



Luísa Nami Godoy

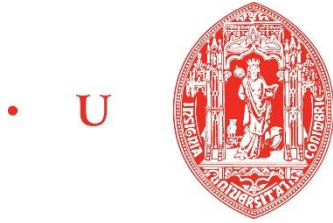
Os delitos culturalmente motivados e a justiça restaurativa

Dissertação de Mestrado, na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação da
Professora Doutora Cláudia Maria Cruz Santos.

Coimbra, julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Luísa Nami Godoy

OS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

CULTURAL OFFENSES AND RESTORATIVE JUSTICE

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Criminais, sob a orientação da Professora Doutora
Cláudia Maria Cruz Santos.*

Coimbra, 2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, que sempre me apoiaram e acreditaram nos meus sonhos. Obrigada pela educação, confiança, amor e carinho. Por serem meu porto-seguro e, em especial, por suportarem a saudade. A vocês dedico este trabalho, com a minha eterna gratidão. Sem vocês, nada seria.

Ao meu irmão, pelo homem maravilhoso que se tornou, por estar sempre presente e por sua imensa compreensão comigo.

À minha avó Alice, que prometeu me ver novamente e cumpre sua promessa todos os dias. Um misto de força e delicadeza.

Aos meus avós, Daniel e Zaida Godoy, pela luz que emanam de onde quer que estejam, e por terem me ensinado o significado de coragem. Saudade que aperta o peito e escorre a alma.

Ao amor/amigo/companheiro Rodrigo Cervi, agradeço pelo caminho traçado juntos e pelo apoio incondicional. Obrigada por ter me dado a coragem de embarcar nesta jornada.

Agradeço, também, à minha família de Coimbra: Maíra e Anna, pelo amor e amizade de sempre, vocês se tornaram um pedaço de mim. E à minha família salmantina: Ana Luiza, Gabriela e Talitha, pelo acolhimento e companheirismo. Vou sentir falta de salvar o mundo com vocês. Obrigada a todas, por me trazerem (e serem) lar.

Ao meu melhor amigo, Pedro Dassan, que entre ensinamentos e cafés resignificou o sentido de amizade. Sem ele, tampouco a concretização deste trabalho seria possível.

Aos amigos do além-mar, de Coimbra e Salamanca, por tornarem a minha vida desse lado muito mais colorida. E aos amigos brasileiros, por diminuírem fronteiras.

A Daniel Valério Martins, que como professor e amigo esteve sempre disponível para me ajudar, sanando dúvidas e me ensinando sobre cultura e multiculturalismo.

Ao Professor Doutor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, por me receber com os braços abertos na Universidad de Salamanca e por tornar meu período naquela Universidade muito mais proveitoso e inesquecível.

Agradeço, por fim, à Professora Doutora Cláudia Cruz Santos, que acreditou desde o princípio (e antes de mim mesma) que eu seria capaz de realizar essa pesquisa. Obrigada pela orientação, pelas aulas, por me apresentar à criminologia e, em especial, por ser um espelho para mim.

*"Nada hay absoluto.
Todo se cambia, todo se mueve,
todo revoluciona.
Todo vuela y se va".
- Frida Kahlo.*

RESUMO

O presente estudo busca demonstrar, primeiramente, em que consiste o multiculturalismo e quais são os novos desafios trazidos por este fenômeno, em decorrência da globalização e da diversidade étnico-cultural, ao direito penal, em especial com relação aos seus reflexos no âmbito da responsabilidade criminal. Parte-se, em seguida, para uma análise sobre a importância da alteridade e do *reconhecimento do outro* e sobre os conceitos de *cultural offenses* e *cultural defense*, indispensáveis à compreensão dos delitos culturais. Após, são estudados alguns casos de suma importância relativos a estes delitos encontrados na doutrina e na jurisprudência ao redor do mundo. Adentra-se, na sequência, em uma das principais problemáticas dos delitos culturalmente motivados e questão crucial desta pesquisa: a dos limites encontrados por estas ofensas na esfera penal. Com uma análise sobre a influência que uma *cultural offense* pode ter em cada um dos elementos da teoria do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpa) chegamos ao ponto de saber se – e de que forma – poderá ser direcionado um juízo de censura ao agente cultural. A norma costumeira, a cultura e as tradições acabam por exercer uma influência tão forte no indivíduo que, em grande parte dos delitos culturais, o agente não pode sequer ser julgado ou culpado por obedecê-las. Assim, frente a este e a tantos outros questionamentos, indaga-se se os crimes culturais não teriam uma melhor resolução na justiça restaurativa do que na justiça tradicional, visto que, por meio dessa via podem-se abrir espaços para um diálogo intercultural, com a efetiva reparação dos danos causados, que permita uma troca valorativa de informações quanto ao significado de determinadas práticas culturais e à emergência de uma preocupação genuína com as suas consequências.

Palavras-chave: multiculturalismo; crimes culturalmente motivados; culpa jurídico-penal; justiça restaurativa.

ABSTRACT

The present study attempts to demonstrate, firstly, what multiculturalism means and what are the new challenges brought by this phenomenon, which occurs due globalization and ethnic-cultural diversity, towards criminal law, especially in relation to its repercussions in the sphere of criminal responsibility. Subsequently, an analysis on the importance of alterity and recognition of the other and on the concepts of *cultural offenses* and *cultural defense*, which are indispensable to the understanding of cultural crimes. Afterwards, it was studied some cases of paramount importance regarding these crimes found both on doctrine and jurisprudence around the world. Furthermore, one of the main issues of culturally motivated crimes and the crucial question of this research: the limits found by these offenses in the criminal sphere. With an analysis of the influence that an *cultural offense* can have on each of the elements of crime theory (typicality, antijuridicity and guilt) we have come to the point of knowing if - and in which form - a censure judgment can be directed towards the cultural agent. The customary norm, culture and traditions end up exerting such a strong influence on the individual that in most cultural offenses the agent cannot even be judged or blamed for obeying them. Thus, faced with this and many other questions, it is asked whether cultural crimes would not have a better resolution in restorative justice instead of traditional justice, since, through this way, spaces for an intercultural dialogue can be opened, with the effective redress of the damages caused, allowing a valuable exchange of information about the meaning of certain cultural practices and the emergence of a genuine concern regarding their consequences.

Keywords: multiculturalism; cultural offenses; criminal-legal guilt; restorative justice.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

BCGP: Boletim Cultural da Guiné Portuguesa

CE: Constituição Espanhola

CEGP: Centro de Estudos da Guiné Portuguesa

CF: Constituição Federal Brasileira

CP: Código Penal

EUA: Estados Unidos da América

FUNAI: Fundação Nacional do Índio

FUNASA: Fundação Nacional da Saúde

JOCUM: Jovens Com uma Missão

MGF: Mutilação Genital Feminina

OMS: Organização Mundial da Saúde

ONG: Organização Não-Governamental

ONU: Organização das Nações Unidas.

RBCCRIM: Revista Brasileira de Ciências Criminais

RPCC: Revista Portuguesa de Ciências Criminais

STC: Superior Tribunal Constitucional

UNICEF: Fundo das Nações Unidas para a Infância

.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	9
1 MULTICULTURALISMO E OS NOVOS DESAFIOS TRAZIDOS PARA O DIREITO PENAL MODERNO	13
1.1 UM IGUAL QUE É DIVERSO: MULTICULTURALISMO E O RECONHECIMENTO DO OUTRO	19
1.1.1 Em busca de um conceito	20
1.1.2 Alteridade e reconhecimento.....	23
1.2 <i>CULTURAL OFFENSES</i>	25
1.3 <i>CULTURAL DEFENSE</i>	29
2 CASOS PARADIGMÁTICOS	33
2.1 JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA	33
2.1.1 <i>People v. Kimura</i>	33
2.1.2 <i>People v. Moua</i>	37
2.1.3 <i>People v. Chen</i>	39
2.2 MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA.....	41
2.2.1 A mutilação genital feminina na jurisprudência europeia.....	44
2.3 AINDA LONGE DOS TRIBUNAIS: INFANTICÍDIO RITUAL INDÍGENA NO BRASIL.....	47
3 DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS E OS PROBLEMAS NA ESFERA PENAL.....	55
3.1 <i>CULTURAL OFFENSES</i> E TIPICIDADE.....	57
3.2 A ANTIJURIDICIDADE NOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS..	64
3.3 AS SOLUÇÕES NO PLANO DA CULPA.....	71
3.3.1 A solução da inimputabilidade ou da imputabilidade diminuída	78
3.3.2 Potencial consciência da ilicitude: a solução do erro de proibição	81

3.3.3 Inexigibilidade de conduta diversa: o estado de necessidade desculpante e a coação exercida sobre o agente	88
4 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO?	92
4.1 ELEMENTOS ESSENCIAIS DA PROPOSTA RESTAURATIVA	95
4.1.1 Procurando definir a justiça restaurativa	98
4.1.2 Objetivos e características do paradigma restaurativo	101
4.1.3 Uma origem cultural.....	105
4.2 SUPERANDO LIMITES: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS	112
CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	125

INTRODUÇÃO

Uma das transformações mais importantes advindas com a globalização é a modificação da nossa compreensão tempo-espaço. O processo social pelo qual os fenômenos se aceleram e se difundem pelo globo¹. E, é a partir dessa transformação da nossa compreensão, que passamos a perceber que os processos globalizadores não tem a unidade de efeitos que antes se supunha. Os usos do tempo e do espaço, como dizia Bauman “são acentuadamente diferenciados e diferenciadores”². A globalização tanto une quanto divide, tanto agrega quanto separa. E transforma. Pessoas, costumes, culturas e fronteiras.

A globalização estendeu a quase todos a possibilidade de contato com outras culturas, com diferentes valores e com diferentes padrões comportamentais. Aproximou povos e encurtou distâncias. No mundo atual, a ideia de fronteiras geográficas é cada vez mais difícil de se sustentar. E essa desfronteirização, somada à intensificação dos fluxos migratórios, acaba por levar, todos os dias e cada vez com maior frequência, milhões de indivíduos a se inserirem em sociedades distintas daquelas de origem, com diferentes sistemas de valores, normas e tradições.

Formam-se, então, sociedades cada vez mais multiculturais, o que exerce uma pressão maior para que os Estados respondam às exigências da diversidade. O multiculturalismo³ emerge, portanto, como um grande desafio para as sociedades globais fortemente apoiadas na ideia de equidade.

Falar de culturas é falar de diferenças, de fronteiras, de particularidades. Como, então, podemos tornar efetivas políticas públicas que sejam simultaneamente culturais e globais? Que respeitem a alteridade e reconheçam o outro como um igual, mas que é, ao mesmo tempo, diverso? Como o Estado pode adotar medidas para respeitar os costumes e tradições de grupos étnicos minoritários sem que isso afete a ordem jurídica ou bens fundamentais? Como dialogar com o outro/o estrangeiro/o diferente, sem impor a cultura dos grupos dominantes? Como julgar as práticas que são consideradas crimes pelo sistema

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*. Rio de Janeiro, vol. 23, nº 1, janeiro/junho 2001. p. 7-34. p. 12.

² BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Jorge Zahar Editora Rio de Janeiro, 1999. p. 05 e ss.

³ O multiculturalismo é, segundo Boaventura Santos, uma precondição de uma relação equilibrada e mútua entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra hegemônica de direitos humanos do nosso tempo. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, 2001. p. 12.

penal do país anfitrião, mas que representam, para o grupo étnico-cultural a que pertence o agente, um costume ancestral que não pode deixar de ser cumprido?

Há muito tempo Homero já afirmava que os *Ciclopes* eram considerados monstros selvagens não porque não praticavam a navegação, mas porque ignoravam a hospitalidade. Hoje, mais de vinte séculos depois, buscamos resgatar a civilidade, a hospitalidade, como forma de garantir e promover a convivência pacífica entre as culturas dominantes e os grupos étnico-minoritários⁴. Buscamos construir e sustentar uma sociedade verdadeiramente multicultural, baseada na igualdade, no respeito à alteridade e no reconhecimento do *outro*.

Hanna Arendt escreveu, em *A Condição Humana*, que “no homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidades, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade dos seres singulares”⁵.

Percebe-se assim que, sob uma égide de alteridade e respeito aos direitos humanos, cumpre aos Estados de acolhida proporcionarem garantias que permitam aos imigrantes e aos integrantes de grupos culturais minoritários em geral o livre exercício de direitos, sem qualquer distinção de raça/sexo/língua/religião. A questão política crucial é a construção de um Estado onde o respeito pela diferença e a busca pela pluralidade estejam associados a uma efetiva política de superação da desigualdade social.

Ocorre, no entanto, que esta não é uma tarefa fácil, tendo em vista que, por vezes, um comportamento aceito e aprovado pela cultura de um grupo étnico específico pode representar, pelo ordenamento do Estado receptor, um comportamento penalmente relevante. Surge então a questão crucial desse estudo, qual seja: de que maneira poderá ser determinada a responsabilidade criminal do indivíduo que pratica um fato previsto como crime pela lei do Estado, mas é tolerado e promovido pela comunidade étnico-cultural a que pertence (qual é a real relevância de uma *cultural defense*)? E, mais ainda, que função pode desempenhar o direito penal no combate aos crimes culturalmente motivados (seria a via punitiva uma resposta adequada a estes delitos)?

Buscamos responder a esses questionamentos, primeiramente, com uma análise sobre os conceitos de *cultural offenses* e *cultural defense*, indispensáveis à compreensão dos

⁴ LOPES, Ana Maria D’Ávila. Da coexistência à convivência com o outro: entre o multiculturalismo e a interculturalidade. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*. Brasília, Ano XX, Nº 38, p. 67-81, jan./jun. 2012. p. 68 e ss.

⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 188.

desafios trazidos para as ciências criminais em decorrência da diversidade cultural. São estudados, assim, alguns casos buscados na doutrina e na jurisprudência que envolvam delitos culturalmente motivados como, *v.g.*, o *oyako-shinju* (suicídio conjunto de pais e filhos), o *zij poj niam* (casamento por rapto dos *hmongs*), o homicídio por questão de honra, a mutilação genital feminina (um dos principais problemas do multiculturalismo na Europa) e o infanticídio ritual indígena no Brasil.

Expostos esses casos, passamos a analisar de que maneira o direito penal poderia - ou deveria - intervir nestes crimes. É necessário averiguar, assim, se existem espaços de manobra dentro do nosso sistema penal tradicional que concedam ao autor de um delito cultural uma extinção da punibilidade ou, ao menos, um tratamento sancionatório favorável. Buscamos, por isso, verificar como uma *cultural offense* poderia refletir em cada núcleo central da teoria do crime, e se esta é capaz de incidir na estrutura do delito, impedindo a configuração de um dos seus elementos.

Destaca-se que alguns delitos culturalmente motivados, em especial no contexto de pessoas que chegaram há pouco tempo no país de destino, e não tiveram ainda a oportunidade de internalizar os valores pelos quais se regem a vida social agora dominante, podem constituir casos de erro sobre a ilicitude.

A identidade - de cada um e de todos -, é calcada em uma influência das regras costumeiras e dos imperativos tradicionais que formam o que somos e, embora as culturas não sejam estáticas ou tampouco determinem para sempre de onde viemos/para onde vamos, são recursos que nos guiam e dão sentido às nossas opções de vida. Só se torna possível, assim, um juízo de reprovação quando constatado que o agente teve, no caso concreto, a possibilidade real de entender o caráter criminoso do fato praticado e de determinar o seu comportamento de acordo com os interesses do sistema jurídico ao qual agora se insere.

Em países marcados pela diversidade e pelo multiculturalismo, como o Canadá, a Austrália, os Estados Unidos, a África do Sul, o Brasil e diversos países do Continente Europeu, o problema dessa relação entre o costume e o ordenamento jurídico-penal geral deve ser tratado com cautela, por meio de políticas públicas que não sejam repressivas, mas sim, inclusivas, com o aumento progressivo da compreensão dos grupos culturais minoritários quanto às consequências dessas práticas lesivas.

Questionamos então, no último capítulo desta pesquisa, se os crimes culturais não teriam uma melhor resolução na justiça restaurativa do que na justiça tradicional, tendo em

vista que o paradigma restaurativo, com sua diversidade de práticas e procedimentos, pode criar formas de conciliação para uma verdadeira reparação dos danos causados. Com uma abordagem construtiva, inclusiva, reintegradora e democrática, a via restaurativa permite ao transgressor a correção dos seus erros e, à vítima e à comunidade, a reparação dos danos sofridos.

Propomos, com este estudo, um *repensar* sobre a política criminal nos delitos culturais, apresentando a justiça restaurativa como uma forma de superar os limites encontrados no direito penal - caminhando ao lado e com este -, para obtermos estratégias mais eficazes e legítimas, com uma abordagem diferenciada no que se refere ao crime e visando solucionar os conflitos de forma mais construtiva e humanitária.

Sendo o delito de motivação cultural, o paradigma restaurativo (que, como veremos, tem sulcado nas suas bases razões culturais) parece se mostrar mais aberto à compreensão e à tolerância com o outro, possibilitando uma integração intercultural que envolva o autor, a vítima e toda a comunidade, com a compreensão por parte do agente sobre o desvalor da ofensa praticada e as suas consequências. Uma mudança interior, nuclear, que reflita no mundo exterior e em todos os envolvidos/atingidos pelo delito.

A importância dessa pesquisa reside, portanto, na análise das problemáticas trazidas pelo multiculturalismo às ciências criminais, na compreensão da alteridade, na consciência da nossa própria incompletude cultural, na busca por políticas que respeitem as tradições do outro e, ao mesmo tempo, o sistema jurídico dominante e, principalmente, na procura por soluções restaurativas que promovam uma resposta mais satisfatória, essencialmente comunitária e menos punitivista.

1 MULTICULTURALISMO E OS NOVOS DESAFIOS TRAZIDOS PARA O DIREITO PENAL MODERNO

“Não quero minha casa cercada de muros nem minhas janelas seladas. Eu quero que as culturas de todo o mundo soprem sobre o meu lar tão livremente quanto seja possível, porém, me nego a ser varrido por qualquer uma delas”⁶.

Atualmente, o direito penal vem enfrentando uma série de novos dilemas e questionamentos que surgem, principalmente, da evolução apresentada pela sociedade como um todo. Nas últimas décadas, com a intensificação da globalização, que afeta todas as esferas da vida: social, política, jurídica e econômica, e o constante fluxo migratório da população entre áreas culturais diversas, vivemos em um intercâmbio cultural cada vez mais abundante⁷.

As sociedades multiculturais são moldadas por meio da globalização, sendo que este fenômeno acaba por interferir muito além do âmbito da economia ou das finanças. Quando um processo migratório ultrapassa as fronteiras territoriais, e atinge, também, as socioculturais, surge a questão de como relacionar os ordenamentos jurídicos entre as pessoas que cruzam estas fronteiras, especialmente quando se trata dos chamados exóticos – os provenientes de um Estado cujo ordenamento jurídico seja totalmente distinto⁸.

Assim, não sem razão, a globalização e os movimentos migratórios são aduzidos como duas das causas mais imediatas da pluralidade cultural nas sociedades modernas. Isso porque, esses dois fenômenos acabam por levar à formação de comunidades cada vez mais heterogêneas e multiculturais⁹.

Como consequência, se torna cada vez mais evidente a preocupação dos Estados em lidar com os desafios que as diferenças entre maiorias e minorias - culturais, religiosas e

⁶ GANDHI, Mahatma. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. *Informe sobre desarrollo humano 2004: La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 2004. p. 85.

⁷ DE MAGLIE, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 18.

⁸ HOFFÉ, Otfried. *Derecho Intercultural*, Colección, Estudios Alemanes. Traducción Rafael Sevilla. Editora Gedisa, Barcelona, 2000. p. 17.

⁹ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit., loc. cit.*

econômicas – trazem às sociedades contemporâneas. Cabe aos Estados diminuir os impactos sociais dessas diferenças, as quais refletem diretamente nas ciências criminais¹⁰.

Conforme bem pontuado por Cristina De Maglie, “*es la cultura de la globalización que hace surgir – casi como antítesis dialéctica – una cultura de la diversidad y de la variación y una mayor consciencia de las raíces étnicas y culturales*”¹¹.

De igual maneira, os fluxos migratórios atuais, legais ou ilegais, levam milhões de indivíduos a se inserirem em sociedades distintas daquelas de origem, aumentando, de forma relevante, a taxa de diversidade étnica, religiosa e cultural das sociedades que – por assim dizer - “acolhem” aos estrangeiros imigrantes¹².

Nesse contexto, Zygmunt Bauman ressalta que “as distâncias já não importam, ao passo que a ideia de uma fronteira geográfica é cada vez mais difícil de sustentar no ‘mundo real’. Parece claro de repente que as divisões dos continentes e do globo como um todo foram função das distâncias¹³, outrora impositivamente reais devido aos transportes primitivos e às dificuldades de viagem”¹⁴.

As distâncias, as fronteiras e as diferenças já não são mais as mesmas.

Faria Costa, por sua vez, ensina que a internacionalização massificada dos povos estendeu a quase todos a possibilidade de contato com outras culturas, com diferentes valores e com diferentes padrões comportamentais. Pela razão simples de que “já não há ‘dentro’ nem ‘fora’”. Pela razão simples de que tudo é tudo aqui, neste ponto, mas é a mesma coisa nos antípodas. O nosso viver despacializou-se. O nosso interagir subjetivo perdeu as referências clássicas do espaço. As culturas, os gestos, os gostos, os saberes, as informações tudo está em qualquer lugar, em qualquer espaço”¹⁵.

O direito penal, então, como qualquer outra dimensão profunda do nosso agir coletivo, anda à procura de novos rumos e de novas categorias.

¹⁰ RENTELN, Alison. *The Cultural Defense: Challenging The Monocultural Paradigm*. In FOLETS/RENTELN (eds.), *Multicultural jurisprudence*, ed. Hart Publishing, 2009, p. 792.

¹¹ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, p. 43.

¹² DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, p. 44.

¹³ Para Bauman, a distância, longe de ser um “dado” objetivo, impessoal e físico, é um produto social; sua extensão varia dependendo da velocidade com a qual pode ser vencida (e, numa economia monetária, do custo envolvido na produção dessa velocidade). Para o Autor, todos os outros fatores da constituição, separação e manutenção de identidades coletivas — como fronteiras estatais ou barreiras culturais — parecem, em retrospectiva, meros efeitos secundários dessa velocidade a ser vencida. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Jorge Zahar Editora Rio de Janeiro, 1999. p. 20.

¹⁴ *Ibidem*, p. 19.

¹⁵ COSTA, José de Faria. A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude). In: *Stvdia Iuridica – 73, Colloquia – 12, Globalização e Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 186.

Antes do advento da globalização e do multiculturalismo, o mundo era concebido como “um conjunto de articuladas mónadas, praticamente autônomas. E tais unidades de sentido – como um território, um povo, uma cultura e uma língua – a nada e a ninguém tinham que responder sobre o que se passava em seu território”¹⁶.

Hoje essa desfronteirização, que traz consigo e com seus imigrantes diferentes sistemas de valores, tem exercido uma pressão maior sobre os Estados para responder as exigências da diversidade¹⁷. O multiculturalismo emerge, portanto, como um desafio para as sociedades globais fortemente apoiadas na ideia de equidade¹⁸.

A questão política crucial é a construção de um Estado onde o respeito pela diferença esteja associado a uma efetiva política de superação da desigualdade social.¹⁹ George Cerqueira, analisando um conflito ocorrido na França – a respeito da roupa tradicional das meninas árabes na escola²⁰ (exigia-se que usassem o uniforme escolar e não a roupa que a tradição islâmica estabelece para as mulheres) – traz uma série de questionamentos relacionados ao multiculturalismo, a saber:

Como fazer para que a menina árabe possa se vestir de acordo com os ditames do Corão e, ao mesmo tempo, brincar com as demais? E para que, quando adulta trabalhe em igualdade de condições com as demais, vestida da forma prevista em sua religião? Que diferenças culturais não ofereçam as razões para a exploração ou marginalização de seres humanos; que se respeitem os xamãs, mas que sejam aplicadas vacinas e remédios modernos; que se venere a tradição oral de um povo, mas que todos saibam ler e escrever²¹.

No mesmo sentido, tem-se o amplo debate em torno dos Testemunhos de Jeová. Um caso que teve grande repercussão na Espanha é o *Caso Pedro Alegre Tomás y doña Lina*

¹⁶ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, 2003. p. 182.

¹⁷ RENTELN, Alison. *The Cultural Defense: Challenging The Monocultural Paradigm*. in FOLETS/RENTELN (eds.), *Multicultural jurisprudence*, ed. Hart Publishing, 2009, p. 792.

¹⁸ FURQUIM, Saulo Ramos. *A Criminologia Cultural e a Criminalização das Culturas Periféricas*. Discursos sobre crime, multiculturalismo, cultura e tédio. Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra/2014. p. 43.

¹⁹ ZARUR, George de Cerqueira Leite. A menina árabe e os nossos poetas: ensaio sobre o multiculturalismo e o Brasil. *Revista Logos*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 43-51, 2000. p. 44. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/14799-49660-1-SM.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

²⁰ A igualdade originária da revolução francesa implica, dentre outros hábitos, o uso do uniforme escolar, sob a justificativa de que todos ficam iguais na escola, desaparecendo as diferenças de riqueza expressas nas vestes. A preocupação do diretor da escola, na defesa da “igualdade republicana” é de fazer com que todas as meninas brinquem com as demais. Que todas partilhem, no futuro, igualmente, as oportunidades econômicas e políticas oferecidas pelo país. A defesa do estado laico e da escola pública contra critérios religiosos na formação da personalidade infantil. ZARUR, George de Cerqueira Leite. *Ibidem*, p. 44 e ss.

²¹ *Idem*.

*Vallés Rausa v. Província de Huesca (STC 154/2002)*²². Julgado pelo Tribunal Constitucional Espanhol no dia 18 de julho de 2002, este caso discute o recurso de amparo interposto por Pedro Alegre Tomás e Lina Vallés Rausa em face de sentença que os condenou pela prática do delito de homicídio por omissão.

A razão para tal condenação reside na negativa, por parte destes, em autorizar a transfusão de sangue necessária para salvar a vida do menor Marcos Alegre Vallés, filho do casal. A negativa foi sustentada pelas crenças religiosas da família que, sendo Testemunhos de Jeová, entendem que a transfusão de sangue está proibida pela lei de Deus²³.

Marcos Alegre Vallés, à época com 13 anos de idade, acabou vindo à óbito. Constam dos autos que se tivesse recebido em tempo a transfusão de sangue da qual necessitava, o menor teria tido uma grande possibilidade de sobreviver²⁴.

A despeito da esfera criminal, ao lado da menina árabe, dos testemunhos de Jeová e de tantos diferentes – ou diversos -, muitas outras questões podem ser mencionadas como espelhos e reflexos do multiculturalismo. Hoje, conflitos étnicos e culturais no Oriente Médio, na África, na Europa Oriental e na Ásia são as piores tragédias enfrentadas pela

²² Cf. caso Pedro Alegre Tomás y doña Lina Vallés Rausa v. Província de Huesca (STC 154/2002). Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/4690#complete_resolucion>. Acesso em: 14 abr. 2016.

²³ Em síntese, o menor Marcos Alegre Vallés, filho dos recorrentes, sofreu algumas lesões em razão de um acidente de bicicleta. Em consequência, no dia 08 de setembro de 1994, precisou ser levado por seus pais ao Hospital de Vilanova, na cidade de Lérida. Atendido pelos médicos, estes informaram que o menor se encontrava em uma situação de alto risco hemorrágico, sendo necessária uma transfusão de sangue imediata. Os pais, no entanto, se opuseram à realização da transfusão, por motivos religiosos. O centro hospitalar, por sua vez, temendo pela vida do menor, solicitou ao Juizado de Menores a autorização para a prática da transfusão, que foi concedida. Os recorrentes acataram a decisão judicial. Porém, quando os médicos foram efetuar a transfusão, o menor, sem intervenção alguma de seus pais, a rechaçou “com um autêntico terror”. Depois de tentarem por repetidas vezes convencê-lo, os médicos - preocupados com sua agitação e a ocorrência de uma hemorragia cerebral – desistiram de realizar o procedimento. Em busca de tratamentos alternativos, os pais retiraram o menor do hospital no dia 09 de setembro de 1994. Marcos foi levado a outros dois Hospitais, sendo que ambos deram, como única solução, a realização imediata da transfusão. Continuada a negativa, os recorrentes e seu filho retornaram para seu domicílio, onde tinham apenas a assistência do médico titular da localidade. No dia 14 de setembro do mesmo ano, a pedido deste último, o Tribunal da cidade autorizou a entrada na residência para cuidados médicos e eventual realização da transfusão. Os pais não se opuseram à determinação judicial e Marcos foi levado ao Hospital de Barbastro já em coma profundo. A transfusão foi realizada mesmo contra a vontade do menor, mas este não resistiu e veio a falecer às 21:30hrs do dia 15 de setembro de 1994.

²⁴ Frente ao exposto, o Supremo Tribunal Penal, ao proferir sentença condenatória dos recorrentes sustentou que correspondia aos pais, no exercício de suas atribuições legais, salvaguardar a saúde do menor, dos quais eram garantes. Assim, teriam dever moral e legal de autorizar a transfusão que teria evitado a morte de seu filho. Em recurso de amparo, os recorrentes alegaram a violação aos direitos fundamentais de liberdade religiosa e integridade física e moral (artigos 16.1 e 15 da CE). O Tribunal Constitucional Espanhol, após uma aprofundada análise a respeito do conteúdo e dos limites próprios do direito à liberdade religiosa previsto pelo artigo 16 da CE, decidiu por outorgar o recurso interposto, visto que a atuação dos recorrentes estava amparada pelo direito fundamental à liberdade religiosa, o qual foi violado na Sentença que os condenou pelo delito de homicídio por omissão. Determinou-se, assim, a anulação da mesma.

humanidade. Assim, a multiétnicidade e a multiculturalidade devem ser pensadas e politicamente trabalhadas com extrema cautela.

Neste sentido, destaca-se que, embora sejam conceitos que se sobrepõem e interferem entre si, multiétnicidade e multiculturalidade não devem - e nem podem - ser compreendidos como sinônimos.

Isso porque, a multiétnicidade implica, necessariamente, na multiculturalidade, já que os grupos étnicos distintos presentes em um mesmo território possuem uma cultura própria com elementos que a fazem peculiar e diferente da cultura dominante²⁵. Afirmar o contrário, porém, não é correto. Ou seja: a multiculturalidade não implica, necessariamente, a multiétnicidade, tendo em vista que as diferenças culturais não têm origem somente na etnicidade, mas podem derivar também da diversidade religiosa, ideológica, social ou econômica²⁶.

Em síntese, podemos afirmar que enquanto a sociedade multiétnica é sempre multicultural, a sociedade multicultural poderá ser, embora não necessariamente, multiétnica.

Isto para dizer, enfim, que essa composição multicultural da sociedade acaba por mover os cimentos das concepções tradicionais: surgem verdadeiros conflitos culturais entre os sistemas anfitriões e os grupos minoritários que são hóspedes do mesmo²⁷. Um comportamento aceito ou, inclusive, aprovado pela cultura de um grupo étnico específico pode representar, pelo ordenamento do local de acolhida, um comportamento penalmente relevante.

Surgem, portanto, em decorrência dessa diversidade cultural da humanidade, questionamentos sobre como garantir o respeito e a convivência pacífica entre os diversos grupos culturais e também entre os membros no interior desses grupos²⁸.

Como já dizia Jock Young: “a modernidade recente é um mundo de dificuldade e diversidade crescentes”²⁹. Em especial, para as ciências criminais, tendo em vista que a doutrina do direito penal passou a lidar com questões relacionadas à diversidade cultural e

²⁵ CESAREO, Vincenzo. *Società multietiche e multiculturalismi*. Vita e Pensiero, 2002. p. 13.

²⁶ CESAREO, Vincenzo. *Ibidem*, p. 13 e ss.

²⁷ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.* p. 44.

²⁸ LOPES, Ana Maria D'Ávila. O Direito de Saida no Contexto do Multiculturalismo. *Seqüência*. Florianópolis, n. 71, p. 155-176, dez. 2015. p. 156.

²⁹ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução: Renato Aguiar. Revan: Rio de Janeiro, 2002. p. 147.

aos novos e especiais conceitos como *cultural offenses* e *cultural defense*³⁰, os quais serão vistos, com maior afinco, ao longo deste estudo.

Com efeito, destaca-se que, em decorrência do multiculturalismo, a valoração que pode ter um determinado comportamento nas sociedades contemporâneas irá variar conforme o contexto cultural a que pertence o seu autor³¹, surgindo para o direito penal diversos questionamentos, como, por exemplo:

- a) Como se determina a responsabilidade criminal do indivíduo que pratica um fato previsto como crime pela lei do Estado, mas é tolerado e promovido pela comunidade étnico-cultural a que pertence?
- b) Como se resolvem, na perspectiva da responsabilidade criminal, os conflitos entre as normas do direito penal e as normas culturais que são seguidas pelo agente?
- c) Que relevância pode ter nesse contexto uma *cultural defense*?
- d) Que função pode desempenhar o direito penal no combate aos crimes culturalmente motivados?³²

Estes desafios trazidos para as sociedades modernas merecem, portanto, uma análise mais aprofundada, tendo em vista que os problemas da punibilidade de algumas práticas culturais oscilam – de um lado – entre a afirmação dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos a eles associados. De outro, entre as válvulas de descompressão da pressão exercida pelas tradições e pelos costumes étnicos sobre o indivíduo - abertas pela culpa, nomeadamente pela sua exclusão ou atenuação³³.

Conforme ensina Silva Sánchez:

El problema político, pero también filosófico, se suscita, desde luego, cuando se trata de aludir a la posibilidad o no de un Derecho Penal supracultural o intercultural; donde, en realidad, debe leerse, de un modo más exacto, una teoría de la política criminal supracultural o intercultural. En este punto, el objeto de discusión es, de nuevo, doble: por un lado, si es efectivamente posible ese mínimo común de la política criminal indisponible, frente a las pretensiones relativistas de los enfoques culturalistas; y, por otro lado, cuál habría de ser su alcance. Si éste habría de comprender, por ejemplo, la supresión de las penas corporales, la despenalización de conductas expresivas de libertades básicas o la imposibilidad de eximir de pena a las conductas de gravemente lesivas de bienes jurídicos fundamentales³⁴.

³⁰ BASILE, Fabio. *Diritto penale e multiculturalismo: il Diritto Penale nelle società multiculturali*, Giuffrè Editore, Milano 2010. p. 14.

³¹ CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: um desafio para el derecho penal moderno. *Política Criminal*. Santiago, Chile, n. 3, p. 1-28, 2007.

³² DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. RPCC. 2006. p. 02.

³³ DIAS, Augusto Silva. *Ibidem*, p. 46.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal. *Revista de Derecho penal y Criminología*. n.º 9, 2002, p. 85.

O direito penal é chamado, para tanto, ao lado de outras ciências jurídicas, a reformular suas próprias categorias, a fim de adaptá-las às novas – e cada vez mais frequentes – questões culturais.

1.1 UM IGUAL QUE É DIVERSO: MULTICULTURALISMO E O RECONHECIMENTO DO OUTRO

“Se fosse possível, de agora em diante, os membros de diferentes nacionalidades, com diferentes línguas e costumes e uma vida intelectual diferente, viverem lado a lado num mesmo estado, sem sucumbir à tentação de cada um tentar forçar sua nacionalidade ao outro, as coisas na terra pareceriam bem mais pacíficas”³⁵.

Essa frase foi escrita pelo Príncipe Bernhard Von Bülow, Chanceler da Alemanha, no ano de 1916. No entanto, ainda hoje, reflete os anseios por uma sociedade multicultural, baseada no respeito à diversidade, na busca pela equidade e no reconhecimento do “outro”. A demanda, como bem pontuou Jock Young, “é por um mundo em que os indivíduos possam desenvolver e dar às suas vidas um significado; um mundo em que a diversidade humana possa florescer”³⁶.

Nesse sentido, resta claro que a globalização tornou o mito de um Estado culturalmente homogêneo ainda mais irreal – forçando a maioria, dentro de cada nação, a se tornar mais aberta ao pluralismo e à diversidade³⁷.

Conforme ressaltado por Will Kymlicka, *“en un mundo de libre comercio y comunicaciones globales, la naturaleza de las identidades étnicas y nacionales está experimentando un cambio, pero el reto del multiculturalismo sigue en pie”³⁸.*

³⁵ VON BÜLOW, Bernhard *apud* MAYBURY-LEWIS, David. Vivendo Leviatã: Grupos étnicos e o Estado. In: OLIVEIRA, Roberto Cardoso (org). *Anuário Antropológico* 83. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro; Fortaleza: Edições UFC, 1985. p. 103.

³⁶ YOUNG, Jock. *Op. cit.*, p. 149.

³⁷ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996. p. 09.

³⁸ *Idem*.

Representando um poderoso instrumento político para categorias étnicas estigmatizadas – na sua luta por dignidade e respeito – o multiculturalismo desempenha, então, um papel fundamental na busca por justiça e equidade.

O multiculturalismo permite que as pessoas sejam elas mesmas, desenvolvam suas diferenças e tolerem o desvio. Para Young, ainda que “precário a longo prazo, o multiculturalismo é uma solução para as vicissitudes ontológicas da modernidade recente”³⁹.

1.1.1 Em busca de um conceito

De acordo com Nunes e Santos, a expressão multiculturalismo designa, originalmente, “a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das sociedades modernas”⁴⁰.

Para os autores, contudo, o termo apresenta as mesmas dificuldades e potencialidades do conceito de cultura⁴¹: “um conceito central das humanidades e das ciências sociais e que, nas últimas décadas, se tornou um terreno explícito de lutas políticas”⁴².

A cultura tornou-se um conceito estratégico central para a definição de identidades e de alteridades no mundo contemporâneo, um recurso para a afirmação da diferença e da exigência do seu reconhecimento e um campo de lutas e contradições⁴³. E, se a definição de cultura pode ser controversa, com muito mais razão será a de multiculturalismo.

³⁹ YOUNG, Jock. *Op. cit.*, p. 150.

⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Ariscado. *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/res/pdfs/IntrodMultiPort.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2017. p. 03.

⁴¹ Segundo Santos e Nunes, “a ideia de cultura, num dos seus usos mais comuns, está associada a um dos domínios do saber institucionalizados no Ocidente, as humanidades. Definida como repositório do que de melhor foi pensado e produzido pela humanidade, a cultura, neste sentido, assenta em critérios de valor, estéticos, morais ou cognitivos que, definindo-se a si próprios como universais, elidem a diferença cultural ou a especificidade histórica dos objetos que classificam”. *Idem*.

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Ariscado. *Ibidem*, p. 03 e ss.

⁴³ *Ibidem*, p. 05.

Longe de ser absoluto, unívoco ou tampouco pacífico, é um conceito “atravessado por tensões”⁴⁴, mas que acabou generalizando-se como “um modo de designar as diferenças culturais em um contexto transacional e global”⁴⁵.

O termo multiculturalismo empenha-se normativamente - e descritivamente - para entender o pluralismo das culturas e dos grupos que caracterizam as sociedades contemporâneas. Centrado na ideia de pluralismo como horizonte da diversidade, permite o acesso à alteridade e ao reconhecimento. É um fato e um ideal que busca a convivência pacífica e harmônica de sociedades que possuem um acervo cultural distinto.

Nas palavras de Augusto Silva Dias, o termo multicultural, em sentido amplo, pode ser entendido como “uma realidade social constituída por um grupo cultural dominante, diferenciado em subculturas com ele mais ou menos relacionadas por grupos culturais estranhos, forasteiros, diversos tanto na sua origem geográfica quanto no seu sistema de tradições, regras e práticas”⁴⁶.

Para Cristina de Maglie, por sua vez, o multiculturalismo corresponde a “*un modo de desear las cosas (...) un ideal de convivencia de la sociedad pluralista alternativo al del melting pot*”⁴⁷, *ya que promueve el sueño de una convivencia marcada y enriquecida por las diferencias de cada grupo*”⁴⁸.

O multiculturalismo pode ser compreendido, assim, como a coexistência de formas culturais ou grupos caracterizados por diferentes culturas no seio das sociedades modernas. Verifica-se que o termo se refere, principalmente, à convivência de grupos distintos

⁴⁴ Para mais sobre os diversos – e possíveis – conceitos de multiculturalismo cf. BASILE, Fabio. *Diritto penale e multiculturalismo: il Diritto Penale nelle società multiculturali*, Milano: Giuffrè Editore, 2010; KYMLICKA, W. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996; MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012; SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Ariscado. *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/res/pdfs/IntrodMultiPort.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2017. p. 05; SEMPRINI, A. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999.

⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Ariscado. *Op. cit.*, p. 10.

⁴⁶ DIAS, Augusto Silva. O Multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências: in *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 16.

⁴⁷ *Melting pot*, também chamado de caldeirão de raças ou de culturas, é uma metáfora norte-americana utilizada para descrever uma sociedade heterogênea que se torna mais homogênea, quando seus diferentes elementos “derretem juntos” em um todo harmonioso, como se fossem uma cultura comum. Ou vice-versa. Historicamente, o termo foi utilizado, durante muito tempo, para descrever a assimilação dos imigrantes aos Estados Unidos. O termo exato - “*melting pot*” - entrou em uso geral nos Estados Unidos após ter sido usado como uma metáfora que descreve uma fusão de nacionalidades, culturas e etnias em uma peça teatral homônima de 1908.

⁴⁸ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, p. 49.

culturalmente (com diferentes valores políticos, étnicos, religiosos ou sociais) em um mesmo espaço territorial⁴⁹.

Essa configuração da realidade social multicultural pode ser recente, como sucede na generalidade das sociedades europeias, fruto dos movimentos migratórios intensificados pela globalização, ou antiga, como é o caso das sociedades originalmente plurais com “*first nations*” ou povos indígenas que possuem historicamente um tecido cultural heterogêneo⁵⁰.

Ocorre, no entanto, que a convivência em um mesmo espaço territorial de grupos tão distintos culturalmente acaba por gerar, não raramente, algumas colisões. Nesse sentido, Raúl Carnevali destaca que entre os fatores que podem trazer alguma tensão à convivência dentro das sociedades multiculturais está a posição assumida por certas minorias de ressaltar sua cultura e intensificar seus processos identitários. Esses fenômenos, curiosamente, parecem aumentar com a globalização, tendo em vista que a consciência cultural se intensifica ao relacionar-se e competir com outros grupos⁵¹.

Sem contar, ainda, que existem grupos aos quais sequer interessa a participação na nova comunidade de permanência ou a inclusão nos valores da cultura dominante. Não há como se estranhar, portanto, a possibilidade de enfrentamentos e divergências culturais.

Ressalta-se, contudo, que em regra geral esses enfrentamentos não originam conflitos violentos. Referem-se, outrossim, às colisões entre o que dispõe o ordenamento jurídico, em especial o jurídico penal, do Estado receptor e os costumes e práticas divergentes de determinados grupos culturais⁵².

É preciso haver, conforme diz Taylor, um liame estrutural entre o desenvolvimento do individualismo e a reivindicação cultural - a partir do reconhecimento e das relações dialógicas com os demais⁵³.

Segundo o autor, portanto, o grande desafio das sociedades multiculturais é tornar possível a convivência entre grupos de culturas, nacionalidades e etnias variadas, por meio

⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Ariscado. *Op. cit.*, p. 03.

⁵⁰ DIAS, Augusto Silva. O Multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências: in *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 17.

⁵¹ CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: um desafio para el derecho penal moderno. *Política Criminal*. Santiago, Chile, n. 3, p. 1-28, 2007.

⁵² *Idem*.

⁵³ TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 69.

de uma política de reconhecimento que coadune o universalismo e a diversidade no intuito de reduzir as injustiças e a opressão – reconhecendo e preservando os grupos minoritários⁵⁴.

1.1.2 Alteridade e reconhecimento

A cultura tem uma importância vital para a formação do indivíduo. Trata-se de uma dimensão indispensável, irrenunciável e imprescindível para a constituição e evolução de todo ser humano⁵⁵. O acolher do outro – respeitando seus costumes e diferenças – ao mesmo tempo em que se busca preservar as estruturas normativas que regulam e dão suporte à convivência social é, portanto, o difícil desafio com que as sociedades hoje se deparam⁵⁶.

Assim, a questão central que a aceção do termo multiculturalismo procura responder é, como bem pontuado por Silva Dias: a do “reconhecimento do outro como um igual que é diverso”⁵⁷.

Esse reconhecimento da diferença significa ir além de compreender a alteridade. É aceitar a diversidade como a expressão da condição humana - reconhecer o outro e reconhecer-se - tornando possível a pluralidade humana.

Ao buscar o reconhecimento, o homem aspira à sua própria dignidade ou àquela de seu grupo cultural ou étnico⁵⁸. Assim, ao ressaltar a necessidade de uma política legítima de reconhecimento das diferenças, Charles Taylor salienta que:

Una sociedad con poderosas metas colectivas puede ser liberal siempre que también sea capaz de respetar la diversidad, especialmente al tratar a aquellos que no comparten sus metas comunes, y siempre que pueda ofrecer salvaguardias adecuadas para los derechos fundamentales. Indudablemente, habrá tensiones y dificultades en la búsqueda simultánea de esos objetivos, pero tal búsqueda no es imposible, y los problemas no son, en principio, mayores que aquellos con los que

⁵⁴ TAYLOR, Charles. *Op. cit.*, 1993. p. 69.

⁵⁵ BASILE, Fabio. Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati. *Política Criminal*. Santiago, Chile, v. 6, n. 12. 2011. p. 347.

⁵⁶ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2014. p. 18.

⁵⁷ Dias menciona que “o reconhecimento, na tradição de FICHTE e HEGEL, tem por base o encontro entre *ego* e *alter* no qual cada um toma consciência de si e da sua condição através do outro. Por outras palavras, o reconhecimento tematiza do ponto de vista ético-político a experiência da intersubjetividade. Aquele encontro proporciona a cada sujeito a compreensão de si e do outro como *alter ego*, assinalando *ego* a condição de um mesmo, um igual, e *alter* a condição de um diferente. A comunicação encetada por ambos não é isenta de distorções, patologias, ou estratégias de dominação, que impelem amiúde ao conflito, a indignação e à luta, mas ela possibilita também um entendimento fundado no reconhecimento recíproco como sujeitos autônomos simultaneamente iguais e diferentes”. DIAS, Augusto Silva. *Ibidem*, p. 17.

⁵⁸ AMORIM, Ana Maria Martins. Multiculturalismo e etnicidade: os quilombolas e a construção da cidadania no Brasil contemporâneo. *Universitas Humanas*. Brasília, v. 8, n. 1, p. 83-106, jan/jun., 2011. p. 86.

*tropieza cualquier sociedad liberal que tenga que combinar, por ejemplo, libertad e igualdad, o prosperidad y justicia*⁵⁹.

O reconhecimento se torna, assim, um conceito fundamental para a compreensão da identidade, tendo em vista que esta - tomada como característica essencial do ser humano – se completa ao ser reconhecida e aceita. Cada pessoa tem em si, na sua essência, uma identidade própria que só se realiza para o mundo exterior quando é aceita pelos outros e pelo seu grupo cultural.

Taylor afirma, ainda, que “*el falso reconocimiento o la falta de reconocimiento pueden causar daño, pueden ser una forma de opresión que subyugue a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido*”⁶⁰. Essa autodepreciação, por sua vez, se transforma em um dos instrumentos mais poderosos da própria opressão.

Sob essa premissa, ao analisar a política de reconhecimento proposta por Taylor, Habermas salienta que uma teoria dos direitos corretamente entendida, exige – precisamente – uma política de reconhecimento que proteja a integridade do indivíduo, inclusive nos contextos vitais, conforme a sua identidade⁶¹.

Para Habermas, ainda, a conexão interna entre Estado de Direito e democracia demonstra claramente que um sistema de direitos que não reconheça a “inclusão do outro” não é só cego frente às desigualdades sociais, mas também frente às diferenças culturais⁶².

Percebe-se assim, que sob a égide da proteção aos Direitos Humanos, cumpre aos Estados receptores proporcionarem garantias que permitam aos imigrantes – novos em seus territórios e sujeitos à sua jurisdição – o livre exercício de direitos, sem qualquer distinção de raça, sexo, língua, política ou religião.

Até porque, a igualdade e a diferença apoiam-se, entre outros aspectos, na constituição cultural diversa do espírito humano. Nascemos, crescemos e vivemos inseridos em redes ou entrelaçamentos não uniformes, que influenciam ampla e diretamente nosso modo de agir e pensar. Perante tal cenário, o estrangeiro, o novo, o que vem de fora, e reforça à formação de comunidade não deve nem ser tratado com um estranho ou, tampouco, como

⁵⁹ TAYLOR, Charles. *Op. cit.*, p. 107.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 54.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*. Estudios de teoría política. Barcelona: Paidós, 1999. p. 195 e ss.

⁶² *Ibidem*, p. 193-194.

um idêntico. Deve ser tido antes como um igual, portador e merecedor da mesma dignidade, mas que é, ao mesmo tempo, completamente outro⁶³.

O multiculturalismo busca, então, oferecer resistência contra a intolerância, a marginalização e o desprezo⁶⁴, lutando pelo reconhecimento das identidades coletivas ou individuais – seja em contexto de uma cultura majoritária ou de uma comunidade de povos. Trata-se de um movimento de emancipação cujos objetivos políticos coletivos se dão, em primeira instância, em termos culturais, ainda que estejam sempre em jogo, também, desigualdades de caráter econômico e de natureza política⁶⁵.

Como disse Mia Couto: “todos sabemos que esse outro caminho poderia começar, por exemplo, pelo desejo de conhecermos melhor esses que, de um e de outro lado aprendemos a chamar de eles”⁶⁶.

1.2 CULTURAL OFFENSES

Em sua obra *Culture, Conflict and Crime*, publicada no ano de 1938, Thorsten Sellin, ao analisar a criminalidade oriunda dos imigrantes, define os conflitos culturais como sendo “o resultado natural de um processo de heterogeneidade social, produzindo uma infinidade de reagrupamentos sociais, seja por imposição ou circunstâncias da vida, ignorância ou interpretações equivocadas dos costumes de outro grupo”⁶⁷.

Sellin destaca, também, que a transformação cultural de um grupo homogêneo e bem integrado em um grupo heterogêneo (e não ainda totalmente integrado) vem, por si só, acompanhada de um aumento nas situações de conflito, as quais poderão ser reduzidas por meio dos processos de integração⁶⁸.

Conforme já amplamente mencionado, um dos efeitos da globalização e dos crescentes fluxos migratórios é a diversificação, cada vez maior, das sociedades ocidentais.

⁶³ DIAS, Augusto Silva. *Op cit.*, 2014. p. 18.

⁶⁴ Taylor afirma, ainda, que o multiculturalismo, o feminismo, o nacionalismo e a luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo são fenômenos que estão relacionados, “emparentados”, mas que não devem ser confundidos. Segundo o Autor, seu parentesco esbarra no fato de que tanto as mulheres, quanto as minorias étnicas e culturais, assim como as nações e a comunidade, oferecem resistência a algum modo de opressão por meio de movimentos emancipatórios. In: TAYLOR, Charles. *Op. cit.*, p. 168 e ss.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ COUTO, Mia. *Murar o Medo*. Conferência de Estoril, Portugal, 2011.

⁶⁷ SELLIN, Thorsten Sellin. *Culture conflict and crime*. New York: Social Science Research Council. 1938. p. 63.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 66.

Assim, a gestão deste pluralismo e heterogeneidade é uma das principais tarefas das sociedades modernas, sendo que a recepção e a acomodação dos imigrantes implicam em uma série de políticas públicas em diferentes níveis.

Sociedades anteriormente homogêneas e uniformizadas acabam necessitando expandir seus horizontes e alterar sua mentalidade a fim não apenas de enxergar o outro, o novo, o desconhecido, mas de aceitá-lo como tal. Este fenômeno da globalização exprime, portanto, a ideia de internacionalização entre os povos e uma conseqüente diluição de fronteiras⁶⁹.

Sob essa égide de desfronteirização, surgiu – e continua havendo – um intenso debate relativo à de que maneira a cultura de um imigrante, em regra geral minoritária, pode ser capaz de afastar ou atenuar sua responsabilidade criminal quando do cometimento de algum delito por parte deste.

Os delitos culturalmente motivados surgem, assim, como uma decorrência da temática multiculturalista e, segundo Carnevali, afetam o Continente Europeu e os Estados Unidos da América⁷⁰ em sentidos opostos.

Precisamente, la configuración de la sociedad norteamericana le ha permitido enfrentar los problemas propios del multiculturalismo de una manera diversa a como lo ha hecho Europa. El que en este último continente la discusión gire sobre los delitos culturales - cultural offence - o delitos culturalmente motivados - culturally motivated crimes - y que en Estados Unidos sea sobre defensas culturales - cultural defences - refleja que los europeos recién se están asomando al problema, dedicándose a definir los límites que permitan distinguir un delito cultural de otros. En cambio, para los norteamericanos lo determinante no es ya hablar de delitos culturalmente motivados, pues tienen claro su existencia, sino como estructurar eximentes o atenuantes que guarden relación a consideraciones culturales⁷¹.

A questão de maior importância, seja nos Estados Unidos ou na Europa, é buscar compreender como deve ser feita a análise criminal daqueles atos que são comuns e

⁶⁹ TORRÃO, Fernando. Direito Penal, globalização e pós-modernidade (desconstrução do paradigma liberal?). In: *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 62.

⁷⁰ Também sobre esta questão, Van Broek explica que existe uma grande diferença entre a literatura do Direito Continental e a Common Law tratando o problema dos delitos culturalmente motivados, sendo que enquanto a doutrina europeia tende a centrar-se no ato em si mesmo, chamando-os de delitos culturais, a doutrina americana tende a tratar o problema desde o ponto de vista do acusado, chamando-o de defesa cultural. Para o autor, as expressões “*cultural defense*” e “*cultural offense*” podem ser vistas como duas faces da mesma moeda. VAN BROECK, Jeroen. Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Vol. 9/1, 2001.

⁷¹ CARNEVALI, Raúl. *Op. cit.*, 2007. p. 17.

consentidos dentro de um contexto cultural minoritário, mas que são valorados como delitos dentro da nova sociedade em que se inserem os imigrantes⁷².

Como exemplos mais conhecidos de *cultural offenses* podemos citar as mutilações genitais, ou excisão clitoridiana (também conhecida por fanado) admitida por certas culturas e que é um dos maiores problemas enfrentados pelo multiculturalismo no Continente Europeu; as mortes, inclusive de crianças, para resguardar a honra familiar; os atos de maus-tratos e trabalho infantil que são tolerados em respeito ao sistema patriarcal de algumas comunidades; o infanticídio ritual indígena no Brasil e América Latina e a escarificação para fins ornamentais.

Sobre o tema, Álvaro Vita aduz, também, como práticas de minorias culturais incompatíveis com os sistemas jurídicos dominantes: a recusa em garantir oportunidades educacionais igualitárias para as mulheres; o casamento forçado de meninas de 13 ou 14 anos; as normas desiguais de divórcio (em que as mulheres invariavelmente são prejudicadas); a poligamia; o incesto; a recusa a autorizar transfusões de sangue em crianças em situação de risco de vida e os sacrifícios rituais que violam normas de tratamento humanitário aos animais⁷³.

Os exemplos não faltam. Estão espalhados por todo o mundo, em todos os lugares.

Buscando, assim, uma definição para os crimes culturalmente motivados⁷⁴, Van Broeck considera-os como sendo “um comportamento realizado por um membro pertencente a um grupo étnico minoritário, que é considerado ofensivo às normas do sistema da cultura dominante. Este mesmo comportamento do agente, no entanto, dentro deste grupo cultural minoritário a que pertence, é tolerado ou aceito como um comportamento normal, ou ainda é aprovado, suportado e até encorajado em determinadas circunstâncias”⁷⁵.

No mesmo sentido é o entendimento de Cristina de Maglie, a qual ressalta, ainda, que para que se possa falar de um feito culturalmente motivado deverão ser provados, em âmbito processual, os seguintes requisitos:

⁷² CARNEVALI, Raúl. *Op. cit.*, 2007. p. 17.

⁷³ VITA, Álvaro. *O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 177.

⁷⁴ VAN BROECK, Jeroen. *Op. cit.*, 2001, p. 05.

⁷⁵ Segundo Van Broeck, ainda, como qualquer definição, as ofensas culturalmente motivadas contém um número de termos que necessitam ser explicados, um por um, a fim de definir e demarcar, de forma completa, as infrações culturais. Tais termos são: minoria, cultura dominante, sistema legal, crime, cultura e grupo cultural. Cada elemento carrega dentro de si um certo número de questões, sendo que a resposta a estas perguntas vão ter uma influência direta sobre as infrações culturais e seu domínio de aplicação. *Idem*.

- a) *El motivo cultural. Será necesario determinar se la causa psíquica que ha determinado al sujeto a cometer el delito encuentra explicación en el bagaje cultural del que es portador el agente.*
- b) *La coincidencia de reacción. (...) Será necesario comprobar que los componentes del grupo étnico del que forma parte el sujeto valoran la situación concreta en la que el delito se ha realizado del mismo modo en el que la ha valorado el imputado.*
- c) *La diversidad entre las culturas. La cultura del grupo étnico al que pertenece el autor deberá finalmente compararse con la del país anfitrión de forma que se puedan identificar las diferencias de valoración y de tratamiento entre los dos sistemas (...)⁷⁶.*

A prova da existência de um delito culturalmente motivado deverá passar por fases diversas e rigorosas de comprovação, que podem requerer a intervenção de peritos qualificados que analisem o ambiente e o substrato cultural do grupo étnico de qual faz parte o seu autor.

Raúl Carnevali, ao discorrer sobre estas fases de comprovação, alega que a verificação de uma ofensa culturalmente motivada dependerá da concorrência simultânea de três pressupostos - de ordem subjetiva (fatores psíquicos que influenciaram a conduta); objetiva (coincidência cultural entre o ato do sujeito e a expectativa do grupo cultural a que pertence) e de antagonismo entre a norma e cultura (conflito efetivo entre a cultura enraizada ao indivíduo e a norma do lugar de residência).

El primero se relaciona con la determinación de los motivos para actuar -factores psíquicos -, es decir, que las razones para actuar se apoyan en motivaciones culturales. Supuestos psicológicos que determinan su obrar, dada la concurrencia de ciertos códigos culturales que lo condicionan dentro de un determinado contexto. A través de estos códigos es posible explicar el acto. No obstante, la concurrencia de este elemento, de contenido más bien individual, no es suficiente si no se relaciona con el grupo cultural al que pertenece - factores objetivos -. En efecto, se requiere una especie de coincidencia cultural - que no requiere ser absoluta - entre el obrar del sujeto y el grupo de pertenencia. Por último, ante la presencia de estos elementos es preciso verificar si efectivamente se está frente a una relación antinómica entre la cultura de pertenencia y la cultura del lugar de residencia. Si es posible apreciar diferencias en el significado que el comportamiento tiene, desde una perspectiva sancionatoria, esto es, la respuesta de uno y otro sistema - explicándolo uno, ya sea como eximente o atenuante y castigándolo el outro -, cabría entonces hablar de un delito culturalmente motivado⁷⁷.

Nota-se que ambos os autores – De Maglie e Carnevali – possuem formas distintas de exprimir o mesmo: para que seja constatada a real existência de uma ofensa culturalmente

⁷⁶ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012, p. 68-69.

⁷⁷ CARNEVALI, Raúl. *Op. cit.*, 2007. p. 24.

motivada é preciso avaliar se o indivíduo, ao cometer o delito, foi influenciado por valores inerentes à sua formação cultural. E, ainda, se a motivação cultural que o levou a cometer o delito guarda relação direta com uma norma moral ou valores inerentes ao seu grupo minoritário.

Não é necessário que o indivíduo se valha de maneira explícita de determinados símbolos ou manifestações culturais, basta que estes valores sejam identificados em seu comportamento⁷⁸.

Para que se esteja diante de um delito culturalmente motivado, portanto, é imprescindível que (a) o agente seja membro de um grupo cultural minoritário; (b) que este grupo possua uma tradição incompatível com a cultura dominante; (c) que o agente, quando do cometimento do delito, estivesse influenciado pela tradição deste grupo - persistindo, assim, a inexigibilidade de conduta diversa do indivíduo⁷⁹.

1.3 CULTURAL DEFENSE

Exposto o que se compreende por ofensas culturalmente motivadas, há que se mencionar em que se constitui o argumento da *cultural defense*. Destaca-se, desde logo, a fim de evitarem-se possíveis dúvidas sobre o tema, que ambas as expressões consubstanciam o mesmo objeto de estudo, passível de investigação por diferentes enfoques⁸⁰.

Isso porque, a partir das noções introdutórias sobre o crime culturalmente motivado é possível identificar a preocupação com a estrutura e as características de tais delitos, buscando-se a construção de elementos e contornos voltados para a responsabilidade criminal dos seus agentes. A perspectiva da *cultural defense*, por sua vez, acaba por completar e materializar, de acordo com o caso concreto, uma espécie de sentido dinâmico do conceito de delito culturalmente motivado⁸¹.

De acordo com Cristina De Maglie, a formalização da *cultural defense* segue em aberto. É uma discussão muito mais aprofundada na doutrina Estadunidense, porém não

⁷⁸ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012. p. 192.

⁷⁹ RENTEL, Alison Dundes. The Use and Abuse of the Cultural Defense. *Canadian Journal of Law and Society*, Volume 20, Number 1, 2005. p. 47-67. Disponível em: <http://www.uvic.ca/victoria-colloquium/assets/docs/Cultural_Defense.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2016. p. 49-50.

⁸⁰ SARMENTO, José Augusto Nogueira. *Breves reflexões sobre a cultural defense*. Universidade de Lisboa, 2013. p. 14.

⁸¹ *Idem*.

pode estar por muito mais tempo confinada aos Estados Unidos e assim catalogada como uma questão americana. O debate sobre a *cultural defense* já se encontra de fato incorporado na ordem do dia e é um problema que hoje preocupa a todas as democracias pós-modernas que estão se transformando em sociedades multiétnicas e que estão sendo chamadas a declarar sua tolerância para a diversidade cultural⁸².

Augusto Silva Dias, ao analisar o argumento da *cultural defense* nos casos da excisão clitoridiana, destaca duas notas sobre esse conceito. Primeiramente, quanto à definição de *defense* – que significa todo argumento invocável em juízo que possui força jurídica para obstar (ou atenuar) a condenação. Trata-se, segundo o autor, de um conceito dotado de um sentido quase processual, sem papel sistemático no conceito de crime. Com efeito, as *defenses* tanto podem constituir causas de justificação como causas de desculpa⁸³.

Para que se possa compreender, de forma breve e simplificada em que consiste a *cultural defense*, vale-se dos ensinamentos de Renteln, a qual salienta que “trata-se de uma estratégia legal que permite que os tribunais considerem que as influências culturais, ao afetarem o comportamento do réu ou do autor de um determinado caso, possam ser alegadas em juízo”⁸⁴.

É uma causa de exclusão⁸⁵ ou atenuação da responsabilidade criminal, alegada por um sujeito pertencente a uma minoria étnica com cultura, usos e costumes distintos – ou até mesmo conflitantes – com os da cultura do sistema anfitrião⁸⁶.

Desta forma, quando indivíduos pertencentes à grupos étnicos minoritários fazem referência, em processos judiciais, a seus antecedentes culturais como justificativa à prática do delito, resta configurada a estratégia conhecida por *cultural defense*⁸⁷. Trata-se, assim, de

⁸² MAGLIE, Cristina De. *Op. cit.*, 2012, p. 136.

⁸³ JOSHUA DRESSLER, *Understanding Criminal Law*, 3ª ed., ed. LexisNexis, 2001, §16.01; DOUGLAS HUSAK, *On the supposed priority of justification to excuse*, in *Law and Philosophy*, vol.24 (2005), nº6, p.580 e s.; PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*, ed. Almedina, 2005, p.135 *apud* DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. RPCC. 2006. p. 03.

⁸⁴ RENTEL, Alison Dundes. *Op cit.*, 2005. p. 49.

⁸⁵ Cristina de Maglie ressalta que a teoria da *cultural defense* é considerada por alguns doutrinadores como uma manifestação da tendência político-criminal dos últimos anos de “propor novas *excuses* dirigidas a exculpar as condutas delitivas que encontrem explicação nas pressões do ambiente e que tem origem na sociedade enferma”. MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012, p. 137.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 136.

⁸⁷ BASILE, Fabio. *Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*. Milano: Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista Telemática. 2009. p. 01-88. Disponível em: <http://www.statoechiese.it/images/stories/2009.7/basile_culturadefense2.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016. p. 06.

uma estratégia defensiva utilizada em sede do processo penal, com fundamento na integração do acusado a uma minoria cultural, no intuito de obter a absolvição do delito ou a imposição de uma sanção mais branda⁸⁸.

É dada ao acusado a chance de demonstrar, perante os Tribunais, a influência exercida por sua origem cultural quando do cometimento do ilícito, com a expectativa de que este reconhecimento possa representar a seu favor.

Não obstante, é preciso salientar – conforme já acima mencionado - que nem todos os crimes praticados por membros de grupos minoritários constituem-se em ofensas culturalmente motivadas, somente aqueles em que os elementos culturais tenham desempenhado um papel direto e decisivo na constituição do delito. Este raciocínio é imprescindível e de grande relevância, tendo em vista que apenas nos casos onde estejam preenchidos os pressupostos da *cultural offense* é que o argumento da *cultural defense* poderá ser utilizado⁸⁹.

A *cultural defense* só terá relevância, portanto, após a verificação das três fases anteriormente mencionadas, capazes de classificar um delito como culturalmente motivado. A simples alegação, por parte do imputado, de uma motivação cultural não basta para considerar superada sua comprovação.

Essa estratégia de defesa, por consequência, deve ser moldada e estudada conforme as peculiaridades do caso em concreto – avaliando-se sempre em que grau e quantidade o elemento cultural foi determinante na causalidade da ofensa praticada⁹⁰.

A questão não é de fácil resolução, vez que os conflitos culturais trazem para a esfera criminal dúvidas e questionamentos que não podem ser dirimidos sem uma análise minuciosa e aprofundada de cada particularidade em separado. No entanto, de acordo com os ensinamentos de Carnevali, a resposta para algumas destas questões pode ser encontrada no respeito e nos limites próprios dos Direitos Humanos, na tolerância em reconhecer e aceitar o outro com alteridade sem deixar, ao mesmo tempo, que o argumento da *cultural defense* ultrapasse e atinja os direitos mais essenciais da pessoa humana.

Es posible aspirar a un Derecho penal intercultural, pero siempre que éste se construya en el respeto de los derechos humanos, lo cual no sólo supone, claro está, recogerlos en el cuerpo sustantivo, sino que además se materialice también en el procedimiento. En la medida que se esté frente a un sistema democrático,

⁸⁸ BASILE, Fabio. *Op. cit.*, 2009. p. 06.

⁸⁹ CARNEVALI, Raúl. *Op. cit.*, 2007. p. 24.

⁹⁰ VAN BROECK, Jeroen. *Op. cit.*, 2001. p. 30.

respetuoso de los derechos fundamentales y construido sobre la base de la tolerancia, no existen obstáculos para recoger la diversidad cultural y con ello, que el Derecho penal resuelva los conflictos que tales diferencias imponen". De lo anterior, se desprende que existen mínimos que una sociedad no puede renunciar - tesis universalista - y que se hallan su basamento en los derechos fundamentales, sobre los cuales no cabe oponer posturas sustentadas en consensos culturales⁹¹.

Em definitivo, o que se busca é uma política criminal que limite os efeitos do argumento da *cultural defense* - que promova o pluralismo cultural sem sacrificar os direitos fundamentais da comunidade do país anfitrião.

⁹¹ CARNEVALI, Raúl. *Op. cit.*, 2007. p. 23/24.

2 CASOS PARADIGMÁTICOS

“Um parisiense fica surpreendido quando lhe dizem que os Hottentots cortam um testículo aos seus filhos. Os Hottentots ficarão talvez surpreendidos ao saber que os parisienses conservam os dois”⁹².

2.1 JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA

2.1.1 *People v. Kimura*

Um dos principais casos relacionados às *cultural offenses* é o Caso Kimura, julgado em 1985 pela corte de Los Angeles, na Califórnia⁹³.

Fumiko Kimura, à época com 32 anos de idade, era uma imigrante japonesa que residia na Califórnia, onde era casada com o marido, também japonês. Todavia, Kimura descobriu que seu marido a enganava, mantendo uma relação extraconjugal⁹⁴.

Frente a essa situação de desonra, a imigrante japonesa decide se suicidar e levar consigo os seus dois filhos, um de quatro anos e o outro de apenas seis meses. Para isso, submerge com eles, no dia 29 de janeiro de 1985, nas águas da praia de Santa Mônica, em Los Angeles, com objetivo de levar adiante a prática que se denomina na cultura japonesa como *oyako-shinju*, ou seja, o suicídio conjunto de pais e filhos.

⁹² VOLTAIRE *apud* DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2013. p. 57

⁹³ Processo número A-09113, *Los Angeles Superior Court*, 21 novembre 1985.

⁹⁴ Para mais sobre este caso cf. BASILE, Fabio. Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense. Milano: Stato, Chiese e pluralismo confessionale. *Rivista Telemática*. 2009. p. 01-88. Disponível em: <http://www.statoechiese.it/images/stories/2009.7/basile_culturadefense2.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017. p. 15 e ss; CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: um desafio para el derecho penal moderno. *Política Criminal*. Santiago, Chile, n. 3, p. 1-28, 2007. p. 18 e ss; DIAS, Augusto Silva. *Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais*. In: *Emoções e Crime, filosofia, ciência, arte e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 57 e ss; DE MAGLIE, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 113 e ss; GOEL, Rashmi. Can I call Kimura crazy? Ethical tensions in the cultural defense. *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 3 (2004) n° 1, Article 42, p. 443-464. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1561&context=sjsj>>. Acesso em: 09 fev. 2017; RENTELN, Alison. *The Cultural Defense: Challenging The Monocultural Paradigm*. In: FOLETS/RENTLN (eds.), *Multicultural jurisprudence*, ed. Hart Publishing, 2009, p. 800 e ss; VAN BROECK, Jeroen. “*Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*”. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. v. 9/1, 2001, p. 15 e ss.

Para os japoneses, o *oyako-shinju* trata-se de um “procedimento que visa assumir e redimir a vergonha⁹⁵, salvar a face perante os outros e demonstrar ter apego e amor aos filhos. A morte não é vista como um estágio final, mas como uma viagem espiritual, poética, que une pais e filhos numa outra vida”⁹⁶.

Na cultura japonesa, o vínculo imaginário entre pai e filho é inquebrável, sendo o filho uma “extensão” dos pais. Assim, desonrada por adultério, a mãe que decide cometer suicídio não pode deixar seus filhos sozinhos e abandonados. Portanto, eles também participam do evento. Caso contrário, a mãe seria severamente punida pela sociedade de sua cultura, a taxá-la de cruel⁹⁷.

Ocorre, no entanto, que por meio da ação de socorristas, consegue-se salvar a vida de Kimura, não havendo êxito no salvamento da vida de seus filhos, Kazutaka e Yuri. Kimura foi acusada, assim, pelo delito de duplo homicídio em primeiro grau, punível com pena de morte, prisão perpétua, ou pena de prisão não inferior a vinte e cinco anos, de acordo com o disposto pelo artigo 190 do Código Penal Californiano⁹⁸.

Interrogada, Kimura fala sobre a infidelidade do marido – da qual soube pela boca da própria amante, que lhe expôs todos os pormenores dos quase três anos de traição – e da sensação de fracasso total como pessoa. Alega que sentia uma profunda vergonha e humilhação: a falta cometida pelo marido significava a seus olhos que ela fora incapaz de o conquistar e de proporcionar aos filhos um ambiente verdadeiramente familiar⁹⁹.

Das transcrições do processo se nota, em particular, como Kimura havia vivido completamente isolada do contexto social: não falava bem inglês, não sabia dirigir, não trabalhava, não sabia nada dos negócios do marido, não tinha passatempos e, apesar de viver há 14 anos em Los Angeles, não tinha nenhum outro conhecido além de seu estreito círculo familiar. “Era uma tradicional e devota esposa japonesa que esperava todas as noites por seu marido para lhe lavar os pés quando voltasse do trabalho”¹⁰⁰.

⁹⁵ Para uma melhor e mais aprofundada compreensão acerca das concepções japonesas de vergonha, suicídio e maternidade cf. GOEL, Rashmi. Can I call Kimura crazy? Ethical tensions in the cultural defense. *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 3 (2004) nº 1, Article 42, p. 443-464. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1561&context=sjsj>>. Acesso em: 09 fev. 2017. p. 445-448.

⁹⁶ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2013. p. 59.

⁹⁷ CARNEVALI, Raúl. *Op. cit.*, 2007. p. 18.

⁹⁸ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012. p. 112-113.

⁹⁹ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2013. p. 58 e DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit., loc. cit.*

¹⁰⁰ *Idem.*

Takahashi e Berger, ao analisarem o caso, salientam que apesar de Kimura viver nos EUA há algum tempo, permanecia japonesa no seu modo de pensar e no seu estilo de vida - isolada do contato com a cultura norte americana e encerrada numa jaula patriarcal que o marido montara¹⁰¹.

Todos esses fatores – a falta de contato com o outro, de experiências culturais diversas e de integração com a sociedade de destino – ditaram em Kimura uma vida amplamente atrelada aos imperativos da sua cultura de origem. Isso explica, notadamente, a incapacidade da imigrante japonesa de gerir de outro modo suas emoções e a decisão pelo *oyako-shinju*¹⁰².

O suicídio surgiu no seu espírito angustiado como uma saída para tamanha experiência interior de inadequação e fracasso¹⁰³.

Neste viés, conforme bem pontuado por Mark Tunick, ainda que as pessoas possam romper com suas raízes culturais, “afirmar que as características de uma cultura não funcionam como agentes causais é ignorar os processos de socialização que envolvem educação, habituação e coerção e através dos quais a identidade individual é formada”¹⁰⁴.

A notícia do caso de Kimura acabou se espalhando por toda a comunidade japonesa residente nos Estados Unidos, provocando uma reação unânime – de mobilização a seu favor. Em poucos dias, 25.000 (vinte e cinco mil) assinaturas foram recolhidas para apoiar uma petição¹⁰⁵ dirigida às autoridades judiciárias de Los Angeles, solicitando que não perseguissem criminalmente a imigrante porque ela se limitara a sentir e agir de acordo com um código cultural diferente do da sociedade norte-americana, tendo em vista que, no Japão,

¹⁰¹ BERGER, Douglas; TAKAHASHI, Yoshimoto. *Cultural dynamics and the unconscious in suicide in Japan*. p. 248-258. Disponível em: <https://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Cultural_Dynamic_and_the_Unconscious_in_Suicide_in_Japan.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017. p. 252.

¹⁰² DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2013. p. 58.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ TUNICK, Mark *apud* DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2013. p. 67.

¹⁰⁵ Neste viés, De Maglie salienta, ainda, que “*la petición comienza subrayando cómo la cultura japonesa ha mantenido tradicionalmente un gran respeto por la Autoridad y la Ley americana, (...) como ha quedado demostrado por el bajo porcentaje de delitos cometidos por sus miembros. En particular, se afirma que acciones de la imputada son el resultado de profundos problemas mentales y emocionales, agravados por el estrés familiar y por el aislamiento social y que las raíces de su cultura japonesa han regido su problemático comportamiento. (...) La petición solicita por ello que sea aplicado el moderno Derecho japonés, que trata el oyako-shinju como un supuesto de homicidio involuntario, castigado con una pena leve, solicitándose asimismo la suspensión de la condena y el sometimiento de la autora a una probation rehabilitadora*”. DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012. p. 113.

o *oyako-shinju* constitui um comportamento supostamente honroso que deve ser julgado com clemência¹⁰⁶.

O processo foi aberto e a defesa “jogou suas cartas”, alegando a forte influência da bagagem cultural da imputada e o profundo significado do *oyako-shinju*¹⁰⁷. Não podendo, no entanto, valer-se apenas do argumento cultural – tendo em vista que este não afastaria a voluntariedade da conduta homicida - a defesa optou por uma estratégia mais completa, combinando a *cultural defense* com a *temporary insanity*, uma *defense* prevista no ordenamento jurídico norte-americano, em especial no Código Penal da Califórnia.

O objetivo era demonstrar que a pressão da cultura de origem e a dificuldade em superar o conflito entre passado e presente foram tão fortes a ponto de criar um intenso estresse emocional. Esse transtorno, por sua vez, foi tão radical que alterou profundamente as faculdades mentais de Kimura no momento da prática delitiva¹⁰⁸.

Nove psiquiatras confirmaram que Kimura sofria de *psychotic depression and delusions*, tendo baseado esta conclusão na frustração, no sentimento de fracasso, na perda de autoestima e na incapacidade de distinguir a sua vida da de seus filhos, vendo-os como uma extensão de si própria¹⁰⁹.

Segundo Dias, “o pragmatismo do advogado, que colocou acima de tudo o interesse da cliente em não sofrer uma punição grave, e a presunção da cientificidade dos relatórios psiquiátricos produzidos, conduziram a uma decisão condenatória moderada na apreciação do caso e na pena aplicada”¹¹⁰.

O recurso da *temporary insanity* permitiu compor uma solução equilibrada que evitasse impor mais dor e sofrimento à mulher que já havia fracassado em seu suicídio e assim perdido os dois filhos. E, de certo modo, respondia também aos anseios da comunidade japonesa nos Estados Unidos – que apelara pela moderação no julgamento de Kimura.

¹⁰⁶ BASILE, Fabio. *Op. cit.*, 2009. p. 15.

¹⁰⁷ Ainda sobre esta prática, Alison Matsumoto explica que o *oyako-shinju* pode ser cometido por qualquer um dos progenitores por distintas razões, mas, na maior parte dos casos, é cometido pela mãe como uma reação à infidelidade ou negligência do pai. É a forma da mulher castigar o marido, com a esperança de que este perca a respeitabilidade e o prestígio social. Também, é a forma da mãe permanecer sempre unida aos filhos e não os abandonar em uma sociedade em que os órfãos são considerados desadaptados e empurrados para a marginalização. MATSUMOTO, Alison *apud* DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012, p. 113.

¹⁰⁸ GOEL, Rashmi. *Op. cit.*, 2004. p. 446 e ss.

¹⁰⁹ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2013. p. 58.

¹¹⁰ *Idem*.

Em conclusão, devido aos resultados dos exames psiquiátricos, a estratégia vingou em sede de *plea bargaining*¹¹¹ e a imputação se viu reduzida de *murder* para *voluntary manslaughter*. Kimura restou condenada a um ano de prisão – que já havia cumprido enquanto aguardava julgamento - e a cinco anos de *probation* com a obrigação de tratamento psiquiátrico¹¹².

2.1.2 *People v. Moua*

Em 1985, Kong Moua¹¹³, um refugiado laosiano de 21 anos de idade, foi denunciado pela prática do delito de sequestro de pessoa (*kidnapping*) e violação, em prejuízo de sua noiva, Xen Xiong - de 18 anos de idade e também de origem laosiana - ao colocar em prática uma forma de matrimônio por rapto, conhecida na cultura laosiana como *zij poj niam*.

Ocorreu que Moua, acompanhado por mais dois amigos, foi até o colégio onde Xen estudava e a fez entrar em seu carro, levando-a até a casa de um primo, onde a obrigou a ter relações sexuais¹¹⁴.

De acordo com uma antiga tradição *hmong*, este é o rito que permite aos homens realizar este tipo de matrimônio – considerado uma fuga por amor. Esse rito, denominado *zij poj niam*, possui uma forma muito precisa: o rapto deve estar precedido de um cortejo que consiste em alguns encontros vigiados pela família da noiva, presentes e cartas de amor. No dia do matrimônio, o homem conduz a futura esposa até sua casa, na intenção de consumá-lo¹¹⁵.

A tradição *hmong* exige que a mulher se debata, que ofereça uma falsa resistência – com palavras e gestos – demonstrando, assim, sua própria virgindade. Frente a essa resistência o homem não deve desistir, para parecer forte e viril. Terminado o ritual, a mulher não poderá voltar a unir-se em matrimônio com outro membro da comunidade *hmong*¹¹⁶.

¹¹¹ O *plea bargaining* é um instituto de origem na Common Law e consiste numa negociação feita entre o representante do Ministério Público e o acusado: o acusado apresenta importantes informações e o Ministério Público pode até deixar de acusá-lo formalmente.

¹¹² GOEL, Rashmi. *Op. cit.*, 2004. p. 443-444.

¹¹³ *People v. Moua*, caso núm 315972-0 (Superior Court Fresno Country, 1985).

¹¹⁴ BASILE, Fabio. *Op. cit.*, 2009. p. 44.

¹¹⁵ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012, p. 116.

¹¹⁶ SONG, Sarah. *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 90.

De acordo com Van Broeck, “*the marriage by capture is, for the hmong, a traditional and valid way of marrying. By performing this marriage by capture, there was a clear reference to a cultural normative background, which was thus the cause and motivation for his actions. His actions nevertheless were given a completely different interpretation in the American context, and this caused a clash of legal norms. The hmong marriage by capture can be a clear example of a cultural offence, on condition that the traditional rules of the marriage by capture are respected or the offender thinks so*”¹¹⁷.

No caso ora em análise, porém, as coisas se passaram de maneira um tanto distinta. A resistência oferecida por Xen Xiong não foi fingida, mas autêntica, e a jovem optou por denunciar Moua. Durante o processo, o refugiado se defende invocando a boa-fé da sua conduta, sendo que pensava que tudo havia transcorrido conforme as tradições e a cultura de seu povo.

Foi produzida nos autos, então, uma rica documentação sobre os ritos matrimoniais *hmong* – que explica tanto a necessidade de insistência por parte do homem, que deve chegar a todo custo à consumação da relação¹¹⁸, – como a importância fundamental da resistência da mulher¹¹⁹, que deve se opor com todas as suas forças, tornando difícil distinguir se o protesto é real ou fictício¹²⁰.

Percebe-se, pela análise do processo, que a evidência cultural desempenhou um papel decisivo para um resultado mais favorável ao réu. O Tribunal salientou que o cometimento de um delito doloso por parte de um refugiado proveniente de outra cultura, não deve expô-lo, necessariamente, a mesma sanção que receberia um sujeito da nossa cultura condenado por sequestro de pessoa e violação¹²¹.

Restou comprovado nos autos que Moua havia acreditado, genuinamente - tendo em vista os usos e tradições de seu grupo étnico cultural - que o consentimento de Xen era

¹¹⁷ VAN BROECK, Jeroen. *Op. cit.*, 2001, p. 22.

¹¹⁸ Ainda sobre esse ritual, Van Broeck destaca a necessidade de um consentimento anterior ao rapto por parte da noiva, salientando que “*the hmong marriage by capture does not give a man the right to capture any woman to be his bride. There has to be a form of courtship at the end of which the girl has to give her consent. Nevertheless, at the moment of the capture she has to resist to prove she is virtuous. The man has to ‘force’ her in order to prove he is ‘strong’. The fact that the woman has to consent in the preliminary stage is very important, although sometimes (conveniently) not mentioned by some authors arguing against the cultural defence*”. VAN BROECK, Jeroen. *Op. cit.*, 2001, p. 22.

¹¹⁹ Quanto a este aspecto, antropólogos ressaltam, em particular, que “*para las primeras generaciones de hmong llegados a los Estados Unidos, los procesos por violación celebrados contra los hombres de su comunidad fueron un verdadero shock, y que se han existido malos entendidos en el cortejo, la responsabilidad es de la mujer por haber solicitado los avances del hombre*”. SONG, Sarah. *Op. cit.*, 2007, p. 91.

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ *People v. Moua*, caso núm 315972-0 (Superior Court Fresno Country, 1985).

autêntico e que seus protestos faziam parte do ritual do *zij poj niam*. De outro lado, a jurisprudência comprovou, também, que “as mulheres *hmong* não dizem nunca que sim ao sexo: dizem que não mesmo quando querem dizer que sim”¹²².

Aceitando a versão exposta por Moua, o Tribunal reduziu a imputação de *rape* para *false imprisonment*, baseando-se na doutrina do erro sobre a situação fática (*mistake of fact excuse*). O imputado foi condenado à pena de prisão por cento e vinte dias e ao pagamento de uma multa no valor de mil dólares – dos quais novecentos foram entregues à vítima como forma de indenização¹²³.

A sentença de Moua se converteu, assim, em um dos casos mais importantes para as *cultural offenses* – já que testemunha a real eficácia e importância do argumento cultural perante os Tribunais.

2.1.3 *People v. Chen*

Julgado em 1987 pela *Superior Court* de Nova York, *People v. Chen*¹²⁴ é, também, um dos principais casos referentes aos delitos culturalmente motivados. Em setembro de 1987, Dong Lu Chen, um cidadão chinês que havia imigrado para Nova York há pouco mais de um ano, mata sua esposa (também chinesa) a marteladas, após a confissão, por parte desta, de uma relação extraconjugal¹²⁵. Quando o filho adolescente do casal chega em casa, Chen olha para o garoto na porta e diz: “eu matei sua mãe”. Dong Lu Chen restou acusado por homicídio em segundo grau¹²⁶.

A estratégia defensiva, durante o processo, se moveu em duas direções. Em primeiro lugar - com o objetivo de reduzir a imputação de *murder* para *voluntary manslaughter* - foi invocada a *excuse de provocation*, baseada na consideração de que Chen, no momento do feito, atuou sob o efeito de “um imprevisível ímpeto passional e emotivo (*heat of passion*), provocado pelo comportamento infiel de sua esposa”¹²⁷.

¹²² DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012, p. 117.

¹²³ LEE, Cynthia. Cultural Convergence: Interest Convergence Theory Meets the Cultural Defense? *George Washington Law Faculty Publications & Other Works*. 49 *Ariz. L. Rev.* 911, p. 910-959, 2007. p. 955.

¹²⁴ *People v. Chen*, núm. 87-7774 (Sup. Ct.N.Y. County, Dec 2, 1988).

¹²⁵ LEE, Cynthia. *Op. cit.*, 2007. p. 941.

¹²⁶ TURLEY, Jonathan. The cultural defense. *George Washington University Law School*, p 01-62. Disponível em: <http://www.gud.uscourts.gov/sites/default/files/documents/cultural_defense_turley.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017. p. 31.

¹²⁷ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012, p. 115.

Em segundo lugar, a defesa buscou diminuir mais ainda a imputação – de *voluntary manslaughter* para *involuntary manslaughter* – aduzindo que o imputado não tinha a intenção de matar¹²⁸.

Para sustentar ambos os argumentos, os advogados de Chen destacaram que a cultura de origem do imputado havia influenciado de maneira determinante o seu comportamento, tendo em vista que, na cultura chinesa, o adultério é considerado um insulto gravíssimo não só ao marido, mas também a todos os seus antepassados e descendentes¹²⁹.

Foi chamado ao processo, assim, o Professor Burton Pasternak, respeitado antropólogo – especialista em sinologia¹³⁰ - que fez referência às pressões culturais do grupo de pertença de Chen. De acordo com a tradição chinesa, é inaceitável que uma mulher traía seu marido, o qual, se não reage à traição, é considerado débil e fracassado.

Considerando, portanto, o contexto cultural em que vivia Chen, residente há apenas pouco mais de um ano nos Estados Unidos e rodeado somente por outros chineses, o homicídio de sua mulher se apresentava como a única solução possível para evitar o estigma da sua comunidade de origem¹³¹.

Pasternak afirmou, em seu depoimento, que era esperado que um chinês reagisse de forma muito mais violenta nessas circunstâncias do que um americano, tendo em vista que o adultério da mulher, na China, é considerado como uma “mancha na vida do marido”, o qual não teria sido capaz de manter o controle sobre sua esposa. Em outras palavras, era razoável para Chen, um homem chinês, se sentir extremamente provocado pelo adultério de sua mulher¹³².

O antropólogo salientou, ainda: *“in traditional Chinese culture, due to societal beliefs concerning infidelity, a Chinese man might threaten to kill his wife if she commits adultery. However, the Chinese community usually stops him from following through with his threats. Because Chen was in America when he discovered his wife’s adultery, he did not have the usual community safeguards in place to stop him from killing his wife”*¹³³.

¹²⁸ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012, p. 115.

¹²⁹ BASILE, Fabio. *Op. cit.*, 2009. p. 01-88. p. 20.

¹³⁰ Apenas a título de esclarecimento, a sinologia, ou estudos chineses, é o estudo da civilização da China, o que normalmente exige profundos conhecimentos de um ou mais idiomas chineses. Na China, os sinologistas são chamados - afetivamente e com admiração - de 'peritos sobre a China'.

¹³¹ *People v. Chen*, núm. 87-7774 (Sup. Ct.N.Y. County, Dec 2, 1988).

¹³² LEE, Cynthia. *Op. cit.*, 2007. p. 941.

¹³³ *Idem*.

Persuadido por esses argumentos, Edward Pincus, juiz da Suprema Corte, destacou que se este delito tivesse sido cometido por um sujeito nascido e criado na América, ou nascido em outro lugar, mas criado principalmente na América, inclusive na comunidade americana chinesa, o Tribunal seria forçado a reconhecê-lo como culpado de homicídio em primeiro grau, mas que não há como ignorar a grande influência e a forte pressão do testemunho do Dr. Pasternak, que é talvez o maior *expert* da América em relações intrafamiliares da cultura chinesa¹³⁴.

O juiz alegou, por fim, que Dong Lu Chen é o produto da sua cultura, sendo que, embora esta não exclua a responsabilidade pelo ilícito praticado, é algo que o fez sucumbir mais facilmente. Foi, por assim dizer, o fator desencadeante¹³⁵. Frente ao exposto, o Tribunal optou por reconhecer a favor de Chen, condenando-o pelo delito de homicídio culposo (*heat of passion manslaughter*), sem pena de prisão, a cinco anos de *probation* (liberdade condicional).

2.2 MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA

Um dos principais problemas relacionados ao multiculturalismo na Europa é a prática, por parte de imigrantes vindos especialmente de países africanos, da mutilação genital feminina. Trata-se de uma questão atual, com sérias implicações e que tem preocupado não só os países de destino de comunidades imigrantes que cultivam essa prática, mas também organizações internacionais como a ONU, a OMS, a UNICEF e diversas outras ONGs¹³⁶.

Vários estudos apontam a excisão como uma prática global, efetuada principalmente na África subsaariana e nordestina e em alguns países do Oriente Médio, mas que tem alcançado¹³⁷, por meio dos fluxos migratórios anteriormente mencionados, grande parte da Europa, Estados Unidos, Indonésia e Austrália¹³⁸.

¹³⁴ LEE, Cynthia. *Op. cit.*, 2007. p. 942.

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. RPCC. 2006. p. 1-2.

¹³⁷ Dias destaca que os números são “avançados, impressionantes e assustadores. Estima-se actualmente que entre 85 e 115 milhões de raparigas foram sujeitas a tal prática, situando-se o maior número precisamente em países africanos, à cabeça dos quais se encontram a Guiné-Conakry, Mali, Somália, Sudão, República Centro Africana e Costa do Marfim”. DIAS, Augusto Silva. *Op. cit., loc. cit.*

¹³⁸ RENTEL, Alison Dundes. *The cultural defense*. ed. Oxford Univ. Press, 2004, p. 51 e ss.;

A excisão clitoridiana constitui um ritual de passagem ou de agregação de meninas à certas comunidades, as quais creem que o ser humano nasce sexualmente neutro e híbrido. Isto é, que o homem é também mulher enquanto conservar o prepúcio e a mulher é também homem enquanto conservar o clitóris, sendo que para adquirir um gênero determinado e as funções sociais correspondentes, cada um deve ser sujeito a uma incisão genital¹³⁹.

Sob essa designação genérica de excisão são englobadas várias formas de mutilação de gravidade distinta. A clitoridectomia, que consiste na amputação de parte ou da totalidade do clitóris, cingindo-se a um corte longitudinal, sem extração do órgão; a excisão comum, que se refere à ablação do clitóris e dos lábios menores; e a infibulação¹⁴⁰, que, além da ablação, implica em incisões nos lábios maiores - de modo a criar uma superfície lisa¹⁴¹.

Evitar que a mulher sinta prazer sexual, garantir que chegue virgem ao matrimônio, impedir a suposta promiscuidade e assegurar que somente engravide de filhos do marido são outros dos objetivos da mutilação feminina¹⁴².

A perda quase total de sensibilidade é consequência certa para as mulheres afetadas, somada, em alguns casos, a outras sequelas, dentre as quais destacam-se as infecções, hemorragias, dificuldades nos ciclos menstruais, dores durante as relações sexuais, infertilidade, complicações puerperais e stress pós-traumático¹⁴³.

O processo é doloroso e sangrento. Diversas mulheres, ou melhor - meninas – morrem por hemorragia ou infecções nas semanas posteriores à intervenção, que se realiza, quase sempre, de forma clandestina e rudimentar¹⁴⁴ – a cargo de curandeiras ou mulheres mais velhas, e com ferramentas não muito ortodoxas como cristais, facas oxidadas, entre outros¹⁴⁵.

¹³⁹ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 10.

¹⁴⁰ Segundo DIAS, “esta última representa naturalmente a intervenção mais profunda e gravosa na integridade física da criança e é responsável por muitas sequelas, a mais grave das quais, embora não a mais frequente, é a morte”. DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 08.

¹⁴¹ *Idem*.

¹⁴² FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *El extranjero frente al Derecho penal*. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad. Barcelona: Bosch Penal, (n 54), 2008. p. 29-30.

¹⁴³ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 08.

¹⁴⁴ Segundo uma pesquisa realizada pela UNICEF (2005), a maioria das meninas e mulheres são mutiladas por uma curandeira, uma categoria em que se incluem as “especialistas locais”, parteiras e, em geral, anciãs da comunidade. É assim em aproximadamente 80% dos casos de excisão em Benin, Burkina Faso, Costa de Marfil, Eritreia, Etiópia, Guiné, Malí, Níger, Tanzânia, Yemen, entre outros. Em quase todos os países, médicos e enfermeiros profissionais não estão envolvidos nesta prática. GONZÁLEZ, Carlos Vázquez. *Inmigración, diversidad y conflicto cultural*. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina). Madrid: Dykinson, 2010. p. 123.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *Op. cit.*, 2008. p. 29.

A excisão clitoridiana é chamada também de *fanado* - palavra de origem guineense que designa, precisamente, “o ritual iniciático ou de passagem, que assinala a entrada na comunidade do jovem ou da jovem como membros de pleno direito, aptos a casar, procriar e participar nos destinos do grupo, ritual que inclui, na versão masculina, a circuncisão e, na versão feminina, a excisão”¹⁴⁶.

De acordo com Silva Dias, “a excisão não é uma prática avulsa, antes se insere e funciona como um ritual de passagem ou de agregação à comunidade. O corpo não é uma superfície neutra, mas um território simbólico, um espaço de produção cultural. Desde épocas recuadas da história da humanidade, que o corpo serve de suporte a inscrições. Muitas delas tinham e ainda têm a ver com a aquisição de um estatuto social ou de uma identidade sexual. A circuncisão masculina e a excisão feminina são exemplos disso”¹⁴⁷.

Quanto à idade em que as meninas são submetidas a essa prática, irá variar muito de um país para outro – refletindo, assim, as diferenças entre os grupos étnicos culturais. Em algumas comunidades a excisão é feita quando as meninas ainda são bebês¹⁴⁸, porém, mais comumente, realiza-se entre os quatro e doze anos de idade. Um pouco mais raro, mas ainda possível, é a mutilação praticada em mulheres já adultas, no momento do casamento ou da primeira gravidez¹⁴⁹.

No ano de 2016, a UNICEF divulgou uma pesquisa alertando que ao menos 200 milhões de meninas e mulheres que vivem em 30 países distintos¹⁵⁰ já sofreram a mutilação¹⁵¹. O informe, denominado *Female Genital Mutilation/Cutting: A Global*

¹⁴⁶ CARREIRA, Antônio. As primeiras referências escritas à excisão clitoridiana no ocidente africano, in *Boletim Cultural de Guiné Portuguesa – BCGP*, n°: 70, 1963, p. 309 e ss. e n° 78, 1965, p. 147 e ss.

¹⁴⁷ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 09-10.

¹⁴⁸ A excisão vem sendo praticada em meninas cada vez mais jovens, a fim de evitar que estas possam – por si mesmas - julgar ou optar pela não realização da mutilação quando maiores. FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *Op. cit.*, 2008. p. 30.

¹⁴⁹ GONZÁLEZ, Carlos Vázquez. *Op. cit.*, 2010. p. 122 e ss.

¹⁵⁰ Dentre todos estes países, o Egito é o que possui os maiores índices de MGF: “*si consideramos las cifras absolutas, la capital mundial de la MGF es Egipto, con 27,2 millones de víctimas. Etiópía ocupa el segundo puesto, con 23,8 millones, seguida por Nigeria, con 19,9 millones*”. ZUCCALÀ, Emanuela. *La lucha de las mujeres contra la mutilación genital femenina*. UNCUT. Programa de Becas para la Innovación en la Información sobre el Desarrollo del Centro Europeo de Periodismo (EJC). Disponível em: <<http://elpais.com/especiales/2016/planeta-futuro/mutilacion-genital-femenina/>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹⁵¹ Segundo os dados da pesquisa supramencionada, do total de mulheres que sofreram a excisão, 44 milhões são menores de 14 anos. UNICEF. *Female Genital Mutilation/Cutting: A Global Concern (La mutilación genital femenina: una preocupación mundial)*. 03 fev. 2016. Disponível em: <https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2016/04/FGMC-2016-brochure_250.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

Concern comprova que a excisão é um problema crescente, diretamente relacionado aos Direitos Humanos¹⁵² e que, atualmente, afeta quase todas as regiões do mundo¹⁵³.

2.2.1 A mutilação genital feminina na jurisprudência europeia

Ainda que o fenômeno da mutilação genital feminina, nos principais países da Europa receptores da imigração, seja um problema muito recorrente, não são muitos os casos de excisão que podem ser encontrados na jurisprudência dos tribunais superiores europeus. De um lado, porque esta prática é feita quase sempre na clandestinidade – sem chegar ao conhecimento dos órgãos judiciários – e de outro porque, quando chegam, esbarram na falta de uma regulamentação específica para estes delitos.

Na Espanha, um dos primeiros casos relacionados à excisão data de 1993, quando o Juizado de Primeira Instância e Instrução de Mataró (Barcelona), abriu diligências prévias (núm. 66/93), frente a uma chamada do serviço de urgências ginecológicas do hospital da cidade, denunciando lesões nos órgãos genitais de uma menina de 10 anos. Os pais da criança, em declaração judicial, afirmaram que a menina havia sido excisada antes de sua chegada na Espanha, quando teria, em tese, 08 anos de idade¹⁵⁴.

Afirmaram, por sua vez, que desconheciam que a prática era punível na Espanha, já que em seu país (Gambia), era considerada uma tradição cultural e religiosa. O exame pericial, no entanto, constatou que a mutilação era recente – com aproximadamente 10 dias. Ou seja, que a família já estava vivendo na Espanha no momento da excisão¹⁵⁵.

¹⁵² Ao tratar sobre a questão, Geeta Rao Gupta, diretora executiva adjunta da UNICEF salientou que “*la mutilación genital femenina difiere entre regiones y culturas, y hay algunas formas que implican riesgos potencialmente mortales para la salud. En todos los casos, viola los derechos de las niñas y las mujeres. Todos debemos incrementar esfuerzos –los gobiernos, los profesionales de la salud, los líderes comunitarios, los padres y madres, y las familias – para eliminar esta práctica*”. *Idem*.

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ GONZÁLEZ, Carlos Vázquez. *Op. cit.*, 2010. p. 163 e ss.

¹⁵⁵ Para mais sobre casos relacionados à MGF na Espanha cf. GOBIERNO DE ESPAÑA. *La mutilación genital femenina en España*. Disponível em: <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/va/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/pdf/MGF_def_initivo.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2017. p. 55 e ss; KAPLAN, Adriana; BEDOYA, Maria Helena. *Mutilación genital femenina: prevención y atención. Guía para profesionales*. Associació Catalana de Llevadoras. Barcelona, 2009. Disponível em: <http://carei.es/wp-content/uploads/guia_mutilacion_genital.gu%C3%ADa-profesionales.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2017. p. 7 e ss; KAPLAN, A; TÓRAN, P; BERMUDEZ, K. Las mutilaciones genitales femeninas en España: posibilidades de prevención desde los ámbitos de la atención primaria de salud, la educación y los servicios sociales. *Migraciones 19(2006)*. p. 189-217.

Ao analisar o caso, o juiz considerou não estar presente o *animus laedendi* necessário para apreciar um delito doloso de lesões corporais e, também, que os pais “promoveram e facilitaram a mutilação genital de sua filha movidos pela sua tradição e ritual, convencidos de que esta prática não interferiria em nada na sua integridade física ou psíquica”¹⁵⁶.

Uma mediação antropológica permitiu a compreensão geral do ritual, mediante a contextualização dentro do ciclo vital das culturas africanas, constatando a ignorância dos pais a respeito da legislação espanhola e das consequências decorrentes desta prática. Paralelamente, também foi firmado um compromisso com a comunidade imigrante das localidades onde se detectaram casos de MGF para que não realizassem a excisão em território espanhol¹⁵⁷.

Na Itália, podem ser encontrados, também, alguns exemplos desta prática. No ano de 1998, uma sentença do Tribunal de Milão condenou a dois anos de reclusão o pai egípcio de uma menina de 10 anos que foi enviada ao Egito para realizar a mutilação. Ainda, em 04 de abril de 2006, uma nigeriana de 43 anos foi detida em Verona pela tentativa de excisão de uma menina de apenas 14 dias de idade. A polícia deteve a imigrante na casa dos pais do bebê (também nigerianos), um pouco antes do início da intervenção – pela qual seriam cobrados 300 euros¹⁵⁸.

Na Noruega, uma sentença de 13 de junho de 2008 sancionou – com pena de prisão – pela primeira vez no país, a mutilação genital feminina cometida por um casal originário da Gambia, mas que viva já há alguns anos no país. Os pais realizaram a excisão em cinco de suas seis filhas. As meninas foram colocadas sob a custódia de entidades norueguesas de proteção à infância e juventude e, os pais, detidos¹⁵⁹.

Em Portugal, Silva Dias - ao se deparar com a ausência de casos relacionados à excisão nos tribunais superiores do país - ressalta que, assim como na Holanda¹⁶⁰, a prática

¹⁵⁶ GONZÁLEZ, Carlos Vázquez. *Op. cit.*, 2010. p. 164.

¹⁵⁷ KAPLAN, Adriana; BEDOYA, Maria Helena. *Mutilación genital femenina: prevención y atención. Guía para profesionales*. Associació Catalana de Llevadoras. Barcelona, 2009. Disponível em: <http://carei.es/wp-content/uploads/guia_mutilacion_genital.gu%C3%ADa-profesionales.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2017. p. 7 e ss.

¹⁵⁸ GONZÁLEZ, Carlos Vázquez. *Op. cit.*, 2010. p. 164-165.

¹⁵⁹ Para mais casos ao redor do mundo relacionados à MGF cf. GONZÁLEZ, Carlos Vázquez. *Op. cit.*, 2010. p. 163 e ss.

¹⁶⁰ Quanto à situação na Holanda, Ayaan Ali, explica que a ausência de casos nos tribunais se dá por uma atitude de tolerância dos órgãos de administração da justiça perante um crime de elevada gravidade. AYAAN HIRSI ALI *apud* DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 06.

da mutilação em Portugal existe sem que exista qualquer registro judicial a esse respeito. Para superar, então, este obstáculo, o autor vale-se dos relatos contidos na jurisprudência francesa¹⁶¹, onde são vários os processos e condenações de imigrantes africanos por ofensas corporais decorrentes da excisão¹⁶².

Os casos do Tribunal Francês apresentam tipicamente os seguintes contornos: a excisão normalmente é realizada em crianças entre os 02 e 12 anos, pertencentes as etnias Bambara, Soninké e Malinké, levadas pelos pais, especialmente pelas mães, à presença de mulheres das respectivas comunidades com experiência na operação (excisoras ou fanatecas¹⁶³)¹⁶⁴.

Os arguidos, que são os pais (em regra geral as mães) das meninas - pois as excisoras não são denunciadas -, invocam quase invariavelmente a obediência à tradição e aos ensinamentos dos antepassados como um fator de preservação da identidade¹⁶⁵.

Nos depoimentos processuais reunidos por LEFEUVRE-DÉOTTE, inclusive, podem ler-se justificações do gênero: “é doloroso, mas é o costume que o impõe”; “fiz excisar a minha filha... não para a fazer sofrer, ou para a mutilar, ou para fazer tudo aquilo de que me acusam neste processo, mas porque é o meu costume, a minha tradição”; “não quis fazer mal algum, é a minha tradição que me obriga e eu não conhecia a lei. Eu amo muito os meus filhos. Uma mãe africana não é uma malfeitora. Eu não fiz mal, sou estrangeira, não conheço a lei. É o costume; entre nós, todas as mulheres são excisadas”¹⁶⁶.

Uma das preocupações das mães arguidas nos processos da França era a de que se não cuidassem da excisão da filha esta nunca viria a ser aceita pela comunidade de origem. Ela careceria de identidade feminina, seria olhada sempre como um *alien*. Nenhum homem da sua comunidade desejaria casar com ela. Sendo assim, “elas não cumpririam o seu dever

¹⁶¹ Dias destaca que “ao contrário do que sucede noutros países europeus, como a Inglaterra e a Suécia, que preveem expressamente a mutilação genital feminina no elenco de incriminações, mas privilegiam a prevenção por via da informação e do diálogo, em França, devido talvez ao igualitarismo abstracto que caracteriza o ideário republicano, documentado entre outros no célebre caso do véu islâmico, optou-se pela via punitiva”. *Idem*.

¹⁶² DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 06.

¹⁶³ Fanatecas é um termo do crioulo guineense que designa as mulheres “especialistas” na prática da excisão, oriundas normalmente da casta dos ferreiros.

¹⁶⁴ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit., loc. cit.*

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 07.

¹⁶⁶ LEFEUVRE-DÉOTTE, Marine. *L'excision en procès: un différend culturel?* Paris: L'Harmattan, 1997. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/9782296337572_extrait%20(1).pdf>. Acesso em: 18 mar. 2017. p. 10 e ss.

de mães e de africanas, Bambara, Soninké, ou Malinké, se não submetessem as filhas ao ritual sangrento”¹⁶⁷.

A excisão não visa somente integrar o indivíduo no grupo, como membro de pleno direito. Visa, também, proteger esse grupo do risco de dissolução. O ser sexualmente híbrido e indefinido constitui uma ameaça à comunidade – permanece à margem e não lhe garante continuidade. “É importante pois inscrever no seu corpo a regra do grupo e, dessa forma, selar o compromisso, a pertença recíproca, e assegurar a perpetuação”¹⁶⁸.

Os processos no Tribunal Francês terminam normalmente com a condenação das arguidas em penas de até 05 anos de prisão, acompanhadas de *sursis*¹⁶⁹.

2.3 AINDA LONGE DOS TRIBUNAIS: INFANTICÍDIO RITUAL INDÍGENA NO BRASIL

*“Abre a tua boca a favor dos que não têm voz, e pela causa de todas as crianças destinadas à morte”*¹⁷⁰.

O infanticídio¹⁷¹ ritual indígena, no Brasil e na América Latina como um todo, foi visto por muitos anos como um tabu, ficando à mercê das discussões culturais e humanitárias. No entanto, com uma atenção cada vez maior voltada para as minorias e, conseqüentemente, para as comunidades indígenas, o tema volta – e deve - ser debatido.

Longe dos Tribunais, mas presente no cotidiano e intrínseco na cultura dos índios, o infanticídio começa a ser visto com outros olhos – repletos de preocupação – por estudiosos, antropólogos e organizações mundiais. A questão é divergente, separa opiniões

¹⁶⁷ DIAS, Augusto Silva. *Op cit.*, 2006. p. 10.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 11.

¹⁶⁹ LEFEUVRE-DÉOTTE, Marine. *Op. cit.*, 1997. p. 10 e ss.

¹⁷⁰ Provérbios 31.8 (Douay-Rheims Version, 1899).

¹⁷¹ Há que se esclarecer, aqui, que o infanticídio ritual indígena – apesar da mesma nomenclatura – não se confunde com o crime de infanticídio previsto pelo Código Penal Brasileiro (Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos). Não há uma previsão expressa consubstanciada em um tipo penal na ordem jurídica brasileira acerca do infanticídio ritual indígena. O ritual – e as causas que levam a comunidade indígena a essa prática - não possuem ligação com o estado puerperal da mulher logo após ao parto, mas sim com as crenças e costumes de determinadas tribos. Além disso, o infanticídio ritual indígena por diversas vezes não é cometido apenas pela mãe (embora seja comum esta perpetrar a ação sozinha na mata), podendo ser cometido inclusive por outros integrantes ou líderes da comunidade. Ainda, enquanto a tipificação penal preveja, expressamente, que o cometimento do delito deve se dar “durante ou logo após o parto”, no ritual indígena, conforme será demonstrado, não existe uma limitação temporal para a prática do infanticídio, podendo se dar com crianças de diferentes idades.

e engloba o difícil contrapeso entre o direito à vida e o direito à cultura, ou melhor, à diversidade étnico-cultural.

É por isso que ainda que não possam ser encontrados, na jurisprudência brasileira, casos referentes a esta prática ancestral de algumas comunidades indígenas, optou-se pela sua inclusão, neste capítulo, como uma problemática que, embora amparada pelos direitos previstos constitucionalmente aos índios, merece ser analisada e estudada, visto que constitui, na sua essência, um delito culturalmente motivado.

O termo infanticídio, popularmente usado para se referir ao assassinato de crianças indesejadas, nos remete a um problema tão antigo quanto a própria humanidade, registrado em todo o mundo, em diversas culturas, ao longo da história¹⁷². No caso das crianças indígenas, no entanto, a questão assume outra dimensão. Suas vozes são abafadas. Não podem, ainda, contar com a mesma proteção que contam as outras crianças. O seu choro é coberto pelo manto da crença – firmado sobre a ideia de culturas estáticas e imutáveis¹⁷³.

No Brasil, a cada ano, centenas de crianças indígenas são enterradas vivas, sufocadas com folhas, envenenadas ou abandonadas para morrer na floresta. Mães dedicadas são forçadas – pelo imperativo cultural - a desistir de seus filhos. Muitas são as razões que “justificam” o infanticídio: portadores de deficiência física ou mental; gêmeos; albinos¹⁷⁴ e bebês nascidos de relações extraconjugais são alguns exemplos de crianças que acabam vítimas desta prática.

Neste sentido, Alves e Vilas Boas afirmam que:

A prática, tradicional nessas tribos, vai desde a morte de recém-nascidos portadores de deficiências físicas e mentais até a morte de gêmeos, filhos de mães solteiras, dependendo dos costumes da tribo. Nestes casos, a morte de crianças ocorre logo após o seu nascimento ou quando ainda pequenas (em caso de doenças), sendo que muitas delas são enterradas vivas, estranguladas, sufocadas, ou simplesmente deixadas no meio da mata para morrer¹⁷⁵.

¹⁷² WU, Michele Wen Chen. "Culture is no Defense for Infanticide." *American University Journal of Gender Social Policy and Law*. Vol. 11, no. 2 (2003): 975-1021. p. 976 e ss.

¹⁷³ SUZUKI, Márcia (org). *Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil*, 2008. p. 04.

¹⁷⁴ No Brasil e na América Latina em geral – com exceção do Equador – o albinismo já perdeu muito do seu aspecto nocivo. No Panamá, inclusive, os índios brancos são chamados de filhos da Lua, como se fossem presentes de alguma divindade. Mas na África, principalmente, eles são considerados bruxos e condenados à morte. Na Guiné, o albinismo é conhecido pela designação crioula de “mostra”, derivado de “amostra”, com o sentido de “coisa rara”. CARREIRA, António. *O infanticídio ritual em África*. Separata dos nº 101/102 do ano XXVI do Boletim Cultural da Guiné Portuguesa, nº101. Bissau, 1971, p. 30-31.

¹⁷⁵ ALVES, Fernando de Brito. VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater. Direito à cultura e o direito à vida: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, jun. 2010, v. XIX. P. 4962-4973. p. 04. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3822.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

Márcia Suzuki, por sua vez, complementa o exposto, destacando que “não são apenas recém-nascidas as vítimas de infanticídio. Há registros de crianças de 3, 4, 11 e até 15 anos mortas pelas mais diversas causas”¹⁷⁶.

Para os indígenas, a coletividade é importantíssima no que tange às decisões, escolhas e acontecimentos da vida. O coletivo está acima do individual. Assim, o nascimento de uma criança é algo que interessa a todos os membros da comunidade. Quando nasce um *sumawani* ou um *iganani* - uma criança hermafrodita e outra com paralisia cerebral – por exemplo, esse nascimento diz respeito não só aos pais e parentes da criança, mas é uma questão que envolve toda a tribo¹⁷⁷.

O infanticídio ritual indígena é um ato sem testemunha. As mulheres vão sozinhas para a floresta e lá, depois do parto, examinam o bebê. Se este apresentar alguma deficiência, a mãe volta sozinha para a aldeia¹⁷⁸. Quando isso ocorre, o silêncio é geral: “ninguém pergunta o que houve. Nem o pai da criança, nem os avós, nem a amiga mais próxima. A jovem se afunda em sua rede, muitas vezes sem coragem ou forças nem para chorar. O assunto morre ali mesmo (...). A mãe terá que carregar sozinha, em silêncio, pelo resto da vida, a lembrança dessa maldição, dessa má sorte, dessa infelicidade. Às vezes ouve-se ao longe o choro abafado da criança, abandonada para morrer na mata”¹⁷⁹.

¹⁷⁶ SUZUKI, Márcia (org). *Op. cit.*, 2008. p. 05.

¹⁷⁷ PINEZI, Ana Keila Mosca. Infanticídio indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão. *Revista Aurora, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, nº 08, 2008, p. 20. Disponível em: <http://www.pucsp.br/revistaaurora/ed8_v_maior_2010/artigos/ed/2_artigo.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁷⁸ Um caso de infanticídio que ganhou repercussão no Brasil foi o da menina Hakani. Nascida em 1995, na tribo dos índios *suruwahas* que vivem semi-isolados no sul do Amazonas, Hakani foi condenada à morte quando completou 02 anos, porque não se desenvolvia no mesmo ritmo das outras crianças. Escalados para serem os carrascos, seus pais prepararam o timbó, um veneno obtido a partir da maceração de um cipó. Mas, ao invés de cumprirem a sentença, ingeriram eles mesmos a substância. O duplo suicídio enfureceu a tribo, que pressionou o irmão mais velho de Hakani, Aruaji, então com 15 anos, a cumprir a tarefa. Ele atacou-a com um porrete e, quando a estava enterrando, ouviu-a chorar. Aruaji abriu a cova e retirou a irmã. Ao ver a cena, Kimaru, um dos avós, pegou seu arco e flechou a menina entre o ombro e o peito. Tomado de remorso, o velho *suruwaha* também se suicidou com timbó. A flechada, no entanto, não foi suficiente para matar a menina. Seus ferimentos foram tratados às escondidas pelo casal de missionários protestantes Márcia e Edson Suzuki, que tentavam evangelizar os *suruwahas*. Eles apelaram à tribo para que deixasse Hakani viver. A menina, então, passou a dormir ao relento e comer as sobras que encontrava pelo chão. "Era tratada como um bicho", diz Márcia. Muito fraca, ela já contava com 05 anos quando a tribo autorizou os missionários para que a levassem ao Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto, em São Paulo. Hakani foi diagnosticada com hipotireoidismo congênito - uma doença do metabolismo – e, com a autorização da FUNAI e da FUNASA, iniciou o tratamento médico. Depois de algum tempo, a menina começou a crescer, falar e andar, sendo que atualmente interage normalmente com as demais pessoas, quase sem sequelas. O casal requereu na justiça a adoção da menina, a qual foi deferida. Márcia Suzuki, agora mãe de Hakani, é organizadora da cartilha “*Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil*”, que promove a conscientização e o reconhecimento do problema no Brasil.

¹⁷⁹ SUZUKI, Márcia (org). *Op. cit.*, 2008. p. 06 e ss.

A prática acontece em pelos menos 13 etnias indígenas do Brasil¹⁸⁰, principalmente nas tribos isoladas, como os *Suruwahas*, *Ianomâmis* e *Kamaiurás*. De acordo com dados do livro Saúde Brasil 2006 – Uma Análise da Desigualdade em Saúde, publicado no início de 2007 pelo Ministério da Saúde, a taxa de mortalidade entre os indígenas, até os 5 anos de idade, é de 30%. Em 2004, 626 bebês indígenas morreram antes de completar 1 ano. Dentre esses óbitos, 107 tiveram razões misteriosas¹⁸¹.

Cada etnia tem uma crença que leva a mãe a matar o bebê recém-nascido. Entre os *suruwahas*, o nascimento de alguma das crianças anteriormente mencionadas é considerado uma maldição e uma ameaça ao bem-estar de todos, ela é vista como um mau-espírito, um agouro que deve ser eliminado¹⁸². Já para os *mehinaco* (tribo xingu), o nascimento de gêmeos ou crianças anômalas indica promiscuidade da mulher durante a gestação. Ela é punida e os filhos, enterrados vivos¹⁸³.

Assim como ocorre com o infanticídio na África, estudado a miúdo por António Carreira¹⁸⁴, é muito difícil obter dados estatísticos seguros sobre a extensão do fenômeno no

¹⁸⁰ Embora seja difícil precisar, o infanticídio tem sido registrado em diversas etnias indígenas pelo Brasil, entre as principais, podemos destacar os uaiuai, bororo, mehinaco, tapirapé, ticuna, amondaua, uru-eu-uauuau, suruwaha, deni, jarawara, jaminawa, waurá, kuikuro, kamayurá, parintintin, yanomami, paracanã e kajabi. SANTOS, Marcelo. Bebês indígenas marcados para morrer. *Revista Problemas Brasileiros*. SESC-SP, maio-junho/2007.

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² Quanto a esse “mau-agouro”, Taipa de Carvalho, ao analisar a prática na Guiné, resume: “segundo o costume ancestral de algumas das muitas etnias da Guiné, quando um bebê nasce com deformação física marcante (ou com reações psíquicas não vulgares), tal faz suspeitar os familiares próximos (sobretudo da mãe) de que poderá esse recém-nascido não ser uma criança (uma pessoa humana), mas sim um espírito maligno (um *ucó*) cujo destino será o de atormentar a mãe, constituindo um perigo para futuras gestações ou mesmo para a vida da mãe. Para desfazer as dúvidas sobre a natureza humana ou não humana (espírito maligno) do recém-nascido, as mulheres da família fazem um “teste de humanidade”: 1º - consultam o ancião; 2º - na hipótese deste não dar resposta afirmativamente segura sobre a “qualidade humana” do recém-nascido, consultam um curandeiro (não bruxo); finalmente, isto é na hipótese de as respostas anteriores terem sido negativas ou de dúvida sobre a humanidade do ser em causa, fazem o teste definitivo, que consiste em colocarem-no à beira do rio ou beira-mar, com ovos e farinha cozinhadas ao lado. Se o recém-nascido (que, segundo o costume, pode ser sujeito a este teste até cerca de quatro anos de vida), come os ovos e a farinha e vai para água, nesta desaparecendo, a conclusão é de que se tratava de um “espírito maligno”; se, pelo contrário, o recém-nascido fica inerte no local, então a conclusão é de que se trata de uma pessoa humana, devendo os familiares, que permaneceram atento no local, recolhê-lo e trata-lo com os devidos cuidados que sua eventual deficiência aconselham”. CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal*. Revista Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. XVI – Tomo I, Editora Universidade Católica, Lisboa, 2002, p. 140 e ss.

¹⁸³ SUZUKI, Márcia (org). *Op. cit.*, 2008. p. 06.

¹⁸⁴ Neste viés, importa destacar que as razões que levam ao infanticídio ritual na África são, em grande maioria, as mesmas que recaem sobre as tribos indígenas brasileiras. De acordo com António Carreira, “em regra, o infanticídio ritual em África, recaiu (e recai) desde sempre, em gêmeos e em portadores de malformações ou aberrações (ou monstruosidades) e em anomalias resultantes de discriminações sociais. As anomalias, algumas delas havias por muito nocivas, essas eram (e são-no ainda hoje) objeto de averiguação por sortilégios. Os adivinhos, os ritualistas, e, em algumas áreas, os próprios régulos, são entidades reconhecidas para definir a

Brasil, especialmente porque consiste em uma prática secreta, velada, um assunto interno – da família e da tribo¹⁸⁵.

Falta de informação, falta de acesso às políticas públicas de educação e de saúde, associadas à absoluta falta de esperança no futuro, perpetuam essa prática. Algumas comunidades indígenas, no entanto, já começam a querer mudar esta tradição. Estão preocupadas em garantir a sobrevivência física e cultural das suas tribos. Eli Ticuna¹⁸⁶, um dos mais respeitados líderes indígenas do Brasil, em um depoimento prestado a Márcia Suzuki, salientou que os índios têm consciência do caráter dinâmico das culturas, afirmando:

Prefiro morrer do que me vender a ideologias de fora que prejudicam o bem-estar do meu povo. O índio é um ser pensante, não está morto ou estático no tempo. É ele o sujeito, arquiteto e responsável construtor de sua cultura. Toda cultura é dinâmica e está sujeita a constantes mudanças como resposta às situações do presente. Pregar a importância da cultura indígena, somente na perspectiva estática, em desequilíbrio com a realidade dinâmica é prejudicial para a sobrevivência das sociedades indígenas. Faz-se necessário valorizar a pessoa do indígena, acima da cultura¹⁸⁷.

A Constituição Federal do Brasil, no art. 231, reconhece a cultura indígena, seus costumes e tradições.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Ao reconhecer aos índios uma organização social, costumes e tradições próprios, a Constituição Federal perfilhou a existência e admitiu a executoriedade de sistemas jurídicos indígenas. Passou a aceitar, com isso, o pluralismo jurídico - sem que afetasse a soberania estatal. É esse pluralismo que consente solucionar as complexas relações jurídicas de um

origem dos males e decidir do destino a dar aos seus portadores. Na maioria dos casos, porém, qualquer que fosse a indicação dada pela prova mágica ou pela decisão daquelas entidades, a eliminação era certa. Aparenta-se, pois, que a prova visa apenas a descoberta (quando não é uma simulação com objetivos pré-concebidos) da entidade sobrenatural causadora da anomalia, e nada mais”. CARREIRA, Antônio. *Op. cit.*, 1971. p. 12.

¹⁸⁵ Para mais sobre o infanticídio ritual na África cf. CARREIRA, Antônio. *Idem*.

¹⁸⁶ Eli Ticuna é um líder indígena que se tornou nacionalmente conhecido pelo seu trabalho no CONPLEI (Conselho Nacional de Pastores e Líderes Evangélicos Indígenas). Além disso, tem atuado em projetos de educação junto aos povos indígenas da Amazônia, viabilizando a educação secundária e superior de índios das tribos Ticuna e Matis. Eli cursou administração de empresas em Brasília e dirige, também, um projeto de apoio à universitários indígenas na cidade.

¹⁸⁷ SUZUKI, Márcia (org). *Op. cit.*, 2008. p. 10.

Estado multicultural, assegurando, em situações culturais específicas, a aplicação das normas dos respectivos sistemas jurídicos¹⁸⁸.

Até o atual momento não há, portanto, uma previsão expressa de qualquer condenação pelo ato da mãe índia que mata o filho bebê. Para os índios, isso é um gesto de amor, uma forma de proteger o recém-nascido e também toda a comunidade indígena.

Para a FUNAI, os casos de infanticídio não merecem maior atenção do governo. A fundação afirma “não ter esses números” e acredita que se tratem de episódios isolados. Tanto a FUNAI quanto a FUNASA afirmam que dão a assistência necessária aos índios para evitar a matança de crianças. “Se há bebês que nascem com problemas, já temos profissionais e médicos que oferecem soluções e tratamentos para evitar que sejam sacrificados. Mesmo entre grupos nômades, quando a mulher tem vários filhos, damos assistência para que ela não mate nem abandone alguma criança”¹⁸⁹.

Muitos antropólogos indianistas – invocando a noção do relativismo jurídico – defendem, também, a não interferência na cultura dos índios, afirmando que esta é uma prática milenar e que não se pode desprezar os costumes e tradições das tribos indígenas, que se organizam conforme os seus antepassados. Ihe ensinaram e merecem proteção e respeito dos órgãos públicos.

Não é o que pensa Márcia Suzuki, que esteve no centro do imbróglio causado pela retirada de dois bebês da tribo *suruwahas*, em 2005, para tratamento médico em São Paulo. Na ocasião, FUNASA e FUNAI acusaram os missionários evangélicos da organização Jovens com uma Missão (JOCUM) de “sequestrar” as crianças. Márcia e seu marido, Edson Massamiti, que faziam parte da missão religiosa, defenderam-se, apresentando documentos de autorização assinados por funcionários do posto da FUNASA de Lábrea (no Amazonas) que liberavam o traslado dos bebês e seus familiares. Se as crianças não fossem levadas para tratamento, certamente seriam sacrificadas¹⁹⁰.

Uma das crianças, Iganani, era portadora de paralisia cerebral e a outra, Títitu, recebeu o diagnóstico de hermafroditismo. Iganani chegou a ser deixada na mata para

¹⁸⁸ BERRO, Maria Priscila Soares; BORIN, Roseli. Infanticídio indígena brasileiro e a colisão de direitos: o direito à diversidade das comunidades e direito à vida. *Anais do V Encontro Internacional do CONPEDI*. Montevideú, 2016. p. 100-116. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/360qtm1/M6v630SEUen25vw8.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

¹⁸⁹ SANTOS, Marcelo. *Op. cit.*, 2007.

¹⁹⁰ *Idem*.

morrer, mas sua avó conseguiu convencer a mãe a ficar com ela. Já Tititu quase foi morta pelo pai, que ameaçou flechá-la, mas acabou decidindo levá-la até os "brancos", para ver se saberiam o que fazer¹⁹¹.

Na opinião de Márcia, um dos principais entraves para que o infanticídio deixe de ocorrer entre os indígenas está no campo político-cultural. Para ela, existe uma visão idealizada do índio. "Isso é reflexo de nossa história e do que aconteceu no Brasil, com a dizimação de tribos. Há um sentimento de culpa nacional. As pessoas acham que se você preservar a cultura indígena, mesmo com a morte de crianças, a dívida com os índios será paga, o que não é verdade"¹⁹².

Maíra Barreto, por sua vez, destaca: "*Desde mi punto de vista, la alternativa más inmediata para resguardar la vida de estos niños sería una política de apoyo a la adopción, por medio del diálogo. Como todavía son, en gran medida, neonatos, su identidad no se encuentra formada. Luego, si el grupo rechaza un neonato, este niño no sufrirá daños en su identidad, no se sentirá "muerto" para aquel grupo. Ciertamente podrá formar su identidad en otra sociedad que lo acoja y acepte*"¹⁹³.

Um projeto de lei que pretende erradicar o infanticídio já foi aprovado em duas comissões na Câmara Federal e agora vai para votação no plenário. A proposta, que se encontra desde o dia 14 de novembro de 2016 com a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, aguardando parecer da relatora, ficou conhecida como "Lei

¹⁹¹ SANTOS, Marcelo. *Op. cit.*, 2007.

¹⁹² SUZUKI, Márcia (org). *Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil*, 2008. p. 20.

¹⁹³ BARRETO, Maíra. "*Pasado y presente de los derechos humanos*". Universidad de Salamanca. 2004/2005. p. 106.

Muwaji”¹⁹⁴ em homenagem a mãe de Iganani, da tribo dos *Suruwahas*, que se rebelou contra a tradição e salvou a vida da filha, fugindo com ela para Brasília/DF¹⁹⁵.

O PL. Muwaji busca combater o infanticídio, a morte e os maus tratos contra recém-nascidos, crianças ou pessoas portadoras de deficiência nas tribos indígenas, propondo a implementação de programas de educação em direitos humanos nestas sociedades e o aprofundamento do diálogo interétnico, com vistas à garantia da qualidade de vida e dignidade daqueles que são vulneráveis em suas comunidades¹⁹⁶.

¹⁹⁴ A Lei Muwaji propõe a obrigatoriedade da notificação nos casos de crianças em risco de infanticídio, tendo em vista que, conforme já mencionado, a falta de dados confiáveis é sem dúvida um dos maiores entraves à erradicação dessa prática. O projeto de lei apresentado, originariamente, pelo Deputado Henrique Afonso, em 2007 (PL. 1057/2007), foi batizado de Lei Muwaji em homenagem à coragem da indígena Muwaji Suruwaha. Pela tradição do seu povo, ela deveria ter sacrificado sua filha Iganani, que nasceu com paralisia cerebral. Mas Muwaji enfrentou não só os costumes de sua sociedade, mas toda a burocracia da sociedade nacional, para garantir a vida e o tratamento médico de sua filha. O PL., que tramita atualmente sob o nº 119/2015, altera o Estatuto do Índio para estabelecer o dever da União, dos Estados e dos municípios e das autoridades responsáveis pela política indigenista de assegurar a dignidade da pessoa humana e os procedimentos com vistas a garantir o direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica das crianças, dos adolescentes, das mulheres, das pessoas com deficiência e dos idosos indígenas, com prevalência sobre o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas. A Lei Muwaji, se aprovada, vai garantir, portanto, que os direitos das crianças indígenas sejam protegidos com prioridade absoluta, como preconizam a Constituição Brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e todos os acordos internacionais de Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto de Lei 119/2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122998?o=t>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

¹⁹⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Idem*.

¹⁹⁶ Para mais sobre o infanticídio ritual indígena no Brasil cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006; HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008; ADINOLFI, Valéria Trigueiro. *Enfrentando o infanticídio: bioética, direitos humanos e qualidade de vida das crianças indígenas*. 2011. Mãos Dadas. Disponível em: <<http://www.maosdadas.org/arquivos>>. Acesso em: 19 abr. 2017. CULTURAL SURVIVAL. *Indians in Brazil*. Cambridge, Massachusetts: Cultural Survival, Special Report N° 1, 1979.

3 DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS E OS PROBLEMAS NA ESFERA PENAL

“Durante muito tempo não soube que era árabe porque não havia ninguém que me insultasse”¹⁹⁷.

Expostos alguns dos principais casos encontrados na doutrina e na jurisprudência ao redor do mundo envolvendo delitos culturalmente motivados, há que se analisar de que maneira – e se – o direito penal poderia - ou deveria - intervir para solucionar as questões relativas às *cultural offenses*.

Determinada a existência de um delito culturalmente motivado, será necessário averiguar se existem espaços de manobra dentro do nosso sistema penal que concedam ao autor deste delito cultural uma extinção da punibilidade ou, ao menos, um tratamento sancionatório favorável. Em outras palavras, o problema será o de considerar se é possível encontrar uma solução aos conflitos étnicos culturais dentro das categorias clássicas do direito penal¹⁹⁸.

É preciso analisar, assim, de que maneira uma *cultural offense* poderia refletir em cada núcleo central da teoria do crime, a qual exige – para atribuir a alguém a prática de um delito –, que o comportamento seja típico, ilícito e culposo. Como deve, então, ser punido aquele ou aquela que pratica a excisão (ou leva à cabo o infanticídio ritual, por exemplo) numa criança para cumprir as tradições da sua comunidade de pertença?¹⁹⁹

O conflito entre lei penal e costume assume, aqui, uma dimensão interna, um conflito prático, centrado no agente, entre o dever legal de não ofender a integridade corporal da vítima, sua dignidade sexual ou a sua vida, e o dever de obedecer a uma regra costumeira inerente à formação daquele indivíduo, cuja “força normativa e motivacional emana de hábitos ancestrais de uma dada forma de vida”²⁰⁰.

Indaga-se, portanto, que relevância terá, na punibilidade, a prática de seguir um uso ou um costume considerado *contra legem* pelo sistema jurídico dominante, mas que, seja

¹⁹⁷ GRAY, Romain *apud* DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012.

¹⁹⁸ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012, p. 187.

¹⁹⁹ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 13

²⁰⁰ *Idem*.

por pressão da comunidade ou por uma pressão interna e subjetiva, não pode deixar de ser seguido pelo agente.

Como bem pontuado por Silva Dias, nos casos de excisão do Tribunal Francês, por exemplo, a norma penal parece, para os autores dos delitos, como um dever exterior, completamente alheio da comunidade a que pertencem. Assim, a obrigatoriedade desse dever penal cede facilmente frente à força normativa e motivacional do costume étnico cultural firmada nos hábitos de conduta e na “observância reiterada”²⁰¹.

Os autores tomam conhecimento do carácter proibido da excisão normalmente no decurso dos processos judiciais e, embora alguns digam que se tivessem conhecido a proibição não teriam seguido tal prática em França, a verdade é que não entendem como pode esta ser qualificada como uma cruel mutilação ou mau trato corporal infligido às próprias filhas. A maior parte deles tinha pisado em solo gaulês pela primeira vez há pouco tempo e a sua integração estava longe de ser completa, a começar pelo parco domínio da língua e pela relação inexistente ou precária com o mercado de trabalho. A sua mundividência era ainda inteiramente cunhada pela socialização a que foram sujeitos na sua comunidade de origem²⁰².

De acordo com Paula Ribeiro Faria, em países cuja estrutura é marcada pelo multiculturalismo, como o Canadá, a Austrália, os Estados Unidos, a África do Sul, o Brasil e diversos países do Continente Europeu, o problema da relação entre o costume e o ordenamento jurídico-penal geral deve ser tratado com profundidade, inclusive através de soluções legislativas²⁰³.

A autora questiona, ainda, “se é possível criar uma causa de justificação ou de desculpação específica para estes casos ou situações, se se deve utilizar ou estender o âmbito de aplicação das causas de justificação ou desculpação já existentes, se se deve pura e simplesmente fechar a porta a qualquer tipo de reconhecimento da especificidade destas

²⁰¹ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 15.

²⁰² *Idem*.

²⁰³ Neste sentido, Maria Paula Ribeiro Faria, analisando políticas governamentais referentes à mutilação genital feminina, destaca que “os Governos têm que ter cuidado com a forma como conduzem as políticas repressivas que remetem o fenómeno para a clandestinidade e podem sujeitar as mulheres ao ostracismo por parte dos seus grupos de origem, devendo ter sempre o cuidado de paralelamente fomentar políticas de defesa dos direitos das mulheres e a sua participação na vida cívica e social dos países, aumentando progressivamente a consciência dos direitos da sua parte e dos grupos a que pertencem (...)”. Segundo a autora, de uma forma geral, a legislação sobre a excisão “deve dirigir-se no sentido de modificar o costume que discrimina a mulher, de abolir as práticas lesivas dos direitos das crianças, de assegurar os cuidados de saúde adequados e proporcionar informação sobre a saúde, e de promover uma ordem social onde os direitos de cada um se possam realizar plenamente”. FARIA, Maria Paula Ribeiro de. O costume e o direito penal no século XXI. In *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 128-129.

situações, ou se o problema se deve resolver antes ao nível da determinação da medida da pena ou por via de soluções processuais²⁰⁴.

A questão central é, portanto, averiguar que importância poderá ter, na responsabilidade criminal, o argumento de que o agente (seja Kimura, Moua, Chen, a fanateca ou a mãe indígena) se limitou a seguir uma regra costumeira da sua forma de vida. De que atuou dessa forma porque assim lhe ensinaram seus antepassados. Pode uma *cultural defense* conduzir à impunidade de quem comete um delito culturalmente motivado? E, por fim, que papel cabe ao direito penal no combate a estes delitos?²⁰⁵

Para que se torne possível a obtenção de uma resposta, é preciso esclarecer se a presença de um conflito étnico cultural tem capacidade de incidir na estrutura do delito, impedindo a configuração de um dos seus elementos, e permitindo, assim, chegar a uma solução sistemática sancionadora favorável para o autor culturalmente motivado²⁰⁶.

3.1 CULTURAL OFFENSES E TIPICIDADE

Entre os atributos do fato punível, dois são especialmente aptos para acolher os usos ou costumes em sede de aplicação do direito penal: a tipicidade, mediante o recurso de interpretação das ações socialmente adequadas; e a culpa em sentido amplo – que abrange não só o momento da censura (ou da atribuição de um demérito pessoal ao agente na realização daquele delito), mas também a própria imputação subjetiva (a título de dolo ou negligência)²⁰⁷.

Primeiramente, quanto à tipicidade, há que se destacar, ainda que de forma breve e concisa²⁰⁸, que uma ação ou omissão, para ser considerada crime, há de ser típica. Ou seja,

²⁰⁴ FARIA, Maria Paula Ribeiro de. *Op. cit.*, 2014. p. 128-129.

²⁰⁵ Esses são alguns dos questionamentos levantados por CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. cit.*, 2002; DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006; DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012; FARIA, Maria Paula Ribeiro de. *Op. cit.*, 2014; FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *Op. cit.*, 2008; GONZÁLEZ, Carlos Vázquez. *Op. cit.*, 2010.

²⁰⁶ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012. p. 193.

²⁰⁷ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 13.

²⁰⁸ Tendo em vista que o objetivo final desta pesquisa é analisar a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados, não há, infelizmente, como aprofundar neste capítulo todas as questões que englobam a teoria do delito. Faz-se, por isso, apenas uma breve análise dos seus elementos, a qual pode – e deve – ser aprofundada. Assim, para mais sobre a teoria do delito cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais*: a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004; HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989; PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Volume I – Parte Geral, 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010;

há de coincidir com uma das descrições de delitos reunidas pelo Código Penal. Como exemplificado de modo simples e direto por Roxin: “*quien p.ej. mediante una determinada acción ‘sustraе una cosa mueble ajena con el ánimo de apropiársela antijurídicamente’, realiza el tipo del hurto*”²⁰⁹.

Essa estrita vinculação, ou essa fixação rígida, para a tipicidade é uma consequência do princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*)²¹⁰. Por consequência, não é possível que atos puníveis derivem de princípios gerais e sem um tipo fixado em lei – como ocorre em outras esferas do direito – *v.g.*, em algumas consequências jurídicas civis²¹¹.

Neste viés, a primeira pergunta a ser feita, ao analisar a tipicidade da ação praticada por um imigrante, um estrangeiro ou um integrante de um grupo étnico cultural minoritário, é quanto à relevância desta conduta para o ordenamento jurídico do Estado receptor. Comportamentos não ofensivos a bens jurídicos não tutelados não podem – e nem devem – ser configurados como delitos.

Um fato, ainda que conforme ao tipo do delito, não pode ser punível quando não ofenda, ou ameace ofender, a um interesse especificamente protegido pela norma incriminadora “na sua concreta dimensão social e constitucional”²¹². O que permite a definição de uma ação ou omissão como tipicamente relevante é, então, a valoração da conduta que – formalmente – preenche o tipo face ao caso concreto²¹³.

Como é sabido, o direito penal visa à tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (bens jurídico-penais). Ou seja, visa proteger aqueles bens cuja lesão se revela digna e necessitada de pena – bens que o indivíduo ou a coletividade elevam como de valor concreto para a manutenção da paz social e que são, por isso, juridicamente relevantes²¹⁴.

Roxin, ao analisar essa subsidiariedade da proteção aos bens jurídicos, destaca, também, o caráter fragmentário do direito penal, salientando que “*se denomina a la pena*

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos: la estructura de la Teoria del Delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Luzon Peña, Miguel Conlledo y Javier Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 194 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. III*. Madrid: Ediar, 1981. p. 561 e ss.

²⁰⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997. p. 194.

²¹⁰ Para mais sobre o princípio da legalidade cf. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997. p. 134 e ss.

²¹¹ *Ibidem*, p. 194-195.

²¹² FARIA, Maria Paula Ribeiro. *A adequação social da conduta no Direito Penal*. Porto: Universidade Católica, 2005. p. 107.

²¹³ *Ibidem*, p. 123-124.

²¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 114 e ss.

como la ‘ultima ratio de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza ‘fragmentaria’ del Derecho penal”²¹⁵.

O carácter subsidiário e fragmentário do direito penal reside, portanto, no fato de que este não deve intervir para tutelar todo e qualquer bem jurídico. Deve intervir apenas para tutelar as ofensas mais graves aos bens jurídicos mais relevantes (considerados essenciais, ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e econômica de um Estado)²¹⁶.

Quanto a noção de bem jurídico, por sua vez, Figueiredo Dias destaca que embora não possamos, até o presente momento, converter essa noção em um conceito fechado e determinado, capaz de traçar uma fronteira exata entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado, há hoje um consenso relativamente largo sobre o seu núcleo essencial. O bem jurídico pode ser compreendido então como a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”²¹⁷.

O critério de bem jurídico é o critério central para que se possa determinar corretamente o merecimento ou não de pena a uma determinada conduta²¹⁸ que, para salvaguardar, de algum modo, os direitos das distintas partes intervenientes em um conflito penal, deve ser complementado com outros critérios, como a danosidade social, a subsidiariedade, a tolerância, entre outros²¹⁹.

²¹⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997. p. 65.

²¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004. p. 120 e ss.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 114 e ss.

²¹⁸ Neste viés, Roxin destaca a importância de distinguir os bens jurídicos do concreto objeto da ação, salientando: “El bien jurídico debe distinguirse del concreto objeto de la acción. Así p.ej., en la falsedad documental (§ 267) el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio, pero el objeto de la acción es el documento falsificado en el caso concreto. El objeto de la acción en el hurto es la cosa ajena sustraída, y el jurídico protegido, la propiedad y la posesión. A veces parecen coincidir objeto de la acción y bien jurídico, como en los delitos de homicidio, en que la vida humana es tanto el objeto de la agresión como el bien jurídico protegido. Pero esto sólo es así aparentemente; pues el objeto de la acción es la persona concreta cuya vida individual es agredida, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como tal. Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción”. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997. p. 62-63.

²¹⁹ Quanto à proteção dos bens jurídico-penais, Hassemer e Muñoz Conde salientam, ainda, que “incluso quienes consideran que la misión del Derecho penal no consiste en la protección de bienes jurídicos, sino en el fortalecimiento de los valores éticosociales de la acción o en el afianzamiento del reconocimiento normativo, tienen que admitir también el criterio del bien jurídico, pues el Derecho penal sólo puede perseguir aquellas

Essa proteção dos bens jurídicos, como ressaltam Hassemer e Muñoz Conde, não quer dizer somente proteção de bens e interesses humanos frente às agressões daqueles que infringem a norma, mas também a proteção desses interesses por meio da solução do conflito que surge com a infração normativa. Para os autores “*es esta doble función protectora la que justifica el Derecho penal. El control social con los medios del Derecho Penal pero sin formalización sería una auténtica barbarie*”²²⁰.

Existe, portanto, um núcleo de bens jurídicos fundamentais individuais e coletivos – como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humanas, v.g. – que configuram a base de um direito penal mínimo e dependem da proteção penal como uma resposta legítima para certos problemas sociais²²¹.

Analisando os casos trazidos no capítulo anterior, nota-se que todos eles – cada um à sua maneira e de acordo com o costume de seu grupo étnico cultural – acabaram por atingir valores essenciais à existência humana. Ofenderam a bens jurídicos-penais que merecem proteção e tutela por parte do Estado.

Embora praticados em diferentes países, com diferentes legislações, os delitos anteriormente citados constituem, na sua integralidade, crimes previstos pelos Códigos Penais respectivos. Kimura, Chen e o infanticídio indígena consistem, na sua essência, em casos de homicídio; Moua, por sua vez, perpetra a violação; e a mutilação genital feminina (embora tipificada em alguns Códigos Penais, como o guineense²²²), configura, na maioria dos países que não possuem legislação específica para este crime, um caso de ofensa corporal grave.

Questiona-se então, se estes delitos - embora passíveis de serem enquadrados em condutas tipificadas pelo ordenamento jurídico do país receptor -, não poderiam configurar casos de adequação social da ação, tendo em vista que os agentes se limitaram à observância de uma regra costumeira e intrínseca a sua cultura²²³.

metas dentro de los límites trazados por la Constitución y por la idea del Estado de Derecho". HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 114 e ss.

²²⁰ *Ibidem*, p. 117-118.

²²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 15-16.

²²² O Código Penal guineense contém um tipo incriminador específico sobre a excisão e a circuncisão epigrafado de ofensa corporal privilegiada (art.º 117). Se trata, de acordo com Dias, “de uma disposição confusa do ponto de vista da técnica legislativa e desaconselhável do ponto de vista político-criminal”. DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 16.

²²³ *Ibidem*, p. 17.

O conceito de adequação social (tal como as ações de risco permitido), é visto como uma causa de exclusão da própria tipicidade da ação. O critério da adequação social é um critério interpretativo para a qualificação ou desqualificação como típica (proibida ou permitida) da ação em si mesma considerada²²⁴. A adequação social surge como uma forma de excluir do tipo legal de crime todas as condutas que, pela conformidade a um contexto histórico e cultural de determinadas comunidades, não podem ser enquadradas como delito.

Para Welzel, responsável, no ano de 1939, pela formulação desse conceito: “*acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni aun cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra; son las llamadas acciones socialmente adecuadas*”²²⁵.

São consideradas socialmente adequadas todas as atividades – ou condutas – que se movem de acordo com o âmbito ético-social da vida em comunidade, estabelecidas ao longo dos anos, através da história²²⁶. Comportamentos que correspondam, portanto, à ordenação social historicamente desenvolvida por uma coletividade, não podem constituir um ilícito²²⁷.

A adequação social permite “atender aos sentidos sociais e às valorações da comunidade relativamente à lesão dos bens jurídicos tutelados”²²⁸. De acordo com Silva Dias, uma ação é socialmente adequada quando, apesar de na sua exterioridade ou materialidade realizar elementos do tipo incriminador, não é entendida, no seu significado mais profundo, como uma ação ofensiva de um bem jurídico²²⁹.

Neste viés, percebe-se que a adequação social supõe uma importante perspectiva para a teoria do tipo: a ideia de que um comportamento aprovado, não apenas excepcionalmente no caso concreto, mas sim de antemão e de modo geral, não pode incorporar qualquer tipo de crime ou injusto e, portanto, não pode nunca ser típico²³⁰.

Desse modo, a atipicidade da conduta socialmente adequada acaba por ser uma consequência necessária e essencial da própria tipicidade do injusto. Considerar a adequação

²²⁴ CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. cit.*, p. 146.

²²⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 63-64.

²²⁶ *Idem*.

²²⁷ FARIA, Maria Paula Ribeiro. *Op. cit.*, 2005. p. 31 e ss.

²²⁸ *Ibidem*, p. 124.

²²⁹ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 17.

²³⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997. p. 62-63

social como uma causa de justificação²³¹ (que atuaria assim na antijuridicidade) ou de exclusão da culpa, seria desconhecer a perspectiva central da teoria do delito.

Para Juarez Cirino, a adequação social é um princípio geral que orienta a criação e a interpretação da lei penal, sendo que sua atribuição à antijuridicidade “pressupõe a ultrapassada concepção do tipo livre-de-valor, e sua compreensão como exculpante pressupõe uma inaceitável identificação entre a adequação social de determinadas ações e a natureza proibida do injusto”²³².

Roxin, por seu turno, salienta que a vinculação da adequação social à ilicitude só seria possível do ponto de vista de um tipo não valorativo, o que destruiria sua função peculiar. Quanto à possibilidade desse princípio como causa de exclusão da culpa, ainda, sustenta o autor que “*este entendimiento presupone que se considere antijurídica la conducta socialmente adecuada y se admita legítima defensa contra ella, lo que es incompatible con el carácter del injusto como conducta desaprobada y prohibida.*”²³³.

A adequação social desempenhará, portanto, sua função ao nível da tipicidade, na medida em que as ações usuais, habituais, aprovadas ou incentivadas pela comunidade como um todo e, assim, sem qualquer efeito jurídico penal na vida social – vez que se pressupõe que, se aceitas, não atingem à bens jurídicos fundamentais - não podem ser consideradas como ações típicas.

Depreende-se, então, pelo exposto, que seguir uma regra costumeira ou um uso tradicional poderia, em alguns casos, constituir uma adequação social, o que (se assim o fosse) excluiria a tipicidade dos delitos culturalmente motivados.

O costume surgiria aqui como parte de um sentido histórico, social e cultural de coisas, que permitiria negar a tipicidade de uma conduta que formalmente preenche todos os elementos do parâmetro incriminador – tal e qual preenchem os casos trazidos no capítulo dois deste ensaio²³⁴.

²³¹ Taipa de Carvalho, ao analisar o direito à diferença étnico-cultural e a liberdade de consciência no direito penal, salienta que os conceitos de adequação social e justificação estão longe de serem idênticos e não podem (e nem devem), ser confundidos. Destaca que “para a generalização da doutrina jurídico-penal, o conceito de justificação pressupõe a prática de uma ação típica numa situação de conflito de bens jurídicos (ex: legítima defesa, direito de necessidade), ao passo que o conceito de adequação social não pressupõe um tal conflito de bens jurídicos e é, hoje, visto como causa de exclusão da própria tipicidade”. Assim, a causa de justificação se dá no plano posterior ao da adequação social – excluindo a ilicitude de uma conduta já considerada típica. CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. cit.*, p. 146.

²³² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2010. p. 109 e ss.

²³³ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997. p. 294-295.

²³⁴ FARIA, Maria Paula Ribeiro. *Op. cit.*, 2005. p. 802-803.

Ocorre, no entanto, que esses costumes e usos não podem produzir ações socialmente adequadas desligadas de uma valoração “global do fato realizado”²³⁵. Para exemplificar, vale-se do exposto por Dias:

A excisão só é uma prática benéfica, útil à criança, na perspectiva das representações tradicionais da sua comunidade de origem, pois confere-lhe o certificado de membro de pleno direito e assegura simultaneamente a ordem e a continuidade da comunidade. Ao invés, num país europeu, mas certamente também em alguns países africanos, a maioria da população considera a excisão um comportamento intolerável, porque a vê como uma agressão brutal e dolorosa contra uma criança indefesa, a quem não é dada oportunidade para consciente e livremente a aceitar ou recusar. Não errarei se disser que a excisão é considerada pela esmagadora maioria dos europeus (e por muitos africanos) como um sacrifício da integridade física e do desenvolvimento da sexualidade de uma criança para perpetuação de um ritual colectivo anacrónico²³⁶.

Essa constatação demonstra – quando pouco – a enorme distância entre representações de mundo distintas. Assim, uma conduta que, embora aceita e por vezes incentivada em um grupo étnico cultural minoritário, é vista pela generalidade das pessoas destinatárias de um determinado ordenamento jurídico-penal, como uma afronta à integridade – seja física ou moral, à liberdade sexual e até mesmo à vida, não pode ser compreendida como uma ação socialmente adequada.

A adequação social apenas pode ser um conceito de natureza geral, não local. Deve se revelar como um comportamento adequado à consciência ético-social historicamente desenvolvida que seja aceite pela população como um todo, e não apenas para uma pequena parcela da sociedade²³⁷.

Assim, embora a consciência do grupo de pertença do autor de um delito culturalmente motivado não tome a conduta por ele praticada como uma lesão jurídico-penalmente relevante de bens jurídicos, se a consciência maioritária do país receptor onde se insere o agente, pelo contrário, considerar a conduta como ofensiva, lesiva, ou até cruel (como nos casos de homicídio, violação, e lesões corporais graves), esta não poderá ser considerada, por consequência, como uma ação socialmente adequada.

O “diferente”, para poder ser tido como socialmente adequado, tem que ser tido como tal frente à compreensão jurídica geral, como acontece com as lesões corporais ou homicídios compreendidos nos limites do dever de cuidado - ou do risco permitido – na

²³⁵ *Ibidem*, p. 807; p. 820 e ss.

²³⁶ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 18.

²³⁷ FARIA, Maria Paula Ribeiro. *Op. cit.*, 2005. p. 816-817.

circulação de veículos, no funcionamento de indústrias, ou na prática de esportes. Condutas essas que não preenchem nenhum tipo legal de lesão, por força de sua adequação social²³⁸.

O mesmo se dá com as práticas carnavalescas, as tatuagens, os jogos de azar com pequenas perdas e os furos na orelha de bebês recém-nascidos, por exemplo. Se esses usos sociais ou costumes apresentarem divergências face a essa valoração comum, não poderão ser considerados como socialmente adequados. Deverão ser enquadrados de outra forma à luz da norma penal²³⁹.

Não pode ser valorada como socialmente útil ou adequada uma ação que se traduz em uma grave lesão à valores pessoais e comunitários fundamentais²⁴⁰. Entende-se, assim, que os crimes culturalmente motivados, quando ofensivos à bens jurídicos penalmente tutelados, não podem ser considerados como socialmente adequados e, por consequência, não são aptos a afastar a tipicidade da conduta praticada.

3.2 A ANTIJURIDICIDADE NOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS

Excluída a possibilidade do argumento da *cultural defense* afastar a tipicidade da conduta culturalmente motivada, há que se analisar qual será a sua influência no segundo elemento da teoria do delito: a antijuridicidade.

Para tanto, importa destacar que uma conduta típica é antijurídica se não há nenhuma causa de justificação (como *v.g.*, legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de um direito) que exclua a antijuridicidade²⁴¹. A antijuridicidade, ou ilicitude, designa uma propriedade da ação típica: a sua contradição com as proibições e mandatos do direito penal²⁴². Uma contradição entre a ação humana - realizada ou omitida - e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões²⁴³.

²³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2010. p. 15-16.

²³⁹ FARIA, Maria Paula Ribeiro. *Op. cit.*, 2005. p. 818.

²⁴⁰ CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. cit.*, p. 149.

²⁴¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997. p. 557.

²⁴² *Idem.*

²⁴³ Neste sentido, Juarez Cirino destaca que “as *proibições* são os tipos legais, como descrição de ações realizadas ou omitidas; as *permissões* são as justificações legais e supralegais, como situações especiais que excluem as proibições. O conceito de antijuridicidade deve ser examinado em relação com os conceitos de tipicidade e de injusto, no quadro teórico do sistema tripartido de fato punível”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2010. p. 225.

Como destaca Zaffaroni, “*a antijuridicidad es el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana*”²⁴⁴. A antijuridicidade de um delito, portanto, é determinada por um critério negativo: a ausência de justificação. Um critério prático e generalizado na doutrina penal: inexistente a justificação, resta caracterizada a antijuridicidade; presente a justificação, exclui-se a antijuridicidade.

O que se busca com a antijuridicidade, ou ilicitude, então, é traduzir o específico sentido de desvalor jurídico-penal em uma situação concreta, atentando-se para as condições reais de que se revestem o comportamento do agente. Afirmar que uma conduta é ilícita ou antijurídica é o mesmo que dizer que essa conduta concreta está em desconformidade com o ordenamento jurídico-penal e que este lhe liga, por consequência, a “um juízo negativo de valor (ou de desvalor)”²⁴⁵.

Se um bem jurídico está tutelado juridicamente pela norma (tipicidade), qualquer conduta que a contrarie - desde que não esteja amparada por nenhuma excludente (causa de justificação) - será considerada ilícita.

Em regra, quando alguém realiza uma conduta típica, ela será também antijurídica, salvo se estiver acobertada por uma excludente da ilicitude. Como bem pontua Juarez Cirino, “*toda ação típica é antijurídica, exceto as ações típicas justificadas*”²⁴⁶. Zaffaroni, por sua vez, salienta que “*frente a una conducta que se adecua a una estructura típica de prohibición, esto es, que contraviene una norma prohibitiva, la averiguación de la antijuridicidad se opera mediante la comprobación de que esa conducta no se adecua a ningún tipo permisivo (causa de justificación)*”²⁴⁷.

Essa causa de justificação é, portanto, a excludente de antijuridicidade que irá afastar, por consequência, o próprio crime praticado²⁴⁸. Necessário analisar, assim, se os

²⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. III*. Madrid: Ediar, 1981. p. 561 e ss.

²⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004. p. 114 e ss.

²⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2010. p. 226.

²⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, 1981. p. 573 e ss.

²⁴⁸ Quanto às causas legais de justificação, tanto o ordenamento jurídico brasileiro quanto o português consideram, como excludentes da antijuridicidade da conduta: a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de dever legal. O Código Penal português considera, ainda – para além do CP brasileiro - o consentimento como possível causa de exclusão da ilicitude (no Brasil, é de entendimento majoritário na doutrina penal que o consentimento estaria dentre as causas supraleais de exclusão da antijuridicidade). Assim, o artigo 23 do Código Penal brasileiro dispõe: “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Já o artigo 31 do Código Penal português salienta: 1 - O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade. 2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: a) Em legítima defesa; b) No exercício de um

autores dos delitos culturalmente motivados, quando do cometimento do delito, estavam – ou não - amparados por uma causa de justificação.

A questão, neste ponto, é saber se um delito cultural - apesar de ofensivo a um bem jurídico-penal e, portanto, típico – poderá ter a respectiva ilicitude excluída ao abrigo do exercício de um direito: no caso, o direito à cultura (ou à diversidade étnico-cultural).

Confirmado que há um dano efetivo em um valor pessoal ou comunitário fundamental, o que se discute é se esse dano foi ou não produzido para salvaguarda de um interesse superior e, assim sendo, se pode ou não ser permitido pela ordem jurídica. Trata-se de um problema clássico de conflito de interesses - cuja resolução constitui o objeto da teoria da justificação, ou da exclusão da ilicitude do fato²⁴⁹.

Reconhecido internacionalmente como um direito fundamental, o direito à cultura está previsto pelo artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²⁵⁰, de 1966, o qual estabelece que “nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”²⁵¹.

Isto posto, pode-se argumentar que o *oyako-shinju* praticado por Kimura, o ritual *hmong* levado à cabo por Moua, o homicídio por questão de honra cometido por Chen, a excisão clitoridiana e o infanticídio ritual indígena estariam contidos neste direito de seguir a própria cultura – já que derivam de práticas culturais implícitas aos grupos étnico-culturais aos quais pertencem os agentes.

É este o entendimento dos defensores do multiculturalismo extremo – que apoia o relativismo cultural e rejeita a lógica universalista²⁵². De acordo com Silva Dias, o

direito; c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.

²⁴⁹ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 22.

²⁵⁰ ONU. Organização das Nações Unidas. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

²⁵¹ O artigo 30 da Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, da qual Brasil e Portugal (e quase todos os países integrantes das Nações Unidas) são signatários, também estabelece que “nos Estados em que há minorias étnicas, religiosas ou linguísticas ou pessoas de origem indígena, a uma criança pertencente a essas minorias ou que é indígena não deve ser negado o direito de, em comunidade com outros membros do seu grupo, seguir a sua própria cultura, professar e praticar a sua própria religião ou usar a sua própria linguagem”. ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção dos Direitos da Criança*, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

²⁵² Para Silva Dias, o multiculturalismo extremo coincide em grande escala com o comunitarismo, sendo que o autor opta por utilizar os dois conceitos como sinônimos, salientando que ambos contestam o universalismo

multiculturalismo extremo “rejeita a distinção entre discurso moral (respeitante ao que é justo para todos considerados simplesmente como seres humanos) e ético-cultural, (respeitante ao que é bem para todos como membros de uma comunidade particular, com as suas tradições)”²⁵³. Negam o universalismo dos direitos e promovem o relativismo cultural²⁵⁴.

Nesta concepção, cada cultura – e os membros que a compõem – deve ser julgada segundo a sua própria normatividade. A universalização dos direitos é vista, pelos relativistas radicais, como uma manifestação do eurocentrismo ou do etnocentrismo²⁵⁵ – uma forma de “imperialismo cultural” que padroniza e nivela os seres humanos, deixando de lado suas diferenças e particularidades²⁵⁶.

dos direitos e advogam a favor do relativismo. Dias destaca, ainda, que “segundo a definição de Touraine, o comunitarismo é a concepção que reclama para uma comunidade étnico cultural o monopólio da gestão das relações entre os membros dessa comunidade e desta no seu conjunto com o Estado nacional ou mesmo com instituições internacionais. Deste modo, a pertença a uma comunidade étnica prevalece sobre a ligação a uma cultura política”. TOURAINE *apud* DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 23.

²⁵³ *Idem.*

²⁵⁴ Sobre o tema, Boaventura Santos destaca que para que se possa criar uma concepção realmente emancipatória dos direitos humanos é preciso superar esse debate entre universalismo e relativismo cultural. Segundo o autor, trata-se de um debate “intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória dos direitos humanos. Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorreto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica, é incorreto. Contra o universalismo, há que se propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. Contra o relativismo, há que desenvolver critérios políticos para distinguir política progressista de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação de regulação”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*. Rio de Janeiro, vol. 23, nº 1, janeiro/junho 2001. p. 7-34. p. 18.

²⁵⁵ Em uma crítica à universalidade dos direitos, Boaventura afirma que todas as culturas tendem a considerar seus valores máximos (fundamentais) como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formular esses valores como universais. Por isso, de acordo com o autor, “a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona dado o modo como questiona”. Para Boaventura, a universalidade é uma “questão particular, uma questão específica da cultura ocidental”, sendo que o conceito de direitos humanos se assenta em um conjunto de pressupostos tipicamente ocidentalizados e facilmente distinguíveis, por exemplo, de outras concepções de dignidade humana em outras culturas, não ocidentais. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Ibidem*, p. 16 e ss.

²⁵⁶ Quanto à afirmação de que a universalização dos direitos é uma manifestação do eurocentrismo, Silva Dias destaca que é muito discutível que a defesa da universalidade dos direitos constitua essa manifestação de eurocentrismo, tendo em vista que “não é exacto que os direitos fundamentais tenham tido origem na modernidade europeia. Tanto a ideia de direitos, como algo parecido com catálogos de direitos, podem ser encontrados em outros tempos e em outras latitudes. Sirvam de exemplo a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e a Declaração Geral dos Direitos Humanos no Islão”. Segundo o autor, ainda, “a universalidade dos direitos não tem de ser entendida – e por muitos não o é – com a abstracção e o desprezo pelas diferenças que estão subjacentes à acusação de eurocentrismo. Isto porque a universalidade não tem de projectar um determinado catálogo de direitos ou uma certa imagem do homem (cristã, muçulmana, hindu, ou outra) mas apenas uma fenomenologia antropológica, constituída pela vulnerabilidade e pela demanda de reconhecimento do homem no seu mundo da vida, e uma estrutura procedimental, de carácter deliberativo, que assegura aos cidadãos a possibilidade de participar na definição das necessidades humanas que traduzem aqueles dados antropológicos e na superação de conflitos sociais que surjam a esse respeito”. DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 23 e ss.

O direito à cultura seria, para o multiculturalismo extremo, o único direito neutro e capaz de dar relevância às diferenças étnico-culturais, sendo que a comunidade como um todo seria a titular desse direito (não os seus integrantes individualmente considerados). Seria um direito coletivo oponível, inclusive, “aos próprios membros em caso de dissidência ou desagregação do grupo”²⁵⁷. O direito à cultura é visto, aqui, como uma forma de manter a coesão e a subsistência da comunidade, de assegurar não só a proteção externa (nas relações com outros grupos), mas também interna (na relação do grupo com os seus membros)²⁵⁸.

Ocorre, no entanto, que essa visão trazida por um relativismo cultural excessivo acaba por tornar estáticas e imutáveis as culturas minoritárias²⁵⁹. Conforme visto no primeiro capítulo deste estudo, é fundamental que se valorize uma relação dialógica entre diferentes grupos étnicos. Que se possibilite a superação de conflitos e o estabelecimento de um acordo e um reconhecimento que respeitem às diferenças.

É esse diálogo entre culturas distintas – que possuem diferentes mundividências, diferentes valores, costumes e práticas, que impede que elas não permaneçam estanques e herméticas como postula o relativismo cultural radical. Assim que, torna-se necessário – quase a soar como um paradoxo - relativizar esse relativismo, no sentido de vê-lo não como um princípio absoluto, mas como um instrumento que possibilite o encontro e busque a equidade.

Desse modo, em conformidade com o pensamento de Silva Dias, entende-se que a adoção do multiculturalismo extremo - que permite que cada cultura seja julgada de acordo com sua própria normatividade e acaba abrindo espaço para a aceitação de práticas culturais que ofendem à bens e valores fundamentais - é inaceitável²⁶⁰.

O direito à própria cultura não pode ser visto como um direito prevalente sobre todos os outros²⁶¹. Não pode ter uma pretensão de validade absoluta frente aos demais direitos ou valores que com ele entrem em colisão. O direito à vida, à integridade corporal, e à livre sexualidade, por exemplo, fazem parte de um núcleo mínimo de direitos que

²⁵⁷ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 24.

²⁵⁸ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996. p. 58-62.

²⁵⁹ PINEZI, Ana Keila Mosca. *Op. cit.*, 2008, p. 05.

²⁶⁰ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 24.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 26.

refletem a condição antropológica elementar do homem e que não podem recuar quando em oposição ao direito à cultura (o qual, nestes conflitos, terá que ceder)²⁶².

Neste sentido, também De Maglie destaca que “*el derecho a la cultura no puede ser defendido de manera ilimitada sino que, siempre que entre en conflicto con las llamadas ‘inmidades fundamentales’, deberá ceder irremediavelmente*”²⁶³.

O conflito entre direitos fundamentais é – e sempre foi - uma questão de difícil resolução, principalmente quando diz respeito a graves tensões que podem surgir entre o direito de um agente cultural a exercer sua própria cultura e outros direitos igualmente relevantes – que merecem também proteção e tutela por parte do Estado. Não é fácil pressupor uma hierarquia em função da qual um direito fundamental possa prevalecer sobre outro. No entanto, parece excessivo pensar que o direito à cultura deva se impor sobre todos os outros direitos, ou que suas manifestações não possam sofrer quaisquer limitações - mesmo que isso implique em uma eventual violação de outros valores essenciais.

A aceitação do direito à cultura como causa justificante para a prática de delitos culturalmente motivados que afetem valores fundamentais (como fazem o homicídio, a violação, a excisão e o infanticídio), significaria a permissão de lesões irremediáveis à bens jurídicos penalmente tutelados. Assim, a importância dos valores que estão no outro prato da balança não permite que se confira ao direito à cultura tamanha magnitude.

É claro que o direito à cultura é um direito de todos – minorias ou não – de exercerem livremente suas manifestações e práticas culturais. Entretanto, é preciso atentar para o fato de que essas manifestações não podem colocar em causa outros direitos igualmente valiosos (do agente ou de outrem). Aceitar ou incentivar, sem qualquer questionamento, costumes ou tradições que envolvam atos considerados pela lei penal como crime seria alargar de forma abusiva e inconstitucional esse direito.

Segundo Kymlicka, esse alargamento excessivo do direito à cultura e o consentimento quanto à possibilidade de auto regulação dos grupos étnicos minoritários, levaria à balcanização ou fragmentação das sociedades democráticas, tendo em vista que práticas como a excisão, os casamentos por rapto dos *hmongs* (caso Moua), o canibalismo,

²⁶² É este o entendimento sustentado também por HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, 1999. p. 191 e ss; DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012, p. 232 e ss; RENTELN, Alison. *Op. cit.*, 2009, p. 214 e ss; e TAYLOR, Charles. *Op. Cit.*, 1993. p. 52 e ss.

²⁶³ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012, p. 232.

o infanticídio ou a morte da mulher adúltera seriam tolerados e admitidos com base em uma “ética de não interferência, do ‘cada um com a sua verdade’ ou do ‘vive e deixa viver’”²⁶⁴.

Embora seja razoável o esforço dirigido ao reconhecimento da identidade cultural, torna-se discutível e inclusive perigoso que o reconhecimento cultural dos povos minoritários permita justificar atos que atentem contra bens que a sociedade maioritária estima valiosos²⁶⁵.

Conforme ressalta Carnevali, “*resulta difícil de admitir para una sociedad que la práctica de ciertos actos generen deberes de tolerancia y, por tanto, estimarlos legítimos, sólo por estar fundados en el respecto a la costumbre de ciertas culturas. Basta pensar en los conflictos que pudieran presentarse de justificarse actos de maltrato familiar o de lesiones corporales. Como se expuso precedentemente, decisiones de esta naturaleza —de raigambre comunitarista— pueden dar lugar a manifestaciones de desestabilidad social, contraproducente, examinado desde una perspectiva preventivo general*”²⁶⁶.

É este o entendimento sustentado também por Taipa de Carvalho, para quem os argumentos culturais encontram o seu limite de validade nos fundamentos normativos da Constituição (nomeadamente no reconhecimento recíproco de todos os cidadãos como livres e dotados de igual dignidade)²⁶⁷.

Constatado, então, que o direito à própria cultura não é absoluto e não pode se sobrepor a outros direitos mais fundamentais que seriam sacrificados pelas ofensas culturais anteriormente mencionadas, deve ser feito um contrapeso e uma análise de cada caso em concreto, para que quando os delitos culturais atinjam bens jurídico-penais de relevante valor, o direito a cultura não venha a imperar sobre eles e a antijuridicidade não seja, assim, afastada.

Como pontua Silva Dias, as *cultural offenses* não podem conduzir à formação de “nichos jurídicos”²⁶⁸ onde seja permitida a ofensa à bens jurídicos tão essenciais (ligados aos direitos em causa, como à vida, à integridade, à liberdade e à sexualidade, por exemplo)²⁶⁹.

²⁶⁴ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996. p. 214.

²⁶⁵ CARNEVALI, Raúl. *Op. cit.*, 2007. p. 27.

²⁶⁶ *Idem*.

²⁶⁷ CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. cit.*, p. 148 e ss.

²⁶⁸ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 26.

²⁶⁹ *Idem*.

Conclui-se, por fim, que a tese aqui demonstrada, da justificação ou exclusão da ilicitude, deve ser recusada. Isso porque, atentando para o fato de que só devem ser considerados bens jurídico-penais os valores pessoais e comunitários fundamentais, não pode o direito à cultura (ou o direito à diferença étnico-cultural) justificar – e, portanto, considerar lícitos - os fatos que lesem ou ponham em risco tais bens²⁷⁰.

3.3 AS SOLUÇÕES NO PLANO DA CULPA

“O melhor caminho para a desculpabilização universal é chegar a conclusão de que, porque toda a gente tem culpas, ninguém é culpado. Se calhar, não há nada que possamos fazer, são os problemas do mundo”²⁷¹.

Analisada a relevância do argumento cultural tanto no plano da tipicidade quanto no plano da antijuridicidade, e demonstrado assim que – seja com base na teoria da adequação social (tipicidade), seja com base na justificante de exercício regular do direito à cultura (ilicitude) -, a *cultural defense* não possui o condão de afastar a punibilidade do agente culturalmente motivado, resta saber qual a relevância que poderá ser atribuída a este argumento no plano da culpa. A questão central relacionada à culpa nestes delitos é, de acordo com Silva Dias, analisar a relevância do argumento cultural suscitado pelo agente e se esse pode, por si mesmo, levar à exclusão daquela²⁷².

Nas lições de Welzel, culpa é a 'reprovabilidade' da configuração da vontade. Toda culpa é, segundo isso, 'culpa de vontade'. Somente aquilo a respeito do qual o homem pode algo voluntariamente lhe pode ser reprovado como culpa²⁷³. A culpa é, por assim dizer, o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.

O conceito de culpa como juízo de valor negativo ou de reprovação do autor pela realização não justificada de um delito – fundado na imputabilidade como capacidade penal geral do autor; na consciência de antijuridicidade como conhecimento real (ou possível) do

²⁷⁰ CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. cit.*, p. 149.

²⁷¹ Reflexões do personagem central de *O homem duplicado*, de José Saramago, p. 40.

²⁷² DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 29.

²⁷³ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 148-149.

injusto concreto do fato; e na exigibilidade de conduta diversa determinada pela normalidade das circunstâncias do fato -, constitui, como pontuado por Juarez Cirino, “a expressão contemporânea dominante do conceito normativo de culpabilidade²⁷⁴” Ou seja:

Um juízo de reprovação sobre o sujeito (quem é reprovado), que tem por objeto a realização do tipo de injusto (o que é reprovado) e por fundamento (a) a capacidade geral de saber o que faz (b) o conhecimento concreto que permite ao sujeito saber realmente o que faz (c) a normalidade das circunstâncias do fato que confere ao sujeito o poder de não fazer o que faz (porque é reprovado)²⁷⁵.

A culpa pode ser compreendida então como a reprovação de um sujeito imputável (que sabe o que faz) que realiza, com consciência da antijuridicidade da conduta e em condições de normalidade de circunstâncias (o sujeito poderia não fazer o que faz), um tipo de injusto²⁷⁶.

O princípio de culpa liga-se a uma concepção do homem como pessoa - como ser dotado de capacidade de decidir acerca da conduta a ser realizada. Só a partir desse nível é que se pode realizar um juízo de reprovabilidade. Como afirma Jescheck, a culpa tem como pressuposto lógico a liberdade de vontade do homem²⁷⁷.

De acordo com o autor, “*los procesos mentales que sirven de base a la formación de la voluntad no siguen sencillamente las reglas de la naturaleza tal y como lo hacen la presión arterial, la respiración o la digestión, sino que se rigen por sus propias leyes de funcionamiento. La posibilidad de determinar el comportamiento descansa sobre la capacidad de la persona*

²⁷⁴ Quanto ao atual conceito normativo de culpabilidade, Cirino destaca que esse conceito “é o produto inacabado de mais de um século de controvérsia sobre sua estrutura, que começa com o conceito *psicológico* de culpabilidade do século XIX, evolui para o conceito *psicológico-normativo* no início do século XX, transforma-se em conceito exclusivamente *normativo* durante o século XX e, na passagem para o século XXI, parece imerso em crise insuperável”. O autor menciona, ainda, como indicações dessa crise, “algumas propostas conceituais novas, como a teoria da *responsabilidade normativa* de Roxin, que procura integrar o conceito de *culpabilidade*, reduzido às categorias da capacidade de culpabilidade e do conhecimento real ou possível do injusto, com o conceito de *prevenção* — ou de *necessidade preventiva* de pena —, como categoria capaz de dar conta das *situações de exculpação*, que *supõem* a culpabilidade — porque somente autores *culpados* podem ser *ex - ou desculpados* —, mas que são discutidas *dentro* do conceito de culpabilidade”. Para mais sobre cada um desses conceitos de culpabilidade cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 282-292. Para uma compreensão sobre a crítica ao conceito normativo de culpabilidade de Roxin cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Luzon Peña, Miguel Conlledo y Javier Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 797-798.

²⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2010. p. 282.

²⁷⁶ Neste sentido cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2010. p. 283 e ss; ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997. p. 813 e ss; e WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 147 e ss.

²⁷⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal (Parte General)*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2010. p. 437.

para controlar sus inclinaciones y de dirigir su decisión hacia la razón, los valores y las normas”²⁷⁸.

Assim, quando o direito se dirige a um determinado indivíduo para fazer incidir sobre sua conduta um juízo de reprovação, é porque reconhece nele um caráter de ente responsável. Ou seja, a livre determinação da vontade humana é pressuposto lógico e necessário da culpa jurídico-penal.

Figueiredo Dias, por sua vez, ao desenvolver uma teoria da culpa centrada no “ser-livre” e medida pela personalidade humana, sustenta que a culpa jurídico-penal não pode ser fundamentada com base na “teoria da culpa da vontade” – nem como “decisão consciente da vontade pelo ilícito”, nem como “capacidade de motivação pela norma”, nem, enfim, como “culpa da vontade referida ao caráter”²⁷⁹.

Para o autor, a culpa deve ser construída sobre um fundamento jurídico filosófico anterior ao direito penal, sobre um conceito ético existencial da liberdade pessoal como “característica irrenunciável do ser-humano ou do ser pessoa”²⁸⁰.

Dias destaca que a liberdade do homem, seria, em concreto, a liberdade de decisão – uma decisão do homem e sobre o homem – de poder determinar a sua ação na medida em que, livremente, se decide sobre si mesmo. Essa liberdade de decisão, de escolha (não apenas exterior, mas também interior), como “liberdade sobre a própria essência” só se realizaria na ação concreta – quando essa decisão seria conformada e mediada pela sociedade²⁸¹.

A liberdade do homem de decidir sobre o próprio destino é, portanto, configurada como uma característica inevitável do modo de ser humano – como expressão de uma necessidade de se realizar como ser livre²⁸². “Toda culpa é, materialmente, em direito penal, o ter que responder pelas qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade que fundamentam um facto ilícito-típico e nele se exprimem”²⁸³.

²⁷⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, 2010. p. 440.

²⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, 1978, 3.ª ed. 1995. Coimbra: Coimbra Editora. p. 65 e ss.

²⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 1978. p. 87 e ss.

²⁸¹ AMBOS, Kai. A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias. Trad. Pedro Caeiro e Susana Aires de Sousa. *Panóptica*, v. 3, n. 18, mar-jun. (2010). p. 176-207. Coimbra, 2010. p. 177; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 1978, p. 87 e ss; PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 66 e ss.

²⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 1978. p. 147 e ss.

²⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004. p. 525.

Kai Ambos, ao analisar essa doutrina baseada na liberdade do ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal destaca que, para Figueiredo Dias, “o fundamento da culpa jurídico-penal e, simultaneamente, da plena responsabilidade do homem pelo seu comportamento e pela sua personalidade reside na ‘liberdade pessoal’ (como parte da existência e do Ser): ‘porque o existir é ser-livre, e, portanto, responsável, e, portanto, capaz de culpa’²⁸⁴.

A culpa jurídico-penal poderia, aqui, ser definida como a violação do dever do homem de conformar a própria existência de que modo que, com a sua atuação, não viole nem ponha em perigo bens jurídicos protegidos²⁸⁵. Culpa é ter que responder pelas qualidades pessoais – juridicamente censuráveis – que se exprimem no concreto ilícito típico e o fundamentam²⁸⁶.

A censura da culpa seria dirigida ao próprio indivíduo, nomeadamente no dever de satisfazer as exigências éticas ou jurídicas que lhe são incumbidas. O substrato da culpa residiria assim “não apenas nas propriedades do carácter do agente (vontade final, afecto, emoção e estado de ânimo), mas na totalidade da sua personalidade e, portanto, também na liberdade pessoal e na ‘posição’ ou ‘atitude’ do agente perante as exigências do dever-ser”²⁸⁷.

Esse conceito de personalidade como determinante para a culpa jurídico-penal é visto por Figueiredo Dias para além do simples carácter naturalístico. O conteúdo da culpa é referido à personalidade da pessoa como fruto de uma decisão livre, tomada no caso em concreto, da pessoa sobre si mesma. É referido ao carácter e àquilo que o supera: “a personalidade englobaria, por meio do ser-livre, todos os elementos singulares do carácter – assim o incluindo”²⁸⁸.

A personalidade é vista, portanto, como um conceito mais amplo e menos determinista do que o carácter. Isso porque, uma propriedade do carácter - dada pelo destino ao indivíduo – dificilmente poderá ser modificada. O comportamento na vida em sociedade, por outro lado, pode ser alterado – tendo em vista que o homem se decidiria sobre si mesmo e, portanto, modificaria sua atitude pessoal perante o destino²⁸⁹.

²⁸⁴ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, 2010. p. 184.

²⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004. p. 524-525.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 528.

²⁸⁷ AMBOS, Kai. *Op. cit.* 2010. p. 188.

²⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004. p. 525.

²⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 1978. p. 178 e ss.

Ocorre, no entanto, que conforme bem pontuado por Kai Ambos, a prática de crimes não pode ser sempre vista como expressão de uma determinada personalidade (no caso, reprovável)²⁹⁰. Não se pode negar, por completo, a influência da personalidade sobre o comportamento criminoso, no entanto, levando em conta que a personalidade é também cunhada por determinadas condições do meio social, parece forçoso afirmar que esta seria suficiente, por si só, para justificar uma ação delituosa.

A identidade pessoal, a personalidade de cada um, é algo complexo e híbrido, fruto de diversas filiações coletivas, dos diversos papéis sociais que um indivíduo desempenha e das escolhas que vai fazendo ao longo da vida.

Nos delitos culturalmente motivados, tendo em vista que a personalidade – ou a própria liberdade dos autores – é determinada de maneira quase que absoluta pelo meio em que estão inseridos e pelos costumes que lhe são transferidos por seus antepassados, sobrando pouco (ou nada) para uma manifestação do “ser-livre” como homem, a análise da relevância do argumento cultural à luz da concepção de culpa de Figueiredo Dias acabaria por não responder, de maneira adequada, às questões aqui anteriormente suscitadas.

Práticas como o *oyako-shinju*, o casamento *hmong*, o infanticídio ritual ou a excisão, por exemplo, estão longe de constituir uma “idiosincrasia ou um desvario pessoal”. São fenômenos coletivos ancestrais, dotados de um sentido próprio e que influenciam o modo de pensar, sentir e agir das pessoas²⁹¹.

Dessa forma, o entendimento trazido por quase a totalidade dos estudiosos das *cultural offenses*²⁹², em especial por Silva Dias e Taipa de Carvalho – ambos se valendo da concepção de culpa de Fernanda Palma²⁹³ (a citar aqui apenas os doutrinadores portugueses) é que o que está em jogo, na análise da culpa nos delitos culturalmente motivados, é a censurabilidade pessoal do agente.

²⁹⁰ AMBOS, Kai. *Op. cit.* 2010. p. 200.

²⁹¹ DIAS, Augusto Silva. *Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais*. In: *Emoções e Crime, filosofia, ciência, arte e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 70 e ss.

²⁹² Para mais sobre a problemática da culpa nas *cultural offenses* cf. BASILE, Fabio. *Op. cit.*, 2009; CARNEVALI, Raúl. *Op. cit.*, 2007. p. 27 e ss; CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. Cit.*, 2002; DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012; DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 29 e ss. DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2013; FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *Op. cit.*, 2008; PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, 2005; RENTELN, Alison. *Op. cit.*, 2009; VAN BROECK, Jeroen. *Op. cit.*, 2001.

²⁹³ Conforme será visto na continuidade deste capítulo, em especial no ponto 3.3.2 (do erro sobre a ilicitude), a concepção de culpa de Maria Fernanda Palma traz uma distinção entre uma ética de valores caracterizados como bens universais e uma ética particular, cultural, adequada à prossecução de uma vida boa. PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, 2005.

Ou seja, uma vez comprovado que o fato é contrário à ordem jurídica, há que determinar, por razões relacionadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, se - e em que medida - o agente se empenhou pessoalmente na prática do fato, isto é, em que medida se pode atribuir-lhe, por isso, um demérito pessoal²⁹⁴.

É preciso introduzir, na análise da culpa, o diálogo intercultural. Isto é: abrir espaço, no processo penal e na decisão judicial, para a diferença e a singularidade cultural do agente. É preciso buscar uma ética intercultural que procure harmonizar o universalismo e o relativismo, proporcionando, entre os diversos grupos étnico culturais, um diálogo real e efetivo.

Nas decorrências do princípio da culpa - de imputação subjetiva e censura pessoal, esse diálogo se faz ainda mais importante. Isso porque, tanto a imputação subjetiva quanto a censura pessoal convergem para o que Silva Dias chama de “apreciação paralela na esfera do leigo”²⁹⁵. Um procedimento que implica uma mediação pelo juiz entre as valorações do Direito e o universo de significados e valorações²⁹⁶ em que o agente se move.

Nos delitos culturalmente motivados, esse “leigo” é o outro, o estrangeiro, o que vem de fora. Por isso, essa mediação não pode dispensar a avaliação do grau de filiação cultural do agente e da sua capacidade de gerir, também emocionalmente, os ditames da sua cultura²⁹⁷.

No entanto, importa destacar que a constatação de que os códigos étnico-culturais interferem fortemente no funcionamento psicológico dos indivíduos, sobretudo naqueles cuja experiência de vida ditou uma identidade cultural fechada, não implica dizer, necessariamente, que o juiz (na análise do caso em concreto) tenha sempre que relevar essa circunstância a ponto de que esta venha a atenuar ou excluir a culpa do autor culturalmente motivado.

²⁹⁴ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 29.

²⁹⁵ DIAS, Augusto Silva. "*Delicta in se e Delicta mera prohibita, uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*". Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 370 e ss.

²⁹⁶ Neste sentido, Fernanda Palma destaca a possibilidade de um alargamento das hipóteses de desculpa, com fundamento em uma “específica relevância valorativa dos próprios estados subjectivos vividos pelo agente e das suas emoções”. PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, 2005. p. 165 e ss.

²⁹⁷ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2004. p. 370 e ss.

Essa possível exculpação ou atenuação da culpa irá depender, por sua vez, da intensidade dos motivos e das tensões emocionais que impeliram o agente à prática dessa ação, bem como da sua compreensibilidade ou razoabilidade²⁹⁸.

Maria Fernanda Palma destaca, nesse sentido, que a desculpa – a exculpação - não depende apenas de uma “mera lógica negativa de culpa, mas tem o papel positivo de fortalecimento de valores do sistema”. A desculpa deixa, assim, de ser uma simples válvula de descompressão e passa a representar, positivamente, a salvaguarda de valores relativos com a identidade pessoal e a promover um relacionamento justo entre os indivíduos e o sistema punitivo, ou melhor, o Estado²⁹⁹.

Enquanto o fato ilícito o é em termos gerais – atingindo a todos que dele participam, o fato não culpososó diz respeito àquele a quem não pode ser direcionado um juízo de censura ou reprovação. Nestas circunstâncias encontram-se, portanto, os inimputáveis (nos termos dos artigos 26 e 27 do Código Penal brasileiro³⁰⁰ e dos artigos 19 e 20 do Código Penal português³⁰¹) e aqueles que atuam com falta de consciência da ilicitude não censurável.

Conforme sustenta Silva Dias: “ao primeiro, falta a capacidade para entender o significado desvalioso do facto que pratica; o segundo, embora tenha essa capacidade, não representa correctamente aquele desvalor, nem consequentemente se orienta por ele, em termos que não lhe são imputáveis e pelos quais não deve pessoalmente responder”³⁰².

Entendido, portanto, que os costumes e tradições dos grupos étnicos minoritários influenciam de maneira decisiva o comportamento dos agentes culturalmente motivados, é

²⁹⁸ É este o entendimento sustentado por Silva Dias e Maria Fernanda Palma. DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2004; DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 35 e ss; PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, 2005. p. 160 e ss.

²⁹⁹ PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, 2005. p. 134.

³⁰⁰ Artigo 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o carácter ilícito do facto ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o carácter ilícito do facto ou de determinar-se de acordo com esse entendimento; Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

³⁰¹ Artigo 19º. Inimputabilidade em razão da idade: Os menores de 16 anos são inimputáveis; Artigo 20º. Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica: 1 - É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação. 2 - Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não accidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída. 3 - A comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas pode constituir índice da situação prevista no número anterior. 4 - A inimputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o facto.

³⁰² DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 29.

preciso observar se essa influência é capaz, no que lhe concerne, de ser considerada como causa de inimputabilidade (ou de imputabilidade diminuída) ou, ainda, como falta de consciência da ilicitude.

3.3.1 A solução da inimputabilidade ou da imputabilidade diminuída

A incidência dos fatores socioculturais na culpabilidade tem sido discutida pela doutrina como uma possível causa de inimputabilidade. Alguns autores e sistemas jurídicos defendem, como solução para a apreciação da punibilidade dos agentes nos delitos culturalmente motivados, a impunidade pela falta de capacidade de culpa (por inimputabilidade ou imputabilidade diminuída)³⁰³.

Entendida fundamentalmente como a capacidade do autor de se motivar pelas normas jurídicas, a imputabilidade requer uma possibilidade intelectual de compreensão do injusto por parte do agente e volitiva de atuar conforme essa compreensão. Assim sendo, será que há como se afirmar que os fatores socioculturais incidem na capacidade de culpa do indivíduo, influenciando de maneira tão severa o seu processo de motivação, que seja apta a excluir ou diminuir sua imputabilidade?³⁰⁴

Pode-se considerar que quem atua movido por uma determinada cultura ou educação tem gravemente alterada sua consciência de realidade, a ponto de não ser capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento, resultando inimputável?

Os Códigos Penais da Bolívia e da Colômbia, por exemplo, adotam essa solução aos delitos praticados pelos índios, fundamentando essa inimputabilidade não em uma anomalia psíquica ou na imaturidade resultante da menor idade, mas em uma “incapacidade de compreender a valoração jurídica de formas de comportamento que na sua sociedade são olhadas com indiferença, toleradas ou recomendadas e que no grupo maioritário e criador da lei são censuradas como ilícitas”³⁰⁵.

³⁰³ DIAS, Augusto Silva. *Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau*. Versão alargada da conferência proferida no Instituto Max-Planck de Freiburg i. Br., abr. 1996. p. 1-22.

³⁰⁴ FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *Op. cit.*, 2008. p. 72.

³⁰⁵ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 1996. p. 1-22.

Aníbal Bruno, por sua vez, propõe a equiparação dos silvícolas à categoria dos surdos-mudos. Sustenta que, embora não haja, nos primeiros, nada de patológico ou teratológico, “a sua condição isola-os das representações valorativas do mundo civilizado, gerando neles uma incapacidade de entendimento e orientação volitiva na qualidade e grau exigidos pela lei penal”³⁰⁶.

Ocorre, no entanto, que essa visão se traduz em um argumento racista e paternalista, que não respeita as diferenças étnico culturais ou, tampouco, a ideia de uma sociedade verdadeiramente multicultural. A hierarquização das culturas em “civilizadas” ou “selvagens” acaba por rotular estes últimos como detentores de um desenvolvimento mental incompleto, incapazes de entender as virtudes ou valores padronizados pela sociedade que seria considerada como “civilizada”³⁰⁷.

Taipa de Carvalho também compartilha desse entendimento, afirmando que essa seria uma tese: (a) racista, na medida em que consideraria que os indígenas, ou outros autores culturais, padeceriam de um atraso na sua evolução neuro-psicológico-intelectual; e (b) paternalista, partindo do pressuposto que se deve ser sempre compreensivo e indulgente com esses agentes porque se encontram distantes dos padrões culturais dos países e populações ditas civilizadas³⁰⁸.

O caso Kimura, por exemplo, foi resolvido pela jurisprudência norte-americana levando-se em conta a possibilidade de um transtorno mental total ou parcial da imigrante³⁰⁹. Para De Maglie, no entanto, a ideia de invocar – para excluir a responsabilidade – o próprio estado mental do autor do feito culturalmente motivado soa como uma profunda “mortificação” das culturas expressadas por aqueles que a invocam. Retratar estes agentes como doentes mentais significa degradar suas convicções e crenças³¹⁰.

A autora acredita que a solução baseada na inimputabilidade (no âmbito de um suposto transtorno mental do agente) possui um duplo efeito negativo: primeiro, sobre o grupo étnico a que pertencente o sujeito – ao implicar, para a prova da ocorrência de um delito culturalmente motivado, a afirmação de que a comunidade de pertença se comportaria

³⁰⁶ ANÍBAL, Bruno *apud* DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 1996. p. 1-22.

³⁰⁷ *Idem.*

³⁰⁸ CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. Cit.*, 2002, p. 148.

³⁰⁹ Ver capítulo segundo, caso *People v. Kimura*.

³¹⁰ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012. p. 238-239.

do mesmo modo que se comportou o autor³¹¹ (o que faria pressupor que todo o grupo teria um desenvolvimento mental incompleto); segundo, essa solução traduz um efeito negativo também ao autor individual – que sai do processo impune, mas com o estigma de desconfiança e medo que frequentemente acompanha as absolvições por enfermidade mental³¹².

En definitiva, la solución examinada conlleva una doble consecuencia negativa, tanto sobre el grupo como sobre el individuo: un coste redoblado, social e individual, que no consigue compensar el efecto positivo de la impunidad. En conclusión, la respuesta que vincula automáticamente el conflicto cultural y la absolución por trastorno mental no parece practicable por ser incorrecta en el plano ideológico y tosca en el plano sistemático. Una conducta determinada por una tradición cultural no puede ser en absoluto meramente asimilada al trastorno mental³¹³.

Percebe-se, assim, que o problema não pode – e nem deve – ser resolvido com base em uma hipotética incapacidade ou capacidade diminuída que tenha como fundamento um viés sociológico ou cultural.

Esse critério – da inimputabilidade – é inadequado não só do ponto de vista dogmático, mas também do ponto de vista social e democrático, vez que resulta difícil encaixar os casos de atuação por motivos de consciência ou tradição como anomalia ou alteração psíquica permanente que impeça o agente de compreender a ilicitude do fato criminoso ou de atuar conforme essa compreensão³¹⁴.

Não se pode equiparar automaticamente a quem atua por motivos de consciência ou de tradição com o enfermo mental. Na maioria das práticas culturais, inclusive, os sujeitos não atuam movidos porque assim os obriga a sua consciência ou fatores internos e psíquicos, mas sim, guiados por seus costumes e tradições, por determinações exógenas e socioculturais³¹⁵.

Como bem pontuado por Antónia Fernandez, reconduzir as *cultural offenses* à causa de inimputabilidade resulta contrário aos princípios que inspiram o direito penal e um

³¹¹ Como visto no primeiro capítulo deste estudo, para que seja constatada a real existência de uma ofensa culturalmente motivada é preciso avaliar se o indivíduo, ao cometer o delito, foi influenciado por valores inerentes à sua formação cultural. E, ainda, se a motivação cultural que o levou a cometer o delito guarda relação direta com uma norma moral ou valores inerentes ao seu grupo minoritário. Ou seja, se os demais integrantes da sua comunidade, frente à situação em que se encontrava o agente, agiriam de igual maneira, sob a mesma motivação (ver capítulo primeiro, tópico 1.2, p. 20 e ss.).

³¹² DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012. p. 239.

³¹³ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012. p. 239.

³¹⁴ FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *Op. cit.*, 2008. p. 67.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 71.

Estado Democrático de Direito. Pretender incluir a incidência dos fatores socioculturais como causa de inimputabilidade do agente e, por consequência, de exclusão da culpa, resulta em uma interpretação forçada dos delitos culturais e contrária ao princípio da legalidade penal, vez que não há como se equipar os costumes e tradições dos grupos étnicos minoritários a qualquer tipo de anomalia psíquica ou incapacidade mental³¹⁶.

Insta destacar, no entanto, que considerar uma possível exclusão da culpa ou uma menor culpabilidade de alguém que cresceu e se torna adulto num contexto social em que a escala de valores diverge da escala de valores dominante não pode ser considerado errôneo. O problema está, *in casu*, em fundamentar essa exclusão – ou atenuação – em um suposto atraso bio-psicológico que se equipararia às anomalias psíquicas ou enfermidades mentais.

Desse modo, a eventual exclusão ou diminuição da responsabilidade penal, embora não possa se fundamentar numa hipotética inimputabilidade ou imputabilidade diminuída do agente, pode ser analisada no plano da consciência da ilicitude e, portanto, da censurabilidade ou não do desconhecimento da antijuridicidade que reveste o fato. Parece ser esse (o do erro sobre a ilicitude), o plano dogmático jurídico adequado à resolução do problema da punibilidade nas *cultural offenses*³¹⁷.

3.3.2 Potencial consciência da ilicitude: a solução do erro de proibição

Conforme visto no decorrer deste estudo, não se pode ignorar a influência das regras costumeiras e dos imperativos tradicionais na formação da identidade de uma pessoa. Até porque, embora as culturas não sejam entidades “ferradas aos ossos dos indivíduos desde o nascimento até a morte, que determinam para sempre a sua forma de pensar e de agir, são recursos que alimentam e dão sentido às suas opções de vida”³¹⁸.

Depreende-se disso que alguns delitos culturalmente motivados, sobretudo aqueles que são praticados por pessoas que chegaram há pouco tempo no país de destino e não tiveram ainda oportunidade de conhecer e compreender os valores pelos quais se regem a vida social no novo local, podem constituir casos de erro sobre a ilicitude³¹⁹.

³¹⁶ FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *Op. cit.*, 2008. p. 71.

³¹⁷ CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. cit.*, 2002, p. 149 e ss.

³¹⁸ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2014. p. 22.

³¹⁹ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 29.

O erro sobre a ilicitude, ou erro de proibição, está previsto em quase todas as legislações penais ao redor do mundo. No ordenamento brasileiro, por exemplo, encontra-se no artigo 21³²⁰ do Código Penal e, no português, tem previsão expressa no artigo 17³²¹.

Chama-se erro de proibição aquele erro que recai sobre a compreensão da antijuridicidade da conduta. Quando é invencível, ou seja, quando mesmo com a devida diligência o sujeito não teria podido compreender a ilicitude da conduta, tem o efeito de excluir a culpabilidade e, portanto, a responsabilidade criminal. Quando é vencível, possui o condão de atenuar a pena do delito doloso³²².

Se o sujeito não sabia – e nem podia saber – que sua conduta é antijurídica e contrária à lei penal, não atua culpavelmente. Desse modo, o sujeito só atua com culpa quando conhece – ou poderia conhecer – a ilicitude de seu comportamento. Não obstante, pode haver casos em que o sujeito conhece a proibição e a falta de permissão, e, no entanto, não lhe seja exigível que entenda a regra que conhece.

Sobre o tema, Zaffaroni e Pierangeli salientam que “quando invencível, o erro de proibição sempre impede o entendimento da antijuridicidade, mas, às vezes, o faz porque afeta a possibilidade de conhecimento dela, enquanto em outras há conhecimento da antijuridicidade, mas não se pode exigir a sua compreensão ou entendimento. Esta segunda forma de erro de proibição é o erro de compreensão, ou seja, o erro que impede a internalização ou introjeção da norma, por mais que ela seja conhecida”³²³.

Muñoz Conde, por sua vez, considera que *“la problemática real de la exigencia del conocimiento de la antijuridicidad como presupuesto de la aplicación de la pena y con ella de la relevancia, eximente o atenuante, del error sobre la misma comienza a agudizarse cuando la creencia errónea no se debe tanto a un desconocimiento de las normas, como a una falsa o por lo menos discutible interpretación de las mismas”*³²⁴.

Em linhas gerais, o erro de proibição pode ser definido como uma falsa representação ou suposição equivocada da realidade, ou, ainda, simplesmente a

³²⁰ Artigo 21: O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

³²¹ Artigo 17º. Erro sobre a ilicitude: 1 - Age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável. 2 - Se o erro lhe for censurável, o agente é punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, a qual pode ser especialmente atenuada.

³²² PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, 2011. p. 551 e ss.

³²³ *Ibidem*, p. 551-552.

³²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 66 e ss.

ignorância³²⁵. Há casos – especialmente nos delitos culturalmente motivados - em que o agente conhece a norma jurídica que infringe, mas não compreende a razão de ser dessa proibição e, por isso, não é capaz de internalizá-la. Nestes casos, o sujeito conhece o conteúdo objetivo dos elementos do tipo, mas erra sobre seu desvalor – sobre seu significado jurídico penal³²⁶.

Desse modo, só se torna possível o juízo de reprovação quando constatado que o agente teve, no caso concreto, a possibilidade real de entender o caráter criminoso do fato praticado e de determinar o seu comportamento de acordo com os interesses do sistema jurídico. O erro sobre a ilicitude do fato dá-se, então, quando o agente por ignorância ou por uma representação falsa ou imperfeita da realidade supõe ser lícito o seu comportamento³²⁷.

Assim, nos crimes culturais, a punibilidade dos autores pelo delito cometido dependerá da questão de saber se esse erro corre ou não por sua conta. Ou seja, se lhes era exigível ou não que representassem a ilicitude do fato. O problema deve ser abordado desde a perspectiva do erro de proibição, entendendo-se, no entanto, que se está diante de casos em que o erro se fundamenta não no desconhecimento da norma, mas sim na sua falta de compreensão³²⁸.

Trata-se do que Pierangeli e Zaffaroni denominam de “erro de compreensão culturalmente condicionado”. Ou seja, uma especificação do erro de proibição que vale para aquelas situações em que, podendo conhecer a proibição da norma, o sujeito não é capaz de compreendê-la por ter internalizado, durante toda sua trajetória, um conjunto de valores diferentes, os quais, inclusive, podem ser incompatíveis com os compartilhados pela cultura dominante³²⁹.

Essa afirmação, no entanto, não pretende englobar aqueles casos em que o sujeito, conhecendo a norma proibitiva, opta por não a acatar por considerá-la contrária à sua própria consciência. O que se pretende, aqui, é abarcar aquelas situações em que o esforço de

³²⁵MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1989. p. 15 e ss.

³²⁶ *Ibidem*, p. 69-70.

³²⁷ Para mais a respeito do tema cf. PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, 2005; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 1978; DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2004.

³²⁸ CARNEVALI, Raúl. *Op. cit.*, 2007. p. 27.

³²⁹ O artigo 15 do Código Penal peruano, por exemplo, possui previsão expressa ao erro de compreensão culturalmente condicionado, dispondo: *Artículo 15: “Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”*. PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, 2011. p. 556 e ss.

internalização da norma se vê particularmente dificultado pelo condicionamento cultural do agente e que permite afirmar, por isso, que não é possível reprovar sua incompreensão³³⁰.

Certo é que a vigência do direito não pode ser deixada ao arbítrio da consciência individual. Porém, deve ser aceito como realidade que quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da majoritária, e desde criança tenha internalizado as regras de conduta do seu grupo étnico-cultural, assumindo sua prática como resultado de um esquema geral de valores distintos tem, ao menos em algo, reduzida a sua capacidade de entender a ilicitude³³¹.

Como bem pontuado por Silva Dias, quanto maior for a diversidade étnico cultural numa sociedade, mais a consciência da ilicitude será influenciada pela compreensão cultural e mais a motivação para agir será por ela determinada³³².

No entendimento do autor, ainda, a afirmação da consciência da ilicitude material “não se basta com o mero conhecimento do carácter proibido do facto, exigindo antes a compreensão do seu significado desvalioso (...). O que releva para a atribuição da consciência da ilicitude não é saber se o agente está informado ou não acerca do carácter proibido do facto, mas se a informação que tem – quando a tem - lhe permite apreender o desvalor que está associado à proibição”³³³.

Dessa afirmação depreende-se que o agente pode saber que o facto é proibido, pode ter sido informado sobre isso, mas se não entender o sentido – o porquê – desta proibição, não conseguirá compreender o seu desvalor ou, menos ainda, o carácter qualificado deste, indispensável para a formulação da censura de culpa jurídico penal³³⁴.

Não há, portanto, como se falar em culpa jurídico penal se o indivíduo sequer experimenta o conflito interno entre a regra costumeira da comunidade a qual pertence e a proibição jurídico-penal que é pressuposto da formação da consciência da ilicitude em contextos multiculturais³³⁵.

Maria Fernanda Palma, ao tratar sobre o tema, aduz que existe uma ligação entre os valores universais e uma ética das emoções construída ao longo da vida do próprio indivíduo,

³³⁰ CARNEVALI, Raúl. *Op. cit.*, 2007, *loc. cit.*

³³¹ PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 557.

³³² DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 31.

³³³ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 32.

³³⁴ *Idem.*

³³⁵ Silva Dias ainda destaca que “quem segue a regra costumeira, isto é, quem está habituado a valorar o facto ou interiorizou o seu sentido à luz dessa regra, cuja força motivacional é grande como vimos, terá dificuldade em apreender imediatamente, num tempo curto, o seu significado desvalioso ao nível penal”. *Idem.*

de forma a satisfazer aquilo que ele tem para si como uma vida boa. Segundo a autora, a ética das emoções cria hipóteses de desculpa, entre outros, nos casos em que o agente não foi capaz de atingir as valorações mais abstratas, universais do Direito por força de um quadro ético-afetivo muito forte que ele não teve condições de modificar³³⁶.

A norma costumeira acaba por exercer uma influência tão forte no indivíduo que o mesmo não pode sequer ser julgado ou culpado por obedecê-la, visto que nem mesmo cogita ou conhece outra forma de agir, não passando pela cabeça do agente motivar-se pelas normas em vigor na comunidade de destino³³⁷.

É o que sucede com pessoas oriundas de culturas bastante diversas da cultura cívica que serve de base ao sistema jurídico em questão, que agem em erro sobre a ilicitude porque “não estão preparadas para entender e para se motivar por tais valores, não podendo eles interferir na sua decisão”³³⁸.

A determinação de se essa falta de consciência da ilicitude é ou não censurável dependerá, por sua vez, da exigibilidade ou não de um esforço reflexivo do agente para alcançar o desvalor do fato no caso concreto, a qual depende, por seu turno, do tempo de estadia no país de destino e do grau de integração dos autores³³⁹.

Quando se levanta o problema da consciência da ilicitude, se pressupõe que o agente valorou, atual ou potencialmente, o fato ilícito como não ilícito. O que interessa decidir, então, é a censurabilidade (culpabilidade) – ou não – desta valoração ético-jurídica deficiente ou incorreta³⁴⁰.

Quanto a essa censurabilidade, Figueiredo Dias, ao discorrer sobre a consciência da antijuridicidade, salienta que segundo o direito português “é a verdadeira falta de consciência do ilícito – reveladora de uma dessintonia entre a atitude pessoal do agente e a concepção do legislador relativamente aos valores jurídico-penalmente protegidos -, não o mero erro sobre a proibição que, quando não censurável, constitui uma causa de exclusão da culpa”³⁴¹.

³³⁶ PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, 2005. p. 207-208.

³³⁷ *Ibidem*, p. 231.

³³⁸ *Ibidem*, p. 207-208.

³³⁹ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 39-40.

³⁴⁰ CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. cit.*, p. 151.

³⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 304.

Segundo o autor, a censurabilidade³⁴² da falta de consciência do ilícito arrasta sempre consigo “um pedaço de culpa na condução da vida”³⁴³. Para que esteja presente essa censurabilidade, portanto, não basta que o agente tenha realizado o tipo de injusto com conhecimento e vontade, mas é sempre necessário que tenha documentado nessa realização uma atitude pessoal - de contrariedade ou indiferença ao direito³⁴⁴.

No mesmo sentido é o entendimento trazido por Taipa de Carvalho, ao destacar que:

É com base e a partir do que se deve entender como culpa jurídico penal que, dentro da categoria genérica do dolo, se deve distinguir entre ‘dolo do facto’ e ‘dolo ético (dolo-culpa)’ e que, tendo em conta a menor ou maior relevância pessoal e comunitária do bem jurídico lesado e a menor ou maior responsabilidade social e jurídica do infrator pela sua não integração cultural-jurídica estadual, se deve distinguir entre a falta de consciência da ilicitude não censurável (logo, excludente da culpa) e a falta de consciência da ilicitude censurável (logo, não excludente da culpa, embora podendo, segundo as circunstâncias concretas, originar uma atenuação especial da pena estabelecida para o crime do doloso)³⁴⁵.

Nota-se, assim, que em grande parte dos casos de *cultural offenses* (a exemplificar pelos casos expostos neste estudo) não é fácil considerar censurável a falta de consciência de ilicitude do indivíduo que pratica o delito. Com relação aos casos trazidos pelo Tribunal Francês (ver tópico 2.2.1), inclusive, Silva Dias destaca que:

As mulheres Soninké, Malinké ou Bambara, acusadas da prática da excisão, relatam que muitas não falavam francês ao tempo da prática do facto, embora vivessem em França há (alguns) anos e algumas tinham obtido acidentalmente conhecimento de que a lei francesa proibia a excisão. Mas justamente porque não associavam então à prática da excisão qualquer mal ou desvalor (muito menos um desvalor qualificado), não compreendiam a mensagem normativa e por isso não entendiam nem o alcance nem as consequências da inobservância da proibição. A circunstância de se verem arguidas num processo penal era para elas motivo não só de surpresa, mas também de grande injustiça. Do seu ponto de vista, corriam o risco de ser condenadas simplesmente por serem Soninké, Malinké ou Bambara, isto é, simplesmente por pertencerem e viverem de acordo com as regras da sua comunidade. A punição aparecia a seus olhos como um acto hostil. Pode prosseguir fins de prevenção geral, mas não cumprirá seguramente qualquer fim

³⁴² Para mais sobre a temática do erro em Direito Penal e, em especial, sobre a censurabilidade da falta de consciência do ilícito cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 281-308 e DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência aa ilicitude em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. p. 50, 57, 61, 287 e ss.

³⁴³ O autor destaca ainda que, deste modo, parece indiscutível que se alcance um critério de não censurabilidade da falta de consciência do ilícito mais estrito e exigente do que o da censura da negligência. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 1969. p. 240 e ss.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 241 e ss.

³⁴⁵ CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. cit., loc. cit.*

de prevenção especial ressocializadora, nem – mais importante ainda respeitará o princípio da culpa³⁴⁶.

Os casos do Tribunal Francês (ao lado dos demais casos anteriormente analisados) demonstram, ao nosso ver, que a falta de consciência da ilicitude só deve ser considerada censurável quando, tendo em conta os fatos concretos, se concluir que os autores poderiam aceder ao problema da ilicitude penal por meio de um esforço reflexivo ou de compreensão exigível a uma “pessoa razoável” da sua comunidade, ao “homem-médio” da sua sociedade.

Isso não quer dizer, porém, que a tolerância implicada no regime do erro pode fazer depender a vigência de uma norma da sua aceitação ou reconhecimento pelo agente como legítima. A representação (compreensão) por parte do indivíduo do desvalor subjacente à conduta já basta para a formação da consciência da ilicitude. A tolerância é dada para aqueles que não compreendem a norma, não para aqueles que optam pelo seu não cumprimento³⁴⁷.

Não é tarefa fácil, portanto, considerar como censurável ou não a falta de compreensão, por parte dos autores das *culturas offenses*, do desvalor jurídico da conduta por eles praticada. Trata-se de um trabalho árduo, que requer a reconstituição, no caso em concreto, da real influência do fator cultural sobre o agente quando do cometimento do delito. O argumento cultural, para que possa excluir ou atenuar a culpa, dependerá, portanto, de perícias efetuadas por antropólogos, psicólogos sociais e especialistas em psiquiatria transcultural – que conheçam com profundidade a forma de vida e a cultura de origem desse agente³⁴⁸.

Sem embargo, longe de serem auferidas respostas absolutas, parece adequada a conclusão proposta por Silva Dias de que a motivação cultural não conduz automática e necessariamente a uma solução de atenuação ou exclusão da culpa (exculpação) do agente que age por ela determinado. Tudo vai depender da “atendibilidade ética da regra cultural em que a motivação radica e do peso do código cultural nas emoções vividas pelo agente”³⁴⁹.

³⁴⁶ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 34

³⁴⁷ Neste ponto, Silva Dias destaca que se o agente compreende o significado da prática à luz do ordenamento jurídico (o seu desvalor), e simplesmente não o aceita, preferindo motivar-se pelos costumes do seu grupo, ele será antes um “criminoso por convicção cultural”, sendo que isso em nada afeta a consciência da ilicitude, vez que essa apenas exige que o agente entenda o significado desvalioso da conduta, não que o aceite. “Em consequência, quem, tendo compreendido o desvalor do comportamento à luz dos direitos e dos bens jurídicos que compõem essa cultura cívica, ainda assim se determina à acção pela regras tradicionais da sua comunidade de origem, não pode deixar de actuar com plena consciência da ilicitude”. *Ibidem*, p. 36.

³⁴⁸ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2013. p. 74.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 80.

Peso esse que vai depender, por seu turno, do nível de integração do agente na sociedade de destino e do esforço realizado por ele nesse sentido. E, sendo a integração uma via de mão-dupla: das oportunidades de acolhimento e adaptação que aquela sociedade efetivamente lhe concedeu.

3.3.3 Inexigibilidade de conduta diversa: o estado de necessidade desculpante e a coação exercida sobre o agente

Ainda no âmbito da culpa, são pensáveis outras situações que poderiam vir a excluir a responsabilidade penal do agente culturalmente motivado. Podemos considerar, por exemplo, casos onde esteja presente a inexigibilidade de conduta diversa, frente à coação moral irresistível ou o estado de necessidade desculpante.

Tendo em vista, no entanto, que a principal problemática das *cultural offenses* no plano da culpa é quanto à potencial consciência de ilicitude do autor culturalmente motivado, e que esta já foi devidamente analisada, a inexigibilidade de conduta diversa será apreciada (pela necessidade de não estender em demasiado o presente estudo) de forma sucinta.

Importa destacar, assim, que a noção de exigibilidade, hoje já consolidada pela doutrina penal, surgiu com a concepção normativa de culpabilidade, que introduziu este elemento entre seus requisitos ao constatar que o vínculo psíquico entre a conduta do agente e o resultado não encerrava adequadamente a culpa jurídico-penal, sendo necessário, também, o aferimento de um elemento normativo, exógeno ao autor, que culminasse em um juízo concreto de reprovabilidade³⁵⁰.

A exigibilidade de conduta diversa baseia-se na teoria da normalidade das circunstâncias. Ou seja, o legislador, ao prever como reprováveis determinadas condutas, o fez com base na atitude do sujeito frente às circunstâncias normais. Se estas circunstâncias estão alteradas, de forma a modificar a normal liberdade de percepção e de opção do autor entre o cumprimento da norma e a prática do ilícito (o caminho do Direito ou da sua contrariedade), a sua reprovabilidade restará, também, influenciada. Assim, se as

³⁵⁰ DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012. p. 248.

circunstâncias concretas tornam inexigível a atuação em conformidade com a norma, fica afastada a culpabilidade do agente³⁵¹.

Pode-se dizer, então, que a exigibilidade desaparece na presença de circunstâncias concomitantes – causas de exculpação – que não permitam uma motivação “normal” do autor, empurrando-o até a ação delitativa de forma tão forte que estaria neutralizada a eficácia motivadora do preceito³⁵².

Em síntese, a capacidade do indivíduo de motivar-se de acordo com o direito pode se ver afetada em virtude de determinadas circunstâncias extraordinárias nas quais não lhe pode ser exigido que se motive pela norma³⁵³. A inexigibilidade de conduta diversa se faz presente, portanto, nas ocasiões em que o agente, embora imputável e dotado de plena capacidade de compreender a ilicitude da conduta por ele praticada, não deve ser considerado culpável, por não ser exigível, diante da situação fática concreta, que atuasse de acordo com o direito.

De acordo com Antonia Fernández, a inexigibilidade de conduta diversa pressupõe a não imposição de nenhuma sanção ao sujeito que se encontra em uma situação extrema, na qual não se pode exigir deste uma atuação em conformidade ao direito, porque isso faria supor a pretensão de que o sujeito se comportasse como um herói. Exigência essa que se encontra à margem do direito penal³⁵⁴.

A autora destaca que “*en un Estado Social y Democrático de Derecho, no se pretende un derecho de héroes, sino un derecho a la medida de la gran mayoría. Tras la noción de no exigibilidad se comprende que las conductas heroicas no son exigibles*”³⁵⁵.

Nos delitos culturalmente motivados não são raros os casos em que o agente, tendo consciência da ilicitude do fato (ilícito segundo o ordenamento jurídico dominante, mas imposto pela ordem costumeira do seu respectivo grupo minoritário), por medo de ser castigado pela sua comunidade de pertença assim mesmo pratica a conduta ilícita³⁵⁶.

³⁵¹ Em uma síntese dos conceitos trazidos por DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004; PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, 2011; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2010; e ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997.

³⁵² DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012. *Loc. cit.*

³⁵³ FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *Op. cit.*, 2008. p. 97.

³⁵⁴ *Idem.*

³⁵⁵ FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *Op. cit.*, 2008. p. 98.

³⁵⁶ CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. cit.*, p. 152 e ss.

Neste sentido, Taipa de Carvalho salienta que esta é uma hipótese completamente verossímil, que pode vir a se tornar realidade em diversas situações³⁵⁷. Em especial, no que se refere aos indivíduos inseridos em grupos de pertença mais tradicionalistas e isolados, com um sistema hierárquico de obediência e liderança.

O autor ressalta que, nestes casos, o agente (membro de uma comunidade étnico culturalmente diferenciada e fechada às influências e valores da sociedade dominante) pratica um fato – o qual sabe ser ilícito e constituir crime –, apenas pelo medo que tem das reações do seu grupo, caso deixe de praticar a conduta³⁵⁸. O agente tem um medo – legítimo e sincero – dos danos físicos, morais ou sociais que sua respectiva comunidade poderá lhe causar se este não se comportar de acordo com as regras ou tradições do grupo.

Assim sendo, o sujeito que, sob a ameaça efetiva ou potencial de sofrer determinado dano por parte do grupo minoritário respectivo, pratica um fato típico para afastar um perigo que ameaça interesses (do próprio agente, de seus familiares ou de terceiros) juridicamente protegidos, pode ser desculpado (não culpabilizado) pelo fato ilícito³⁵⁹.

Conforme bem salienta Paula Ribeiro Faria, muitos dos delitos culturais são praticadas pelos agentes sob a coação dos chefes e dos demais membros do grupo, que impõem o cumprimento da regra consuetudinária que manda matar, retaliar e agredir, pelo que, consoante os bens jurídicos em causa e o grau de coação exercido, pode ser considerada a situação desculpante³⁶⁰. O que está em causa é um circunstancialismo exógeno, que gera um perigo para os bens jurídicos do agente ou de terceiros³⁶¹.

Podemos citar como exemplo, aqui, a mãe indígena que não deseja matar o filho que tenha nascido com alguma deficiência ou má-formação, porém, frente à pressão exercida pelos líderes da tribo, que consideram aquela criança um mau agouro, um espírito maligno e uma ameaça à toda a comunidade, e com medo das retaliações que possa vir a sofrer (v.g. isolamento, banimento, agressões) acaba cedendo e praticando o infanticídio.

³⁵⁷ CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. cit.*, p. 152-153.

³⁵⁸ *Idem.*

³⁵⁹ CARVALHO, Américo Taipa de. *Op. cit.*, p. 154.

³⁶⁰ Sobre o tema, Paula Ribeiro Faria destaca também que, “em alguns Estados australianos, a ameaça em causa para ser relevante tem que se referir à vida ou à integridade física essencial do agente, e tem que ser exercida por quem esteja no local do crime e em condições de a executar. Outros Estados não exigem que o autor da coação esteja presente, bastando que esteja em condições de executar a ameaça. FARIA, Maria Paula Ribeiro de. *Op. cit.*, 2014. p. 136.

³⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 664-665. Para uma melhor compreensão do estado de necessidade desculpante em geral, cf. a mesma obra, p. 611 e ss.

O mesmo ocorre com a excisão. As mães, muitas vezes, podem não desejar submeter as filhas ao ritual sangrento, mas são forçadas a praticá-lo sob ameaça ou coação de outros elementos do grupo étnico, que afirmam que aquela menina nunca poderá ser aceita ou reconhecida como mulher dentro da comunidade se não for submetida a esta prática.

Podemos estar, nestes casos, perante um estado de necessidade desculpante ou uma coação moral irresistível. Não parece exigível, nas hipóteses descritas, que essas mães se deixem agredir, se vejam privadas dos seus direitos e deveres, ou sejam ostracizadas e expulsas da comunidade (juntamente com o filho indesejado ou a filha não excisada)³⁶².

Em verdade, ao lado destes e de outros exemplos, muitos são os indivíduos que cedem perante à coação e à ameaça, sendo que não tomar em conta a vulnerabilidade humana e as formas extremas de pressão do meio, significaria aceitar que as normas têm por destinatários - como antes mencionado - heróis ou santos, e não pessoas de carne e osso³⁶³.

Portanto, consoante a natureza dos bens ameaçados e a intensidade dessa coação ou ameaça, estaremos diante de uma causa de exclusão da culpa ou uma causa de dispensa ou atenuação da pena (artigo 35³⁶⁴ do Código Penal português e artigo 22³⁶⁵ do CP brasileiro)³⁶⁶. Essa desculpação ou atenuação, no entanto, vai depender da verificação efetiva dos pressupostos respectivos. A simples pressão difusa da comunidade não basta para tornar legítima a coação moral irresistível ou o estado de necessidade desculpante.

³⁶² Neste sentido é também o entendimento de Silva Dias, ao apontar que, nos casos de excisão, quem estaria sob coação ou em estado de necessidade desculpante seria a mãe, e não as fanatecas (ou excisoras). DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 38.

³⁶³ *Idem*.

³⁶⁴ Artigo 35º. Estado de necessidade desculpante: 1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. 2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.

³⁶⁵ Artigo 22: Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

³⁶⁶ Embora não haja, no Código Penal brasileiro, uma previsão expressa para o estado de necessidade desculpante (tendo em vista que o Brasil adota a teoria unitária sobre o estado de necessidade), admite-se o seu reconhecimento como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, fundamentado, tal e qual em Portugal, pela inexigibilidade de conduta diversa.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO?

“- Diga-me, por favor, a partir daqui que caminho é que devo seguir? - perguntou Alice.

- Isso depende bastante do lugar para onde queres ir... – respondeu o gato”³⁶⁷.

Apresentadas as dificuldades que surgem, na esfera criminal, quando do cometimento de delitos culturalmente motivados, em especial no que se refere à punibilidade dos agentes culturais, questiona-se se o direito penal seria a via correta para lidar com esses delitos. Pelo exposto no capítulo anterior, resta clara a dificuldade em considerar punível um fato praticado pelo agente quando este nem sequer compreende o seu significado desvalioso, ou, *v.g.*, se encontra em estado de necessidade desculpante e sofre graves ameaças do seu grupo étnico cultural.

O primeiro caso, como vimos, é extremamente comum nos delitos culturais. No mais das vezes, os autores não conhecem a proibição daquela prática pela ordem jurídica do país de acolhimento ou, tendo-a conhecido, não compreendem o real significado dessa proibição por força de uma pré-compreensão construída ao longo da sua trajetória e pautada em um sistema de valores diversos - com outras crenças, costumes, raízes e tradições (em um contexto ético afetivo muito diferente daquele que agora se inserem).

Em alguns casos aqui estudados, parece-nos mais visível essa situação. No infanticídio indígena, por exemplo, não há como exigir que pessoas que viveram toda a sua vida em comunidades por vezes afastadas, calcadas em crenças transmitidas por seus antepassados e acreditando, fielmente, nos perigos que o nascimento daquelas crianças podem trazer à tribo, compreendam o significado grave e desvalioso intrínseco à prática do infanticídio ritual.

De igual maneira ocorre na excisão. Sendo esta uma prática reiterada e incentivada nos países de origem dos imigrantes de localidades com elevados índices de MGF, como a Guiné-Bissau, a Burkina Faso, o Egito e a Nigéria, na maior parte dos casos cometidos por pessoas que chegaram há pouco tempo no país de destino, não há como se falar em responsabilidade criminal do agente.

³⁶⁷ Trecho de *Alíce no País das Maravilhas*, de Lewis Carrol, 1865.

Fumiko Kimura, também, ao praticar o *oyako-shinju*, não deseja em momento algum o mal de seus filhos. Crê, em verdade, na viagem espiritual que une mães e filhos em uma outra vida. À luz das representações da sua cultura de origem (à qual permanecia atrelada mesmo vivendo nos EUA há alguns anos) levar os filhos consigo e não os deixar à mercê da própria sorte em mundo injusto e cruel é o que significa ser uma boa mãe.

No entanto, nos outros dois casos trazidos pela jurisprudência americana (*People v. Moua*³⁶⁸ e *People v. Chen*³⁶⁹), nos parece - longe de ser esta uma afirmação absoluta – um pouco mais difícil e complexa a avaliação da responsabilidade criminal dos agentes. Tratam-se, ao nosso ver, de hipóteses onde caberia apenas uma atenuação da pena e não a exclusão da culpa³⁷⁰.

Isso para demonstrar, enfim, as dificuldades enfrentadas pelo direito penal tradicional quando chamado para resolver estes conflitos culturais são diversas e estão, ainda, longe de serem esgotadas. Em especial porque em muitas das situações envolvendo

³⁶⁸ Primeiramente, quanto ao caso *People v. Moua* (tópico 2.1.2) vimos que o Tribunal não excluiu a responsabilidade do agente, mas reduziu a imputação de *rape* para *false imprisonment*, baseando-se na doutrina do erro sobre a situação fática (*mistake of fact excuse*). Foram muitas as polêmicas que envolveram esta sentença. Grande parte dos estudiosos das *cultural offenses* consideram que esta foi uma sentença antifeminista, que em tema de violação, só fez confirmar a superioridade masculina e a passividade feminina. Sarah Song e Cristina de Maglie destacam, neste viés, que a sentença sobre o caso Moua, mais do que demonstrar a acolhida do argumento da *cultural evidence* pelos tribunais americanos, confirmou a orientação machista da jurisprudência em matéria de *rape*. Fabio Basile, por sua vez, relata que o resultado do caso Moua levanta sérias preocupações, sendo que inclusive a comunidade *Hmong*, à época dos fatos, não reconheceu a condução da conduta por Moua como um *zij poj niam*, achando pretensiosa a tentativa do autor de justificar seus atos na tradição do casamento por rapto. Nesse sentido também se manifestou Alison Renteln. Para mais, portanto, sobre às controvérsias quanto à desclassificação do delito de Moua cf. BASILE, Fabio. *Op. cit.*, 2009, p. 44 e ss; DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012, p. 114 e ss; SONG, Sarah. *Op. cit.*, 2007, p. 90 e ss; RENTELN, Alison. *Op. cit.*, 2009, p. 126 e ss.

³⁶⁹ Quanto ao caso *People v. Chen* (ver tópico 2.1.3), por sua vez, destaca-se de forma sucinta que Chen, ao praticar o homicídio de sua esposa, parecia, segundo grande parte da doutrina, mais influenciado por questões passionais do que culturais. Embora a traição da mulher tenha realmente um peso maior na cultura chinesa, onde esse adultério é visto como uma prova da fraqueza de caráter do marido, afetando fortemente a sua reputação (que acaba ficando à margem do círculo em que se inseria), o homicídio doméstico cometido por razões passionais como o ciúme e a desonra não é uma particularidade cultural de grupos orientais. A circunstância de Chen ser estrangeiro não faz, aqui, grande diferença. Pode contribuir para que a pressão de agir tenha sido mais intensa, fundamentando assim uma atenuação da pena aplicada ao autor, mas não justifica, ao nosso ver, a exclusão da sua responsabilidade criminal ou a desclassificação do delito para homicídio culposo. Para mais sobre essa compreensão cf. BASILE, Fabio. *Op. cit.*, 2009, p. 01-88. p. 20 e ss; DE MAGLIE, Cristina. *Op. cit.*, 2012, p. 117 e ss; DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2013, p. 74 e ss; LEE, Cynthia. *Op. cit.*, 2007, p. 955.

³⁷⁰ Silva Dias, ao analisar o caso *People v. Chen* considera, também, que o grau da exaltação emocional do autor (“do forasteiro”) pode ter sido mais elevado devido à forte interferência da sua identidade cultural, sendo que essa circunstância poderia ser considerada na hora de ditar o juízo de especial reprovabilidade ou censurabilidade do agente, levando ao afastamento do homicídio qualificado, mas não transforma, nem de longe, a atitude do autor em moral ou socialmente compreensível. DIAS, Augusto Silva. *Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais*. In: *Emoções e Crime, filosofia, ciência, arte e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 74 e ss.

cultural offenses não poderá ser endereçado um juízo de culpa ao autor cultural, pelo que a responsabilidade criminal não poderá ser atribuída e o direito penal não poderá intervir. Trata-se de um obstáculo irremovível – que decorre de exigências impostas por princípios estruturantes do direito penal em um Estado Democrático de Direito. Isso sem falar, também, naqueles casos onde o agente atua com plena consciência da ilicitude de sua conduta e deseja conservar, ainda assim, seus costumes e tradições³⁷¹.

O direito penal, por isso, embora não esteja completamente afastado do combate a estes delitos, não parece ser o instrumento mais adequado e eficaz para travar esse combate. Como sabemos, a justiça criminal não deve, em primeira linha, à resolução de problemas sociais.

Conforme bem pontuou Figueiredo Dias, o princípio da subsidiariedade é um dos principais fundamentos do direito penal, sendo que “para um eficaz domínio do fenómeno da criminalidade dentro de cotas socialmente suportáveis, o Estado e seu aparelho formalizado de controle do crime devem intervir o *menos possível*”³⁷².

É nessa linha de uma não-intervenção moderada que deve se compreender o programa político-criminal nos crimes de motivação cultural. Como vimos ao longo deste ensaio, este é um terreno em que o Estado (com seu *ius puniendi*) deve intervir o mínimo possível, mas não a tal ponto, porém, que venha a excluir o direito penal.

Para Mário Ferreira Monte, estando em causa bens jurídicos relevantes, a abstenção da justiça penal nas *cultural offenses* significaria “a introdução de distintas respostas ao nível jurídico-penal, motivadas por razões culturais, o que geraria uma discriminação negativa e acabaria por desproteger os direitos fundamentais”³⁷³.

Percebe-se, pelo exposto, que não há como o direito penal recuar perante esses delitos, mas a via penal não pode – e nem deve – ser vista como a única, ou porventura melhor, solução aos crimes culturais.

³⁷¹ É o caso, por exemplo, das fanatecas (as mulheres que realizam a excisão), sendo que mesmo que elas sejam descobertas e arguidas, a aplicação de uma pena de prisão (a pena aplicável quando se trata de ofensas corporais graves), podendo surtir algum efeito de prevenção geral integradora, carecerá de efeito ressocializador. A fanateca tenderá a reincidir pois é a continuidade da prática que lhe assegura o estatuto de que goza no seio da comunidade e lhe mantém uma importante fonte de rendimento. DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 39-40.

³⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais*: a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 124 e ss.

³⁷³ MONTE, Mário Ferreira. Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa. *In: Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 98.

Parece-nos, então, acompanhando a proposta trazida por Silva Dias, “que tudo medido, sistema de imputação e fins das penas”, devemos concluir que a solução para os problemas dos delitos culturais não reside no direito penal, mas sim em políticas de integração, orientadas com o intuito de instaurar uma convivência multicultural verdadeiramente dialógica que respeite os direitos e deveres dos integrantes de grupos culturais étnico minoritários sem colocar em risco, por outro lado, o sistema jurídico dominante³⁷⁴.

Há que se buscar a prossecução de um diálogo intercultural que vise a progressiva afirmação de uma cultura cívica de respeito às diferenças e o desenvolvimento de uma cidadania multicultural. As comunidades imigrantes, os indígenas e os grupos minoritários em geral – como quaisquer comunidades - não são “blocos monolíticos, rígidos e impenetráveis”³⁷⁵. Esse diálogo, o qual se pretende ininterrupto, livre de amarras e preconceitos, poderá criar, portanto, uma troca valorativa de informações entre duas culturas distintas – que levará ao surgimento de divergências quanto ao significado das práticas culturais aqui analisadas e à emergência de uma preocupação genuína com as suas consequências³⁷⁶.

Nesse sentido, acredita-se que os crimes culturais podem ter uma melhor resolução na justiça restaurativa do que na justiça tradicional, tendo em vista que, por meio dessa via, podem-se criar possibilidades de construir formas de conciliação para reparação dos danos causados - centrados em uma abordagem construtiva, reintegradora e conciliadora - que permita ao transgressor a correção dos seus erros e, à vítima e à comunidade, a reparação dos danos sofridos. Entraremos, pois, de agora em diante, nos domínios da justiça restaurativa não tanto como alternativa, mas como via complementar³⁷⁷.

4.1 ELEMENTOS ESSENCIAIS DA PROPOSTA RESTAURATIVA

³⁷⁴ DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. RPCC. 2006. p. 41.

³⁷⁵ DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 42.

³⁷⁶ Sobre o diálogo intercultural no que refere à MGF, Silva Dias ressalta que essa medida já tem alcançado resultados positivos como, por exemplo, a receptividade que têm tido as campanhas de sensibilização junto a comunidades praticantes da excisão na Europa e na África, e o aumento no seio delas do número de dissidências em relação à prática. O autor destaca, que é preciso, no entanto, prosseguir e intensificar esse diálogo, pois o problema ainda está longe de resolvido. DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, 2006. p. 42-43.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 102-103.

Como sabemos, no sistema penal tradicional há um empoderamento dos conflitos por parte do Estado, o qual, por meio das instâncias formais de controle, subtrai os conflitos das partes e transforma-os em casos, impedindo-as de participar, ativamente, na sua solução³⁷⁸. Neste sentido, o Estado Punitivo - que administra a justiça penal - surge como um usurpador autoritário que impõe uma solução para o conflito que não é seu, um conflito que é antes uma pertença do agente e da vítima do crime³⁷⁹.

Frente, então, à crise do sistema penal e às falibilidades do modelo de justiça tradicional, surge a necessidade de um repensar sobre o sistema de resolução de conflitos penais. O cárcere e os mecanismos tradicionais do sistema jurídico-punitivo já não são suficientes para a prevenção, superação e solução desses conflitos.

A justiça restaurativa irrompe, assim, como uma contraproposta ao modelo retributivo e punitivista do sistema penal atual, crescendo com a percepção da necessidade de uma mudança significativa da justiça criminal, com a adoção de novos conceitos e de estratégias mais eficazes e legítimas, com uma abordagem diferenciada no que se refere ao crime, à vítima e ao tratamento dado ao ofensor³⁸⁰.

Surge como um novo paradigma - de caráter restaurativo -, que devolve às partes o poder de solução do conflito, enfraquecendo o papel reativo do Estado face à criminalidade. Neste panorama, o Estado assume uma nova incumbência, oportunizando ao agente, à vítima e aos demais envolvidos meios eficazes para a pacificação do litígio³⁸¹.

Enquanto os sistemas de justiça convencional enxergam o crime como uma violação aos interesses do próprio Estado, que responde a transgressão com seu aparato punitivo, a justiça restaurativa - em contraste – oferece decisões sobre como melhor atender àqueles que são verdadeiramente afetados pelo crime (vítimas, infratores e as comunidades interessadas), priorizando os seus interesses³⁸².

³⁷⁸ CHRISTIE, Nils. *Conversa com um Abolicionista Minimalista*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 6, nº 21, janeiro-março, 1998, Revista dos Tribunais. Entrevista. p. 14.

³⁷⁹ SANTOS, Cláudia Cruz. *Um crime, dois conflitos (e a questão revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado)*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 17, n. 3, jul./set., 2007, p. 474.

³⁸⁰ LEAL, César Barros. *Justiça Restaurativa: amanhecer de uma era*. Aplicação em prisões e centros de internação de adolescentes infratores. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 50.

³⁸¹ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 41-57.

³⁸² MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. p. 440 e ss.

O Estado deixa de possuir o monopólio sobre o processo decisório, que passa a ter as próprias partes como personagens principais. A justiça restaurativa, além disso, preocupa-se em lidar com o crime e suas consequências de maneira significativa, buscando a reconciliação entre vítimas, infratores e suas comunidades por meio de acordos e diálogos sobre como melhor enfrentar o delito, curar as feridas e traumas causados por ele e adotar medidas destinadas a prevenir sua reincidência³⁸³.

Destaca-se, neste viés, que a evolução da proposta restaurativa se apresenta como fruto de uma conjuntura complexa, influenciada por movimentos criminológicos como o abolicionismo³⁸⁴ – no ponto em que rejeita o sistema penal clássico, visto como prejudicial ao agente e à comunidade – e a vitimologia³⁸⁵ – no sentido de um redescobrimto da vítima, preocupando-se com a reparação plena dos danos a ela causados.

Foi na década de 70 que o termo *restaurative justice*³⁸⁶ foi empregado pela primeira vez, quando começaram a ser realizadas as primeiras experiências restaurativas contemporâneas. Todavia, somente em meados da década de 1990 o tema alcançou o real interesse de pesquisadores como um possível caminho para reverter a situação de ineficiência e altos custos - tanto financeiros como humanos - do sistema de justiça tradicional e o fracasso deste sistema na responsabilização dos infratores e na atenção às necessidades e interesses das vítimas³⁸⁷.

Alisson Morris afirma, neste sentido, que muito embora não se possa precisar o instante exato do seu nascimento, os valores, processos e práticas da justiça restaurativa existem já há algum tempo, sendo os anos 90 o principal marco temporal “de ressurgimento internacional do interesse sobre o assunto”³⁸⁸.

³⁸³ MORRIS, Alisson. *Op. cit.*, p. 440 e ss.

³⁸⁴ Neste sentido, Cláudia Santos destaca que “talvez se possa dizer, que a proposta restaurativa tem nas suas raízes sedimentadas em ideias de inspiração abolicionista, ainda que a certo passo comece a trilhar um caminho próprio, por vezes até aberto à custa do reconhecimento das limitações daquele abolicionismo penal”. SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014. p. 62.

³⁸⁵ Também de acordo com Cláudia Santos, o que se pretende destacar “é a relevância da descoberta da vítima, muito associada ao fortalecimento do pensamento vitimológico, para a compreensão da gênese da proposta restaurativa”. *Ibidem*, 2014. p. 53.

³⁸⁶ O referido termo constou no artigo *Beyond Restitution, Creative Restitution*, de Albert Eglash, publicado em 1977. SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa – um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?.* 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2014. p. 154.

³⁸⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *A Justiça Restaurativa da teoria à prática.* 1ª Edição, IBCCRIM, São Paulo, 2009. p. 34.

³⁸⁸ MORRIS, Alisson. *Op. cit.*, p. 440 e ss.

4.1.1 Procurando definir a justiça restaurativa

Sob essa égide, importa destacar que a justiça restaurativa não possui um conceito fechado e imutável, mas sim aberto e fluido, que vem sendo continuamente renovado e modificado, bem como as suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativos³⁸⁹.

A dificuldade em encontrar um conceito para essa via, segundo Kathleen Daly, reside no fato de que a justiça restaurativa engloba uma variedade de práticas e diretrizes em diferentes momentos do processo criminal. Segundo a autora: “*restorative justice is not easily defined because it encompasses a variety of practices at different stages of the criminal process, including diversion from court prosecution, actions taken in parallel with court decisions, and meetings between victims and offenders at any stage of the criminal process (for example, arrest, pre-sentencing, and prison release)*”³⁹⁰.

Elena Larrauri também registra sua preocupação com a falta de uma definição clara para a justiça restaurativa, salientando que diversas alternativas ao sistema penal formal se auto denominam de ‘justiça restauradora’, mesmo que possuam princípios completamente diversos entre si, sendo que isso acaba por dificultar o respeito à justiça restaurativa e também a sua compreensão diante de casos concretos³⁹¹.

Cláudia Cruz Santos, por sua vez, destaca que essa dificuldade se deve ao fato de os programas restaurativos contemporâneos não contarem com uma história suficientemente longa e ainda se apresentaram, em diversos ordenamentos jurídicos, como um modelo de oposição ao paradigma dito dominante de reação à delinquência³⁹².

A despeito desse entrave conceitual³⁹³ existe, todavia, um certo consenso na doutrina quanto à concepção de justiça restaurativa apresentada por Tony Marshall, o qual

³⁸⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Op. cit.*, 2009. p. 54.

³⁹⁰ DALY, Kathleen, Restorative justice: the real story. *Punishment and Society*, 2002, vol. 4, n. °1, p. 55 ss.

³⁹¹ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, nov/dez 2004. p. 72-73.

³⁹² SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014, p. 156-157.

³⁹³ Cláudia Cruz Santos sugere um conceito mais abrangente e sistemático sobre justiça restaurativa, no sentido de ser “um modo de responder ao crime (e, nessa medida, como uma pluralidade de práticas associadas a uma pluralidade de teorias agrupadas em função de uma certa unidade) que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter)subjetiva do conflito e que assume como função a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à(s) vítima(s) relacionada com uma auto-responsabilização do(s) agente(s), finalidades estas que só logram ser atingidas através de um procedimento de encontro, radicado na autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modulação da solução”. Como se vê, a autora destaca no texto as primeiras noções relacionadas aos fundamentos, às funções, às

aduz que “a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras”³⁹⁴.

Howard Zehr, um dos pioneiros da justiça restaurativa, a conceitua como sendo um processo voltado ao máximo envolvimento possível de todos os interessados em determinada ofensa. Um processo que visa a identificação e o tratamento dos danos decorrentes do conflito, as necessidades e obrigações advindas da infração e a promoção do reestabelecimento das pessoas, almejando um “endireitamento das coisas”³⁹⁵.

Em busca de um conceito amplo e de fácil compreensão (porém não por isso menos valioso), César Leal nos traz uma definição de justiça restaurativa publicada pela Prefeitura de Bogotá, na Colômbia, a qual dispõe:

Em termos gerais, a justiça restaurativa se define como um novo movimento no campo da vitimologia e da criminologia que reconhece que o delito causa danos às pessoas e à comunidade e insiste em que justiça deve reparar esses danos e permitir aos afetados participar nos processos. Por conseguinte, os programas buscam habilitar a vítima, o ofensor e os membros da comunidade – partes interessadas primárias e secundárias – para que estejam diretamente envolvidos em dar uma resposta ao delito, com o apoio de profissionais do sistema de administração de justiça que operam como garantes e facilitadores de um processo cujo principal objetivo é a reparação dos danos mediante acordos que podem incluir respostas de diversa natureza: reparação, restituição, garantia de não repetição, conciliação, serviço comunitário, entre outras³⁹⁶.

Muitas outras definições (amplas ou restritivas) e reflexões críticas sobre o tema poderiam ser aqui mencionadas, no entanto, posto que o propósito maior desta pesquisa é analisar a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados, não podemos nos atrever a aprofundar esta temática (objeto de obras individuais e coletivas de excelência) de forma tão ampla quanto gostaríamos.

Destaca-se, então, que via restaurativa se apresenta – em apartada síntese - como um modo revolucionário de ministrar a justiça, um novo tratamento criminológico, discursivo e dialógico, fundamentado na ética do cuidado, da alteridade, da responsabilidade,

finalidades e aos procedimentos de justiça restaurativa, noções estas que receberão análise mais detida nos próximos capítulos deste estudo. SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014, p. 304-305.

³⁹⁴ MARSHALL, Tony F. The evolution of restorative justice in Britain. *European Journal on Criminal Policy and Research*. (4): 21-43, 1996. p. 37.

³⁹⁵ ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Trad. Tônia Van Acker. São Paul: Palas Athena, 2012. p. 88.

³⁹⁶ LEAL, César Barros. *Op. cit.*, 2014. p. 50.

e no respeito aos direitos: a) da vítima - sequestrada, segundo Foucault, pelo Estado³⁹⁷ e esquecida pelo processo penal, mas que nas últimas décadas, graças à vitimologia, a criminologia e ao movimento restaurativista volta a ser descoberta e considerada como destinatária da política criminal³⁹⁸; b) do agressor (destinatário da sanção); e c) da comunidade afetada pelo delito ou pelo ato infracional³⁹⁹.

Por este novo paradigma restaurativo, destacam-se novas propostas ao tradicional sistema jurídico-penal, visando solucionar os conflitos de forma mais construtiva e humanitária, propondo a reparação de danos causados por meio do diálogo entre todos os envolvidos⁴⁰⁰. A justiça restaurativa surge, assim, como um instrumento de pacificação social e uma alternativa ao sistema de justiça criminal⁴⁰¹.

Neste diapasão, Howard Zehr, ao tratar sobre os pressupostos teóricos da justiça restaurativa, sustenta que sendo o crime uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumpre à justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e buscar a reparação do trauma causado⁴⁰².

Incumbe, assim, à justiça restaurativa oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas no delito ao diálogo e ao acordo, como sujeitos centrais do processo. A eficácia da justiça será avaliada, neste viés, segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam

³⁹⁷ Foucault destaca que o Estado, pouco a pouco, foi se assenhorando dos conflitos e neutralizando a vítima, esquecendo-a na justiça penal. A vítima foi transpassada pelos danos causados pelo delito (o qual passou a ser visto como uma afronta direta ao soberano do Estado – príncipe – já que este representava a força da lei). Foucault afirma, neste sentido, que essa visão da justiça penal por meio do príncipe, do soberano, não tinha o objetivo de restabelecer o equilíbrio entre justiça e Estado, mas sim de alargar a desproporção entre aquele que infringiu a norma e o soberano que faz valer seu poder. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 50 e ss.

³⁹⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014, p. 59.

³⁹⁹ LEAL, César Barros. *Op. cit.*, 2014, p. 50.

⁴⁰⁰ Cláudia Santos, destaca, ainda, que a justiça restaurativa é "uma forma de resposta à criminalidade orientada por objectivos curativos, (i) quer dos males sofridos pela vítima, (ii) quer do diminuído sentido de responsabilidade do infractor perante os deveres vistos como essenciais no grupo que pertence, (iii) quer da abalada relação de proximidade existencial entre o agente e a vítima, assim como da 'sua comunidade de próximos'" SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014, p. 173.

⁴⁰¹ Podemos entender a justiça restaurativa como uma reformulação de nossa concepção de justiça, tendo como objetivo trabalhar a compreensão das pessoas sobre a situação conflituosa para que haja a humanização dos envolvidos, possibilitando a identificação das necessidades geradas pelo conflito/crime e a consequente responsabilização de todos os afetados, direta ou indiretamente, para que de uma forma ou de outra, se comprometam e contribuam para a resolução. "Este novo paradigma representa uma nova forma de olhar para a situação conflituosa. O conflito, sob este ponto de vista, passa a ser entendido como uma possibilidade de construção de algo positivo. A Justiça Restaurativa é uma Justiça participativa, uma vez que as partes atuam de forma significativa no processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação". AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa*, Editora Quartier Latin, São Paulo. 2009, p. 109-110.

⁴⁰² ZEHR, Horward. *Op. cit.*, 2012. p. 31-32.

satisfatoriamente atendidas e a cura - um resultado individual e socialmente terapêutico - seja alcançada⁴⁰³.

O programa restaurativo baseia-se, portanto, na concepção de que a vítima, o autor do crime e a comunidade como um todo devem partilhar da busca pela solução dos problemas causados em decorrência do cometimento do delito. É uma ação de todos – indivíduos, Estado e sociedade – que visa, como o próprio nome o diz, à restauração.

4.1.2 Objetivos e características do paradigma restaurativo

Visto que a justiça restaurativa é capaz de comportar um conceito aberto e continuamente renovado, há que se analisar, agora, em que se constituem os seus objetivos. Para tanto, é válido - e imperioso – que analisemos as três concepções de justiça restaurativa recapituladas por Johnstone e Van Ness⁴⁰⁴. É importante esclarecer, pois, que na prática nem sempre é possível delimitar em qual das concepções se ajusta determinado procedimento restaurativo, os quais, no mais das vezes, se mesclam e se sobrepõem.

Abordamos então, primeiramente, a concepção de *encontro*, destacando que essa concepção defende (como o próprio nome diz) o encontro entre a vítima, o ofensor e a comunidade, em um local neutro, sem formalidades – longe dos tribunais ou ambientes jurídicos – propiciando aos envolvidos no delito a chance verdadeira de assumirem posições ativas no processo de diálogo e na tomada de decisões sobre como devem proceder em relação à ofensa⁴⁰⁵.

Um diálogo entre as partes livre do determinismo de uma autoridade estatal permite que os próprios envolvidos tenham a vivência de justiça e de recuperação da autonomia e ordem abaladas pelo crime. Esse encontro, ao mesmo tempo em que pode desenvolver sentimentos de ódio, ressentimento, vingança, medo, mágoa e desconfiança, pode desenvolver também sensações de compaixão, coragem, perdão e autoestima⁴⁰⁶.

⁴⁰³ ZEHR, Horward. *Op. cit.*, 2012. p. 31-34.

⁴⁰⁴ JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W. The meaning of restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 08.

⁴⁰⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Op. cit.*, 2009. p. 34.

⁴⁰⁶ GONÇALVES, Conrado Cabral Ferraz. *A justiça restaurativa e o sistema jurídico socioeducativo brasileiro*. Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra/2015. p. 58.

Essa mescla de sentimentos e sensações permite que os envolvidos alcancem e compreendam as emoções e consequências envolvidas no delito, em uma abordagem que não se limita apenas à análise superficial da conduta e à imputação do resultado (como ocorre no modelo retributivo), mas permite que a justiça seja realmente vivenciada por todos aqueles atingidos pelo crime⁴⁰⁷.

A segunda concepção do paradigma restaurativo é a *reparação* – material ou simbólica – dos danos causados à vítima. A reparação é vista, aqui, como suficientemente apta à concretização da justiça, sendo desnecessário infligir dor ou sofrimento ao ofensor. Ademais, “o acordo restaurador⁴⁰⁸, além de reparar a vítima, oportuniza a (re)integração do ofensor e a restauração da comunidade abalada pelo delito”⁴⁰⁹.

Para Teresa Robalo, as práticas restaurativas visam, neste sentido, repor a equidade e a paz jurídica que foram abaladas pela ofensa, visando uma tutela do mesmo bem jurídico *in futurum*⁴¹⁰. No processo restaurativo, o resultado esperado – e desejado – pelo encontro da vítima com o desviante e a comunidade para discutir o crime e suas consequências⁴¹¹, é a reparação e a reintegração social. *Reparação*⁴¹² dos eventuais danos causados e reintegração da vítima e do delinquente à comunidade, sem estigmas ou marginalização⁴¹³.

⁴⁰⁷ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 191-192.

⁴⁰⁸ O acordo reparador pode variar desde um pedido de desculpas à vítima, compensação econômica ou até mesmo algum trabalho acordado com a vítima. Também não se exclui a possibilidade de que se acorde a adoção de medidas de caráter reabilitador para o infrator: “*una de las funciones del Estado es la justicia restauradora es precisamente suministrar los servicios (de tratamiento, de aprendizaje, de ocupación) que se acuerden en las conferencias y que son necesarios para permitir la reintegración del infractor en la comunidad*”. LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, nov/dez 2004.

⁴⁰⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Op. cit.*, 2009. p. 57.

⁴¹⁰ ROBALO, Teresa L. Albuquerque e Sousa. Dois modelos de Justiça Restaurativa: a mediação penal (adultos) e os ‘*family group conferences*’ (menores e jovens adultos). *Em Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). Coimbra: Coimbra Editora, ano 22, número 1, 2012. p. 81.

⁴¹¹ Neste sentido, Johnstone e Van Ness afirmam que para alcançar a reparação, o encontro passa a ser praticamente indispensável, no entanto, mesmo nas situações em que o encontro não é possível, os defensores da reparação argumentam que o próprio sistema deve buscar respostas que privilegiem a reparação ao invés de uma sanção de multa ou cárcere. JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W. *Op. cit.*, 2007.

⁴¹² Destaca-se, neste ponto, que a reparação restaurativa não pode - e nem deve - ser confundida com a indenização punitiva decorrente de uma decisão judicial. Isso porque, a reparação restaurativa resulta de um acordo ao qual chegaram o agente do crime e a vítima em um contexto de um procedimento de encontro, alheio a qualquer interferência de autoridades. A reparação restaurativa é, neste sentido, “a reparação *querida* pelos intervenientes no conflito criminal e, além disso, a reparação por eles *conformada*”. A indenização punitiva, pelo contrário, resulta de uma decisão judicial que é alheia à vontade das partes. Sobre essa diferenciação, Cláudia Santos ressalta que, “enquanto a reparação restaurativa é norteada pelo dano tal qual é sentido pela vítima, aquela indenização punitiva desliga-se do dano antes ocorrido e – *muito mais à semelhança daquele que é o sentido da resposta penal do que daquele que é o núcleo da resposta restaurativa* – orienta-se sobretudo pela intenção de evitar danos futuros”. SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014, p. 390.

⁴¹³ SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 150.

Sendo o crime um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura. Atos de restauração - ao invés de mais violação - contrabalanceiam o dano advindo do crime. É difícil, por óbvio, garantir a recuperação total, mas uma verdadeira justiça precisa ter como objetivo oferecer um contexto no qual esse processo possa começar⁴¹⁴. A cura para as vítimas não significa esquecer ou minimizar a violação, mas implica, sim, em um senso de recuperação, numa forma de fechar o ciclo e seguir adiante. O ofensor, por sua vez, deve ser incentivado a mudar. E ambos (ofensor e ofendido) deveriam receber a liberdade de começar a vida de novo. A cura abarca, portanto, “um senso de recuperação e esperança em relação ao futuro”⁴¹⁵.

A terceira concepção é, por seu turno, a *transformação*. A ênfase, aqui, está em considerar como principal objetivo da justiça restaurativa a mudança na forma pela qual as pessoas compreendem as suas relações – tanto consigo mesmas quanto com os outros. Esta concepção, no entanto, afasta-se das demais, pois “concebe a justiça restaurativa como uma forma de vida a ser adotada e rejeita qualquer hierarquia entre os seres humanos (ou entre outros elementos do meio ambiente)”⁴¹⁶.

De acordo com Raffaella Pallamolla, “esta nova postura implica uma mudança de linguagem (como aquela proposta pelo abolicionismo), na qual são abolidas as distinções entre crime e outras condutas danosas. Todas as condutas seriam danosas, e a prioridade seria identificar quem sofreu o dano, quais suas necessidades e como as coisas podem ser corrigidas”⁴¹⁷.

Estas três concepções aqui brevemente mencionadas, apesar de conterem algumas (e significativas) diferenças, encontram-se igualmente inseridas no paradigma restaurativo. Ademais – como já mencionado – na prática nem sempre é possível identificarmos em qual das concepções se encaixa determinada prática. As três concepções, portanto, “envolvem encontro, reparação e transformação. A diferença entre elas é onde a ênfase é colocada”⁴¹⁸.

⁴¹⁴ ZEHR, Howard. *Op. cit.*, 2008. p. 175.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 175-176.

⁴¹⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Op. cit.*, p. 58.

⁴¹⁷ Zehr observa a dificuldade de introduzir-se esta mudança de linguagem, apesar de concordar que o termo ‘crime’ não é o mais adequado. Todavia, pensa que ainda não se tenha encontrado um termo adequado. O autor chama a atenção para o termo ‘situações problemáticas’, proposto por Hulsman, e refere que este termo, apesar de ser útil por aproximar delitos de outros danos e conflitos, é demasiadamente vago e, em alguns casos, poderia sugerir uma minimização do dano. ZEHR, Howard. *Op. cit.*, 2008. p. 171.

⁴¹⁸ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Op. cit.*, p. 60.

Assim, para além da concepção que se adote, Howard Zehr, em uma concisa análise, afirma que as metas objetivadas pela justiça restaurativa são: “colocar as decisões nas mãos daqueles que foram mais afetados pelo crime, fazer da justiça um processo mais curativo e reduzir a probabilidade de futuras ofensas”⁴¹⁹.

O autor destaca que, para a concretização desses objetivos delineados pelo paradigma restaurativo, é indispensável: a) que as vítimas estejam presentes na resolução do conflito e saiam dele satisfeitas; b) que o infrator assuma a responsabilidade pelos seus atos e compreenda o real significado desvalioso⁴²⁰ da sua conduta (tratando, inclusive, as causas que levaram ao seu cometimento); e c) que hajam meios efetivos de reparar os danos experimentados pelas partes⁴²¹.

Conforme ressaltado por Zehr, “o ofensor tem o ônus de tratar as causas de seu comportamento, mas em geral não é capaz de fazê-lo sem ajuda. Poderão existir obrigações mais amplas em jogo, por exemplo: injustiças sociais e outras iniquidades que levam ao crime ou promovam condições de insegurança. Não raro outros, além do ofensor, são também responsáveis: as famílias, a comunidade ampliada e a sociedade como um todo”⁴²².

Percebe-se, pois, que um dos mais importantes objetivos da justiça restaurativa é (em especial para esta pesquisa), o tratamento dos motivos que ensejaram o cometimento do delito. É preciso, neste viés, que se adotem medidas necessárias e aptas para modificar o comportamento do ofensor, com a verdadeira compreensão, por parte deste, do desvalor intrínseco a sua conduta e as consequências desta para a vítima e a comunidade.

Para Braithwaite, a justiça restaurativa representa uma transformação radical de paradigmas, vez que não é apenas uma maneira de reformar o sistema de justiça criminal, mas também uma forma de transformar todo o sistema legal - a vida das pessoas, o ambiente familiar, o trabalho e até mesmo a política. O autor ressalta, ainda, que a punição não deixa de ser uma forma respeitosa de lidar com quem comete um crime, mas, em termos

⁴¹⁹ ZEHR, Horward. *Op. cit.*, 2012. p. 49.

⁴²⁰ Por tudo o que já foi exposto, nota-se, claramente, que essa compreensão por parte do ofensor seria ainda valiosa no que se refere aos delitos culturalmente motivados, vez que o agente cultural poderia, por meio da via restaurativa, realmente internalizar o significado e as consequências da conduta por ele praticada.

⁴²¹ Howard Zehr sustenta, ainda, que justiça restaurativa pode ser compreendida com uma análise das respostas a quesitos como: “quem sofreu o dano?”; “quais são as suas necessidades?”; “de quem é a obrigação de atendê-las?”; “quem são os legítimos interessados no caso?”; “qual é o meio adequado para envolver os interessados num esforço para consertar a situação?”. ZEHR, Horward. *Op. cit.*, 2012. p. 49-51.

⁴²² *Idem*.

comparativos, esta punição (não restaurativa) é menos respeitosa do que o diálogo trazido pelo paradigma restaurativo⁴²³.

Os princípios e as características da justiça restaurativa podem ser, assim, traçados como um ideal de justiça social, com a efetiva participação das partes e da comunidade na resolução do conflito, com autonomia de vontades, respeito ao ser humano e aos seus valores fundamentais⁴²⁴.

Cláudia Santos, por fim, salienta uma característica sobre o paradigma restaurativo que é, para este estudo, de demasiada importância. A autora afirma que a justiça restaurativa é uma resposta à criminalidade radicada numa ideia de *tolerância com o outro*, sendo que essa ideia de tolerância não equivale a desresponsabilização do agente pelos atos cometidos, mas, pelo contrário, faz supor a assunção dos mesmos e um juízo de autocrítica. Trata-se, então, de “um esforço de compreensão das *circunstâncias do outro* que não desconheça o facto de que, ao longo dos percursos individuais, quase todos vão sendo simultaneamente vítimas e agentes de males vários⁴²⁵”.

Traçando, portanto, um paradigma geral da justiça restaurativa, frente à limitação tempo/espço do presente estudo, que impossibilita um aprofundamento à total complexidade e grandiosidade do tema, insta destacar que, independentemente da concepção adotada ou das práticas utilizadas, as sociedades modernas (multiculturais ou não) necessitam abrir espaço para a via restaurativa, proporcionando uma resposta ao crime muito mais justa e eficaz.

4.1.3 Uma origem cultural

“*Sawabona e Shikoba*”⁴²⁶.

⁴²³ BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice. The Handbook of Crime and Punishment*. Ed. Michel Tonry, Nova Iorque/Oxford: Oxford University Press: 1998. p. 05 e ss.

⁴²⁴ BRAITHWAITE, John. *Op. cit.*: 1998. p. 156.

⁴²⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014, p. 175.

⁴²⁶ A despeito (e para além) da justiça restaurativa, um grande exemplo de resolução amigável de conflitos pode ser extraído de um belo e grandioso costume de uma tribo localizada no sul da África. Quando alguém faz algo prejudicial e errado, eles levam a pessoa para o centro da aldeia, e toda a tribo vem e a rodeia. Durante dois dias, eles vão dizer a essa pessoa todas as coisas boas que ela já fez. Esse costume é conhecido como *Sawabona e Shikoba*. A tribo acredita que cada ser humano vem ao mundo como um ser bom. Cada um de nós desejando segurança, amor, paz, felicidade. Mas às vezes, na busca dessas coisas, as pessoas cometem erros. A comunidade enxerga aqueles erros como um grito de socorro, um pedido de ajuda. Eles se unem então para direcionar os que erraram e reconectá-los com sua verdadeira natureza, recordando-lhes de quem eles são. Assim, quando isto ocorre, todos lhe repetem “*Sawabona e Shikoba*”. *Sawabona* significa “eu respeito você,

A todo o exposto, se acresce ainda o fator de que a justiça restaurativa é uma solução que tem sulcadas na sua base razões culturais, haja vista a sua fundação ter buscado apoio em experiências comunitárias, passadas ou contemporâneas, realizadas em países onde se registra um volume populacional expressivo composto por minorias culturais e étnicas, tais como a Austrália, o Canadá e a Nova Zelândia⁴²⁷.

Esta modalidade de justiça, singular e antiga - e ao mesmo tempo revolucionária e nova - já era, há muito, utilizada pelos grupos tribais. A justiça restaurativa não é, portanto, uma criação da modernidade ou pós modernidade. É um processo existente nas mais antigas sociedades e ainda vigente em diversos sistemas sociais e comunitários⁴²⁸.

As origens dos recentes movimentos de justiça restaurativa na Nova Zelândia e no Canadá estão ligadas, por exemplo, à valorização dos modelos de justiça dos povos indígenas que habitam aqueles territórios desde tempos remotos (o povo *maori* no primeiro e os aborígenes e as *First Nations* no segundo⁴²⁹). Encontramos, também, fortíssimas manifestações desde tipo de justiça em países como a África do Sul, a Austrália, parte dos Estados Unidos e a China.

O sucesso da proposta restaurativa nestes países está ligado, intimamente, à inegável evidência de que os mesmos sofreram a influência direta das culturas aborígenes –

valorizo você e você é importante para mim” e a pessoa responde *Shikoba*, que quer dizer “então... eu sou bom e eu existo para você”. Este ato de reconhecimento reconstrói o interior maculado da pessoa que errou, fazendo com que ela se sinta querida e valorizada de novo. TIMÓTEO, Sebastião Manuel. SAWABONA SHIKOBA - “eu sou bom”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*. Ano 2 (2016), nº 1, 1563-1592. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_1563_1592.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

⁴²⁷ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23.

⁴²⁸ Marcelo Saliba destaca, neste sentido, que “na modernidade, o Estado, dentro da estrutura atual, foi concebido, deitando suas raízes em Hobbes, Rousseau e Locke, e a concentração da resolução de conflitos, com a razão iluminista, sepultou qualquer forma de resolução de litígio por método não científico. A justiça restaurativa foi quase esquecida, com raras exceções. Jaccoud esclarece que o afastamento da justiça restaurativa se deu com os processos de colonização, porém as reivindicações dos colonizadores restabeleceram, em determinadas situações, esse procedimento e impediram sua extinção”. SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Op. cit.*, 2009. p. 146-147.

⁴²⁹ Com relação aos aborígenes e os *first nations* no Canadá, Leonardo Sica ensina que: “o termo aborígene engloba várias e distintas categorias de pessoas descendentes daquelas que ocuparam o extremo norte do Canadá, enquanto *First Nations* foram os povos que viviam no sul. O fator que torna a particular situação desses povos interessante para este estudo é o seguinte: por viverem em estado de notória desvantagem econômica e alienação cultural (marginalização) em relação à sociedade dominante canadense, as pessoas pertencentes a tais povos passaram a se envolver mais frequentemente com a justiça criminal e pesquisas constataram que, sistematicamente, condenados aborígenes recebiam sentenças mais pesadas, que tal população estava super-representada nos presídios (em clara desproporção em relação aos não-aborígenes) e que havia um déficit comunicativo entre eles e o sistema tradicional de justiça, posto que os aborígenes não reconheciam uma série de valores e métodos daquela (...)”. SICA, Leonardo. *Op. cit.*, 2007. p. 22 e ss.

as quais procuravam a solução dos conflitos de forma comunitária, tendo sempre em vista o reestabelecimento da paz e da harmonia entre o grupo⁴³⁰.

Na Nova Zelândia, país referencial neste tema, a resolução dos conflitos por meio do consenso surgiu entre os *maoris* e os *hapu* (enormes grupos tribais), que se reuniam com o objetivo de pacificar as desavenças surgidas dentro da comunidade por meio do diálogo e da conciliação, evitando que esses conflitos pudessem vir a gerar danos às famílias ou ao grupo em geral⁴³¹.

Foi na década de 80, porém, que o movimento restaurativo passou a ganhar maior força nesse país, frente à grande insatisfação dos *maoris* com o tratamento dado pela justiça criminal e as agências formais de controle aos jovens da sua comunidade⁴³². As famílias *maoris* (chamadas de *whanau*) e os *hapus* não se sentiam contemplados pelos processos nos tribunais neozelandeses⁴³³.

Os métodos de tratamentos concedidos aos jovens dessas comunidades eram considerados demasiado desproporcionais e ostensivos, sendo necessária a implementação de uma política criminal que não implicasse no afastamento do menor da sua comunidade e que respeitasse as diferenças étnico culturais daquele grupo.

As famílias (*whanau*) - que na comunidade *maori* são fundamentais para a identidade, autoestima e união do grupo - procuraram, então, formas pelas quais poderiam desempenhar um papel mais significativo na reabilitação e reintegração dos jovens infratores, o que levou à introdução do *Children, Young Persons and Their Families Act*, que mudou radicalmente os princípios e o processo da justiça de menores no país⁴³⁴.

O *Act* objetivou incluir elementos das práticas tradicionais *maori* de resolução de conflitos, principalmente o envolvimento direto do ofensor, da vítima e de seus familiares ou apoiadores na resolução do problema criado pelo crime, com o objetivo de “curar” ou

⁴³⁰ MONTE, Mário Ferreira. *Op. cit.*, 2014. p. 105.

⁴³¹ MAXWEEL, Gabrielle. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. p. 279-293.

⁴³² Os jovens infratores recebiam sanções sem sentido antes de serem liberados para voltarem a cometer infrações, ou eram recolhidos a instituições punitivas, que os isolava de qualquer influência social positiva de suas famílias. MAXWEEL, Gabrielle. *Op. cit.*, 2005. p. 279-293.

⁴³³ MAXWEEL, Gabrielle. *Op. cit.*, 2005. p. 279-293.

⁴³⁴ SICA, Leonardo. *Op. cit.*, 2007. p. 23.

“sanear” o dano causado pela ofensa⁴³⁵. Neste cenário, o mecanismo pelo qual tais práticas foram implementadas foi o *Family Group Conference*⁴³⁶.

Depois de uma década de experiências com jovens, o movimento de justiça restaurativa passou a se estender para a justiça penal comum, com experimentos *ad hoc* em encontros restaurativos para adultos⁴³⁷. Em 1995, três esquemas piloto – o Projeto *Turnaround* (dar a volta); *Te Whanau Awhina* e o Programa de Responsabilidade Comunitária (*Community Accountability Programme*) – foram patrocinados pela unidade de prevenção ao crime da Nova Zelândia, em colaboração com a polícia e os *Safer Community Councils*, visando expandir as práticas restaurativas e desviar infratores adultos da necessidade de se apresentarem em tribunais criminais⁴³⁸.

Com o passar do tempo, estes programas restaurativos para adultos começaram a evoluir não só dentro dos grupos locais de justiça restaurativa, mas também através do movimento nacional como um todo⁴³⁹, ganhando o apoio massivo da comunidade e do Estado – que alterou a legislação do país no intuito de facilitar a utilização das práticas e programas restaurativos com infratores adultos.

A Nova Zelândia, então, graças aos *maoris* e à sua cultura de resolução de conflitos, abraçou fortemente a justiça restaurativa e suas práticas, comprovando que é verdadeiramente possível incorporar os programas restaurativos tanto na justiça juvenil quanto na justiça comum.

⁴³⁵ SICA, Leonardo. *Op. cit.*, 2007. p. 23.

⁴³⁶ No *Family Group Conference* estariam presentes todas as pessoas interessadas no conflito, bem como os representantes do Estado, no intuito de pacificamente resolvê-lo - por meio de sanções que implicassem no envolvimento do jovem, da vítima, e de seus familiares, com a responsabilização do infrator e a reparação do dano sofrido, evitando, sempre, a pena privativa de liberdade. Quanto à real efetividade das *Family Group Conference*, diversos estudos confirmaram que, na prática, os resultados das reuniões de grupos familiares são amplamente restaurativos. Houve, no entanto, de acordo com Maxweel, “um notável distanciamento da melhor prática: apenas cerca de metade das vítimas e dos jovens sentiu-se verdadeiramente envolvida na tomada de decisão, alguns resultados restritivos/punitivos foram vistos em cerca de metade das reuniões e a provisão de serviço de reabilitação e reintegração foi muito abaixo das necessidades informadas pelos jovens”. MAXWEEL, Gabrielle. *Op. cit.*, 2005. p. 282-283.

⁴³⁷ Os primeiros encontros restaurativos, em 1994, foram facilitados por voluntários que acreditavam que o modelo de justiça para jovens podia ser aplicado no tribunal de adultos. O primeiro grupo comunitário de justiça restaurativa, *Te Oritenga*, foi fundado em 1995. Era constituído por trabalhadores sociais, religiosos, professores, advogados e várias outras pessoas com interesse na comunidade e foi encorajado em seus trabalhos por juizes e advogados simpatizantes. BOYACK, Jim; BOWEN, Helen; MARSHALL, Chris. Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática? Uma Abordagem Baseada Em Valores. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. p. 267-294. p. 268.

⁴³⁷ SICA, Leonardo. *Op. cit.*, 2007. p. 24.

⁴³⁸ MAXWEEL, Gabrielle. *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁴³⁹ BOYACK, Jim; BOWEN, Helen; MARSHALL, Chris. *Op. cit.*, 2005. p. 268.

Neste sentido, de acordo com Gabrielle Maxweel, o uso de práticas restaurativas conduziu, na Nova Zelândia, e também na Austrália⁴⁴⁰, a processos de tomada de decisão que são vistos como corretos e justos por todos os participantes, que envolvem as vítimas e respondem aos envolvidos no delito com uma extensão maior do que os tribunais, que podem responsabilizar os infratores e oferecer a eles opções de apoio contínuo, o que ajudará na sua reintegração na sociedade⁴⁴¹.

No Canadá, por seu turno, os pesquisadores afirmam que as raízes do modelo restaurativo de justiça canadense originaram-se dos tradicionais métodos aborígenes de resolução dos conflitos, com o envolvimento comunitário e a implementação de soluções holísticas. A superpopulação de pessoas de origem aborígene nas instituições correcionais do país alertou para a demanda de uma abordagem mais adequada, como os *sentencing circles* para criminosos aborígenes⁴⁴².

Desde então, vários programas amparados em princípios restaurativos vêm sendo implementados no país. Estes programas seguem, basicamente, três modelos distintos. O primeiro é a mediação entre a vítima e o ofensor, com a participação das duas partes e um terceiro imparcial. O segundo modelo é o do *Family Group Conferences*, inspirado nas experiências da Nova Zelândia e caracterizado pela participação da família do ofensor. O terceiro modelo, que é o mais fortemente constituído por iniciativas inspiradas nas práticas aborígenes, engloba os *sentencing circles* (nos quais, a vítima, o ofensor, a família, a comunidade, policiais e advogados se reúnem perante o juiz e fazem uma recomendação a

⁴⁴⁰ Assim como a Nova Zelândia, a Austrália possui uma grande importância para a justiça restaurativa, implementando em seu sistema jurídico diversos programas com viés restaurativo, voltados, principalmente, à delinquência juvenil. Apenas para citarmos alguns exemplos, em 1991, a polícia australiana criou o *Community Youth Conferences*, conferências restaurativas que levaram à publicação, em 1997, do *Young Offenders Act* que regulamentou as penas alternativas que poderiam ser aplicadas aos jovens delinquentes. Na Austrália Ocidental, em 1993, foi criado o programa *Juvenile Justice Teams*, voltado para jovens delinquentes com idades entre 10 e 17 anos pertencentes a grupos étnico culturais minoritários. No ano de 1996, em Queensland, foi instaurado o *Youth Justice Program, Families, Youth and Community*, como um meio de inovar a justiça tradicional. A partir dos anos 2000, as práticas restaurativas na Austrália ganharam ainda mais força e visibilidade e passaram a ser utilizadas também em delitos cometidos por adultos. Em síntese, de acordo com Jacqueline Larsen, “since 2001, restorative justice practices have become mainstream in Australian juvenile justice and have been extended for use with adult offender (...). The evidence on the impact of restorative justice on reoffending is mixed but research suggests positive impacts for both victims and offenders. That is, a growing body of research indicates that restorative justice may be more effective for more prolific offenders, more effective for more serious offenders and more effective post- rather than pre-sentence”. LARSEN, Jacqueline Joudo. Restorative justice in the Australian criminal justice system. *AIC Reports Research and Public Policy Series*. Disponível em: <http://www.aic.gov.au/media_library/publications/rpp/rpp127.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2017.

⁴⁴¹ MAXWEEL, Gabrielle. *Op. cit.*, 2005. p. 290.

⁴⁴² SICA, Leonardo. *Op. cit.*, 2007. p. 23.

ele a respeito da medida mais adequada a ser tomada); os *healing circles* (círculos de cura), cerimônias destinadas a cuidar do aspecto emocional do conflito; e os *community-based hearings* (oitivas baseadas na comunidade), as quais se equiparam às consultas realizadas para a concessão do livramento condicional, mas que, em vez de ter sede na instituição responsável pelo benefício, é realizada na comunidade, de modo a facilitar a reintegração do ofensor⁴⁴³.

Uma reforma de 1996, inclusive, acrescentou ao Código Criminal canadense o dispositivo 718.2 (e), segundo o qual “todas as sanções disponíveis que não o encarceramento que sejam razoáveis diante das circunstâncias devem ser consideradas para todos os acusados, com particular atenção às circunstâncias dos acusados aborígenes”. De acordo com Leonardo Sica, “o respeito à cultura aborígine, evidenciado nessas práticas, é uma peça fundamental na justiça restaurativa canadense”⁴⁴⁴.

O autor destaca, ainda, que tanto para os aborígenes quanto para os *maoris* o conflito é visto como uma ação que origina um desequilíbrio no contexto social entre a comunidade e, em consequência, deve ser gerido por todos os seus integrantes com o objetivo de reestabelecer a ordem abalada e ressarcir o dano sofrido⁴⁴⁵.

Assim sendo, o encontro entre tais práticas de resolução de conflitos e o sistema de justiça criminal produziu, sobretudo na Nova Zelândia e no Canadá, mesclas e adaptações que podem – e devem – ser vistas como uma adequação do sistema judiciário às práticas e ao sentido de justiça que emergem da coletividade.

De igual maneira, no Oriente, a origem das práticas restaurativas possui também íntima ligação com fatores culturais e com os mecanismos de resolução de conflitos encontrados em tradições e costumes dos povos antigos. Na China, por exemplo, a resposta ao crime é muito mais centrada na vergonha e no arrependimento do que no castigo em si, algo herdado da teoria confucionista de controle social, que se apoia na compreensão ancestral dos efeitos que as próprias ações causam nos outros e na exposição pública das boas-ações⁴⁴⁶. E, no Japão, embora o sistema atual de justiça criminal japonês tenha todos

⁴⁴³ SICA, Leonardo. *Op. cit.*, 2007, p. 96-98.

⁴⁴⁴ *Idem*.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁴⁶ Ao discutir sobre o sucesso das práticas restaurativas, Braithwaite busca, também, inspiração no pensamento milenar do filósofo chinês Confúcio, ilustrando o tema com a afirmação de que, não a punição, mas sim a vergonha consiste na principal chave para o controle social. Contudo, esta vergonha não é algo que podemos exigir dos ofensores, mas sim algo que eles descubram através do tratamento respeitoso que recebem de pessoas

os elementos formais dos modelos alemão e norte-americano, na prática os operadores sempre encontram espaço para introduzir uma série de elementos e práticas restaurativas⁴⁴⁷.

Em verdade, quer na cultura aborígine quer na cultura oriental, só para citar alguns exemplos, existe em comum “a procura de uma resolução dos conflitos através do consenso entre as partes, sendo a procura dos tribunais uma necessidade sentida em menor escala do que nos países ocidentais”⁴⁴⁸.

A justiça restaurativa, portanto, nesses e em outros países, busca respeitar as diferenças e encontrar soluções mais justas e maleáveis, reconhecendo o papel da comunidade como principal ator para prevenir e responder ao delito e à desordem social. Importa destacar, nesse sentido, que o conceito de comunidade, no viés restaurativo, não é o mesmo de sociedade. Para a justiça restaurativa o que importa são as microcomunidades (de lugar ou relacionamento). Ou seja, as comunidades de cuidado⁴⁴⁹, onde atuam pessoas que vivem no mesmo entorno e são prejudicadas de modo direto pelo ato transgressor⁴⁵⁰.

A adaptabilidade da justiça restaurativa permite, assim, identificar povos ou comunidades com necessidades específicas que acabam por ser mal interpretados pelo sistema de justiça. Algumas minorias, diante da dificuldade em se orientar dentro de uma certa estrutura social que lhes dá poucas oportunidades legítimas, acabam por criar os próprios comportamentos e normas sociais (às vezes distintas das normas oficiais), que podem resultar em condutas criminosas.

Valendo-se do exposto por Sheicara ao se referir as subculturas, mas que pode ser ampliado para os grupos étnico culturais minoritários, “o combate a essa criminalidade não se pode fazer através dos mecanismos tradicionais de enfrentamento do crime. Primeiro porque a ideia central dessa forma de prática delituosa tem certas particularidades que são

virtuosas, e que manifestem, na sua essência, um estilo de vida superior. BRAITHWAITE, John. *Op. cit.*, 1998. p. 15 e ss.

⁴⁴⁷ SICA, Leonardo. *Op. cit.*, 2007. p. 21-22.

⁴⁴⁸ MONTE, Mário Ferreira. *Op. cit.*, 2014. p. 106.

⁴⁴⁹ Sobre a compreensão de comunidade no viés restaurativo, Cláudia Santos afirma que “assumindo-se o risco de uma simplificação porventura excessiva, talvez possa afirmar-se que a comunidade interveniente nas práticas restaurativas é mais *estreita* do que a “comunidade toda” no interesse de quem administra a justiça penal: enquanto esta se destina tradicionalmente à defesa de todos os cidadãos agrupados em determinado contexto espacial que tende a coincidir com o do Estado, já aquela outra comunidade que pode participar em práticas restaurativas deve ser vista como uma mera *comunidade de próximos*”. SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014, p. 189.

⁴⁵⁰ LEAL, César Barros. *Op. cit.*, 2014. p. 42.

dessemelhantes de outras formas mais corriqueiras. Ademais, algumas dessas manifestações não se combatem com a pura repressão”⁴⁵¹.

O que se percebe é a preocupação com a (re)legitimação do sistema de justiça: a correspondência entre o funcionamento das instituições e as aspirações da comunidade; a relação de aproximação entre “autoridades” e “jurisdicionados”; a observância dos valores próprios a cada base cultural local e até subculturas (que num país como o Brasil, por exemplo, são múltiplas); a informalização no sentido de evitar as cerimônias degradantes do processo penal e a liturgia incompreensível para a população e, principalmente, o estabelecimento de uma linguagem, de um procedimento comunicativo de integração, não de distanciamento⁴⁵².

A justiça restaurativa vem a ser, portanto, uma solução culturalmente fundamentada, assente numa atitude de consenso, de partilha de responsabilidades e de resolução amigável, que pode efetivamente (e em especial nos delitos culturalmente motivados) alcançar os objetivos de justiça, eficácia, participação, responsabilidade, perdão, cura e reintegração⁴⁵³.

4.2 SUPERANDO LIMITES: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

“É de todos conhecido, porém, que a enorme carga de tradição, hábitos e costumes que ocupa a maior parte de nosso cérebro lastra sem piedade as ideias mais brilhantes e inovadoras que a parte restante ainda é capaz...”⁴⁵⁴.

A visão que a seguir pretende-se demonstrar é de que os crimes culturais podem vir a ter uma melhor resolução dentro da justiça restaurativa do que da justiça tradicional, não só pela possibilidade de interação e participação de toda a comunidade nesta via, como também por estar em causa uma distinta visão de mundo, significados e valores que não poderá ser modificada sem o diálogo e a coesão coletivas.

⁴⁵¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 268.

⁴⁵² SICA, Leonardo. *Op. cit.*, 2007. p. 25 e ss.

⁴⁵³ MAXWELL, Gabrielle. *Op. cit.*, 2005. p. 279-293. p. 291.

⁴⁵⁴ Reflexões do personagem central de *O homem duplicado*, de José Saramago, p. 86.

Conforme já demonstrado, o que está em causa nas *cultural offenses* é uma convicção diversa no valor atribuído aos bens jurídicos – os agentes praticantes do delito não o enxergam sequer como uma ofensa a estes bens. Assim, sem uma mudança, ou ao menos uma compreensão interior – de pensamento e de agir – estes indivíduos continuarão a praticar estas ofensas. A resposta penal tradicional não exercerá, aqui, nenhum benefício. A mudança há que ser feita de dentro para fora e de cada um para o todo.

O direito penal, como dito, deve ser subsidiário, com a menor intervenção possível por parte do Estado. Isso porque, sem um mínimo de observância à realidade concreta a que se destinam, as soluções penais podem ter efeitos mais nocivos do que benéficos. Os custos podem ser superiores aos ganhos e não justificam sua aplicação. Como bem pontuado por Figueiredo Dias, “não basta que uma conduta tenha dignidade penal, se se revelar desnecessária a aplicação de uma pena”⁴⁵⁵.

Mário Ferreira Monte, ao defender a possibilidade da justiça restaurativa como resposta mais adequada aos crimes culturais, destaca que o processo restaurativo implica o envolvimento da vítima, do agente, e também da comunidade na resolução do conflito, apelando sobretudo ao sentido de responsabilidade do ofensor, à cidadania de cada um dos envolvidos e desenvolvendo sentimentos de pertença a uma comunidade e não de exclusão⁴⁵⁶.

Segundo o autor, ainda, nos crimes culturalmente motivados “a assunção da responsabilidade e cidadania vem a ser a pedra de toque para a reintegração do agente, o que implica o reconhecimento de que mais importante do que a punição ou a sanção propriamente dita será o processo, pois é desse processo comunicacional e relacional que se estabelece entre agente e vítima que advirão os fundamentos para uma tal atitude do agente, ao mesmo tempo em que a vítima se vê a participar e a esperar pela reparação do dano”⁴⁵⁷.

É um problema de cidadania e de responsabilidade que está em causa. Ademais, outro aspecto que deve ser levado em consideração é que nestas ofensas nem sempre o autor que pratica o ato contra a vítima é o único responsável pelo delito, como também, toda a comunidade que aprova e incentiva estas ações.

⁴⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais*: a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004;

⁴⁵⁶ MONTE, Mário Ferreira. Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa. In: *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 104.

⁴⁵⁷ *Idem*.

Na maior parte dos crimes culturais, o agente causador do delito é uma pessoa amiga, ou seja, pessoa que faz parte da mesma comunidade da vítima. O crime é cometido em benefício da vítima (na visão do infrator), por razões étnico-culturais ou, até mesmo, para que o indivíduo não seja considerado um inimigo - no sentido de uma espécie de mal dentro da própria cultura ou grupo étnico-cultural⁴⁵⁸.

Ferreira Monte suscita que também por esta razão percebe-se que o direito penal não é a única via para a solução destes problemas. Segundo ele, a justiça tradicional se revela ainda mais inadequada ao não conseguir atingir os fins das penas, quando comprovadamente os agentes do crime não compreendem, na maior parte dos casos, a censurabilidade da conduta praticada⁴⁵⁹.

Na justiça tradicional, o agente cultural pode ser condenado simplesmente por estar presente a culpa (nos casos onde não haja a exclusão desta), ainda que, por razões culturais, não a compreenda. E, se isso suceder, ele nunca poderá entender o sentido da pena aplicada. Logo, os fins da pena, sejam de prevenção especial, de integração, ou, curiosamente, de prevenção geral (até mesmo negativa), não se cumprem⁴⁶⁰.

A isso se acresce, ainda, o fato de que, caso as causas de exclusão funcionem e não seja direcionado ao agente qualquer juízo de reprovabilidade, perde-se a oportunidade que o processo restaurativo oferece, da compreensão do crime e seus efeitos. Quando se apela à compreensão do fato – condição para o acordo – também se entende a razão de ser da pena aplicada por via desse acordo e, assim, muito melhor se cumprem os fins das penas.

Sobre esta questão, ainda, Cláudia Santos aduz que a culpa no direito penal é pressuposto e limite intransponível para que se determine a responsabilidade do agente e se fundamente o merecimento da pena. Entretanto (e esta é uma questão de extrema importância para este estudo), no que concerne à solução restaurativa, encontra-se implícito um certo juízo de culpa para o efeito de responsabilização do agente, mas este juízo não é atribuído nos moldes convencionais - mediante a produção de provas e o julgamento dos fatos que é essencialmente exterior à vontade e à intervenção do próprio agente (hetero-censura) -, mas sim reconhecido livremente pelo próprio ofensor, com a concordância da vítima e de todos os envolvidos (auto-censura)⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ MONTE, Mário Ferreira. *Op. cit.*, 2014. p. 111.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 106-107.

⁴⁶⁰ *Idem*.

⁴⁶¹ SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014. p. 414; p. 427-428; p. 441.

Como bem pontuado pela autora, para que sejam admitidas as práticas restaurativas e, por consequência, para que o agressor possa legitimamente assumir deveres ao final do procedimento, faz-se também necessária a prévia existência de indícios suficientes de materialidade e de autoria do comportamento ofensivo. “A culpabilidade não deve ser pressuposto da resposta restaurativa nos mesmos moldes em que é pressuposto da resposta punitiva”. O juízo de culpa antes suportado por uma verdade de “forma processualmente válida” deve ser deslocado para um juízo de culpa que se baseie em uma imputação da responsabilidade associada a uma verdade construída pelos próprios sujeitos do conflito, em consenso⁴⁶².

O princípio da culpa não pode, portanto, constituir um limite à solução restaurativa⁴⁶³. O que permite aferir que, mesmo nos casos onde haja a exclusão desta, como pode ocorrer no infanticídio ritual indígena, na excisão e em diversos outros crimes culturais, o agente – ainda assim – poderá ser submetido ao processo restaurativo e aproveitar dos benefícios que este pode trazer ao próprio ofensor, à vítima e à comunidade.

A justiça restaurativa não pretende, com isso, abolir o sistema penal tradicional, nem as penas, mas pugna pela diminuição dos seus efeitos. O novo não veio para eliminar o velho, mas para mitigar seu efeito punitivista e marginalizador, em respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos intrínsecos a cada um⁴⁶⁴.

Howard Zehr destaca, neste sentido, que os dois modelos (punitivista e restaurativo) devem coexistir e complementar-se entre si, posto que em determinadas situações não há como dispensar o direito punitivo como ferramenta de repressão⁴⁶⁵. As duas justiças tendem a conviver: ambas não se auto excluem, senão que se complementam.

⁴⁶² SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014. p. 414; p. 427-428; p. 441.

⁴⁶³ Cláudia Santos afirma que “é assim, na medida em que o juízo de culpa, associado a uma censura dirigida ao agente por outros, não faz idêntico sentido em um modelo que pretende a obtenção de uma solução para o conflito alheia a valorizações e imposições externas e antes fundada em uma auto-responsabilização do agente. Afirmar, no entanto, que a “culpa não adquire exactamente o mesmo sentido na justiça penal, por um lado, e na justiça restaurativa, por outro, não equivale, portanto, à afirmação de que a culpa não jogue aqui qualquer papel (...)”. De forma simplificada, a autora destaca que: “enquanto o juízo de censura penal enfatiza a ofensa a um valor essencial para a comunidade imputada à responsabilidade do agente, a censura inerente à celebração do acordo restaurativo através do qual o agente assume determinados deveres orienta-se sobretudo para a causação de um dano à vítima e aos seus próximos”. SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014. p. 442.

⁴⁶⁴ Em uma síntese das palavras trazidas por RAMÍREZ, Sérgio Garcia. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. *Revista de ciencias penales Iter Criminis*. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 230, abr./jun. 2005.

⁴⁶⁵ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Há “uma convergência entre a busca da justiça mediante a sanção dos responsáveis por violações dos direitos humanos (a justiça retributiva) e a busca da reabilitação das vítimas de tais violações (a justiça restaurativa)”⁴⁶⁶. A justiça restaurativa permite, então, que o punitivismo faça parte do processo, mas impõe, através de seus valores, a condição de que este não ultrapasse a punição imposta pela lei, nem viole os direitos humanos.

As práticas restaurativas e os procedimentos tradicionais de justiça penal devem, assim, ser aplicados de maneira suplementar - priorizando-se sempre as primeiras, mas com a possibilidade de se optar pelo sistema retributivo quando não preenchidos os pressupostos restaurativos ou quando os resultados não satisfizerem por completo os interesses e as necessidades dos envolvidos no conflito⁴⁶⁷.

A justiça restaurativa deve complementar as instituições legais existentes⁴⁶⁸, atuando em paralelo com estas para: melhorar os resultados dos processos judiciais; aumentar a eficácia do sistema - mediante a redução do volume de casos para os tribunais; reforçar a confiança da sociedade no poder público; ampliar o acesso à informação, a participação e o acesso à justiça de todos os grupos sociais (em especial daqueles que até então se encontravam à margem da sociedade); e favorecer a reparação e a reabilitação dos ofensores por meio do diálogo⁴⁶⁹.

Para Cláudia Santos, essa complementaridade entre os dois sistemas de justiça pode ser comprovada pelas vantagens que “para cada um dos modelos resultam da existência do outro”. Segundo a autora, “se as práticas restaurativas contribuem para o pretendido carácter mais residual da resposta punitiva estadual, favorecendo-a nessa medida; a justiça penal dá uma resposta ao conflito naquelas que seriam as hipóteses mais problemáticas para a justiça restaurativa, mantendo-a dentro daqueles que devem ser os seus limites”⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ LEAL, César Barros. *Op. cit.*, 2014. p. 51.

⁴⁶⁷ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Micro-Justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. p. 187-210. p. 199 e ss.

⁴⁶⁸ Quanto a essa convivência entre a justiça restaurativa e a justiça penal, Mário Ferreira Monte destaca que as soluções restaurativas “haveriam de partir de dentro do processo penal e a ele voltar, e nunca completamente fora do processo penal. Não ter de seguir todo o processo penal é uma coisa. Ficar fora do processo penal é outra. O que se pretende é que a solução a encontrar, ainda que por um processo de mediação, se beneficie das garantias que só o processo penal pode conceder”. MONTE, Mário Ferreira. “Um olhar sobre o futuro do direito processual penal - razões para uma reflexão”. *Que Futuro para o Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 415.

⁴⁶⁹ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. *Op. cit.*, 2005. p. 200.

⁴⁷⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014. p. 587-588.

As práticas restaurativas estão sujeitas – como tudo (ou quase tudo) nesse mundo – à certas limitações. Quando, por exemplo, estejam em causa crimes mais graves, como algumas das *cultural offenses* aqui estudadas, não há como se excluir sempre uma intervenção estadual de defesa da comunidade. E é essa convivência entre o sistema restaurativo e o sistema punitivo que torna possível – e viável – a aplicação da justiça restaurativa também a esses delitos.

Sem embargo, muitos defensores da justiça restaurativa, por serem adeptos do abolicionismo penal, rejeitam a condenação à pena de prisão, afirmando que esta seria o mal maior do sistema penal de reação ao crime. Preconizam então, para todos os agentes – inclusive os mais perigosos que cometam os crimes mais graves – uma intervenção de natureza puramente restaurativa. Ocorre, no entanto, que esse pensamento traz algumas objeções bem evidentes, em especial no que se refere ao risco de permanência em liberdade de tais agentes e o cometimento de novos delitos⁴⁷¹.

De outro lado, por sua vez, estão aqueles que acreditam que as práticas restaurativas não devem à solução da criminalidade mais grave.

Entre um e outro se coloca o presente estudo. Acredita-se, em conformidade com o entendimento trazido por Cláudia Santos, que “a possibilidade e a conveniência das práticas restaurativas não dependem da *gravidade do delito*”. A intervenção penal pode se fazer presente sem precisar excluir a existência destas práticas – seja durante o trâmite do processo penal, seja em contexto pós-sentencial⁴⁷².

Braithwaite, neste sentido, afirma que a justiça restaurativa não deve se limitar aos crimes de pequena e média gravidade, vez que – se o agente estiver realmente disposto a reparar os danos causados pela ofensa -, podem existir diversas alternativas ao cárcere⁴⁷³. Outrossim, os crimes mais graves são (em uma afirmação patente, mas ainda assim necessária) os que provocam danos mais significativos à vítima, à comunidade e aos demais

⁴⁷¹ Rebatendo essas objeções, o instituto do "santuário", propagado por Herman Bianchi adquiriu particular destaque na criminologia. Bianchi procura recuperar o referido instituto, considerando que os agentes de crimes graves “devem beneficiar de um período razoável de segurança, em um local seguro e onde estejam eximidos da vingança promovida pelo sistema penal e almejada pelas vítimas e pela comunidade. Durante esse período, seriam estudadas as possíveis formas de remediar os danos causados pela ofensa. Esse santuário retiraria, de forma temporária, o agente perigoso do convívio com a sociedade ao mesmo tempo em que buscaria, para pacificar o conflito, uma alternativa que não fosse a prisão. SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014. p. 589.

⁴⁷² *Idem.*

⁴⁷³ BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford University Press, 2002. p. 29 e ss.

envolvidos e que, porventura, necessitam de um maior grau de pacificação e reparação⁴⁷⁴. Não há porque restringir, portanto, ao âmbito da pequena criminalidade, o procedimento restaurativo.

Nos crimes graves (e mais ainda nos delitos culturais) existe, quase sempre, uma relação prévia entre o agente do crime e a sua vítima. E, tendo em vista que o que justifica a intervenção restaurativa é a “possibilidade de pacificação do conflito que prejudica essa relação”, parece-nos imperioso concluir que as práticas restaurativas não devem ser excluídas do âmbito da criminalidade gravosa⁴⁷⁵.

Nas *cultural offenses* soma-se, ainda, o fator de que o agente e a vítima possuem, na maior parte dos casos, uma relação profunda de respeito (perante o outro e à comunidade), o que não apenas justifica, mas torna ainda mais necessária a adoção de práticas restaurativas que visem recuperar essa relação. Como antes mencionado, o ofensor (no mais das vezes) não vê a prática como um mal ou uma ofensa, e nem, tampouco, intenciona prejudicar a vítima. Seria assim, ao nosso ver, uma grande injustiça privar os envolvidos nesses conflitos da oportunidade de se submeterem às práticas restaurativas.

De acordo com Mário Ferreira Monte, tendo em vista essa relação mais direta que se reconhece entre a vítima e o agressor, onde uma solução que passe pela mediação possa solucionar o problema, o melhor seria utilizarmos como critério para a aplicação da justiça restaurativa não a gravidade do crime, mas sim, a sua natureza⁴⁷⁶.

Ora, se as práticas restaurativas pretendem dar ao ofensor a possibilidade concreta de responsabilização voluntária pelos males que causou, essa responsabilização será mais necessária e mais útil quanto maiores forem os “desvalores originados”⁴⁷⁷. A visão restaurativa se mostra, então, mais adequada a responder aos delitos culturalmente motivados com um todo⁴⁷⁸, tendo em vista que, sendo o crime de motivação cultural, esse

⁴⁷⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014. p. 591.

⁴⁷⁵ *Idem.*

⁴⁷⁶ MONTE, Mário Ferreira. *Op. cit.*, 2009. p. 415.

⁴⁷⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014. p. 592.

⁴⁷⁸ Quanto aos limites da justiça restaurativa em crimes culturais de maior gravidade, Mário Ferreira Monte considera que o terrorismo seria justamente esse limiar para a justiça restaurativa resolver conflitos de natureza penal. O autor ressalta que, enquanto na maior parte dos crimes culturais a vítima é uma pessoa amiga e o crime é cometido no interesse dessa pessoa, nos crimes de terrorismo a relação que se estabelece é, ao invés, uma relação de inimizade. Enquanto nos restantes crimes étnico-culturais está presente uma “promoção/integração” da vítima, vez que essa não chega nem de longe a ser considerada um inimigo, no terrorismo, do contrário, está em causa justamente a eleição específica de um inimigo. Dessa afirmação, podemos tirar duas conclusões diversas: I) primeiro, que diante do terrorismo o direito penal não só não deve recuar, como deve tornar mais eficaz a sua intervenção, vez que a eleição de um inimigo direto (ainda que sulcada em razões culturais) e os atos que daí decorrem devem ser eficazmente repudiados; e II) pelo contrário,

paradigma encontra-se mais aberto a uma compreensão cultural do fenômeno e a uma integração relacional e comunicacional do tipo intercultural que permita uma maior eficácia do sistema de justiça⁴⁷⁹.

Na justiça restaurativa, a condição para o acordo – voluntário – é o entendimento por parte do agente do fato cometido e seus efeitos. Trata-se de um processo cultural, de apelo à cidadania. Sem isso, não existirá acordo. O mesmo se aplica à vítima⁴⁸⁰.

É claro, no entanto, que não podemos iludir a questão. Como afirmamos, a justiça restaurativa não é ainda perfeita ou, tampouco, à prova de falibilidades e, tendo uma resposta inter-relacional, pode vir a enfrentar problemas quando essa relação não se torna possível. Surgem assim, questionamentos como: O que fazer quando as vítimas consentem no dano ou quando são crianças (como, v.g., na excisão) ou simplesmente incapazes de discernir a censurabilidade da conduta?; Como promover essa interação e esse encontro?; Como levar a cabo um programa restaurativo quando neste o pressuposto é um encontro entre a vítima e o agressor?⁴⁸¹

A resposta para estas questões está, de acordo com Mário Monte, na diversidade das respostas e das práticas restaurativas. “Não se encerra nelas, mas pode desenhar-se a partir delas”⁴⁸². Desde os *sentencing circles* (que apostam numa aproximação holística à

a segunda opção seria compatibilizar as práticas restaurativas para que pudessem atuar, juntamente com o direito penal, também nos crimes de terrorismo. Hipótese essa que decorre de algumas experiências já realizadas nesse sentido, como, p.ex., o L.I.V.E (*Let's Involve the Victims' Experience*) que, por meio de conferências e *workshops* facultou às vítimas e combatentes do conflito na Irlanda do Norte um espaço de encontro. Também o *Sulha Peace Project*, que promove o diálogo entre membros da comunidade palestina e israelita e que tem trazido resultados muito positivos àquelas comunidades. Feitas essas considerações, Ferreira Monte afirma que um estudo mais aprofundado é necessário, mas que “sem querer mergulhar em uma resposta, temos para nós que o paradigma da justiça restaurativa não é uma solução que deva ficar apenas ao lado do direito penal, mas antes que deve penetrar o próprio direito penal, ao ponto de este integrar aspectos daquele paradigma, indo ao encontro de finalidades reparadoras da pena, concedendo à vítima um papel que normalmente não possui no sistema tradicional”. MONTE, Mário Ferreira. *Op. cit.*, 2014. p. 112-113.

⁴⁷⁹ Ainda sobre o terrorismo, Ramon Valcárcel, refere a adequação de práticas restaurativas pós-sentenciais no âmbito da criminalidade mais grave, nomeadamente no terrorismo. O autor sustenta as vantagens dessas práticas nos depoimentos de participantes, como, por exemplo, a filha de Aldo Moro (morto por membros das *Brigate Rosse*) a qual afirmou – após ter tido contato durante a execução da pena com uma das integrantes do grupo terrorista - que “imaginava-os tão diferentes e eram normais. Sentiam algumas das coisas que eu também sentia...quero dizer que não eram cruéis. Perdoei porque acredito que uma pessoa pode tornar-se melhor do que é se perdoa. O meu pai, como jurista, ensinou-me que uma pena só tem sentido se é para reabilitar. Caso contrário, não é pena, é vingança. E perdoei porque creio que odiar não me teria dado a serenidade que agora tenho”. VALCÁRCCEL, Ramon. *Gestión del Conflicto Penal*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012, p. 48 *apud* SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014. p. 749.

⁴⁸⁰ MONTE, Mário Ferreira. *Op. cit.*, 2014. p. 107.

⁴⁸¹ Estes são alguns dos questionamentos suscitados por Mário Ferreira Monte ao analisar a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados. *Idem*.

⁴⁸² *Ibidem*, 2014. p. 108.

justiça penal, permitindo que as vítimas e os agentes interajam e se curem), passando pelos *family group conferences* (em que por meio de conferências de base familiar – podendo intervir terceiros, agentes ou facilitadores – se pretende desenvolver o poder de resolução dos conflitos àqueles que foram diretamente afetados pelos mesmos), caminhando depois para as formas variadas de mediação penal, como os *victim-offender mediation programmes*, ou os programas de mediação penal já existentes nos EUA, na Bélgica, França, e também em Portugal⁴⁸³ e no Brasil.

A justiça restaurativa nos permite, assim, uma abordagem muito mais ampla do delito cometido, com respostas diversas que comportam distintas formas de solução dos danos causados pela ofensa. Essa variedade de soluções oportuniza, inclusive, a realização da justiça nos casos em que as vítimas não sejam capazes de intervir, ou simplesmente não possam (casos de desaparecimento ou morte), e mesmo quando os agressores não consigam ser encontrados. Aqui, a comunidade, a família, a organização em que se insere a vítima ou agressor podem cumprir o papel que se deseja próprio dessa relação comunicacional⁴⁸⁴.

Em uma síntese primordial trazida por Teresa Robalo:

Que a Justiça Restaurativa é uma realidade ancestral, é um facto. Que começou por estar intimamente ligada às sociedades aborígenes, é outro. Estamos, então e quanto Homens civilizados do século XXI, a reconhecer os benefícios que outros modos de resolução de litígios penais podem trazer para uma vida em sociedade mais positiva. Mais sã e mais coesa. Por isso, desde finais do século passado começou o legislador, em vários pontos do Mundo, a cristalizar, nos seus diplomas legais, soluções que apelam à filosofia subjacente à Justiça Restaurativa. Regressamos, assim, às nossas origens. E percebemos que, enquanto Homens que somos, não nos podemos deixar atropelar pelo Direito. Se o Direito foi criado por

⁴⁸³ Com especial relevância no que se refere às *cultural offenses*, insta destacar que Portugal criou, pela Lei n° 105/2001 de 31 de agosto, a figura do mediador sociocultural. Nos termos do art. 2°, n° 1, “o mediador sociocultural promove o diálogo intercultural, estimulando o respeito e o melhor conhecimento da diversidade cultural e a inclusão social”. E, no n° 2 prevê-se, entre suas competências, a de colaborar na prevenção e resolução de conflitos socioculturais e na definição de estratégias de intervenção social”. MONTE, Mário Ferreira. *Op. cit.*, 2014. p. 108-109. Para além dos delitos culturais, Portugal elegeu a mediação penal para adultos como um mecanismo de diversão, durante o inquérito, para alguns crimes de pequena e média gravidade, nos termos da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, prevendo, também, a possibilidade de práticas restaurativas em momentos posteriores como, v.g., o “encontro restaurativo”, o qual se dá após a suspensão provisória do processo ou a condenação por crime de violência doméstica. O Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, no artigo 47, n.º 4, prevê que “o recluso pode participar, com o seu consentimento, em programas de justiça restaurativa, nomeadamente através de sessões de mediação com o ofendido”. Esses programas pós-sentenciais têm o objetivo de promover a reconciliação entre vítima e autor, bem como a conscientização do dano causado. Neste viés, Cláudia Santos destaca que “a existência de práticas restaurativas pós-sentenciais indica que nada impede a sua aplicação ao universo dos conflitos desencadeados pelos crimes mais graves (a ideia forte é, precisamente, a de que a justiça restaurativa não deve ser utilizada para expandir o controlo social face a bagatelas, mas antes para oferecer uma possibilidade de pacificação de conflitos mais graves)”. SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, 2014. p. 748-749.

⁴⁸⁴ MONTE, Mário Ferreira. *Op. cit.*, *loc. cit.*

e pelo Homem e, acima de tudo, para o Homem, faz todo o sentido que se procurem soluções que olhem para a Pessoa como um ser individualmente considerado, reconhecendo que todos podem errar e que se podem corrigir e que, psicologicamente, existem mecanismos mais eficientes no sentido dessa emenda interior do que a submissão ao Tribunal de todos e quaisquer casos de índole penal. E esta constatação, embora aparentemente tão simples, faz nos pensar no futuro... e no Homem de amanhã.

Em suma, temos que a justiça restaurativa constitui um sistema essencialmente comunitário, menos punitivo, mais equilibrado e humano, e que oferece uma resposta mais satisfatória ao conjunto de questões jurídicas, econômicas, psicológicas e sociais resultantes do comportamento delituoso - *in casu*, motivado por fatores culturais intrínsecos ao indivíduo. Trata-se, assim, de uma nova forma de se pensar a democracia, respeitar a comunidade e aceitar o outro.

Outrossim, como já se destacou, “a justiça restaurativa tende a intensificar a participação da comunidade, a qual passa assumir um duplo papel: em primeiro lugar, pode ser a destinatária das políticas de reparação e de reforço do sentimento de segurança coletivo e, em segundo nível, a comunidade pode ser ator social de um percurso de paz, que se funda sobre ações reparadoras concretas das consequências do crime”⁴⁸⁵.

A concepção restaurativa traz, assim, uma ideia diversa ao sistema jurídico penal tradicional, uma vez que esta aceção propõe mecanismos que envolvem as partes no conflito com o intuito de que estas assumam posições e discutam as atitudes que levaram ao dano, as suas consequências, o sofrimento da vítima, a busca pela restauração e os valores corrompidos, embasadas no diálogo democrático. É, portanto, uma solução preventivo-reparadora que a justiça restaurativa promove e que a justiça tradicional nem sempre alcança – em particular nos crimes culturais⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ SICA, Leonardo. *Op. cit.*, 2007. p. 10.

⁴⁸⁶ MONTE, Mário Ferreira. *Op. cit.*, 2014. p. 107.

CONCLUSÃO

Mia Couto disse, certa vez, que para que possamos perceber as luzes do outro devemos por bem apagar as nossas, no sentido de nos tornarmos disponíveis para o outro⁴⁸⁷. No mundo atual, portanto, em sociedades cada vez mais marcadas pelo multiculturalismo e pela diversidade, devemos enxergar e compreender o estrangeiro, o que vem de fora, o diferente, não como um estranho ou, tampouco, como um idêntico. Devemos enxergá-los como iguais – portadores e merecedores da mesma dignidade -, mas que são, ao mesmo tempo, completamente outros.

Todos nós somos diretamente influenciados – no nosso agir e pensar - pelo meio onde nascemos, crescemos e vivemos. A nossa cultura, valores e princípios são moldados ao longo da nossa trajetória, por pessoas, lugares e tradições. O espírito humano possui, então, uma constituição cultural diversa, uma vez que toda cultura é suficiente para a formação de um indivíduo, não importando quão distinta ela pareça aos olhos do observador. A estranheza experimentada por quem observa decorre do choque entre a sua própria cultura e aquela que tem diante de si⁴⁸⁸.

Assim, para que alcancemos sociedades verdadeiramente multiculturais é preciso que o reconhecimento da diferença vá além da compreensão da alteridade. É preciso aceitar a diversidade como uma expressão da condição humana - *incluir o outro* -, tendo em vista que o reconhecimento dignifica o homem e o grupo étnico-cultural a que pertence. A nossa identidade só se realiza para o mundo exterior quando é aceita pelos outros e pelos nossos grupos de pertença.

Devemos, por meio da consciência da nossa própria incompletude – cultural e normativa – procurar aceitar e compreender práticas culturais que até então nos eram completamente estranhas. Devemos nos livrar das amarras e dos pré-conceitos que fazem com que a tradição seja a ilusão da permanência⁴⁸⁹. E iludidos somos todos, mas não deveríamos. As culturas, as tradições e os costumes não são, conforme demonstrado neste estudo, estruturas sólidas e imutáveis. Modificam-se, se transformam, evoluem e se adequam. Como disse Eli Ticuna, toda cultura é dinâmica e está sujeita a constantes

⁴⁸⁷ COUTO, Mia. *Murar o Medo*. Conferência de Estoril, Portugal, 2011.

⁴⁸⁸ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 96-97.

⁴⁸⁹ “A tradição é a ilusão da permanência”. Frase do filme *Deconstructing Harry*, de 1997, dirigido por Woody Allen.

mudanças como resposta às situações do presente, e somos nós, sujeitos, os arquitetos e responsáveis pela sua construção/transformação⁴⁹⁰.

Atualmente, a verdadeira concretização de um Estado Democrático de Direito implica, destarte, na efetivação de um sistema de direitos que não seja cego frente às desigualdades sociais e às diferenças culturais. Sem dúvida, como vimos ao longo desta pesquisa, haverá tensões e dificuldades pelo caminho, especialmente quando estejam em causa delitos culturalmente motivados, mas é preciso que se criem políticas públicas aptas a resolver essas questões, sendo a justiça restaurativa uma opção viável e extremamente positiva.

Conforme depreendemos dos casos aqui expostos e da sua análise dentro da esfera penal tradicional, as *cultural offenses* são condutas, que, embora típicas e ilícitas são, na maioria das vezes, acobertadas por uma causa de exclusão da culpa ou atenuação da pena, o que torna difícil – ou até mesmo impossível – a intervenção do direito penal.

Não podemos deixar de reconhecer, no entanto, que essas condutas (em especial as trazidas neste ensaio) ofendem a bens jurídico-penais fundamentais, como a vida, a integridade física e a liberdade sexual, sendo que uma total abstenção do Estado frente a estes delitos acabaria por trazer uma insegurança à ordem jurídica e aos cidadãos como um todo.

Procuramos asseverar assim (e esperamos tê-lo conseguido) que é preciso acolher o outro – respeitando seus valores, costumes e princípios, mas, ao mesmo tempo, é preciso também preservar as estruturas normativas do Estado receptor, que ditam as bases da convivência e da coesão social. Este é um desafio global das sociedades modernas e, mais ainda, das ciências criminais.

A hipótese frequente de exclusão da culpa, aliada a uma perda de função ressocializadora da pena, explica os défices de adequação e de eficácia do sistema retributivo como instrumento de combate aos crimes culturalmente motivados. Por isso, o direito penal pode – e deve - ceder o passo a outras medidas de política social que, através do incremento do diálogo com as comunidades que perpetuam tais práticas e da procura por vias alternativas, desenvolvam a consciência do desvalor qualificado destas condutas e produzam a integração numa cultura cívica de respeito pelos direitos e valores fundamentais.

⁴⁹⁰ Afirmações de Eli Ticuna, um dos maiores líderes indígenas do Brasil, trazidas no capítulo dois deste estudo, nomeadamente no que se refere ao infanticídio ritual indígena no Brasil (ver tópico 2.3).

Essa afirmação não conduz a uma maior intervenção penal no futuro. Conduz antes a um círculo virtuoso: ao mesmo tempo que se desenvolvem, por aquela via, os fundamentos de culpa de que depende a punibilidade, vão desaparecendo as motivações culturais que impelem às *cultural offenses*.

A justiça restaurativa não pretende, como já dito, abolir o sistema penal tradicional, nem as penas, mas pugna pela diminuição dos seus efeitos. Com uma abordagem muito mais ampla e comunitária, a justiça restaurativa nos permite uma maior compreensão acerca do delito cometido, com respostas diversas que comportam distintas formas de solução dos danos causados pela ofensa e sua efetiva reparação.

Precisamos reconhecer os benefícios que essa via – mais humanitária e integradora – pode trazer para uma vida em sociedade mais positiva. Todos nós erramos, e o Estado, frente a estes erros, pode valer-se de mecanismos mais eficientes e equilibrados que possibilitem a conscientização da ofensa por parte do agente cultural e garantam, à vítima e à comunidade, a real reparação dos danos sofridos.

Quanto menos entendemos, mais julgamos. Compete-nos, por isso, como autores da nossa própria história, desarmadilhar o mundo, tornando-o um lugar mais solidário e menos punitivo. Todos queremos um mundo novo, que tenha um pouco de cada e muito de todos. Talvez seja essa a utopia que, segundo Galeano⁴⁹¹, nos impulsiona a caminhar.

⁴⁹¹ “Utopía... ella está en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. Para que sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar”. GALEANO, Eduardo. *Las palabras andantes*. 5 ed. Buenos Aires: Catálogos S.R.L., 2001. p. 230.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADINOLFI, Valéria Trigueiro. *Enfrentando o infanticídio: bioética, direitos humanos e qualidade de vida das crianças indígenas*. 2011. Mãos Dadas. Disponível em: <<http://www.maosdadas.org/arquivos>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa*, Editora Quartier Latin, São Paulo. 2009.

ALVES, Fernando de Brito. VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater. Direito à cultura e o direito à vida: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, jun. 2010, v. XIX. P. 4962-4973. p. 04. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3822.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

AMBOS, Kai. A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias. Trad. Pedro Caeiro e Susana Aires de Sousa. *Panóptica*, v. 3, n. 18, mar-jun. (2010). p. 176-207. Coimbra, 2010.

AMORIM, Ana Maria Martins. Multiculturalismo e etnicidade: os quilombolas e a construção da cidadania no Brasil contemporâneo. *Universitas Humanas*. Brasília, v. 8, n. 1, p. 83-106, jan/jun., 2011.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

BARRETO, Maíra. “*Pasado y presente de los derechos humanos*”. Universidad de Salamanca, 2004/2005.

BASILE, Fabio. *Diritto penale e multiculturalismo: il Diritto Penale nelle società multiculturali*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

_____. Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell’ordinamento statunitense. Milano: Stato, Chiese e pluralismo confessionale. *Rivista Telemática*. 2009. p. 01-88. Disponível em: <http://www.statoechiese.it/images/stories/2009.7/basile_culturadefense2.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati. *Política Criminal*. Santiago, Chile, v. 6, n. 12. 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Jorge Zahar Editora Rio de Janeiro, 1999.

BERGER, Douglas; TAKAHASHI, Yoshimoto. *Cultural dynamics and the unconscious in suicide in Japan*. p. 248-258. Disponível em:

<https://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Cultural_Dynamic_and_the_Unconscious_in_Suicide_in_Japan.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BERRO, Maria Priscila Soares; BORIN, Roseli. Infanticídio indígena brasileiro e a colisão de direitos: o direito à diversidade das comunidades e direito à vida. *Anais do V Encontro Internacional do CONPEDI*. Montevideu, 2016. p. 100-116. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/360qtmi1/M6v630SEUen25vw8.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BOYACK, Jim; BOWEN, Helen; MARSHALL, Chris. Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática? Uma Abordagem Baseada Em Valores. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. p. 267-294.

BRAITHWAITE, John. Restorative Justice and Responsive Regulation. *Oxford University Press*, 2002.

_____. *Restorative Justice. The Handbook of Crime and Punishment*. Ed. Michel Tonry, Nova Iorque/Oxford: Oxford University Press: 1998.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Projeto de Lei 119/2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122998?o=t>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 08 mar. 2017.

CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: um desafio para el derecho penal moderno. *Política Criminal*. Santiago, Chile, n. 3, p. 1-28, 2007.

CARREIRA, Antônio. As primeiras referências escritas à excisão clitoridiana no ocidente africano, in *Boletim Cultural de Guiné Portuguesa – BCGP*, nº: 70, 1963.

_____. *O infanticídio ritual em África*. Separata dos nº 101/102 do ano XXVI do Boletim Cultural da Guiné Portuguesa, nº101. Bissau, 1971.

CARVALHO, Américo Taipa de. Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal. *Revista Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XVI – Tomo I, Editora Universidade Católica, Lisboa, 2002.

CESAREO, Vincenzo. *Società multiethniche e multiculturalismi*. Vita e Pensiero, 2002.

CHRISTIE, Nils. Conversa com um Abolicionista Minimalista. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 6, nº 21, janeiro-março, 1998.

COSTA, José de Faria. A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude). In: *Stdvdia Ivridica – 73, Colloquia – 12, Globalização e Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CULTURAL SURVIVAL. *Indians in Brazil*. Cambridge, Massachusetts: Cultural Survival, Special Report N° 1, 1979.

DALY, Kathleen, Restorative justice: the real story. *Punishment and Society*, 2002, vol. 4, n. °1.

DE MAGLIE, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DIAS, Augusto Silva. "*Delicta in se e Delicta mera prohibita, uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*". Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais*. In: *Emoções e Crime, filosofia, ciência, arte e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana*. RPCC. 2006.

_____. O Multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências: in *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. *Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau*. Versão alargada da conferência proferida no Instituto Max-Planck de Freiburg i. Br., abr. 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Liberdade-Culpa-Direito Penal*, 1978, 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *O problema da consciência aa ilicitude em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

_____. *Temas básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FARIA, Maria Paula Ribeiro de. O costume e o direito penal no século XXI. In *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. *A adequação social da conduta no Direito Penal*. Porto: Universidade Católica, 2005.

FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *El extranjero frente al Derecho penal*. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad. Barcelona: Bosch Penal, (n 54), 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

FURQUIM, Saulo Ramos. *A Criminologia Cultural e a Criminalização das Culturas Periféricas*. Discursos sobre crime, multiculturalismo, cultura e tédio. Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra/2014.

GALEANO, Eduardo. *Las palabras andantes*. 5 ed. Buenos Aires: Catálogos S.R.L, 2001.

GANDHI, Mahatma. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. *Informe sobre desarrollo humano 2004: La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 2004.

GOBIERNO DE ESPAÑA. *La mutilación genital femenina en España*. Disponível em: <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/va/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/pdf/MGF_definitivo.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2017.

GOEL, Rashmi. Can I call Kimura crazy? Ethical tensions in the cultural defense. *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 3 (2004) nº 1, Article 42, p. 443-464.

GONÇALVES, Conrado Cabral Ferraz. *A justiça restaurativa e o sistema jurídico socioeducativo brasileiro*. Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra/2015.

GONZÁLEZ, Carlos Vázquez. *Inmigración, diversidad y conflicto cultural*. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina). Madrid: Dykinson, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*. Estudios de teoría política. Barcelona: Paidós, 1999.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HOFFÉ, Otfried. *Derecho Intercultural*, Colección, Estudios Alemanes. Traducción Rafael Sevilla. Editora Gedisa, Barcelona, 2000.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal (Parte General)*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2010.

JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W. The meaning of restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007.

JOSHUA DRESSLER, Understanding Criminal Law, 3ª ed., ed. LexisNexis, 2001, §16.01; DOUGLAS HUSAK, On the supposed priority of justification to excuse. In *Law and Philosophy*, vol.24 (2005), nº6.

KAPLAN, A; TÓRAN, P; BERMUDEZ, K. Las mutilaciones genitales femeninas en España: posibilidades de prevención desde los ámbitos de la atención primaria de salud, la educación y los servicios sociales. *Migraciones 19*(2006).

KAPLAN, Adriana; BEDOYA, Maria Helena. *Mutilación genital femenina: prevención y atención. Guía para profesionales*. Associació Catalana de Llevadoras. Barcelona, 2009. Disponível em: <http://carei.es/wp-content/uploads/guia_mutilacion_genital.gu%C3%ADa-profesionales.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2017.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, nov/dez 2004.

LARSEN, Jacqueline Joudo. Restorative justice in the Australian criminal justice system. *AIC Reports Research and Public Policy Series*. Disponível em: <http://www.aic.gov.au/media_library/publications/rpp/rpp127.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2017.

LEAL, César Barros. *Justiça Restaurativa: amanhecer de uma era*. Aplicação em prisões e centros de internação de adolescentes infratores. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

LEE, Cynthia. Cultural Convergence: Interest Convergence Theory Meets the Cultural Defense? *George Washington Law Faculty Publications & Other Works*. 49 Ariz. L. Rev. 911, p. 910-959, 2007.

LEFEUVRE-DÉOTTE, Marine. *L'excision en procès: un différend culturel?* Paris: L'Harmattan, 1997. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/9782296337572_extrait%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/9782296337572_extrait%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Da coexistência à convivência com o outro: entre o multiculturalismo e a interculturalidade. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*. Brasília, Ano XX, Nº 38, p. 67-81, jan./jun. 2012.

_____. O Direito de Saída no Contexto do Multiculturalismo. *Seqüência*. Florianópolis, n. 71, p. 155-176, dez. 2015.

MARSHALL, Tony F. The evolution of restorative justice in Britain. *European Journal on Criminal Policy and Research*. (4): 21-43, 1996.

MAXWELL, Gabrielle. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. p. 279-293.

MAYBURY-LEWIS, David. Vivendo Leviatã: Grupos étnicos e o Estado. In: OLIVEIRA, Roberto Cardoso (org). *Anuário Antropológico 83*. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro; Fortaleza: Edições UFC, 1985.

MONTE, Mário Ferreira. "Um olhar sobre o futuro do direito processual penal - razões para uma reflexão". *Que Futuro para o Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa. In: *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. p. 440 e ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção dos Direitos da Criança*, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Micro-Justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. p. 187-210.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *A Justiça Restaurativa da teoria à prática*. 1ª Edição, IBCCRIM, São Paulo, 2009.

PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*, ed. Almedina, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Volume I – Parte Geral, 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINEZI, Ana Keila Mosca. Infanticídio indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão. *Revista Aurora, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, nº 08, 2008.

PORTUGAL. *Código Penal de 1982 Versão Consolidada Posterior a 1995* (versão do Decreto Lei n.º 48/95 actualizada até à Lei n.º 110/2015, de 26 de agosto), 2015.

RAMÍREZ, Sérgio Garcia. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. *Revista de ciencias penales Iter Criminis*. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 230, abr./jun. 2005.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RENTEL, Alison Dundes. *The cultural defense*. ed. Oxford Univ. Press, 2004.

_____. The Use and Abuse of the Cultural Defense. *Canadian Journal of Law and Society*, Volume 20, Number 1, 2005. p. 47-67.

_____. The Cultural Defense: Challenging The Monocultural Paradigm. In FOGLETS/RENTELN (eds.), *Multicultural jurisprudence*. ed. Hart Publishing, 2009.

ROBALO, Teresa L. Albuquerque e Sousa. Dois modelos de Justiça Restaurativa: a mediação penal (adultos) e os ‘*family group conferences*’ (menores e jovens adultos). Em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). Coimbra: Coimbra Editora, ano 22, número 1, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Luzon Peña, Miguel Conlledo y Javier Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*. Rio de Janeiro, vol. 23, nº 1, janeiro/junho 2001. p. 7-34.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Ariscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. Um crime, dois conflitos (e a questão revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, ano 17, n. 3, jul./set., 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SANTOS, Marcelo. Bebês indígenas marcados para morrer. *Revista Problemas Brasileiros*. SESC-SP, maio-junho/2007.

SARAMAGO, José. *O homem duplicado*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

SARMENTO, José Augusto Nogueira. *Breves reflexões sobre a cultural defense*. Universidade de Lisboa, 2013.

SELLIN, Thorsten Sellin. *Culture conflict and crime*. New York: Social Science Research Council. 1938.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal. *Revista de Derecho penal y Criminología*. nº 9, 2002.

SONG, Sarah. *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

SUZUKI, Márcia (org). *Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil*, 2008.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

TIMÓTEO, Sebastião Manuel. SAWABONA SHIKOBA - “eu sou bom”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*. Ano 2 (2016), nº 1, 1563-1592. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_1563_1592.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

TORRÃO, Fernando. Direito Penal, globalização e pós-modernidade (desconstrução do paradigma liberal?). In: *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 62.

TURLEY, Jonathan. The cultural defense. *George Washington University Law School*, p 01-62. Disponível em: <http://www.gud.uscourts.gov/sites/default/files/documents/cultural_defense_turley.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

UNICEF. *Female Genital Mutilation/Cutting: A Global Concern (La mutilación genital femenina: una preocupación mundial)*. 03 fev. 2016. Disponível em: <https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2016/04/FGMC-2016-brochure_250.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

VAN BROECK, Jeroen. Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Vol. 9/1, 2001.

VITA, Álvaro. *O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

WU, Michele Wen Chen. "Culture is no Defense for Infanticide." *American University Journal of Gender Social Policy and Law*. Vol. 11, no. 2 (2003): 975-1021.

YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução: Renato Aguiar. Revan: Rio de Janeiro, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. III*. Madrid: Ediar, 1981.

ZARUR, George de Cerqueira Leite. A menina árabe e os nossos poetas: ensaio sobre o multiculturalismo e o Brasil. *Revista Logos*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 43-51, 2000.

ZEHR, Horward. *Justiça Restaurativa*. Trad. Tônia Van Acker. São Paul: Palas Athena, 2012.

_____. *Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZUCCALÀ, Emanuela. *La lucha de las mujeres contra la mutilación genital femenina*. UNICUT. Programa de Becas para la Innovación en la Información sobre el Desarrollo del Centro Europeo de Periodismo (EJC). Disponível em: <<http://elpais.com/especiales/2016/planeta-futuro/mutilacion-genital-femenina/>>. Acesso em: 02 abr. 2017.