

EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS - ALGUNS OLHARES.

FREDERICO SOARES VIEIRA

JUIZ DE DIREITO

Sumário: I.1. Discriminação parental em função do género e o Conselho da Europa. 2. A estatística. 3. O contributo de outras áreas do saber. 4. A questão do encarregado de educação. O acesso à informação escolar. II. 1. Responsabilidades parentais, religião e jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 2. O Direito comunitário e europeu. 3. Obrigações positivas e negativas dos Estados Contratantes. 3.1. Obrigações negativas. 3.2. Obrigações positivas. 4. Sobreposições entre as salvaguardas do artigo 9.º e os outros comandos da Convenção. 4.1. Direito a um julgamento justo, em particular o direito de acesso a um Tribunal. 4.2. Direito ao respeito pela vida privada e/ou familiar. 4.3. Direito dos pais a verem respeitadas as suas práticas religiosas e convicções filosóficas no âmbito da educação dos filhos. 5. Decisões provisórias e a possibilidade, efectiva, de apresentar queixa perante o TEDH. 6. Vertentes protegidas pelo art.º 9.º da Convenção. 6.1. Vertente negativa. 6.2. Vertente positiva. 7. Liberdade religiosa, família e educação dos filhos. III. A objecção de consciência como causa de justificação da ilicitude em sede de incumprimento do regime do exercício das responsabilidades parentais.

Palavras-chave: Regulação do exercício das responsabilidades parentais; discriminação parental; critérios científicos; encarregado de educação; informação escolar; religião; jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; Decisão provisória e queixa perante o TEDH; Objecção de consciência; justificação da ilicitude no incumprimento.

I.

À guisa de introdução.

Os presentes escritos não são mais do que ponderações sobre diversas questões com as quais, ao longo dos anos, temos vindo a ser confrontados e não são mais do que reflexões de quem vive o foro diariamente nas mais variadas jurisdições, mercê da nossa qualidade de Juiz do Quadro Complementar.

São, sobretudo, mote para a discussão franca e aberta, numa perspectiva eminentemente prática dando nota, aqui e ali, de casos que se nos têm sido apresentados para decisão.

Sem prejuízo, como em qualquer escrito jurídico, não deixaremos de fazer incursões, mais ou menos longas, no plano doutrinário e jurisprudencial, sem nunca perder de vista o carácter, eminentemente, prático.

Se um fio condutor pode ser encontrado no que se escreve é, sem dúvida, a tentativa de abrir a discussão à necessidade, ou não, de mudança em certos paradigmas, legais, doutrinários, jurisprudenciais e judiciais relativamente a diversas questões ligadas ao espectro do exercício das responsabilidades parentais.

II. Discriminação parental em função do género e o Conselho da Europa.

1.

O presente escrito decorre do suscitar pelo Conselho da Europa da questão relativa ao papel do pai no exercício das responsabilidades parentais, nomeadamente nos casos de separação e divórcio.

Se na Resolução 1921 (2013) aquele Conselho pugnou pelo assegurar efectivo da possibilidade de “custódia conjunta” em caso de acordo entre ambos os progenitores, logo em 2015 foi por aquele órgão sentida a necessidade de ir mais longe na sua posição.

MENDES BOTA¹, no sumário da moção apresentada com vista à aprovação daquilo que viria a tomar corpo na Resolução 2079 (2015), dá ênfase a que “As legislações europeias estão a avançar no sentido de um maior equilíbrio entre o pai e a mãe no exercício da responsabilidade parental. No entanto, na prática, o exercício da responsabilidade parental é mais comumente concedido à mãe, em detrimento dos direitos do pai, especialmente em casos de divórcio e separação e especialmente quando os filhos nascem fora do casamento ou de casais de nacionalidades diferentes.

Reconhecer que os pais têm direitos e responsabilidades em relação aos filhos, da mesma forma que as mães, é um grande desafio e um passo necessário para progredir rumo a uma sociedade plenamente igualitária.”.

No relatório apresentado com vista à apreciação da moção referida é, lúcida e cristalinamente, posto o dedo na ferida ao afirmar que as autoridades nacionais nem sempre prestam atenção suficiente à posição do pai em relação aos filhos, até por causa dos estereótipos persistentes sobre os papéis das mulheres e dos homens nas relações com os filhos.

Embora o maior envolvimento dos homens no lar e na família seja geralmente visto como uma coisa positiva, quando os casais se separam o papel do pai na vida de seus filhos é, frequentemente, considerado secundário em relação ao da mãe. Parece que o envolvimento do pai, tão desejável e valorizado quando a família é uma unidade, deixa de sê-lo quando o casal se separa.

¹ Cfr. Moção apresentada que deu lugar à Resolução 2079 (2015), in <https://pace.coe.int/pdf/7a11b45dc3d7af2a66edff2595ff4851d1da1dd53326667a8259ffe25682ae848428feba12/doc.%2013443.pdf>.

Consequentemente, na prática, o exercício das responsabilidades parentais é mais comumente concedido à mãe, às vezes em detrimento do pai, em casos de divórcio e separação².

No Relatório do Comité para a igualdade e não discriminação do Conselho da Europa, de 14 de Setembro de 2015³, faz-se menção expressa ao facto de que o papel do pai não é simplesmente prover as necessidades materiais da criança - a relação pessoal dos filhos com seu pai também deve ser preservada⁴.

HETTO-GAASCH, sabiamente, enfatiza a necessidade dos pais desempenharem plenamente o seu papel e de cumprirem as suas responsabilidades para com os filhos, inclusive quando sua família ou as circunstâncias pessoais mudam.

Este apelo vai muito além de uma mera exortação. Na verdade, a tão propalada necessidade de mudança de mentalidades também concerne aos pais, no sentido de que deixem de consentir serem categorizados de forma idiossincrática ou preconceituosa e se apresentem com pretensões de quererem estar na vida dos seus filhos.

Tal passa por pugnarem por soluções que permitam às crianças estarem tanto tempo com o pai como estão com a mãe; mas passa, igualmente, pela demonstração, por parte dos pais, de que são capazes de providenciar, por si, o que os filhos necessitam (o que não tem, necessariamente, de ser aquilo o que a mãe providencia).

² Cfr. Relatório do Comité para a igualdade e não-discriminação, de 14 de Setembro de 2015, relatado por HETTO-GAASCH, disponível em <https://pace.coe.int/pdf/9b27cc8cb6e32a5bc0d5a9540029bf32897e5e2c3326667a8259ffe25682ae848428feba12/doc.%2013870.pdf>.

³ Disponível em <https://pace.coe.int/pdf/9b27cc8cb6e32a5bc0d5a9540029bf32897e5e2c3326667a8259ffe25682ae848428feba12/doc.%2013870.pdf>.

⁴ Relatório..., pp. 5.

Claro está que para que tal aconteça tem de ser permitido à criança estar tempo bastante com o seu pai e é nesta questão que se deve centrar a primeira pretensão do progenitor.

Vigora a ideia de que não é a quantidade de tempo que é crucial no processo de vinculação filho/pai, mas sim a qualidade do relacionamento, o “quality time”.

Mas sejamos intelectualmente leais: “...para que haja alguma qualidade no relacionamento, tem que haver relacionamento! Noutras palavras, um determinado período mínimo de tempo abaixo do qual não é possível iniciar ou manter o processo de ligação afectiva. Não podemos afirmar que respeitamos o papel do pai se, ao mesmo tempo, impossibilitamos que ele desenvolva um relacionamento com seu filho⁵”.

De pai-visita a pai-família vai a distância composta por uma certa frequência e regularidade de contacto a qual é essencial para que uma ideia e sensação de familiaridade e segurança se desenvolva entre pais e filhos⁶.

Não se ignoram as dificuldades, na prática, encontradas pelos pais – elas são tão evidentes que o próprio Conselho da Europa tomou posição expressa sobre as mesmas e reconheceu serem decorrentes de posições preconceituosas – mas sem firmar uma posição provocando, inclusive, a intervenção dos Tribunais em caso de desacordo dificilmente serão obtidos os resultados pretendidos.

No Relatório⁷ do Comité para a igualdade e não discriminação faz-se alusão expressa a esta questão ao referir-se a audição de um pai que teve de desenvolver mais de 70 procedimentos distintos na sua pretensão para voltar a

⁵ Cfr. POUSSIN, GÉRARD “*Le père est-il une mère suffisamment bonne?*”, in *Le livre blanc de la résidence alternée*, Érès, 2014, p. 48.

⁶ Cfr. CYR, FRANCINE, “*Sortir d’une vision manichéenne pour penser la complexité?*”, in *Le livre blanc de la résidence alternée*, Érès, 2014, p. 32.

⁷ Relatório...pp. 12.

estar com a filha e que só o conseguiu após um Estado Contratante da CEDH ter sido condenado pelo TEDH em virtude de ter violado a sua obrigação positiva de providenciar pelas medidas efectivas que tivessem proporcionado ao pai estar com a filha. Curiosamente, o caso em concreto é ainda mais paradigmático do que, efectivamente acontece, já que somente cerca de 15 dias após a condenação do referido Estado a criança foi encontrada – pelas entidades policiais desse mesmo Estado - e entregue ao pai.

Esta perspectiva, a do pai, não se sobrepõe à da criança, à do filho, já que o tão propalado superior interesse da criança é tido em conta nessa mesma perspectiva. Aliás, é por se entender que, regra geral, o interesse da criança fica melhor satisfeito quando é permitido à mesma manter, em situação de igualdade, contacto e vivência com ambos os progenitores que o Conselho da Europa insiste na concretização dessa pretensão.

Esta questão não é só jurídica ou sociológica. É, também, uma questão de saúde.

A OMS, num estudo⁸ em que analisou a situação de crianças de 11, 13 e 15 anos de idade em vários países concluiu que o nível de satisfação das mesmas estava intimamente ligado à facilidade de comunicação com os pais, independentemente da situação familiar (íntacta, residência alternada, situação financeira, etc.). De onde resulta que é muito importante reconhecer o papel do pai no desenvolvimento harmonioso dos seus filhos.

⁸ Cfr. *Social determinants of health and well-being among young people, Health Behaviour in Schoolaged Children (HBSC) study: international report from the 2009/2010 survey*, Copenhagen, WHO Regional Office for Europe, 2012 (Health Policy for Children and Adolescents, n.º 6), pp. 23 e ss., disponível em https://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0003/163857/Social-determinants-of-health-and-well-being-among-young-people.pdf.

Ao mesmo tempo trabalhar no sentido de uma maior consideração pelo pai neste campo é um meio de alcançar a plena igualdade entre homens e mulheres e transcender os estereótipos de género⁹.

Aquilo que era empiricamente propalado assumiu, assim, contornos tais que o Conselho da Europa, sob a epígrafe da *Igualdade e responsabilidade parental partilhada: o papel dos pais* deu corpo a uma Resolução (2079 de 2015) na qual, em sede de considerandos deixou expresso que “No seio das famílias, a igualdade entre os progenitores tem que ser garantida e promovida a partir do momento em que existam crianças. O envolvimento dos dois na educação dos seus filhos é benéfico para o seu desenvolvimento. O papel dos pais no que diz respeito aos seus filhos/as, mesmo quando são muito novos, necessita de ser melhor reconhecido e devidamente valorizado.

A responsabilidade parental partilhada implica que os progenitores tenham direitos, deveres e responsabilidades no que se refere aos seus filhos/as.

No entanto, o facto é que os pais são algumas vezes confrontados com leis, práticas e preconceitos que podem provocar a privação de relações sustentadas com as crianças. Na Resolução 1921 (2013)¹⁰ sobre a igualdade de género, conciliação da vida privada e laboral e coresponsabilidade, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (Assembleia) apela às autoridades dos Estados-membros a respeitar o direito dos pais a desfrutar da responsabilidade partilhada, assegurando que legislação sobre a família e as crianças, em caso de separação ou divórcio, contemple a possibilidade de residência alternada/guarda partilhada das crianças, no seu superior interesse, baseado no mútuo acordo entre progenitores.

⁹ Idem.

¹⁰ Disponível em <https://pace.coe.int/pdf/504d8f76e67333dfd91ff4fab05bc9deb562bbf03326667a8259ffe25682ae848428feba12/resolution%201921.pdf>.

Neste seu posicionamento a Assembleia deixou expresso o seu entendimento de que o respeito pela vida familiar é um direito fundamental consagrado no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e em numerosos instrumentos legais internacionais.

Pai e o filho, estarem juntos, é uma parte fundamental da vida familiar.

É comumente aceite que a separação de progenitores dos seus filhos tem efeitos irremediáveis na sua relação pelo que tal separação deve acontecer somente por ordem judicial e apenas em circunstâncias excepcionais que impliquem graves riscos para o interesse da criança (a vida, integridade física ou psicológica).

Ademais a Assembleia foi veemente em afirmar que o desenvolvimento partilhado da responsabilidade parental ajuda a ultrapassar estereótipos de género sobre os papéis que supostamente estão atribuídos ao homem e à mulher no seio familiar e que é simplesmente um reflexo das alterações sociológicas que ocorreram nos últimos 50 anos na forma como a esfera familiar e privada está organizada.

Destes considerandos resulta que o Conselho da Europa tem como pressuposto, desde logo, que um pai enfrenta leis, práticas e preconceitos que podem provocar a privação de relações sustentadas com os seus filhos e que se torna necessário ultrapassar estereótipos de género sobre os papéis que supostamente estão atribuídos ao homem e à mulher no seio familiar.

Numa palavra: o homem trata do sustento da família e a mulher trata dos filhos.

Esta realidade pretende-se que seja afastada, mas como em tudo na vida, existe o verso e o anverso pelo que se a um tempo se propala a igualdade entre ambos os progenitores, não se pode, ao mesmo tempo querer tirar dividendos

das idiossincrasias e preconceitos que, mais do que enformarem as normas legais, podem determinar a aplicação das mesmas, caso a caso.

A igualdade de género, em sede de exercício das responsabilidades parentais depende, também, da consciência da importância da co-responsabilidade, ou responsabilidade partilhada entre mulheres e homens no seio da família. Esta co-responsabilidade diz respeito a todos os aspectos da vida familiar e inclui a responsabilidade parental partilhada, embora vá além disso¹¹.

A questão matricial da igualdade de género nas suas múltiplas manifestações, sob o prisma da parentalidade, exige, desde logo, suporte legal bastante e políticas apropriadas que tal, inequivocamente, permitam. Mas mais do que isso, ou para além disso, torna-se imperativa a mudança de mentalidades para que o princípio da responsabilidade partilhada, o qual significa que tanto homem como mulher vão para além daquilo que é a tradicional divisão de papeis, nomeadamente no lar, seja uma objectivo efectivo a atingir¹².

Sem uma mudança significativa de mentalidades nas famílias e na sociedade em geral, a ação das autoridades públicas, por mais importante que seja, permanecerá insuficiente. Como noutros domínios, o princípio da subsidiariedade entre as autoridades públicas e a sociedade civil é de grande importância¹³.

Esta necessidade de mudança de mentalidades, como em tudo na vida, diremos nós, plasma-se numa miríade de situações.

¹¹ Cfr. Considerando n.º 5 da Resolução do Conselho da Europa 1921(2013), disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=19478&lang=en>.

¹² Cfr. sumário do Relatório do Comité para a igualdade e não discriminação do Conselho da Europa, de 18 de Dezembro de 2012, relatado por QUINTANILLA, CARMEN, disponível em <https://pace.coe.int/pdf/7d7f4edafc7040517200cbcaa6c143ef096107553326667a8259ffe25682ae848428feba12/doc.%2013080.pdf>.

¹³ Idem, Introdução, pp. 5.

Repare-se que o conciliar da vida pessoal e familiar com os compromissos do trabalho não é um assunto exclusivo das mulheres. A divisão tradicional de papéis entre mulheres e homens também afecta este último: na prática, um homem que tenta cumprir integralmente sua parte nas responsabilidades familiares pode ser considerado como insuficientemente motivado e envolvido no seu trabalho profissional¹⁴.

São estas idiosincrasias, quiçá escondidas no subconsciente de cada um, que obstam à necessária mudança de mentalidades: de homem e mulher enquanto progenitores, do legislador, dos aplicadores da lei, dos técnicos que assessoram os tribunais.

Numa palavra: ao progenitor que tenciona exercer, em igualdade, as responsabilidades parentais que lhe estão adstritas deve-lhe ser reconhecida essa faculdade, por si e não enquanto consequência de outra coisa qualquer.

A motivação do progenitor em querer exercer as responsabilidades parentais de forma efectiva e profícua, em situação de paridade com o outro progenitor, deverá ser considerada razão bastante para essa mesma pretensão ser apreciada.

Não se deverá propalar intenções legislativas e, na prática, coartar a concretização dessas intenções: só existirá a mudança de mentalidades se, e quando, essa mudança for assimilada pelo julgador e pelo aplicador da lei.

Perante esta constatação os aplicadores da lei não devem olvidar que a conduta das relações humanas, principalmente após o colapso do relacionamento entre os progenitores de uma criança, não são prontamente conducentes à estabilização e ditam uma tomada de posição pelo Tribunal.

Os Tribunais têm a responsabilidade de utilizar os recursos substantivos e processuais que estão disponíveis para decidir das questões relacionadas com

¹⁴ Idem, pp. 7.

as crianças de uma maneira que proporcione a consideração primordial para o bem-estar dessas crianças e podem/devem fazê-lo, dentro dos limites dos poderes do Tribunal, de uma forma que seja mais provável ser eficaz do que ineficaz¹⁵.

Neste seu labor os Tribunais deverão, para além do mais, atentar naquilo que é a posição da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), como ainda ser permeáveis ao contributo das outras ordens do saber, como por exemplo, da psicologia, para que sobre o apuro dos factos recaiam decisões o mais consentâneas possíveis com a jurisprudência supra referida.

Estas constatações não são exclusivas do Conselho da Europa.

Entre nós e no que concerne à ajuridicidade de alguns critérios utilizados nas decisões judiciais é feito notar por PEDROSO, CASALEIRO e BRANCO¹⁶, quando afirmam que “Mas se é certo que o viés de género, de na maioria dos casos a guarda dos filhos ser entregue à mãe, resulta da estruturação do funcionamento da sociedade, também a ideologia dos magistrados, bem como a forma como interpretam as leis, servem para o acentuar. Em primeiro lugar (...) verifica-se a recusa ainda dominante da guarda partilhada ou residência alternada com ambos os progenitores com fundamento na proteção da estabilidade da criança, sem existirem provas irrefutáveis de ser traumática para esta; e a fuga à pensão de alimentos, que pode ser resolvida com a fixação de pensão nos termos habituais. Deve também ser ponderada numa perspetiva da

¹⁵ The conduct of human relationships, particularly following the breakdown in the relationship between the parents of a child, are not readily conducive to organisation and dictat by court order; nor are they the responsibility of the courts or the judges. But, courts and judges do have a responsibility to utilise such substantive and procedural resources as are available to them to determine issues relating to children in a manner which affords paramount consideration to the welfare of those children and to do so in a manner, within the limits of the court's powers, which is likely to be effective as opposed to ineffective – cfr. MCFARLANE *in Re A, Intractable Contact Dispute: Human Rights Violations*, 2013, EWCA Civ 1104; 2014, 1 FLR 1185 pp. 53.

¹⁶ Ob. cit. pp. 94.

representação social das funções de pai e mãe dos magistrados, na medida em que esta resistência remete para o ideário cultural tradicional da guarda (predomínio de guardas atribuídas às mães), com a qual o exercício das responsabilidades parentais em comum não tem colidido, contribuindo, ainda que indiretamente, para a manutenção do status quo e das desigualdades sociais de género associadas à parentalidade.

Em segundo lugar, atendendo à ideologia dos magistrados refletida nas sentenças, continua a manifestar-se um certo posicionamento estereotipado em relação ao papel desempenhado pelas mães, que vem reforçar o funcionamento, também ele estereotipado, da sociedade. De facto, se a sociedade já impõe que sejam as mulheres as cuidadoras das crianças e dos jovens, porque os progenitores do sexo masculino não querem esse papel, resultou também da nossa análise que há, ainda, juízes que fundamentam as suas decisões dando uma maior ênfase à normalidade, essencialidade e carácter insubstituível das compensações afetivas maternas, baseando-se na jurisprudência corrente e na moderna psicologia (...).

Contudo, as relações parentais judicializadas, apesar de uma lei de família igualitária e *gender neutral* e da transformação da prática judicial, em curso, constituem, ainda, um reduto de resistência à igualdade de género, reproduzindo, por um lado, a desigualdade de responsabilidades que predomina entre as mulheres e os homens, em Portugal, no que se refere ao desempenho do papel parental (ABOIM, 2010), continuando as mães a assumir maioritariamente o papel de cuidadoras primárias dos filhos e os homens o papel de provedores. E, por outro lado, ainda prevalecem as representações dos profissionais forenses relativamente ao exercício da parentalidade, do arquétipo de mulher como mãe e cuidadora e da família heterossexual.

2.

A estatística.

Tanto quanto nos é dado a conhecer as estatísticas relativas ao estabelecimento do exercício das responsabilidades parentais em Portugal revelam que só em 3% dos casos é que é fixada a residência alternada¹⁷.

Em França¹⁸, quando o pai pretende a guarda partilhada e a mãe pretende a residência consigo, os pais só veem satisfeita a sua pretensão em apenas 25% dos casos.

Esta tendência foi criticada como particularmente desfavorável, senão discriminatória, para o pai¹⁹. Ela leva a um desequilíbrio entre os pais e é tida como desencorajadora dos pais de peticionarem a residência partilhada, perpetuando-se a percepção de um sistema legal que é amplamente desfavorável aos pais.

A questão da atribuição, em conjunto, do exercício das responsabilidades parentais de particular importância a ambos os cônjuges pretende, idealmente, colocar em patamar de igualdade pai e mãe no que concerne a estas questões – saúde, escola, religião, etc.

Na prática, em caso de conflito, por exemplo, quando as crianças residem em exclusivo com um dos progenitores – por regra a mãe – tal implica que esta actue como se o exercício das responsabilidades parentais lhe estivesse atribuído em exclusivo. Esta realidade foi já identificada no Luxemburgo onde o progenitor não residente enfrenta uma grande discriminação na vida cotidiana. Mesmo que o pai, o progenitor não-residente, tenha autoridade parental, na prática ele não têm voz nas decisões mais importantes que afectam os seus

¹⁷ Cfr. Relatório..., pp. 11, nota 26. Certo é que é conhecida a aplicação deste regime em vários Tribunais, como o Juízo de Família e Menores de Mafra, em que a percentagem atinge 50% dos casos.

¹⁸ INSEE, *Les conditions de vie des enfants après le divorce*, Insee Première, n.º 1536, February 2015.

¹⁹ V. Vezzetti, *European children and the divorce of their parents*, Colibri (European Platform for Joint Custody, CoParenting and Childhood), 2013, p. 6.

filhos: não raras vezes, por exemplo, os pais não recebem cartas da escola e nem têm acesso automático aos registos médicos da criança²⁰.

Em Itália e em Portugal, por exemplo, embora a residência alternada seja prevista por lei, ela não é, ainda, a forma mais corrente de regime aplicado.

Existem, igualmente, uma série de práticas seguidas pelas autoridades administrativas que ajudam a perpetuar os estereótipos e a relegar o pai a um segundo plano. Por exemplo, as informações enviadas da escola para casa frequentemente são endereçadas apenas à mãe., o que é especialmente constatado quando os progenitores estão separados. Neste caso, o progenitor não residente (na sua grande maioria o pai) é tratado de forma diferente.

Esta questão da perpetuação dos estereótipos não é apenas atreita aos países latinos.

Na Dinamarca²¹, por exemplo, também se constatou que, na maioria dos casos, as informações sobre creches, consultas médicas e frequência escolar são enviadas pelas autoridades locais apenas às mães, embora 85% dos progenitores concordem que devam ser enviadas a ambos.

Em França²², apesar da crescente popularidade da residência compartilhada, as prestações sociais são muitas vezes mal adaptadas a este tipo de arranjo, especialmente quando se trata de creche ou pensão habitacional, que só pode ser concedida a um dos pais.

²⁰ Cfr. Relatório..., pp. 10.

²¹ The Danish Institute for Human Rights, Hvem får posten, Analyse af kommuners information til forældre, Maio de 2015 disponível, em https://menneskeret.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/ligbehandling_2015/aanlys_e_kommuners_information_til_foraeldre_maj2015.pdf.

²² Cfr. Relatório..., pp. 15.

O impacto, sobre a criança, de um maior envolvimento paterno é considerado positivo em vários aspectos²³.

Em particular, foi observado que quando os pais não se conformam com os papéis estereotipados de homem e mulher, as crianças têm menos probabilidade de ter atitudes estereotipadas de género.

Para além disso a presença de ambos os pais estimula o desenvolvimento cognitivo da criança que interage com dois indivíduos ao invés de apenas um.

Também é afirmado que é benéfico para a relação entre os pais e reduz o conflito, podendo cada um deles desenvolver tanto a relação com o filho como a vida profissional. Desta forma, igualdade e interesse da criança podem andar de mãos dadas.

Uma outra constatação²⁴ é a de que os pais que tiraram licença-paternidade após o nascimento do filho estavam mais envolvidos na criação dos filhos do que aqueles que, por exemplo, apenas frequentaram as aulas pré-natais ou estiveram presentes durante o parto. E note-se que este juízo em nada interfere com o facto de ambos os progenitores estarem a viver juntos.

Na verdade, mesmo separado da mãe, o pai deve estar com a criança, ainda que recém-nascida, não vendo nós que a questão da amamentação seja absolutamente impediante.

Em 2014 foi publicado um estudo pelo CES²⁵ relativo aos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, do ano de 2010, nos Tribunais de Família e Menores de Lisboa e de Braga, com uma representação

²³ Cfr. ÁSDÍS A. ARNALDS, GUÐNÝ BJÖRK EYDAL, INGÓLFUR V. GÍSLASON, *Equal rights to paid parental leave and caring fathers – the case of Iceland*, Icelandic Review of Politics and Administration, Vol. 9, Issue 2, p. 330.

²⁴ Cfr. *The dad dividend*, The Economist, 16 May 2015, p. 53 disponível em <https://www.economist.com/international/2015/05/16/the-dad-dividend>.

²⁵ *A (des)igualdade de género nos tribunais de família e menores: um estudo de sentenças de regulação das responsabilidades parentais em Portugal*, de PEDROSO, JOÃO, CASALEIRO, PAULA e BRANCO, PATRÍCIA, disponível em <https://eg.uc.pt/handle/10316/43140?mode=full>.

de 63,6% dos processos do país, o que permitiu uma análise com uma amostragem substancial.

Daquele estudo ressalta que se destacam "...na mobilização dos TFM o Ministério Público (MP) em representação dos menores (41,8%) e as mães (39,7%). Em apenas 14% dos processos o pai é o requerente, sendo que a maioria destes processos diz respeito a alterações da RRP em que os progenitores masculinos pretendem baixar a pensão de alimentos. Já nos processos em que a mãe é requerente predominam os incumprimentos de sentenças de RRP (58,4%), seguidos das regulações iniciais de RRP (28,6%).

A maioria dos processos de incumprimento deve-se à falta de pagamento da prestação de alimentos e, estando ainda a grande maioria das crianças entregues à guarda das mães, são estas que necessariamente figuram como requerentes na generalidade destes processos.”.

Claramente conclui-se que “A guarda do(s) filho(s) é atribuída na grande maioria dos casos à mãe (77,6% no TFM de Lisboa e 72% em Braga), seguida de longe pelos familiares (14% no TFM de Lisboa e 6,6% em Braga) e pelo pai (8% no TFM de Lisboa e 6,6% em Braga), não existindo diferenças significativas entre o TFM de Lisboa e o de Braga. Note-se, contudo, que os dois únicos casos de guarda partilhada entre os progenitores são do TFM de Lisboa.”.

3.

O contributo de outras áreas do saber.

Uma das principais consequências para os filhos, em caso de divórcio ou separação dos pais é a saída de um dos progenitores, mais comumente o pai,

da família^{26/27}. Embora as políticas públicas e a lei recomendem contacto contínuo com ambos progenitores após o divórcio, esse contacto pode ser difícil de manter. Consequentemente, o divórcio frequentemente implica uma ausência total ou parcial de um dos progenitores da vida da criança, geralmente o pai.

A ausência do pai, também rotulada como “*fome de pai*”²⁸, diz respeito ao desejo psicológico e emocional que uma pessoa tem por um pai que foi física, emocional ou psicologicamente distante na vida dessa pessoa^{29/30}.

A ausência do pai devido ao divórcio/separação pode ter efeitos negativos para o desenvolvimento infantil, incluindo:

- Aumento do risco de psicopatologia^{31/32/33/34/35};

²⁶ Cfr. AHRONS, C. R., & TANNER, J. L. (2003), *Adult children and their fathers: Relationship changes 20 years after parental divorce*, Family Relations, 52, pp. 340 a 351, disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1741-3729.2003.00340.x>

²⁷ Cfr. BRAVER, S. L., WOLCHIK, S. A., SANDLER, I. N., SHEETS, V. L., FOGAS, B., & BAY, R. C. (1993), *A longitudinal study of noncustodial parents: Parents without children*, Journal of Family Psychology, 7, pp. 9 a 23, disponível em <https://doi.org/10.1037/0893-3200.7.1.9>.

^{28,28} Cfr. HERZOG, J. (1982). *On father hunger: The father's role in the modulation of aggressive drive and fantasy*, in S. H. CATH, A. R. GURWITT, & J. M. ROSS (Eds.), *Father and child, developmental and clinical perspectives*, pp. 163 a 174, Little, Brown and Company.

²⁹ Cfr. ERICKSON, B. M. (1996), *in Men's unresolved father hunger: Intervention and primary prevention*, Journal of Family Psychotherapy, 7, pp. 37 a 62.

³⁰ Cfr. PERRIN, P. B., BAKER, J. O., ROMELUS, A. M., JONES, K. D., & HEESACKER, M. (2009), *Development, validation, and confirmatory factor analysis of the Father Hunger Scale*, Psychology of Men & Masculinity, 10, pp. 314 a 327, disponível em <https://doi.org/10.1037/a0017277>.

³¹ Cfr. CULPIN, I., HERON, J., ARAYA, R., MELOTTI, R., & JOINSON, C. (2013), *in Father absence and depressive symptoms in adolescence: Findings from a UK cohort*, Psychological medicine, 43, pp. 2615 a 2626, disponível em <https://doi.org/10.1017/S0033291713000603>.

³² Cfr. EAST, L., JACKSON, D., & O'BRIEN, L. (2006), *in Father-absence and adolescent development: A review of the literature*, Journal of Child Health Care, 10, pp. 283 a 295, disponível em <https://doi.org/10.1177/1367493506067869>.

³³ Cfr. ERICKSON, B. M. (1998), *Longing for dad: Father loss and impact*, in Health Communications.

³⁴ Cfr. KENNY, D. T., & SCHREINER, I. (2009), *Predictors of high-risk alcohol consumption in young offenders on community order: Policy and treatment implications*, in Psychology, Public Policy and Law, 15, pp. 54 a 79, disponível em <https://doi.org/10.1037/a0015079>.

³⁵ Cfr. McMUNN, A. M., NAZROO, J. Y., MARMOT, M. G., BOREHAM, R., & GOODMAN, R. (2001), *Children's emotional and behavioral well-being and family environment: findings from the health survey for England*, in Social Science and Medicine, 53, pp. 423 a 440, disponível em [https://doi.org/10.1016/S0277-9536\(00\)00346-4](https://doi.org/10.1016/S0277-9536(00)00346-4).

- Posicionamento interpessoal e romântico desajustado^{36/37/38}; e
- Deficits de autoconceito^{39/40}.

As implicações negativas, contínuas, decorrentes da ausência do pai traduzidas nas dificuldades intra e interpessoais podem ser ainda mais significativas entre indivíduos que experimentaram a ausência do pai enquanto crianças pequenas (desde o nascimento até aos 6 anos) em comparação com aqueles que vivenciaram tal ausência mais tarde⁴¹.

No entanto, importa determinar o *quantum* do contacto entre filhos e pai, na medida em que, de facto, a presença paterna possa ser tida como ausência, ou presença bastante para satisfazer o superior interesse da criança e obstar ao aparecimento das disfunções ou anomalias comportamentais supra enunciadas.

Tendo em conta que na legislação portuguesa há uma clara intenção do legislador no sentido de que após o divórcio/separação dos progenitores a criança fique o mais possível com ambos, carece de apoio científico saber quanto é que este contacto tem de ser (cfr. artigo 1906.º, n.º 8 do Código Civil; ao ponto de se fixar que tendo a criança ficado a residir com um dos progenitores, um critério para tal determinação é a capacidade deste progenitor,

³⁶ Cfr. FERGUSSON, D. M., MCLEOD, G. F., & JOHN HORWOOD, L. (2014), *Parental separation/divorce in childhood and partnership outcomes at age 30*, in *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 55, pp. 352 a 360, disponível em <https://doi.org/10.1007/s10826-015-0229-0>.

³⁷ Cfr. GRUENERT, S., & GALLIGAN, R. (2007), *The difference dads make: Young adult men's experiences of their fathers*, in *Sensoria: A Journal of Mind, Brain & Culture*, 3, pp. 3 a 15, disponível em <https://doi.org/10.7790/ejap.v3i1.75>.

³⁸ Cfr. WINEBURGH, A. L. (2000), *Treatment of children with absent fathers*, in *Child and Adolescent Social Work Journal*, 17, pp. 255 a 273. <https://doi.org/10.1023/A:100759390>.

³⁹ Cfr. PAGURA, J., COX, B. J., SAREEN, J., & ENNS, M. W. (2006), *Childhood adversities associated with self-criticism in a nationally representative sample*, in *Personality and Individual Differences*, 41, pp. 1287 a 1298, disponível em <https://doi.org/10.1016/j.paid.2006.05.003>.

⁴⁰ Cfr. PHARES, V. (1999), *“Poppa” psychology: The role of father in children's mental well-being*, Praeger.

⁴¹ Cfr. BEATY, L. A. (1995), *Effects of paternal absence on male adolescents' peer relations and self image*, in *Adolescents*, 30, pp. 873 a 880.

o residente, propiciar o contacto do filho com o progenitor não residente, cfr. artigo 1906.º, n.º 5 do Código Civil).

Numa palavra: a ausência parcial é, ainda, satisfatória do (superior) interesse da criança, ou ela, na prática, não é mais do que uma ausência total camuflada?

Para além do mais, é necessário perceber-se, do ponto de vista técnico, qual a dimensão deste contacto, ou melhor, qual o ponto mínimo de contacto, em termos de qualidade e quantidade, que permite à criança o seu são desenvolvimento psico-emocional.

A relevância da definição desta realidade é absolutamente fundamental para os tribunais, no sentido de que no momento em que definem com quem a criança vai ficar a residir e definem o regime de convívios terão, deverão, atender ao tempo mínimo que a criança precisa de estar com o pai para que o seu superior interesse, ou seja, o seu são desenvolvimento psico-emocional esteja salvaguardado.

Decisões que não respeitem este limiar, por obediência ao juízo técnico-científico, correrão o risco de serem ilegais ou ajurídicas por violação daquele princípio enformador da jurisdição da criança.

Não obstante, as pesquisas demonstram que, apesar do acordo comum sobre a importância da frequência do contacto, a frequência, por si só, geralmente não é um bom preditor de resultados infantis positivos⁴².

Tal pode dever-se, em parte, porque os pais variam consideravelmente na qualidade da parentalidade que oferecem. Isso é evidenciado pela meta-análise - supra - da paternidade não residente e do bem-estar da criança, a qual

⁴² Cfr. AMATO, P. R., & GILBRETH, J. G. (1999), *Non resident fathers and children's well-being: A meta-analysis*, in *Journal of Marriage and the Family*, 61, pp. 557 a 573, disponível em <https://doi.org/10.2307/353560>.

mostrou que o envolvimento do pai não residente pode, potencialmente, ter efeitos positivos nas crianças.

Não obstante a quantidade de tempo em que o pai está com o filho ser primordial (sem quantidade não há qualidade!), a qualidade desse envolvimento é mais importante do que a quantidade.

Os tipos de actividades em que pais não residentes estão envolvidos e a qualidade do tempo despendido releva, positivamente, para o bem-estar social e emocional de seus filhos⁴³.

Desta forma, embora um aumento no contacto entre pai e filho possa ser benéfico em geral, os seus efeitos dependem do contexto do contacto e da qualidade do envolvimento do pai⁴⁴. Especificamente, entre as crianças mais novas, a consistência do cronograma pode ser um importante preditor de ajuste positivo⁴⁵.

Daqui decorre que tanto a qualidade quanto a quantidade são importantes na relação entre pai e filho.

Existindo um grande consenso entre os profissionais de que os filhos de pais separados e divorciados se dão melhor quando eles têm um contacto estável, saudável e contínuo com ambos os progenitores⁴⁶ não se entende a razão pela qual, na prática, tem sido difícil chegar a um acordo global sobre a política parental compartilhada, cuja discussão se apresenta, a nosso ver,

⁴³ Cfr. ADAMSONS, K., & JOHNSON, S. K. (2013), An updated and expanded meta-analysis of nonresident fathering and child well-being, in *Journal of Family Psychology*, 27, pp. 589 a 599. <https://doi.org/10.1037/a0033786>.

⁴⁴ Cfr. AMATO, P. R., MEYERS, C. E., & EMERY, R. E. (2009), Changes in non-resident father-child contact from 1976 to 2002. *Family Relations*, 58, pp. 41 a 53, disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1741-3729.2008.00533.x>.

⁴⁵ Cfr. KELLY, J. B. (2007), Children's living arrangement following separation and divorce: Insights from empirical and clinical research., in *Family Process*, 46, pp. 35 a 52, disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1545-5300.2006.00190.x>.

⁴⁶ Cfr. PRUETT, M. K., & DIFONZO, J. H. (2014), Closing the gap: Research, policy, practice, and shared parenting, in *Family Court Review*, 52, pp. 152 a 174, disponível em <https://doi.org/10.1111/fcre.12078>.

prolixa, plena de argumentos não científicos e, como tal, levada para caminhos algo estéreis.

Uma crença que parece existir na prática judiciária é a de que a paternidade parcial satisfaz o superior interesse da criança.

Infirmar, ou não, tal crença só ocorrerá se, **cientificamente**, se avaliar se a paternidade parcial (ou seja, a “ausência parcial do pai”) – que é, uma quantidade variável de contacto com o pai - terá resultados diferentes para o bem-estar das crianças da ausência completa de contacto pai-filho (ou seja, uma interrupção de qualquer contacto com o pai após o divórcio ou separação dos pais). Esta comparação será ainda mais importante se se equacionarem as duas variáveis atinentes ao contacto de pai-filho: a quantidade e a qualidade do envolvimento do pai com o filho, bem como seu contexto.

Estas variáveis, na prática, implicam que não só é importante assegurar uma quantidade de tempo bastante em que filho e pai estejam juntos, como é igualmente importante assegurar que o tempo de qualidade seja proporcionado a filho e pai.

Nos casos de conflito intra-parental - nos outros a questão, em princípio, não se colocará - da prática judiciária resulta que não raras vezes se assiste a um bloqueio por parte do progenitor residente - não sendo inédito comportamentos abusivos de ambos os progenitores - no que concerne à criança em estar com o pai em datas significativas: o aniversário da criança, do pai, dos avós paternos, no Natal, na Páscoa ou noutros feriados não religiosos.

Existem momentos que, por natureza, são propiciadores de tempo de qualidade e que, quantitativamente, podem não ser tão significativos. Daqui decorre que a mera quantificação, por exemplo, de incumprimentos quanto ao regime de convívio é um critério, manifesta e tecnicamente insuficiente para determinar o efeito danoso - e daí o grau de censurabilidade do progenitor incumpridor - de tal incumprimento.

Sejamos claros: se a criança não está com o pai nos dias importantes, a criança passa a representar a ausência do pai como normal e cria essa, errada, ideia, de que o pai não pertence ao seu mundo emocional.

Desta realidade ao degenerar do afecto entre pai e filho, que pode migrar para situações de rejeição são caminhos comuns que nenhuma decisão judicial, por si, pode fazer cessar (apenas mitigar os seus efeitos danosos). Mas pode evitar, *ab initio*, fixando um regime do exercício das responsabilidades parentais que não seja, de facto, propiciador ao monopólio de um dos progenitores e bem assim, actuar, expeditamente quando confrontado com incumprimentos, mesmo aplicando decisão cautelares⁴⁷.

A relevância do apurar qual a medida do contacto entre pai e filho que satisfaz o superior interesse da criança não se esgota no imediato.

As implicações futuras de tal contacto devem ser, para nós, igualmente equacionadas. E devem-no ser porquanto numa perspectiva macro importa quebrar um ciclo de repetição de comportamentos, ao longo das gerações, que perpetuem comportamentos desajustados dos progenitores em relação aos filhos⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. art.º 28.º do Regime Geral do processo Tutelar Cível. Dizemos decisão cautelar e não provisória, pois que uma e outra, na economia daquele regime legal não são uma e a mesma coisa.

A decisão cautelar visa ordenar diligências que se tornem indispensáveis para assegurar a execução efectiva da decisão declarativa do direito, *maxime*, a definição do regime do exercício das responsabilidades parentais (decisão declarativa esta que pode ser definitiva ou provisória).

⁴⁸ Mas não só. As implicações da ausência do pai - em decorrência do divórcio/separação - em idade adulta/jovem devem, igualmente, ser equacionadas. Este período de desenvolvimento (idades de 18 a 33 anos) envolve tremendas oportunidades de crescimento pessoal em vários domínios de desenvolvimento - educacional, emprego, relações interpessoais, e às vezes paternidade. É também um período crítico em que diferentes elementos do *self* desenvolvimental (por exemplo, formação de identidade do ego, autocrítica) se manifestam - cfr. Amato, P. R., & SOBOLSKI, J. (2001). *The effects of divorce and marital discord on adult children's psychological well-being. American Sociological Review*, 66, pp. 900 a 921, disponível em <https://doi.org/10.2307/>; SOBOLSKI, J. M., & AMATO, P. R. (2007). Parents' discord and divorce, parent-child relationships and subjective well-being in early adulthood: Is feeling close to two parents always better than feeling close to one? *Social Forces*,

Não obstante a atenção na relação pai/filho é importante levar em consideração que essa relação não existe dentro de um vazio ou como um relacionamento independente. Na verdade, esse relacionamento existe no contexto da figura materna⁴⁹. Os estudos que tentaram examinar as contribuições potencialmente únicas de ambos os relacionamentos pai-filho e mãe-filho, bem como seus termos de interação para o bem-estar das crianças produziram resultados mistos.

Por exemplo, AMATO⁵⁰ demonstrou que para as crianças que vivem com ambos os pais, a proximidade com estes foi associada a uma percepção de vida mais satisfatória, maior felicidade e menos angústia no início da idade adulta, independentemente da qualidade da relação mãe-filho.

85, pp. 1105 a 1124, disponível em <https://doi.org/10.1353/sof.2007.00563088878>; CULPIN, I., HERON, J., ARAYA, R., MELOTTI, R., & JOINSON, C. (2013). Father absence and depressive symptoms in adolescence: Findings from a UK cohort. *Psychological medicine*, 43, pp. 2615 a 2626. <https://doi.org/10.1017/S0033291713000603>; ROHNER, R. P., & VENEZIANO, R.A. (2001), The importance of father love: History and contemporary evidence. *Review of General Psychology*, 5, pp. 382 a 405, disponível em <https://doi.org/10.1037/1089-2680.5.4.382>; ARNETT, J. J. (2000), Emerging adulthood: A theory of development from the late teens through the twenties. *American Psychologist*, 55, pp. 469 a 480, disponível em <https://doi.org/10.1037/0003-066X.55.5.469>; SALMELA-ARO, K., & NURMI, J.-E. (1997), Positive and negative self-related goals and subjective well-being: A prospective study. *Journal of Adult Development*, 4, pp. 179 a 188, disponível em <https://doi.org/10.1007/BF02510596>; STAPLES, H. D., & SMARR, E. R. (1991), Bridge adulthood: The years from eighteen to twenty-three, in S. I. Greenspan & G. H. Pollock (Eds.), *The course of life: Vol. 4. Adolescence* (pp. 407 a 434); INTERNATIONAL UNIVERSITIES PRESS, American College Health Association (2006), American College Health Association National College Health Assessment (ACHA-NCHA) Primavera de 2005, *Journal of American College Health*, 55, pp. 5 a 16., disponível em <https://doi.org/10.3200/JACH.55.1.5-16>; BLANCO, C., OKUDA, M., WRIGHT, C., HASIN, D. S., GRANT, B. F., LIU, S. M., & OLDFSON, M. (2008), Mental health of college students and their non-college-attending peers: results from the National Epidemiologic Study on Alcohol and Related Conditions. *Archives of General Psychiatry*, 65, pp. 1429 a 1437, disponível em <https://doi.org/10.1001/archpsyc.65.12.1429>.

⁴⁹ Cfr. TARGET, M., & FONAGY, P. (2002), Fathers in modern psychoanalysis and in society, in J. Trowel & A. Etchegoyen. (Eds.), *The importance of fathers: A psychoanalytic re-evaluation* (pp. 45 a 67), Brunner-Routledge.

⁵⁰ Cfr. AMATO, P. R. (1994), Father-child relations, mother-child relations, and offspring psychological well-being in early adulthood. *Journal of Marriage and the Family*, 56, pp. 1031 a 1042, disponível em <https://doi.org/10.1177/0192513X04270262>.

No entanto, em casos de divórcio/separação tais graus de satisfação foram moderados. Foram, significativamente, mais fracos quando a criança experimentou o divórcio/separação dos pais do que quando a cresceu continuamente com ambos os progenitores a viverem juntos.

Uma outra constatação é de que as associações entre a mãe e filho variaram em função do conflito interparental e da existência um relacionamento mais próximo da criança com o pai, sugerindo que mesmo quando há baixo conflito entre os progenitores, a falta de um relacionamento da criança com o pai pode fazer migrar tal para a mãe, de um modo que os filhos sejam menos capazes de beneficiar de uma relação positiva com aquele pai⁵¹.

De acordo com outro estudo, a associação entre o papel desenvolvido pelas mães, uma paternidade participativa e problemas de saúde mental infantil revelou que os resultados são afectados, pela positiva, pela qualidade da paternidade exercida e pelo número de pernoitas que as crianças passaram com o pai (portanto, quantidade e qualidade); sendo que o nível de conflito interparental não foi relevante para a alteração dos resultados⁵². Concretamente, quando a qualidade do tempo em que pai e filho estão juntos e o número de pernoitas foram considerados conjuntamente, apenas o número de pernoitas moderou as associações entre os problemas de comportamento dos pais e dos filhos, sugerindo que o nível de contacto pode também ser um fator importante a considerar⁵³.

⁵¹ Cfr. SANDLER, I., MILES, J., COOKSTON, J., & BRAVER, S. (2008), Effects of father and mother parenting on children's mental health in high-and low-conflict divorces. *Family Court Review*, 46, pp. 282 a 296, disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1744-1617.2008.00201.x>.

⁵² Cfr. SANDLER, I., WHEELER, L. A., & BRAVER, S. L. (2013), Relations of parenting quality, interparental conflict, and overnights with mental health problems of children in divorcing families with high legal conflict, *Journal of Family Psychology*, 27, pp. 915 a 924, disponível em <https://doi.org/10.1037/a0034449>.

⁵³ Cfr. SANDLER, I., WHEELER, L. A., & BRAVER, S. L. (2013), cit.

Num estudo realizado entre jovens adultos, verificou-se que em casos de divórcio dos pais, os jovens têm uma maior probabilidade de ter um relacionamento próximo com apenas um dos progenitores, geralmente a mãe.⁵⁴

Note-se, porém, que uma interação significativa entre mãe e filho conjugada com a ausência do pai foi identificada como sendo uma previsão de dificuldades comportamentais entre adolescentes; inclusive de sentimentos e acções de sobreprotecção da mãe em relação ao filho⁵⁵.

Aqui chegados verifica-se que importa ter presente o *quantum* do contacto que tem de existir entre pai e filho/a para que o seu são desenvolvimento psico-emocional ocorra.

Noutra palavra, importa determinar qual a quantidade de tempo que se tem de disponibilizar para que a criança esteja com o seu pai de forma a que o superior interesse daquela esteja - consubstanciada e tecnicamente - satisfeito.

Para tanto recorre-se a um estudo que diferencia três situações: casos em que progenitores residem em conjunto com os filhos, casos de pai parcialmente ausente (com regime de visitas fixado) e caso de pai totalmente ausente (em que não há contacto da criança com o pai)⁵⁶.

Uma das grandes conclusões deste estudo foi que, em todas as comparações estatísticas, as crianças e os jovens que se inseriam no grupo de ausência do pai demonstraram um maior desajuste do que os grupos em que se verificava a presença paterna (situação de super-protecção maternal,

⁵⁴ Cfr. SOBOLEWSKI & AMATO, 2007, cit.

⁵⁵ Cfr. MASON, C. A., CAUCE, A. M., GONZALES, N., & HIRAGA, Y. (1994), Adolescent problem behavior: The effect of peers and the moderating role of father absence and the mother-child relationship. *American Journal of Community Psychology*, 22, pp. 723 a 743, disponível em <https://doi.org/10.1007/BF02521556>.

⁵⁶ Cfr. *Consequences of divorced-based father Absence during Childhood for young adult well-being and romantic relationships*, in *Family Relations, Interdisciplinary Journal of Applied Family Science*, Abril de 2021, pp. 452 a 466.

psicopatologias, índices menores de satisfação, intimidade e de compromisso afectivo, capacidade de auto-crítica, etc.).

Um outro resultado foi que, ainda que sob intensa participação materna, os jovens adultos no grupo de presença do pai demonstraram ter maior satisfação no relacionamento amoroso do que aqueles no grupo de ausência parcial do pai. Em caso de baixo nível de participação materna, a satisfação é inferior, embora de forma insignificante.

Tal revela, a nosso ver, que a participação activa do pai na vida da criança permite-lhe a obtenção, depois como jovem, de um nível de satisfação mais elevado ao nível do relacionamento amoroso o que revela, também aqui, a importância da presença da figura paternal.

Aliás, tal é revelado pelo estudo em referência quando conclui que, mesmo em casos de elevada participação materna, os jovens adultos pertencentes ao grupo da presença paterna revelam uma personalidade/identidade mais consolidada do que aqueles no grupo de ausência parcial do pai. No caso de baixo nível de participação materna a relação foi revertida, embora de forma insignificante.

Uma outra grande conclusão do estudo em análise foi que, comparando jovens adultos que cresceram com ambos os pais e jovens adultos cujos pais eram parcialmente ausentes antes dos 6 anos de idade, foi de que nestes se verificou um maior grau de psicopatologia; um grau inferior de percepção da intimidade amorosa, de compromisso e de paixão.

Para além disso neste último grupo assiste-se a uma retrospectiva negativa do vínculo materno em termos de cuidado e superproteção; ou seja, os jovens, olhando para a sua infância, reputam como negativa a actuação materna.

Ademais - também sob elevados níveis de retrospectiva materna negativa - os jovens adultos, cujo pai teve esteve parcialmente ausente antes dos 6 anos de idade, revelaram um ajuste menos diádico (na satisfação do relacionamento) e um grau inferior de identidade consolidada do que os jovens adultos do grupo de presença paterna.

No grupo de ausência total do pai revelou-se uma maior autocrítica subsequente do indivíduo e, retrospectivamente, uma elevada referência à superproteção materna, e uma inferior referência ao cuidado materno, do que no grupo da presença paterna.

Não se verificaram diferenças de resultado entre nos grupos de ausência parcial e completa do pai, em termos de jovens adultos, e no que ao bem-estar concerne.

Daqui decorre que nos casos em que existe uma ausência paterna verifica-se uma ideia do jovem, em retrospectiva, focada na atitude superprotectora da progenitora, atribuindo menor relevância à concepção de cuidado materno da mesma.

Apesar da substancial e emergente evidência da importância da figura paterna no desenvolvimento infantil⁵⁷, por muitos anos o significado da figura paterna estava virtualmente ausente da atenção de pesquisadores e dos profissionais. Tal é, presumivelmente, o resultado da tendência de considerar a parentalidade como sinónimo de maternidade, em consonância com uma norma social que vê a mãe como o cuidador principal da criança,

⁵⁷ Cfr. AMATO, P. R. (2010), Research on divorce: Continuing trends and new developments, *Journal of Marriage and Family*, 72, pp. 650 a 666. <https://doi.org/10.1111/j.1741-3737.2010.00723.x>; AMATO, P. R., & DORRIS, C. (2010). Fathers, children, and divorce. In M. E. Lamb (Ed.), *The role of the father in child development* (pp. 177 a 200). John Wiley & Sons; e TARGET, M., & FONAGY, P. (2002), cit.

independentemente do facto de muitos pais participarem no cuidado de seus filhos e influenciarem, positivamente, o bem-estar psicológico destes⁵⁸.

Sugere-se que muitos pais não residentes podem agir como se fossem meras “visitas” ao invés de pais, uma dinâmica que muitas vezes promove relacionamentos pai-filho que são caracterizados, principalmente, pelo factor divertimento ou lazer⁵⁹.

Da existência exclusiva dessa dinâmica, das actividades de lazer ou divertimento, pode resultar a dificuldade de criar uma relação de confiança, sendo por isso difícil para as crianças e os seus pais não-residentes manter vínculos caracterizados por profundidade e satisfação mútua.

Daqui decorre que mesmo os pais relativos ao grupo de ausência parcial, apesar de terem mais contacto com seus filhos, em comparação com os pais do grupo de ausência total, têm eles mesmos dificuldades para estabelecer relacionamentos próximos e significativos com seus filhos - o tipo de vínculo que contribui para desenvolvimento saudável, são os que se baseiam em relacionamentos estáveis⁶⁰.

Enquanto no caso das crianças que são próximas de ambos os progenitores casados e com quem, continuamente, têm um relacionamento de baixo conflito tal é potencialmente capaz propiciar que a criança recorra a ambos os pais para proteção e regulação emocional e do stress, já nas crianças com uma relação instável com o pai têm menos probabilidade de ser capazes

⁵⁸ Cfr. EAST, L., JACKSON, D., & O'BRIEN, L. (2006), Father-absence and adolescent development: A review of the literature. *Journal of Child Health Care*, 10, pp. 283 a 295, disponível em <https://doi.org/10.1177/1367493506067869>.

⁵⁹ Cfr. SOBOLEWSKI E AMATO (2007) cit.

⁶⁰ Cfr. MAIN, M. (2000), The organized categories of infant, child, and adult attachment: Flexible vs. Inflexible attention under attachment-related stress, in *Journal of the American Psychoanalytic Association*, 48, pp. 1055 a 1096, disponível em <https://doi.org/10.1177/00030651000480041801>; e SOBOLEWSKI & AMATO, (2007), cit.

de recorrer aquele pai para resolver a angústia, e o pai pode até ser a origem de sua angústia, dado a instabilidade e inconsistência do contacto mantido.

Os resultados obtidos, indicando que **não há diferenças entre a ausência paterna parcial versus completa** em termos de bem-estar de jovens adultos apoia este entendimento e estão de acordo com estudos anteriores propondo que a natureza do contacto pai-filho é mais importante do que simplesmente sua quantidade, especialmente no que diz respeito a estabilidade⁶¹.

Daqui decorre que em alguns casos de pai parcialmente ausente, apesar de haver mais contactos pai-filho do que se o pai fosse completamente ausente, o nível mais alto de contacto pai-filho pode não estar ligado a melhores resultados no bem-estar da criança em comparação com os casos de grupo completa ausência do pai.

Desta forma comprova-se que o contacto pai-filho carece de consistência e estabilidade (quantidade e qualidade).

Também é possível que em alguns casos, de pai parcialmente ausente, tal situação signifique existirem níveis mais altos de exposição ao conflito inter-parental, dada a necessidade do pai ter de discutir o regime de contactos e fazer cumpri-los.

Embora um aumento do contacto possa ser, geralmente, benéfico para a criança, tal pode ser problemático se o contacto ocorre no contexto de um inter-parental hostil⁶².

⁶¹ Cfr. Adamsons, K., & Johnson, S. K. (2013), cit; Amato, P. R., Meyers, C. E., & Emery, R. E. (2009), cit; e Sandler, I., Wheeler, L. A., & Braver, S. L. (2013).

⁶² Cfr. AMATO, P. R., MEYERS, C. E., & EMERY, R. E. (2009), cit .

No caso de crianças com progenitores separados verifica-se que o contacto daquelas com o pai (progenitor não residente) aumentou os problemas de comportamento dos filhos quando o conflito inter-parental é alto⁶³.

Claro está que numa perspectiva judiciária o que se impõe não é, como é óbvio, afastar cada vez mais a criança do pai, mas sim adoptar as medidas possíveis para diminuir o conflito que se projecta, num grande número de vezes, em a criança não contactar com o pai.

Em concreto falamos da necessidade de intervenção precoce, mesmo com a adopção de medidas provisórias, de forma a evitar o monopólio de um dos progenitores sobre a criança (v.g., impondo a entrega e recolha na escola de molde a afastar a presença de um dos progenitores; a aplicação, efectiva e concreta, de sanções face a incumprimentos; a alteração do regime da residência da criança, face aos incumprimentos. Tudo em tempo próprio que se coadune com o tempo das crianças).

De acordo com SOBOLEWSKI E AMATO⁶⁴, em casos de divórcio ou quando a relação dos pais é caracterizada por um conflito elevado, as crianças podem ter dificuldade em se sentir emocionalmente perto de ambos os pais sem, simultaneamente, sentirem uma sensação de deslealdade. O stress sentido nessas circunstâncias pode levar à tendência para ficar do lado, e se identificar, com um dos progenitores ao mesmo tempo que se afasta, emocionalmente, do outro progenitor.

SOBOLEWSKI E AMATO propuseram que o custo psicológico do sentimento de divisão entre os dois progenitores em disputa pode ofuscar os

⁶³ Cfr. AMATO, P. R., & REZAC, S. J. (1994), Contact with nonresident parents, interparental conflict, and children's behavior. *Journal of Family Issues*, 15, pp. 191 a 207, disponível em <https://doi.org/10.1177/0192513X94015002003>.

⁶⁴ Cfr. SOBOLEWSKI, J. M., & AMATO, P. R. (2007), Parents' discord and divorce, parent-child relationships and subjective well-being in early adulthood: Is feeling close to two parents always better than feeling close to one? *Social Forces*, 85, pp. 1105 1124, disponível em <https://doi.org/10.1353/sof.2007.0056>.

benefícios de estar perto de ambos os progenitores, como exemplificado pela descoberta de que as crianças em famílias de alto conflito e de famílias divorciadas tinham níveis semelhantes de bem-estar quer estivessem perto de ambos os progenitores ou de apenas um.

Com base neste entendimento, pode ser possível que para as crianças que tenham o seu pai parcialmente ausente (ou seja, aqueles que ainda estavam em contacto com seu pai, mas não necessariamente de forma consistente e estável), tendo um cuidado de “mãe calorosa” pode realmente interferir com sua capacidade de formar uma identidade consolidada.

Ou seja, ter um alto cuidado materno e ao mesmo tempo tentar manter um relacionamento com seu pai (parcialmente ausente) pode estar ligado a sentimentos difíceis de ter que escolher entre os dois progenitores. O custo psicológico de tais sentimentos pode colocar as crianças em maior risco de apresentar dificuldades tanto no relacionamento emocional como na consolidação de identidade.

Esta associação difere em função de conflito interparental e o nível de relacionamento parental.

Mas mais.

A falta de relacionamento afetivo filho/pai/mãe pode influenciar a capacidade da criança de beneficiar da relação positiva com o outro progenitor.

Ou seja, a um tempo a criança sente conflito de lealdade, mas a opção emocional que faz “em favor” de um dos progenitores afecta a própria relação com esse mesmo progenitor. Que, conforme supra se viu, leva os jovens, em retrospectiva, inclusive, a diminuírem o valor da dedicação que o progenitor residente, em concreto a mãe, lhes providenciou e apresentarem handicaps (conforme supra identificado).

Aquilo que judiciosamente pode ser entendido como uma situação de não conflito e de satisfação do interesse da criança fica, assim, revelado que é uma realidade de perda para esta: perde a oportunidade de estar com o pai em termos de criação de vínculo psico-emocional relevante e crescerá olhando para a actuação da mãe como negativa.

Fica, assim, demonstrada a ineficácia de todas as decisões judiciais que apenas ponham fim ao processo sem cuidarem de, em concreto, estabelecerem condições para que a criança esteja com ambos os progenitores em condições que permitam desenvolver o sentimento de mãe-família e pai-família e a construção e manutenção de laços psico-emocionais próprios de tais relações.

Numa perspectiva mais judiciária importa dar nota que SANDLER, WHEELER, e BRAVER⁶⁵ demonstraram que as associações entre paternidade e paternidade materna e infantil e dificuldades de saúde mental foram influenciadas, não apenas pela qualidade da parentalidade fornecida pelo progenitor, mas também pelo número de pernoitas que a criança passa com o pai, atestando a importância de existir tempo adequado para que o pai providencie uma alta qualidade de paternidade.

Corroborando o que supra se afirmou SOBOLEWSKI e AMATO⁶⁶, concluem que as crianças em famílias divorciadas/separadas enfrentam um risco duplo:

- Por um lado, tentar ter um relacionamento próximo com ambos os pais pode ser benéfico, mas correm o risco de se sentirem divididas e estarem a ser desleais a um dos progenitores.

⁶⁵ Relations of parenting quality, interparental conflict, and overnights with mental health problems of children in divorcing families with high legal conflict. *Journal of Family Psychology*, 27, pp. 915-924, disponível em <https://doi.org/10.1037/a0034449>.

⁶⁶ Cfr. Parents' discord and divorce, parent-child relationships and subjective well-being in early adulthood: Is feeling close to two parents always better than feeling close to one? *Social Forces*, 85, pp. 1105-1124, disponível em <https://doi.org/10.1353/sof.2007.0056>.

- Por outro lado, ter um relacionamento próximo com o pai pode resultar em evitar o stress de tentar ser leal a ambos os progenitores, mas corre-se o risco de perder os benefícios associados ao outro progenitor.

Desta forma pode acontecer que as vantagens e riscos associados com uma dessas opções pode contrabalançar o benefício obtido com a outra, deixando as crianças sem nenhum benefício em relação ao seu bem-estar subjetivo. Esta pode ser a dinâmica psicológica que está subjacente às dificuldades específicas de crianças de famílias em que o pai está (parcialmente) ausente.

Daqui decorre que só a presença total do pai permite beneficiar a criança.

É apodítico que os resultados obtidos para o grupo de crianças que têm o pai presente (e não parcialmente ausente - v.g. com visitas aos fim-de-semana de 15 em 15 dias) ditam que esta solução é a que melhor serve o seu superior interesse obstando a conflitos de lealdade e à perda dos benefícios da presença de ambos os progenitores.

Benefícios, como se viu, ao nível da psicopatologia, da capacidade de auto-crítica, de identidade pessoal, de satisfação relacional (grau de comprometimento, de intimidade).

Na prática, esta situação tem de ser concretizada na aplicação de um regime de exercício das responsabilidades parentais e de definição de tempo efectivo e bastante de convívio e contactos.

Exercício, por um lado, pois que devem ambos os progenitores terem a possibilidade de, ao mesmo nível de poder de decisão, agirem em relação a todas as questões, não só as de particular importância como também aos actos da vida corrente, de forma a obstar-se à tentação de um dos progenitores afastar ou obstaculizar a participação, efectiva, do outro no dia-a-dia da criança (que, como

se viu, é o factor primordial para a manutenção/construção do laço que permite a existência do progenitor como figura de ancoragem da segurança emocional).

Tempo de contactos e convívios, pois que, como também se viu, a mera existência de convívios, nomeadamente com carácter de lazer, não permite à criança estabelecer a referenciação do progenitor não residente sendo de ancoragem emocional por não ser capaz de construir, com base numa relação meramente de convívio, a estrutura emocional securizante da qual parte toda a sua acção posterior.

Em consequência, a residência alternada, seja ela com que estrutura for (semanal, 2 dias+ 2 dias+ fim-de-semana, ou outra qualquer desde que adaptada ao caso em concreto), é aquela que permite colocar, em situação mais apta, a criança a crescer com a atribuição e disponibilização de toda a envolvimento necessária ao seu desenvolvimento psicológico e emocional bastante.

A utilização de outros critérios que não estes, cientificamente comprovados, são, a nosso ver, desviados daquilo que é o superior interesse da criança e como tal deverão ser abandonados, não lhes dando primazia ou factor determinante em decisões a proferir.

Especificando tudo o que vem de se dizer, tomemos a realidade da educação como exemplo.

Não raras vezes esta questão e a do acompanhamento/participação efectiva do pai são colocadas em juízo, assistindo-se, de facto, a um também não raro, bloqueio institucional e administrativo do pai.

PEDRO DAVID LOPES FILIPE no seu *Envolvimento Parental: O Papel do Pai na Educação dos Filhos*⁶⁷, em sintonia com aquilo que o Conselho da Europa refere quanto à evolução sociológica dos papéis de homem e mulher na sociedade,

⁶⁷

Disponível em
https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/12404/1/PEDRO_FILIPE.pdf

refere que “Tal como a sociedade actual, a criança também tem ‘evoluído’ ao longo dos tempos e as crianças de há 20 anos atrás são diferentes das crianças contemporâneas, quer na forma como brincam, quer na maneira como interagem com os outros, como veem o mundo.

O envolvimento dos pais na educação dos seus filhos é essencial para que eles atinjam melhores resultados académicos pelo que se as crianças apenas veem elementos femininos no que respeita à sua vida escolar, quer sejam mães ou educadoras, fomenta-se a ideia de que elementos masculinos não pertencem àquele mundo. Crescendo com esta representação, a criança vai assumir isso como uma verdade e como algo que é natural, assumindo também a mesma postura na sua vida adulta”.

Outra constatação da perpetuação de ciclos, geracionais, que importa quebrar.

“A educação não deve criar nas crianças uma representação somente feminina nessa parte importante das suas vidas, sendo recomendável que se tomem medidas de forma a mudar esta realidade que se foi criando ao longo dos tempos. As práticas mais eficazes contemplam não só aquilo que o Pai tem e que pode acrescentar ao que a Mãe tem, mas também a própria presença masculina para que a criança veja o Pai em pé de igualdade com a Mãe na construção da sua personalidade.

Intervenções realizadas junto de pais e mães em simultâneo revelaram-se mais eficazes na criação de laços familiares com as crianças bem como na resolução de situações de mau comportamento ou conflitos, traduzindo-se também num desenvolvimento mais precoce nas crianças com repercussões positivas no seu futuro.”.

“O envolvimento parental na educação é fulcral para as crianças, quer seja que tenham melhores resultados escolares, quer seja o seu melhor desenvolvimento pessoal e social.”.

E se o pai não acompanhou e viveu intimamente de perto as experiências dos filhos, serão como estranhos mais ou menos próximos (...) O que se entende por carência afectiva e por carência educativa pode-se conjugar numa carência paterna personalizada, quiçá irremediável para a harmoniosa estruturação da personalidade da criança⁶⁸.

Cientificamente, investigadores em neurociência, sugerem que níveis elevados de envolvimento parental, podem provocar alterações cerebrais nas crianças que levem ao bom comportamento: o córtex frontal está envolvido neste processo, o que implica uma maior capacidade de planeamento, avaliação e antecipação das consequências de determinado comportamento. (Kozorovitskiy et al, 2006 citado por (Burgess, 2006).

Resulta assim que, mesmo cientificamente – e por várias ordens de saber – a opção da participação do pai, enquanto papel autónomo, em todo o processo evolutivo e de crescimento dos filhos é uma realidade que os beneficia, ou se quisermos, num sentido técnico-jurídico, melhor satisfaz o superior interesse das crianças.

4.

A questão do encarregado de educação.

Como supra se referiu não raras vezes a questão do encarregado de educação é suscitada em juízo, sendo que a reboque de tal questão está, invariavelmente, ligada a situação de um dos progenitores se sentir afastado da vida escolar do filho.

A regra no sistema legal português é de que as questões de particular importância são exercidas, em conjunto, por ambos os progenitores - cfr. artigo 1906.º, n.º 1 do C.Civil.

⁶⁸ Cfr. Guerra, 2006, pp. 37.

A educação é, pacificamente, entendida como uma questão de particular importância.

Nos termos do disposto no artigo 43.º, n.º 4 do Estatuto do aluno e ética escolar⁶⁹ considera-se encarregado de educação quem tiver menores a residir consigo ou confiado aos seus cuidados:

- a) Pelo exercício das responsabilidades parentais;
- b) Por decisão judicial;
- c) Pelo exercício de funções executivas na direção de instituições que tenham menores, a qualquer título, à sua responsabilidade;
- d) Por mera autoridade de facto ou por delegação, devidamente comprovada, por parte de qualquer das entidades referidas nas alíneas anteriores.

Em caso de divórcio ou de separação e, na falta de acordo dos progenitores, o encarregado de educação será o progenitor com quem o menor fique a residir - cfr. n.º 5 do referido normativo legal.

Estando estabelecida a residência alternada com cada um dos progenitores, deverão estes decidir, por acordo ou, na falta deste, por decisão judicial, sobre o exercício das funções de encarregado de educação - cfr. n.º 6.

O encarregado de educação pode ainda ser o pai ou a mãe que, por acordo expreso ou presumido entre ambos, é indicado para exercer essas funções, presumindo-se ainda, até qualquer indicação em contrário, que qualquer ato que pratica relativamente ao percurso escolar do filho é realizado por decisão conjunta do outro progenitor - dispõe o n.º 7 do artigo supra referido.

⁶⁹ Aprovado pela Lei n.º 51/2012 de 5 de Setembro.

O Estatuto em referência foi aprovado por uma Lei da Assembleia da República e é posterior à redacção do artigo 1906.º do C.Civil, dada pela Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro (sendo que a alteração levada a cabo pela Lei n.º 65/2020 de 4 de Novembro será impertinente para o que ora se analisa) pelo que é uma norma de valor igual e posterior, razão pela qual o regime geral do Código Civil não se lhe sobrepõe.

Do regime estabelecido no Estatuto decorre que estando a criança ou jovem a residir com um dos progenitores é esse mesmo progenitor que exerce o cargo de encarregado de educação.

Coloca-se a questão de saber se o progenitor não residente tem direito a exercer o cargo de encarregado de educação.

Através do recurso ao elemento sistemático da hermenêutica interpretativa verificamos que por acordo, expresso ou tácito, entre ambos os progenitores podem estes decidir quem exerce tal cargo, independentemente de com quem a criança ou o jovem resida.

Tendo o legislador previsto tal possibilidade quer-nos parecer que nada obsta a que, em caso de desacordo, possa o Tribunal decidir quem exerce a função de encarregado de educação independentemente de com quem a criança ou o jovem residam.

Em boa verdade dir-se-á que o critério da residência não é mais do que isso mesmo: um critério em si só, sem qualquer fundamento material ou substancial, que não seja a da, eventual, proximidade entre o progenitor residente e o estabelecimento de ensino (que valerá o que vale...).

Até porque, veja-se, o argumento de que o progenitor residente é que estará mais “por dentro” da vida escolar do filho é uma mera idiosincrasia sem qualquer tipo de comprovação científica e estatística.

E tanto assim é que, em caso de residência alternada, este mesmo critério é inócuo. Situação em que o critério material de qual dos dois está mais apto ou disposto a exercer tais funções poderá ser um critério a seguir (sem que se exclua, com isto, outro critério que, em última instância, tem de se adequar ao critério rector do superior interesse da criança).

Sendo que poderá acontecer tal critério não surtir qualquer resposta - em virtude de igualdade de circunstâncias - situação na qual uma decisão de paridade e em linha como o demais regime do exercício das responsabilidades parentais pode ditar que ambos os progenitores podem, e devem, ser encarregados de educação.

Tal conclusão em conjugação com aquilo que parece ser o espírito do Estatuto pode ser conseguido, por exemplo, com a fixação de que exercerá a função de encarregado de educação cada um dos progenitores em anos alternados (note-se a mais valia desta solução, v.g., para o caso de fratrias em que se permitirá a cada um dos progenitores participar activamente no processo educativo dos filhos e dividir a tarefa, sem que se sobrecarregue um deles; ou permitir, alternadamente, uma participação activa de cada um dos progenitores na vida escolar dos filhos).

Uma outra questão ligada ao âmbito escolar e a quem exerce o cargo de encarregado de educação é a do acesso à informação dos filhos, enquanto alunos.

A Comissão de acesso aos documentos administrativos (CADA) no seu parecer n.º 338/2021⁷⁰ pronunciou-se sobre a questão no sentido de que ao progenitor que não exerce o cargo de encarregado de educação deve ser dado o acesso às plataformas informáticas escolares de forma a obter as informações relativas aos filhos.

⁷⁰ Disponível em <https://www.cada.pt/files/pareceres/2021/338.pdf>.

Para tanto a CADA entendeu que “O pai de menor de idade, no exercício das respetivas responsabilidades parentais age, enquanto representante legal do filho, em nome e no interesse deste. No caso em apreço, é como se fosse o próprio filho a apresentar o pedido de acesso à informação que a si respeita.”.

Mais ponderou a CADA que “dispõe o artigo 43.º do Estatuto do Aluno e Ética Escolar, aprovado pela Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro:

«1 - Aos pais ou encarregados de educação incumbe uma especial responsabilidade, inerente ao seu poder-dever de dirigirem a educação dos seus filhos e educandos no interesse destes e de promoverem ativamente o desenvolvimento físico, intelectual e cívico dos mesmos.

2 - Nos termos da responsabilidade referida no número anterior, deve cada um dos pais ou encarregados de educação, em especial:

- a) Acompanhar ativamente a vida escolar do seu educando;
- b) Promover a articulação entre a educação na família e o ensino na escola;
- c) Diligenciar para que o seu educando beneficie, efetivamente, dos seus direitos e cumpra rigorosamente os deveres que lhe incumbem, nos termos do presente Estatuto, procedendo com correção no seu comportamento e empenho no processo de ensino;

(...)

- i) Integrar ativamente a comunidade educativa no desempenho das demais responsabilidades desta, em especial informando-a e informando-se sobre todas as matérias relevantes no processo educativo dos seus educandos;

3 - Os pais ou encarregados de educação são responsáveis pelos deveres dos seus filhos e educandos, em especial quanto à assiduidade, pontualidade e disciplina.»

Neste decorrer, para a CADA, o encarregado de educação constitui-se como o interlocutor do menor junto do estabelecimento de ensino, sendo a pessoa de contacto preferencial para o acompanhamento de todas as questões que respeitam à vida escolar daquele.

No entanto, por si só, o facto de, no caso, “...ser a mãe a exercer as funções de encarregada de educação junto do estabelecimento de ensino não derroga os direitos/deveres do pai no plano da educação/formação do filho, designadamente, de acesso à informação de tudo o que diga respeito à sua vida escolar. E na verdade, o requerente exerce as responsabilidades parentais partilhadas o que exige um conhecimento/acompanhamento efetivo do quotidiano escolar do menor.

Não foram invocadas, nem se pode presumir, quaisquer circunstâncias que obstem ao acesso pelo requerente, designadamente, a existência de inibição ou limitação ao exercício das responsabilidades parentais. (...) Na ausência de impedimento, a informação é acessível pelo requerente.”.

Ora, deste parecer da CADA resulta que só em caso de inibição ou limitação do exercício das responsabilidades parentais é que se poderá ponderar o não acesso da informação escolar relativa a um filho por banda do progenitor que não exerça o cargo de encarregado de educação.

Sé é certo que concordamos com o entendimento supra, cremos, porém, que o parecer da CADA enferma de um (relativo) equívoco jurídico no que toca à sua fundamentação.

Pode inculcar-se que no pensamento do parecer estivesse a pressuposição de que a conclusão atingida só ocorrerá em caso de exercício conjunto das responsabilidades parentais de particular importância ao afirmar que “...o requerente exerce as responsabilidades parentais partilhadas o que exige um conhecimento/acompanhamento efetivo do quotidiano escolar do menor”.

De acordo com o disposto no artigo 1906.º, n.º 7 do C.Civil ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho.

Daqui decorre que, mesmo no caso em que o exercício de todas as questões de particular importância tenha sido atribuído a um dos progenitores em exclusivo, o progenitor que não exerça essas mesmas responsabilidades parentais - e que não seja encarregado de educação - pode (deve) acompanhar o processo de educação do filho o qual, engloba (embora nele não se esgotando) no processo escolar.

Assim, parece-nos que a CADA, na sua fundamentação, podia ter aproveitado e ter ido mais além de forma a deixar claro o entendimento que resulta da lei: o progenitor que não seja encarregado de educação e não esteja inibido ou limitado⁷¹ no exercício das responsabilidades parentais em relação ao seu filho tem o direito de aceder, por si, a toda a informação escolar do filho; e como tal tem direito a acesso directo a todas as plataformas informáticas que ao âmbito escolar digam respeito.

* *

*

III.

Responsabilidades parentais, religião e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

1.

⁷¹ E aqui, importará, caso a caso, saber se a limitação interfere de alguma forma com este direito de acompanhar o processo educacional da criança ou do jovem, pois que se tal não se apurar, mesmo em caso de limitação do exercício das responsabilidades parentais, nada obstará ao acesso à informação.

Uma situação específica com que fomos confrontados que traduz uma discriminação parental, que por via da maioritária fixação da residência da criança com um dos progenitores traduz-se, de facto, numa discriminação negativa do outro progenitor é a questão da religião.

Pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezasseis anos – cfr. artigo 1886.º do C.P.Civil.

Por vezes defende-se que por se tratar de uma questão de educação – religiosa – tal implica que se trata de uma questão de particular importância.

Somos da opinião de que se trata, sempre, de uma questão de particular importância, mas não só por se reportar à ideia de educação. Conforme *infra* se verá a questão da religião vai muito além da educação, sendo um pilar estruturante da vida em sociedade e como tal não pode ser vista restritivamente, sob pena, com o devido respeito, de se falhar a perspectiva.

Encontramos uma posição que apesar de postular que “Não compete aos tribunais interferir no tipo de educação a dar às crianças ou proceder à apreciação do tipo de religião escolhida” acaba por admitir expressamente que “No caso de os progenitores não chegarem a acordo, caberá ao Tribunal proceder à tentativa de conciliação dos progenitores, não sendo possível, o Tribunal decide qual o progenitor que vai decidir sobre a questão em causa. Ou seja, o Tribunal não decide sobre a educação religiosa da criança, ele atribui a competência a um dos progenitores de modo a ser ele a decidir sobre a educação religiosa da criança”⁷².

Esta construção jurídica é, em si, contraditória e viola a CEDH e a jurisprudência do TEDH.

⁷² Cfr. MELO DA ROCHA SOUSA, DANIELA FILIPA, *in O desacordo dos progenitores quanto às questões de particular importância para a vida do filho*, pp. 39, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23281/1/TESE-O-DESACORDO-DOS-PROGENITORES-QUANTO-%C3%80S-QUEST%C3%95ES-DE-PARTICULAR-IMPORT%C3%82NCIA-PARA-A-VIDA-DO-FILHO-Daniela-Sousa.pdf>.

A perspectiva que analisa a relevância jurídica da situação sob o prisma da religião que os progenitores têm ou se se encontram unidos pelo casamento ou em união de facto; ou ainda, em caso de separação, sob a perspectiva com que progenitor foi fixada a residência da criança é, a nosso ver, desfocada e inverte a ordem jurídica das questões em apreço.

O critério dos progenitores terem a mesma religião será inócuo já que, por exemplo, equacione-se um jovem⁷³ que pretende seguir uma religião distinta dos progenitores; neste caso a ser reconhecida validade à pretensão do jovem a questão da identidade de religião dos progenitores é irrelevante. Aliás, mesmo que os progenitores tenham religiões distintas, um deles, ou ambos, não tenha opção religiosa.

Neste caso a questão a decidir será sempre a mesma e algo irrelevante a opção religiosa dos progenitores (excepto na questão excepcional que infra se apreciará) – e daqui já se pode vislumbrar que a opção de atribuição, em exclusivo, do exercício das responsabilidades parentais a um dos progenitores no que concerne à religião é algo que, em regra, não deverá ocorrer.

E não deverá ocorrer porque, pura e simplesmente, nada o justificará...no interesse da criança ou do jovem.

Claro está que se se confundir interesse de um dos progenitores com o interesse da criança ou do jovem, então tal equívoco abre portas a uma discussão, a nosso ver, estéril e equívoca em termos técnico-jurídicos.

O critério de fixar a residência da criança ou do jovem com o progenitor que segue a mesma religião igualmente se nos apresenta não só arredado de qualquer suporte científico que o justifique – quiçá alicerçado num empirismo que seria útil abandonar-se de molde às idiosincrasias e outras limitações de

⁷³ Dizemos jovem, com idade inferior a 16 anos, mas que por via de prova pericial bastante e específica lhe seja reconhecida a maturidade e capacidade intelectual e emocional para fazer uma escolha livre e esclarecida.

género não encontrarem forma de se expressar na resolução dos casos em concreto, aliás, de acordo com aquilo que é o apelo do Conselho da Europa supra referenciado – como, mais uma vez, se apresenta como um critério inócuo.

E de igual modo não vislumbramos qualquer critério jurídico em fixar-se a religião da criança em conformidade com a do progenitor residente ou atribuir a este progenitor a faculdade de, por si, escolher a religião do filho. Como infra se verá, estas perspectiva nada têm se não de critério ontológico, enformado por opções ajurídicas.

A questão da religião é distinta da questão da residência da criança.

Os critérios que devem presidir à decisão sobre a questão da religião são, absolutamente, distintos daquele outros que relevam para a determinação da residência da criança ou do jovem – cfr. infra se explicitará.

A tese de que não se pode interferir, em questão de religião, porque tal está vedado, mas em que se atribui o exercício exclusivo da responsabilidade parental no segmento da religião a um dos progenitores mas que, uma vez definida a atribuição de tal exercício tudo o que posteriormente lhe diga respeito é, já não, uma questão de particular importância e sim acto da vida corrente que está adstrita ao progenitor com quem a criança reside uma vez que se tratam de orientações educativas – cfr. artigo 1906 n.º 3 do C.Civil - é equivocada.

O caminho formalista deste entendimento traduz uma realidade:

A constatação de não se poder interferir directamente na questão da religião, onde definir judicialmente qual a religião que a criança professará, mas ao mesmo tempo a consciência de que, de facto, quer-se conformar tal questão pois que se sabe de antemão que um dos progenitores irá impor uma religião à criança, impedindo o outro progenitor de partilhar a sua com o filho; e conformar o tempo que o filho tem com este progenitor.

Um entendimento idêntico ao que se refuta com este conteúdo coloca “a faca e o queijo” na mão de um dos progenitores pois vai legitimar a sua actuação de conflito e de limitação ao máximo do tempo que a criança estava com o outro progenitor.

Este entendimento, para além de se escudar num caminho jurídico ilusório e meramente formal – o de que aquilo que é, materialmente, uma questão de particular importância, por via da atribuição do exercício exclusivo a um dos progenitores passa a ser um acto da vida corrente e numa orientação educativa pelo que esse mesmo conteúdo material do segmento das responsabilidades parentais, esse mesmíssimo conteúdo, agora fica nas mãos de um dos progenitores e altera a sua natureza.

Passo que esta tese falha em explicar: como é que uma questão que é de particular importância, classificação para a qual nada importa quem detém o exercício das responsabilidades parentais passa, posteriormente, a ser acto da vida corrente; quer-nos parecer que este salto argumentativo padece de um equívoco conceitual que confunde natureza/contéudo das responsabilidades parentais, titularidade e exercício das mesmas; bem como confundirá a natureza das orientações educativas relevantes, função e limites⁷⁴.

Sejamos claros, o que é questão de particular importância é-o sempre.

A sua titularidade cabe a ambos os progenitores.

O exercício é que pode ser atribuído a ambos ou a um só deles.

Tudo sem que existam razões, materiais, para que se possa afirmar que aquilo que é entendido como uma questão de particular importância passe a ser um acto da vida corrente, apenas por via de uma decisão judicial que não se

⁷⁴ Questões de particular importância, actos da vida corrente e orientações educativas relevantes: sua natureza, função e limites serão alvo de uma apreciação autónoma.

debruça sobre a interferência, positiva ou negativa, da criança conviver – e não professar, pois que são coisas distintas – com duas religiões.

Para além disso diga-se que nada obsta a que uma criança ou jovem acompanhe cada um dos progenitores na religião de cada um deles. Tal só assim não será se, comprovadamente – ou seja, através de prova pericial adequada e bastante - se verificar uma razão objectiva para isso, isto é, que o superior interesse da criança ou do jovem seja posto em causa – cfr. *infra* se verá esta excepção não pode ir além do valor vida, integridade física e psicológica da criança e do jovem.

Não se concebe como é que a um tempo se admite como postulado fundamental que a escolha da religião não pode ser imposta judicialmente – ou seja, pelo Estado – e a outro tempo se deixa nas mãos de um dos progenitores a faculdade de não só escolher a religião da criança ou do jovem e conceder a faculdade de que por via de tal escolha o outro progenitor seja obrigado a obedecer às determinações do outro progenitor.

Esta tese se enferma, à partida, de equívocos jurídicos, faz com que, na dinâmica do exercício das responsabilidades parentais apareçam desequilíbrios manifestos.

Porventura um entendimento com o teor supra vise, igualmente, criar uma situação de facto da qual o progenitor a quem foi retirado o exercício da responsabilidade parental no segmento da religião não possa sair pois que se vê obrigado a fazer o que o outro progenitor quer, cessando deste modo qualquer tipo de conflitos e como tal deixem de existir incidentes de incumprimento no Tribunal para decidir.

Em tese e no limite falamos, por exemplo, das idas da criança à evangelização, ao culto religioso, às actividades para-religiosas, como o coro, etc. Ou será que as orientações educativas conhecem elas limites,

nomeadamente com aquilo que é o demais regime fixado, por exemplo, os dias de convívios/contactos?

Na verdade, um entendimento como o em análise tem, ainda, outro efeito ou consequência - e não se olvide que a ponderação das consequências ainda é um momento da argumentação jurídica: a legitimação formal conferida a um dos progenitores permite, ainda, que o regime de contactos seja, de facto e conscientemente, alterado, sem que tal estivesse, sequer em discussão.

No limite tal entendimento permitirá(?) a um dos progenitores interferir no tempo em que a criança está com o outro progenitor pois que por via de tal decisão àquele é concedida a faculdade de impor participações religiosas e para-religiosas indiscriminadamente e sem atender ao regime de contactos fixado.

Seja qual for o regime estabelecido – desde o contacto quinzenal até à residência alternada (e aqui desde o esquema de semana a semana, 2 dias + 2 dias + fim-de-semana ou ainda outras soluções encontradas quando os progenitores têm actividades profissionais que envolvem um ritmo temporal menos comum) – conferir a um dos progenitores o exercício exclusivo das responsabilidades parentais no segmento da religião é não só absolutamente contra o superior interesse da criança, como ilegal e violador das normas mais básicas de direito internacional.

Veja-se que a concessão do exercício, exclusivo, quanto à religião nada pode ter a ver com quem a criança reside: é que pura e simplesmente inexistente uma única razão material e comprovada de que tal seja, cientificamente, correcto.

Pode, isso sim, fazer parte do plano idiossincrático (ou mesmo tabu e preconceitos) do aplicador da lei. Mas esse não deveria ser utilizado para formar a convicção e muito menos para autorizar uma decisão judicial.

Até porque, diga-se com frontalidade, não raras vezes e cada vez mais os articulados são carregados de psicologia, uma quase “estulta” e outra bem complexa⁷⁵ e muito subtil.

O julgador tem de estar preparado – pois que as suas decisões interferem com a vida das pessoas – não só para limitar o efeito das suas convicções, opções pessoais e idiossincrasias como tem de ter a capacidade de identificar na alegação os elementos de indução mental e que lhe estão a, sub-repticiamente, limitar a capacidade de julgar e a orientar a decisão.

2.

O DIREITO COMUNITÁRIO E EUROPEU.

A Convenção dos Direitos homem.

No plano positivado podemos chamar à colação o artigo 9.º e o artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Sob a epígrafe *Liberdade de pensamento, de consciência e de religião* prescreve o artigo 9.º da Convenção que:

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

⁷⁵ Cada vez mais assiste-se à utilização de técnicos na assessoria jurídica que, como verdadeiros *profilers*, estudam a questão e a forma como a petição deve ser redigida de molde a obter a manipulação mental do julgador através da exploração de preconceitos, tabus e mesmo medos e receios. Na jurisdição da família e da criança, considerando o seu âmbito iminentemente pessoal e daquilo que mais toca o imo do ser, transversal a todos os indivíduos, independentemente da classe social ou estrato económico, mais facilmente se encontra este tipo de litigância.

Mas esse tema – porque vai além, muito além, da jurisdição da família e da criança – será alvo de um outro trabalho.

Por sua vez, sob a epígrafe *Proibição de discriminação*, prescreve o artigo 14.º da Convenção que o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

A protecção de liberdade de pensamento, consciência e religião consta, assim, dos artigos 9.º e 14.º da CEDH.

No artigo 9.º reconhece-se o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. No artigo 14.º consta a regra que proíbe a existência de discriminação no gozo dos direitos e liberdades previstas nos preceitos da CEDH.

Consagra-se, assim, o direito a ter uma religião ou crença, a não ter religião ou crença, a mudar de religião ou crença bem como a manifestar a sua religião ou crença, em público ou privado, por via do culto, ensino, práticas ou celebração de ritos.

Porque relevante para a matéria em questão faz-se notar que o artigo 2.º do Protocolo n.º 1 à Convenção diz respeito a um aspecto específico da liberdade religiosa, concretamente em relação ao direito dos progenitores de garantirem a educação dos filhos de acordo com as convicções religiosas daqueles:

- A ninguém deve ser negado o direito à educação. No exercício de quaisquer funções que assuma em relação à educação e ao ensino, o Estado deve respeitar o direito dos pais de garantir tal educação e ensino para seus filhos em conformidade com suas próprias religiões e filosóficas convicções.

A liberdade de pensamento, consciência e religião é, também, um dos direitos fundamentais das Nações Unidas.

Nos termos do artigo 18.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - aprovado para ratificação pela Lei n.º 29/78, de 12/06 (retificada mediante retificação publicada no Diário da República n.º 153/78, de 06/07) -, todos têm direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua própria escolha e liberdade, seja individualmente ou em comunidade, em público ou privado.

Consagra-se a liberdade para manifestar a religião ou crença na adoração, observância, prática e ensino.

Para além do mais, estabelece-se que ninguém pode ser sujeito a coacção que prejudique a sua liberdade de ter, ou adotar, uma religião ou crença de sua escolha. Nestes termos a liberdade de manifestar a sua religião, ou crenças, pode apenas estar sujeita às limitações prescritas por lei e necessárias para proteger a segurança pública, a ordem, a saúde ou a moral ou a direitos e liberdades fundamentais de terceiros.

Também neste instrumento de direito internacional – que vigora na nossa ordem jurídica por via do artigo 8.º da CRP – se prescreve que – cfr. artigo 18.º *in fine* - que os Estados partes do Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos progenitores (e, quando aplicável, tutores legais) de forma a garantir que estes possam dar a educação religiosa e moral aos seus filhos em conformidade com suas próprias convicções.

A Convenção sobre os direitos da criança⁷⁶ prevê especificamente, no seu artigo 14.^{º77}, o direito dos progenitores, ou representantes legais, em

⁷⁶ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12/09; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12/09 e publicada no Diário da República I, n.º 211, 1.º Suplemento, de 12/09/1990 (Resolução da Assembleia da República n.º 20/90).

⁷⁷ 1 - Os Estados Partes respeitam o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de religião.

2 - Os Estados Partes respeitam os direitos e deveres dos pais e, sendo caso disso, dos representantes legais, de orientar a criança no exercício deste direito, de forma compatível com o desenvolvimento das suas capacidades.

orientar a criança no exercício da liberdade de pensamento, de consciência e de religião, subordinado ao requisito de compatibilidade com o desenvolvimento das capacidades da criança.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também protege a liberdade de pensamento, de consciência e religião da mesma forma que a Convenção – cfr. artigo 10.º da Carta⁷⁸.

No que concerne aos progenitores a Carta estabelece que os pais têm o direito de assegurarem a educação e o ensino dos seus filhos em conformidade com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas. Faculdade que deve ser respeitada pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício do direito à educação – cfr. artigo 14.º, n.º 3⁷⁹.

À semelhança do artigo 14.º da Convenção o artigo 26.º do Pacto estabelece um princípio geral de não discriminação que abarca, expressamente, a religião⁸⁰.

3 - A liberdade de manifestar a sua religião ou as suas convicções só pode ser objecto de restrições previstas na lei e que se mostrem necessárias à protecção da segurança, da ordem e da saúde públicas, ou da moral e das liberdades e direitos fundamentais de outrem.

⁷⁸ Sob a epígrafe Liberdade de pensamento, de consciência e de religião prevê o art.º 10.º da Carta que:

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. O direito à objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

⁷⁹ 3. São respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas.

⁸⁰ Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual protecção da lei. A este respeito, a lei deve proibir todas as discriminações e garantir a todas as pessoas protecção igual e eficaz contra toda a espécie de discriminação, nomeadamente por motivos de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade, de nascimento ou de qualquer outra situação.

O artigo 9.º da Convenção não prevê qualquer tipo de definição do que é considerado religião.

Tal opção é propositada já que foi considerado não ser possível prever um texto suficientemente abrangente que abarcasse todas as religiões e bem assim específico o suficiente que permitisse a sua aplicação a casos em concreto.

Ademais, qualquer previsão legal, qualquer definição positivada abriria a porta aos Estados contratantes criarem limitações interpretativas o que teria um impacto directo no exercício do direito à liberdade de religião e teria um efeito redutor do referido direito.

Aliás, o TEDH é peremptório em decidir que nada do que possa ser entendido como religião pode ser interpretado em detrimento das religiões não tradicionais. Salvaguardando, assim, este Tribunal todas as religiões – mais ou menos formais; mais ou menos recentes, mais ou menos professadas, etc.. – cfr. (*İzzettin Doğan and Others v. Turkey* [GC], § 114).

O TEDH parece entender que para um indivíduo ou colectividade beneficiarem do direito de liberdade de pensamento, consciência e religião basta que seja demonstrada a existência de um certo nível de vontade, seriedade, coesão e importância⁸¹.

⁸¹ No âmbito da Convenção foi reconhecido, explícita ou implicitamente, que as salvaguardas do Artigo 9 § 1 da Convenção se aplicam a:

(a) as religiões mundiais "principais" ou "antigas" que existiram por milênios ou por vários séculos, tal como: Alevismo (*Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v. Turquia*; *İzzettin Doğan e outros v. Turquia*); Budismo (*Jakóbski v. Polónia*); as diferentes denominações cristãs (entre muitas outras autoridades, *Svyato- Mykhaylivska Parafiya v. Ucrânia*; *Savez crkava "Riječ života" e outros v. Croácia*); as várias formas de hinduísmo, incluindo o movimento Hare Krishna (*Kovaļkovs v. Letónia (dez.)*; *Genov v. Bulgária*); as várias formas do Islão (*Hassan e Tchaouch v. Bulgária [GC]*; *Leyla Şahin v. Turquia [GC]*), incluindo Ahmadismo (*Metodiev e Outros v. Bulgária*); o Judaísmo (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v. França [GC]*; *Francesco Sessa v. Itália*); o Sikhismo (*Phull v. França (dez.)*; *Jasvir Singh v. França (dez.)*); o Taoísmo (*X. v. Reino Unido, decisão da Comissão de 18 de maio de 1976*).

(b) religiões novas ou relativamente novas, como: o Aumism of Mandarom (*Association des Chevaliers du Lotus d'Or v. França*); o movimento Bhagwan Shree Rajneesh, conhecido

Verificados estes pressupostos, os Estados contratantes tem um dever de neutralidade e imparcialidade estando impedidos de questionar as crenças religiosas e as formas como essas crenças são expressadas – cfr. (*Eweida and Others v. the United Kingdom*, § 81). Razão pela qual não podem os Estados contratantes, sequer, adentrar em controvérsias sobre o conteúdo de determinada religião, bem como não podem lançar-se em definir quais são os princípios ou convicções que devem ser consideradas como consubstanciadoras ou definidoras de uma religião ou crença religiosa e muito menos pronunciar-se sobre a definição do seu conteúdo – cfr. (*İzzettin Doğan and Others v. Turkey* [GC], § 69; *Kovalkovs v. Latvia* (dec.), § 60)

Daí que o TEDH ao referir-se a termos e conceitos religiosos apenas o faz para os fins da sua argumentação, mas o Tribunal não atribui qualquer significado particular a esses termos, a não ser a constatação de que o artigo 9.º da Convenção lhes é aplicável – *ibidem*, [GC], § 69.

Inclusivamente se existir uma controvérsia ou discussão dentro da própria comunidade religiosa relativa à sua essência ou aspecto característico,

como movimento Osho (Leela Förderkreis e.V. e Outros v. Alemanha; *Mockutė v. Lituânia*, § 121); a Igreja da Unificação do Reverendo Sun Myung Moon (Nolan e K. v. Rússia; *Boychev e Outros v. Bulgária*); o Mormonismo, ou Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias (A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias vs. Reino Unido); o Movimento Raëliano (F.L. v. França (dec.)); o Neo-paganismo (*Ásatrúarfélagið v. Islândia* (dec.)); a religião “Santo Daime”, cujos rituais incluem o uso de substância alucinógena conhecido como “ayahuasca” (*Fränklin-Beentjes e CEFLU-Luz da Floresta v. Holanda* (dez.)); as Testemunhas de Jeová (*Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas e Outros v. Áustria*; *Testemunhas de Jeová de Moscou e outros v. Rússia*).

(c) várias convicções filosóficas coerentes e sinceramente sustentadas, tais como: pacifismo (*Arrowsmith v. Reino Unido*, relatório da Comissão, § 69); oposição de princípio ao serviço militar (*Bayatyan v. Armênia* [GC]); veganismo e oposição à manipulação de produtos de origem animal ou testados em animais (*W. v. Reino Unido*, decisão da Comissão); oposição ao aborto (*Knudsen v. Noruega*, decisão da Comissão; *Van Schijndel e outros v. Holanda*, decisão da Comissão); a opinião de um médico sobre medicina alternativa, constituindo uma forma de manifestação de filosofia médica (*Nyüssönen v. Finlândia*, decisão da Comissão); a convicção de que o casamento é uma união vitalícia entre um homem e uma mulher e a rejeição de uniões homossexuais (*Eweida e outros vs. Reino Unido*); apego ao secularismo (*Lautsi e outros v. Itália* [GC], § 58; *Hamidović v. Bósnia e Herzegovina*, § 35)

nomeadamente se deve ser entendida, por exemplo, como religião ou como filosofia, tal em nada releva face ao seu estatuto perante o Estado contratante e para os efeitos da aplicação do artigo 9.º da Convenção – *ibidem*, [GC], § 134.

Por outro lado, o não reconhecimento formal ou administrativo, pelo Estado contratante, do estatuto de confissão religiosa – ou equiparado – a determinados credos ou doutrinas em nada releva para os termos do artigo 9.º da Convenção. Na verdade, entendeu o TEDH que se se admitisse tal requisito estaria encontrada a forma de obstar, formalmente, à consagração da doutrina fundamental do referido artigo – cfr. (*Mockutė v. Lithuania*, § 119).

Religião e crença compreendem um *fórum internum* - o direito a ter convicções religiosas, a convicção íntima da pessoa, as suas crenças pessoais - e um *fórum externum* – o direito a manifestar essas convicções em público.

No *fórum internum* não são admitidas quaisquer tipo de restrições, porquanto decorre do artigo 9.º, n.º 2 da Convenção que a possibilidade de criação de restrições só existe para o *fórum externum* e, tão só e apenas, conquanto sejam observados os pressupostos legais.

Uma particularidade que releva para o âmbito processual, *rectius*, probatório reporta-se ao facto do TEDH entender que quem afirmar, e se quiser fazer prevalecer de um acto como se enquadrando na liberdade de manifestar a sua religião ou crença, não tem o ónus de provar que agiu em cumprimento de um dever determinado pela religião em questão - cfr. *Eweida and Others v. the United Kingdom*, § 82; *S.A.S. v. France* [GC], § 55).

Nesta senda o TEDH adoptou o entendimento de que, regra geral, as autoridades nacionais não têm justificação para colocar em dúvida a sinceridade das crenças que um indivíduo afirma ter, sem que para tal se baseie em provas concretas, sólidas e convincentes.

Até porque o TEDH deixa bem claro que não é permitido discutir a natureza e a importância das crenças de cada indivíduo, pois que o que para uma pessoa pode ser considerado sagrado, para outro indivíduo pode ser um absurdo ou mesmo um anátema. Pelo que nenhum argumento legal ou lógico pode ser invocado para questionar a afirmação de um crente de que uma dada prática concreta ou crença é um elemento do seu dever religioso.

Claro está que o TEDH admite que seja perscrutado que as alegações sejam genuínas e vividas pelo indivíduo - *Skugar and Others v. Russia*. Mas neste caso o limite desta averiguação é muito bem delimitado pelo que supra se referiu estando balizado, por exemplo, pela prova da existência da religião ou crença - (*X. v. the United Kingdom*, decisão da Comissão de 4 de Outubro de 1977).

A jurisprudência do TEDH, para além de se referir ao caso concreto analisado, visa elucidar, salvaguardar e desenvolver as regras instituídas pela Convenção de forma a contribuir para a observância, pelos Estados contratantes, dos compromissos assumidos por, eles, Estados – cfr. (*Ireland v. the United Kingdom*, § 154, 18 Janeiro 1978, Serie A n.º 25; mais recentemente, *Jeronovičs v. Latvia* [GC], n.º 44898/10, § 109, ECHR 2016).

O constante trabalho do TEDH e a mutação constante deste trabalho, traduzida numa cada vez maior protecção do indivíduo no que concerne à questão de política pública, revela-se no aumento do nível de protecção dos direitos humanos e, não menos importante, visa a extensão da jurisprudência a todos os Estados contratantes.

Daí o TEDH considerar que a Convenção tem um papel de instrumento constitucional da ordem jurídica europeia no plano dos direitos humanos – cfr. (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, § 156, ECHR 2005-VI).

A jurisprudência do TJUE entende que por via do artigo 6.º do Tratado da União Europeia estabelece-se a vinculação da União aos direitos

fundamentais como se encontram protegidos pela CEDH e nas tradições constitucionais comuns dos Estados Membros, enquanto princípios jurídicos; sendo que o TJUE foi encontrar esta definição no artigo 9.º da CEDH e no artigo 10.º, n.º 1 da CDFUE.

O TJUE entende que por força das explicações relativas à CDFUE e do disposto no artigo 52.º, n.º 3 da mesma os direitos garantidos no artigo 10.º, n.º 1 da CDFUE e artigo 9.º da CEDH deverão ter o mesmo conteúdo e âmbito.

É o próprio TJUE que consagra que o Direito da União Europeia reconhece e acolhe a jurisprudência do TEDH e que estipula que a mesma deverá ser observada na interpretação dos direitos fundamentais tutelados pela CDFUE.

A jurisprudência do TEDH é, assim, padrão interpretativo de todo o direito comunitário.

A jurisprudência do TJUE tem vindo a sedimentar-se no sentido de que este Tribunal protege os direitos fundamentais no contexto da actividade da União Europeia, protegendo os direitos humanos como parte integrante da União Europeia; sendo que os tratados internacionais sobre os direitos humanos dos quais os Estados membros são signatários proporcionam orientações que deveriam ser observadas no contexto do Direito da União Europeia – cfr, caso *Nold v. Comissão* (C-4/73).

A importância da liberdade de pensamento, consciência e religião tem sido enfatizada em várias ocasiões pelo TEDH. A liberdade de pensamento, de consciência e de religião é considerada um dos alicerces da sociedade democrática.

O TEDH, especificamente no que concerne à liberdade religiosa, considera que esta é um factor vital na formação da identidade dos crentes e da sua concepção de vida.

De tal forma é o entendimento do TEDH que **este Tribunal elevou a liberdade religiosa à categoria de direito substantivo ao abrigo da Convenção**, inicialmente indirectamente e, posteriormente, de forma mais directa.

O direito consagrado no artigo 9.º da Convenção constitui um dos alicerces de uma sociedade democrática, na concepção da própria CEDH.

O pluralismo indissociável de uma sociedade democrática depende desse direito e as restrições às manifestações do mesmo devem ser interpretadas restritivamente. – cfr. caso Nolan e K. v. Rússia (processo n.º 2512/04).

As limitações, sempre interpretadas restritivamente, tem de:

- Ter uma previsão legal;
- Serem legítimas (ditadas por razões de segurança pública, ordem, saúde e moral públicas ou protecção dos direitos e liberdades de outrem); e
- Serem necessárias numa sociedade democrática.

A jurisprudência do TEDH em relação ao artigo 9.º da CEDH assenta em três pontos basilares:

- Universalidade, ou seja, garantia de um idêntico grau de protecção da liberdade religiosa de todos os indivíduos e grupos, independentemente da sua posição maioritária ou minoritária na sociedade;

- Diversidade – respeito da variedade das relações nacionais entre os Estados Membros as confissões religiosas, na medida em que o mesmo não visa impor um modelo único de relações entre Estado e religião, mas salvaguardar, na medida do possível, as confissões religiosas dos indivíduos; e

- Fuga para a margem de apreciação, isto é, relega para as autoridades nacionais a necessidade ou a proporcionalidade das medidas restritivas.

3. As obrigações positivas e negativas dos Estados Contratantes.

3.1. Obrigações negativas.

Nos termos do artigo 9.º, n.º 2 da Convenção, os fins legítimos passíveis de justificar interferência na manifestação, por um indivíduo, da sua religião ou crenças são a segurança pública, a proteção da ordem pública, saúde e moral, ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros. Esta enumeração de objectivos legítimos é taxativa e a definição material desses mesmos os objetivos é, necessariamente, restritiva.

Uma limitação desta liberdade para ser compatível com a Convenção deve, em particular, perseguir um objetivo que possa ser associado a um dos taxativamente previstos nesta disposição – cfr. (*Svyato-Mykhalivska Parafiya v. Ukraine*, §§ 132 and 137; *S.A.S. v. France* [GC], § 113).

Questão de particular importância prática, atinente à responsabilidade do Estado contratante, é a relativa à prática do acto que constitui a interferência de um direito protegido pelo artigo 9.º da Convenção.

De particular importância pois que directamente se reporta à questão em análise, ou seja, a uma decisão judicial do Estado contratante que viola os direitos consagrados no artigo 9.º da Convenção.

Qualquer representante do Estado contratante – um polícia, um militar, um magistrado, etc. - agirá *ultra vires* (ou seja, para além da autoridade que lhe é atribuída pelo Estado contratante) se violar um qualquer direito protegido pelo artigo 9.º da Convenção. E isto quer seja uma violação *tout court*, ou por constatação da não verificação das excepções previstas no n.º 2 do artigo 9.º.

Em qualquer dos casos esse acto é atribuível ao Estado contratante o qual incorre em responsabilidade para os fins do artigo 1.º da Convenção – cfr. *Tsartsidze and Others v. Georgia*, § 80).

Relembre-se que a condenação do Estado português pelo TEDH permitirá peticionar a revisão da decisão violadora e a condenação em

decorrência de responsabilidade civil por danos emergentes do exercício da função jurisdicional – cfr. artigo 696.º, al. h) e 696.º-A, ambos do C.P.Civil.

De onde decorre que não mais a condenação do Estado servirá como mera reparação simbólica permitindo-se assim, a reparação económica e a própria alteração da decisão, sendo que o decurso do tempo entre a decisão violadora e a sua revisão, a possibilidade, ou não, de reparação efectiva dos danos provocados poderão ser tidos em conta na indemnização/compensação a peticionar.

Sendo certo que, estando em causa questões iminentemente pessoais, ligadas a um pilar básico, essencial e inalienável da ordem jurídica europeia, sem olvidar que a mesma se move noutra questão de dimensão constitucional, qual seja o direito dos filhos a conviverem com os progenitores e estes a, efectivamente, estarem com os filhos, antevê-se uma dimensão compensatória elevada.

Como nada pode fazer voltar o tempo para trás as lesões ocorridas apenas poderão ser compensadas e nunca reparadas visto que não é possível colocar a situação no ponto em que estava antes de ter ocorrido o facto danoso, ou seja, a decisão violadora proferida pelo Tribunal do Estado contratante.

O estatuto de vítima para os termos do disposto no artigo 34.º da Convenção está assegurado pelo facto de, para além do mais, o progenitor que viu ser-lhe retirado o exercício das responsabilidades parentais no segmento da religião ver-se, por via da decisão do Tribunal do Estado contratante, num dilema: ou faz o que o outro progenitor quer, mesmo nos dias que judicialmente estão fixados como a criança estando consigo, e vê-se obrigado a participar em actos de culto religioso que não o seu; ou, se recusar, vê-se a braços com um incumprimento, punido por lei com multa e indemnização – cfr. artigo 41.º, n.º 1 do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (Lei n.º 141/2015, de 08 de Setembro). Neste sentido o acórdão (*S.A.S. v. France* [GC], § 57).

O TEDH tem entendido que numa sociedade democrática, em que várias religiões coexistem numa mesma população, pode ser necessário colocar restrições à liberdade de crença e religião, a fim de conciliar os interesses dos vários grupos e garantir que as crenças de todos sejam respeitadas.

No entanto, ao exercer este seu poder regulador nesta esfera e nas suas relações com as várias religiões, denominações e crenças, o Estado tem o dever de permanecer neutro e imparcial. O que está em jogo aqui é a preservação do pluralismo - (*Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, §§ 115-116).

Daqui decorre que em caso algum pode um Tribunal de um Estado contratante, sem mais, atribuir o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, no segmento da religião, a um dos progenitores. Só uma comprovada lesão de interesses de terceiros, neste caso da criança ou jovem, com a mesma dimensão normativa é que poderão justificar tal solução.

Ora, tal situação é apenas e tão só uma situação em que a integridade física e psicológica ou a vida da criança ou do jovem possam ser, comprovadamente, postas em causa.

Fora destes casos não se vislumbra qualquer hipótese de conformidade ou admissão de uma decisão limitadora com a Convenção.

Certo que, como é bom de ver, não faltarão nas disputas em Tribunal as alegações de que uma religião, as duas, ou o não professar uma religião ou crença (que é, em si uma escolha protegida pelo artigo 9.º da Convenção) põe em causa a integridade física, psicológica e a vida da criança.

Conforme supra já se fez constar, competirá ao Estado contratante, isto é, *in casu* ao Tribunal, averiguar da veracidade destas alegações.

Em sede de lei interna e no particular do processo tutelar cível não vemos que exista qualquer óbice a que assim aconteça já que a própria lei de processo prevê que os processos respectivos têm a natureza de jurisdição voluntária onde

o princípio do inquisitório impera com maior vigor – cfr. artigo 12.º do RGPTC. Mesmo no processo civil comum compete ao Tribunal ordenar, ainda que oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio – cfr. artigo 411.º do C.P.Civil.

Na determinação da extensão da margem de apreciação concedida a um Estado contratante, num determinado caso em concreto, o TEDH tem vindo a deixar expresso que se deve tomar em consideração tanto a questão específica em jogo no caso em concreto, bem como a questão geral abrangida pelo artigo 9º da Convenção, ou seja, a necessidade de preservar o pluralismo religioso **genuíno (e não meramente formal ou nominal)**, que é vital para a sobrevivência de qualquer sociedade democrática.

Desta forma o TEDH atribui grande importância ao aquilatar da necessidade de interferência, isto é, se a interferência concerne a uma “superior necessidade social” e se é “proporcional ao objetivo legítimo prosseguido”. A supervisão europeia abrange tanto a lei como as decisões que a aplicam, mesmo quando emitidas por um Tribunal nacional independente - (*Bayatyan v. Armenia* [GC], §§ 121-122; *S.A.S. v. France* [GC], § 129).

Também desta perspectiva cremos que a decisão do Tribunal nacional que concede o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, no segmento da religião, a um dos progenitores sem que funde tal nas exceções taxativas do n.º 2 do artigo 9.º da Convenção viola o preceituado no n.º 1 do referido preceito da Convenção, em conjugação com o disposto no artigo 14.º da Convenção já que limita, na prática, se não totalmente, de forma quase absoluta a manutenção e preservação do pluralismo religioso genuíno que, como se viu, é erigido pelo TEDH como valor fundamentalíssimo.

3.2. Obrigações positivas dos Estados Contratantes.

Os Estados Contratantes devem garantir a todos, dentro de sua jurisdição, os direitos e liberdades definidos na Convenção – cfr. artigo 1.º da CEDH.

Daqui decorre que a obrigação negativa de um Estado de se abster de interferir nos direitos garantidos pelo artigo 9.º anda lado a lado com as obrigações positivas inerentes a esses mesmos direitos. Dir-se-á, v.g., que assim será quando os actos contestados foram cometidos por privados e, como tal, não são diretamente atribuíveis ao Estado Contratante.

As obrigações positivas fazem impender sobre o Estado Contratante a tomada de medidas para garantir o respeito pela liberdade de religião afectando o próprio tecido das relações interpessoais dos indivíduos (*Siebenhaar c. Alemanha*, § 38).

O TEDH não definiu, até hoje, a delimitação entre as obrigações positivas e negativas do Estado nos termos da Convenção, deixando, porém, patente que os princípios aplicáveis em ambas as dimensões são, no entanto, comparáveis (*İzzettin Doğan e outros c. Turquia [GC]*, § 96).

Desta forma, em ambos os contextos, deverá ser tido, sempre, em linha de conta o equilíbrio a ser alcançado entre os interesses conflitantes do indivíduo e da comunidade como um todo.

Como supra referido, em ambos os contextos o Estado goza de uma certa margem de apreciação (fuga para a margem de apreciação). Além disso, mesmo em relação às obrigações positivas decorrentes do primeiro parágrafo do artigo 9, os objetivos mencionados no segundo parágrafo pode ser de certa relevância (*Jakóbski c. Polónia*, § 47; *Eweida e outro v. Reino Unido*, § 84).

A questão da natureza da obrigação não é absoluta.

Privilegiando, sempre, a materialidade das questões, o TEDH pode abster-se de julgar formalmente se a situação deve ser examinada em termos de

“obrigações negativas” ou “obrigações positivas” - cfr. Comunidade Religiosa das Testemunhas de Jeová do distrito de Ternivsky de Kryvyi Rih v. Ucrânia, § 58.

No que concerne à identificação e caracterização das obrigações positivas nos termos do artigo 9.º da Convenção temos que as mesmas podem ser relativas ao fornecimento de um serviço eficaz e acessível de proteger os direitos garantidos pela disposição da Convenção, incluindo tanto a disponibilidade de um quadro regulamentar, como de concreta execução desse mesmo quadro protegendo-se, assim, os direitos dos indivíduos e a garantido a implementação, concreta - quando necessário - de procedimentos específicos - cfr. Osmanoglu e Kocabaş v. Suíça, § 86.

Num concreto circunstancialismo foi entendido que o artigo 9.º não garante, como tal, o direito de se beneficiar de medidas preventivas para proteger liberdade religiosa - cfr. Hernandez Sanchez c. Espanha, decisão da Comissão⁸².

4. Sobreposições entre as salvaguardas do artigo 9.º e os outros comandos da Convenção.

Atenta a natureza do conteúdo substantivo do artigo 9.º da Convenção (cfr. supra quanto ao seu carácter fundamentalíssimo) ocorrerá, por vezes e face ao caso em concreto, uma múltipla convocação de várias disposições da Convenção. Desta forma uma mesma queixa apresentada perante o TEDH pode, por vezes, convocar mais do que uma norma da Convenção.

⁸² Extremamente curioso o texto final desta decisão em que existem vários votos de vencido que, numa sagaz e plenamente consciente visão de como “o mundo real” funciona não deixam de pôr por escrito o que todas as pessoas veem – mas que nem sempre existe a coragem para o afirmar. Votos esses que quase são a metade da totalidade dos juizes, o que revela que o TEDH, pode ir mais longe na defesa efectiva dos direitos consagrados na Convenção.

Para melhor análise vide o texto integral da decisão em <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-4786864-5830211%22%5D%7D>

Constatada tal situação, o TEDH tem optado, em regra, por analisar a queixa sob o prisma da norma que maior relevância terá no caso em concreto, ou seja, porventura, sob o prisma da violação mais grave ou relevante da Convenção.

Não obstante e constatada a violação de outras normas da Convenção, o TEDH não deixa de as aflorar no seu juízo e de as ter presente na sua argumentação procedendo, desta forma, a uma análise mais efectiva e próxima da situação em concreto. Almeja-se, assim, o atingir do desiderato que o TEDH vem defendendo em várias interpretações que faz da Convenção, qual seja, a da solução o mais eficaz para a violação ou violações da Convenção, no caso em concreto.

Daquilo que é possível apurar, as violações com maior probabilidade de estarem igualmente presentes em casos de violação do artigo 9.º da Convenção respeitam aos seguintes artigos:

4.1. Artigo 6.º § 1 da Convenção (direito a um julgamento justo, em particular o direito de acesso a um tribunal).

Neste particular aspecto cumpre-nos abordar uma questão prática.

O tipo de direitos em causa nos processos de regulação das responsabilidades parentais são indisponíveis.

Como tal, nestes processos inexistente admissão de factos por acordo, ou confissão por falta de impugnação - cfr. artigo 354.º, al. b) do Código Civil e ar.º 568.º, al. c) do C.P.Civil.

Daqui decorre que, existindo um litígio quanto à religião não pode o Tribunal, sob pena de violar as normas probatórias quanto à prova de factos atinentes a direitos indisponíveis, lançar-se a proferir decisão e dar como provados factos que não constem de documentos autênticos.

No caso em concreto, para que haja um acervo factual que permita proferir uma decisão que não seja arbitrária – não baseada em factos que foram sujeitos a prova, ou seja, ao *cross examination*, em audiência de discussão e julgamento – impõem-se, necessariamente, que seja produzida prova, ainda que indiciária⁸³, v.g., ouvir, em declarações os progenitores – conforme prevê o artigo 21.º, n.º 1, al. a) do RGPTC.

A não ser assim, e ainda que se trate de uma decisão provisória, a mesma é legalmente inadmissível por não se produzir prova, v.g. por não se ouvirem os progenitores em declarações - cfr. art.º 21.º, n.º 1, al. a) do RGPTC.

Tal constatação cai, sem dúvida alguma, sob a alçada do artigo 6.º da Convenção onde se prevê o direito a um julgamento justo e equitativo, ou seja, onde seja admissível não só alegar, como ser dada a hipóteses de, em sistema de contraditório, poder produzir prova da sua alegação.

4.2. O artigo 8.º da Convenção, direito ao respeito pela vida privada e/ou familiar).

O TEDH entendeu que a decisão dos Tribunais Nacionais de estabelecerem a residência de menores com um dos progenitores essencialmente porque o outro progenitor era uma Testemunha de Jeová violava o artigo 8.º - cfr. Palau-Martinez v. France e Hoffman v. Austria.

Neste caso o TEDH conclui que, apesar das alegações de que a religião “Testemunhas de Jeová” impunham regras muito rígidas e por isso

⁸³ Parece que certa jurisprudência faz equivaler às decisões provisórias uma menor exigibilidade no carácter fundamentador dos factos e do direito. Não nos parece que tal regra seja absoluta e muito menos se confunde carácter menos exigente da fundamentação da matéria de facto e de direito com desviar das regras probatórias.

Concretizando: ainda que se entenda que possa existir uma afrouxar da certeza fundamentadora, tal não tem nada a ver com o (des)respeito ou violação das regras probatórias quando estão em causa direitos indisponíveis. Colocar ambas as realidades sob o mesmo prisma é misturar o que não é passível, em tempo algum, de ser entendido como, sequer, idêntico.

violentadoras da criança, mas não se tendo disso feito prova, nada justificava a discriminação.

Numa outra situação o TEDH deixou expresso que o regime do exercício das responsabilidades parentais definido pelos tribunais nacionais não poderia infringir a liberdade de um requerente de manifestar a sua religião (Deschomets v. França (dec.));

Ainda nesta sede o TEDH considerou existir a violação do art.º 8.º da Convenção, em conjugação com o art.º 14.º (proibição de discriminação) no caso de, ao pai de uma criança nascida fora do casamento, não ser reconhecida a possibilidade de exercício em comum das responsabilidades parentais como é reconhecido aos progenitores divorciados - cfr. Zaunegger v. Germany.

O TEDH tem, igualmente, se pronunciado pela existência da violação do art.º 8.º da Convenção no caso das autoridades nacionais não tomarem medidas eficazes demorarem muito tempo a tomá-las quando seja necessário reatar o contacto dos filhos com os progenitores.

É o caso, v.g., do acórdão Lyubenova v. Bulgária em que a progenitora viu dificultado o acesso ao seu filho, que estava entregue aos sogros; e bem assim é o caso do acórdão Moog v. Germany⁸⁴ em que o TEDH foi peremptório em afirmar que existiu uma violação do art.º 8.º já que o pai este 4 anos sem ver o filho.

Este acórdão é, ainda, paradigmático daquilo que, não raras vezes, acontece em que a um dos progenitores é dada a possibilidade de dominar a vontade da criança e fazer com que esta não só verbalize, mas também

⁸⁴Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22moog%20v%20germany%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-166950%22%5D%7D>.

corporize comportamentos de rejeição e antagonismo em relação ao outro progenitor (o claro e manifesto caso de alienação parental).

O TEDH foi peremptório em afirmar que as autoridades nacionais não podem permitir - fora o caso excepcional, e confirmado, de perigo para a vida, integridade física ou psicológica da criança - que uma criança e um progenitor fiquem sem se ver, no caso em apreço, durante quatro anos.

Tem tal ocorrido, o Estado Contratante violou a sua obrigação positiva decorrente do art.º 8.º da Convenção pois cabia ao Estado assegurar que o direito do progenitor a estar com o filho não tivesse sido coarctado^{85/86}.

Com base numa, alegada, discriminação religiosa, mas que foi julgada válida com base no art.º 8.º da Convenção veja-se a queixa, que deu lugar ao acórdão *Vojnity v. Hungria*: mais uma vez, a condenação do Estado Contratante por ter separado o pai do filho, sem que razões excepcionais o justificassem.

Importa ainda dar nota que o TEDH erige a protecção levada a cabo pelo art.º 8.º da Convenção nos casos em que não existe vínculo biológico - cfr. acórdão *Nazarenko v. Russia*. Mais uma vez o TEDH a demonstrar a supremacia do fundo sob a forma ao estabelecer que existiu violação do art.º 8.º da Convenção no caso em que um pai cuja paternidade foi impugnada, mas que tinha vínculos com a filha, viu-se afastado da vida desta.

Neste caso o TEDH abraçou a materialidade da relação entre adulto e criança, reconheceu-lhe validade jurídica e deu-lhe protecção, erigindo o caso ao âmbito da protecção da Convenção; desta forma o vínculo psicológico/emocional passou a ser, também, fundamento de facto à pretensão

⁸⁵ Vejam-se, ainda, os acórdãos do TEDH: *Cengiz Kiliç v. Turkey*, *Polidario c. Suisse*, *Koppf and Liberda v. Austria*, *Santos Nunes v. Portugal*

⁸⁶ No mesmo espectro do artigo 8.º, mas em conjugação com o art.º 13.º da Convenção (o direito a uma decisão efectiva) veja-se o acórdão *Kuppinger (no. 2) v. Germany*.

da protecção da Convenção e consubstanciador da ideia de família (que já não só a biológica ou adoptiva).

4.3. Artigo 2.º do Protocolo n.º 1 relativo ao direito dos pais a verem respeitadas as suas práticas religiosas e convicções filosóficas no âmbito da educação dos filhos.

O TEDH decidiu considerar os casos:

Somente sob o artigo 2.º do Protocolo n.º 1, por exemplo, no que diz respeito ao leccionar de aulas obrigatórias de cultura religiosa e moral nas escolas estaduais (Mansur Yalçın e outros v. Turquia); ou uma recusa por parte das autoridades educacionais de conceder às crianças isenção completa face ao carácter obrigatório das aulas sobre cristianismo (Folgerø e outros v. Noruega [GC]);

Nos termos do Artigo 2.º do Protocolo n.º 1 para os pais e do artigo 9.º da Convenção para a criança no que diz respeito à punição infligida por um diretor a um aluno por este se recusar a participar de um desfile escolar (Valsamis v. Grécia).

Importa salientar que, no campo da educação e ensino, o artigo 2.º do Protocolo n.º 1 é uma *lex specialis* em relação com o artigo 9.º da Convenção.

Daqui decorre que está em causa a obrigação dos Estados Contratantes - prevista na segunda frase deste artigo – de respeitar, no exercício de quaisquer funções que assumam em relação à educação e ensino, o direito dos pais de assegurar tal educação e ensino em conformidade com as suas próprias convicções religiosas e filosóficas (Lautsi e outros c. Itália [GC], § 59; Osmanoglu e Kocabaş v. Suíça).

O artigo 2.º do primeiro protocolo à Convenção prevê o direito dos progenitores a assegurar a educação dos seus filhos de acordo com a religião e

convicções filosóficas daqueles como parte integrante do “direito de custódia” (para se utilizar as palavras do TEDH).

Só assim não será se, por decisão judicial um dos progenitores tiver sido inibido do exercício das responsabilidades parentais.

Neste contexto a Comissão reconheceu que, em princípio, um progenitor tem sempre o direito de acesso ao seu filho, nos termos do n.º 1 do artigo 8º da Convenção.

Diz-se em princípio porque a Comissão igualmente deixou claro que, perante a ruptura do casamento (em qualquer caso de separação dos progenitores, diremos nós) os tribunais nacionais podem levar devidamente em conta, nos termos do parágrafo 2 do Artigo 8.º, a estabilidade mental e o bem-estar físico da criança.

Por outras palavras: só no caso de estar em causa a vida, a integridade física e/ou psicológica da criança é que um Tribunal nacional pode limitar ou excluir o direito do progenitor em estar com o filho. Só nessas situações a recusa será justificável nos termos das disposições do parágrafo 2 do artigo 8.º da Convenção.

Esta foi a decisão da Comissão no caso X. v/Swede, na queixa n.º 7911/17 em que foi decidido que no caso de, comprovadamente, um dos progenitores ter exercido violência sobre o filho e estar, igualmente, em causa o perigo de fuga com o filho para o estrangeiro é legítima a limitação ao exercício das responsabilidades parentais nos termos supra expostos.

Existem outros casos relevantes à luz dos artigos 10.º e 11.º da Convenção, artigo 1.º do Protocolo n.º 1 mas que não são pertinentes para o tema em discussão.

5. As decisões provisórias e a possibilidade, efectiva, de apresentar queixa perante o TEDH.

Nos termos do artigo 6.º, parágrafo 1 da Convenção “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.”.

Onde houver um litígio sobre direitos e obrigações civis, conforme infra definido, o artigo 6.º, parágrafo 1.º da Convenção garante à pessoa em causa o direito de ter qualquer reclamação relativa aos seus direitos e obrigações civis apresentada perante um Tribunal. Decorre desta norma da Convenção o direito a um Tribunal, de onde o direito de acesso, ou seja, o direito de apresentar processos perante os Tribunais em matéria civil.

À consagração de tal direito acrescem as garantias estabelecidas no que concerne à organização e composição do Tribunal e à condução do processo: o todo constitui o direito a um julgamento justo.

O conceito de “direitos e obrigações civis” não pode ser interpretado apenas por referência ao direito interno do Estado contratante. É um conceito autónomo decorrente da Convenção.

O artigo 6.º parágrafo 1 aplica-se independentemente do estatuto das partes, a natureza da legislação que rege a disputa (direito civil, comercial, administrativo, etc.), e a natureza da autoridade com jurisdição no assunto (tribunal ordinário, autoridade administrativa etc.) - cfr. *Georgiadis c. Grécia*, § 34; *Bochan v. Ucrânia (no. 2) [GC]*, § 43; *Naït-Liman c. Suíça [GC]*, § 106.

A aplicabilidade do artigo 6.º, parágrafo 1 em matéria civil depende, em primeiro lugar, da existência de um litígio, este apurado em termos substantivos e não meramente formal. De onde decorre que é necessário atermo-nos na materialidade de cada situação de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto - cfr. *Gorou v. Greece (no. 2) [GC]*, § 29; *Boulois v. Luxembourg [GC]*, § 92.

Desde logo, se está em causa um litígio entre indivíduos que é classificado como civil pela lei doméstica, em princípio, para o TEDH tratar-se-á, de uma questão que recai sobre o artigo 6.º, parágrafo 1 da Convenção.

O TEDH, chamado a pronunciar-se, já deixou claro que uma disputa quanto a questões escolares de crianças, adopção e direito a ver a paternidade estabelecida são admissíveis no âmbito do artigo 6.º, parágrafo 1.º da Convenção - cfr. *McMichael v. the United Kingdom*; *Ellès and Others v. Switzerland*, §§ 21-23; *Alaverdyan v. Armenia* (dec.), § 33.

Em segundo lugar, este litígio tem de ser concernente a um direito, ainda que em termos controvertidos de existência, a ser reconhecido nos termos do direito interno, independentemente de estar protegido pela Convenção.

Com vista a decidir se o direito em questão realmente tem base no direito interno, o ponto de partida devem ser as disposições do direito interno pertinente e sua interpretação por parte dos Tribunais - cfr. *Al-Dulimi e Montana Management Inc. v. Suíça* [GC], § 97; *Regner v. o tcheco República* [GC], § 100; *Evers c. Alemanha*, § 66).

Na verdade o TEDH entende que, em primeira linha, cabe aos Tribunais domésticos decidir sobre as questões de interpretação da lei interna, pois que o TEDH está limitado no sua actuação, isto é, apenas lhe compete apreciar dos efeitos da interpretação dos Tribunais domésticos e a sua compatibilidade com a Convenção.

Só em casos de evidente arbitrariedade é que o TEDH questiona a interpretação dos Tribunais domésticos da sua lei interna - cfr. *Nait-Liman v. Switzerland* [GC], § 116.

Sobre o juízo da não existência do direito, por parte dos Tribunais domésticos, não decorre a impossibilidade de recorrer ao TEDH - cfr. *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], §§ 88- 89.

A questão de se tratar de uma disposição de direito interno que se pretende ver apreciada não afasta a possibilidade de, perante o TEDH, se alegar a violação de um direito que é conferido por instrumentos internacionais.

Claro está que em Portugal a questão não se colocará se o mecanismo do artigo 8.º da CRP tiver operado, mas de qualquer forma o TEDH não exige esta forma de recepção na ordem jurídica interna - cfr. o supra referido acórdão, § 108.

Tertius, a disputa deve ser genuína e séria, a qual pode estar relacionada não apenas com a real existência de um direito, mas também quanto ao seu âmbito e forma de exercício.

Por fim, o resultado do processo deve ser diretamente decisivo para o direito civil em questão; de onde meras conexões ténues ou consequências remotas não são suficientes para trazer à colação ou acionar o artigo 6.º, parágrafo 1- cfr. Denisov v. Ucrânia [GC].

Acontece que, por regra, só as decisões definitivas constituem condição de admissibilidade da queixa perante o TEDH.

Decisões provisórias ou cautelares não serão tidas como atributivas ou definidoras de direitos e obrigações para os efeitos do disposto no artigo 6.º, parágrafo 1.º da Convenção,

Porém, desde 2009 que o TEDH adoptou uma diferente jurisprudência neste aspecto - cfr. *Micallef v. Malta* ([GC], §§ 80-86).

O TEDH passou a entender que o disposto no artigo 6.º da Convenção é passível de ser aplicado a decisões não definitivas, conquanto certos e determinados requisitos se verifiquem. São eles:

Primus, o direito em causa na acção principal e na provisória ou cautelar têm de ter carácter civil, nos termos da Convenção - cfr. supra.

Secundo: a natureza da medida provisória ou cautelar, o objecto e a finalidade, bem como os efeitos no direito em questão devem ser passíveis de ser escrutinados.

Tertius: a decisão não definitiva tem de ser passível de ser considerada efectiva e produzir os seus efeitos de forma a interferir com o direito ou obrigação em questão, independentemente da medida de tempo que possa vigorar.

Desta forma o artigo 6.º, parágrafo 1.º da Convenção é aplicável a medidas provisórias ou cautelares que visem os mesmos efeitos da decisão principal desde que a medida provisória ou cautelar seja imediatamente aplicável e contenha a mesma conformação do mesmo direito - cfr. *RTBF v. Belgium*, §§ 64-65.

É este o caso das decisões provisórias e cautelares a que alude o artigo 28.º do RGPTC⁸⁷.

Neste exacto contexto o TEDH decidiu que uma medida interlocutória pode ser equiparada a medidas e procedimentos provisórios, pelo que se verificados os pressupostos supra é admissível chamar à colação o disposto no artigo 6.º, parágrafo 1.º da Convenção - cfr. *Mercieca and Others v. Malta*, § 35.

Aliás, refira-se que as decisões cautelares em sede de RGPTC, atenta a sua natureza executória - já que pressupõem sempre a definição de uma situação jurídica, definitiva ou provisória, a qual vai ser efectivada pelas diligências que se reputam como indispensáveis para assegurar as ditas decisões - estão

⁸⁷ Decisão provisória e decisão cautelar, na economia do RGPTC não se confundem, não são uma e a mesma coisa. As decisões proferidas no processo tutelar cível são de natureza (i) definitiva, (ii) provisória **ou** (iii) cautelares.

A decisão provisória a que se reporta o art.º 28.º do RGPTC não tem nenhuma das características da providência cautelar do Código de Processo Civil, nem depende dos mesmos pressupostos: tem natureza, pressupostos e finalidades absolutamente distintas. No âmbito do RGPTC o que é provisório, não é cautelar e o que é cautelar não é provisório.

igualmente previstas como subsumindo-se ao disposto no artigo 6.º, parágrafo 1.º da Convenção.

Este comando da Convenção não exclui as fases subsequentes ao julgamento de mérito, pelo que a execução de qualquer decisão judicial tem de ser vista, aos olhos da Convenção, como uma parte integrante do julgamento para efeitos do disposto no artigo 6.º, parágrafo 1.º - cfr. *Hornsby v. Greece*, § 40; *Romańczyk v. France*, § 53.

Mesmo a concessão do *exequatur* está abrangida pelo artigo 6.º, parágrafo 1.º da Convenção - cfr. *Avotiņš v. Latvia* [GC], § 96 e *Saccoccia v. Austria* (dec.).

6. Vertentes protegidas pelo artigo 9.º da Convenção.

6.1. A vertente negativa.

A liberdade de religião, tal como está protegida pelo artigo 9.º da Convenção, compreende, desde logo, uma vertente negativa.

Desde logo o direito a não pertencer a nenhuma religião, nem praticar nenhuma religião.

Daqui decorre que o Estado Contratante não pode impor ao cidadão que pratique um qualquer acto que possa ser interpretado como fazendo pertencer o indivíduo a uma religião - (*Alexandridis v. Greece*, § 32). (*Buscarini and Others v. San Marino* [GC], §§ 34 and 39).

Não pode ser conferido a um dos progenitores a faculdade de o outro impor-lhe, quando o filho está consigo, o ir levá-lo às celebrações religiosas; pois que desta forma essa decisão permite ao progenitor a quem foi concedido o exercício exclusivo das responsabilidades parentais no espectro da religião que imponha ao outro progenitor que este participe nas missas e outros actos de celebração da religião daquele.

Desta forma, qualquer decisão que atribuiu em exclusivo o exercício das responsabilidades parentais, no segmento da religião, a um dos progenitores viola a obrigação do Estado Contratante.

Ainda no aspecto negativo da liberdade de religião protegida pelo artigo 9.º da Convenção o TEDH já deixou bem claro que tão pouco é permitido impor a um indivíduo que revele a sua religião ou filosofia – ou que não professa determinada religião ou segue determinada filosofia; quer seja de forma directa, quer seja de forma indirecta, ou seja através da imposição de comportamentos dos quais se possa inferir tais convicções ou a ausência delas - (Alexandridis v. Greece, § 38; Dimitras and Others v. Greece, § 78); Stavropoulos and Others v. Greece, § 44).

E tal é a assertividade do TEDH nesta matéria que afasta a possibilidade de existência a referências religiosas em documentos públicos, mesmo a título facultativo - Sinan Işık v. Turkey, §§ 51-52 and 60), (Sofianopoulos and Others v. Greece (dec.)), s (Sinan Işık v. Turkey, § 44). E bem se vê porque assim é: o mero não preenchimento pode fazer ressaltar uma opção religiosa, que está a ser revelada, pelo que se verificaria a violação do artigo 9.º.

6.2. A vertente positiva da liberdade de religião, crença ou convicção.

O artigo 9.º da Convenção prevê variadas formas de manifestação ou crença que cada indivíduo pode ter, seja através da adoração, do ensino da prática, etc.

Estas formas de manifestação estão protegidas tanto em círculo privado ou íntimo, como em círculo colectivo ou comunitário, sozinho ou em conjunto com quem partilhe ou queira participar dos actos de expressão religiosa, filosófica ou de mera crença - e (Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova, § 114).

Salvo em casos muito excepcionais, o direito à liberdade de religião garantido pela Convenção é incompatível com qualquer poder do Estado Contratante para avaliar a legitimidade das crenças religiosas ou as formas pelas quais essas crenças são expressas (Hassan e Tchaouch v. Bulgária [GC], § 76; Leyla Şahin v. Turquia [GC], § 107).

Na verdade, as crenças religiosas e filosóficas dizem respeito às atitudes dos indivíduos em relação à religião, uma área em que mesmo as percepções subjetivas podem ser importantes tendo em vista o facto que as religiões formam uma entidade dogmática e moral muito ampla que tem, ou pode ter, respostas para cada questão de natureza filosófica, cosmológica ou moral (İzzettin Doğan e Outros v. Turquia [GC], § 107).

Neste sentido o Estado Contratante tem estreita margem de apreciação e deve avançar sérias e convincentes razões para uma interferência com as escolhas que as pessoas podem fazer em busca do padrão religioso de comportamento dentro da esfera de sua autonomia pessoal. Uma interferência pode ser justificada à luz do n.º 2 do artigo 9.º se as suas escolhas forem incompatíveis com a chave de princípios subjacentes à Convenção, como, por exemplo, casamento polígamo ou menor ou uma violação flagrante da igualdade de gênero, ou se eles forem impostos aos crentes pela força ou coerção (Testemunhas de Jeová de Moscou e outros v. Rússia).

*

Liberdade religiosa, família e educação dos filhos.

Na medida em que a adoção do modo como cada indivíduo vivencia a sua opção religiosa é o resultado de uma decisão livre e independente de cada um – sendo que não seguir nenhuma religião é, em si, uma opção religiosa – tal opção é totalmente protegida pelas salvaguardas do artigo 9.º da Convenção.

De tal forma o é que, mesmo em caso de conflito com a própria família – em caso de desaprovação dessa escolha – ainda assim a opção está protegida

pelo artigo 9.º da Convenção – cfr. Testemunhas de Jeová de Moscovó e outros v. Rússia, § 111).

Na vertente da educação dos filhos, nos termos do artigo 2.º do Protocolo n.º 1, a Comissão decidiu que o direito dos pais de garantir a educação de seus filhos em conformidade com suas próprias convicções religiosas e filosóficas era um dos atributos da autoridade parental (X. v. Suécia, decisão da Comissão de 12 de dezembro de 1977).

Nesta decisão a Comissão deixou claramente exposto que, por regra, não pode ser retirado a nenhum dos progenitores o direito de educar os filhos em conformidade com as suas convicções religiosas e filosóficas, nem mesmo em caso de separação dos progenitores.

A exceção a esta regra prende-se a situações de relevância óbvia: não será aplicado o critério geral quando a um dos progenitores for, comprovadamente, imputado um comportamento que coloque em causa a integridade física e psicológica ou a vida da criança.

Por outras palavras, se o exercício das responsabilidades parentais tiver sido atribuído em exclusivo a um dos progenitores, tendo em conta a comprovada violação, pelo outro progenitor, da integridade física ou psicológica do filho, nesse caso não há violação do artigo 2.º do Protocolo n.º 1 à Convenção.

Compreende-se, claramente, esta regra.

É altura para trazer a terreiro aquilo que por vezes se assiste na prática judiciária portuguesa que consiste no levantar de suspeitas de agressão (física, sexual, psicológica) sobre um dos progenitores; suspeitas essas levantadas pelo outro progenitor.

Não raras vezes as disputas entre progenitores englobam os filhos de ambos, isto é, cessada a relação conjugal o conflito perpetua-se, para o que ora releva, no desenvolvimento da relação parental.

Verifica-se existir a instrumentalização por um dos progenitores – ou pelos dois – dos filhos a qual, não raras vezes, termina com acusações ou meras suspeitas (nos casos mais ardilosos) que são vertidas no processo em que se regulou as responsabilidades parentais; ou directamente, ou por via de comunicação pelas autoridades judiciárias, mormente o Ministério Público, de que foi instaurado processo crime com base em suspeita de abusos por um dos progenitores.

Esta actuação é uma verdadeira “bomba atómica” no relacionamento entre progenitor denunciado e filhos.

Na verdade, mesmo que não seja aplicada uma medida de coacção em processo criminal que proíba os contactos do progenitor denunciado (que nesta altura já será arguido), a lei impõe que se estiverem em grave risco os direitos e a segurança das vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças o Ministério Público, junto do Tribunal de Família e Menores requer, em 48 horas após ter conhecimento da situação, a regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais – cfr. artigo 44.º-A do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

Na prática o que pode ocorrer é que em tal período temporal ainda não existe qualquer tipo de prova cabal de que as suspeitas são fundadas, sendo que mesmo no processo criminal, considerando a natureza indiciária da exigência legal das suspeitas, não existe, por exemplo, uma comprovação pericial dos factos.

As autoridades judiciárias, os magistrados, vêm-se a braços com situações cuja comprovação não prescinde do contributo, essencial diremos

nós, de outros saberes, nomeadamente da psicologia forense, mas que antes de o terem têm de decidir.

Nos casos em que existem marcas físicas, e exames médicos, por exemplo, o acervo probatório é mais substancial e permitirá uma decisão mais acertada; sendo que mesmo nestes casos não é inédito verificar-se existirem marcas físicas que não são compatíveis com as alegações sendo, se não criadas, aproveitadas para construir uma alegação e imputação.

Caso não existam marcas físicas o magistrado decidirá com base, muitas das vezes, apenas nos relatos/declarações do progenitor que levantou as suspeitas; eventualmente, com base nas declarações da criança ou do jovem, que podendo estar inquinadas, carecem de ser alvo de um juízo pericial.

Caso o Tribunal entenda existirem motivos – que mais tarde poderão não ser corroborados, v.g., pela prova pericial - o regime de convívio entre as crianças/jovens e o progenitor suspeito podem ser suspensos ou alterados de forma a ficarem restringidos significativamente.

Esta nova realidade, por via de regra, quebra o vínculo afectivo existente entre progenitor e filhos, sendo este o propósito do outro progenitor que, se tiver falsamente levantado suspeitas, atinge, desde logo, o seu propósito; e isto independentemente daquilo que possa vir a ser o desfecho final do, ou dos, processos (tutelar e criminal).

A, cada vez maior, recorrência de situações putativas de abuso sexual/violência imputadas ao pai de crianças de progenitores separados e o discurso articulado e cirurgicamente levado ao conhecimento do processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais – pela mão do(a) progenitor(a) e não do seu advogado – faz antever a necessidade da investigação, desde o início, estar desperta para esta realidade.

A não ser assim e com o “largar da bomba atômica” rapidamente as crianças perderão contacto com o progenitor sobre quem são lançadas as suspeitas e esse tempo, “o tempo das crianças” não só não volta atrás como, sobretudo, avança a velocidade muito superior à de qualquer processo judicial.

Nesta conformidade a integridade psicoemocional da criança carece de ser tutelada, não só da perspectiva do, eventual, abuso sexual/violência, como da, eventual, sujeição, por actos de alienação, a maus tratos psicológicos.

Seja como for, situações como as descritas apresentam, sempre, uma elevada necessidade de intervenção, não só a nível tutelar, como a nível da acção penal:

- Ou um dos progenitores abusa sexualmente/violenta os filhos; ou

- Um dos progenitores provoca maus tratos psicológicos aos mesmos⁸⁸.

Tendo em conta esta realidade, inegável, mas que ainda que não quantificada em termos estatísticos não deixa de ser importantíssima já que estão em causa bens jurídicos eminentemente pessoais e situações para as quais não existe reparação possível é de todo conveniente que, em cada situação de suspeita não corroborada se averigue qual o papel do outro progenitor (ou de outrem) no “aparecimento” dessas suspeitas e de tal se retirem as consequências tutelares e criminais.

⁸⁸ Seria a sede própria para se trazer a terreiro outros temas, como a síndrome de Munchausen por procuração ou o da alienação parental (realidade negada por uma ou outra voz, intensamente estudada por uma miríade de entendidos ao longo dos últimos anos). No entanto, nem o labor que tal tarefa impõe, nem o espaço que a mesma ocuparia se coadunam com o presente escrito.

Apraz-nos somente dizer, com McFarlane, que mais do que concluir pela exacta presença de um comportamento alienante, importará tão somente concluir pela presença de um comportamento abusador para já ser justificada a intervenção estadual e tendente à eliminação desse mesmo comportamento.

Uma postura paternalista, vazada de conhecimentos técnicos – v.g. da psicologia forense autorizada – que assente na ideia de que os Tribunais se limitam a regular o essencial e o demais um certa “mão invisível” regulará e que a criança fica melhor assim, desconhece e fecha os olhos às consequências nefastas na formação da personalidade dessas crianças.

Crianças e jovens cujo exemplo da figura de referência traduz a validade de que a manipulação das regras e de impunidade prevalecem correm o risco de lhe seguir os passos, perpetuando-se o ciclo de adultos inaptos para uma parentalidade saudável.

Mas esta temática, carecedora de fundamentação científica e porque muito extensa, será alvo de um outro escrito.

Volvendo ao tema em apreço apraz-nos afirmar que o entendimento que, mantendo o exercício conjunto das responsabilidades parentais, no que às questões de particular importância diz respeito, atribui o exercício exclusivo da questão de particular importância que é a religião a um dos progenitores igualmente viola o artigo 2.º do Protocolo n.º 1 da Convenção.

De facto, como se viu, a atribuição exclusiva do exercício a um dos progenitores, seja de que questão de particular importância for - nela se incluindo a da religião - que não seja baseada na causação, pelo outro progenitor, de perigo ou lesão da integridade física ou psicológica ou vida da criança é violadora da Convenção.

Do ponto de vista da Convenção sequer é admissível alinhar como argumento para uma decisão de atribuição exclusiva do exercício das responsabilidades parentais a um dos progenitores o facto das religiões, ou melhor, as opções religiosas e filosóficas, serem incompatíveis entre si.

De igual forma o conteúdo mais ou menos ortodoxo dessas opções, as suas características, seja o que for, não pode fundamentar uma decisão de atribuição do exercício em exclusivo a um dos progenitores.

O TEDH teve oportunidade de se debruçar sobre uma situação em que uma progenitora contestava a decisão do Tribunal Nacional em atribuir o exercício das responsabilidades parentais, no segmento da religião, a ambos os progenitores e como tal, na perspectiva da progenitora, ver limitado o seu direito de vivenciar a sua religião com os filhos - (F.L. v. France (dec.))⁸⁹;

No caso em concreto o TEDH justificou que tal solução, a da atribuição a ambos os progenitores do exercício das responsabilidades parentais no segmento da religião e como tal limitando o exercício em exclusivo pela progenitora se justificava sendo tal ingerência necessária *numa sociedade democrática*.

Por um lado, o TEDH notou, que a progenitora podia, sempre que as crianças estivessem com ela, partilhar a sua religião com estas.

Por outro lado, o TEDH, lucidamente, não deixou de por preto no branco que o objetivo primordial é a defesa do interesse superior das crianças. Como tal, aos olhos do Tribunal, este objetivo passa pela **conciliação das opções educativas preconizadas por cada um dos pais** e deve permitir assegurar um **equilíbrio satisfatório entre as concepções de cada um**, sem qualquer juízo de valor.

O TEDH considera que desta posição decorre que, se a decisão do Tribunal Nacional constituir uma violação dos direitos garantidos à progenitora pelo artigo 9.º da Convenção, essa violação é menor e deve, em todo o caso, ser considerada essencial para assegurar a conciliação dos direitos da progenitora com os direitos dos outros, neste caso especialmente os dos seus filhos, mas também os do pai das crianças. Daqui decorre que esta interferência

⁸⁹ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-71411%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-71411%22]}).

não foi desproporcional à prossecução do fim legítimo prosseguido e deve, portanto, ser considerada como *necessária numa sociedade democrática*.

O TEDH entendeu que a decisão do Tribunal Nacional procurou apenas resolver o conflito decorrente da oposição entre as concepções educacionais dos dois progenitores, com o objetivo de garantir o superior interesse dos filhos.

Deixou bem claro que sendo a “*autoridade parental conjunta*”, ou seja, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, ainda que as crianças vivessem com a progenitora, com regime de convívio estabelecido a favor do pai, o único objetivo da decisão nacional foi preservar a liberdade de escolha das crianças, levando em consideração as ideias educacionais do seu pai.

Ou seja, o TEDH foi peremptório em estabelecer que a residência das crianças, ou o facto de estarem mais tempo com um progenitor do que o outro em nada importa para a questão da religião.

Mais uma vez o TEDH, e agora sob o prisma da queixa sobre uma decisão de um Tribunal Nacional que, atinadamente, atribuiu o exercício das responsabilidades parentais, no segmento da religião, a ambos os progenitores firma o seu entendimento unânime de que em tal questão tem de ser permitido a ambos os progenitores exercerem essa mesma responsabilidade parental e de forma proporcional.

Este critério da proporcionalidade, porque coincidente com aquele que emana do artigo 18.º, n.º 2 do Constituição da República Portuguesa é de fácil assimilação e como tal, também sob este prisma, se verifica que entendimentos que sejam distintos são desconformes com a Convenção.

*

III. Objecção de consciência.

A objeção de consciência é um direito indissociável da liberdade de consciência, na medida em que as convicções individuais poderão legitimar a recusa de cumprimento de um dever jurídico.

Estando preenchidos os pressupostos para o exercício deste direito o legislador português reconhece a importância do direito à objeção de consciência, salvaguardando a sua existência e o seu procedimento em várias áreas.

A objeção de consciência é um direito indissociável da liberdade de consciência, que deve ser garantido como forma de manutenção do equilíbrio social.

“O direito à objeção de consciência consiste no direito de não cumprir obrigações ou não praticar atos que conflituem essencialmente com os ditames da consciência de cada um.”⁹⁰

Este direito corresponde à *“posição subjetiva constante do Direito Constitucional, pela qual se isenta de quaisquer sanções o incumprimento de um dever jurídico específico, por razões relacionadas com as convicções do respetivo titular, desde que realizado de um modo individual, pacífico e privado.”⁹¹*

Isto pressupõe que um dever jurídico cujo incumprimento era sancionado, passa a ser lícito por o direito de objeção de consciência funcionar como uma cláusula de exclusão de ilicitude. No caso de estarmos perante um ilícito de Mera Ordenação Social, o direito de objeção de consciência torna o incumprimento lícito, funcionando novamente como uma cláusula de exclusão de ilicitude. Quanto ao Direito Disciplinar, o direito de objeção de consciência funciona como uma cláusula de justificação.⁹²

Curiosamente há quem defenda que foi “...seguramente com o advento do Cristianismo que surgiram as condições necessárias ao surgimento do direito

⁹⁰ 1 Cfr. VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO, *in Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a Ed. Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 616.

⁹¹ Cfr. BACELAR GOUVEIA, JORGE, *in Objeção de Consciência (direito fundamental à)*, Dicionário Jurídico da Administração Pública, VI, Livraria Arco-Íris, Lisboa, 1994 pp. 8.

⁹² *Vide PEREIRA COUTINHO, FRANCISCO, in Sentido e Limites do Direito Fundamental à Objeção de Consciência*, Themis, ano VI, n.º 11, 2005, pp. 261.

à objecção de consciência, na medida em que foi com aquele que primeiro nasceu a distinção entre a obediência a Deus e a obediência às leis terrenas.”⁹³

A actual consagração da objecção de consciência evoluiu através das exigências decorrentes de uma cidadania inerente a um Estado de Direito Democrático, exigências essas que surgem sempre que nos vemos confrontados com questões “fracturantes” para cada um de nós.

Em diversos ordenamentos jurídicos assiste-se à consagração do estatuto do objector de consciência, com dimensões distintas, mas sempre ligadas ao respeito pela liberdade de crença e de consciência⁹⁴.

⁹³ Cfr. PEREIRA COUTINHO, FRANCISCO *in Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência*, FDUNL N.º 6 – 2001, pp. 4, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/223.pdf>.

⁹⁴ No que se refere aos Estados Unidos da América veja-se RICHARD L. PERRY, JOLIN C. COOPER (eds), *Sources of Our Liberties*, Nova Iorque, 1972, pp. 330 e segs; KEN GREENWALT, *Conscientious Objection*, in *Encyclopedia of the American Constitution*, Nova Iorque, 1986, vol. I, p. 353 *apud* DE SOUSA E BRITO, JOSÉ voto de vencido ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 5/96, de 16 de Janeiro, publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 129º, n.º 3865, p. 111.

Sobre a evolução da jurisprudência, a propósito do direito à objecção de consciência, pelo Supremo Tribunal Americano, cfr. JAVIER MARTINEZ-TORRON, *La Objecion de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norte americano*, in *Anuario de derecho eclesiastico del Estado*, vol. I, Madrid, 1985, pp. 395 a 458.

Para o caso italiano vide LAMEGO, JOSÉ *in Sociedade Aberta e liberdade de consciência – o direito fundamental de liberdade de consciência*, AAFDL, Lisboa, 1985, p. 114 e 115 e VENDITTI, RODOLFO, *Le Recenti Novita Giurisprudenziali. Dovere costituzionale di difesa e servizio civile dell'obiettore di coscienza* (Sent. 164/1985 della Corte Costituzionale), in *Obiezione di Coscienza al Servizio Militare: profili giuridici e prospettive legislative*, CEDAM, Padova, 1989, p. 15 e ss.

Na Alemanha, o direito à objecção de consciência encontra consagração na respectiva Constituição, no artigo 4.º, n.º 3, o qual prevê expressamente a objecção de consciência ao serviço militar como direito fundamental.

Em França, o estatuto do objector de consciência foi regulado pela Lei de 21 de Dezembro de 1963, incluída na Lei de 10 de Junho de 1971, relativa ao Código do Serviço Nacional. Importa, a este respeito, salientar que estas leis têm também elas valor constitucional visto serem abrangidas pela cláusula aberta dos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República Francesa. Para maior desenvolvimento, cfr. LAMEGO, JOSÉ op. cit., p. 113 e JEAN-PAUL PANCRACIO, *Le nouveau statut des objecteurs de conscience*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 101, n.º 1, Paris, 1985, pp. 103 e ss.

o estatuto do objector de consciência foi regulado em Espanha pela Lei n.º 48/84 que, no seu art. 1º, n.º 2, reconhece que as convicções de ordem religiosa, ética, moral, humanitária, filosófica e outras do mesmo género podem fundamentar o pedido de obtenção deste estatuto. Sobre o tratamento do direito à objecção de consciência em Espanha, cfr. RAMON SORIANO, “La Objecion de Conciencia: significado, fundamentos juridicos y positivacion

A referência à liberdade de consciência enquanto direito fundamental virá a ser retomada somente pela Constituição de 1976, a qual prevê expressamente esta liberdade no seu artigo 41.º, n.º 1, e, inclusivamente, vai mais longe, consagrando, finalmente, como corolário daquela liberdade, o direito à objecção de consciência, o qual pode ser prosseguido mesmo fora do âmbito religioso.

A objecção de consciência tem como figuras afins a desobediência ao Direito, a desobediência civil, o direito de rebelião, o direito de resistência e a liberdade religiosa.

A liberdade religiosa, como supra se viu na perspectiva do TEDH, permite a livre escolha de condutas religiosas sem que existam sanções exteriores.

A motivação do exercício do direito de objecção de consciência mais usual são as convicções religiosas. Porém, estes dois direitos são autónomos e têm âmbitos de aplicação diferentes, tendo o direito de objecção de consciência um âmbito muito mais restrito

Entre as várias modalidades em que se pode decompor o direito à objecção de consciência a mais usual é aquela que se funda em convicções religiosas. No entanto, actualmente verifica-se um alargamento dos motivos que podem estar na origem do mesmo, congregando razões de ordem ética, filosóficas, ideológicas e mesmo políticas. A título exemplificativo, questões como o aborto, a eutanásia, a pena de morte, a reacção perante ordens injustas ou a recusa de prestação do serviço militar são exemplos de eventual uso do direito à objecção de consciência com fundamento nas referidas modalidades.

en el ordenamento jurídico español”, in Revista de estudios políticos, n.º 58, Nueva Epoca, Madrid, 1987, p. 61 e segs.

Desde 1916 que o Reino Unido reconheceu um estatuto legal aos objectores de consciência tendo, em 1946, regulado o mesmo no National Service Act.

A este propósito sustentam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁹⁵ que depois da revisão de 1982 “...a Constituição não reserva a objecção de consciência apenas para as obrigações militares (cfr. artigo 276.º, n.º 4), nem somente para os motivos de índole religiosa, podendo invocar-se em relação a outros domínios e fundamentar-se em outras razões de consciência (morais, filosóficas, etc.).

A inserção sistemática no capítulo II, destinado aos direitos, liberdades e garantias implica, nos termos do art. 17.º da CRP, o adoptar do regime jurídico próprio deste tipo de direitos fundamentais, ou seja, o assumir de um conjunto de normas e princípios que regulam o seu exercício. O direito fundamental à objecção de consciência caracteriza-se assim, quanto ao regime de exercício, por ser dotado de uma eficácia imediata e indirecta: imediata, na medida em que é consagrada através de uma norma constitucional preceptiva, ou seja, uma norma com eficácia imediata destinada directamente aos cidadãos e não ao Estado, como acontece com as normas programáticas; e indirecta, uma vez que a disposição constitucional que a prevê, não é exequível por si mesma, sendo por isso uma norma incompleta, pois exige uma posterior intervenção legislativa que proceda à sua execução. Concluindo, estamos perante um direito procedimentalmente dependente que necessita de lei infraconstitucional para permitir a sua realização efectiva.

Conforme *infra* se constatará, a jurisprudência do TEDH infirma esta conclusão de ordem jurídica nacional.

Como é que pode o estatuto de objector de consciência aplicar-se?

A questão da objecção de consciência poderá ser colocada, desde logo, sob o prisma da exclusão da ilicitude do comportamento do progenitor que, tendo uma religião distinta do progenitor a quem foi atribuído, em exclusivo, o exercício das responsabilidades parentais no segmento da religião, se recusa a

⁹⁵ Op. cit., p. 243 e 244

levar os filhos ao culto da religião que o outro progenitor escolheu, à respectiva evangelização e actividades para-religiosas (coro, quermesses, encontros, etc...).

Para além do mais, importa ter em conta que um progenitor ao impor actividades para os dias em que as crianças estão com o outro progenitor, tal implica uma alteração do regime, sem que previamente tal tivesse sido discutido judicialmente.

O artigo 9.º da Convenção não prevê ou menciona, expressamente, o direito à objecção de consciência, quer no plano civil, quer militar.

Não obstante o TEDH decidiu que as garantias do artigo 9.º da Convenção aplicam-se quando existe uma oposição do indivíduo motivada por um conflito, sério e insuperável, entre o comando imperativo estadual e a consciência individual ancorada em convicções religiosas ou outras.

Da perspectiva da CEDH pode surpreender-se uma violação do artigo 3.º.

Na verdade, a posição formal ou tecnocrata (o que não deixa de ser irónico já que se fala da jurisdição da Família e da Criança) pode levar a que o progenitor que se recuse a fazer o que o outro progenitor impõem seja, recorrentemente, condenado por incumprimentos. E durante toda a menoridade da, ou das, crianças!

Nesta perspectiva o regime legal português aplicável não prevê um meio apropriado para lidar com a recusa do progenitor em obedecer ao outro progenitor e à decisão judicial em razão das suas convicções religiosas.

Tendo em conta a natureza da legislação portuguesa que só admite mudanças se existirem factos supervenientes para tanto, o progenitor está colocado numa posição de intermináveis incumprimentos, condenações em multa e indemnização.

Tal gera, aos olhos do TEDH, uma manifesta desproporção face ao objectivo que é levar a que o progenitor cumpra o comando judicial – nesta ordem de ideias vide o acórdão do TEDH Ülke v. Turkey⁹⁶.

A propósito do TEDH importa dar nota que através da sua Grande Câmara – acórdão Bayatyan v. Armenia – em 7.7.2011 inflectiu o seu entendimento anterior e decidiu aplicar o artigo 9.º da Convenção ao objector de consciência, **mesmo quando o Estado Membro não reconhece expressamente essa qualidade ou estatuto.**

O TEDH fundou a sua viragem no facto de que a interpretação restritiva até ali por si acolhida havia deixado de fazer sentido face aos importantes desenvolvimentos ocorridos a nível internacional e ao nível doméstico dos sistemas legais dos Estados membros do Conselho da Europa.

O TEDH abandona a limitação do artigo 4.º, § 3 (b) da Convenção e afirma que apesar do artigo 9.º não se referir expressamente a um direito de objector de consciência a oposição a cumprir o serviço militar obrigatório com base em crença religiosa ou outra é motivo suficiente para chamar à colação e aplicar as garantias do artigo 9.º.

Num paralelo, cremos que, com vista a excluir a ilicitude de um comportamento incumpridor do regime de responsabilidades parentais se pode afirmar que não é exigível ao progenitor que tem outra religião, ou pelo menos, não tem religião, se possa impor que este pratique actos de culto e afins só para que possa estar com o filho, sob pena de não o fazendo ver-se condenado sistematicamente.

Este argumento das condenações sistemática e repetidas foi, igualmente utilizado pelo TEDH para concluir que existe a violação do artigo 9.º da Convenção. Em concreto o argumento do TEDH é que o Estado Membro não tem uma solução alternativa que, num juízo de adequação e proporcionalidade,

⁹⁶ Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-1567919-1641153%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-1567919-1641153%22]}).

respeite a ideologia religiosa do cidadão e permita conjugar com a obrigação que lhe é imposta (no caso, em si própria, violadora da CEDH) – vejam-se os acórdãos *Erçep v. Turkey : Feti Demirtaş v. Turkey*, judgment (Chamber) of 17 January 2012; *Buldu and Others v. Turkey*, judgment (Chamber) of 3 June 2014..

No paralelo que nos releva, cremos que a violação da Convenção ocorrerá porquanto o Estado Contratante não tem uma solução capaz de permitir a dois progenitores com religiões distintas (ou sem convicções desse género) partilharem com os filhos essas mesmas convicções sem que tal permita a um deles impor sobre o outro essas mesmas convicções; nomeadamente obrigando-o a frequentar situações de culto e afins quando as crianças estão com o outro progenitor, a ver o tempo que está com o filho limitado ou mesmo deixar de estar com o filho.

Numa palavra: o Estado Contratante tem de garantir que a um progenitor não seja imposto praticar actos de religião que não professa para que possa estar com os filhos; e garantir que não seja possível, em nome da opção religiosa de um dos progenitores que o filho passe menos tempo com o outro progenitor.

Um outro ponto importa dar nota.

A arrogância do estatuto de objector de consciência é uma garantia que o Estado Contratante tem de conceder. Consequentemente, se um progenitor a tal se arroga, em sede de incumprimento e tal estatuto não lhe é garantido tal comportamento não pode, igualmente, deixar de ser entendido como violador do artigo 9.º da Convenção – cfr. acórdão *Papavasilakis v. Greece*.

Deste aresto resulta, igualmente, firmado o entendimento que as convicções do objector de consciência não têm de ser necessariamente religiosas.

A escolha de não ter religião é, em si, uma escolha religiosa. Aplauda-se o TEDH por esta posição já que a mesma supera a barreira do formalismo tecnocrata.

A supremacia do fundo sob a forma dita, assim, para o TEDH que é o conteúdo das convicções que moldam a pretensão do cidadão.

Uma outra consequência do abandono do formalismo das convicções está no fazer desaparecer as dificuldades que decorrem de, por exemplo, de certas religiões em que, por definição, inexistem templos, sacramentos ou rituais pré-estabelecidos poderem ver ser reconhecidas aos seus professantes o estatuto de objector de consciência.

Quer-nos parecer que nesta sede tudo se desenrolará no âmbito da produção de prova, em juízo, local onde competirá ao objector de consciência alegar o conteúdo das suas convicções. Já não assim quanto à prova, conforme *infra*.

Claro está que, no que concerne a convicções religiosas, não poderão os Tribunais portugueses escamotear a realidade ontológica de que cerca de 90% da população se diz católica. Tal implica uma possível permeabilidade de todos os demais 10% de cidadãos a esta realidade.

Queremos dizer com isto que uma coisa são convicções religiosas e outra é lidar com realidades ligadas a outra religião que não a que o objector de consciência professa. A mera participação do objector de consciência em actos de outra confissão, desde que não tenha carácter regular ou sejam explicados por factores externos – imagine-se a solução de compromisso entre dois indivíduos que decidem casar, mas que professam religiões distintas, uma delas formalista e a outra não – não deverão servir para fundar juízos de infirmação sobre a substância da convicção religiosa do objector de consciência.

Na verdade importa não olvidar que se em certas religiões e crenças existem comandos mais ortodoxos e inflexíveis, noutras o carácter ecuménico e universal dita uma possível convivência nada formal com outras religiões.

Em suma, existindo um cerne próprio de convicção do objector de consciência, perfeitamente identificável e consubstanciado, cremos que tal deverá ser bastante para lhe ser reconhecido esse mesmo estatuto.

Aliás, sobre esta questão, da formalidade, o TEDH - Löffelmann v. Austria; Gütl v. Austria; Lang v. Austria – decidiu que se verificava a violação do artigo 14.º da Convenção – proibição de discriminação – em conjugação com o artigo 9.º porquanto pelo simples facto do Estado Contratante não reconhecer uma confissão religiosa, não atribuiu o estatuto de objector de consciência ao cidadão. Posição esta que, quanto a nós, corrobora a conclusão supra.

O TEDH, nesta questão do objector de consciência, vai ao ponto de afirmar que existe violação do artigo 9.º da Convenção se o Estado Contratante não adoptar um procedimento efectivo e que seja acessível criado para proteger o direito à objecção de consciência, em particular a introdução de um quadro estatutário capaz de ser judicialmente aplicado e de medidas específicas de efectivação.

Daqui decorre uma obrigação positiva para as autoridades nacionais e que se a omitirem incorrem numa violação da Convenção – cfr. Papavasiliakis v. Greece, §§ 51-52.

No contra-ponto, no âmbito da **obrigação negativa do Estado**, encontra-se a obrigação deste Estado de se abster de qualquer interferência desproporcionada e injustificada em cada caso particular.

Para o que ora releva existirá a violação dessa obrigação de abstenção quando o Tribunal, ciente das diferentes religiões dos progenitores, confere a um deles o exercício exclusivo das responsabilidades parentais; sabendo de antemão que por via de tal decisão o progenitor a quem foi retirado o exercício conjunto das responsabilidades parentais de particular importância vai ser completamente cilindrado pelo outro ao impor tudo em mais alguma coisa.

A obrigação positiva dos Estados Contratantes implica, segundo o TEDH, que toda a actuação daqueles não pode ser nem dissuasora, nem de carácter punitivo - cfr. Adyan and Others v. Armenia, §§ 67-68). Daqui decorre que a decisão do Tribunal Nacional não pode, sob pena de violar o artigo 9.º

da Convenção, colocar o exercício exclusivo nas mãos de um dos progenitores pois que desta forma está a enviar uma mensagem clara ao outro progenitor que agora vai ter de obedecer à decisão judicial e por conseguinte fazer tudo que o outro progenitor lhe impõe, pois que se não o fizer será condenado⁹⁷.

Note-se que a questão que dá o mote ao presente escrito se coloca com base na existência de conflito e nada mais; nomeadamente qualquer prova de que as convicções religiosas distintas dos progenitores põem em causa o equilíbrio psicológico das crianças.

Até porque para isso é necessário uma prova pericial, sendo que numa nota prática importa deixar claro o seguinte: em caso de conflito não só se impõem decisões, definitivas em tempo útil, como igualmente importa que o julgador tenha o discernimento de perceber que as decisões provisórias assumem uma importância fulcral no desenvolvimento de casos em que existe conflito.

A decisão provisória irá, desde logo, sedimentar o regime vivencial das crianças e irá balizar a actuação dos progenitores. Quanto mais posição de equilíbrio existir entre os progenitores e quanto mais as crianças sentirem que

⁹⁷ Sem prejuízo de ver o regime de visitas/contactos ainda mais diminuído por via de um entendimento que ou o progenitor leva a criança ao culto e à evangelização ou é-lhe imposto judicialmente, por alteração posterior, que apenas pode estar com ela nos períodos em que não há culto, evangelização e demais actividades religiosas e para-religiosas.

Este parece ter sido o sentido do acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12.5.2004, proferido no processo n.º 623/04-1, em que se sustentou a decisão da primeira instância que diminui o tempo de convívio do filho com um dos progenitores porquanto este não o levava à catequese – disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/16ede85a84d32f9580256ed90038d3ee?OpenDocument&Highlight=0,religi%C3%A3o>.

Ora, este tipo de decisão abre a caixa de pandora, fazendo inculcar que mais importante do que a criança estar com um dos progenitores – nomeadamente quando com este está apenas ao fim-de-semana de 15 em 15 dias – é a educação religiosa e que é admissível diminuir o tempo de convívio com o progenitor não residente para permitir a ida à evangelização.

Tal entendimento é, clara e frontalmente, violador dos artigos 8.º, 9.º e 14.º da Convenção. Segundo a Convenção a um dos progenitores é lícito, ainda que tenha a mesma religião do outro, recusar-se a levar o filho à evangelização e ao culto: seja por razões de convicção religiosa, seja por entender que é, no caso em concreto, o melhor para o seu filho, nem que seja para que com ele esteja o máximo de tempo possível.

Certo que ninguém negará que é mais importante para um filho estar com o progenitor do que com, v.g., o evangelizador.

estão com ambos, em termos substancialmente idênticos, enquanto as crianças continuarem a percepcionar a existência de família, maior será o ganho e a defesa do seu superior interesse⁹⁸.

⁹⁸ A propósito da questão deixa-se aqui o voto de vencido do Sr. Desembargador Pedro Martins, proferido no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18.6.2020, proferido no processo n.º 2973/18.8T8BRR.L1-2, relatado por Jorge Leal, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/12f502475f2b6eca8025858c00343e4a?OpenDocument&fbclid=IwAR1BQt25UjbG4QhOA71pMDvZ6JX1mwcn4BCc4fVv2NBE3tkVgMhZZ8q8SSQ> o qual é em tudo revelador do que defendemos:

“Pedro Martins (com declaração de voto):

Não subscrevo as críticas feitas à fixação do regime provisório. Considero que elas têm como pano de fundo apenas o que um dos progenitores diz, sem rasto nos factos provados. Aliás, a seguir-se a sugestão de solução conexa com tais críticas, provavelmente hoje o menor estaria a viver só com um dos progenitores e invocar-se-ia a consumação da situação para a manter, como se tem visto acontecer noutros casos, e muito provavelmente o menor acabaria por perder a ligação com o outro progenitor.”