coimbra: Edições Almedina.

Born, Michel (2005), *Psicologia da delinquência.* Lisboa: Climepsi Editores.

CNPCJR - Comissão Nacional de Protecção de Crianças e Jovens em Risco (2011), *Promoção e protecção dos direitos das crianças – Guia de orientações para os profissionais da acção social na abordagem de situações de maus tratos ou outras situações de perigo.* Lisboa. Consultado a 02.12.2013, em http://www.cnpcjr.pt/downloads/Guia_accao_social.pdf.

Constituição da República Portuguesa (2010), Coimbra: Edições Almedina.

Dias, José de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa (1997), *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógenea.* Coimbra: Coimbra Editora.

Guerra, Paulo (1998), "Casos de força menor - realidade e perspectivas", *in* Joana Marques Vidal (org.), *O direito de menores: Reforma ou revolução?* Lisboa: Edições Cosmos, 170-177.

Magalhães, Teresa (2002), *Maus tratos em crianças e jovens.* Coimbra: Edições Quarteto.

Martins, Paula (1999), "Sobre a convenção dos direitos da criança - da psicologia dos direitos aos direitos da psicologia", *Infância e Juventude,* 3, 61-70.

Nardinelli, Clark (1980), "Child Labour and the Factory Acts", *The Journal of Economics History,* 40, 739-755.

Nunes, Laura (2010), *Crime e comportamentos criminosos.* Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa.

O'Donnel, Dan (1993), "Reservations: Advancing or Undermining Universal Recognition of the Rights of the Child?", *Documentação e Direito Comparado,* 53(54), 55-72.

Ramião, Tomé D'Almeida (2010), *Lei de protecção de crianças e jovens em perigo. Anotada e comentada.* Lisboa: Quid Juris?

Santos, Maria Emília (coord.) (2011), "Educação para a cidadania - proposta curricular para os ensinos básico e secundário". Consultado a 02.11.2013, em http://www.dge.mec.pt/educacaocidadania/data/educacaocidadania/ed_cidadania_basico_sec_2011.pdf.

Soares, Natália (2002), "Os direitos das crianças nas encruzilhadas da protecção e da participação". CEDIC: Universidade do Minho. Consultado a 02.11.2013, em http://cedic.iec.uminho.pt/Textos_de_Trabalho/textos/dircriencpropar.pdf.

Soares, Natália; Sani, Ana (1999), "As crianças e a justiça", *in* Manuel Pinto; Manual Joaquim Sarmento (orgs.), *Saberes sobre as crianças - para uma bibliografia sobre a infância e as crianças em Portugal (1974-1998).* Braga: Centro de Estudos da Criança – UM, 65-82.

Tomás, Catarina (2011), *Há muitos mundos no mundo. Cosmopolitismo, participação e direitos da criança.* Porto: Edições Afrontamento.

Tomás, Catarina; Fonseca, Diana (2004), "Crianças em perigo: O papel das Comissões de Proteção de Menores em Portugal", *DADOS - Revista de Ciências Sociais,* 47(2), 383-408.

UNICEF (2004), "A Convenção sobre os Direitos da Criança*",* UNICEF.Consultado a 07.12.2013,em http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf.

REFLEXÕES SOBRE A REALIDADE PORTUGUESA DEPOIS DO SEMINÁRIO INTERNACIONAL "L'ACCÈS AU JUGE EUROPÉEN EN MATIÈRE FAMILIAL"

PAULO QUELHAS VILARINHO
ADVOGADO

A participação de 2 a 4 de dezembro de 2013, em Paris, num seminário internacional sobre o acesso à justiça familiar na Europa, permite-nos também refletir sobre a situação em Portugal. Não faltam casos reais, com crianças, a exigir da justiça e da sociedade proteção!

O encontro, que reuniu os principais especialistas na área, intitulou-se "L'accès au juge européen en matière familial et dans les systèmes de *common law* et le droit civil dans les États membres anglophones et francophones/Training for Family Justice Practitioners with Special Emphasis on the Role of the Family Judge in the Common Law and the Civil Law Systems of Europe", em tradução livre "O acesso à justiça em questões de família na União Europeia nos sistemas de direito civil e o sistema de *direito comum*". Organizado em parceria pela 'Judiciary of England and Wales' e pelo Ministère de la Justice' francês, com o apoio da 'Justice Coopération Internationale, o seminário em inglês e francês partia de um caso concreto para analisar os sistemas judiciais diferentes, em particular o anglo-saxónico e o continental europeu, sem esquecer as normas internacionais existentes, nomeadamente as decorrentes da Convenção de Haia de 1980 e do direito comunitário.

O caso real, embora limite, pode ser repetível e serve de exemplo para muitas possíveis situações: uma criança nasceu em agosto de 2009 na Inglaterra, fruto da relação entre um inglês e uma francesa originária da Ilha da Reunião (departamento francês no Oceano Índico, em África, a Leste de Madagáscar). Em outubro do mesmo ano, a mãe saiu de Inglaterra só com a criança para a Ilha da Reunião, onde está toda

a família materna. O pai demanda a jurisdição inglesa que ordena o regresso da criança a Inglaterra, sem ouvir a mãe. Esta pede à jurisdição francesa a regulação das responsabilidades parentais e o pai pede também em França o regresso do bebé a Inglaterra, por aplicação da Convenção de Haia. Seguem-se vários procedimentos, em ambas as jurisdições e no Tribunal de Justiça da União Europeia (processo c-497/10 Mercredi/Chaffe, sentença de 22 de dezembro de 2010), discutindo-se conceitos como autoridade parental, residência habitual, cooperação judiciária, etc.

O seminário, de que tivemos conhecimento pelo *site* da Ordem dos Advogados e em que participamos, contou com a presença de especialistas advogados, juízes, procuradores, mediadores e outros, principalmente franceses e ingleses, mas também provenientes da Áustria, Bélgica, Escócia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, Alemanha, Irlanda, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Holanda, Polónia, Portugal, República Checa, Roménia, Suécia e Suíça. Principalmente nos debates, foi frutuosa a troca de conhecimentos, de experiências, de casos, revelando-se importante a cooperação e a troca de informação, numa matéria tão delicada como os conflitos familiares, obrigando a conhecimentos não só jurídicos mas também das ciências sociais e humanas (a psicologia, os recursos humanos e outras). Também é importante a existência de bases de dados jurídicas adequadas e atualizadas, como a disponível em http://jafbase.fr/ue.html, que embora simples, é bem útil, recolhendo as fontes legislativas do direito da família de todo o mundo. Criada em setembro de 2008, esta base de dados é administrada pelo juiz francês da 'Cour de Cassation,' em Paris, Cyril Roth, orador no seminário, que através de *links* remete para as diferentes e originárias fontes legais e interactivamente se socorre desta rede de especialistas.

Além das sessões plenárias, o seminário inovou com três sessões temáticas num formato algo teatral e de simulação, com alguns dos participantes a representarem intervenientes nos respetivos processos, incluindo nas fases pré-judiciais. Ficaram patentes as dificuldades que assuntos transfronteiriços obviamente implicam, desde logo ao nível linguístico, mas também cultural, institucional e jurídico. Questões de direito internacional privado, e também público, a cooperação judiciária internacional, os conflitos transfronteiriços, o direito dos menores/jovens e também dos pais foram ainda analisadas.

E EM PORTUGAL?

A preparação e a participação neste seminário levou-nos a refletir sobre a realidade portuguesa. Quando, em Portugal, se anunciam comissões para estudar a melhoria do sistema de promoção e proteção das crianças/jovens em risco e ainda está em fase

incipiente o novo instituto jurídico do apadrinhamento civil, a experiência serviu para estarmos mais atentos e sermos mais exigentes com instituições e pessoas nacionais.

Além disso, novas realidades obrigam a uma redobrada atenção e cuidado, como as necessidades e exigências dos avós das crianças, a Resolução da Assembleia da República n.º 6-A/2014 com a proposta de "realização de um referendo sobre a possibilidade de co-adoção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo e sobre a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, casados ou unidos de facto" e as recentes entidades que estão atentas a estas problemáticas como, por exemplo, a Associação para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos, paralelamente a entidades já existentes como o Instituto de Apoio à Criança. Para evitar que casos como os sucedidos no Algarve com a Maddie, há tempos na Madeira com o Daniel, há anos com o desaparecido Rui Pedro, ou com os jovens da Casa Pia e tantos outros se repitam.

Ainda em Portugal, uma recente informação legal: foi ratificada a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, de 1996, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014 e publicada dia 27 de janeiro no Diário da República. Aplicável a menores de 18 anos, esta Convenção tem "em vista o superior interesse das crianças" nos "processos de família, em particular os respeitantes ao exercício das responsabilidades parentais, tais como a residência e o direito de visita às crianças".

PAULO QUELHAS VILARINHO

Advogado. Licenciado em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Porto; ex-mestrando em Direito (Integração Europeia) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Autor de "Acordo de credores – realidade e natureza jurídica", publicado na *Sociedades Comerciais Revista*, e coautor de "Trabalho Temporário", na *Revista de Direito e de Estudos Sociais*.

Contacto: pauloquelhasvilarinho-4362p@adv.oa.pt

Centro de Estudos Sociais
Laboratório Associado
Universidade de Coimbra

Editada pelo Centro de Estudos Sociais desde 2008, a *e-cadernos* ces é uma publicação eletrónica, disponível em http://eces.revues.org, com arbitragem científica que visa promover a divulgação de investigação avançada produzida no âmbito das ciências sociais e humanas, privilegiando perspetivas críticas e inter/transdisciplinares.
A *e-cadernos* ces dissemina textos resultantes de conferências, seminários e workshops, assim como textos de pesquisas efetuadas no âmbito de programas de formação avançada e de projetos de investigação científica.

www.ces.uc.pt
Colégio de S. Jerónimo
Apartado 3087
3000-995 Coimbra, Portugal
Tel. +351 239 855 570 Fax. +351 239 855 589