

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL E OS RISCOS DA SUA UTILIZAÇÃO NOS TRIBUNAIS DE FAMÍLIA

MARIA CLARA SOTTOMAYOR

SUMÁRIO: 1. A recusa das crianças ao convívio com um dos pais. 2. A tese da Síndrome de Alienação Parental e o perfil profissional do seu criador, RICHARD GARDNER. 3. A noção de síndrome de alienação parental. 4. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental: a) A SAP é uma teoria rejeitada pela Associação de Psiquiatria Americana e pela OMS; b) A SAP não preenche os critérios de admissibilidade científica exigidos pelos Tribunais norte-americanos; c) O carácter indeterminado e circular dos critérios diagnósticos de SAP; d) Origem sexista e pro-pedófila das teses de GARDNER; e) As provas psicológicas e a discriminação das mulheres; f) A desvalorização das alegações de abuso sexual e de violência de género; g) A SAP coloca em risco mulheres e crianças vítimas de violência. 5. Alegações e ónus da prova de abuso sexual e violência doméstica, nos processos de regulação das responsabilidades parentais. 6. A audição das crianças nos casos de abuso sexual. 7. A terapia da ameaça e a transferência da guarda para o outro progenitor recomendada por GARDNER. 8. Uma análise crítica da SAP na jurisprudência portuguesa. 9. Vestígios de SAP na lei civil e na lei penal portuguesas: a) A cláusula do progenitor amigoso consagrada no art. 1906.º, n.º 5, do C.C. b) O crime de subtracção de menores (art. 249.º, n.º 1, al. c), do CP). 10. Conclusão: soluções para os casos de rejeição da criança.

1. A RECUSA DAS CRIANÇAS AO CONVÍVIO COM UM DOS PAIS

O divórcio cria realidades novas, na sociedade, e dificuldades acrescidas para as crianças cujos pais estão em conflito. A reacção das crianças ao divórcio pode ser incompreendida pelos pais e introduz factores novos na análise das consequências do divórcio. Multiplicam-se, nos Tribunais, os processos de incumprimento do regime de visitas e a aplicação de medidas coercivas de execução dos acordos ou decisões judiciais, a pedido do progenitor sem a guarda, confrontado com a recusa da criança ao convívio ou às visitas.

Estes processos, em que muitas vezes a criança não é ouvida e é levada, ao progenitor requerente, sob coacção das forças policiais, tratam a criança como um objecto, propriedade do pai, e ignoram os seus sentimentos e desejos. Acaso algum adulto está sujeito a intervenções judiciais ou policiais que o obriguem a conviver com o seu cônjuge ou ex-cônjuge, progenitores,

irmãos ou outros familiares? Se julgamos impensável forçar convívios e afectos, em relação a adultos que não os desejam, porquê coagir as crianças ao convívio com o progenitor não guardião? Cabe aos Tribunais impor afectos? Aprenderá a criança a respeitar os outros, quando o sistema judicial não a respeita a si?

A investigação científica sobre o impacto do divórcio nas crianças e a experiência dos profissionais que lidam com as famílias revelam que a recusa da criança é uma reacção normal ao divórcio e que assume um carácter temporário. A maneira de os tribunais lidarem com a recusa da criança tem que ser cautelosa, entrando em diálogo com ela para conhecer os seus motivos, sem impor medidas pela força, as quais só vão aumentar o conflito e reforçar o sofrimento da criança.

O fenómeno da recusa das crianças à relação com um dos pais é sempre multi-factorial, não resultando de uma só causa, como pretende a tese da síndrome da alienação parental, que faz a rejeição da criança derivar necessariamente de uma campanha difamatória levada a cabo por um dos pais contra o outro. De acordo com os estudos longitudinais de JUDITH WALLERSTEIN, que entrevistou filhos de pais divorciados, na altura do divórcio, um ano depois do divórcio, e ainda 5 anos, 10 anos e 25 depois, a aliança da criança com um dos pais contra o outro significa um comportamento de cooperação com o sofrimento causado pelo divórcio para fazer face à depressão, tristeza e solidão, não estando relacionada com perturbação emocional da criança nem do progenitor¹. Sabe-se que, quando a recusa da criança é injustificada, as crianças acabam por abandonar o comportamento de rejeição, resolvendo-se todos os casos do estudo de WALLERSTEIN, um ou dois anos depois, com as crianças a lamentar o seu anterior comportamento e a retomar a relação com o pai, antes de completarem 18 anos². Nos EUA, estudos sobre direito de visita demonstram que não se verifica, nos casos de recusa da criança, a conclusão dramática de GARDNER, do corte total e definitivo com o progenitor sem a guarda³.

2. A TESE DA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL E O PERFIL PROFISSIONAL DO SEU CRIADOR, RICHARD GARDNER

Com o objectivo de resolver o problema da recusa da criança ao convívio com o seu guardião, surgiu, nos EUA, em 1985, uma tese designada por

¹ Cf. WALLERSTEIN/KELLY, *Surviving the Breakup, How children and parents cope with divorce*, Basic Books, 1980, pp. 77-80.

² Informações prestadas por Judith Wallerstein a Carol Bruch, *apud* BRUCH, Carol, *Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting it Wrong in Child Custody Cases*, Family Law Quarterly, vol. 35, 2001, p. 533, nota 20.

³ JUDITH WALLERSTEIN/JOAN KELLY, *Surviving the Breakup...ob. cit.*, pp. 77-80; JANET R. JOHNSTON, *Children of Divorce who Refuse Visitation*, in *Non Residential Parenting: New Vistas in Family Living*, Depner and Bray eds, 1993, p. 124.

Síndrome de Alienação Parental, que rapidamente se difundiu em Portugal, em Espanha⁴, na América Latina e no Brasil⁵, nas peritagens psicológicas, na fundamentação das decisões judiciais ou nas alegações das partes, quer nos processos civis quer nos processos penais. Esta tese, sob uma capa de aparente cientificidade, imputa a causa da rejeição da criança a manipulação das mães que têm a sua guarda e propõe, nos casos de maior conflitualidade, a transferência da guarda para o outro progenitor — a terapia da ameaça. Esta teoria foi elaborada, em 1985, por RICHARD GARDNER, um médico americano que fazia trabalho não pago na Universidade de Columbia, como voluntário, e que utilizava o título de Professor da mesma Universidade, atribuído pela própria Universidade, por cortesia. Com efeito, GARDNER nunca leccionou efectivamente na Universidade de Columbia, mas a utilização do título permitiu-lhe aproveitar-se do prestígio desta instituição universitária para conferir ao seu trabalho, nas editoras e revistas em que publicou artigos, um reconhecimento académico que, de facto, não tinha, e para se apresentar, diante dos Tribunais, como um especialista⁶.

Esta teoria nunca foi aceite nos EUA, com o valor de precedente judiciário, mas continua a funcionar como uma sedução para os Tribunais, nalguns países, e também em Portugal, como veremos, porque oferece soluções fáceis e lineares para resolver problemas complexos, simplificando o processo de decisão, nos casos geradores de mais angústia para quem tem a responsabilidade de decidir. Contudo, esta tese assenta em raciocínios circulares e a sua taxa de erro é elevada, introduzindo opiniões subjectivas na investigação e na avaliação dos factos, sendo, portanto, aconselhável que os Tribunais decidam cada caso com base nos seus próprios factos, ouvindo a criança e tratando-a como uma pessoa dotada de sentimentos pessoais, que devem ser respeitados. É sempre mais sensato não copiar automaticamente as modas de outros países, sobretudo, teorias, como a da síndrome de alienação parental, que produziram efeitos perversos e já foram rejeitadas nos países em que foram criadas. Tem sido denunciado, nos EUA⁷, que a teoria de GARDNER, fazendo crer que se verifica uma epidemia de denúncias falsas de abuso sexual de crianças, nos processos de divórcio, ao contrário do que indicam os estudos sobre o tema, e tornando patológico o exercício de direitos legais por parte da mulher que defende os seus filhos, contribuiu para a desvalorização da palavra das crianças e para a invisibilidade da violência contra mulheres e crianças, assumindo um significado ideológico muito

⁴ Cf. AGUILERA, J. M., *Síndrome de Alienación Parental, Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*, 2004.

⁵ Cf. DIAS, Maria Berenice, *Incesto e Alienação Parental*, São Paulo, 2007; ARAÚJO, Sandra Maria Baccara, *Alienação Parental*, Revista Associação dos Defensores Públicos do Distrito Federal, Ano 3, N.º 3, 2008, pp. 127-134.

⁶ Cf. HOULT, Jennifer, *The Evidentiary Admissibility of Parental Alienation Syndrome: Science, Law, and Policy*, American Bar Association, Child Legal Rights Journal, 2006, p. 16, texto disponível para consulta in http://www.stopfamilyviolence.org/media/Hoult_«SAP»_admissibility.pdf

⁷ *Ibidem*, p. 6.

claro: a menorização das crianças e a discriminação de género contra as mulheres. Conforme afirma a Organização Nacional de Mulheres contra a Violência (NOW), nos EUA: "(...) o psiquiatra GARDNER criou o conceito de SAP e os advogados utilizam-no, na justiça, como uma estratégia defensiva dos agressores de mulheres e dos predadores sexuais, como forma de explicar a rejeição da criança em relação a um dos progenitores ou para invalidar alegações de violência ou de abuso sexual contra este progenitor, deslocando a culpa para o progenitor protector"⁸.

3. A NOÇÃO DE SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A síndrome de alienação parental foi descrita, por GARDNER, como uma perturbação da infância que aparece quando a criança recusa relacionar-se com o progenitor sem a guarda, no contexto do divórcio e das disputas sobre guarda e visitas.

GARDNER defendeu que a SAP estava presente em aproximadamente 90% das crianças cujas famílias estavam envolvidas em litígios de guarda/visita mas não forneceu dados objectivos de investigação para demonstrar estas asserções sobre a síndrome nem a sua frequência⁹. Os dados iniciais foram substancialmente empolados, em especial, no que diz respeito à frequência das alegações falsas de abuso sexual, e a posterior revisão dos seus dados reduziu o número de casos de SAP a cerca de 40% dos casos de conflitualidade elevada em torno da guarda das crianças¹⁰.

A SAP é definida como uma campanha, sistemática e intencional, levada a cabo por um dos pais para denegrir o outro progenitor, acompanhada de uma lavagem ao cérebro da criança com o objectivo de destruição do vínculo afectivo ao outro progenitor. Na síndrome de alienação parental, de acordo com GARDNER, verifica-se um contributo da criança na campanha levada a cabo pelo progenitor alienante para denegrir o outro. Nestes processos, devem estar presentes, segundo GARDNER, os seguintes factos ou critérios, indicadores de SAP¹¹: "1) Campanha para denegrir a pessoa do outro progenitor junto da criança; 2) Razões frágeis, absurdas ou frívolas para a rejeição do progenitor; 3) Falta de ambivalência; 4) O fenómeno do pensador independente; 5) Apoio automático da criança ao progenitor alienador; 6) Ausência de sentimentos de culpa em relação à crueldade e/ou exploração do progenitor alienado; 7) Presença de encenações encomendadas; 8) Pro-

⁸ NATIONAL ORGANIZATION OF WOMEN (NOW), texto disponível para consulta in <http://www.now.org/organization/conference/resolutions/2006.html#pas>

⁹ Cf. BRUCH, Carol, *Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation*, ob. cit., p.528.

¹⁰ *Ibidem*, p. 528.

¹¹ Cf. GARDNER, Richard, *Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?*, *The American Journal of Family Therapy*, 2002, p. 97, disponível para consulta in <http://dx.doi.org/10.1080/019261802753573821>

pagação de animosidade aos amigos e/ou família alargada do progenitor alienado.”

Segundo o seu criador, as crianças que sofrem de SAP exibem a maioria destes sintomas, senão mesmo todos, consoante a SAP seja de tipo ligeiro, moderado ou severo, podendo a SAP progredir de casos ligeiros, em que não se verificam estes oito sintomas, para casos moderados ou severos, em que é provável que a maioria ou todos os sintomas se verifiquem¹², podendo surgir, nos casos mais conflituosos, falsas alegações de abuso sexual. Embora GARDNER tenha afirmado mais tarde que o conceito de SAP não se aplica, quando a criança, que revela os sintomas de SAP, foi, de facto, vítima de abuso sexual, físico, emocional, negligência ou abandono da parte do progenitor dito “alienado”, os critérios diagnósticos de SAP não distinguem entre alienação adaptativa e alienação patológica, alienação justificada e não justificada, porque ignoram as causas da alienação¹³. O estudo prévio destas não faz parte dos factores de SAP nem a avaliação do progenitor alienado, mesmo que haja provas documentadas de violência doméstica ou abuso de menores¹⁴. Em contrapartida, as crianças são avaliadas como doentes por participarem em campanhas de denegrição do progenitor, que pode incluir falsas alegações de abuso sexual, e aos progenitores alienadores é-lhes diagnosticada uma histeria, definida como “assunção de perigo quando ele não existe”¹⁵. Por outro lado, na medida em que os critérios diagnósticos de SAP incluem uma denúncia falsa de abuso sexual contra o progenitor dito alienado desacreditam imediatamente uma mulher ou uma criança, que faz alegações de violência ou de abuso, nos processos de divórcio ou de regulação das responsabilidades parentais.

4. UMA ANÁLISE CRÍTICA DA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

a) A SAP é uma teoria rejeitada pela Associação de Psiquiatria Americana e pela OMS

O direito, na sua dimensão interdisciplinar, não pode prescindir de espírito crítico em relação às teorias provenientes das outras ciências sociais, nomeadamente, quando estão em causa teorias sem base científica, como tem sido denunciado nos EUA, a propósito da síndrome de alienação parental. A psicologia e a psiquiatria apresentam uma pluralidade de teorias e muitas extravasam os limites do que está demonstrado cientificamente. Os Tribunais, no exercício da função de administrar a justiça e de proteger os

¹² *Ibidem*, p. 97.

¹³ Cf. HOULT, *The Evidentiary Admissibility of Parental Alienation Syndrome...ob. cit.*, p. 8

¹⁴ *Ibidem*, p. 8.

¹⁵ *Ibidem*, p. 8.

direitos fundamentais dos cidadãos, não devem confiar de modo acríptico em teorias da Psicologia.

A SAP não tem validade científica nem é reconhecida como doença pela Associação de Psiquiatria Americana nem pela Organização Mundial de Saúde. Conforme PEDRO CINTRA et al., o termo SAP não é aceite em sistemas de classificação actuais, nem consta da Classificação de DSM-IV (Manual de Estatística e Diagnóstico da Academia Americana de Psiquiatria), nem da CID-10 (Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde), não sendo também reconhecida pela Associação Psiquiátrica Americana nem pela Associação Médica Americana.¹⁶ Esta equipa do Instituto de Medicina Legal de Lisboa já alertou para a falta de base científica da SAP, classificando-a como um constructo sociológico operacional, que escapa à ciência jurídica e à ciência médica-psicológica¹⁷ e não goza de qualquer áurea científica nem miraculosa na resolução dos conflitos parentais. Nos EUA, tem sido amplamente divulgado que faltam, às teses de RICHARD GARDNER, rigor científico e aceitação pela comunidade académica e que os pretensos critérios diagnósticos são nulos lógicamente e cientificamente porque não se relacionam com nenhuma patologia identificável. Em Espanha, a Associação Espanhola de Neuropsiquiatria, emitiu, em 25 de Março de 2010, uma declaração contra o uso clínico e legal da chamada Síndrome de Alienação Parental, ou de uma denominação alternativa mas com a mesma virtualidade¹⁸.

b) A SAP não preenche os critérios de admissibilidade científica exigidos pelos Tribunais norte-americanos

A jurisprudência norte-americana definiu critérios de apreciação da validade científica de teorias da psicologia ou do testemunho de peritos para o efeito da sua aplicação a assuntos legais. Estes critérios foram delineados no caso *Frye v. Gardner*¹⁹ e no caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*²⁰, e, aplicados à SAP, resultam na inadmissibilidade da utilização da SAP, em conflitos de guarda de crianças ou em processos-crime de abuso sexual ou de violência doméstica.

¹⁶ CINTRA, Pedro et al., *Síndrome de alienação parental: realidade médico-psicológica ou jurídica?*, Julgar, n.º 7, Janeiro-Abril 2009, p. 198.

¹⁷ *Ibidem*, p. 203.

¹⁸ Cf. *La construcción teórica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP) como base para cambios judiciales de custodia de menores. Análisis sobre su soporte científico y riesgos de su aplicación (2008)*, disponível para consulta in http://www.aen.es/biblioteca-y-documentacion/documentos-e-informes-de-la-aen/doc_details/52-la-construccion-teorica-del-sindrome-de-alienacion-parental-de-gardner-sap

¹⁹ Cf. *Frye v. United States*, 54 App. D. C. 46, 293 F. 1013, n.º 3968, *Court of Appeals of District of Columbia*, 1923, texto disponível para consulta in http://www.daubertontheweb.com/frye_opinion.htm

²⁰ Cf. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, inc.*, 509 U.S. 579 (1993), texto disponível in <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&invol=579>.

De acordo com a regra estabelecida em *Frye*, para que a prova científica seja admissível nos tribunais, tem que ser recolhida através de técnicas que tenham obtido aceitação geral na sua área científica, no caso da SAP, a psicologia clínica e a psiquiatria. O caso *Daubert* procedeu a uma concretização da regra do caso *Frye*, fixando os factores que devem ser considerados para determinar se uma teoria ou técnica pode ser qualificada como conhecimento científico: a) A teoria ou técnica foi baseada em metodologia que pode ser ou foi testada?; b) A teoria ou técnica foi sujeita a *peer-review* e a publicação?; c) Qual é a taxa de erro potencial ou conhecida da teoria?; d) A técnica goza de aceitação geral dentro da comunidade científica?

Como salienta a Professora CAROL BRUCH da Universidade de Davis²¹, o trabalho do autor resulta de impressões pessoais provenientes da sua experiência clínica e é um trabalho auto-publicado, na sua editorial privada, *Creative Therapeutics*, e em revistas que não faziam *peer-review* de temas da psicologia²². O seu trabalho foi divulgado, sobretudo, através do seu Website, associações de pais divorciados e de pacotes de cursos para profissionais. Os livros de RICHARD GARDNER sobre SAP não constam das bases de dados da maior parte das bibliotecas e universidades norte-americanas e, na opinião dos académicos e investigadores, trata-se de um trabalho com afirmações dramáticas e hiperbólicas e sem fundamento científico. Perante o contra-argumento de GARDNER de que os seus artigos tinham sido publicados em revistas com *peer review*, DALLAM investigou a fonte dos artigos colocados no seu Website e concluiu que duas das publicações foram feitas em capítulos de livros, dois outros artigos foram publicados na Newsletter da *American Academy of Psychoanalysis*, e outros dois em revistas jurídicas — não sendo nenhuma destas publicações sujeitas a *peer-review*²³.

LENORE WALKER, que investigou os casos citados por GARDNER como exemplo da aceitação da SAP pelos tribunais, verificou que em nenhum destes casos o Tribunal providenciou uma base detalhada para o diagnóstico da criança como estando afectada pela SAP, tendo esta teoria sido aplicada como

²¹ CAROL BRUCH é Professora de Direito da Família na Universidade de Davis — California (currículo está disponível em <http://www.law.ucdavis.edu/faculty/Bruch/>) e é autora de numerosos trabalhos sobre a SAP: *Parental Alienation Syndrome: Junk Science in Child Custody Determination*, *European Journal of Law Reform*, vol. 3, 2001, p. 383; *Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting it Wrong in Child Custody Cases*, *Family Law Quarterly*, vol. 35, 2001, p. 527, disponível para consulta in <http://www.fact.on.ca/Info/pas/bruch.pdf>; *Parental Alienation Syndrome and Alienated Children: Getting It Wrong in Child Custody Cases*, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 14, 2002, p. 381, disponível para consulta in <http://www.law.ucdavis.edu/faculty/Bruch/files/bruch.pdf>.

²² O conceito de *peer-review* refere-se ao processo usado, nos EUA, por revistas científicas para escolher artigos para publicação. Um artigo submetido a *peer review* é revisto anonimamente por profissionais com especialização na área. Este processo ajuda a assegurar que a teoria se baseia em princípios científicos. Cf. DALLAM, Stephanie, *The Parental Alienation Syndrome: Is it Scientific?*, In St. Charles & L. Crook (Eds), *The failure of Family Courts to protect children from abuse in custody disputes*, 1999, disponível para consulta in <http://www.leadershipcouncil.org/1/res/dallam/3.html>

²³ *Ibidem*.

se se tratasse de uma verdade por mera definição²⁴. Nestes casos, os Tribunais de Família não aplicaram o critério previsto em *Frye* ou *Daubert* e aceitaram a teoria de forma acrítica e com base em raciocínios circulares: foi o diagnóstico de SAP que explicou o facto de a criança não querer ver o seu pai ou foi a recusa da criança às visitas que fundamentaram o diagnóstico de SAP? Também no caso das alegações de abuso sexual se coloca a mesma questão acerca do que é que apareceu primeiro: um diagnóstico de SAP conduzindo à conclusão de que as alegações são falsas ou foram as alegações de abuso sexual que sugeriram a presença de SAP?²⁵ Nestes casos não foi feito o teste exigido em *Frye* porque nenhum advogado questionou a validade da SAP. Foi nos Tribunais Criminais, no caso *The People of the State of New York v. Fortin, 2000*²⁶, que o Supremo Tribunal se pronunciou contra a validade científica da SAP, por não cumprimento do critério de aceitação geral pela comunidade científica definido em *Frye*, não admitindo a prova baseada na SAP. Mais tarde, num caso de alegações de abuso sexual não provadas, num processo de regulação das responsabilidades parentais, em *Syyder v. Cedar, 2006 Conn. Super Lexis 520 (2009)*, o Tribunal rejeitou a SAP por falta de base científica e metodológica²⁷. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal pronunciou-se contra a SAP num contexto de alegações de violência doméstica numa disputa pela guarda de uma criança, em *Nk v. MK, 17 Misc. 3 rd 1123 (A); 2007 WL 3244980 (N.Y.Sup. 2007)*²⁸. Em 2006, o Conselho Nacional de Juizes dos Tribunais de Família e de Menores, nos EUA, qualifica a SAP como uma “síndrome desacreditada pela comunidade científica”, que “conduz os tribunais a assumir que os comportamentos e atitudes das crianças em relação ao progenitor dito “alienado” não têm fundamento na realidade²⁹”. A SAP também desloca a atenção dos comportamentos do progenitor abusivo para o progenitor dito alienador, não averiguando se foi o progenitor alienado que causou directamente as respostas da criança, actuando de forma violenta, desrespeitosa, intimidatória, humilhante ou desonrosa em relação à criança ou em relação ao outro progenitor³⁰, favorecendo os agressores de crianças nos litígios pela sua guarda. No mesmo sentido, nos EUA, a Organização Nacional de Mulheres (NOW), emitiu um comunicado, em 26 de Outubro de 2006, condenando a utilização

²⁴ WALKER, Lenore et al., *A Critical Analysis of Parental Alienation Syndrome and Its Admissibility in the Family Court*, Journal of Child Custody, 2004, p. 67.

²⁵ *Ibidem*, p. 67.

²⁶ Cf. *People v. Fortin*, 706 N. Y.S. 2d 611, 612 (Crim. Ct. 2000), resumo disponível in <http://www.dvleap.org/Programs/CustodyAbuseProject/PASCaselaw.aspx>

²⁷ Vide in <http://www.dvleap.org/Programs/CustodyAbuseProject/PASCaselaw.aspx>

²⁸ Vide in <http://www.dvleap.org/Programs/CustodyAbuseProject/PASCaselaw.aspx>

²⁹ NATIONAL COUNCIL OF JUVENILE AND FAMILY COURT JUDGES, *Navigating Custody & Visitation Evaluations in Cases with Domestic Violence: A Judge's Guide*, 2008, texto disponível para consulta in http://stopfamilyviolence.org/media/NCFJ%20guidebook%20final_2008.pdf, p. 12.

³⁰ *Idem*, p.13.

da SAP nos litígios judiciais, recomendando que “qualquer profissional na área da protecção dos direitos das mulheres e das crianças, deve denunciar a utilização da SAP por ser pouco ética, inconstitucional e perigosa”³¹.

c) O carácter indeterminado e circular dos critérios diagnósticos de SAP

O trabalho de GARDNER não tem um carácter científico porque se limita a descrever um fenómeno — a alienação da criança em relação a um dos pais — mas não se baseia em estudos rigorosos que determinem os motivos da recusa da criança, nem demonstra uma relação de causa e efeito entre alienação e manipulação da criança levada a cabo pela mãe³². O facto de uma criança rejeitar radicalmente um dos pais não prova que o outro procedeu a uma lavagem ao cérebro da criança, como presume a tese da SAP, no 1.º critério diagnóstico. Com efeito, a campanha para denegrir o progenitor pode não existir e a criança, ainda assim, manifesta sentimentos de recusa em relação a um dos pais por motivos pessoais, ou mesmo que a campanha exista, os critérios de SAP não demonstram uma relação de causalidade entre estes dois factos.

O primeiro critério de SAP pode ser acompanhado, segundo GARDNER, por acusações de abuso sexual contra o progenitor “alienado”, tornando suspeito o relato da criança sobre abusos, sem investigação dos factos. GARDNER, para atingir o objectivo de demonstrar que as acusações de abuso sexual, nos processos de custódia e divórcio, são falsas, toma afirmações não demonstradas como axioma necessário para proceder a determinadas inferências, seguindo um procedimento designado por lógica inversa, e que significa que, se para demonstrar A tenho que supor que se verifica B então tomarei B como axioma, sem o demonstrar³³. Um exemplo deste método encontra-se no argumento de Gardner de que a vasta maioria das alegações de abuso sexual durante um processo de guarda de crianças, em caso de divórcio, são falsas³⁴. Contudo, o critério com mais peso para determinar a falsidade das alegações é o facto de a alegação ser feita durante um litígio pela guarda da criança, num contexto de divórcio. A mesma falta de lógica se verifica nos critérios de SAP: a acusação da criança contra o progenitor é uma prova de SAP e a existência de SAP é considerado o critério mais valioso na determinação do carácter falso das alegações de abuso sexual. Este método traduz-se num raciocínio circular sem base científica.

O segundo critério diagnóstico — a criança apresenta justificações frágeis, absurdas ou frívolas para a rejeição do progenitor — utiliza conceitos ambíguos

³¹ Texto disponível in <http://www.now.org/organization/conference/resolutions/2006.html#pas>

³² DALLAM, Stephanie, *The Parental Alienation Syndrome: Is it Scientific?*, ob. cit.,; WALKER, Lenore et al., *A Critical Analysis of Parental Alienation Syndrome...*, ob. cit., p. 51.

³³ Cf. BAREA PAYUETA, Consuelo/VACCARO, Sonia, *El pretendido Síndrome de Alienación Parental*, Editorial Desclée de Brouwer, 2009, p. 77.

³⁴ Cf. DALLAM, *The Parental Alienation Syndrome: Is It Scientific?*, ob. cit.

e vagos, baseados em avaliações subjectivas, não podendo, por isso, garantir um diagnóstico consistente ou fiável, em psicologia ou psiquiatria, em que os critérios diagnósticos devem ser expressos através de uma terminologia concreta e definida³⁵.

Os critérios 3.º, 4.º e 5.º (falta de ambivalência; o fenómeno do pensador independente; apoio automático da criança ao progenitor alienador) são a descrição do que seria a conduta normal de uma criança maltratada ou abusada pelo seu pai, ou que presenciou maus tratos contra a sua mãe. Neste contexto, a solidariedade da criança com a mãe explica-se porque a mãe é a única pessoa que a protege contra o agressor ou porque, tendo assistido a situações de violência contra a mãe, pretende apoiá-la em tudo. GARDNER considera patológicas as reacções da criança de adaptação ao mau trato ou abuso, as atitudes de rebeldia típicas da adolescência ou sentimentos de raiva pelo divórcio dos pais.

O facto de o fenómeno do «pensador independente» ser considerado uma patologia da criança tem inerente uma visão da criança, oriunda das sociedades autoritárias e paternalistas, mas já ultrapassada nas concepções sociais e científicas actuais, como um ser passivo, que se limita a obedecer aos adultos e que não é capaz de ter opiniões próprias. A concepção da criança como sujeito de direitos foi adoptada na Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas, que vê a criança como uma pessoa com capacidade de auto-determinação e de participação, consagrando, no seu art. 12.º, o direito da criança ser ouvida nos processos que lhe digam respeito e o direito a que a sua opinião seja tida em conta na decisão.

O 6.º critério (ausência de sentimentos de culpa em relação à crueldade e/ou exploração do progenitor alienado), que GARDNER considera uma psicopatía, confunde a recusa adaptativa da criança com transtorno psiquiátrico, servindo de fundamento para diagnosticar transtornos muito graves à mãe e aos filhos que rejeitam o progenitor. Os técnicos e psicólogos que fazem relatórios ou avaliações, em processos de regulação das responsabilidades parentais, inspirados nas teorias de GARDNER, recorrem a este sistema de diagnosticar doenças psiquiátricas graves na criança e na mãe, sem para tal terem nem qualificações nem base científica. Os Tribunais devem, portanto, analisar rigorosamente e com sentido crítico estes relatórios, em vez de delegarem a função decisória nos peritos.

Quanto ao 7.º critério, as chamadas encenações encomendadas, este não especifica quem encomendou à criança a encenação, se um colega de escola, um professor, uma instituição, um livro ou um filme, ou o outro progenitor³⁶. O critério diagnóstico não distingue o cenário encomendado de uma

³⁵ HOULT, *The Evidentiary Admissibility of Parental Alienation Syndrome...*, ob. cit., p. 9; BAREA PAYUETA, Consuelo/VACCARO, Sonia, *El Pretendido Síndrome de Alienación Parental*, ob. cit., p. 77.

³⁶ Cf. HOULT, *The Evidentiary Admissibility of Parental Alienation Syndrome...*, ob. cit., p. 10.

situação que a criança tenha efectivamente vivido, de um ponto de vista que a criança tenha aprendido ou adoptado por si mesma, ou da sua opinião pessoal³⁷, negando à criança o direito de ter as suas crenças e opiniões. GARDNER não distingue as situações, em que são os comentários depreciativos da mãe que dão lugar à rejeição do outro progenitor, de situações, em que a criança se apercebe que a sua mãe é vítima de maus-tratos, abuso económico, humilhações, ameaças de morte. Mesmo que os factos não tenham sido presenciados pela criança nem ninguém lhos tenha narrado, é possível que a criança tenha tido a intuição do abuso de poder praticado pelo pai contra a mãe, durante a vida em comum, e perante a decisão da mãe em divorciar-se, a criança toma o partido da mãe e apoia-a.

O critério 8.º, a propagação de animosidade aos amigos e/ou família alargada do progenitor alienado, consiste também numa reacção normal da criança maltratada a qualquer ambiente em que a figura paterna prevaleça e a mãe não esteja presente para a proteger, por exemplo, a criança recusa ir a casa dos avós paternos porque sabe que, aí, o pai pode aceder a ela livremente. A distinção entre os diferentes graus de SAP, ligeiro, moderado e severo, consoante o número de sintomas, não está estabelecida com clareza por GARDNER, que sugere que, por vezes, inicialmente, não se detectam os sintomas, mas a situação evolui em direcção a graus de SAP progressivamente mais elevados, não fornecendo, contudo, um limite ou uma fronteira, quanto ao número de critérios necessários para um diagnóstico³⁸. Na prática, a SAP tem funcionado não como uma teoria médica, porque como tal nunca foi aceite, mas como uma construção psico-jurídica, sem base científica, para conseguir a guarda dos filhos para o pai.

d) Origem sexista e pró-pedófila das teses de GARDNER

GARDNER criou as suas teses para defender ex-combatentes acusados de violência contra as mulheres e/ou de abuso sexual dos filhos, tendo feito a sua carreira profissional como perito, em processos de divórcio ou de regulação das responsabilidades parentais, a defender homens acusados de abusar sexualmente dos seus filhos, através da estratégia de desacreditar as vítimas para inverter as posições e transformar o acusado em vítima³⁹. As teorias de GARDNER têm uma origem sexista e pedófila, na medida em que o seu autor, em trabalho publicado em 1992, intitulado "*True and false accusations of child sex abuse*"⁴⁰, entendia que as mulheres eram meros objectos,

³⁷ *Ibidem*, p. 10.

³⁸ Cf. WALKER, Lenore et al., *A Critical Analysis of Parental Alienation Syndrome...*, *ob. cit.*, p. 51.

³⁹ Cf. BAREA PAYUETA, Consuelo/VACCARO, Sonia, *El pretendido Síndrome de Alienación Parental*, *ob. cit.*, p. 168.

⁴⁰ Cf. GARDNER, Richard, *True and False Accusations of Child Sex Abuse*, Creative Therapeutics, 1992, pp. 1-39 e o estudo de BAREA PAYUETA, Consuelo/VACCARO, Sonia, *El pretendido Síndrome de Alienación Parental*, *ob. cit.*, pp. 169-171.

receptáculos do sêmen do homem, e que as parafilias, incluindo a pedofilia estão ao serviço de exercitar a máquina sexual para a procriação da espécie humana. Na verdade, a SAP revelou ser uma interpretação misógina da recusa da criança em conviver com o progenitor não guardião, que presume a maldade, o egoísmo e a irracionalidade das mulheres, gerando situações de risco para as crianças e provocando um retrocesso nos direitos humanos das mulheres e das crianças⁴¹.

RICHARD GARDNER, nas primeiras edições dos seus trabalhos, mostrava ser tolerante com a pedofilia e com o abuso sexual de crianças, tendo feito afirmações públicas no mesmo sentido, divulgadas pelo *Independent*⁴²: «A pedofilia, acrescentou GARDNER, “é uma prática generalizada e aceite entre literalmente biliões de pessoas”. Interrogado, novamente, por um entrevistador sobre o que devia fazer uma mãe, se a sua filha se queixasse de abuso sexual por parte do pai, Gardner respondeu: “O que deve ela dizer? Não digas isso sobre o teu pai. Se o disseres, eu bato-te”.

No seu livro auto-publicado, intitulado *True and False Allegations of Child Sexual Abuse*, GARDNER adoptava o discurso legitimador e desculpabilizante da pedofilia, afirmando que “o incesto não é danoso para as crianças, mas é, antes, o pensamento que o torna lesivo, citando Shakespeare: “Nada é bom ou mau. É o pensamento que o faz assim”⁴³. “Nestas discussões, a criança tem que perceber que, na nossa sociedade Ocidental, assumimos uma posição muito punitiva e moralista sobre encontros sexuais adulto-criança⁴⁴”. “O pai abusador tem que ser ajudado a dar-se conta de que, a pedofilia foi considerada a norma pela vasta maioria dos indivíduos na história do mundo. Deve ser ajudado a perceber que, ainda hoje, é uma prática generalizada e aceite entre literalmente biliões de pessoas”⁴⁵. GARDNER afirmava, ainda, contrariando todos os conhecimentos científicos sobre o sofrimento das vítimas, que qualquer dano causado pelas parafilias sexuais não é o resultado das parafilias em si mesmas, mas sim do estigma social que as rodeia: “O determinante acerca de saber se a experiência será traumática é a atitude social em face desses encontros”⁴⁶, defendendo que «as activi-

⁴¹ Cf. BAREA PAYUETA, Consuelo, *Backlash: resistência a la igualdad*, Aequalitas, Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades Entre Mujeres y Hombres, n.º 25, Julio-Diciembre 2009, p. 68.

⁴² Cf. THE INDEPENDENT, *Dr. Richard Gardner, Child psychiatrist who developed the theory of Parental Alienation Syndrome*, Saturday, 31 May 2003, Andrew Gumbel: “And he suggested there was nothing much wrong with paedophilia, incestuous or not.” One of the steps that society must take to deal with the present hysteria is to ‘come off it’ and take a more realistic attitude toward paedophilic behaviour,” he wrote in *Sex Abuse Hysteria — Salem Witch Trials Revisited* (1991). Paedophilia, he added, “is a widespread and accepted practice among literally billions of people”. Asked once by an interviewer what a mother was supposed to do if her child complained of sexual abuse by the father, Gardner replied: “What would she say? Don’t you say that about your father. If you do, I’ll beat you.”

⁴³ Cf. GARDNER, *True and False Accusations...*, *ob. cit.*, p. 549.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 549.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 593.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 670.

dades sexuais entre adultos e crianças são “parte do repertório natural da actividade sexual humana”, uma prática positiva para a procriação, porque a pedofilia “estimula” sexualmente a criança, torna-a muito sexualizada e fá-la “ansiar” experiências sexuais que redundarão num aumento da procriação.⁴⁷» Trata-se de uma concepção, que considera a criança objecto dos adultos, nega o seu sofrimento e os efeitos negativos, a longo prazo, na vida das crianças, com alterações do seu equilíbrio bio-psicológico para sempre⁴⁸. Esta visão do abuso sexual ignora as várias fases do desenvolvimento do ser humano e as necessidades específicas das crianças, assim como o direito da criança ao livre desenvolvimento da personalidade. As afirmações de GARDNER significam uma crença numa sociedade patriarcal assente na propriedade do homem, como chefe de família, sobre as crianças e as mulheres, e numa aprovação da pedofilia, ideologia que nega à criança o estatuto de pessoa autónoma e livre, considerando-a um objecto dos adultos do sexo masculino, submetido ao poder e livre arbítrio destes. GARDNER terá tido, na hora da morte, sentimentos de culpa, tendo-se suicidado de forma violenta, esfaqueando-se a si mesmo, conforme informa a imprensa norte-americana, com base no relatório da autópsia publicado no New York Time⁴⁹.

e) As provas psicológicas e a discriminação das mulheres

Nos EUA e em Espanha, a análise das avaliações dos pais tem demonstrado que as peritagens psicológicas são elaboradas de forma discriminatória para as mulheres, não respeitam critérios rigorosos, contêm ideias preconcebi-

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 24-25.

⁴⁸ O sofrimento das crianças vítimas de abuso está amplamente documentado pelas ciências sociais e por testemunhos de vítimas. Cf. GOLEMAN, Daniel, *Inteligência Emocional*, tradução portuguesa, 1996, pp. 224-225; MARNEFFE, Catherine, *Les Conséquences du Passage à L'Acte Pédoophile Sur L'Enfant*, *ob. cit.*, p. 109. Sobre os danos causados às vítimas de abuso sexual, na família, vide DARLINGTON, Yvonne, *Moving On, Women's Experiences of Childhood Sexual Abuse And Beyond*, The Federation Press, 1996 e ROBIN WEST, *Caring for Justice*, New York, 1999, p. 102, referindo o dano da invasão, da traição e da exposição, da perda de autonomia e perda da sensação de segurança e de privacidade, sendo o corpo e o lar, identificados como o perigo. Sobre relatos de vítimas, vide, *I Never Told Anyone, I Never Told Anyone, Writings by Women Survivors of Child Sexual Abuse*, Edited by ELLEN BASS and LOUISE THORTON, 1983; MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *O método da narrativa e a voz das vítimas de crimes sexuais*, Revista Electrónica de Direito Constitucional & Filosofia Jurídica, Vol. I, 2007, in <http://constitutio.tripod.com/id7.html>

⁴⁹ Cf. *Dr. Richard Gardner, MD born April 28, 1931 committed Suicide May 25, 2003*, disponível para consulta in <http://www.cincinnatiips.com/dr-richardgardnerautopsy.html>: “Allow us to disabuse the pro-abusers. Dr. Richard Gardner's son told the New York Times that his father committed suicide. Contrary to false assertions made by the father's rights movement, Richard Gardner most certainly did not die peacefully in his sleep. It was far uglier than that. The Bergen County (New Jersey) Medical Examiner reported that Dr. Richard Gardner died a gory, bloody and violent death — from his own hand. Gardner took an overdose of prescription medication while stabbing himself several times in the neck and chest. Gardner plunged a butcher knife deep into his heart. The medical examiner removed the knife from Gardner's chest and listed the stabbing wounds as the cause of death.”

das desfavoráveis à mãe e ideias pré-concebidas favoráveis ao pai, baseiam-se em impressões unicamente de fonte paterna, adoptando opiniões pessoais do pai dito “alienado”, sem recolher informação materna necessária para contrastar o relato paterno⁵⁰. Estas avaliações dos pais caracterizam-se pela falta de neutralidade e incluem, sistematicamente, um diagnóstico de perturbações psiquiátricas da mãe, sem provas empíricas médicas suficientes e sem que os autores dos relatórios ou peritagens tenham qualificações adequadas para tais diagnósticos⁵¹. Se os factores incluídos na SAP não permitem, de acordo com a comunidade científica, indiciar a existência de qualquer doença ou problema médico, uma vez que a SAP não está reconhecida como patologia pela OMS e outras entidades competentes, a imposição de qualquer tratamento ou terapia às mães e às crianças, nos casos designados por SAP, é ilegítima, tendo estas o direito fundamental a rejeitá-los.

Estas peritagens, também, não exploram suficientemente os indicadores de violência e ocultam informação importante para o processo, referindo-se aos relatos da mãe sobre a conduta violenta do marido ou ex-marido como “ideias delirantes”⁵².

f) A desvalorização das alegações de abuso sexual e de violência de género

Os estudos de GARDNER têm contribuído para que as alegações de abuso sexual, nos processos de regulação das responsabilidades parentais, se presumam falsas e para diabolizar a figura da mãe que pretende proteger os seus filhos. Os critérios criados por GARDNER para distinguir alegações verdadeiras de alegações falsas de abuso sexual baseiam-se nas suas observações pessoais relativamente a um número desconhecido de casos vistos na sua prática forense e têm, como estereótipo do abuso verdadeiro, a mãe que se cala, e, como estereótipo do abuso falso, a mãe que denuncia, raciocínio circular e sem base científica, que conduz à seguinte dedução: se o crime é autêntico não se denuncia, se se denuncia é falso. Esta conclusão retira às leis penais que consideram o crime de abuso sexual de crianças, como crime público, o seu objectivo, pois se a mãe e a criança se calam o crime continua; se denunciam, a denúncia funciona como prova de mentira.

Os estudos de GARDNER sobre esta questão não estão publicados, nunca foram sujeitos a algum tipo de revisão crítica ou teste empírico, e não fazem referência a trabalhos anteriores sobre alegações de abuso sexual em processos de divórcio. GARDNER considera que se uma criança acusa o seu progenitor de abuso sexual ou mau-trato, esta acusação é, em si mesma,

⁵⁰ Cf. BAREA PAYUETA, Consuelo/VACCARO, Sonia, *El Pretendido Síndrome de Alienación Parental*, ob. cit., pp. 134-135.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 135-136.

⁵² *Ibidem*, p. 136.

uma prova de SAP e um critério para determinar a falsidade da acusação. Falar automaticamente em campanha de denegrição sempre que surge uma acusação de abuso ou maus-tratos contra um progenitor, num processo de regulação das responsabilidades parentais, predispõe os juizes e os profissionais, que aplicam a teoria, a crer que a criança mente.

A ideia das denúncias falsas em processos de divórcio foi desmentida por um estudo norte-americano feito em 1990, que avaliou 9000 divórcios em 12 Estados, o qual demonstrou que só em 2% dos divórcios com litígio pela guarda de crianças é que houve alegações de abuso sexual, e que, dentro deste valor de 2% dos divórcios, só cerca de 5 a 8% das acusações foram denúncias falsas⁵³. A probabilidade de a acusação ser verdadeira, em processos de regulação das responsabilidades parentais, é igual às acusações feitas noutros contextos que nada têm a ver com custódia de crianças e divórcio. Nos EUA, demonstrou-se que estas acusações de abuso sexual, nos processos de regulação das responsabilidades parentais, não só não têm carácter epidémico como também não são sempre feitas pela mãe. Com efeito, só em menos de metade dos casos de abuso, é que a denúncia é apresentada pela mãe⁵⁴. De qualquer forma, é natural que algumas mulheres façam a queixa por abuso sexual, na altura do divórcio, momento em que já romperam o vínculo legal com o abusador e em que já não se sentem dependentes dele ou receosas de retaliações. O próprio conceito de denúncia falsa utilizado por GARDNER é ele próprio preconceituoso, pois denúncia falsa não é equivalente a denúncia que não culminou em condenação, por insuficiência de provas, nem a denúncia infundada mas feita de boa fé. Em rigor, só se pode falar em denúncias falsas, quando quem acusa admite que acusou sem fundamento e de má fé.

Em Espanha, um estudo de 530 sentenças penais, levado a cabo pelo Conselho Geral do Poder Judicial, conclui que só uma das denúncias por violência de género, equivalente a 0,19% do total, era falsa⁵⁵. Tratou-se de um caso em que a mulher, em recurso interposto contra a sentença de condenação, negou a veracidade do seu primeiro testemunho (sentença da Secção 2.ª da Audiencia Provincial de Las Palmas, n.º 171/2007, de 14 de Junho), concluindo o Conselho Geral que isto demonstra que as supostas denúncias falsas por violência de género constituem um mito⁵⁶.

Os estudos norte-americanos indicam, também, que a percentagem de acusações falsas, por abuso sexual, não é superior à de outros crimes⁵⁷. Os

⁵³ Cf. THOENNES, Nancy/TJADEN, Patricia G., *The Extent, Nature, and Validity of Sexual Abuse Allegations in Custody/Visitation Disputes*, Child Abuse and Neglect, vol. 14, 1990, pp. 151-163.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 154.

⁵⁵ Cf. *Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales*, pp. 88-89, disponível para consulta in <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/observatorio.htm>

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Cf. McDONALD, Merylyn, *The Myth of Epidemic False Allegations of Sexual Abuse in Divorce Cases*, Court Review, vol. 35, 1998, pp. 12-19.

trabalhos que concluem por percentagens altas de denúncias falsas de abuso sexual foram alvo de numerosas críticas da comunidade científica porque se baseiam num número não representativo de casos anedóticos, vistos por alguns indivíduos, e que nada nos dizem sobre o que se passa na população em geral e nas disputas pela guarda de crianças⁵⁸.

Quanto à violência contra mulheres no seio da família, nos EUA, os estudos demonstram que, em 75% dos casos de divórcio, há violência doméstica⁵⁹. Contudo, a violência doméstica raramente é considerada como um factor nas decisões de guarda, embora esteja provado que traumatiza as crianças que se apercebem dela ou que assistem a agressões, provocando danos equivalentes ou mais graves do que os suportados pelas vítimas directas de violência⁶⁰.

Nos EUA, mães e pais frequentemente levantam questões de abuso sexual de crianças, violência doméstica e toxicodependência, nas sessões de mediação familiar (42% de todas as famílias), sendo este o contexto em que ocorre SAP⁶¹. Em Portugal, país em que são divulgados números segundo os quais, uma em cada quatro mulheres é vítima de violência da parte do marido ou companheiro é crível que, nos processos de divórcio e de regulação das responsabilidades parentais, este grupo de mulheres esteja mais representado do que na população em geral. Não admira, portanto, que haja alegações de violência contra o pai da criança que representam, apenas, a ponta do *iceberg* de uma sociedade, em que a violência contra mulheres e crianças é um fenómeno muito comum, mas desvalorizado, e visto pelos técnicos que fazem os relatórios sociais, como um mero conflito e não como um crime, sobretudo nos casos em que não foi apresentada queixa-crime, mas a mãe alega a violência para proteger os filhos, nos processos de guarda e de visitas.

g) A SAP coloca em risco mulheres e crianças vítimas de violência

O trabalho de GARDNER faz incidir a investigação judicial numa presunção de que a criança e a mãe mentem, descurando a questão de saber se o progenitor atingido é desleal ou se se comportou de uma forma que possa explicar a aversão da criança. Na prática, a SAP tem contribuído para branquear o fenómeno do abuso sexual de crianças, na medida em que funciona

⁵⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁹ Cf. JAFFE, P. G. & AUSTIN, G., *The Impact of Witnessing Violence on Children in Custody and Visitation Disputes*, 1995.

⁶⁰ SANI, Ana, *As crianças e a violência*, Quarteto, Braga; AUDREY MULLENDER and REBECCA MORLEY (Edited By), *Putting Men's Abuse of Women on the Child Care Agenda*, London, 2001.

⁶¹ Cf. ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE COURTS, FAMILY COURT SERVICES SNAPSHOT STUDY REPORT 1 — OVERVIEW OF CALIFORNIA FAMILY COURT SERVICES MEDIATION 1991: FAMILIES, CASES AND CLIENT FEEDBACK, 1992, pp. 8-9, disponível em <http://www.courtinfo.ca.gov/programs/cfcc/pdffiles/r01rpt.pdf> e BRUCH, Carol, *Parental Alienation Syndrome and Alienated Children...*, *ob. cit.*, p. 383.

como um conselho aos juizes de que não devem levar a sério alegações de abuso sexual, em processos de guarda de crianças, mesmo quando sustentadas num parecer de um(a) psicólogo(a) que entrevistou a criança⁶².

O próprio GARDNER admite que alguns pais negligentes e abusivos estão a utilizar a SAP como uma manobra de defesa e encobrimento do seu comportamento, e que a sua teoria sobre a distinção entre acusações falsas e verdadeiras, já permitiu que fossem absolvidos progenitores que, de facto, abusaram sexualmente dos filhos/as⁶³. Nos EUA, grupos de pais e trabalhos de investigação descrevem numerosos casos em que os tribunais transferiram a guarda das crianças a abusadores conhecidos ou prováveis, e em que foi negado o direito de visita ao progenitor que pretendia proteger a criança⁶⁴. A SAP tem destruído, conforme divulga o jornal *Independent*⁶⁵, centenas, talvez milhares, de famílias americanas. Em vários Estados Norte-Americanos, tem sido invocada a tese de GARDNER, a qual presume que as mães mentem, por definição, quando fazem alegações de abuso sexual, em processos litigiosos de guarda de crianças, levando os Tribunais a entregar a criança ao progenitor suspeito ou condenado por crime de abuso sexual, e desacreditando as declarações das crianças, imputando-as a lavagens ao cérebro cometidas pelas mães. Com efeito, a SAP foi aplicada, pelos Tribunais, como um critério aparentemente seguro e científico para resolver disputas em torno da guarda de crianças, sendo desconsiderados os motivos que conduzem a criança à rejeição e a hipótese de estarmos perante casos de abuso sexual de crianças e de violência doméstica contra as mulheres, crimes cuja frequência e gravidade ainda não foi absorvida pela consciência social e cuja prova muitas vezes não se faz, num contexto judicial dominado por ideias pré-concebidas, em que não há profissionais especializados para o efeito.

5. ALEGAÇÕES E ÓNUS DA PROVA DE ABUSO SEXUAL E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NOS PROCESSOS DE REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

Na hipótese de alegações de abuso sexual ou de violência doméstica, os Tribunais no exercício do seu dever de protecção das crianças, devem suspender as visitas e proceder a investigações, no exercício do poder inqui-

⁶² Cf. BRUCH, Carol, *Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation...*, ob. cit., p. 529, nota 6.

⁶³ *Ibidem*, p. 533, nota 21.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 533.

⁶⁵ Cf. THE INDEPENDENT, *Dr. Richard Gardner, Child psychiatrist who developed the theory of Parental Alienation Syndrome*, Saturday, 31 May 2003, Andrew Gumbel: "Gardner's work has created a generation of mothers and children scarred psychologically and, in many cases, physically by the court rulings he has influenced. In one of his earliest cases, a Maryland physicist he labelled a "parental alienator", unfit to retain custody of her children, was subsequently shot dead by her ex-husband. Still Gardner did not change his view that the wife was the true villain; her lies, he insisted, had made the husband temporarily psychotic."

sitório de que dispõem, tendo em conta que, se não se pode presumir o abuso, sem provas, também não se pode presumir a mentira ou a manipulação de quem o alega. O abuso sexual é um fenómeno para o qual a sociedade só despertou muito recentemente e que é sub-identificado. Sabe-se, também, que o abuso sexual de crianças, na maior parte dos casos, não deixa vestígios ou marcas físicas no corpo da criança, e que esta tende a silenciar o crime, por vergonha e medo de retaliações. A maior parte dos abusos sexuais de crianças é praticada por membros masculinos da família, inclusive pelo pai⁶⁶, e as mães não apresentavam queixa-crime por medo de expor a criança e por consideração com o abusador, cuja vida não queriam “estragar”. Actualmente, as mulheres, por força do movimento de emancipação feminina, tendem a não aceitar os abusos do companheiro ou marido, a apresentar queixa-crime e a querer cortar a relação da criança com o abusador, evolução positiva de mentalidades, que os Tribunais não devem considerar indício de falsidade das alegações, como fazia GARDNER. Este considerava que a intenção da mãe de excluir a figura paterna da vida da criança era um sintoma de SAP e da falsidade da acusação de abuso sexual, enquanto o comportamento das mães de crianças vítimas de abuso não era tão radical, querendo as mães manter a relação da criança com o pai, embora sob vigilância de terceiros ou em lugares públicos⁶⁷.

A SAP coloca as mães numa encruzilhada sem saída: ou não denunciam o abuso e podem ser punidas por cumplicidade, ou denunciam e podem ver a guarda da criança ser entregue ao progenitor suspeito ou serem ordenadas, em relação a este, visitas coercivas. Os Tribunais, como está já a acontecer na jurisprudência portuguesa, quando retiram a guarda da criança à mãe, em casos de alegações de abuso sexual não provadas em processo-crime, estão a transmitir às mulheres, como um todo, a mensagem de que, em caso de suspeita de abuso sexual, a resposta adequada de uma boa mãe é o silêncio. Esta situação perpetua a impunidade dos abusadores e o sofrimento das crianças, provocando um retrocesso na evolução recente de aumento de denúncias.

Na verdade, num contexto cultural, em que a sociedade para manter a crença num mundo bom, reprime a aceitação do crime de horror que é o abuso sexual de crianças, sobretudo, nos casos em que o suspeito é de classe média ou alta, torna-se mais fácil para os Tribunais acreditar que a mãe mente em

⁶⁶ Cf. ORNELAS, José H., *Contributos para a Prevenção e Intervenção na área dos Abusos Sexuais de Crianças*, Conferência Internacional, Abuso Sexual de Crianças, 18 e 19 de Novembro de 2003, Aula Magna — Cidade Universitária, Lisboa, Portugal; AMARO, Fausto, *Aspectos Socioculturais dos Maus Tratos e Negligência de Crianças em Portugal*, Revista do Ministério Público, Ano 9.º, 1988, n.ºs 35 e 36, p. 87; GONÇALVES, Jeni Canha Alcobio Matias, *Criança Maltratada, O papel de uma pessoa de referência na sua recuperação, Estudo prospectivo de 5 anos*, Coimbra, 1997, p. 24; FREEMAN, M., *The End of the Century of the Child?*, Current Legal Problems, 2000, p. 533.

⁶⁷ Cf. GARDNER, *Differentiating between Parental Alienation Syndrome and Bona Fide Abuse-Neglect*, The American Journal of Family Therapy, 1999, vol. 27, n.º 2, p. 102.

vez de aceitar que um indivíduo socialmente inserido e educado possa abusar de crianças. Num quadro ideológico e histórico, em que mulheres e crianças são grupos discriminados, as teses de GARDNER encontram um terreno fértil para generalizar a crença em falsas denúncias e permitir, ao suspeito de violência ou abuso, obter a guarda dos filhos. Em Portugal, no período pós-processo Casa Pia, aumentaram as alegações de abuso sexual, nos processos de regulação das responsabilidades parentais, tendo-se gerado rumores, a este propósito, de que as acusações eram inventadas pelas mães, que manipulavam as crianças contra o outro progenitor. Trata-se, no fundo, de uma sociedade que, em termos implícitos, continua a ser patriarcal e a discriminar as mulheres e as crianças, resistindo ao seu processo de emancipação, e optando, como em épocas mais conservadoras se fazia, por vitimizar o homem, e diabolizar a mulher que rompe o silêncio e que confia no sistema jurídico para sair da situação de subordinação. O facto de o número de condenações ser baixa⁶⁸, tal não significa qualquer epidemia falsa de denúncias, sendo, antes, o fruto do silêncio da sociedade e da falta de profissionais e magistrados especializados em abuso sexual de crianças, circunstância que aumenta a probabilidade de, em processos-crime, que terminam com absolvição por insuficiência de prova, ou em processos arquivados, ter efectivamente ocorrido um abuso. Aceitar os princípios fundamentais do Estado de Direito, segundo os quais o arguido se presume inocente e não pode ser condenado com base em factos não provados, não implica que as declarações de uma criança se presumam mentirosas ou “falsas memórias”.

Os processos de regulação das responsabilidades parentais regem-se pelos mesmos princípios dos processos de promoção e protecção de crianças em perigo, por força da remissão do art. 147.º A da OTM, norteando-se pelo princípio do superior interesse da criança (art. 4.º, al. a), da LPP). Estes processos têm por objecto decidir o destino de uma criança, de acordo com o seu interesse, e/ou a aplicar medidas de protecção contra um perigo, não visando condenar penalmente o progenitor mas sim proteger a criança, sendo o ónus da prova no processo civil menos exigente do que no processo penal, em que vale o princípio *in dubio pro reu*. Em caso de dúvida, a decisão, no processo de regulação do poder paternal, deve ser *pro interesse da criança* e não *pro interesse do adulto acusado ou suspeito*, como sucede nos processos-crime, perante situações de dúvida na apreciação da prova. Nos processos de regulação das responsabilidades parentais, deve prevalecer uma lógica de protecção da criança sobre a reputação do adulto acusado. A noção de perigo, nos processos tutelares cíveis, não exige a consumação do dano,

⁶⁸ Cf. *Estatísticas da Justiça, Justiça Penal*, Arguidos em processos-crime na fase de julgamento findos, segundo o resultado final e os motivos da não condenação, por tipos de crimes, indicando que, em 2006, houve 226 arguidos, por crime de abuso sexual de crianças e menores dependentes, e 160 condenados, o que corresponde a uma taxa de condenações de 70,7%. Quanto aos não condenados, em 49, o motivo da não condenação residiu em absolvição/carência de prova e em 15, o motivo da não condenação foi a desistência.

bastando, para a aplicação de uma medida de protecção, a probabilidade da sua verificação⁶⁹. Por outro lado, a noção de abuso sexual prevista no art. 3.º, n.º 2, al. b), da LPCJP é distinta da noção de «acto sexual de relevo», como elemento do tipo legal de crime de abuso sexual de crianças plasmado no art. 171.º do CP, abrangendo actos com conotação sexual, mas que não consubstanciam, de acordo com a óptica mais exigente do Tribunal Penal, actos sexuais de relevo⁷⁰. Do ponto de vista da LPCJP não interessa nem a intenção do agente nem a culpa jurídico-criminal do agente, mas a percepção do facto pela criança, a forma como sente que o facto praticado é intrusivo na sua intimidade e no seu corpo.

No processo penal, prevalecem princípios garantísticos dos direitos dos arguidos perante o poder punitivo do Estado, o que implica exigências especiais de prova para fundamentar uma condenação, dado o carácter estigmatizante e restritivo de direitos fundamentais, que resulta da condenação e da aplicação de penas. Neste sentido, alguma jurisprudência tem considerado que o art. 32.º, n.º 8, da CRP (Garantias do processo criminal) não é analogicamente aplicável ao processo civil, no que diz respeito a provas obtidas mediante intromissão na vida privada, consagrando a lei diferentes soluções, no âmbito do processo penal e do processo civil, e sendo mais adequado, no processo civil, encontrar a solução à luz dos interesses em jogo, caso a caso⁷¹. No processo de protecção ou de regulação, o bem-estar da criança é o centro do processo, e os seus interesses e necessidades de protecção prevalecem sobre os interesses dos adultos.

Mesmo que o progenitor de referência faça alegações infundadas contra o outro, é necessário presumir que essas alegações estão a ser feitas de boa fé. Há comportamentos dos adultos, em relação às crianças, que estão na fronteira entre a ternura e o abuso⁷² e são interpretados, pela pessoa de referência da criança, como um abuso. A noção de abuso sexual tem uma componente subjectiva, que consiste na obtenção de gratificação sexual para o adulto⁷³, e que pode estar presente em actos que aparentemente não são abusivos nem são compreendidos, como tal, pelo sistema judicial. O indício para a avaliação do carácter abusivo destes actos é a reacção da criança de rejeição e de desconforto⁷⁴, que só foi observada por quem presenciou o

⁶⁹ Cf. BORGES, Beatriz Marques, *Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, Comentários e Anotações à Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro*, Livraria Almedina, Coimbra, 2007, pp. 27 e 31.

⁷⁰ No mesmo sentido, *vide ibidem*, p. 41: "Pode verificar-se abuso sexual carente de protecção pela LPCJP, ainda que o acto sexual de relevo (na terminologia do art. 172.º do CP) seja praticado com criança jovem de mais de 14 anos e ainda que tal prática sexual não seja punida penalmente."

⁷¹ Cf. TRL, acórdão de 09-06-2009 (Relatora: MARIA DO ROSÁRIO MORGADO), in *Base Jurídico-Documental do MJ*, www.dgsi.pt

⁷² Cf. FREEMAN, Michael, *The Moral Status of the Child, Essays on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, 1997, p. 260.

⁷³ *Ibidem*, p. 261

⁷⁴ *Ibidem*, p. 260.

comportamento e convive habitualmente com a criança. Nos casos de alegações não fundadas, a criança é que nunca pode ser punida, sendo separada da sua pessoa de referência, que dela cuida, desde o nascimento, e sendo obrigada a relacionar-se com um progenitor que rejeita. Por razões de bom senso e de protecção da estabilidade da vida da criança, a guarda não deve ser entregue ao outro progenitor.

6. A AUDIÇÃO DAS CRIANÇAS NOS CASOS DE ABUSO SEXUAL

Foi na área da criminalidade sexual contra crianças, que surgiu, nos processos-crime, uma tendência, no direito europeu, para valorizar o testemunho das crianças, mesmo das que têm idades mais baixas. Esta tendência foi, depois, alargada a todos os processos em que as crianças participam. Da experiência europeia e dos estudos feitos, nesta matéria, resulta que o melhor método para ouvir a criança consiste na entrevista não dirigida ou no relato livre, segundo o qual a criança é convidada a evocar os factos de maneira livre, pelas suas palavras e ao seu próprio ritmo, assegurando este relato livre uma recordação mais fiel, e permitindo evitar perguntas dirigidas ou sugestivas⁷⁵. A audição da criança é registada em vídeo, para evitar o trauma de a criança ser obrigada a relatar o facto a várias entidades⁷⁶ e uma confrontação directa com o abusador, que gera medo e falta de liberdade na criança, assim como para registar as suas emoções, choros, silêncios, hesitações, respostas gestuais e olhares que são sempre apagados pela linguagem escrita⁷⁷. Deve criar-se, à criança, um ambiente de confiança e de protecção, para que ela perceba que o sistema acredita nas suas declarações; a entrevista não deve durar mais de 20/30 minutos; a criança tem o direito de se fazer acompanhar de uma pessoa da sua confiança⁷⁸ e à audição pode assistir um psicólogo(a) ou pedo-psiquiatra, encarregado(a) de um exame médico-psicológico da criança⁷⁹. Os profissionais com formação especializada

⁷⁵ SOMERS, Paule/VANDERMEERSCH, Damien, *O registo das audições dos menores vítimas de abusos sexuais: primeiros indicadores de avaliação da experiência de Bruxelas*, Tradução de Pedro Miguel DUARTE, Infância e Juventude, 1998, n.º 1, p. 114. No mesmo sentido, designando este método por "free recall", vide FREEMAN, M., *The moral status of children*, ob. cit., p. 294. Criticando a prática judicial de fazer múltiplas perguntas às crianças e acusando o sistema judicial de não ter em conta o sofrimento das vítimas de crimes sexuais, vide FINEMAN, M.A./MYKITYUK, R., *The public nature of private violence*, New York, 1994. Sobre o silêncio, a raiva e a dor de mulheres vítimas de abuso sexual na infância vide BASS, E./THORTON, L. (eds.), *I Never Told Anyone*, 1983.

⁷⁶ Cf. SOMERS/VANDERMEERSCH, *O registo das audições dos menores vítimas de abusos sexuais...* ob. cit., p. 112.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 128-129.

⁷⁸ Vide art. 84.º, n.º 2, da Lei 149/99, de 1 de Setembro, e os Princípios do art. 8.º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Participação Infantil e Pornografia Infantil.

⁷⁹ SOMERS/VANDERMEERSCH, *O registo das audições dos menores vítimas de abuso sexuais...*, ob. cit., pp. 107-109; pp. 112-116, pp. 119-121.

recomendam estratégias facilitadoras da entrevista e defendem a audição para memória futura ou pela entrevista com recurso a espelho unidireccional, de forma a evitar a vitimação secundária resultante da repetição das audições⁸⁰. Excesso de perguntas e interrogatórios intermináveis reduzem a criança ao abuso, constituindo uma violência para esta e reflectindo a culpabilidade do inquiridor em relação à sua própria sexualidade⁸¹. Deve salvaguardar-se o mais possível o conforto e o bem-estar psicológico da vítima, pois a sexualidade constitui uma problemática que a criança domina mal e que afecta o seu pudor e intimidade⁸². As regras de produção e de apreciação da prova são distintas dos outros crimes, sendo importante notar que, imprecisões ou contradições nas afirmações da criança não constituem sinais de mentira e que a erosão das lembranças e as dificuldades em estabelecer a sequência cronológica dos factos são normais nas crianças vítimas de abusos sexuais, sobretudo, se se tratar de abusos repetidos⁸³.

A maior parte dos abusos sexuais são praticados, em ambiente familiar, pelo pai ou outros membros masculinos da família, e muitas vezes não deixam marcas físicas no corpo da criança detectáveis em exames de medicina legal⁸⁴. A declaração da vítima de crimes violentos praticados, dentro da família, aos quais ninguém assiste, para além de vítima e agressor, é a prova rainha, nestes processos, conforme tem atestado a jurisprudência⁸⁵.

7. A TERAPIA DA AMEAÇA E A TRANSFERÊNCIA DA GUARDA PARA O OUTRO PROGENITOR RECOMENDADA POR GARDNER

A recomendação da SAP de transferência da guarda da criança do progenitor que ela ama para o progenitor que ela rejeita, através do internamento

⁸⁰ Cf. RIBEIRO, Catarina, *A Criança na Justiça*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 117 e 197.

⁸¹ Cfr. MARNEFFE, Catherine, *Les Conséquences du Passage à L'Acte Pédophile Sur L'Enfant*, in AAVV, *La Pédophilie, Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1998, p. 104.

⁸² SOMERS/VANDERMEERSCH, *O registo das audições dos menores vítimas de abusos sexuais...*, *ob. cit.*, p. 133.

⁸³ *Ibidem*, pp. 124-125. Aceitando a explicação feminista acerca das causas do abuso sexual de crianças, as quais radicam, não num determinismo ou inevitabilidade biológica, mas em motivos culturais, ligados à eliminação das emoções da sexualidade masculina e à relação de poder entre adultos e crianças, vistas como objectos e brinquedos dos adultos, e não como pessoas, vide FREEMAN, M., *The moral status of children...*, *ob. cit.*, p. 296, e SOTTOMAYOR, M. C., *A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil de 1966, Direito da Família e Sucessões*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004, Coimbra, pp. 147-148.

⁸⁴ Cf. MAGALHÃES, Teresa et al., *Abuso sexual em meio familiar*, in Congresso Internacional, os Mundos Sociais e Culturais da Infância, Actas, III Volume, 19-22. Janeiro 2000, Universidade do Minho, p. 221.

⁸⁵ Cf. TRL, Acórdão de 06-06-2001 (Relator: ADELINO SALVADO), in *Base Jurídico-Documental do MJ*, www.dgsi.pt e TRC, acórdão de 09-03-2005 (Relator: BELMIRO ANDRADE), in CJ, 2005, Tomo II, pp. 36-39.

institucional, durante uma fase transitória, acompanhado de suspensão de contacto, mesmo telefónico, com o progenitor dito «alienador», separa a criança da sua pessoa de referência, retirando-a do seu ambiente natural de vida e provocando-lhe danos psíquicos e emocionais. Esta recomendação viola o princípio da prevalência da família (art. 4.º, al. g), da LPP), de acordo com o qual a institucionalização representa um último recurso dentro do sistema de protecção de crianças em perigo, e é demasiado violenta para a criança, perturba a sua estabilidade emocional e pune a crianças pelos erros dos pais. A chamada terapia da ameaça e a transferência da guarda para o outro progenitor são uma forma de coacção legal, que traumatiza ainda mais a criança, não um tratamento médico, como defendia o autor da tese da síndrome de alienação parental.

De um ponto de vista jurídico, a terapia da ameaça viola o direito dos pais não serem separados dos seus filhos, salvo quando não cumpram os seus deveres fundamentais (art. 36.º, n.º 6, da CRP) e o direito da criança à família e à manutenção dos seus laços afectivos com a pessoa de referência, consagrado no art. 69.º, n.º 1, da CRP, que reconhece o seu direito ao desenvolvimento integral. A fundamentação da transferência da guarda no mau-trato psíquico praticado pela mãe, consubstanciado na manipulação da criança, consiste numa acusação sem provas feita contra a mãe, uma vez que os Tribunais e os peritos tendem a presumir a existência de manipulação a partir da recusa da criança, por aplicação automática da SAP, sem prova rigorosa de todos os factos do caso. A falta de formação especializada e de critérios uniformes, nos programas de formação de psicólogos, deixa os juizes e os técnicos, que avaliam a família, vulneráveis à aceitação acrítica de novas teorias, sem base científica nem empírica.

A decisão de ordenar “a reconstrução da personalidade da criança”, através de uma medida de institucionalização terapêutica, viola o reduto mais profundo e íntimo de um ser humano, negando-lhe a liberdade de amar e não amar, expressão do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 25.º, 26.º e 69.º, n.º 1, da CRP e 70.º, n.º 1, do Código Civil). Esta decisão implica uma invasão da função judicial, pelos peritos em SAP, violando o princípio da reserva judicial (art. 202.º da CRP), que atribui aos Tribunais, como órgãos de soberania a função de administrar a justiça em nome do povo, de assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, de reprimir a violação da legalidade democrática e de dirimir os conflitos de interesses públicos e privados. Aos profissionais da área da psicologia ou aos terapeutas, cabe, apenas, nos termos do art. 201.º, n.º 3, da CRP, uma função auxiliar à judicial, mas não o poder de tomar decisões.

Julgo, a este propósito, que não é legítimo que a parentalidade pós-divórcio seja tratada de forma mais intrusiva do que a parentalidade, nos casos de casamento ou de união de facto, em que o Estado não separa a crianças dos seus pais, a não ser perante situações de perigo elencadas no art. 3.º da LPCJP, e depois de tentar medidas alternativas à institucionalização.

8. UMA ANÁLISE CRÍTICA DA SAP NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

A SAP tem sido invocada, em Portugal e em Espanha, por psicólogos ou advogados, e aplicada pelos Tribunais, sem qualquer teste à sua validade científica. Contudo, nos EUA, país de origem desta tese, os Tribunais Superiores já alertaram os tribunais inferiores para o facto de o trabalho de GARDNER ser fortemente criticado, não representar uma teoria de aceitação consensual nem respeitar o teste de validade científica. Em Portugal, a SAP começou, agora, a ser comercializada, tal como nos EUA, por peritos e advogados, como estratégia paga para defender, em juízo, um progenitor a quem a criança rejeita ou acusa de abuso sexual. O conceito já foi utilizado, pela jurisprudência portuguesa dos Tribunais da Relação, em processos de regulação das responsabilidades parentais e em processos-crime por violência doméstica, com maior aceitação nos primeiros.

O Tribunal da Relação de Évora (RE 27-09-2007) foi o primeiro a utilizar o conceito de alienação parental como fundamento das decisões judiciais, sem questionar a sua validade, mas propondo, em sede geral, a confiança da guarda a uma terceira pessoa, nos casos mais graves, solução que, contudo, não foi aplicada no caso concreto em que a criança permaneceu confiada à guarda da mãe, limitando-se o Tribunal a um conjunto de considerações de teor pedagógico para os pais⁸⁶. O mesmo Tribunal, no acórdão de 24-05-2007⁸⁷, não adoptou o conceito de «Síndrome de Alienação Parental» na fundamentação da decisão judicial, apesar de o mesmo ter sido utilizado nas alegações da mãe. Tratou-se de um caso em que o pai levou os filhos para sua casa, sem avisar ninguém, passando estes a viver com o pai e a família paterna. Este comportamento foi acompanhado dos seguintes factos: impedimento das visitas à mãe e dos contactos telefónicos das crianças com a mãe; retirada das crianças das actividades extra-curriculares, do ATL e do infantário; mudança de comportamento das crianças para com a mãe e familiares desta, tornando-se agressivas e receosas; agressões físicas, ameaças

⁸⁶ Cf. TRE, acórdão de 27-09-2007 (Relator: BERNARDO DOMINGOS), onde se defendeu a seguinte doutrina: "Em matéria da regulação do poder paternal e da guarda e confiança dos menores o escopo da intervenção do Tribunal é sempre e em primeiro lugar a salvaguarda do interesse destes.

II — Os menores necessitam igualmente do pai e da mãe e, por natureza, nenhum deles pode preencher a função que ao outro cabe. A consciência deste facto é essencial para que o relacionamento do menor com o progenitor a quem não esteja confiado se processe normalmente. Não devendo haver resistências por parte do progenitor a quem caiba a sua guarda, nem intransigências artificiais, por parte do outro progenitor. III — Os progenitores e em especial o que tem o menor à sua guarda devem interiorizar estes princípios e valores de harmonia familiar, que não se confundem com a harmonia conjugal e nem a pressupõem. IV — Se apesar de todas as cautelas na regulação os progenitores persistirem nas relações entre ambos, em utilizar as crianças como objecto da sua guerrilha e como veículo de transmissão dos sentimentos negativos que nutrem um pelo outro, haverá de ponderar a confiança da criança a terceira pessoa, já que a manutenção neste quadro familiar, pode ser altamente pernicioso para o seu desenvolvimento físico, psíquico e afectivo da criança."

⁸⁷ RE 24-05-2007 (Relator: MATA RIBEIRO), in *Base Jurídico-Documental do MJ*, www.dgsi.pt

e injúrias do pai contra a mãe; pressões psicológicas do pai e dos avós paternos junto dos menores, no sentido de denegrir a imagem da mãe.

O Tribunal decidiu pela entrega da guarda à mãe, revogando a decisão de 1.^a instância, com base não no conceito de alienação parental, mas fundando-se no comportamento egoísta do pai, como um facto decisivo para lhe ser retirada a guarda dos filhos. O Tribunal entendeu, ainda, que a mãe tinha melhor carácter por ser aquele

“progenitor que oferece em concreto melhores condições de assegurar aos menores um melhor desenvolvimento da sua personalidade designadamente a nível psicológico, afectivo, moral e social”. O critério da pessoa de referência teria conduzido à mesma decisão, na medida em que se deu como provado que “Até os menores passarem a viver com o pai, os laços afectivos e familiares dos menores eram, quase exclusivamente, com a família materna, sendo a família paterna ausente na vida das crianças.”

O Tribunal da Relação da Lisboa, no acórdão de 19-05-2009 (Relator: ARNALDO SILVA)⁸⁸, foi o primeiro a rejeitar a validade científica da tese da SAP, recusando, portanto, a sua aplicação, e suspendendo provisoriamente as visitas do progenitor dito “alienado” para respeitar a vontade das crianças, que o Tribunal considerou livremente expressa e sem coacções ou manipulações da mãe⁸⁹. Contudo, neste caso, em que havia alegações de abuso sexual contra o pai consideradas provadas no Tribunal de 1.^a instância, o TRL entendeu que, em face da apreciação da prova pericial, os relatos das crianças não eram verosímeis, não dando como provados os abusos sexuais alegadamente praticados pelo pai sobre as filhas. O segundo relatório pedopsiquiátrico, que se pronunciava pela ocorrência de abusos sexuais, estava, na perspectiva do Tribunal, ferido pelo decurso do tempo e pelas sucessivas e múltiplas entrevistas, tendo o Tribunal feito prevalecer os exames de sexologia e de biologia forense, assim como os exames pedo-psiquiatricos realizados a “quente” e que não confirmaram os abusos sexuais. Não pretendendo nós questionar a avaliação feita pelo Tribunal, de acordo com o seu poder de apreciar livremente as perícias (art. 389.º C.C.), cabe-nos, contudo, salientar que a doutrina, invocada na fundamentação da decisão, e que atribui às crianças tendência para mentir ou para memórias falsas, está já ultrapassada pela investigação científica⁹⁰. Com efeito,

⁸⁸ Cf. TRL, acórdão de 19-05-2009 (Relator: ARNALDO SILVA), in www.dgsi.pt.

⁸⁹ Cf. TRL, acórdão de 19-05-2009, em que, não tendo o Tribunal considerado provado que o pai tenha praticado vários crimes de abuso sexual de crianças sobre as filhas, entendeu, contudo, que a recusa das crianças ao convívio com o pai era uma decisão livre, não determinada por coacção ou manipulação da mãe, com vista a obstruir o vínculo delas com o pai, decidindo a suspensão provisória das visitas, por respeito pela vontade das crianças.

⁹⁰ É o caso de ELIZABETH LOFTUS, que criou a teoria das falsas memórias de abuso sexual, e que é acusada de violação de regras éticas no seu trabalho de investigação. Quanto aos trabalhos de ENRICO ALTAVILLA, *Psicologia Judiciária*, vol. I, 1981 e o *Processo Psicológico e*

esta demonstra que as crianças não têm tendência a mentir e que revelam elevadas competências testemunhais e comunicacionais, assim como uma capacidade de discernimento superior à que lhes é frequentemente atribuída, percebendo a diferença entre a verdade e a mentira, geralmente, a partir dos 4 anos⁹¹.

O Tribunal da Relação de Lisboa, suspendendo as visitas, tomou a decisão sensata, não aceitando a validade da teoria de GARDNER e respeitando a vontade das crianças na recusa das visitas. Contudo, na medida em que a suspensão das visitas é provisória, devendo as crianças serem sujeitas novamente a entrevistas por técnicos, para indagar da manutenção ou mudança de atitude das mesmas, tal irá permitir que um processo tão traumatizante não tenha fim, continuando as crianças a sofrer de instabilidade e de ansiedade. Nestes processos, a capacidade de intervenção do Estado com sucesso é muito limitada e contra-producente, agravando o sofrimento infantil. Os Tribunais, quando as crianças recusam as visitas, de forma persistente e continuada, devem nortear a sua actuação por um princípio de intervenção mínima, consoante o art. 4.º, al. d), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, aplicável nos processos de regulação das responsabilidades parentais, por força da remissão do art. 147.º-A da OTM.

Recentemente, no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26-01-2010 (Relatora: ANA RESENDE)⁹², deu-se uma mudança de posição da jurisprudência, tendo o Tribunal aceite a validade da teoria da síndrome da alienação parental e aplicado a transferência da guarda da criança da mãe para o pai (a terapia da ameaça), num caso que envolveu alegações de abuso sexual não provadas e arquivamento do processo-crime. Analisando a fundamentação do acórdão, nota-se que não foi levado em conta o facto de a mãe ser a pessoa de referência da criança nem os danos que resultam da separação, desconsiderando o Tribunal que o arquivamento do processo-crime não significa uma presunção de que a mãe mentiu, e que há abusos efectivamente verificados que nunca chegam a provar-se. Apesar da convicção quanto à não ocorrência dos abusos sexuais, resultante do princípio da livre apreciação da prova, o Tribunal deve proteger a criança de qualquer mudança brusca na sua vida e respeitar a relação afectiva da criança com a sua pessoa de referência. A síndrome de alienação parental dita uma resposta demasiado fácil e linear aos Tribunais, que significa, antes de mais, a prevalência dos interesses do pai em relação aos interesses da criança. O proge-

a Verdade Judicial, vol. I, trata-se de trabalhos que remontam a épocas em que não havia, ainda, conhecimentos do fenómeno do abuso sexual de crianças e do seu carácter epidémico, que atinge cerca de 15% dos meninos e 25% das meninas, preferindo o sistema social e judicial optar pela imputação à criança de fantasias.

⁹¹ Vide os resultados da literatura citada por RIBEIRO, Catarina, *Criança na Justiça, Trajectórias e Significados do Processo Judicial de Crianças Vítimas de abuso sexual intrafamiliar*, Coimbra, 2009, pp. 115 e 117.

⁹² Cf. TRL 26-01-2010, in *Base Jurídico-Documental do MJ*, www.dgsi.pt

nitor reclamava o exercício coercivo do direito de visita, através das forças policiais, atitude, normalmente, reveladora de um sentimento de posse e de egoísmo, e não de preocupação com os direitos dos filhos. Segundo a perícia elaborada, em 2.04.2008, *apesar de não existirem sinais físicos de abuso sexual, o facto é que o menor tem revelado perturbações comportamentais que coincidem com o período de reaproximação do mesmo ao progenitor (designadamente gaguez, instabilidade psico-motora constatada pela técnica da segurança social que o recebeu no hospital, o não saber desenhar e brincar, relatados pela educadora de infância do menor)*. Este elemento probatório parece não ter sido ponderado pelo Tribunal que acentuou, antes, o facto de as visitas mediadas pelo IRS terem ocorrido de forma positiva, facto que não resulta necessariamente de afecto pelo progenitor, podendo consistir naquilo que a psicologia designa por resiliência ou adaptação ao mau-trato, quando a criança não é protegida pelo sistema⁹³. A fundamentação da decisão assentou ainda, no exame psiquiátrico relativo às competências parentais da mãe e no facto de esta delegar as suas funções na avó materna do menor. De acordo com uma interpretação sociológica das sentenças judiciais, estes fundamentos são, com toda a probabilidade, discriminatórios, como sucede nos EUA e em Espanha, com as perícias feitas à mulher, embora fosse necessário, para tirar esta conclusão, analisar o conteúdo do relatório psiquiátrico e saber se o seu autor tinha ou não competência especializada. Uma mulher que tenta defender os seus filhos em vão, revelará, certamente, sintomas que podem ser confundidos, por quem não tem competência especializada em abuso sexual ou violência doméstica, com problemas psiquiátricos. Sabe-se, também, que a “psiquiatrização” da mulher, nos casos de violência doméstica ou de abuso sexual, constitui uma estratégia dos agressores que conseguem manipular o sistema a seu favor. Já a referência do Tribunal à delegação de competências parentais pela mãe em terceiros constitui uma discriminação ou um juízo de valor ilegítimo pelo facto de a mulher não ser uma mãe a tempo inteiro e recorrer à ajuda da avó da criança, comportamento socialmente típico dos pais, e nada censurável, sobretudo, se for praticado por homens, como sucede com a maior parte dos pais-homens que têm filhos à sua guarda ou durante as visitas.

A fundamentação do Tribunal escudou-se, sobretudo, na aceitação acrítica de uma teoria sem validade científica. Os elementos bibliográficos citados pelo tribunal (José Manuel Aguilar, Síndrome de Alienação Parental — Filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro, Janeiro de 2008) são incompletos, na medida em que o Tribunal não consultou obras de autores que rejeitam a validade desta tese.

Nos Tribunais de 1.^a instância, o caso em que a síndrome de alienação parental foi aplicada de forma mais radical, foi a decisão do Tribunal Judicial de Fronteira, de 22-06-2009, que ordena a institucionalização terapêutica de

⁹³ Cf. WALKER, Lenore et. al., *A Critical Analysis of parental Alienation Syndrome...*, ob. cit., p. 55.

uma criança do sexo feminino de 7 anos de idade, que rejeitava as visitas do pai, que assistiu a uma agressão física do pai contra a mãe, e que acusou o progenitor de abuso sexual, alegações não provadas que o Tribunal imputou à mãe.

Esta decisão trata a criança como um “objecto” depositado numa instituição, priva-a dos seus afectos e viola o seu direito fundamental à participação (art. 12.º da Convenção dos Direitos da Criança), negando-lhe o direito de audição, e desconsiderando a sua opinião e sentimentos, para ter em conta unicamente a opinião do adulto, o progenitor sem a guarda. Também não foram ponderados, pelo Tribunal, os danos resultantes da desvinculação da criança em relação à pessoa de referência. Verificou-se, neste processo, um excesso de intervenção do Estado na família, que viola os princípios orientadores desta intervenção consagrados no art. 4.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, e os direitos fundamentais da criança à liberdade, ao desenvolvimento integral, à continuidade da sua relação afectiva com a pessoa de referência e à participação nas decisões que lhe dizem respeito, resultantes dos arts. 25.º, 26.º e 69.º da CRP, bem como do art. 12.º da Convenção dos Direitos da Criança.

No acórdão de 12-1-2009 (Relator: JORGE LEAL), o Tribunal da Relação de Lisboa rejeitou a síndrome de alienação parental, por entender que este conceito não se aplica a casos em que a criança foi efectivamente alvo de abusos pelo progenitor alienado, abusos provados, no processo de regulação do poder paternal, somente com o testemunho da criança, que o Tribunal considerou credível e sem qualquer manipulação da mãe, e, com o parecer médico, resultante de entrevistas individuais em que a criança falava livremente e de forma espontânea. O Tribunal entendeu, também, que a rejeição da criança está justificada pela ruptura dos laços afectivos provocada pelo abuso sexual, tendo negado o direito de visitas ao progenitor, visto como uma “referência negativa” para a criança. Este acórdão baseou-se na melhor literatura sobre o testemunho infantil⁹⁴ e no estatuto da criança como sujeito de direitos, dotada de inteligência e capacidade de expressão, tendo negado as teses antigas da tendência infantil para a confabulação e para a dificuldade de distinção entre a ficção e a realidade. O Tribunal, perante a prova dos factos, não se deixou impressionar pelas testemunhas arroladas pelo Requerido e que atestam a sua natureza de “homem íntegro”, muito dedicado à filha e incapaz de praticar os actos de que foi acusado, concluindo, de acordo com a literatura citada, que *“a boa inserção sócio-profissional do requerido não garante a impossibilidade de ter praticado os actos referidos pela filha”*, e que *“Os abusos sexuais ocorrem em todas as classes sociais, e níveis sócio-eco-*

⁹⁴ Cf. RIBEIRO, Catarina, *A criança na justiça, trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*, 2009; FÁVERO, Marisalva, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, 2003; SOEIRO, Cristina, *O abuso sexual de crianças: contornos da relação entre a criança e a justiça*, Sub Judge, n.º 26, 2003, p. 24.

nómicos e culturais”, “os abusadores não têm qualquer caracterização social típica ou um comportamento público identificado”, que “Não existe também um perfil psicológico típico do abusador sexual. Em regra são pessoas que não apresentam psicopatologias”.

Nos casos em que o progenitor acusado de abuso pertence a uma classe social média/alta, alguns técnicos e magistrados têm dificuldade em aceitar que possa ser um abusador de crianças, devido aos estereótipos culturais do criminoso, nos quais não se encaixa um progenitor que goza de boa imagem social. GARDNER incorria neste mesmo erro, quando na distinção que fazia entre SAP e acusações de abusos feitas de boa fé, considerava que o progenitor abusador seria um homem psicopata, com padrão de personalidade agressivo desde a infância, com perturbações e impulsividade, que resolve conflitos pela força física, que está desempregado ou revela comportamento violento com outras pessoas e no trabalho, e que faz gastos excessivos consigo próprio, no álcool ou no jogo, em vez de apoiar financeiramente a família⁹⁵. Sabe-se, hoje, com toda a segurança, que os abusadores de crianças podem ser indivíduos de todas as classes sociais, não revelam qualquer psicopatia e têm um comportamento social e laboral, sem sinais de violência ou agressividade.

Em Portugal, os Tribunais, nos processos de regulação das responsabilidades parentais, também têm desvalorizado, com base na síndrome de alienação parental, tal como sucedeu nos EUA, alegações de abuso sexual, que mais tarde são provadas em processo-crime, dando lugar à condenação do progenitor. Veja-se o caso relatado pela Dra Maria de Lurdes Rodrigues, Procuradora no TFM de Matosinhos, na 3.ª Bienal de Jurisprudência, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em que os sucessivos pedidos da mãe de suspensão das visitas, em virtude de abusos sexuais praticados pelo pai contra a filha, foram sempre indeferidos, tendo o Tribunal, durante anos, ordenado visitas a favor de um progenitor, que veio a ser condenado por crime de abuso sexual de crianças⁹⁶. A mãe, no processo de regulação das responsabilidades parentais, não constituiu advogado e as suas alegações, tal como o parecer escrito de um psicólogo, não terão sido compreendidas pelo Tribunal, devido à diferença de linguagem entre Direito e Psicologia, e devido à falta de sensibilidade e de formação, quer dos juizes quer dos técnicos que fizeram o relatório social. Estes últimos entrevistaram a criança, que verbalizou o abuso, o qual, contudo, não foi visto como tal pelos profissionais que a ouviram. Este caso ilustra bem a dificuldade do sistema, e da própria família da criança, em encontrarem palavras e conceitos, na linguagem e no cérebro, para abordarem um tema que tem sido encoberto pelo silêncio.

⁹⁵ Cf. GARDNER, *Differentiating between Parental Alienation Syndrome...*, *ob. cit.*, pp. 103 e 105-106.

⁹⁶ Cf. AAVV, 3.ª *Bienal de Jurisprudência, Relatório da mesa temática relativa ao poder paternal* (Relatora: MARIA CLARA SOTTOMAYOR), Coimbra Editora, 2008, pp. 95-102.

A síndrome de alienação parental foi também utilizada, num parecer do MP, junto do Tribunal de V. N. de Gaia, como fundamento para arquivar um processo-crime⁹⁷, num caso em que o arguido, progenitor da vítima, veio a ser condenado pela sentença da 2.ª Vara Mista do Tribunal de Comarca de V. N. de Gaia, de 21-12-2005 (Processo n.º 0642216), por um crime continuado de abuso sexual de crianças, em relação à sua filha de três anos e meio. A pena aplicada foi uma pena de três anos de prisão, suspensa pelo período de 4 anos, juntamente com a inibição do poder paternal do arguido por um período de 8 anos⁹⁸. Esta sentença foi confirmada pelo acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11-09-2006 (inérito). No processo de regulação do poder paternal, o Tribunal ordenou visitas do pai, sem considerar a comunicação da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens acerca do abuso, e não tendo levado a sério as alegações da mãe, presumindo tratar-se de uma estratégia vingativa da mulher. Tal como no caso anterior, a mãe não tinha constituído advogado.

No acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 24-11-2009 (Relatora: LUÍSA RAMOS)⁹⁹, relativo a um processo de incumprimento do regime de visitas, o conceito de alienação parental aparece nas alegações da mãe privada de ver o filho e no relatório psicológico, tendo o Tribunal de 1.ª instância aceitado o conceito e condenado o progenitor alienador a pagar à mãe uma indemnização. O Tribunal da Relação de Guimarães, contudo, considerou a decisão de condenação totalmente desajustada e infundada, em virtude de não existirem, no processo, elementos suficientes que permitam fundamentar as reais razões que determinaram a ruptura dos laços de afectividade entre a menor e a sua mãe, e de não ter sido garantido o contraditório, revogando a decisão recorrida. O tribunal, neste caso, não aceitou a tese da alienação parental nem a condenação em indemnização do progenitor alienador, sem investigação sobre quais os factos que levaram a criança a recusar visitas. Note-se, todavia, que este caso era diferente da situação típica, pois o pai é que era acusado de alienação e não a figura materna, não se fazendo sentir contra o progenitor masculino os preconceitos de género que facilmente alastram contra as mulheres acusadas de alienação. Outro exemplo de rejeição da recomendação de GARDNER de retirada da guarda da criança ao progenitor dito alienador surge, também, no contexto inverso ao típico, em que o progenitor que impede as visitas era o pai. É o caso do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08-07-2008 (Relatora: ROSÁRIO GONÇALVES)¹⁰⁰, em que apesar de não estar referido o conceito de SAP, há uma rejeição

⁹⁷ Serviços do Ministério Público, Tribunal Judicial de Vila Nova de Gaia, decisão de arquivamento de 17-01-2005 (inérita).

⁹⁸ Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A representação da infância nos tribunais e a ideologia patriarcal*, in MARIA BERENICE DIAS/JORGE DUARTE PINHEIRO (Coordenação), *Estudos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre, 2008, pp. 285-306.

⁹⁹ Cf. TRG 24-11-2009, in www.dgsi.pt

¹⁰⁰ Cf. TRL 08-07-2008, in www.dgsi.pt

implícita do mesmo, tendo o Tribunal afirmado que *“Não se pode dizer que um progenitor que dificulte o regime de visitas da mãe, não seja um bom progenitor ao ponto de se lhe alterar, por essa razão, a guarda da menor.”* Tratava-se de uma criança que tinha sido confiada à guarda do pai com quem vivia há oito anos, em virtude de dificuldades económicas da mãe. Apesar de o Tribunal ter considerado provado que, por diversas vezes, o pai e a madrasta da criança não abriam a porta à mãe nem lhe entregavam a filha, e que a mãe tem sofrido muito por não poder estar em contacto com esta, o Tribunal entendeu que *“qualquer atitude brusca de mudança seria sempre perigosa e poderia ocasionar danos difíceis de reparar na menor”, (...)* *“não faz sentido que a menor se veja envolvida de modo instrumental pelos pais, esquecendo-se do seu bem-estar, consubstanciado aqui na sua estabilidade emocional. Nem tão pouco se deve penalizar a criança por uma conduta a si alheia (...)*”. Esta é a posição correcta, em relação à SAP e à terapia da ameaça, que, contudo, só foi seguida, pelos Tribunais, quando o progenitor dito “alienador” é o pai, não tendo sido este punido com a perda da guarda, como têm sido as mulheres quando as crianças recusam visitas.

No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21-05-2009 (Relatora: GRAÇA ARAÚJO)¹⁰¹, o Tribunal anulou a decisão de 1.ª instância, que condenava a mãe ao pagamento de multa e de indemnização por incumprimento do regime de visitas, com base na síndrome de alienação parental, por falta de decisão sobre a matéria de facto. Este caso é um sinal de que os Tribunais de 1.ª instância estão a aplicar de forma demasiado simplista a tese da alienação parental, em vez de decidirem com base nos factos provados. O conceito de alienação parental e a terapia da ameaça defendida por GARDNER foram defendidas, pela decisão de 1.ª instância, assim como foi decidida, durante o processo de regulação das responsabilidades parentais, a intervenção policial, inclusive com arrombamento de portas. Estas afirmações reflectem bem uma visão da criança como objecto, propriedade do pai, e uma preocupação com o interesse do adulto, que se considera a “vítima”, e não com a estabilidade da criança. Os Tribunais devem saber até onde podem intervir e quais são os seus limites. A força judicial e policial não pode ser usada para exigir uma sociedade perfeita.

No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-12-2009 (Relatora: ROSA RIBEIRO COELHO)¹⁰², um pai obteve uma indemnização por danos não patrimoniais causados pelo afastamento do filho, com base em responsabilidade civil extracontratual do Estado, por omissão de decisão judicial em prazo razoável. Tratava-se de um processo de regulação das responsabilidades parentais, em que o pai, acusado de abuso sexual de crianças, esperou cerca de dois anos, pela decisão que punha fim à suspensão das visitas, após ser conhecida, no processo, por relatório pericial, a não veracidade da acusação

¹⁰¹ TRL 21-05-2009, in www.dgsi.pt

¹⁰² TRL 15-12-2009, in www.dgsi.pt

de prática de actos de pedofilia. Nesta decisão, o tribunal não se pronunciou acerca da validade da tese da síndrome de alienação parental, tendo limitado a sua fundamentação à omissão de uma decisão judicial em prazo razoável¹⁰³, entendendo, contudo, que a decisão de suspensão das visitas, dada a gravidade da acusação, estava justificada na necessidade de protecção da criança, e rejeitando que a alienação parental exercida pela mãe tenha sido a causa exclusiva dos danos sofridos pelo apelante.

Na jurisprudência publicada pelos Tribunais Superiores, em processos-crime de violência doméstica, a alienação parental é invocada, pelo arguido, para imputar à vítima a intenção de afastar os filhos do seu convívio. Esta estratégia defensiva não tem, contudo, até agora, na jurisprudência dos Tribunais Superiores, tido sucesso. Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28-04-2010 (Relator: ALBERTO MIRA)¹⁰⁴, em que o arguido, que alegou a SAP, para desacreditar as declarações da filha menor, foi condenado por crime de violência doméstica com base, entre outros testemunhos, no depoimento da vítima e da filha de 14 anos, entendendo o Tribunal que *“em virtude dos episódios descritos pela menor, é perfeitamente compreensível que a relação entre os dois se tenha degradado a ponto desta não pretender contactos com aquele.”*

9. VESTÍGIOS DE SAP NA LEI CIVIL E NA LEI PENAL PORTUGUESAS

a) A cláusula do progenitor amistoso, consagrada no art. 1906.º, n.º 5, do C.C.

O art. 1906.º, n.º 5, na redacção que lhe foi dada pela Lei 61/2008, de 31 de Outubro, definiu o interesse da criança como a disponibilidade de cada um dos pais promover a relação da criança com o outro, norma semelhante à cláusula do direito norte-americano designada por *friendly parent provision*, que permite dar fundamentação legal à terapia da ameaça recomendada por GARDNER e que separa as crianças da sua pessoa de referência, causando-lhes o dano da separação. Este dano assume no desenvolvimento psicológico e afectivo da criança uma gravidade maior do que a redução da relação da criança com o progenitor não guardião, redução essa inevitável, na maior parte dos casos, e aconselhável, quando se trata de um progenitor

¹⁰³ “(...) os factos apurados não permitem concluir que a influência da mãe sobre o menor e a postura processual por aquela assumida tenham sido, por si só, causa do afastamento do menor em relação a seu pai, designadamente, no período entre 15.07.99 e Agosto de 2001 — data do despacho que estabeleceu as visitas entre o apelante e seu filho —, pelo que, a nosso ver, carece de fundamento a afirmação feita na sentença de que a “alienação parental” exercida pela progenitora foi causa exclusiva dos danos sofridos pelo apelante.” Cf. TRL 15-12-2009, in www.dgsi.pt

¹⁰⁴ TRC 28-04-2010, in www.dgsi.pt

abusivo ou negligente. A investigação científica norte-americana demonstrou que a frequência e a quantidade do contacto da criança com ambos os pais, mesmo nas relações parentais que não são conflituosas, não estão relacionadas com a adaptação da criança após o divórcio¹⁰⁵, e que o interesse da criança não reside no tempo concedido à relação com cada um dos pais, mas no funcionamento emocional destes (níveis de ansiedade e de conflito) após o divórcio¹⁰⁶. A adaptação da criança ao divórcio depende de a criança estar ao cuidado de um progenitor consciente e responsável, que ultrapasse as suas angústias e depressões pessoais, da ocorrência ou não de outros problemas psíquicos da criança anteriormente ao divórcio e da sua idade, sexo e temperamento¹⁰⁷.

A preferência pelo progenitor mais generoso em permitir a relação da criança com o outro incentiva o conflito entre os pais, como salienta uma advogada norte-americana, MARGRET K. DORE¹⁰⁸, com experiência em processos de regulação das responsabilidades parentais: “A forma mais fácil de provar que um progenitor é amistoso é provar que o outro o não é. Os pais são, assim, encorajados a criar situações que induzam o outro progenitor a não cumprir o regime de visitas, a não cooperar com o outro ou a parecer “alienador”.

A cláusula do progenitor amistoso tem sido usada, nos EUA, como uma forma de punir a mãe que faz alegações de abuso sexual que não ficam provadas¹⁰⁹, constituindo um vestígio da adopção encoberta da terapia da ameaça, através da transferência da guarda para o outro progenitor, recomendada por GARDNER.

b) O crime de subtracção de menores (art. 249.º, n.º 1, al. c), do CP)

O crime de subtracção de menores, tipificado no art. 249.º, n.º 1, al. c), do CP, foi alterado pela Lei 61/2008, de forma a abranger o incumprimento repetido e sistemático do regime de visitas, aplica-se, por excelência, às mulheres que têm a guarda dos filhos, e que podem vir a ser perseguidas penalmente de forma injustificada, quando tentam proteger os filhos de situações de abuso sexual ou de violência doméstica ou quando a criança se recusa ao convívio com o outro progenitor, nos casos designados por síndrome

¹⁰⁵ JUDITH WALLERSTEIN/SANDRA BLAKELEE, *Second Chances, Men, Women and Children a Decade After Divorce*, New York, 1989, p. 238.

¹⁰⁶ KLINE/TSCHANN/JONHSTON/WALLERSTEIN, *Children's Adjustment in Joint and Sole Physical Custody Families*, *Developmental Psychology*, 1989, vol. 25, n.º 3, p. 437.

¹⁰⁷ JUDITH WALLERSTEIN/SANDRA BLAKELEE, *Second Chances...ob. cit.*, p. 271; KLINE/TSCHANN/JONHSTON / WALLERSTEIN, *Children's Adjustment in Joint and Sole Physical Custody Families*, 1989, p. 430.

¹⁰⁸ Cf. DORE, Margret K., *The “Friendly Parent” Concept: A Flawed Factor for Child Custody*, *Loyola Journal of Public Interest Law*, 2004, vol. 6, p. 45.

¹⁰⁹ WALKER, Lenore et al., *A Critical Analysis of Parental Alienation Syndrome and Its Admissibility in the Family Court*, *ob. cit.*, p. 54.

de alienação parental. Esta norma tem subjacente um estereótipo negativo das mulheres como perversas e manipuladoras dos filhos, permitindo a sua punição, mesmo que tal manipulação não fique provada, uma vez que a letra da lei não a inclui nos elementos do tipo legal de crime. Trata-se da aplicação da ideologia e dos preconceitos inerentes à SAP sem aludir à mesma. Este tipo legal de crime concebe, também, a criança como um objecto de direitos do progenitor não guardião e pune a mãe pelo comportamento de recusa às visitas da criança, mesmo que se trate de um adolescente, a quem a lei já reconhece capacidade de decisão e autonomia na organização da sua própria vida (art. 1878.º, n.º 2, e art. 1901.º, n.º 3). Trata-se de uma contradição da ordem jurídica, por um lado, autonomizar a criança e dar-lhe o direito à opinião (art. 1878.º, n.º 2, e 1901.º, n.º 3, do Código Civil e art. 12.º da Convenção dos Direitos da Criança) e por outro lado, não lhe reconhecer o direito de estabelecer ou não relações pessoais com um dos progenitores. Mesmo que a conduta da mãe, num quadro de divórcio ou separação, tenha sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos, haverá apenas, de acordo com o n.º 2 do art. 249.º do CP, uma atenuação especial da pena, sendo a mãe, de qualquer forma, condenada. Esta norma é inconstitucional por não respeitar o direito da criança ao livre desenvolvimento da personalidade, concebendo-a como um objecto de direitos do progenitor não guardião (arts. 25.º e 26.º da CRP) e por punir a mãe por comportamentos de outrem.

10. CONCLUSÃO: SOLUÇÕES PARA OS CASOS DE REJEIÇÃO DA CRIANÇA

Nas situações de violência, abuso sexual ou outros maus tratos, os Tribunais devem respeitar a rejeição da criança, suspender as visitas do progenitor, para investigação dos factos e protecção da criança, e comunicar a denúncia ao Tribunal Penal, no caso de a mãe não o ter feito, uma vez que se trata de crimes públicos. Se o processo-penal terminar em condenação, o progenitor rejeitado deve ser inibido do poder paternal, pela sentença de condenação, ou, no processo tutelar cível, conforme permite a lei (arts. 179.º, al. a), e 152.º, n.º 6, do CP, 1913.º, al. a), e 1915.º do C.C.). Na hipótese de o processo penal não terminar em condenação, tal circunstância não permite presumir que a denúncia é falsa, mas apenas que não ficou provada, e que, quer o progenitor acusado quer a mãe que acusa se presumem inocentes. Em consequência, não há qualquer fundamento para transferir a guarda da mãe para o pai, porque também não ficam provados os maus-tratos psíquicos ou manipulações praticadas por esta, devendo os Tribunais, nesta hipótese, nortear-se pelo princípio da intervenção mínima e manter a guarda da criança junto da pessoa de referência, para evitar à criança o dano acrescido da separação.

Perante uma situação de conflito parental, sem indícios de violência nem de abuso sexual de crianças, aconselha-se que os Tribunais tomem uma

decisão judicial rápida, sem perícias, para não atrasar o processo, e que se baseiem no princípio da imediação para a produção da prova, na audição dos pais e da criança, e na avaliação dos factos¹¹⁰. Nestes processos, os Tribunais não devem utilizar a chamada terapia da ameaça, propugnada por GARDNER, e que consiste na utilização da lei para impor multas, perdas da guarda e penas de prisão para as mães acusadas de não cumprir o regime de visitas¹¹¹, mas sim tentar compreender os motivos da rejeição da criança e averiguar quais os comportamentos do progenitor rejeitado que originaram a recusa da criança. Os motivos da recusa, segundo a investigação norte-americana, estão, a mais das vezes, ligados a uma atitude moralista da criança, que culpa o progenitor pelo divórcio, a uma rebeldia própria do processo de desenvolvimento da criança, à sua adaptação à tristeza que lhe gera o divórcio, ou ainda, ao facto de ter assistido à agressividade do pai contra a mãe ou a comportamentos injustos daquele. Pode tentar-se, nestes casos, o recurso à mediação familiar, medidas de aproximação entre o pai e a criança, utilizando a mediação de profissionais da psicologia, ou a melhoria da capacidade parental do progenitor rejeitado. Na impossibilidade de conseguir, por medidas de conciliação e apoio psicológico, a reconciliação da criança com o pai, a sociedade e os Tribunais têm que aceitar que a criança, como qualquer adulto, tem direito a escolher as pessoas com quem quer ou não conviver. Meios coercitivos, como a intervenção das forças policiais, negam à criança o estatuto de pessoa e a liberdade mais profunda do ser humano: a liberdade de amar ou de não amar. Não cabe ao poder judicial impor sentimentos e afectos, e exigir a perfeição moral aos cidadãos. Isto não significa negar que há pais e mães que instrumentalizam a criança e que se comportam com falta de ética na altura do divórcio, mas não se pode tomar a parte pelo todo, nem usar a força policial e judicial para resolver problemas morais e relacionais. Isto significa punir a criança pelos erros dos pais. É preferível que estes casos sejam decididos à luz de regras pragmáticas e de bom senso, tendo em conta os limites da intervenção do Estado na família e respeitando a relação da criança com a sua pessoa de referência, assim como a sua integração no seu ambiente natural de vida.

¹¹⁰ Cf. CINTRA, et al., *Síndrome de alienação parental: realidade médico-psicológica ou jurídica?*, *ob. cit.*, p. 202.

¹¹¹ GARDNER, R., *Should Courts Order PAS Children to Visit/Reside with the Alienated Parent? A Follow-up Study*, *The American Journal of Forensic Psychology*, 2001, 19(3):61-106, disponível para consulta in <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard01a.htm>