

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

DIREITO PENAL NUM CONTEXTO MULTICULTURAL
— O CASO GUINEENSE

Rui Sanhá

Orientador: Prof. Doutor Augusto Silva Dias

Orientador Substituto: Prof. Doutor Paulo Manuel Mello de Sousa
Mendes

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor
em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

DIREITO PENAL NUM CONTEXTO MULTICULTURAL — O CASO GUINEENSE

Rui Sanhá

Orientador: Prof. Doutor Augusto Silva Dias

Orientador Substituto: Prof. Doutor Paulo Manuel Mello de Sousa Mendes

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade
de Ciências Jurídico-Criminais

Júri:

Presidente:

- Doutor António Pedro Pereira Nina Barbas Homem, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Vogais:

- Doutor Mário João Ferreira Monte, Professor Catedrático Escola de Direito da Faculdade da Universidade do Minho, arguente;
- Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Professor Associado Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa;
- Doutor Paulo Manuel Mello de Sousa Mendes, Professor Catedrático Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, orientador;
- Doutor António Jorge Pina dos Reis Novais, Professor Associado Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Doutora Inês Silva Ferreira Leite, Professora Auxiliar Universidade de Lisboa, arguente;
- Doutor Filipe Soares Pereira, Professor Auxiliar Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Apoio: IPAD, no âmbito de Cooperação entre a Faculdade de Direito de Bissau e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

*Mistida ta puu ka sibi si sol kinti, o si kaminho lundju!*¹

¹ Provérbio crioulo que significa, literalmente, que quando se tem assunto, não se sabe se o sol é ardente ou calor de sol ou o caminho é distante. Significando que quando se tem um assunto importante para a vida, todo o suor ou sacrifício não terão preço: todo o sacrifício será consentido sem qualquer dor ou cansaço.

Dedicatória e agradecimentos

Ao Professor Doutor Augusto Silva Dias (*in memoriam*), cujo desaparecimento físico prematuro foi uma perda inestimável, por quem nutria simpatia desde os tempos da assessoria da Cadeira do Direito Penal na Faculdade de Direito de Bissau – FDB [sendo ele o meu regente], tendo, desde aquela altura, sempre alimentado em mim a chama de uma vocação académica, eterna gratidão.

Ao Professor Doutor Paulo Manuel Mello de Sousa Mendes, sem cuja contribuição na fase anterior ao Mestrado esta obra não viria a ver à luz do dia, agradeço a disponibilidade e a colaboração, na FDB, enquanto Assessor Científico da mesma Faculdade e, já em Lisboa, não só em contactos com os serviços da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que foram sempre profícuos, tendo contribuído para a boa conclusão do processo da entrega dos trabalhos desta, agora Tese, em tempo útil, como também se disponibilizou para assumir a orientação dos mesmos trabalhos, em substituição, por ocasião do desaparecimento físico do Professor Augusto Silva Dias, o meu profundo reconhecimento e gratidão.

À Professora Doutora Teresa Pizarro Beleza, minha professora de Direito Penal na parte escolar do mestrado e minha orientadora da fase inicial do percurso académico, qual seja a da elaboração da dissertação do mestrado, cuja perspicácia e espírito de humanismo puro e disponibilidade inspirava quem fosse iniciante, como eu, na altura, nos labirintos da investigação, expresso eterna recordação de admiração.

À Professora Doutora Maria Fernanda Palma, quem, durante a fase de mestrado, prestou-me apoios sobre alguns aspetos de investigação não só dos temas do processo penal, de que foi minha professora, como também do Direito Penal, os meus agradecimentos.

Ao Professor Doutor Jorge Miranda — meu professor da cadeira de Direito Constitucional na parte escolar de mestrado e também do curso avançado conducente ao doutoramento —, pela amizade especial manifestada ao longo da fase académica de mestrado (sobretudo), uma palavra de apreço.

Ao Professor Doutor Sérvulo Correia, quem, ao longo da parte académica do curso do Doutoramento, sempre se mostrou solícito, inclusivamente prestando, quando necessário, aos alunos alguns materiais do seu acervo bibliográfico, de difícil acesso, para consulta no seu consultório de advocacia, durante os trabalhos de investigação, também uma palavra de apreço especial.

À FDB e à Cooperação Portuguesa, nomeadamente ao IPAD, sem cujo apoio esta obra não teria sido uma realidade.

Uma recordação especial à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL, onde a obra se incubou e viu à luz; palavras dirigidas às mais variadas categorias de funcionários com quem sempre me cruzei nos corredores da Faculdade e labirintos da biblioteca da Faculdade e sempre foram afáveis e disponíveis em me proporcionar os apoios que fossem necessários. E à Divisão dos Assuntos Académicos, em especial à Dr.^a Sandra Rodrigues — na «pasta» da pós-graduação — e que sempre foi disponível para os estudantes de Doutoramento, no processo administrativo de onde o atendimento é sempre uma «dor de cabeça». As minhas eternas recordações de profícua colaboração e gratidão do bom serviço

extensivas a todo pessoal da Divisão e, em particular, ao Diretor da Divisão, Dr. Bertolino Campaniço.

À Dr.^a Maria José Abreu, que na fase inicial (relatórios da parte escolar do mestrado) sempre nos brindou com os apoios necessários em matéria do atendimento e das orientações relacionadas com os trabalhos dos relatórios das cadeiras escolares, o agradecimento.

A Dr.^a Maria Mendes Sanhá, que soube suportar os anos do tirocínio com paciência e compreensão das noites a fio nos trabalhos de investigação. E aos nossos Eliane Bibiana Mendes Sanhá (N`Name) e Hélio Jorge Mendes Sanhá (*Kâmnate*), que nasceram durante o longo e sinuoso percurso da vida de labor académico, e constituem, para mim e para a família «graças e bênção» no caminho.

A Peque Sanhá e Bibiana N`Can [*in memoriam*], pela profecia, e pela ternura respetivamente, proteção e acompanhamento.

Abreviaturas e acrónimos

Ac; Acs. — Acórdão, Acórdãos
ANP — Assembleia Nacional Popular
Apud — através de: na citação de; citado por; citação indireta
Ar — Assembleia da República (Portugal)
Art.; art.º/arts. ou art.ºs — artigo/artigos
BO — Boletim Oficial (Guiné-Bissau)
CC— Código Civil
CC/p — Código Penal Português
CDC— Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas
Cedaw — Committee on the Elimination of Discrimination against Women
CP — Código Penal
Cpit ; cpi — código penal italiano
CRFB— Constituição da República Federativa do Brasil
CRGB — Constituição da República da Guiné-Bissau
DR — Diário da República (portugal)
E.G. — exemplo gracia; exemplo (por exemplo)
ESIL —European Society of International Law União Europeia
EU; — European Union; União Europeia
EUA — estados unidos da américa

FDB— Faculdade de Direito de Bissau
FDL — faculdade de direito de lisboa
FDUL — faculdade de direito da universidade de lisboa
Fortes — [programa de] Fortalecimento do Estado de
Direito e Segurança
Ibid./ibidem—ali citado; citado imediatamente antes;
no mesmo local
ICTY — International Criminal Tribunal for the former
Yugoslavia [Tribunal Penal Internacional para a Ex-
Jugoslávia]
INEP — Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas
(Guiné-Bissau)
Loc. Cit. — no local citado
MGF — mutilação genital feminina
Mgf — mutilação genital feminina
Nº ou núm./n.ºs — número/números
Ob., Cit., op cit — obra citada
ONU — Organização das Nações Unidas
P. Ou pág./pp ou págs. —página/páginas
PAOSED — Programa de Apoio aos Órgãos de
Soberania e Estado de Direito
PIDCP — Pacto Internacional dos Direitos Civis e
Políticos
PNUD — Programa das Nações Unidas para o
Desenvolvimento
RIDPP ou RITALDPP — rivista italiana di diritto e
procedura penale riv.riv. it. dir. proc.pen.
RPCC — Eevista Portuguesa de Ciência Criminal
Ss ou s, ou seg. — seguintes ou seguinte
TC — Tribunal Constitucional
TIP — tribunal penal internacional

UA — União Africana

V.g. —verbi gracia; exemplo (por exemplo)

Resumo

A essência do mundo é o diálogo intercultural com vista à preservação da dignidade da pessoa e à liberdade enquanto instrumentos para a realização dessa dignidade humana. Alguém já disse que sem liberdade não há direitos que resistam. O Direito (no caso particular, o Direito Penal), enquanto produto de cultura, pressupõe, exatamente, um diálogo intercultural com vista à salvaguarda desse património comum da Humanidade.

Mas nesse diálogo intercultural há sempre conflito resultante da diversidade dos pontos de vista quanto às fórmulas da condução dos processos de sobrevivência e do respeito dos valores fundamentais da dignidade da pessoa humana.

As culturas singularmente consideradas são sempre incompletas. O diálogo entre as culturas é a procura constante da completude. Os conflitos emergentes no processo são sempre resolvidos através dos princípios já construídos (criados) pelo ser humano: os princípios jurídicos.

Apaixonei-me em relação à matéria do multiculturalismo por entender ser um desafio, novo tema de investigação, procurando, cada vez mais, melhorar a maneira de ver a realidade do mundo, do ponto de vista jurídico; não encarando o Direito como fator que apenas influencia o desenvolvimento impondo as normas jurídicas, mas também sendo influenciado, de forma positiva, para promover um desenvolvimento saudável e integrador.

É neste ponto de vista que entendemos que as posições assumidas por alguns países em relação aos dois sistemas penais de

integração (o assimilacionista e o multiculturalista) devem merecer maior ponderação para se escolher qual dos dois é compatível com uma sociedade multicultural típica africana, como é o caso guineense.

Assim, através da criação de uma lei que incrimina a mutilação genital feminina tal como desenhado no art.º 2.º da Lei n.º 14.º/2011, o legislador guineense veio reforçar mais o sentido assimilacionista do sistema, o qual, à partida, se pretendia mais maleável ou, parafraseando a expressão de BASILE², em equilíbrio entre um e outro dos dois sistemas (assimilacionista e multiculturalista), ainda assim inclinando-se para o multiculturalista (ainda que fraco), para o tornar em autêntico sistema assimilacionista discriminatório positivo. Uma vez que, ao contrário do Código Penal de 1993, que admitia, no seu art.º 117.º, a não punibilidade da excisão, salvo em caso de violação de *legis artis*, a lei acabada de referir não admite qualquer possibilidade de se respeitar o princípio do dano.

Neste caso, mesmo que a vontade do indivíduo seja verdadeiramente livre, consciente e esclarecida, não lhe é admitida qualquer possibilidade de decidir em conformidade com essa sua liberdade e consciência. Mesmo se tratando de casos de excisão leve³ (aquela que não revela maior violação do direito fundamental do indivíduo, como acontece com a mera modificação da figura, que não só não transforme a pessoa em uma espécie monstro, nem muito menos altere a função a que o órgão se destina), porque a própria expressão legal não deixa qualquer margem interpretativa no sentido

² FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati* cit. p. 34 e ss;

³ e não a escarnificação que constitui a forma mais intensiva e grave da excisão, cuja admissão pode levantar problema do ponto de vista da ofensa à dignidade humana de forma mais grave em relação à qual certas manifestações culturais podem ceder quando em confrontação com os direitos fundamentais de maior expressão [aqueles que tocam de forma mais gravosa com a dignidade da pessoa humana].

de oscilação. Esta posição parece não dever ser defendida numa sociedade multicultural típica africana, uma sociedade que se queira com diversas etnias e um enriquecedor mosaico cultural, como é o caso guineense.

O respeito à nossa diversidade, é o respeito à nossa própria cultura, a cultura de cada componente social, de cada grupo e indivíduos que, com as suas particularidades, constitui a riqueza desse mosaico étnico. Coaduna isso, perfeitamente, com a tese defendida na altura da luta da libertação nacional — tese cabralista — de destruição da cultura negativa do colonialismo e a aceitação dos valores positivos da nossa cultura [da cultura de cada um e de cada grupo que constitui a nossa sociedade] e, ao mesmo tempo, a aceitação dos aspetos positivos da cultura que o colonialismo trouxe, máxime português-língua. Uma vez que, no ensinamento de Cabral a luta de libertação não visou a destruição..., nem de qualquer cultura de qualquer povo, mas sim aquilo que sujeita o povo ao obscurantismo. E aspetos que fazem o nosso povo viver e sentir-se melhor nas suas manifestações culturais, sem impedir o seu desenvolvimento, não há que se impor princípios estranhos que em nada abonam ao bem-estar, mas escraviza o próprio homem que, segundo a natureza, deve ser livre e bem realizado. Ao Estado cabe promover valores de desenvolvimento e não de subjugação ou desprezo para com os valores culturais.

Sem querer defender tese relacionado com qualquer dos sistemas por vontade própria, desacompanhada de bases na doutrina penal sobre a matéria, porque, as resenhas feitas ao longo deste trabalho, e sobretudo sobre os sistemas penais, elucidam suficientemente sobre qual a opção que melhor cimenta a unidade e o respeito para com a diversidade cultural, sem chocar com qualquer que seja a cultura, porque não prejudica a quem quer que seja, cinto-me, aqui, à reflexão sobre os valores e sistemas penais: sobre o qual

se adequaria à uma sociedade multicultural como é o caso guineense uma vez que se apresenta com diversas características, ambas com aspetos positivos e negativos concomitantemente; como ficou visto na referência sobre os sistemas assimilacionista e multiculturalista. Acabo por sufragar a posição da maioria da doutrina que trata do tema do multiculturalismo, estando aberto às luzes da doutrina especializada e reflexão sobre o tema e os desenvolvimentos que poderão advir, futuramente (e os desenvolvimentos doutrinários, estão para continuar), sobre o mesmo tema e sobre as quais ainda não tive oportunidade de refletir, continuando o eterno cotejo.

É de realçar que a visão negativista do outro tipo de ideia de um direito construído, não à imagem do mundo, ou direito globalizado, (ou quase que globalizado) está presente durante séculos⁴, e tenta persistir na atualidade. Mas as atitudes dos intelectuais africanos e dos africanistas em geral têm propendido a dissipar as nuvens de um certo preconceito para com os valores que a sociedade africana cultiva. No âmbito de Direito, tais situações de um desenvolvimento de ideias do respeito para com o mundo que se nos apresenta diferente, deve ter guarida não só nos códigos e leis dos países africanos como na doutrina jurídica com sustentáculos (alimentada) em África sem se perder de vista, que o Direito é uma ciência e que, como tal, dispõe de princípios próprios e universais os quais devem ser considerados válidos em todos os espaços humanos.

Deus ilumine os seres humanos na busca incessante dos caminhos de perfeição e harmonia em relação aos valores

⁴ Basta recordar as atitudes de temor que a religião oficial católica e as autoridades metropolitanas que a adotavam para melhor conseguirem «domar» os dominados africanos patenteava desde a idade média até às independências dos países africanas [últimas colónias africanas na década de 70 do século XX (traduzida nas práticas de restrições às religiões não católicas, mormente à maometana [vide a descrição elucidativa deixada por A. JORGE DIAS (O mundo sobrenatural, p. 43)].

compatíveis entre o Direito e a cultura, em prol de bem-estar
comum...

Summary

The essence of the world is intercultural dialogue aimed at preserving the dignity of the person and freedom as an instrument for the realization of that human dignity. Someone has already said that without freedom, there are no rights that resist. Law (in the particular case of criminal law) as a product of culture presupposes, precisely, an intercultural dialogue with a view to safeguarding this common heritage of humanity.

But in this intercultural dialogue there is always conflict resulting from the diversity of points of view as to the formulas for conducting the processes of survival and respect for the fundamental values of the dignity of the human person.

Cultures that are singularly considered are always incomplete. The dialogue between cultures is the constant search for completeness. The emerging conflicts in the process are always resolved through the principles already built (created) by man: the legal principles.

I fell in love with the subject of multiculturalism because I understood it to be a challenge, a new research topic, trying to improve the way and see the reality of the world, from a legal point of view; not considering the law as a factor that only influences the development imposing the legal norms; but also, being positively influenced to promote healthy and inclusive development.

It is in this view that the positions taken by some countries in relation to the two penal systems of integration (the assimilationist and the multiculturalist) should merit greater consideration in

choosing which of the two is compatible as an African-type multicultural society, such as is the Guinean case. Thus, the creation of a law that incriminates female genital mutilation as designed in article 2 of law no. 14/2011, the Guinean legislator reinforced more in the assimilationist sense the system that, whether it was intended to be more malleable or, to paraphrase Basile's expression, in balance between the two systems (assimilationist and multiculturalist), balancing itself for the multiculturalist (albeit weak), to make it into an authentic discriminatory assimilationist system. Since, in contrast to the criminal code of 1993, which admitted, in its article 117, the non-punishability of excision, except in case of violation of legis artis, the aforementioned law does not admit any possibility of respecting the principle of harm. In this case, even if the freedom of the individual is truly free and aware and enlightened, no possibility of deciding in accordance with that freedom and conscience is allowed. Even if it is a case of mild excision [that which does not reveal a greater violation of the fundamental right of the individual, such as a mere modification of the figure, which not only changes the person into a monster type, much less alters the function to which the organ is intended], because the legal expression itself does not leave any interpretive margin in the sense of oscillation. This position does not seem to be defended in a typical African multicultural society, a society that wants a society with diverse ethnicities and enriching cultural mosaic, as is the Guinean case. Respect for our diversity is respect for our own culture, for the culture of each social component, for each group and individuals, which, with its particularities, constitutes the richness of this ethnic mosaic. It is perfectly in line with the thesis defended at the time of the national liberation struggle — the Cabral's thesis — of destroying the negative culture of colonialism and accepting the positive values of our culture [of the culture of each and each group that constitutes our society] and, at the same time, the acceptance of the positive aspects of the culture

that colonialism brought, especially Portuguese-language since, in Cabral's teaching, the struggle for liberation did not aim at destruction nor of any culture of any people, but rather that which subjects the people to obscurantism. And aspects that make our people live and feel better in their cultural manifestations, without impeding their development, there is no need to impose strange principles that do not pay anything for welfare, but it enslaves the man who, according to nature, should be free and well performed. It is the state's duty to promote values of development, not subjugation or contempt for cultural values.

Without wanting to defend a thesis related to any of the systems voluntarily, unaccompanied by the criminal doctrine on the subject, because the reviews made throughout this work, and especially on the penal systems, elucidate sufficiently on which option unity and respect for cultural diversity, without harming any culture, because it does not harm anyone, I focus here on reflection on values and penal systems: on which i would multicultural society such as the Guinean; since it presents with several characteristics, both with positive and negative aspects concomitantly. As was seen in the reference on assimilationist and multiculturalist systems. I shall end up defending the position of most of the doctrine that deals with the subject of multiculturalism, being open to the lights of specialized doctrine and reflection on the theme and developments that may arise in the future (and the doctrinal developments, are to continue), the same theme and about which I have not had the opportunity to reflect, continuing the eternal comparison.

It is noteworthy that the negativist view of the other type of the idea of a constructed right, not the image of the world, or globalized (or almost globalized) law has been present for centuries, and tries to persist in the present. But the attitudes of African intellectuals and Africanists in general have tended to dispel the

clouds of a certain prejudice towards the values that African society cultivates. In the field of law, such situations of a development of ideas of respect for the world that presents itself to us differently, should be safe not only in the codes and laws of the African countries as in the legal doctrine with sustenance (fed) in Africa without being lost but rather that law is a science and that as such it has its own universal principles which must be considered valid in all human spaces.

This is one of the themes that will be highlighted, in passing, in the approach.

God enlighten men in the incessant search for the paths of perfection and harmony in relation to the compatible values between Law and culture, for the common good.

Palavras-chave

Crime, cultura, crime culturalmente motivado, liberdade de decisão, direito penal.

Key words

Crime, culture, culturally motivated crime, freedom of decision, criminal law.

Considerações iniciais e delimitação do tema

Neste trabalho (nesta abordagem do tema), teremos em conta que os crimes culturalmente motivados ou crimes cometidos com base na cultura do grupo a que pertence o autor, são-no em função de confronto com a cultura dominante, em confronto com valores entre a cultura que o autor traz consigo do grupo de referência, o seu grupo cultural, e a cultura dominante. Por isso, depois de definição operativa do Crime, partindo da definição do Direito Penal.

Por isso, depois da definição operativa do crime, partindo da definição do Direito Penal, no primeiro capítulo (capítulo I) vamos apresentar o tema “crimes culturalmente motivados” e lançar pergunta sobre o ponto fundamental sobre o qual o tema terá em vista esclarecer; e apresentar, preliminarmente, os casos que merecerão abordagem exemplificativa.

E, igualmente, faremos alusão aos comportamentos que não entrarão na abordagem, como, por exemplo, do terrorismo e discriminação baseada no gênero,

No segundo ponto, ou segundo capítulo, vamos procurar, ao, delinear cultura para efeito do direito penal — para o efeito do tema crimes culturalmente motivados —, definir a cultura para esse efeito com uma pequena digressão sobre as concepções sobre a mesma definição, como é entendida pela doutrina (o ponto de vista de alguns autores recorrentemente citados sobre o assunto).

No terceiro capítulo (ponto III), vamos procurar, fazendo relance sobre as concepções apresentadas por alguns autores, tratar dos conflitos culturais, porquanto os crimes culturalmente motivados ressaltam da situação de conflitos sociais sendo estes conflitos intrinsecamente ligados à matéria desses crimes, uma vez que os

mesmos conflitos resultam da questão de conflito entre a identidade e alteridade; entre o grupo dominante e o dominado e, às vezes, entre a necessidade de afirmação perante uma integração que nem sempre se revela fácil e traz consigo sacrifício de valores culturais.

No âmbito de envolvimento íntimo entre a cultura e a matéria de crimes culturais ou culturalmente motivados, vamos, no quarto ponto IV (ou capítulo IV), definir sociedade Multiétnica e sociedade Multicultural.

Depois de tipos de sociedades passíveis de gerar conflitos culturais segundo a doutrina, no quinto ponto ou capítulo V, falaremos do crime (o que é) e, dos crimes culturalmente motivados, sua natureza, conceito, o problema de responsabilização criminal dos seus autores, consequências dessa responsabilização e as vias possíveis de solução, pondo, em cada ponto o nosso ponto de vista.

No Capítulo VI, faremos relance de enquadramento do que seja crime culturalmente motivado.

No capítulo VII, falaremos dos crimes culturalmente motivados e modelos penais, no âmbito comparativo geral fazendo a apresentação comparativa dos modelos penais, para, no capítulo VIII, falar dos mesmos em espécie.

No capítulo IX, falaremos da dogmática dos crimes culturalmente motivados e das suas consequências do ponto de vista político criminal.

No capítulo X, falaremos dos crimes culturalmente motivados no plano do princípio do dano para, depois, apresentar as conclusões, onde apresentaremos, de forma resumida, a nossa opinião, partindo dos pontos fundamentais abordados ao longo do trabalho. Finalmente virão a bibliografia e o índice.

Capítulo I

A apresentação do tema “Crimes Culturalmente Motivados”

Além de apresentação do tema da tese em si “Direito penal num contexto multicultural”, faz sentido aqui proceder, à guisa de proémio, à apresentação da matéria dos crimes culturalmente motivados sob cuja quadratura vai repousar a abordagem do tema inicial global do qual a matéria *sub judice* é, cristalinamente, «*pedra de toque*».

Relativamente a isso, coloca-se a questão que parece capital, qual seja a de esboçar o problema jurídico em desenlace. Ou seja, a questão fulcral a que, qual alicerce inabalável, subjaz a abordagem pretendida, do qual a argumentação não pode, em absoluto e em termos teleológicos, perder de vista.

Todos os temas em tratamento doutrinário, tem, como pano de fundo, um problema cuja solução necessite de se procurar, sobretudo no prisma de investigação.

Discorreremos supra sobre a necessidade de respeitar as tradições culturais dos povos africanos, necessitando, para tal, o afastamento da visão negativista das tradições em causa. Tal enfoque não significa, em absoluto, o afastamento da lógica de busca, em termos do raciocínio da visão que permita a compatibilização das mesmas com outros valores que, universalmente, merecem proteção no mais alto nível: aqueles valores que, postos na escala de valores, se apresentem numa posição mais privilegiada, quais sejam os direitos fundamentais que a ordem jurídica não pode colocar num outro patamar. Trata-se, nesta linha, de direito à vida, à integridade física e à liberdade.

Estando em causa tais direitos, o problema de concordância prática terá de ser colocado em tela para ser iluminado, pelas considerações da razoabilidade e universalidade. Esta questão da compatibilização dos direitos será visto com mais acuidade mais a frente.

A pergunta fundamental que se coloca, neste âmbito é a seguinte: **é possível observar o multiculturalismo no contexto de um Estado poliétnico do tipo guineense?**

Apesar de a questão jurídica posta aqui em apreço não dizer respeito (não ter relevância apenas no) ao quadro poliétnico. O assunto dos conflitos culturais e dos crimes culturalmente motivados, quer-nos parecer, porém, de grande relevância nas sociedades poliétnicas porquanto a complexidade da sua solução reside no quadro poliétnico caso guineense. Porque a raiz dos conflitos é mais profunda devido ao tipo de constituição da sociedade em si; onde a mistura tem raízes mais profundas, como teremos possibilidade de dizer.

Quais os limites que se colocam ao multiculturalismo clássico, radical, quando se trata de sociedade multicultural sobretudo multinacional tipo guineense?

Uma vez que a abordagem do tema não pode, como já referido, deixar de ter, como ideia chave, os chamados crimes culturalmente motivados; ou seja, aqueles comportamentos que, de ponto de vista da sociedade ou cultura de referência do autor, são comportamentos normais, até, em certos casos, incentivados, mas que do ponto de vista da cultura dominante, é crime. E que, por esta forma, uns batizam de crimes culturalmente motivados e outros, de crimes culturalmente condicionados.

Por esta via de abordagem que é chave de ouro da questão, teremos, como exemplos temáticos, alguns casos já clássicos quanto à sua frequência nas abordagens feitas sobre a matéria dos crimes culturalmente motivados. Entram, nesta quadratura, os temas de:

a) Emprego de menores na mendicância entre os Rom na Europa; — alguns casos da jurisprudência Italiana — e casos de crianças talibés em notoriedade crescente em África subsariana; nomeadamente África de oeste; e de casamento forçado;

b) Caso N`Kuman — da decisão (Ac. de 18 de Maio de 2011, do Proc.º n.º 24/2009, do Tribunal Provincial do Norte guineense, com sede em Bissorã);

c) Excisão clitoridiana —casos selecionados da Jurisprudência guineense.

Nesta abordagem, não entram casos de terrorismo, que, embora possam fundar uma modalidade de crime com cariz cultural; não entram também fenómenos ligados a discriminação baseada no género, sobretudo relativamente às mulheres, bem como outras situações que, pela sua natureza, mexam mais profundamente com os direitos fundamentais.

Capítulo II

Cultura para o Direito Penal

1. O Conceito de Cultura para o Direito Penal

1.1 Cultura face aos crimes culturalmente motivados: digressão doutrinária aproximativa

Antes de começar à abordagem sobre os crimes culturalmente motivados aqui, neste ponto, anunciados e a que nos propomos tratar, é necessário procedermos à análise de alguns pontos e aspetos que, de certa forma, se relacionam com a questão dos chamados crimes culturalmente motivados, tais como a cultura e o multiculturalismo.

1.1.1 Relance de delineamentos: revisitação da doutrina

A cultura é todo o modo de viver já enraizado a cada realidade e que orienta toda a nossa maneira de agir e de estar, desde a indumentária, expressão literária, artística, musical, gastronómica, desportiva, forma de relacionamento com os outros e com a própria sociedade envolvente, etc.

Estes modos de vida de cada grupo ou povos caracterizam, essencialmente, as particularidades que marcam os conflitos e que o multiculturalismo procura solucionar, para permitir a convivência entre os seres humanos. Entre os grupos étnicos guineenses, que temos como exemplo do que representa a cultura, temos variantes que marcam o multiculturalismo devido às características apresentadas pelos diversos grupos étnicos que nos permitem ver como as culturas se articulam entre as proximidades de origem e o que poderá relevar, do ponto de vista da diversidade, permitindo a procura da solução a partir das teorias multiculturalistas.

Há vários conceitos de cultura como é entendida a matéria pela doutrina especializada; sobretudo a doutrina antropológico-jurídica, que é dedicada à cultura na vertente que interessa para a ciência jurídica.

Sendo algo muito movediço, torna-se difícil definir, com exatidão, o que é a cultura. Por isso mesmo existem mais de cem definições do que é cultura⁵.

Os diversos saberes que se ocupam do estudo e compreensão do homem nas suas multifacetadas manifestações, tais como nas suas atitudes, nos seus comportamentos na interação quotidiana, suas formas de vida, que os dão caráter de disciplinas autónomas. Estas manifestações funcionam em harmonia e inter-relação entre si. Por isso, é de referir que a perceção das relações entre a configuração multicultural da sociedade contemporânea não é estranha (DIAS A. S., Crimes culturalmente mitivados, 2016, pp. 101-102)⁶.

Não é de conceber o fenómeno do multiculturalismo como algo separado de tais relações, sob pena de se esvaziar de conteúdo o multiculturalismo, tornando incompreensível a sua existência nas sociedades contemporâneas onde o Direito procura dar proteção às minorias sociais procurando estabelecer o equilíbrio entre as diferenças nas sociedades onde existam tais minorias e diferenças.

⁵ Conforme afirma DE MAGLIE (2012, 56).

⁶ *Verbis:*

“não é estranha a perceção das relações entre a configuração multicultural das sociedades contemporâneas e as atitudes, reações e comportamentos dos indivíduos na interação quotidiana. No desempenho da própria atividade cognitiva, os diversos saberes que se ocupam do homem, do seu comportamento e formas de vida, se operam a partir dos códigos que os identificam como disciplinas autónomas, não se quedam por uma autorreprodução fechada, antes se abrem à influência dos outros”.

Embora advirta SILVA DIAS sobre o risco de se dar ao conceito maior abrangência, sendo necessário delimitar o mesmo conceito para os efeitos dos crimes culturalmente motivados, porquanto esta forma (abrangente) de conceituar a cultura acarreta o risco de ver em tudo crimes culturalmente motivados. Porque quanto mais amplo e impreciso o conceito de cultura adotado, mais facilmente se qualificará certos comportamentos como sendo crimes culturalmente motivados, permitindo, com isso, certa impunidade por possibilitar que os arguidos invoquem a figura de *cultural defense* para se eximirem da responsabilidade criminal pelos fatos praticados ou para obterem a atenuação das suas responsabilizações criminais perante tais fatos. Além disso, tal cenário potencia a criação de insegurança jurídica (DIAS A. S., 2016, p. 102)⁷. Apesar disso, repito, não há que se afastar das considerações relativas às diversas formas da busca da sua conceituação.

Por isso mesmo afirma o autor que este conceito constitui apenas um ponto de partida, necessitando de precisões ulteriores no sentido do aprofundamento do seu sentido e alcance do seu conteúdo em conformidade com as exigências de "segurança e de precisão"⁸.

Para o autor, encontrando-nos perante uma infinidade de situações de *cultural offenses* ou *cultural defenses* (que dizerem respeito a mesma coisa, embora com pequenas nuances: ofensa cultural defesa cultural ou defesa com base no fator cultural), estas figuras, obviamente cairiam em descrédito, quer por parte do legislador, quer por parte do aplicador da lei.

⁷*Ibid.*, p. 102.

⁸*Ibid.*, p. 102

É esta a razão que — para o autor — faz com que alguns autores de origem anglo-saxónica questionem a correção das *Cultural offenses e cultural defenses* por entenderem precisamente que não é possível obter um conceito de cultura suficientemente rigoroso e preciso para sustentar a utilidade dogmática e processual de tais figuras; isto é, de recurso ao fator cultural na estratégia de defesa do imputado.

O recurso a figura de *cultural defense*, é perigoso em certo sentido porque os arguidos, nalguns casos, para lograr exclusão de responsabilidade ou atenuação nas condenações, podem até conseguir convencimento de juiz desconhecedor da cultura do agente para ter proeza no caso; uma vez que a cultura tem a sua complexidade por ser um conjunto que inclui diversidade de situações como as crenças, a arte, a moral, o Direito e os costumes adquiridos de uma sociedade pelo indivíduo⁹. Ou, como entende a doutrina majoritária¹⁰, a cultura é um complexo que comporta diversidade de situações, não sendo algo confinado na cabeça das pessoas como faz crer a teoria tradicional (isto quanto à sua elasticidade ou fato de ser dinâmica). Mas, pelo contrario, algo que se encontra dentro dos símbolos públicos («um fundo acumulado de símbolos públicos»), composto por crenças, tradições, usos e língua, herdado por um conjunto de indivíduos e gerações, através dos quais os membros de uma sociedade

⁹ E. TYLOR, “Primitive Culture”, in: BOHANNAN e GLAZER (coord.) High Points in Anthropology, 1988, p. 6 (E. TYLOR 1988); também UGO FABIETTI, Elementi di Antropologia Culturale, 2004, p. 12 (U. FABIETTI, Elementi 2004).

¹⁰ Entre outros, CLIFFORD GEERTZ, A Interpretação das Culturas, p. 26 e ss; Tradução de FANNI WROBEL do Original em Inglês “The Interpretation of Cultures”, publicado por Books, Inc., nos Estados Unidos, em 1973. E também uma tradução italiana “Interpretazione di culture”, ed. Il Mulino.

expressam sua visão do mundo, seus valores, seus *ethos* e se comunicam com as futuras gerações^{11/12/13}.

E é através dela que se comunicam, se identificam, se «autocompreendem», interpretam o mundo, controlam os comportamentos dos seus membros. É através dela que é possível manter a coesão entre os membros da coletivamente constituindo ela fator fundamental da coletividade^{14/15}.

¹¹ V. CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., ibid., No mesmo sentido, MAGLIE, ibid.

¹² GEERTZ, Interpretazione, p. 26 e ss.

¹³ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, cit., 58, citando GEERTZ.

¹⁴ V. AUGUSTO SILVA DIAS, Crimes culturalmente motivados cit., p. 101 e nota 258.

Eis a citação da nota 258:

“Sobre o conceito antropológico aqui adoptado, v. CLOFFORD GEERTZ, The interpretation of cultures, ed. Basic Books, 1973, p. 43 e ss. e 89; BERNARDO BERNARDI, Introdução aos estudos etno-antropológicos, p. 24 e ss., partindo, todavia, da definição clássica de Edward Tylor, hoje praticamente abandonada; RICHARD SHWEDER, Culture: contemporary review, p. 3151 e s.; PARECK, Rethinking multiculturalismo, p. 143; A new politics of identity, p. 80; considerando a cultura como um sistema de significado historicamente herdado nos termos do qual um conjunto de pessoas compreende e estrutura as suas vidas individuais e colectivas; Cultural defense and the criminal law, p.108; JAMES DONOVAN, Legal Anthropology: na introduction, ed. AltaMira Press, 2008, p. 226 e s.; POMIAN, culture: um concept dispute, p. 131, salientando que a cultura possui uma dimensão internalizada (conjunto de hábitos, crenças e saberes próprios de um grupo e assimilados em grau variável pelos seus membros) e uma dimensão objectivada (conjunto de instituições, obras e objectos produzidos por um grupo e detidos pelos seus membros como expressões da sua identidade). Na doutrina penal, valem-se especialmente de um conceito antropológico de cultura semelhante ao por nós perfilhado por BASILE, Immgrazione e reati culturalmente motivati, p. 15 e ss; DE MAGLIE, I reati culturalmente motivati, p. 18 e s., PARISI, Cultura del “altro”, os. 13 e s e 16; FRISCHKNECHT/MONA, Conflitti culturali, p. 3 definindo cultura como “sistema de valores e símbolos que é reproduzido durante um amplo período de tempo por membros de grupos sociais particulares aos quais fornece sentido e orientação para o seu comportamento”]

¹⁵ V. CLOFFORD GEERTZ, The Interpretation of cultures, ed. Basic Books, 1973, p. 43 e ss.; e 89.

A concepção de cultura apresentada por EDWARD B. TYLOR/¹⁶ /¹⁷ tem representado sempre o ponto de partida fundamental para a explicação do termo "cultura".

A importância da definição dada por E. TYLOR reside, segundo FABIETTI¹⁸, no fato de a mesma definição entrever uma série de consequências: a primeira das quais é de a cultura ser algo que o indivíduo adquire enquanto membro de uma sociedade; a segunda é de que, do ponto de vista da sua dignidade, todas as culturas têm validade. Por isso, existem tantas culturas quantas as sociedades humanas. E para efeito da concepção universalista devem ser estudadas em todas as suas vertentes. Sem perder de vista, porém, a sua hierarquização: algo colocado em fita métrica da medição por hierarquia de evolução tendo como modelo de avaliação a civilização britânica do Séc. XIX que, para este pensamento, foi tomada como a mais evoluída que deve ser

¹⁶ V. INGLIS, *Culture*, 2004, pp. 1 e ss. (INGLIS 2004); DAL LAGO, "Esistono davvero conflitti di culture? Una riflessione storico-metodologica" em: C GALLI (coord.) *Multiculturalismo*, ob. cit., p. 65 (LAGO 2006.); HENDRICKS/NICKOLI, "Multicultural Issues Perspectives", em: HENDRICKS e BYERS (corr.), *Multicultural Perspectives in Criminal Justice and Criminology*, 2000, pp. 13 e ss. (HENDRICKS/NICKOLI 2000); VISWESWARAN, "Race and Culture of Antropology", em: *Am. Anthropologist*, 1998 (1), pp. 70 e ss. (VISWESWARAN 1998); BENNET, "Anticipation, Adaptation and the Concept of Culture in Anthropology Science, 1976, pp. 847 e ss (BENNET 1976).; HANNERZ, *La diversità culturale*, trad. it., 2001, pp. 43 e ss (HANNERZ 2001).; sobre a relação entre a cultura e o poder, v., ultimamente, PARENTI, *The Culture Struggle*, 2006 (PARENTI 2006); MANCINI, *Immigrazione musulmana e cultura giuridica*, 1998, pp. 15 e ss (MANCINI 1998).

¹⁷V. E. TYLOR "Primitive Culture (Primitive Culture 1988, 6); também FABIETTI, *Elementi di antropologia culturale*, 2004, p. 12, para una una reconstrucción crítica de la teoria; nomesmo sentido, também, CRISTINA DE MAGLIE; *Los delitos*, cit., p. 56 – 57.

¹⁸ UGO FABIETTI, *L'identità etnica. Storia e critica di un concetto equivoco*, 2005, p. 53

tomada — na expressão do autor — «como vara de medir a civilização britânica vitoriana de finais do Séc. XIX»¹⁹.

Destas definições se pode deduzir que as culturas, nada mais, nada menos são do que «rasgos culturais» compostos em camadas, em conformidade com a sua natureza, (segundo se trate de mitos, ritos, crenças, instituições, tecnologias, etc.). O estudo de tais rasgos é funcional a um projeto de tipo comparativo²⁰.

Entende Snuder²¹, à semelhança de TYLOR, a conceção de cultura como “uma coisa”; conceção recebida pela maioria da literatura antropológica da primeira metade do século XX; onde a ideia de estatismo e imutabilidade da cultura²² — “um conjunto de crenças impostas aos indivíduos ao longo das gerações”, e que entrou em crise na segunda metade do século XX, sobretudo devido ao ataque sofrido por parte dos importantes defensores da corrente pós-modernista desse carácter estático dessa conceção da cultura defendida pela teoria tyloriana — era dominante. Esta corrente pós-modernista defende o facto de os grupos culturais serem por dentro muito mais diversos do que a teoria de TYLOR mostra; e a maneira em que entram em diálogo com outras culturas de que a teoria defendida por este pode fazer crer.

Para C. DE MAGLIE²³, as críticas e as “fascinantes metáforas” utilizadas por CLIFFORD GEERTZ para realçar a necessidade de se abandonar o conceito tradicional, constituem uma verdadeira desintegração do conceito tradicional de cultura

¹⁹ UGO FABIETTI, ob. cit., ibid.

²⁰ *Ibid.* onde se expressa que:

“as culturas são uns «conjuntos complexos», umas entidades decomponíveis e elementos, ou rasgos culturais (mitos, ritos, crenças, instituições, tecnologias, etc.), cujo estudo é funcional a um projeto de tipo comparativ”.

²¹ V. CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 57; SUNDER, Cultural Dissent, em Stan, L. Ver. 2001. P. 511.

²² V. CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit. ibidem.

²³ C. DE MAGLIE, Los delitos, cit., p. 58.

"O objeto da crítica é uma verdadeira desintegração do conceito tradicional de cultura. São famosas e fascinantes as metáforas utilizadas pelos defensores do pós-modernismo para fazer compreender a necessidade de romper com o carácter estático e limitado da noção clássica. Convence a imagem de CLIFFORD GEERTZ que, para sublinhar o carácter dinâmico e aberto da cultura, a assemelha a um polvo, dotado de um corpo central e de tentáculos que estão sujeitos por um dos seus extremos e se encontram em contínuo movimento²⁴."

Também ²⁵, referindo-se à linguagem metafórica frequentemente utilizada por CLIFFORD GEERTZ, disse SILVA DIAS que a cultura

"é como uma «máquina» que os indivíduos e grupos utilizam para se orientarem num mundo que, de outro modo, seria opaco [...] A este mesmo propósito, FABIETTI considera também de poética a visão de JAMES CLIFFORD por este considerar que as culturas não são "esses «frutos puros», intactos e intangíveis que pensamos, mas sim uns sistemas abertos e suscetíveis de «comunicação» por parte de outras culturas"²⁶.

Esta mudança de perspetiva quanto ao conceito de cultura não se limitou apenas ao campo da disputa entre as teses antropológicas. Também a doutrina jurídica que se tem ocupado recentemente do estudo das relações entre o Direito e a cultura

²⁴ V. CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 58.

²⁵ AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes culturalmente motivados cit.*, p. 102.

²⁶ I frutti puri impazziscono. *Etnografia, letteratura e arte nel secolo XX*, trad. It. 1993; também, no mesmo sentido, CRISTINA DE MAGLIE *ibid.*

filia-se na tese pós-modernista identificando na cultura, como requisitos fundamentais, a «dinâmica» e «evolução contínua».

POST usa a analogia com a evolução constante da linguagem para fazer entender a dinâmica da cultura, de que,

*"[...] do mesmo modo que uma língua está em constante evolução, apesar de requerer, para ser eficaz, uns significados compartilhados e relativamente estáveis, assim os elementos de entendimento de uma cultura (a chamada compreensão cultural) mudam continuamente; apesar de que, para funcionar, uma cultura necessite ter perspectivas relativamente estáveis e compartilhadas"*²⁷.

Ou como afirma DE MAGLIE (e R. WAGNER)^{28/29}, —

"só saindo da ideia do estático e invariável do modelo tradicional e considerando a cultura como negociável, interativa e dinâmica se podem superar as críticas que definem a cultura como uma mentira, uma ficção".

1.1.1.1 Cultura: Concepções sobre cultura — Cultura, identidade e reconhecimento

1.1.1.1.1 Da "política de reconhecimento" de Charles TAYLOR e "papel das culturas sociais" de Will KYMLICKA

I

²⁷ POST, "Law and Cultural Conflict" em Chi. – Kent L. Ver., 2003, 491; V. também no mesmo sentido MERY, "Law, Culture and Cultural Appropriation" em YALE J. L. § Human. , 1998, pp. 578 e ss. Por todos, CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 58.

²⁸ L'invenzione della cultura, 1992, na citação de FABIETTI (L'identità 2005, FABIETTI, L'Identità 2013); CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 58.

²⁹ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 58.

As concepções cujos militantes são CHARLES TAYLOR e WILL KYMLICKA tratam o assunto numa perspectiva diferente, ao falar da identidade e reconhecimento, falarem, respetivamente, da “«política de reconhecimento» e o papel das culturas sociais”.

CHARLES TAYLOR, filósofo canadense, pertencente à corrente multiculturalista de **matriz comunitária** e que é a quem se deve, principalmente, a análise aprofundada do tema de reivindicação da autenticidade, apresentou análise importante considerada “«chave» para a compreensão do conceito de «cultura»”.

As suas reflexões estão em consonância com as correntes de pensamento que se têm ocupado da política de reconhecimento, e têm suas raízes na tradição filosófica europeia³⁰. Na sua análise, baseia-se no pensamento de Kant e Jean Rousseau, **filósofos universalistas** que, apesar de diferenças quanto à concepção, têm em comum a ideia sobre o «homem como ser racional» que, por esta mesma razão, é sempre suscetível de melhoramento.

A distinção entre os dois reside no seguinte: enquanto Kant fala da *dignidade individual* em contraposição com a ideologia do «honor hierárquico» típica do *Ancien Régime*, Rousseau fala da *identidade individual* em conformidade com a *racionalidade universal*.^{31/32}

³⁰ Assim, CHARLES TAYLOR, «La política del reconocimiento», em HABERMAS y TAYLOR (coords.), multiculturalismo. Latte per il riconoscimento, trad. It., 2003, pp. 9 e ss. (TAYLOR, La política 2003); «The Politics of Recognition», em GUTMANN (coord.), Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition, 1994, pp. 25 e ss. (TAYLOR, The politics of Recognition 1994) Por todos, CRISTINA DE MAGLIE (Los delitos 2012, 59).

³¹ V. neste sentido CHARLES TAYLOR, La política, ob. Cit., pp. 31 e ss.

³² Cristina de MAGLIE, Los delitos cit.; e TAYLOR ibid.

É da noção de identidade que nasce o conceito de autenticidade que, para TAYLOR,

"(...) nasce junto de um ideal, o da fidelidade a um mesmo e a particular forma de ser própria"³³. Para o mesmo autor, é esse "(...) contacto íntimo consigo, mais fundamental do que qualquer ideia moral, que é fonte de uma alegria e de uma satisfação enorme: «le sentiment de l`existence»"³⁴.

É crucial para TAYLOR o ideal de autenticidade aprofundado pelos filósofos Românticos como Herder (sobretudo). Convida os indivíduos a refletir sobre a própria identidade e a tentar defini-la da forma desvinculada das limitações impostas pelas necessidades de se adequar a um sistema externo de valores e hierarquia³⁵. De acordo com esta construção, não se concebe a identidade como algo «derivado socialmente», ou seja, algo que resulte da sociedade ou uma forma de estar estabelecida pelas posições e funções desenvolvidas na sociedade; mas pelo contrário, como algo que se «gera interiormente»³⁶, derivado de um delicado processo de autoanálise e autointerpretação³⁷

Mas mesmo assim, TAYLOR sublinha a necessidade de não se ter, isoladamente, a autodeterminação da identidade, enquanto uma construção complexa que ela é. Para ele é necessário negociá-la «através do diálogo», «na parte externa, parte interna», com outras pessoas; explicando que só assim é que o

³³ Cristina de MAGLIE, Los delitos cit., p. 59 e ss, e TAYLOR, ob. cit., p. 12.

³⁴ Ibid., TAYLOR, cit., p. 14.

³⁵ Ibid., TAYLOR cit., p. 17 e ss.

³⁶ Ibid., TAYLOR cit., p. 16/9

³⁷ Para uma reconstrução crítica da teoria de Taylor. V., entre outros, torbisco CASALS, Group Rights as Human Rights. A liberal Approach to Multiculturalism, 2006, pp. 176 e ss. (CASALS 2006); por tudo, v. Cristina DE MAGLIE(Los delitos 2012, 59).

nascimento do conceito de identidade gerada interiormente dá uma nova importância ao reconhecimento. Disse ele que a identidade depende da forma crucial das relações dialogais com os outros³⁸. A política de reconhecimento, significa, para TAYLOR, que cada um deve ser reconhecido na sua própria identidade, a qual é única e irrepetível³⁹. Para TAYLOR existe, pois, um vínculo entre reconhecimento e identidade, «donde o segundo termo indica, mais ou menos, a visão que uma pessoa tem daquilo que é; das próprias características fundamentais que a definem como ser humano⁴⁰». É aqui que reside a questão de reconhecimento para a Modernidade: enquanto nos tempos de identidades individuais que estavam plasmadas no modelo das hierarquias sociais, o reconhecimento estava automaticamente garantido; na era da Modernidade, onde o ideal da autenticidade tem levado à «corrosão» do requisito do reconhecimento, antes assegurado *a priori*, a identidade passa a necessitar de novos parâmetros de confirmação e afirmação⁴¹.

Só através desta legitimação, que passou a ser uma imperativa e irrenunciável necessidade, que é possível evitar a falta ou o erróneo reconhecimento do indivíduo ou do grupo por parte da sociedade. O desconhecimento ou a falta de reconhecimento da identidade pode ser vistos como forma de desprezo e de opressão que obriga o indivíduo ou o grupo a viver de forma reduzida nas suas próprias capacidades⁴². A este respeito⁴³ se considera ser representativa e eloquente, como

³⁸ Cristina de MAGLIE, Los delitos cit. citando Ch. Taylor, La política, cit., p. 19

³⁹ Cristina de MAGLIE, Los delitos cit., p. 59 e ss., Charles TAYLOR La política ibid., p. 24

⁴⁰ Cristina de MAGLIE, Los delitos cit., p. 59 e ss., citando Charles TAYLOR, La política ibid., 9

⁴¹ Cristina de MAGLIE, Los delitos cit., p. 60.

⁴² Cristina de MAGLIE, Los delitos cit., p. 60

⁴³ Cfr. as palavras de Charles TAYLOR (tradução livre):

exemplo, a influência dos estereótipos da sua inferioridade transmitidos pela raça branca e profundamente interiorizados por eles (negros) fazendo com que eles mesmos se deixassem permeáveis sobre a sua própria submissão e dominação durante muitas gerações pela sociedade dos WASP. A necessidade do reconhecimento de «quem somos, donde viemos»⁴⁴ foi suscitada pela aspiração da liberdade face à «imagem redutiva e humilhante imposta pela comunidade branca aos negros, em prol de conquista da sua merecida dignidade como grupo⁴⁵ em geral e como indivíduos, em especial.

É, pois, o reconhecimento de pertença e da própria origem a *alma e pedra de toque* para uma sociedade verdadeiramente democrática e igualitária⁴⁶.

TAYLOR entende que, numa era do realce da autenticidade, as pretensões de identidade cultural desempenham um papel importante tanto no aspeto privado ou individual como, sobretudo, no aspeto social.

Este princípio requer, por um lado, a proteção universal dos direitos individuais e de liberdade, e, por outro lado, impõe a satisfação das necessidades particulares que os indivíduos

“[É] Emblemática, a propósito, [...] a história americana dos negros, que tem interiorizado durante gerações inteiras a imagem de inferioridade que provinha da raça branca, convencendo-se, assim, muitos disso de seres inferiores. Segundo este plano, do «autodesprezo» dos negros resulta um dos instrumentos mais potentes para a sua própria opressão e constitui a arma vitoriosa que permite a sua submissão à sociedade dos WASP: nasce daí a necessidade de libertar-se dessa imagem redutiva e humilhante imposta pelo exterior para afirmar a própria dignidade como indivíduos e como grupo . Esta petição de reconhecimento de «quem somos, donde viemos» , é, portanto, um ponto central no debate sobre o conceito de cultura e é essencial para uma sociedade que queira definir-se democrática e que aspire um tratamento igualitário dos seus componentes ”.

⁴⁴ Charles TAYLOR, Política, cit., p. 19.

⁴⁵ Charles TAYLOR, Política, cit., p. 10.

⁴⁶ Charles TAYLOR, Política, cit., p. 60.

apresentam como membros de específicas culturas e grupos sociais⁴⁷.

II

O desafio lançado por TAYLOR foi acolhido por Will KYMLICKA, filósofo canadense que, entre outros, aprofundou o conceito de cultura agora considerada um «bem primário» essencial para o desenvolvimento da liberdade individual⁴⁸.

Neste sentido a cultura é uma «cultura social», que significa nada mais que uma cultura que, não só leva à partilha de memórias (recordações) e valores entre os membros, muito menos lhes confere apenas instituições; uma cultura que nada lhes perpassa na sua vida presente, seja individual como coletivamente; por outras palavras, uma cultura insípida para eles (sem sabor, sem sentido no seu dia-a-dia); mas uma cultura que, também, lhes confira práticas; uma cultura que lhes marque, indelével e visceralmente, dando sentido às suas diversas manifestações da vida social e privada; precipuamente, no que toca com a vida formativa, religiosa, recreativa, económica⁴⁹/⁵⁰ e familiar.

⁴⁷ Charles TAYLOR, *político cit.*, p. 60.

⁴⁸ KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, trad. It., 1995 (*La cittadinanza* 1995); *id.*, *Liberalism, Community and Culture*, 1989 (*Liberalism, Community, and Culture* 1989). V. também, para uma crítica del concepto de cultura en la obra de Kymlicka, v. SONG, *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*, 2007, pp. 22 e ss (SONG 2007); por todos, Cristina DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados* (Los delitos 2012, 61).

⁴⁹ Cristina de MAGLIE *Los delitos culturalmente motivados*, p. 61

⁵⁰ KYMLICKA, *La cittadinanza*, *cit.*, pp. 134 e ss; v, também, C. Cristina de MAGLIE, *ibid.* no mesmo sentido:

“[uma cultura] que confere aos próprios membros formas de viver dotadas de sentido num amplo espectro de atividades humanas, incluídas a vida social, formativa, religiosa, recreativa e económica, tanto na vida pública quanto na privada”; uma conceção de cultura que leva a compartilhar, não só memórias (recordações) e valores, mas também instituições e práticas.

KYMLICKA sublinha dois fatores importantes: a existência de uma ligação entre a cultura e liberdade individual por um lado e, por outro, o valor da pertença cultural.

Relativamente ao primeiro fator, a liberdade implica, para o autor, a realização de uma eleição entre várias alternativas; e a nossa cultura social não só nos proporciona estas alternativas, mas também nos confere significados⁵¹. Quanto ao segundo fator, entende o mesmo autor que existe uma ligação estreita e profunda entre a consideração que um indivíduo tem de si — o apreço, a autoestima — e a consideração social ou o respeito acordado no grupo ao qual faz parte.

Partindo da ideia de RAWLS, que considera o acesso à cultura como um «bem primário», KYMLICKA deduz que a pertença cultural representa uma das bases sociais para a afirmação do respeito por si mesmo. Ao respeito, o autor pergunta:

"[por que motivo] os membros de uma minoria nacional devem ter acesso à sua cultura? Por que é que não se deveria deixar que as culturas minoritárias se desintegrassem, sempre que se garantisse aos seus membros o acesso à cultura maioritária (por exemplo ensinando-lhes a língua e a história da maioria)⁵²?"

O autor entende que a necessidade de os membros das minorias nacionais terem a sua própria cultura prende-se com o fato de afastamento da própria cultura de origem deixar um vazio

⁵¹ Ibid., p. 145; v., sobre isso, MARKELL, Bound by Recognition, 2003, p. 158 (MARKELL 2003); Cristina de MAGLIE, ibid.

⁵² KYMLICKA, La cittadinanza, pp. 148 e ss; id. Liberalism, pp. 162 e ss.; v., sobre isto, citando o autor, Cristina de MAGLIE, Los delitos culturalmente motivados, 61.

cujo preenchimento acarreta um enorme sacrifício para as referidas minorias.

Um ser humano é produto da sua cultura. A rotura com a cultura de pertença deixa-o sem sentido, sem alma, sem raiz. Por isso, não se pode privá-lo do **direito de ter a sua própria cultura**. A cultura, neste prisma, tem a ver com a própria identidade de cada grupo que integra uma dada sociedade.

Apesar de poder acontecer que uma pessoa abandone a sua cultura originária para abraçar outra, tal facto constitui um sucesso difícil e estranho, senão impossível⁵³. Seja como for, será «um processo oneroso» e doloroso, comportando grandes custos que variam de acordo com a graduação do processo de integração, da idade do indivíduo, da afinidade entre as duas línguas e as similitudes das histórias de ambas as culturas⁵⁴. A este propósito RAWLS afirma, com razão, que os «vínculos culturais» são normalmente demasiado fortes para poderem ser renunciados e «não nos devemos descuidar desse facto»⁵⁵. Destarte, não se pode, por isso, pretender que uma pessoa pague o sacrifício de abandonar esses vínculos culturais. Várias são as explicações que a literatura oferece deste apego e da importância crucial que a pertença a uma cultura social tem para o bem-estar dos indivíduos: «a familiaridade com uma cultura determina os confins do imaginável», afirmam MARGALIT e RAZ⁵⁶.

Por isso, KYMLICKA confirma que se uma cultura está a se desmoronar ou é discriminada, “as opções e as oportunidades à

⁵³ KYMLICKA, *La cittadinanza*, p. 150.

⁵⁴ KYMLICKA, *La cittadinanza*, p.151, apud CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, p. 61.

⁵⁵ KYMLICKA, *La cittadinanza*, p. 153, e C. DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados* p. 62.

⁵⁶ MARGALIT e RAZ, «National Self-Determination», em *Journal of Philosophy*, 1990, p. 449, também KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., 156; todos apud CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, ob. cit., p. 62.

disposição dos seus membros diminuirão e serão menos atrativas”⁵⁷ (porque] a pertença cultural desempenha um papel decisivo na formação da identidade das pessoas, isto é, tem um «elevado perfil social», já que contribui na construção da percepção que os outros têm do indivíduo e da definição da sua identidade”⁵⁸. Ou seja, a identidade cultural constitui «uma âncora de autoidentificação»⁵⁹ e a autoestima do indivíduo depende da estima acordada no seu grupo⁶⁰. Por isso mesmo é que a pertença dos indivíduos a sua cultura social é fator catalisador das escolhas no prisma da construção das identidades individuais e estáveis de pertença, que caracterizam a força e coesão na assunção das responsabilidades na resolução de problemas que têm a ver com valores e projetos pessoais⁶¹.

⁵⁷ KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., p. 156.

⁵⁸ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos* cit., p. 62;

⁵⁹ KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., p. 157.

⁶⁰ KYMLICKA, *Cittadinanza*, cit., p.157.

⁶¹ Cristina de MAGLIE, *Los delitos*, p. 62; também, no mesmo sentido, v., KYMLICKA, *La cittadinanza*, p. 184., ali citado.

As escolhas deste tipo existem, mesmo nas sociedades antigas que, do ponto de vista meramente antropológica, é um facto que merece uma pequena menção de passagem, a guisa de ilustração de como funcionam as sociedades humanas e a influência que as formas de funcionamento e os grupos podem exercer papel de capital importância para moldar a forma de ser do indivíduo, mesmo nessas sociedades, deixando claro que a influência dos grupos marca o indivíduo nos diversos meandros da sua vida.

Neste aspeto [aspeto anunciado na epígrafe], vamos fazer uma pequena olhadela sobre o âmbito do funcionamento do Direito Penal; sobretudo nas sociedades mais pequenas que a história da humanidade conhece e que são a clã e a etnia. A razão da colocação da questão ou de trazer aqui, para uma análise perfunctória, a questão, tem a ver com a natureza das sociedades africanas, e em particular a Bissau-guineense, onde a nossa abordagem incide de forma especial.

Na sociedade clânica que é conhecida como agrupamento mais extenso (a seguir à família) e que tinha por finalidade permitir a melhor forma de convivência de cada grupo de pessoas, cuja relação de parentesco é mais estreita, se defender dos inimigos. E estes laços subsistem mesmo para além-túmulo [vão subsistir mesmo para além da morte]: são os antepassados que, às vezes, vão continuar a nutrir as raízes da pertença à mesma família (pertença originária à raiz comum) que justifica a perpetuação da mesma memória e da mesma relação de parentesco que diferencia um grupo de outros grupos humanos. Caracteriza-se, pois, pela formação, após algumas gerações, de grupos cujo laço assenta no facto de terem descendido de um antepassado comum, homem ou mulher (normalmente homem). Assim sendo, a

unidade social é, na maioria das vezes, reforçada pelo fator religioso cimentado no culto dos antepassados.

O clã tem, geralmente, um nome; tem mitos e rituais próprios, interdições de certas práticas (por exemplo, de certos alimentos). Às vezes há adoção de símbolos que caracterizam o clã como, por exemplo, o mesmo “totem” (animal, vegetal ou um objeto qualquer), como se verifica, v. g., entre os papéis da Guiné-Bissau, onde em cada clã há um “totem” que o representa: Cá (badjocumó, a última geração que saiu), gato; có (Bassó), sapo; Djú (Bassurú), cajú; indi (Batat), macaco; Nanque e Lé (Régulo); Sá (Baíga), sapo; Té (Bassafinté, Omaneté), lebre.

Do ponto de vista do Direito Penal, todos os membros do clã estão ligados por uma solidariedade tanto activa quanto passiva havendo, assim, a repercussão de qualquer mal feito a um membro da família devendo a clã todo o vingar; bem como a vingança de um mal feito por membro de um clã sobre um terceiro deve recair sobre qualquer membro do clã do infrator.

Relativamente aos direitos, os membros do clã não têm direito cada um individualmente considerado; mas sim enquanto membro do clã, existindo enquanto tal (e não como indivíduo).

Como entidade sociopolítica intermédia entre o clã e a etnia, entendida esta como estrutura sociopolítica superior, surge, no caso da Guiné-Bissau, a tabanca que agrupa um número indeterminado de clãs. Nesta estrutura, cada clã mantém os poderes dos seus líderes no âmbito interno. No âmbito da tabanca, o poder é detido pelo chefe da tabanca ou pelo conselho dos chefes dos clãs que constituem a referida tabanca ou alguns membros (normalmente os anciãos). São os órgãos aqui referidos que se encarregam de resolução de conflitos de natureza penal. Mas às vezes escolhe-se um indivíduo ou alguns indivíduos para se encarregarem da resolução das questões de natureza penal (tal como para a realização da justiça em geral, incluindo questões não penais). Podem ser indivíduos pertencentes a uma faixa etária ou que cumprem um determinado ritual de iniciação, como por exemplo N’Kuman, entre os Balantas, sobretudo da região de Óio.

A etnia, segundo GILISSEN, identifica-se às vezes com a tribo, enquanto federação de clãs; mas a tribo é uma noção cuja existência certos estudos contestam por entenderem que ela não tem um carácter específico, por um lado; e por outro a etnia pode identificar-se com o Estado, quando a sua estrutura política é suficientemente desenvolvida e soberana, como aconteceu com os Estados medievais africanos do oeste (Gão, Ghana, Mali, Songhai), governados por determinados grupos étnicos, como, por exemplo, mandingas (malinquês) ou império de Kabú (Gabú). Apesar de se estender por territórios que podem agrupar outras etnias, a sua característica fundamental é o facto de pertencer cada Estado a um agrupamento que tem um nome comum, uma memória comum, uma consciência de grupo, expressão de uma certa comunidade cultural. Tem, por vezes, uma língua comum, costumes próprios; apesar de não serem tais critérios consistentes e constantes como critérios subjetivos da consciência do grupo, de aspirações comuns.

Autores como GELISSEN caracterizam a etnia como sendo

“[...] organização política ... que varia da sociedade acéfala ao reino centralizado. O sistema mais espalhado é uma estrutura baseada no agrupamento de clãs e colocada sob a autoridade de um chefe. A participação de certas pessoas – chefes de clã, chefes religiosos, chefes guerreiros, homens «livres», detentores de uma parte do solo, etc. – geralmente pouco numerosas, na gestão da comunidade quer ao lado, quer

em plano superior ou inferior ao chefe, é frequente. Encontra-se um tal órgão de cogestão e/ou de conselho tanto em África como na Europa antiga, nomeadamente nos países nórdicos na Alta Idade Média [...]”

Nestas sociedades, como já nos referimos, a função judiciária existe na posse quer do chefe, quer do seu conselho, quer enquanto instituição separada (um indivíduo ou um grupo de indivíduos). O que marca profundamente as etnias impedindo vinganças privadas interclânicas prejudiciais às etnias, é justamente a justiça interclânica. Ela torna a vingança privada menos necessária porque reduz (ainda que parcialmente, mas já o suficiente para um nível razoável de convivência) a solidariedade ativa e passiva das linhagens e dos clãs.

Os meios para a obtenção das provas na justiça da natureza clânica, da “tabancária” e étnica, residem no recurso a consulta aos djambacuses ou djambacôs, aos irâns (divindades tradicionais), além da audição das testemunhas (a prova testemunhal e que é o mais corriqueiro ou habitual).

As testemunhas podem ser parentes do suspeito ou da pessoa que está a ser julgada; e não há idade limite (mínima ou máxima) para se ser testemunha. Assim como o julgador pode ser parente do suspeito ou pessoa sobre quem pende a suspeita do cometimento do crime (ou que está a ser julgada).

O testemunho de um homem e de uma mulher, à semelhança dos Direitos modernos, têm o mesmo valor no julgamento. Vai-se ao encontro do preceituado na CRGB que diz que o homem e a mulher são iguais perante a lei em todos os domínios da vida política, económica, social e cultural (art.º 25.º). E não há idade determinada para se poder ser testemunha. Esta questão ganha praticamente unanimidade no Direito Consuetudinário guineense — forma unanimidade entre as etnias guineenses consultadas no trabalho de campo feito pela equipa da FDB abrangendo as etnias Balantas, Fulas, Mancanhas, Mandingas e Papéis.

A possibilidade de os parentes das vítimas e dos suspeitos serem testemunhas ou julgadores quer-nos parecer obviar a imparcialidade de que parecem as sociedades africanas serem apanágias. Mas questiona-se, na doutrina (FERNANDO LOUREIRO BASTOS), a eficácia de julgamento nestes casos. A crítica em causa funda-se na fragilidade do sistema quanto a possibilidade de garantir os direitos dos envolvidos como vítimas ou suspeitos em termos processuais.

Mas existindo os mecanismos de controlo, o risco que tal fragilidade acarreta pode ser evitado (ou pelo menos minimizado). Mecanismos esses que passam, por exemplo, pela participação do Estado criando um sistema de acompanhamento do julgamento através da possibilidade de recurso.

Nas sociedades islamizadas, às vezes se recorre ao juramento sobre o Alcorão (Qu’ân).

As mesmas críticas dirigidas à possibilidade do julgador ou testemunha ser parente dos envolvidos (vítimas e suspeitos) pode valer, de certa forma, para a situação do juramento sobre o Alcorão ou o recurso a irã, por exemplo baloba [e que acontece sobretudo entre os grupos não islamizados ou animistas] porque pode pôr em causa as garantias processuais penais devido à possibilidade da influência da religiosidade que pode levar ao resultado negativo por falta de liberdade da testemunha por causa de pressões familiares ou sentimento relativo ao fator parentesco para a testemunha ou para o julgador.

Quanto a capacidade da mulher para testemunhar e a validade da prova apresentada por ela, pode haver limitações decorrentes da

aplicação da châr'ia (Direito muçulmano). Entre os grupos não islamizados, não se verifica qualquer limitação.

Mesmo nos assuntos da família ou morança, as mulheres têm intervenção importante; nomeadamente nas questões espirituais (cerimónias) e mesmo do fanado. Apesar de não poderem assistir onde se realizam os atos do fanado nas bolanhas. Podem apresentar aos irãs das moranças despedidas dos que vão ser sujeitos à cerimónia iniciática de fanado; encomendar-lhes boa ventura por parte dos irãs e boa sorte e proteção divina. Isso se verifica quando a morança já não dispôr de um iniciado varão, que possa acompanhar ritualmente os que vão ser sujeitos ao fanado, momento em que o elemento de sexo feminino mais velho da morança, prima ou irmã, do que vai ser sujeito ao ritual iniciático de fanado pode presidir, dentro da morança (e não já no local em que se consuma o fanado, o que acontece nos sítios tradicionalmente destinados à prática do fanado pelos membros da família ou da tabanca, não podendo ser assistido ou avistado pelos que não chegaram de ser sujeitos ao fanado) o ato de invocação suplicatória derramando vinho e/ou água para que a cerimonia ou o ritual possa prosseguir; para que o iniciando possa deixar a morança para se dirigir ao "campo" a fim de a prática poder ser realizada. É um ato de autorização a ser feito mediante apresentação da súplica "iniciante" à divindade da morança, um ato da receção da autorização pelo iniciante para o ato do fanado.

E muitas vezes a mulher do chefe da morança assiste os rituais importantes da morança não se podendo realizar qualquer deles na sua ausência. Por exemplo, M'Male Kombá viaja para ir ver a sua família, ou assistir o choro na morança dos pais ou de um outro familiar qualquer. O marido, Morna Iufâ, chefe da sua morança, quer fazer cerimónia de *djemberem* (fudô). Só pode fazê-lo quando M'Male voltar (na sua presença). Mesmo no momento de conversa com o sagrado (irã), o que acontece mediante o derramar de uma parte de vinho e uso de palavras (preces) de imploração, sobretudo, e de agradecimentos, a mulher do chefe da família por vezes tem intervenção.

Esta possibilidade de intervenção notável da mulher nos atos importantes da vida da morança entre alguns grupos étnicos, nomeadamente entre os Balantas, permite posição de privilégio e respeito da mulher nessas comunidades. E que leva à falta de limitação para a participação da mulher como testemunha nos casos submetidos ao julgamento.

Podemos dizer que, nessas sociedades, há um nível de tolerância e respeito para com a dignidade da mulher, enquanto pessoa humana.

O testemunho de padre SALVATORE CAMMILLERI, num estudo de carácter antropológico cultural, mostra isso quanto às mulheres chamadas de «sade» e «nin ioló» que têm participação e papel importante na vida da tabanca, servindo, até, como guardiã dos valores mais importantes da sociedade, por exemplo, a saúde e a proteção dos filhos e dos membros da coletividade através de várias cerimónias importantes, algumas das quais pertencentes às associações dessas mulheres que já atingiram um patamar de respeito na sociedade por terem, não só atingido a maturidade por via do casamento, enquanto cerimónia de iniciação para as mulheres na etnia, mas também, e sobretudo, por terem atingido uma maturidade de vida naturalmente, gozando de respeito perante a comunidade.

Temos a observar que entre as etnias guineenses, existe respeito à igualdade no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, entre os homens e mulheres. Isto se prova pelo facto de as mulheres

1.2 Cultura (continuação): da noção penalmente relevante de cultura, seguindo BHINKHU PAREKH e W KYMLICKA

1.2.1 As diversas formas de diversidade cultural de BHINKHU Parekh e a concepção étnica de WII KYMLICKA

Quanto à noção penalmente relevante de cultura para efeito do estudo dos crimes culturalmente motivados, BHINKHU PAREKH E WILL KYMLICKA falaram das diversas formas de identidade cultural (PAREKH) e concepção étnica da cultura (KYMLICKA).

Baseando-se na abordagem atualmente dominante, reconhecem a necessidade de o conceito de cultura assumir uma «dimensão dinâmica». E que a sua relevância do ponto de vista do Direito Penal implica que possa ser provada no plano processual. E para poder ser provada no plano processual, deve ter um âmbito bem definido.

O que é que significa este âmbito bem definido?

desempenharem papel fundamental na vida das famílias e da organização das moranças.

O respeito pela igualdade de género reflete-se no papel importante que é reservada a mulher, não somente como mãe cuja importância é de realçar, mas como [nalguns casos], é ela a protetora dos filhos. Isto se manifesta na assunção de papel de grande importância nas cerimónias tradicionais. Nalguns casos, quando a criança está doente, ou quando há um mal nas sociedades, as mulheres (nomeadamente as suas associações) têm que decidir sobre o rumo dos acontecimentos perante o recurso aos lugares sagrados das tabancas com vista a invocar o mal dos poderes ocultos (poderes dos irãs) contra os autores do mal. Em quase todas etnias não islamizadas verifica-se isso.

Significa que a cultura, a este propósito, deve ser a cultura do grupo a que o indivíduo pertence, e não simplesmente a cultura do indivíduo. Ou seja, quando se fala de «cultura», é necessário fazer referência à cultura do grupo a que pertence o indivíduo autor cultural e não simplesmente à cultura deste mesmo indivíduo, individualmente considerado⁶². É por isso mesmo que a cultura que tem relevância no plano de crimes culturalmente motivados é, obviamente, a cultura do grupo de pertença e não qualquer cultura que o agente se arroga possuir.

1.2.1.1 Para ideia de BHINKHU PAREKH

Na ideia doutrinária de que a diversidade cultural nas sociedades atuais pode, de fato, reconduzir-se a diferentes categorias de grupos, Bhikhu PAREKH, filósofo político, apresenta um esquema de diversidade cultural em dois grupos que ele define como «*subcultural diversity*» e «*perspectival diversity*».

a) Ao primeiro grupo, a que ele define como «*subcultural diversity*»⁶³, pertencem:

"aqueles indivíduos que, apesar de compartilharem a linha geral dos valores da cultura dominante, se desviam da

⁶² V., neste sentido, entre outros, RIMONTE, "A Question of Culture: Cultural Approval of Violence Against Women in the Pacific-Asian Community and the Cultural Defence", em *Stan. L. Rev.*, 1991, p. 1315 (RIMONTE 1991); SÖKEFELD; "Debating Self, Identity and Culture in Anthropology", em *Current Anthropology*, 4, 1999, pp. 417 e ss. (SÖKEFELD 4, 1999); v., também, sobre uma crítica à tendência a dar relativamente ao fenómeno do grupo (conhecido como *groupism*) no estudo da etnicidade, BRUBAKER, "Ethnicity without groups" em MAY, MODOOD y SQUIRES (coords.) *Ethnicity, Nationalism, and Minority Rights*, 2004, pp. 50 e ss. (BRUBAKER 2004).

⁶³ PAREKH, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Theory*, 2.^a ed., 2002 (PAREKH, *rethinking 2002*); e 2006 (PAREKH, *Rethinking 2002*), p. 3; por todos, v., CRISTINA DE MAGLIE, p.63.

*mesma para determinados comportamentos ou estilo de vida*⁶⁴”.

Exemplo típico dos indivíduos deste grupo são os homossexuais que, apesar de aceitarem os princípios e se reconhecerem nos parâmetros impostos pelo sistema dominante, buscam o seu próprio espaço para desenvolver o seu *way of life* (o seu modo de vida). Têm, por exemplo, a sua própria conceção a respeito da família, do matrimónio, das relações de parentesco, dos filhos.

*b) À segunda categoria, definida por ele como «perspectival diversity»*⁶⁵ pertencem os que, no âmbito da política social seguida pela cultura dominante se mostram fortemente críticos ou mesmo radicalmente contrários ao conjunto dos valores dessa cultura dominante⁶⁶.

Exemplo típico dessa categoria são os movimentos feministas e ecologistas. Estes atacam a cultura de «todo» o sistema, considerado como machista; os ecologistas lutam contra «toda» a cultura dominante considerada tecnocrática e antropocêntrica.

1.2.1.2 Para KYMLICKA

"[...] estes grupos possuem uma «própria» cultura, uma «cultura» «localizada». Uma «cultura» como conjunto de costumes, de pontos de vista e de ethos de um grupo

⁶⁴ CRISTINA DE MAGLIE *ibidem*.

⁶⁵ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p.63.

⁶⁶ *Ibidem*

ou uma associação⁶⁷. A esta noção «localizada» de cultura corresponde, como contrário, uma noção «ampla» [...]»⁶⁸.

Para esta noção «ampla» de cultura (oposta a cultura em sentido localizado), KYMLICKA faz corresponder, por exemplo, casos como das democracias ocidentais que, por participarem todas elas numa mesma civilização industrial, laica e urbana (diversa do mundo feudal, agrícola e teocrática), pode se afirmar que têm uma «cultura» comum⁶⁹.

Estas duas definições acabadas de referir (de cultura em sentido amplo e em sentido restrito) não interessam para a noção de «cultura» que se discute aqui, por estarem despidas de aceção étnica.

Na mesma linha, a cultura da qual se discute aqui é aquela que, evidentemente, resulta das diferenças nacionais e étnicas, sendo a cultura, nesta aceção, **sinónima de nação ou povo**; uma comunidade intergeracional e que, do ponto de vista institucional, se apresenta mais ou menos completa e ocupa um determinado território, compartilha uma língua e uma história diferentes. Ao contrário de uma comunidade nacional onde os membros partilham uma mesma língua e uma história comum [ou a chamada alma comum (onde, quando algo atinge um, o facto em causa reflete-se no sentimento de todos ou da maioria, qual sentimento de um povo ou nação em relação às vitórias e derrotas da sua equipa de futebol: símbolo da unidade e da nacionalidade)].

⁶⁷ KYMLICKA, *La cittadinanza*, p.34. e De Maglie, *Los Delitos* cit., p. 63.

⁶⁸ DE MAGLIE, *Los Delitos* *idem*.

⁶⁹ DE MAGLIE, *idem*, p., 63.

E neste sentido, um Estado é *multinacional* quando os seus membros ou pertencem a diversas nações sendo, neste caso, um *Estado multinacional*; ou emigraram de diversas nações, sendo, neste caso, um *Estado poliétnico*; desde que, é claro, este fator se apresentar como elemento importante da identidade pessoal e da sua vida política⁷⁰.

E quanto às fontes desta diversidade étnico-cultural, podemos considerar as *minorias sociais* — também denominadas *minorias nacionais* — (que constituem a primeira manifestação da diversidade étnico-cultural) cuja existência não remonta a emigração ou, pelo menos, à emigração recente ou mais ou menos recente⁷¹. E são consideradas como *sociedades completas e funcionais*. Possuem uma língua e cultura próprias e organizadas sobre um território historicamente ocupado pelas mesmas. São grupos que têm sofrido um processo de absorção coativa por parte do Estado mais amplo (maioritário) — caso típico é o dos *québequois* no Canadá —, consideram-se verdadeiras «nações» e lutam para que se lhes seja reconhecido o direito a sua forma própria de autogoverno (1997, pp. 199, ss.)⁷².

A segunda manifestação da diversidade étnico-cultural é a emigração. E, conseqüentemente, *emigrantes*: aqueles cuja existência num território, decorre de *emigração*. Podem ser a) *emigrantes* ou b) *ilegais*.

⁷⁰ Ibid.; ver também, C. DE MAGLIE, Los delitos, p.63-64; BASILE, Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nell società multiculturali, 2010;

⁷¹ KYMLICKA, “Le sfide del multiculturalismo”, em Il Mulino, 46, 1997, trad. it., pp. 199 y ss.; id., “Stati multicultural e cittadini intercultural”, in BARDONE y ROSSI, Oltre le culture. Valori e contesti della comunione interculturale, 2004, pp. 173 y ss.; por todos, CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, ob. cit., pp. 64-65.

⁷² KYMLICKA; «Le sfide», ob. Cit., p. 200; C. DE MAGLIE, Los delitos, ob. cit., p. 64.

A emigração é o fenómeno que tem lugar quando indivíduos ou famílias inteiras decidem deixar a sua pátria para irem viver noutra país por razões económicas ou políticas.⁷³

Quanto ao exemplo do primeiro grupo (o das minorias sociais), podemos acrescentar os diversos grupos étnicos existentes nos diferentes países africanos, sobretudo na Guiné-Bissau ,e que não pertencem hoje a classe de imigração, mas de povos autóctones, povos originários, apesar de a história da África Negra (KI-ZERBO e outros) considerar a povoação como resultante de movimento migratório dos povos bantos, sobretudo.

Mas em relação a esses grupos étnicos da Guiné-Bissau, tendo em conta a natureza da sua vida dentro do Estado guineense, não se pode dizer que são nações em termos da classificação aqui apresentada para poderem, por exemplo, reivindicar o seu modo de autogoverno ou autonomia. Tem relevância comparativa apenas no aspeto de serem minorias nacionais (minorias existentes dentro do próprio país), do ponto de vista do Direito do Estado, quando comparado com as regras consuetudinárias de cada grupo étnico, nalguns dos seus aspetos culturais. Por exemplo, nas práticas ligadas ao fanado (alguns ritos que podem, de certa forma, contender com as normas do Direito Penal), manifestações de *kansaré* (na indicação dos responsáveis por determinadas situações, p. ex., morte na morança), etc.

Quanto à segunda manifestação da diversidade étnico-cultural (fenómeno de emigração), KYMLICKA faz distinção entre **a) cidadãos imigrantes, e b) ilegais.**

⁷³ **KYMLICKA**, *La cittadinanza multiculturale*, **cit.**, p. 35.

Aqui podemos considerar os diversos grupos imigrantes que se encontram em diversos países europeus e mesmo africanos, por exemplo, da sub-região oeste-africana e que, por motivos vários, hoje estão em localidades diferentes das suas origens.

Os primeiros são os indivíduos que chegam ao país (por exemplo Estados Unidos ou qualquer outro país) no qual vigora uma política de imigração que lhes permite adquirir o estatuto de cidadãos, preenchidos os requisitos de: a) determinado período de permanência no país do acolhimento; b) domínio da língua e c) da história do sistema e do país anfitrião⁷⁴.

Os segundos são, pelo contrário, os imigrantes que, de acordo com as leis do Estado de acolhimento, não reúnem condições para poderem ter direito à aquisição da cidadania (dentro de requisitos diversificados existentes em cada país para a aquisição de cidadania). E isto pode acontecer ou por terem entrado no país clandestinamente, ou por permanecer (m) no mesmo depois de expirados os vistos previamente concedidos. Podem inserir-se, de facto, de forma mais ou menos estável no sistema de países de destino, trabalhar — ainda que de forma clandestina —, viver em sua comunidade; apesar de poderem ser, em princípio, expulsos ou deportados para os seus países de origem, se são descobertos e identificados pela autoridade⁷⁵.

Na Guiné-Bissau, a aquisição da cidadania ou nacionalidade por parte de um estrangeiro que o pretenda, passa por preenchimento de uma série de requisitos da prova de integração na comunidade guineense e que passam desde prova da data e da forma da entrada no território nacional, como primeiro requisito para o preenchimento dos demais requisitos, passando pela prova

⁷⁴ KYMLICKA, «Le sfide», ob. cit., p. 201.

⁷⁵ KYMLICKA, «Le sfide», ob. cit., 201 e ss.

da integração propriamente diga que necessita do conhecimento da língua nacional — o crioulo —, e o domínio da cultura nacional através do domínio de demais elementos, para além da língua nacional. No que diz respeito à língua como requisito de integração, não se exige português no aspeto do domínio ou absorção da cultura nacional, porque, apesar de ser uma língua oficial, pode ser língua já falada por um indivíduo que chegou recentemente no país, não tendo, porém, domínio da cultura nacional. Por isso mesmo, mesmo podendo servir de elemento de domínio de uma das línguas faladas no país, não integra elemento fundamental do ponto de vista do domínio da cultura nacional.

Além disso, quando um estrangeiro chega ao país, uma das primeiras preocupações, senão a fundamental, é ter domínio do português como língua de comunicação oficial no país e com as autoridades do país nos termos oficiais. Mas o crioulo é um instrumento fundamental para o relacionamento e, sobretudo, integração cultural. E por ser de maior abrangência a nível do país, sobretudo em termos de pessoas que dominam a cultura nacional, pesa como elemento e prova do domínio da cultura, e que é exigido pela direção-geral da cultura para a instrução do processo de pedido da nacionalidade por parte de um estrangeiro que não a adquira por via do casamento — o casamento com um ou uma cidadã nacional dispensa os demais requisitos.

O crioulo facilita, de certa forma, a interação com as demais línguas do país, as línguas dos diversos grupos étnicos do país, facilitando o conhecimento das culturas étnicas por permitir, mais facilmente, a comunicação a nível nacional em termos de contactos mais abrangentes com as diversas realidades que encarnam as culturas étnicas que, no âmbito de crimes culturalmente motivados e que aqui interessa mais diretamente, fornecem da melhor forma, elementos de análise. Porque se

tivermos em conta que as línguas e os demais elementos culturais étnicos são fundamentais para a compreensão cultural⁷⁶, o crioulo, a par das diversas línguas nacionais, dos diversos grupos étnicos, congloba o maior número de falantes; uma vez que, mesmo os que falam essas línguas étnicas, há sempre um número considerável dos que, dentre estes, percebem e se expressam, de certa forma, em crioulo.

Defende SILVA DIAS, e.g., que para saber se o agente agiu com base na sua cultura partindo da correspondência com a cultura do grupo, é necessário, na prova cultural, fazer perguntas ligadas a forma da denominação do facto na cultura a que o agente alega ter se enraizado a sua conduta. Por exemplo, para o afastamento de suposto "ser estranho", saber que, na etnia papel do caso retirado pelo autor no seu "Problema"⁷⁷ o ser em questão se denomina de "ucó". E na etnia Balanta, p. ex., no afastamento da ameaça de gémeos, estes (gémeos) se denominam "Kunsa". Sobretudo se existir um nome especial para se designar o objeto ou o próprio facto.

Daí o domínio da realidade cultural residir no domínio de certa realidade linguística que não se apreende apenas com certo domínio fugaz. Por isso, nas perguntas relacionadas com a realidade cultural, não basta perguntar, ao nosso ver, alguns termos usados relativamente a certos factos; mas também, e fundamentalmente, procurar perceber se o autor compreende ao fundo o que envolve tais termos usados. Uma vez que os termos usados nas realidades dos grupos étnicos (e.g guineenses) têm significados profundos que, nalguns casos, mesmo quem tem conhecimento da língua, não domina alguns termos

⁷⁶ AUGUSTO SILVA DIAS, A Responsabilidade Criminal do 'outro', p. 95 e ss.

⁷⁷ AUGUSTO SILVA DIAS, O Problema, loc cit., p. 217 e ss.

profundamente no contexto em que são usados. Por exemplo, para os balantas, não basta saber que os gêmeos são designados «Kunsa» de que falou na sua importante obra sobre Infanticídio Ritual em África dos meses de Janeiro António CARREIRA Vol. XXVI (Infanticídio Ritual em África, (1971) 101)⁷⁸ e o Vol. XXVI (Infanticídio Ritual em África, Superstições)⁷⁹. Há necessidade de ter compreensão profunda do que envolve a situação dos gêmeos em causa, e qual a necessidade da cerimónia esconjuratória do gêmeo em concreto, onde haverá certos termos, símbolos e ritos correspondentes ao facto.

É necessário que o *perito cultural* coloque questões pertinentes, de acordo com a realidade cultural do rito que se presencia ou que está em causa. Esse perito cultural, neste caso e ao nosso ver, não precisa de ser um antropólogo ou etnólogo cultural, embora essa qualificação seja melhor (2015, p. 104.)⁸⁰. Mas uma pessoa que “está por dentro” da realidade cultural, dominando a linguagem de comunicação do grupo étnico em causa

⁷⁸ CARREIRA, A. (Janeiro de N.º 101 (1971)). O Infanticídio Ritual em África. Boletim Cultural da Guiné Portuguesa, XXV, pp pp. 149-217.

⁷⁹ CARREIRA, A. (Abril de N.º 102 (1971)). O Infanticídio Ritual em África: Superstições que envolvem a gravidez, o parto e a criança na primeira infância. Boletim Cultural da Guiné Portuguesa., Vol. XXVI, pp. 321-376.

⁸⁰ SILVA DIAS A Responsabilidade criminal de outro, p. 104: o Autor entende dever ser antropólogo ou etnólogo com investigação feita a nível do grupo em causa, bem como etnopsiquiatras estando, neste caso, absolutamente indispensável que o perito em causa perscrutar se o autor do facto preenche, com a sua atuação, os requisitos indispensáveis da prova cultural para a sua conduta ser considerada como integrante das condutas da cultura do grupo a que pertence. Só assim se considera válido o enquadramento da atuação do agente no âmbito de crime culturalmente motivado; ou seja:

“[é necessária] a prova cultural para uma realização da justiça penal em sintonia com os princípios da igualdade e da culpa [sendo que] esta obriga à convocação ao processo penal de intérpretes, antropólogos, etnólogos e etnopsiquiatras com conhecimentos especializados e/ou trabalho realizado junto do grupo etnocultural em questão. Sem esta infraestrutura qualificada a prova cultural será deficiente e inútil para dissipar o estado de incompreensão em que o juiz se encontra.”

pode servir para melhor poder decifrar o simbolismo concernente. A técnica é aquilo que se denomina de «prova cultural»⁸¹.

O problema de gémeos na etnia Balanta, por exemplo, é de a sobrevivência dos dois, e. g., constituir uma ameaça para a vida dos progenitores. sendo que a sobrevivência de ambos os gémeos acarreta, como consequência, segundo a crença arraigada na cultura balanta milenar, a morte de um dos progenitores. Isto é, não podem sobreviver os dois (ou mais, se forem trigémeos, por exemplo). O facto traz a morte de um dos progenitores; e para isso não acontecer, um dos gémeos dos (ou alguns dos mesmos) terá de ser “afastado” por meio, por exemplo, de abandono num sítio isolado para que possa ser acolhido por um outro indivíduo (um estranho) que, eventualmente, o encontrar.

A classificação formulada por KYMLICKA (1997, p. p. 200 e ss.)⁸², apesar de dar elementos válidos para o delineamento do «entendimento de cultura» — do que deva ser entendido por cultura — para os efeitos do conceito de crimes culturalmente motivados [a concepção «étnica» do conceito de «cultura»], é, necessariamente, restrita uma vez que deixa de fora certos estilos de vida, como, por exemplo, as associações voluntárias, certos movimentos sociais, mostrando a marginalização das mulheres, dos homossexuais e dos portadores de deficiências. Estes grupos ultrapassam os limites dos grupos nacionais e étnicos, encaixando-se nas culturas maioritárias e nos Estados nacionais homogéneos, sendo de afastar, pois, das minorias nacionais ou grupos étnicos⁸³.

⁸¹ V., a este respeito, A. S. DIAS, *A responsabilidade criminal do 'outro'* 2015, 107.

⁸² *Le sfide del multiculturalismo, Il Mulino*.

⁸³ C. DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 65.

1.2.1.3 Problemática das minorias e maiorias na sociologia política

Outro elemento relevante do ponto de vista dos crimes culturalmente motivados, e que está ligado ao conceito de cultura, é a questão da noção das minorias e maiorias, que merece um tratamento especial na antropologia política e que, apesar de não poder ser tratada aqui com profundidade (por não ser o nosso objeto de estudo), merece uma olhadela.

Quanto a esta questão, Boutros GHALI, na sua tridimensionalidade da cultura (modo de vida, ecumenismo e particularismos sociais) sublinha, ao respeito da diferenciação étnico-cultural, os chamados "particularismos sociais", que nada mais, nada menos parece significar que não seja a própria diferenciação cultural conforme os grupos identitários. Esta menção tem como escopo esclarecer as denominações "minorias" e "maiorias" étnicas usadas pela sociologia política.

Assim, para os conceitos da sociologia política, as minorias são agrupamentos humanos inseridos em determinadas sociedades onde as suas influências não são significativas relativamente às decisões políticas, que são pertenças de camadas sociais. E estas é que pertencem às categorias denominadas de "maiorias".

A "minorias", nesta aceção, é, assim, uma "minorias sociológica" e não numérica. Isto é, não é em função de número que uma população constitui técnico-sociologicamente uma "minorias" ou uma "maiorias" em determinada sociedade. Basta lembrarmos que na república sul-africana, os negros constituíram, durante muito tempo, uma "minorias sociológica" relativamente aos descendentes dos brancos (os *Boers*, sobretudo); não obstante

constituírem, em termos factuais, ou numéricos, a maioria esmagadora do povo sul-africano.

As mulheres constituem “minorias sociológicas” em determinados contextos, apesar de, em termos numéricos factuais, poderem ser a camada maioritária naqueles contextos sociais. Determinadas religiões podem ser consideradas “minoritárias” em caso de existência de religião oficial que, por ter predomínio na ideologia reinante ou na coletividade nacional, constitui “religião maioritária”, podendo não significar isso que ela tenha maior número de seguidores (muito embora em tempos de religião oficial ou de Estado, aquela considerada oficial tem normalmente maior número de seguidores)⁸⁴.

Podem ser também «minorias linguísticas» pessoas que, em virtude da sua língua que não é da maioria das pessoas do Estado em que se encontram, constituem «minorias linguísticas», sendo, para os efeitos sociológicos, minorias sociais ou étnicas no aspeto linguístico

É de referir que apesar de críticas sobre a confusão do uso do termo relativamente à raça negra, inicialmente foi firmado o

⁸⁴ Que até podem ser seguidores meramente nominais, mas não praticantes, sendo-o por mera atribuição em documentos oficiais. Há relatos (orais) não oficiais de que, nos tempos da mistura da religião com o Estado, nalguns países (por exemplo, Brasil), a religião oficial era a religião supletiva que, em caso de não ter sido declarada nenhuma pelo indivíduo, era lhe atribuída aquela religião oficial, que pertencia a classe dominante. Por exemplo, em caso de um recenseamento, quando era perguntado ao recenseando a sua religião e não declarasse pertencer a uma dada religião, nomeadamente a católica que era, na circunstância, a mais dominante, era lhe atribuída a religião oficial — a católica—, fazendo-se constar no seu documento como sendo de tal religião oficial.

Por outro lado, e tendo em conta o sistema de ensino (como acontecia nas colónias portuguesas) em que se adotava e se ensinava a religião católica nas escolas, as pessoas que frequentavam escolas, eram obrigadas a frequentar igreja católica, batizando-se, sem que isso significasse que viessem a ser praticantes da mesma religião.

seu uso nesse sentido tendo referido, a propósito⁸⁵ que o termo minorias étnicas teve uso na Inglaterra, quiçá na Europa, para designar a população negra aparecendo na linguagem da comissão londrina para a luta contra a exclusão sanitária e social, indiferentemente, como «*black and minority ethnic*» e «*black and ethnic minority*».

Só com o decorrer dos tempos é que o termo veio a ser extensivo aos asiáticos não brancos e outros não inicialmente abrangidos na mesma categoria.

Enfim, podemos concluir provisoriamente (partindo dessa perspectiva) que o termo “minorias étnicas” teve emprego para designar a população não branca no contexto europeu.

MODOOD, por sua vez, procura o conceito de grupos étnicos (ou minorias étnicas) a partir de caracteres genéticos próprios que diferenciam os membros de um determinado grupo com os doutro grupo⁸⁶. Essa conceção é criticável como o fez Kenneth SMITH⁸⁷, no seu estudo. E o argumento da crítica reside no facto de uma raça humana não ser, necessariamente, um grupo étnico. Uma vez que, ao adotar-se o conceito da minoridade étnica com o mesmo significado da raça, estar-se-ia a não enveredar pela precisão terminológica porquanto uma raça não é necessariamente uma minoria étnica salvo em determinados contextos próprios⁸⁸.

Disse Kenneth SMITH:

⁸⁵ ASPINAL Collective terminology, loc. Cit., p. 804 e ss.

⁸⁶ V. KENNETH SMITH, KENNETH SMITH, Some Critical Observations on the Use of the Concept of ‘Ethnicity’ in MODOOD et al., Ethnic Minorities in Britain, 2002, p. 403.

⁸⁷ KENNTTH SMITH, Some Critical cit., p. 403.

⁸⁸ KENNTTH SMITH cit., Some, p. 403: (SMITH 2002, loc. cit., 403).

"Em princípio, um grupo étnico pode ser definido como uma comunidade cuja herança genética oferece importantes características em comum entre seus membros e que lhes faz distinguir-se perante outras comunidades. Aí está uma fronteira que nos separa dos demais e pode ser provável reconhecer-se a distinção tanto de um como de outro dos lados dessa fronteira. Etnicidade é um fenômeno multifacetado baseado na aparência física, identificação subjetiva, afiliação cultural e religiosa, estereótipos e exclusão social. Mas não é possível descrever, a priori, qual pode ser a chave das características distintivas; os componentes da etnicidade podem ser diferentes dentro da Grã-Bretanha comparada com, suponhamos, Irlanda de Norte, Bélgica, Bósnia, Estados Unidos, Ruanda, Índia ou Singapura. Então, é necessário adotar a flexibilidade e aproximação prática para escolher o critério específico para distinguir as importantes fronteiras étnicas em qualquer sociedade em particular^{89/90}."

Assim, não se pode dizer que a raça negra (sobre que nalgumas circunstâncias e lugares é usado este termo) é sempre uma minoria étnica em termos numéricos. Isso porque no contexto dos países

⁸⁹ SMITH, loc. cit. ibidem.

⁹⁰ A nossa tradução das seguintes palavras de SMITH, [tradução livre]:

"In principle, an ethnic group would be defined as a community whose heritage offers important characteristics in common between its members and which makes them distinct." from other communities. There is a boundary which separates `us` from `them` and the distinction would probably be recognized on both sides of that boundary. Ethnicity is a multi-faceted phenomenon based on physical appearance, subjective identification, cultural and religious affiliation, stereotyping and social exclusion. But it is not possible to prescribe in advance what be different within Britain compared with, say, within Northern Ireland, Belgium, Bosnia, the United States, Rwanda, India, or Singapore. So it is necessary to adopt a flexible and practical approach to choosing the specific criteria to identify the important ethnic boundaries in any particular society."

africanos onde o predomínio é da raça negra, os negros não constituem minorias étnicas que, desta feita, poderão ser outros grupos raciais ali existentes e que não preencham requisitos para a qualificação sociológica de "maioria étnica"; isto é, que poderão ser considerados "minorias étnicas": quando no contexto de um Estado ou duma sociedade, aquele ou um determinado grupo constitua a força dominante política e economicamente, estaremos perante uma "minorias" étnica que pode ser uma etnia negra ou chinesa ou qualquer outra.

Por outro lado, o próprio conceito de MODOOD deixa claro que dentro de uma determinada população, podemos encontrar identidades étnicas distintas quando admite a possibilidade de se identificar diferenças étnicas dentro da Grã-Bretanha, ou de qualquer outro país como Estados Unidos da América, Bélgica, Bósnia, Índia, Ruanda ou Singapura.

Se na definição de grupos étnicos em si possa caber, de algum modo, o conceito de raça, isso não pode levar à confusão entre o que seja uma raça e o que seja uma etnia. E nem será de se enquadrar esses grupos ou esse grupo no conceito de "minorias étnicas" cujo uso se tem confundido com o dos grupos étnicos nos trabalhos dos tratadistas britânicos como é de notar, partindo dos seus textos.

Portanto, minorias étnicas não se definem necessariamente pela caracterização fenotípico-morfológica e ou morfológico-genética em geral. Mas pelas circunstâncias especiais de ausência da detenção de certo domínio, normalmente económico, político ou social.

Já nos EUA, o termo teve o uso para se referir às populações sujeitas a dominação de toda a espécie ou povos sob qualquer dominação, seja ela económica, racial, etc.

Baseando-nos nesta conceção de "minorias étnicas", teremos que as minorias constituem, sempre, um agrupamento de pessoas que carecem de expressividade social em determinada sociedade. Seja uma expressividade em termos de opinião sobre o assunto do interesse público em geral, seja no respeitante ao seu interesse coletivo, em particular.

Seguindo esta lógica, somos levados a chegar à conclusão de que serão «minorias étnicas», nos termos da conceção que vem traçada inicialmente, todas aquelas etnias ou grupos sociais que, dentro de uma dada sociedade, não dispõem de força de expressão para exercer influência sobre quaisquer assuntos, sejam eles do interesse da coletividade mais ampla onde se insere, sejam eles, sobretudo, da sua coletividade mais restrita ou particular.

Assim, embora as características próprias de cada grupo humano possam concorrer para a qualificação de minorias étnicas, essas não relevam sempre para essa mesma qualificação por ser esse tipo de caracterização demasiado abrangente desvirtuando o conceito de etnicidade minoritária.

Se atentarmos na raça negra na Inglaterra, ou aos asiáticos neste mesmo país ou em qualquer outro contexto europeu, por exemplo, teremos sempre que neste tipo de sociedade, alheia a identidade desses povos que, por conseguinte, se debatem com sério problema de reconhecimento social em todos os aspetos sobre que se fala da integração, aliado ao problema da identidade das sociedades do acolhimento que, por serem diferentes das da

sua origem, demonstrem, sob os mais amplos aspetos, a repulsa quanto à qualquer que seja uma nova identidade cultural, sendo, por este motivo, denominados de minorias étnicas, tendo em conta o contexto em que se inserem.

Assim, serão minorias étnicas, ou quaisquer outras minorias, parcelas de população que vivem em determinadas localidades onde ostentem a sua identidade cultural, linguística ou religiosa, mas que se apresentem como força ou com força igual relativamente àquilo que é a identidade cultural, linguística ou religiosa existente naquela mesma localidade⁹¹.

O uso do conceito aqui (no âmbito da nossa abordagem) é um conceito amplo das minorias englobando as diferentes modalidades sob as quais podem se caracterizar as minorias.

Neste âmbito, a definição dada pelo Francisco CAPOTORTI (1979)⁹² e PETRIČUŠIĆ (2005, p. p. 3 e ss.)⁹³, apesar de mostrar dificuldade de se conseguir um conceito apropriado e cabal sobre o termo minorias, trouxe elemento novo por procurar alcançar aspetos como

- a) a minoridade (ou inferioridade) numérica;
- b) a ausência de posição dominante;
- c) a nacionalidade;

⁹¹ Esta força é em termos de marca e direito ao reconhecimento da identidade cultural própria.

⁹² Francisco CAPOTORTI, "Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities," Geneva, UN Center for Human Rights, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/ADD.1 — 7., 1979.; Sobre a definição da minoria, e diversidade de entendimento sobre o conceito de minorias.; também sobre a matéria da proteção das minorias étnicas, v., ver igualmente, entre outros, Francesco CAPOTORTI, The Protection of Minorities under Multicultural to Agreements on Human Rights. The Italian Yearbook of International Law, 1976, II.

⁹³ Cfr. também, Antonija PETRIČUŠIĆ, The Rights of Minorities in International Law, in Croatian International Relations Review, Vol. XI, n.º 38/39, 2005, pp. 3 e ss, disponível em: <https://bib.irb.hr>, consultado no dia 03-02-19, às 12:00H

- d) características étnicas:
 - i) religiosas; ou
 - ii) linguísticas;
 - iii) sentimento de solidariedade;

- e) ou seja: preservação de cultura:
 - i) tradições;
 - ii) religião ou língua⁹⁴.

Mas, apesar de trazer elementos novos e enriquecedores do mesmo conceito, não deixa de padecer de críticas por engendrar aspetos que nem sempre podem ser tidos em conta para o enquadramento do mesmo conceito. Senão, vejamos:

A minoridade (ou inferioridade) numérica referida não se caracteriza sempre para a presença daquilo que é denominado, na sociologia política, como sendo minoria assim como a maioria numérica não se caracteriza sempre para a identificação da maioria étnica. Basta termos em recordação os casos exemplificativos referidos anteriormente, ou seja, de África de Sul onde a maioria numérica negra permaneceu durante longo tempo como minoria em virtude da ausência da posição dominante por parte dela e que pertencia à minoria numérica branca, das mulheres que podem ser maioria numérica em determinada

⁹⁴ Define CAPOTORTI [(CAPOTORTI, The protection of Minorities 1976, p. 14) e também [CAPOTORTI, «Study» 1979 (n.º 5)] uma minoria como sendo (verbis):

“Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado e numa posição não-dominante, cujos membros — sendo nacionais desse Estado — possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas que o diferem das do resto da população e mantêm, ao menos implicitamente, um sentimento de solidariedade no sentido de preservarem a sua cultura, tradições, religião ou língua.”

Também, no mesmo sentido, Antonija Petričušić, The Rights of Minorities in International Law: Tracing Developments in Normative Arrangements of International Organizations Croatian International Review, cit., p. 4.

sociedade (e normalmente) não obstante isso, conservar posição de minoria, etc.

A nacionalidade parece (embora seja discutível a posição que pretendemos aventar) excluir agrupamento humano existente em determinada sociedade, mas que se encontra deslocada da sua nacionalidade estando a viver naquela sociedade na posição de emigrante que não reúne (ainda que temporariamente) requisitos para ser considerada uma minoria com base na sua nacionalidade relativamente àquele Estado. Até porque o não reconhecimento da nacionalidade pode configurar violação dos direitos das minorias e não um elemento descaracterizador da minoridade. Por essa razão é que os documentos internacionais se referem ao Direito à nacionalidade entre os direitos das minorias.

Por outro lado, as características étnicas a que se refere Capotorti⁹⁵ reportam-nos aos caracteres fenotípico/morfológicos e/ou morfológico/genéticos de MODOOD, embora aqui não mereçam crítica do ponto de vista do enquadramento por Capotorti incluir na sua definição as minorias raciais, e não já faz a mistura entre o conceito de minorias étnicas e o das raças, crítica que se dirigiu ao MODOOD.

O enquadramento de CAPOTORTI leva em conta, ao nosso ver, o ponto de intersecção entre as minorias na sua generalidade⁹⁶, e que é de padecerem de índice de inferioridade face às maiorias relativamente ao domínio ou influências perante a sociedade em que se encontram inseridas.

⁹⁵ Define CAPOTORTI, *The protection of Minorities* 1976, p. 14 e também CAPOTORTI, «Study» 1979, n.º 5 uma minoria como sendo (verbis).

⁹⁶ Sejam elas de ponto de vista étnico, religioso, racial, cultural, económico, etc.

Merece reparo elemento «nacionalidade» de CAPOTORTI pelo simples razão de não distinguir, nitidamente, a nacionalidade como podendo constituir, de per se, característica de minoria, parecendo incluí-lo como concomitante dos demais elementos por ele apresentados para o preenchimento da categoria minorias e a própria leitura da mesma definição não nos fornece saída para isolá-lo desses demais.

Importa é, sim, o elemento força de expressão ou posição de influência dentro de uma dada sociedade relativamente aos outros elementos da mesma sociedade para que nos encontremos face a uma minoria, seja ela étnica, religiosa ou linguística, bem como económica ou política.

É o fator posição dominante que vai definir a maioria e a minoria dentro de uma determinada sociedade, consoante essa mesma posição dominante pertence a uma ou outra das camadas da população⁹⁷ existente nessa sociedade.

Quanto às populações ou povos autóctones, estas se consideram como sendo aqueles indivíduos ou agrupamentos que nasceram num determinado território e permaneceram naquela localidade com as suas crenças e modos de vida, de certa forma, sendo de ter em conta como elemento mais saliente da sua caracterização, o fator nascimento em determinado território do ponto de vista do qual são tomados em conta no que concerne à sua caracterização e consideração relativamente àqueles oriundos dos outros territórios, nomeadamente das metrópoles (partindo do

⁹⁷ Recorde-se que o termo população corresponde, juridicamente, aos habitantes que não têm que ser entendidos como sendo o povo, ou componente nacional da sociedade. É um termo mais amplo que procura referir-se às pessoas que vivem em determinado território do Estado, independentemente de terem ou não nacionalidade desse mesmo Estado.

ponto de vista que o termo era mais utilizado quanto ao sistema colonial⁹⁸).

Contrariamente às minorias étnicas, os povos ou populações autóctones são caracterizados pelo nascimento e vivência num determinado território. Neste prisma do sistema colonial onde eram mais usados dois termos; serão povos autóctones, aqueles que nasceram nos determinados territórios coloniais a partir dos quais são tomados em conta para à consideração relativamente aos outros que vieram povoar os mesmos territórios, oriundos das metrópoles.

Neste particular, não relevará muito o fator permanência naquele mesmo território concreto, mas o facto de terem nascido no mesmo território em causa e um outro indivíduo em comparação ao qual ele é tomado em conta não ter nascido no mesmo⁹⁹.

O fator permanência no território donde se é natural tem a sua importância relativamente à consideração de ser ou não autóctone; mas esta relevância só fará sentido se se tomar em conta o nascimento da pessoa naquele mesmo local.

Assim, um guineense que vivesse em Portugal metropolitano ou numa das colónias deste, não deixaria de ser considerado autóctone da Guiné só pelo facto de estar a viver fora dessa mesma colónia. Não o será quanto ao território onde vive. Mas sê-lo-á relativamente ao território de origem, ou seja (no caso exemplificativo) a Guiné portuguesa.

⁹⁸ Isto quanto aos territórios coloniais. Porque há autóctones dos territórios não coloniais.

⁹⁹ Seja por ter nascido na metrópole, seja por ter nascido num outro território do mesmo império ou um outro território pertencente à mesma metrópole, ou possessão da mesma metrópole. Por exemplo, um Angolano na colónia da Guiné não era autóctone neste território e vice-versa.

As minorias, sejam elas étnicas ou religiosas ou, ainda, raciais, e populações autóctones têm é de comum ou podem ter em comum um ponto fundamental que é a situação da discriminação a que umas e outras, às vezes se encontram submetidas¹⁰⁰). Esta poderá ser positiva quando visa conceder

¹⁰⁰Discriminação essa que pode revestir facetas mais dispares possíveis. Desde, por exemplo, a recusa ao reconhecimento da vantagem de forma aberta, como de forma encoberta. Podemos nos valer de exemplos clássicos dados por PAULO FERREIRA DA CUNHA («Igualdade» 1999) para quem é discriminado encontra-se perante dificuldades de vária ordem para conseguir fazer valer seus direitos porquanto as portas para a solução dos problemas e os mecanismos jurídicos (e diríamos mesmo os mecanismos factuais normais) encontram-se-lhe fechados não podendo ter acesso aos mesmos tal como os demais. Este é o aspeto que assume a discriminação no mundo atual onde o slogan anti-discriminatório se faz sentir mais fortemente e inibe o mais insensível e desavergonhado racista ou tribalista. Até é costume hoje se apresentar, de antemão, como arma de defesa, a afirmativa: eu não sou racista, ou eu não sou tribalista, ou os meus ascendentes são da raça X ou Y para esconder, às vezes o mais hediondo espírito racista ou tribalista.

Afirma o mesmo professor da Universidade de Lisboa, a propósito da discriminação dissimulada, o seguinte:

“Uma característica que é pedra de toque da discriminação, nos nossos dias, é que ela não se invoca a si mesma, antes diuturnamente se aplica com argumentos hipócritas, sistematicamente laterais face ao que importa.

“O senhor A não tem licença para construir não porque é da raça violeta, mas porque passou um prazo (enquanto o vizinho da raça azul-céu fez o mesmo, mas ninguém deu por isso); B não entra no emprego X não porque professa a religião Y, mas porque até ultrapassou o limite de idade (mas houve uma exceção para o caso de Z, que obviamente não se podia aplicar a B) etc., etc....

Tal foi a subtileza de que se revestiu a maquinação: “pensada lei, pensada malícia.”

“Quem é discriminado não tem, ao nível dos instrumentos normais do sistema jurídico, meios adequados: porque esbarra com múltiplos escolhos. Não se encontra, perante o custo dos processos e do patrocínio forense, em pé de igualdade com qualquer empresário, e muito menos face à administração pública. Muitas vezes é vítima de chantagem (efetiva ou virtual: temor bem mais que reverencial) que o inibe de qualquer reclamação e muito mais ainda da mínima atitude contenciosa.”

A assertiva do professor lisboeta enquadra-se no dia-a-dia das relações humanas dos tempos modernos e é a realidade insofismável e sentida por todo e qualquer indivíduo, qualquer que seja a posição por ele ocupada na sociedade relativamente ao fenómeno discriminação. E verifica-se na prática do dia-a-dia: muitas vezes, em situação igual com os outros, quem é discriminado sofre maiores exigências e que não são direcionadas a outros indivíduos que se colocam na mesma situação. Tem que se esforçar mais em tudo, porque as exigências lhe obrigam a destacar-se mais de que os outros para poder estar no mesmo nível de consideração com estes. Quando, se não fosse a situação especial em que

benefícios reconhecidos relativamente à maioria, ou grupo (ou grupos) dominantes; e negativa quando exclui de vantagens ou benefícios reconhecidos à maioria ou ao grupo ou grupos dominantes.

1.3 Cultura (continuação): Cultura E GRUPO DE PERTENÇA

1.3.1 Os requisitos do grupo de referência:

Crime culturalmente motivado tem a ver com o facto de ser cometido com fundamento na pertença a uma dada cultura a que o agente se insere (como já ficou visto) e ser a influência deste mesmo grupo que o levou a cometê-lo sendo um facto aceite como normal e até exigido naquelas circunstâncias.

Apesar de ser discutível, a há tese valiosas no sentido de se ter em conta que comportamentos com base na cultura pode engendrar problemas como, e.g, do terrorismo, enquanto fenómeno cultural, os requisitos apresentados por alguns autores como fundamentais para se considerar um comportamento como integrante de um crime culturalmente motivado procuram, de certa forma estabelecer *modus faciendi* para descorticação dos factos que possam preencher os chamados crimes desse jaez. São os requisitos que conduzem ao grupo de referencia como grupo étnico que pertença o autor do ato considerado como crime, mas que em contexto cultural diferente, e que condiciona a ação do mesmo autor, é tachada de normal e aceite; dizem alguns, até incentivada.

é colocado pelo sistema discriminatório do meio em que se encontra, ter-se-ia destacado e conforme a praxe social, teria recebido maiores louvores de que nunca os outros, com ele igualados, se beneficiariam naquele contexto em concreto, e que seria muito maior; porque o sistema lhe veda as oportunidades, sendo o seu sucesso, sempre fruto do seu enorme sacrificio comparativamente aos outros.

E os requisitos que o grupo de referência deve apresentar para o efeito de o crime cometido pelo indivíduo ser considerado crime culturalmente motivado são elencados por CRISTINA DE MAGLIE¹⁰¹, seguindo o esquema previsto por MARGALIT e RAZ nos anos 90, e que é integrado pela literatura especializada na matéria, sendo os seguintes:

- 1) Uma cultura comum;
- 2) A cultura do grupo e a formação do indivíduo;
- 3) Pertença ao grupo e reconhecimento recíproco: os efeitos internos;
- 4) Reconhecimento do grupo e autoidentificação;
- 5) Pertença e reconhecimento: efeitos externos;
- 6) Pertença e aquisição.

Em primeiro lugar, e sem olvidar da alerta que foi feita no Capítulo I (sobre a apresentação do tema), o grupo deve apresentar caracteres comuns, ou seja, deve ter uma cultura comum, entendida na aceção étnica já vista anteriormente, cultura essa que não é algo fixo, mas sim em contínua evolução como já visto.

A cultura, neste prisma, deve ter reflexo decisivamente no estilo de vida dos elementos do grupo no que respeita aos seus comportamentos, tipos do trabalho, objetivos que um tem por escopo na sua vida privada e na vida pública, as relações interpessoais, etc. podendo se encontrar dentro de determinados grupos étnicos, por exemplo, forma típica de cozinha, de literatura, arte, música, cerimónias, vestimenta, e, naturalmente, a língua e a religião¹⁰².

¹⁰¹ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 55 e ss.

¹⁰² V. C. DE MAGLIE, Los delitos, cit., 65 e ss

Estes elementos não precisam de estar presentes cumulativamente para se falar de «cultura de grupo», mas sim tratam-se de elementos “que caracterizam as pessoas e os outros grupos e que são sérios indicadores do direito à autodeterminação”¹⁰³.

Em segundo lugar, há que se ter em conta que os indivíduos que crescem dentro de um grupo adquirem a cultura deste mesmo grupo. Esta cultura «marcará o seu carácter»¹⁰⁴: os gostos e as decisões, tanto nos aspetos da vida privada como nos da vida pública, estão por isso profundamente condicionados pela cultura do grupo de pertença. É claro que esta «marca de fábrica» não impede que os indivíduos modifiquem a sua própria cultura originária abrindo-se à influência de culturas novas e diversas. Mas o que é necessário ter em conta — dada a natureza condicionante da cultura dos grupos de que se trata aqui —, é a sua influência sobre os indivíduos que tem crescido dentro desses grupos sendo profunda e extensa. Por outras palavras, há que se ter em conta o vínculo que existe entre a preocupação pela salvaguarda do grupo e a preocupação pelo bem-estar do indivíduo; vínculo esse que constitui o núcleo do conceito de autodeterminação¹⁰⁵

¹⁰³ MARGALIT e RAZ, «Nation Self-Determination», p. 442 e ss.

¹⁰⁴ MARGALIT e RAZ, «Nation Self-Determination», p. 442 e ss

¹⁰⁵ Ibid.; ver, por tudo, CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, ob. cit., p. 66.

Capítulo III

Conflitos culturais

1. Tensão entre a identidade e o outro

1.1 Teoria de conflitos

A história de concepções culturais tem a ver com a problemática de conflitos sociais, entre indivíduo e o grupo bem como entre os grupos, podendo envolver uma conflitualidade latente (em certas situações e sociedades) ou aberto (não dissimulado, ao contrário do latente) não só entre os grupos do mesmo nível, como entre os grupos minoritários e majoritários (assim como entre súbditos e autoridades.)

Recorde-se, aqui, o que ficou dito supra sobre o conceito político-sociológico das minorias e majorias. Muitas das vezes as minorias não correspondem, realmente à minoridade sociológica real: o que chamamos aqui de minorias são, quantitativamente, a maioria da população. Na maioria das vezes, o termo minoria refere-se, na sociologia, a grupos sociais historicamente excluídos do processo de garantia dos direitos básicos por questões étnicas, de origem, por questões financeiras e por questões de gênero e sexualidade.

Também podem entrar no conceito pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social, como idosos e portadores de necessidades especiais.

1.1.1 Identidade e alteridade

Pode haver um conflito entre indivíduo e o seu grupo de pertença. É outra das modalidades de conflito (conflito entre a

identidade e o outro): o que sou, ou o «eu» e o «outro» ou os «outros», tal como demonstra a tese de Rodolfo SACO e Samuel HUNTINGTON onde, para a tese das fontes de conflito, é resumido este no fator relação entre a «identidade e alteridade» aqui está em causa a diversidade ou confronto ou oposição entre o «igual e o diverso».

Quando se fala de sociedade multiétnica e de multiculturalismo, é indispensável falar de «conflitos culturais». Esta temática de diferença entre os indivíduos, e mesmo entre os grupos, ou entre «a identidade e o outro» dividiu, desde sempre, os historiadores, politólogos, sociólogos, filósofos e juristas que têm se dedicado ao tratamento teórico especial deste binómio irreduzível: «a identidade e o outro»¹⁰⁶.

Revela-se um tema de extrema importância em matéria dos crimes culturalmente motivados porquanto estes resultam de confronto entre a sociedade dominante e a dominada, entre a cultura maioritária (dominante), e a minoritária (dominada). Em suma, é o resultado de confronto entre as classes dominantes e grupos sociais — uma matéria privilegiada de conflitos sociais de que resulta o enquadramento da solução de integração social: aceitação e rejeição de determinadas camadas sociais dentro de uma dada sociedade. Seja em razão da migração, seja em virtude de pertença a um grupo étnico dentro de uma dada sociedade, ou de pertença a uma dada nação, dentro de um território ocupado por um grupo considerado maioritário por possuir o peso do ponto de vista sociológico (ter mais de 50% da população).

Por isso, este binómio faz parte intrínseca e indissociável da matéria relacionada com os crimes culturalmente motivados qual fio

¹⁰⁶ Sobre o tema, pode se ter em conta AAVV, “Symposium: Law and Cultural Conflict”, in *Chikent. L. Rev.*, 2003, pp. 479 e ss.

condutor do surgimento dos factos culturalmente motivados. Resultado da predominância de uma cultura sobre outra numa relação social, verificando-se tensão entre a cultura dominante e a dominada. Esta relação da dominação e subordinação verifica-se por qualquer que seja motivo, mas tendo em conta o primado de sujeição ao comando legal originário da classe que domina. Surge o fenómeno das conceções de comportamentos estranhos a essa realidade dominante com conseqüente necessidade de resolução do problema em causa com vista a viabilização da convivência sem transtornos sociais relativamente a classes antagónicas do ponto de vista de interpretações dos valores sociais.

O Problema de tensão entre a identidade e o outro que, como acabou de ser afirmado que dividiu, desde sempre, a opinião entre os historiadores, politólogos, sociólogos, filósofos e juristas, encontrou similitude de pontos de vista entre SACCO e HUNTINGTON na medida em que:

Para a tese de RODOLFO SACCO, que, em sua recente obra *Antropologia giuridica*, dedica importantes páginas a estas duas “qualificações antitéticas” — a contraposição entre nós e o outro (o alheio, o estrangeiro), e as possíveis reacções face a alteridade¹⁰⁷ —, “uma comunidade pode constatar que outra comunidade satisfaz um maior número de necessidades e de desejos: fabrica construções muito altas; faz voar aviões; utiliza motores; se comunica à distância”¹⁰⁸. Perante esta situação, a reacção do «operador», afirma SACCO (seguido aqui de perto por CRISTINA DE MAGLIE¹⁰⁹), pode então tomar dois caminhos distintos: ou é uma reacção de admiração aliada ao desejo de imitação, ou é uma reacção de ciúme. Ciúmes, culturas, continua o Autor, “conduzem ao desejo de destruir a cultura

¹⁰⁷ SACCO, *Antropologia giuridica*, 2007 (SACCO 2007), p. 62.

¹⁰⁸ SACCO, *Antropologia giuridica*, 2007, p. 63.

¹⁰⁹ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, p. 49.

rival [...]”. O ciúme para culturas mais felizes é uma das chaves fundamentais da história humana¹¹⁰.

Por sua vez, SAMUEL HUNTINGTON, o famoso politólogo estudioso dos choques de civilizações, fala do reconhecimento da diferença entre identidades como possível fonte de mecanismos que levam a situações de conflito cultural. Para ele:

“A identidade conduz à diferenciação. A diferenciação implica comparação, quer dizer, a identificação dos aspetos pelos quais o «nosso» grupo se diferencia do «seu». A comparação, por sua vez, gera uma valoração: as lógicas do nosso grupo são melhores ou piores que as do seu. O egotismo de grupo leva à justificação: as nossas lógicas são melhores que as suas. Uma vez que os membros doutro grupo estão inseridos num processo análogo, as justificações em conflito provocam a competição. Devemos demonstrar a superioridade das nossas lógicas sobre as suas. A competição leva ao antagonismo e à «dilatação» das que inicialmente pareciam divergências limitadas, em divergências mais intensas e radicais. Criam-se estereótipos, o adversário é demonizado, o outro se transforma em inimigo”¹¹¹.

1.1.2 Conflitos interno e externo

1.1.2.1 Conflitos primários e secundários – Posição de SELLIN

O tema dos «*cultural conflicts*» teve o primeiro tratamento de fundo nos anos trinta do século XX, com a Escola de Chicago. Com efeito, foi o sociólogo TUORSTEN SELLIN que, ao estudar a criminalidade dos imigrantes no seu célebre livro de 1938, se

¹¹⁰ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p.64

¹¹¹ HUNTINGTON, La Nuova America, p.41, C. DE MAGLIE, Los delitos culturalmente motivados, p. 49.

debruçou pela primeira vez sobre os “conflitos culturais”¹¹². No seu estudo, parte da premissa de que toda a sociedade possui as suas próprias «normas de conduta» que prescrevem os comportamentos que as pessoas devem ter em determinadas situações e que são transmitidas de geração em geração¹¹³. Mas enquanto nas sociedades simples, homogéneas no plano cultural, estas normas de conduta tendem a converter-se em leis e a desfrutar de um consenso geral, nas sociedades modernas, heterogéneas no plano cultural, é muito frequente a possibilidade de conflitos entre as normas dos diversos grupos¹¹⁴. Eis o enunciado da teoria dos “conflitos culturais”, na perspetiva de SELLIN¹¹⁵:

«Os conflitos culturais são o resultado natural de um processo de diferenciação social que produz uma infinidade de agrupações sociais, cada qual com o seu próprio sistema ou forma de vida, a sua própria interpretação das relações sociais, a sua própria ignorância ou interpretação equivocada dos valores sociais dos outros grupos. A transformação de uma cultura de um modelo homogéneo e bem integrado a modelo heterogéneo não integrado está por isso acompanhada de um aumento das situações de conflito. Vice-versa, as operações ligadas a um processo de integração levarão a uma redução das situações de conflitos»¹¹⁶.

Para SELLIN, estes conflitos culturais se dividem em duas categorias: os **conflitos de primeira categoria** ou os conflitos

¹¹² SELLIN, Culture Conflict and Crime, 1938, p.29; por tudo, C. DE MAGLIE, Los delitos, p. 64.

¹¹³ SELLIN, “Sociological Approach”, in WOLFGANG, SAVITZ y JOHNSTON (cords.) The Sociology of Crime and Delinquency, 2.^a ed., 1970, p. 6. (SELLIN, “Sociological Approach” 1970)

¹¹⁴ SELLIN, Culture Conflict., cit., p. 29; Culture Conflict and Crime, em Am. Jour. Soc., 1938, pp.97 e ss. (Culture Conflict 1938, 97 e ss.).

¹¹⁵ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 64.

¹¹⁶ SELLIN, Culture Conflict cit., p. 66.

primários; e **os conflitos da segunda categoria** ou os conflitos secundários.

Os conflitos da primeira categoria (os conflitos primários) surgem entre duas culturas diferentes; os da segunda categoria (os conflitos secundários) verificam-se numa mesma cultura, tendo lugar quando, com a passagem da sociedade do modelo simples ao complexo, cresce a diferenciação social e se multiplicam as subculturas¹¹⁷.

Para o mesmo Autor, os conflitos primários podem explodir «quando Oriente e Ocidente se encontram»¹¹⁸ e se verificam três situações distintas:

a) Quando códigos diversos colidem na fronteira das áreas culturais contíguas¹¹⁹;

b) Quando as leis de um grupo são impostas a outro através de uma operação de conquista do território deste último. Pode se ter em conta, por exemplo, o caso citado por SELIN da difusão do Direito francês na Argélia e na transformação em crime de costumes consolidados entre populações que viviam naquela localidade. O autor refere o caso de Cabília, onde era costume o pai ou o irmão de uma mulher que traísse o seu marido lhe matar em defesa da honra da família. O Código Penal francês introduzido na Argélia transformou tais comportamentos em crimes castigados com a pena de morte¹²⁰. Pode-se pensar no caso da difusão do Direito português do tempo

¹¹⁷ Ver, sobre esta teoria de Thorsten Sellin, BARBAGLI, COLOMBO e SAVONA, *Sociologia della devianza*, 2003, pp. 31 e ss (BARBAGLI, COLOMBO e SAVONA 2003, 31 e ss.); FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, 2000, p. 485, nota 653; CRESSEY, "Cultural Conflict, Differential Association and Normative Conflict", em WOLFGANG (coord.), *Crime and culture. Essay in Honor of Thorsten Sellin*, 1968, pp. 43 e ss. (CRESSEY, "Cultural Conflict, Differential Association and Normative Conflict". Por todos, CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, ob. cit., p. 50.

¹¹⁸ SELIN, *Culture Conflict*, p. 66.

¹¹⁹ SELIN, *Culture Conflict*, p. 66.

¹²⁰ SELIN, *Culture Conflict*, p. 64 e ss.

colonial na Guiné-Bissau onde era hábito um homem poder casar-se com duas ou mais mulheres. Com a introdução do Código Penal português de 1886, tais comportamentos foram considerados crime contra o estado civil das pessoas (alteração de um estado civil que goza de certa fé pública — e não um estado conjugal onde também se inclui situação de pessoas que vivem em união de facto)¹²¹.

c) Quando os membros de um grupo emigram para outro que tem códigos culturais completamente distintos. À esta situação são reconduzíveis tanto i) pressupostos de conflitos culturais internos, como ii) pressupostos de conflitos culturais externos.

O Autor (SELLIN) afirma que a primeira situação (*conflito interno*) é objeto da análise de psicólogos, psiquiatras e sociólogos da história individual. Partindo da análise de LUIS WIRTH, sobre a base da qual um conflito cultural é “sintoma de delinquência só se o indivíduo percebe e atua conscientemente”¹²²; aprofunda a sua análise posteriormente na perspetiva freudiana, que considera o «cultural conflict» como um choque entre os impulsos biológicos fundamentais, que tentam expressar-se, e as regras sociais que reprimem estes impulsos constringendo-os no inconsciente¹²³. Prossegue o mesmo autor afirmando que a perspetiva sociológica considera o **conflito interno** como um choque de forças opostas que se desencadeiam na personalidade do indivíduo. Ou seja, esta posição tira uma fotografia da contraposição no mesmo sujeito de modelos culturais diferentes. Verifica-se na própria pessoa um “conflito mental” ao chocarem os seus valores normativos com os da sociedade de acolhimento¹²⁴. Este conflito entre os valores da cultura

¹²¹ Sobre a libertação do Direito penal do dogmatismo moral, ver, AUGUSTO SILVA DIAS, Apontamentos do Direito Penal, 1992/1993, p. 24 (DIAS 1992/1993).

¹²² Ibid., p. 66.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Assim SELLIN, “The Conflict of Conduct Norms”, em WOLFGANG, SAVITZ y JOHNSTON (coord.), The Sociology, pp. 188 e ss. (SELLIN, “The Conflict of Conduct Norms” s.d.)

de origem e os valores da cultura da sociedade de acolhimento, não assimilados, pode criar um mal-estar interno, uma desorientação psicológica que faz explodir os mecanismos de controlo que normalmente garantem um comportamento em conformidade com a lei. Portanto, a participação concomitante em dois ordenamentos com imperativos e mensagens culturais distintos, e às vezes em conflitos, pode determinar uma grave desorientação psicológica no indivíduo. Tal transtorno pode manifestar-se de modos distintos, desde simples sinais de desadaptação ou insegurança no carácter, a formas mais graves como a marginalização, a doença mental, a criminalidade¹²⁵.

Manifestações de conflito interno se tornam evidentes sobretudo na segunda geração dos imigrantes europeus. O conflito entre os dois modelos culturais tem sido mais profundo e sério para os jovens que, suspensos entre o passado e o futuro, tinham deixado de reconhecer-se na cultura dos pais, portadores de valores amplamente ultrapassados, nem tão pouco identificar-se, na do país do acolhimento, do qual não tinham absorvido ainda usos e costumes e cujos valores apenas parcialmente tinham interiorizado¹²⁶.

O conflito externo, segundo SELLIN (que está a ser analisado aqui) verifica-se quando uma pessoa "que absorveu as normas culturais de um grupo de uma área migra para outra área: este conflito permanece até que seja concluído o processo de aquisição dos valores do novo sistema"¹²⁷. Quem comete o crime em condições de «conflito externo» fá-lo porque

"permanece fiel às normas de conduta do seu grupo, aos valores que tem interiorizado nos primeiros anos da sua

¹²⁵ SELLIN, Culture Conflict, pp. 67 e ss.; também CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, ob. cit., p. 51.

¹²⁶ Ver, sobre este ponto, PONTI, *Compendio di Criminologia*, 4.^a ed., 2002, pp. 111 e ss. (PONTI 2002).

¹²⁷ SELLIN, Culture Conflict, p. 68.

vida. As motivações do seu comportamento são idênticas às de quem respeita a lei” (BARBAGLI, 1998)¹²⁸.

SELLIN afirma que neste caso, não é o indivíduo quem se desvia da norma da sociedade da hospedagem, mas sim o próprio grupo de referência.

Para tornar clara a sua posição, SELLIN ilustra a sua afirmação com o caso de um pai siciliano que, anos atrás, em Nova Jersey, matou um rapaz de dezasseis anos que tinha seduzido a sua filha. Detido, sentiu-se muito surpreendido por ser «preso», uma vez que tinha defendido a honra da sua família de acordo com os usos tradicionais do sistema da sua origem¹²⁹.

1.1.3 Conflito de interesses dentro de grupos – Posição de Geroge Vold

Volvidos vinte anos depois da análise de SELLIN, GEORGE VOLD aprofunda o estudo dos «*cultural conflicts*» trazendo a atenção do indivíduo ao grupo¹³⁰: o Autor considera o conflito entre os grupos “um fator essencial no processo social de que depende a evolução da sociedade”¹³¹.

VOLD parte da premissa de que a sociedade está constituída por um conjunto de grupos em constante “equilíbrio dinâmico”: é da natureza humana que as pessoas se organizem em grupos; sendo de facto vidas humanas o resultado da associação em grupos¹³². Mas especificamente os grupos se formam em conformidade com os

¹²⁸ BARBAGLI, *Immigrazione e criminalità in Italia*, 1998, p. 128; também CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, ob. cit., p. 52.

¹²⁹ SELLIN, *Culture Conflict*, p. 68; V. Também CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, ob. cit., p. 52.

¹³⁰ VOLD, *Theoretical Criminology*, 1958, pp. 203 e ss. (B. y. VOLD 1958); v., para uma reconstrução crítica da sua perspectiva, LISKA, *Perspective on Deviance*, 1981, pp. 175 e s (LISKA 1981).

¹³¹ VOLD, *Theoretical Criminology*, p. 204.

¹³² VOLD, BERNARD y SNIPES, *Theoretical Criminology*, 5.^a ed., 2002, p. 220. (VOLD 2002).

interesses. Isto é, quando os indivíduos manifestam interesses e necessidades comuns para cuja prossecução se torna necessária uma ação em coletividade — uma ação coletiva se torna necessária para a viabilização de um projeto de interesses em comum. E permanecem enquanto os interesses em comum se mantiverem. No momento em que surgem novos interesses, novos grupos se formam, enquanto os grupos existentes se dissolvem e desaparecem quando os objetivos para os quais foram constituídos são abandonados¹³³. Na medida em que surgem novos interesses, se vão constituindo novos grupos enquanto os grupos existentes vão se dissolvendo. Estes grupos, existentes debaixo da direção e da coordenação dos seus membros, entram em conflito entre si quando os seus interesses se sobrepõem ou chocam com os dos outros grupos¹³⁴. O indivíduo atua, pois, de acordo com os valores do grupo a que pertence e no momento em que o conflito se verifica, o sentimento da sua lealdade face ao grupo tende a intensificar-se¹³⁵.

O conflito entre grupos organizados é particularmente visível na política: o grupo maioritário, que exerce poder legislativo, controla a justiça penal uma vez que a competência legislativa em matéria dos crimes é prerrogativa da soberania, competindo ao povo legislar sobre o assunto, isto é, de dizer o que é crime, visto que o crime é o resultado de um consenso mais alargado da comunidade politicamente organizada (o Estado), competindo ao povo, através dos seus representantes (nos Estados modernos) decidir sobre o comportamento criminoso e não criminoso porquanto é a esta maioria que compete definir os crimes por ter voto maioritária na assembleia. Por isso, para alguns, o crime é nada mais que a expressão do comportamento daqueles que, na sociedade, não dispõem do domínio do poder, ou que não dispõem do poder

¹³³ VOLD, BERNARD y SNIPES, Theoretical cit., p. 205.

¹³⁴ VOLD, BERNARD y SNIPES, Theoretical cit., p. 205.

¹³⁵ VOLD, BERNARD y SNIPES, Theoretical cit., p. 206.

suficiente para defender os seus interesses e seus objetivos via lei que, segundo esta concepção, é a vontade política da maioria ou dos que dispõem do poder na sociedade. Só os que dispõem do poder suficiente para defender os seus interesses e objetivos é que legislam a favor desses interesses e objetivos. DE MAGLIE¹³⁶, VOLD¹³⁷, o crime é

"[...] o comportamento criminal nada mais é do que o comportamento dos «minority power groups», quer dizer, dos grupos que não têm poder suficiente para promover e defender os seus interesses e objetivos na política legislativa: são estes os grupos que no conflito social não conseguem afirmar-se e transformar os seus valores em leis".

Na verdade, quem decide em matéria de crimes são os legisladores (repto); e nas decisões dos parlamentos vence sempre a maioria, não podendo haver decisão sobre crime sem que seja da vontade da maioria.

1.1.4 Conflito entre autoridades e súbditos

Sobre os conflitos culturais («*cultural conflicts*»), é também fundamental ter em conta a obra de AUSTIN TURK publicada em 1969 e intitulada «*Criminality and Legal Order*»¹³⁸.

Na sua obra, TURK se ocupa do conflito que se gera entre autoridade e súbditos numa ótica criminológica¹³⁹ e o seu livro é tido

¹³⁶ V., também DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 51, no mesmo Vold *Snips para quem*

"[...] o comportamento criminal nada mais é do que o comportamento dos «minority power groups», quer dizer, dos grupos que não têm poder suficiente para promover e defender os seus interesses e objetivos na política legislativa: são estes os grupos que no conflito social não conseguem afirmar-se e transformar os seus valores em leis".

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Esta obra sofreu grande influência da obra de RALF DAHRENDORF e das suas teses sobre a divisão entre aqueles que têm a autoridade de controlar os comportamentos nas estruturas institucionais e os que a não têm. DAHRENDORF, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, 1959.

como “o primeiro esforço para a elaboração de uma teoria geral sobre os conflitos”¹⁴⁰. Apesar de tratar-se de uma obra de carácter geral sobre a temática do conflito, proporciona-nos indicações importantes para a compreensão e aprofundamento do tema dos conflitos culturais entre os grupos. Em particular, as perguntas que o autor faz, são as seguintes:

a) Em que condições as diferenças entre «autoridades» (*authorities*) e «súbditos» (*subjects*) tem a probabilidade de transformar-se em conflito?

b) Em que condições os comportamentos daqueles que violam a lei são criminalizados?¹⁴¹

TURK responde estas duas questões¹⁴², formulando uma série de proposições que LISKA ¹⁴³ classifica num esquema muito articulado. Sobre a primeira questão, se indicam três condições:

i) A primeira condição é que o conflito entre autoridade e súbditos explode quando as diferenças de comportamento entre os primeiros e os segundos encontram confirmação na diversidade cultural ¹⁴⁴. Para TURK, se as diferenças de valores ou de cultura entre autoridades e súbditos não se encontram também nos comportamentos dos grupos ou são de pouca relevância, o conflito não se verificará ou,

¹³⁹ A. TURK, «Criminality and Legal Order», 1969, pp. 53 e ss. (TURK 1969).

¹⁴⁰ LISKA, *Perspectives*, p. 176.

¹⁴¹ TURK, «Criminality and Legal Order», pp. 54 e ss.

¹⁴² CRISTINE CRISTINA DE MAGLIE, «Los delitos culturalmente motivados», p. 54.

¹⁴³ LISKA, *Perspectives*, pp. 178 e ss.

¹⁴⁴ TURK, «Criminality and Legal Order», pp. 54 e ss.

verificando-se, então será de pouca intensidade¹⁴⁵.

ii) A segunda condição é que “o conflito é tanto mais provável quanto mais organizados estão aqueles que têm uma conotação ilegal ou compreendem uma conduta ilegal”¹⁴⁶. TURK aponta a organização como sendo elemento que faz ser mais possível o conflito. Para este autor¹⁴⁷, citado também por CRISTINA DE MAGLIE¹⁴⁸, enquanto se entende que o detentor de autoridade está organizado, dado que a organização é um pressuposto indispensável para a aquisição e manutenção do poder, quanto maior for a organização dos súbditos, maior será a força com que poderão suportar o conflito com a autoridade¹⁴⁹.

LISKA¹⁵⁰ elucida bem esta questão com o exemplo da cultura homossexual, do modo que se manifesta hoje e no passado; mostrando que nos anos cinquenta do século XX, a homossexualidade era uma questão privada, vivida pelos interessados de forma secreta; não havia intercâmbio, nem conflito entre a cultura homossexual e a cultura heterossexual, porque os homossexuais viviam a sua condição de forma não organizada. O conflito surgiu nos finais dos anos sessenta quando os homossexuais decidiram organizar-se num movimento e com esse movimento conseguiram que a sua condição, de problema apenas privado, se convertesse em uma questão social e política.

¹⁴⁵ V. também, para além de CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, ob. cit., p. 54, LISKA *Perspectives*, p. 176.

¹⁴⁶ A. Turk «Criminality...», p. 58

¹⁴⁷ A. Turk «Criminality”., p. 60.

¹⁴⁸ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, ob. cit., p. 54 a 55.

¹⁴⁹ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, ob. cit., p. 55.

¹⁵⁰ LISKA, *Perspectives*, p. 177.

iii) A terceira condição é de que «o conflito é mais provável quanto menos sofisticados são os súbditos¹⁵¹». Aqui TURK insiste sobre o requisito «sofisticação» e que é definida por ele como conhecimento de elementos do carácter e dos comportamentos dos membros doutro grupo que é utilizado para manipulá-los. A sofisticação dos súbditos leva a evitar o conflito porque quanto mais sofisticados são, mais capacitados estarão para conseguir os seus objetivos, sem entrar num conflito aberto com o grupo detentor do poder.

A segunda questão, referente à criminalização dos súbditos, é resolvida por TURK com as três seguintes teses:

i) A aplicação das normas jurídicas é mais provável quando há coincidência entre as normas culturais e as normas impostas pela autoridade¹⁵². As normas culturais aqui referidas dizem respeito às normas jurídicas que sejam significativas e fazem parte também do grupo detentor do poder; isto é, as normas jurídicas que formem parte também da cultura dos que detenham o poder, têm maior probabilidade de serem aplicadas. Quer isso dizer que se o comportamento é considerado grave, não só pela lei, mas também pela cultura da polícia, dos magistrados do Ministério Público e dos juízes, haverá, sem dúvidas, mais prisões, mais processos e mais condenações¹⁵³.

¹⁵¹ A. TURK, «Criminality...», p. 58.

¹⁵² A. TURK, «Criminality...», p. 67 e ss.

¹⁵³ A. TURK, «Criminality...», p. 66.

ii) Quanto menor for o poder dos súbditos, mais provável será a aplicação da lei¹⁵⁴. Conclui-se que a criminalização é maior quando o grupo das autoridades tem um poder forte e os súbditos não o têm.

iii) O último fator analisado é de que, segundo TURK, quanto mais baixo o nível de realismo dos sujeitos que violam a lei, a sua aplicação será mais provável¹⁵⁵. É este fator que TURK define como «a capacidade de compreender os movimentos do adversário» (*realism of conflict movies*). E constitui o aspeto ulterior da sofisticação que a completa. A criminalização é, na perspetiva que estamos seguindo nesta secção, uma manifestação do conflito aberto entre os grupos. Por isso, afirma TURK que os movimentos «não realistas», efetuados por qualquer dos atores do conflito, tendem a aumentar a criminalização.

Como se pode perceber, a literatura sobre «cultural conflicts» nos oferece apontamentos interessantes sobre o tema analisado. Com efeito, a teoria de SELLIN sobre a imigração e criminalidade e a sua distinção entre conflitos internos e externos; a identificação por parte de VOLD dos grupos como atores do conflito; a tese de TURK e a descrição dos elementos que produzem conflitos culturais entre o grupo maioritário ou o poder e o grupo minoritário, são ideias importantes para um estudo sobre a criminalidade «cultural»; por um lado, e por outro, para a definição do «crime culturalmente motivado». É, obviamente, fundamental analisar, com certa profundidade, o significado do termo «cultura», que é o conceito básico sobre o qual se constrói a categoria dos crimes culturais («*cultural crime*» ou «*cultural offense*»).

¹⁵⁴ A. TURK, «Criminality...», p. 67 e ss.

¹⁵⁵ A. TURK, «Criminality...», p. 70 e ss.

Capítulo IV

Sociedade multiétnica e sociedade multicultural

1. Delimitação conceitual

A semelhança do que temos estado a fazer, faz sentido proceder à uma pequena destriça entre os termos «sociedade multiétnica», «sociedade multicultural» e «multiculturalismo» enquanto termos frequentemente utilizados como sinónimos em linguagem atual¹⁵⁶. Apesar de os mesmos conceitos se sobreporem e se interferirem entre si, é necessário traçar uma distinção entre os três, em conformidade com a literatura especializada na matéria. A «multiétnicidade» é definida pela doutrina dominante como sendo «uma situação de coexistência num determinado espaço físico ou relacional diferente e da ordenação justos grupos étnicos com distintos patrimónios culturais».

¹⁵⁶ Sem olvidar de certa precisão terminológica de outro conceito também correlato e que é o interculturalismo que é concebido por SILVA DIAS (A. S. DIAS, *Crimes culturalmente mitivados 2016*, p. 99) “como uma metodologia necessária ao cumprimento do programa ético-político do multiculturalismo”, não sendo, neste sentido, uma conceção oposta e alternativa ao multiculturalismo. Mas “uma metodologia absorvida na aplicação do Direito Penal aos casos que relevam de conflitos culturais” em relação aos quais se faz mister procurar soluções viáveis sendo necessário alargar o horizonte e “todas as representações e pontos de vista colidentes sejam atendidos e considerados”. É este interculturalismo que visa a procura de ponto de vista “que melhor assegurem a finalidade emancipatória dos direitos e o princípio de igualdade”, que tenha, por escopo, acomodar os diversos interesses conflitantes, sendo o ponto de equilíbrio por atender favoravelmente a “realização pessoal e social do ser humano” em qualquer que seja a sua situação ou as suas tendências.

Enquanto “o multiculturalismo exprime conceção ético-política sobre a acomodação da diferença das sociedades multiculturais”, o interculturalismo é, segundo o entendimento de SILVA DIAS ((A. S. DIAS, *Crimes culturalmente mitivados 2016*, p. 98), “é um procedimento hermenêutico, com relevância ética, mas também jurídica, para lidar com as tenções e conflitos sucedidos pela convivência necessas sociedades de uma pluralidade de minorias de origem cultural diversa”.

Para Cristina DE MAGLIE¹⁵⁷ [citando CESAREO¹⁵⁸, e A. D. SMITH¹⁵⁹], não há que se confundir o grupo étnico com os demais grupos culturais porquanto nele (o grupo étnico) o que sobressai é o elemento étnico que, deste modo, tem um significado autônomo, distinto dos outros elementos que possam identificar outros tipos de grupos, como, por exemplo, os grupos religioso, linguístico ou territorial. Estes podem possuir outros elementos identitários que não seja o fator origem. No grupo étnico há apenas o convencimento subjetivo de «compartilhar uma única comunidade de origem».

Mas, ao contrário do que esta posição possa aparentar, a tese maioritária considera existirem outros elementos caracterizadores nos grupos étnicos, como veremos no ponto a seguir, na descrição de SMITH. Mas o que sobressai mais é o fator origem comum e que até engendra mais fortemente os demais elementos caracterizadores.

1.1 A Identidade distintiva das etnias

1.1.1 A posição sociológica dominante

A identificação dos seis elementos que caracterizam as etnias e que permitem distingui-las dos outros coletivos de seres humanos se deve ao estudo fundamental de Anthony D. SMITH sobre as raízes das nações.

Estes elementos, e que vamos, de seguida, enumerar resumidamente, são:

¹⁵⁷ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, ob. cit., p.45., para quem “o pressuposto para a afirmação destes grupos étnicos é o convencimento subjetivo de «compartilhar uma única comunidade de origem [...]». O étnico assume, assim, um significado autónomo em relação ao cultural na medida em que o seu elemento caracterizador reside nas relações de descendência. Esta última permite assim distinguir o grupo étnico do religioso, linguístico ou territorial”.

¹⁵⁸ CESAREO, *Società multietniche e multiculturalismi*, 2002, p. 9.; *ibidem*.

¹⁵⁹ CESAREO, *Società cit.*, p. 9.; *idem*.

a) **A existência de um nome coletivo:** a existência de um nome coletivo através do qual as etnias expressam a sua existência, «como se no número residisse a magia da sua existência e a garantia da sua sobrevivência»¹⁶⁰;

b) **Um mito de descendência comum:** uma ascendência mitológica comum capaz de dar resposta a pergunta «por que nos parecemos todos?»¹⁶¹;

c) **Uma história comum compartilhada:** uma história comum que é partilhada e que une as gerações futuras e lhes transmite a mensagem fundamental de que «as sequências históricas são para as experiências sucessivas formas, canais e modelos através dos quais estas podem ser interpretadas»¹⁶²;

d) **Uma cultura distintiva compartilhada:** uma história compartilhada, que se expressa através da linguagem, da religião, da arquitetura, do modo de vestir, da comida, da música, das artes, da cor e das características físicas¹⁶³;

e) **A associação com um território específico:** um território que é considerado «próprio» não só porque se resida nele ou não, mas sim porque existe uma memória intensa que liga a etnia a este lugar particular. Neste sentido, para Anthony D. SMITH,

"uma etnia não tem necessidade de possuir fisicamente o seu território; o que conta é que tenha um centro geográfico simbólico, um habitat sacro, uma pátria, o

¹⁶⁰ A. D. SMITH, *Il revival etnico*, trad. it., 1984, p. 68 (A. D. SMITH, *Il revival etnico*, trad. it. 1984); no mesmo sentido CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, cit., p. 45.

¹⁶¹ A. D. SMITH, *Il revival*, p. 69., *idem*.

¹⁶² A. D. SMITH, *Il revival* p. 72.

¹⁶³ A. D. SMITH, *Il revival* p. 74 e ss.

*que pode ser simbolicamente, inclusivo quando os seus membros estão espalhados e tenham perdido a sua pátria há séculos*¹⁶⁴.

f) **Um sentido de solidariedade:** para que uma comunidade seja definida como «etnia», «deve existir também um forte sentido de pertença e de solidariedade ativa, que em tempos de tensão e de perigo pode ir mais para além das divisões de classe, de fação ou de divisões territoriais dentro da comunidade»¹⁶⁵.

Aqui, nesta última característica, subjaz tal alma comum que prende, umbricamente, os seus membros de tal sorte que, se um membro da mesma coletividade é atingido por qualquer ação externa, sentem os demais membros, tal como acontece com uma equipa de futebol de qualquer país que quando joga com equipa adversária, a alma do povo se reúne em torno do mesmo ideal e que é de ganhar o jogo contra a equipa adversária. E quando perde, a desolação invade a todos e a cada um individualmente pelo desaire, como membro e filho daquela sociedade. Ou de uma guerra ou invasão estrangeira que une os filhos da pátria invadida em torno da defesa da sua pátria e pela afirmação da sua existência como uma soberania, um só povo, apesar de poder existir pequenas querelas internas.

Como se pode depreender destes elementos acabados de apresentar, o elemento origem comum não deixa de estar na base dalguns deles (senão de todos) a dar força, por exemplo, a existência de um nome coletivo, como base e expressão da sua existência; uma mitologia ligada a uma origem comum que permite explicar as semelhanças entre os elementos do grupo (um mito de ascendência

¹⁶⁴ A. D. SMITH, *Il revival*, p. 78.

¹⁶⁵ A. D. SMITH, *Il revival*, p. 81.

comum); uma história comum partilhada e que une as gerações futuras (e aqui a origem comum constitui forte fator de unidade e marca indelével capaz de cimentar a unidade entre as gerações ao longo dos tempos); uma história compartilhada, que se expressa através dos elementos linguagem, religião, arquitetura, modo de vestir, comida, música, artes, cor e características físicas.

É a origem comum que mais fortalece o sentido de pertença e solidariedade ativa entre os membros do grupo.

1.2 Sociedade multicultural e multiculturalismo

Tal como fizemos relativamente aos termos «multiétnica» e «multicultural», vamos traçar, aqui, uma distinção entre «multicultural» (Sociedade multicultural) e «multiculturalismo»; segundo a literatura especializada sobre a matéria: enquanto o termo «multicultural» se utiliza como fotografia de uma situação de facto, uma realidade existente (uma sociedade multicultural) ¹⁶⁶, o «multiculturalismo» constitui uma das possíveis respostas à esta situação¹⁶⁷.

Portanto, o multiculturalismo é, segundo esta aceção tal como CRISTINA DE MAGLIE¹⁶⁸, entre outros, um ideal de convivência de sociedade pluralista. Di-lo expressamente RIGOTTI¹⁶⁹ que é «um modo de desejar as coisas», ou, nos dizeres de GALEOTTI¹⁷⁰,

¹⁶⁶ PAREKH, Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory, 2.ª ed., 2002, pp. 196 e ss

¹⁶⁷ LANZILLO, «Noi o gli altri? *Multiculturalismo, democrazia, riconoscimento*», em C. GALLI (Coord.), Multiculturalismo. Ideologie e sfide, 2006, pp. 81 e ss. (LANZILLO 2006).

¹⁶⁸ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, pp. 47 e 48.

¹⁶⁹ RIGOTTI, «Le basi filosofiche del multiculturalismo», em GALLI (Coord.), Multiculturalismo, p. 29 (RIGOTTI, «Le basi filosofiche del multiculturalismo», em GALLI (Coord.), Multiculturalismo, p. 29 . 2006).

¹⁷⁰ GALEOTTI, Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitário, 1999, p. 17 (GALEOTTI 1999).

«[...] um ideal de convivência da sociedade pluralista alternativa ao do «melting pot» porque «promove o sonho de uma convivência marcada e enriquecida pelas diferenças de cada grupo».

O debate teórico sobre o multiculturalismo ganhou, pois, força nos finais do século XX nos Estados Unidos¹⁷¹: apesar de ter permanecido no plano metafórico a aspiração de «melting pot» («caldeirão»), em que os diversos ingredientes culturais se misturam fundindo-se, passou-se ao modelo do «salad bowl» («saladeira»), em que os diversos ingredientes culturais se misturam, mas sem se fundirem, conservando cada um a própria e distinta especificidade étnica e cultural. Mais tarde, surge a chamada «era da ênfase da diferença» que levou à ideia da supremacia do grupo étnico e a valorização da sua cultura¹⁷².

C. DE MAGLIE¹⁷³, na esteira de LANZILLO¹⁷⁴, aponta, como posições fundamentais neste debate, as duas agrupando as seguintes teorias: **as teorias de matriz comunitarista e as teorias chamadas liberais perfeccionistas**.

Para as primeiras, é a comunidade que é possuidora de direitos e é ela titular das reivindicações, sendo reconhecido pleno direito ao indivíduo só enquanto parte de um todo constituído pela comunidade a que pertence¹⁷⁵. Para as segundas, é o indivíduo o

¹⁷¹ Por todos, CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, ob. cit., p. 48; também da sua autoria e que aqui cita, Multikulturalismus und Strafrecht, em Jahrbuch, 2005/2006, 7, pp. 265 e ss.

¹⁷² A respeito desta evolução, ver, por todos, HUNTINGTON; La nuova America. Le sfide della società multiculturale, trad. it., 2005; sobre o fenómeno do multiculturalismo em Canadá, ver PICCONE STELLA, Esperienze culturali. Origini e problemi, 2003, especialmente pp. 103 e ss; todos citados por CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, ob. cit., p. 48.

¹⁷³ CRISTINA DE MAGLIE. Los delitos, cit., p. 265 e ss

¹⁷⁴ LANZILLO, «Noi o gli altri?», pp. 81 e ss.

¹⁷⁵ Por todos, v. GUTMANN (Coord.), Multiculturalism; Examining the Politics of Recognition, 1994 (GUTMANN 1994), citado por CRISTINA DE MAGLIE. Los delitos culturalmente motivados, p. 50.

titular dos direitos que devem ser reconhecidos enquanto tais, porque, para evitar os excessos do individualismo radical, põem acento sobre o sujeito individual, considerado como indivíduo livre e por isso, titular de direitos que devem ser reconhecidos como tais¹⁷⁶. Reconduzíveis a uma ou outra posição, existem, como já ficou examinado anteriormente, distintas noções de «cultura», elemento indispensável para a definição de «crime culturalmente motivado».

¹⁷⁶ CRISTINA DE MAGLIE. Los delitos, cit., p. 265 e ss

Capítulo V

Direito Penal: Relance de enquadramento

1. Conceito de crime

O crime é considerado, doutrinariamente, como sendo um comportamento humano, ou acção humana típica, ilícita, culpável e, às vezes, punível. É uma realidade humana, resultante de uma atuação, uma consequência que o Direito Penal (ou criminal, como entendem alguns, como é o caso de Eduardo Correia)¹⁷⁷. Por esta razão é que o Direito Penal é considerado, também como

"[...] conjunto das normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, a determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo de Direito. A mais importante destas consequências — tanto do ponto de vista quantitativo, como qualitativo (social — é a pena, a qual só pode ser aplicada ao agente do crime que tenha atuado com culpa [...]"¹⁷⁸.

A seguir, temos comportamentos humanos (ações humanas) que precisam, também, de certo esclarecimento para podermos dizer se, num contexto (numa sociedade) multicultural, a ação é ou não uma ação humana nos termos do conceito penal, no prisma dos crimes culturais.

E se o "crime" — elemento fulcral deste conceito — é, como cientificamente definido, ação humana típica, há que merecer enquadramento, no campo dos crimes culturais («*cultural offenses*»), para se esclarecer se os factos culturais encontram correspondência

¹⁷⁷ Cf. *Direito Criminal, Vols. I e II*,

¹⁷⁸ JORDE DE FIGUEIREDO DIAS, *Questões cit.*, p. 3.

axiológica com o conceito técnico-jurídico do tipo legal penal. Depois, a culpa, como condição ou requisito para uma decisão de punir alguém que tenha atuado — no crime —, com culpa. Logo, exige-se saber se, ao agir dentro de um facto típico, agiu com culpa.

No plano da culpabilidade, há que se equacionar a atuação do agente se aconteceu dentro da consciência da ilicitude, causas de exclusão da ilicitude ou da exculpação, e com a capacidade de culpa.

É este plano definitório que baliza, ao nosso ver, a abordagem do tema do crime.

E este (o crime) é um produto de sociedade, cuja existência tem a ver com a ponderação global da conduta humana dentro do ambiente cultural, para haver uma normatividade. A valoração global da conduta dentro do universo cultural da dada sociedade, como veremos mais a frente sobre a relação entre o facto e a norma.

Para este prisma, definição do crime prende-se, na abordagem do tema com especial enfoque no aspeto de crimes culturalmente motivados com base na constelação social e cultural. E dizer que o crime é uma ação humana, típica, ilícita, culposa e, às vezes, punível, é nas considerações destes elementos que convém, naturalmente, basear o exame do Direito penal no contexto do tema em apreço; começando pela sua localização no meio social. E nestas considerações, tratar daqueles crimes que são cometidos por motivação cultural e, a seguir, analisar se são típicos ou não. E se típicos, se preenchem ou não a ilicitude. E, se ilícitos, saber se há ou não razões de desculpa.

Capítulo VI

Crimes culturalmente motivados: problemática da responsabilização criminal.

1. Noção, requisitos delimitativos e tendências interpretativas

1.1 Noção

A análise feita até aqui possibilita-nos agora a definirmos, o crime culturalmente motivado («*Cultural offense*»), com uma fórmula aproximada da de BROECK¹⁷⁹, como sendo:

*"um ato realizado por um sujeito pertencente a um grupo étnico minoritário que é considerado crime pelas normas do sistema da cultura dominante. O mesmo ato, porém, na cultura do grupo a que pertence o autor é, pelo contrário, perdoado, aceite como normal ou mesmo aprovado e, em determinadas situações, incluso imposto"*¹⁸⁰.

Os elementos centrais desta noção são: a noção de cultura, entendida em sentido dinâmico¹⁸¹, e considerada aqui na sua dimensão étnica¹⁸². E a cultura tem que ser a «cultura do grupo a que se pertence, cujos requisitos que foram descritos

¹⁷⁹ Para uma definição análoga, VAN BROECK, «Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offense)», em Eur Crime Crim. L. § Crim. Just., vol. 9, 2001, p. 5. v., no mesmo sentido, CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, ob. cit., p. 68.

¹⁸⁰ Nas palavras de BROECK:

"[The cultural offense] is an act by a member of a minority culture, which is considered an offence by the legal system of the dominant culture. That same act is nevertheless, within the cultural group of the offender, condoned, accepted as normal behaviour and approved or even endorsed and promoted in the given situation".

¹⁸¹ Ver, supra, epígrafe 1.2

¹⁸² Ver, supra, epígrafe 1.2

anteriormente¹⁸³ devem estar presentes¹⁸⁴». É de sublinhar que o acolhimento do conceito de cultura do grupo a que se pertence, vista na perspetiva restrita (um conceito fortemente restringido), e que procura balizar os crimes culturalmente motivados no âmbito bem circunscrito, evitando o alargamento do seu conceito para abarcar, quase, uma infinidade de situações que não poderiam ser enquadradas neste conceito, leva, logicamente, a ter em conta uma interpretação mais acertada da categoria. Este tipo de interpretação é consentânea com os princípios fundamentais que o nosso sistema jurídico adota no respaldo do direito penal do fato.

Por isso o elemento extrajurídico «cultura do grupo étnico a que se pertence» é fundamental como base estrutural do pressuposto de fato. Só assim é possível reduzir a elasticidade violadora dos princípios da precisão e taxatividade do Direito Penal; sobretudo no campo de prevenção geral e *especial*”¹⁸⁵, onde digladiava discussão procurando, alguns, porém em crise a inobservância de tais princípios relativamente a prevenção geral e prevenção especial (que devem ser garantidas: uma vez que, a não ser assim, ficariam situações necessitadas de punibilidade fora disso ou beneficiadas de exclusão de responsabilidade criminal ou de atenuações injustificadas. Claro, porém, que neste aspeto, ressaltando-se, o princípio da atipicidade

¹⁸³ Ver, supra, epígrafe

¹⁸⁴ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 68.

¹⁸⁵ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 68.

A “cultura do grupo a que se pertence» numa aceção fortemente restringida tem um efeito decisivo sobre a noção de crime culturalmente motivado», cujo âmbito tem consequência muito circunscrita. Como conclusão, é de realçar que esta interpretação restritiva da categoria é coerente com os princípios fundamentais sobre os quais se baseia o sistema italiano que, como o nosso, é direito penal de facto:

“é sobre o elemento extrajurídico «cultura do grupo étnico a que se pertence» que se estrutura o suposto de facto”.

“Só assim é possível reduzir as objeções centradas sobre os princípios de precisão e taxatividade e evitar a problemática gerada pela violação destes princípios, que possa surgir no campo da prevenção geral e especial” .

das causas de afastamento ou de diminuição da responsabilidade criminal.

1.1.1 Requisitos delimitativos

Em face desta noção, a doutrina especializada na matéria estabelece requisitos próprios que delimitam o crime culturalmente motivado. Ou seja, é necessária a comprovação do «*cultural offense*». A este propósito afirma CRISTINA DE MAGLIE¹⁸⁶ que para se poder falar de «facto culturalmente motivado», há que se provar, no âmbito processual, os seguintes requisitos:

a) O motivo cultural. Será necessário determinar se a causa psíquica que levou o sujeito a cometer o crime tem explicação na bagagem cultural de que o agente é portador. Este motivo ou motivação cultural apresenta-se como elemento fundamental sobre o qual repousam as demais constelações sobre a delimitação do crime culturalmente motivado.

b) A coincidência da reação. Determinada a motivação cultural, é necessário demonstrar que este motivo (ou motivação) cultural tem uma «dimensão objetiva»; ou seja, que o mesmo motivo cultural não faz parte apenas da ética individual do autor, mas sim que também é expressão da bagagem cultural consolidada do grupo étnico a que ele (autor do facto) pertence. Significa que será necessário comprovar que os componentes do grupo étnico a que pertence o autor valoram a situação concreta em que o crime é cometido do mesmo modo que o autor em causa a valora e faz.

c) A diversidade entre as culturas. Por fim, a cultura do grupo a que pertence o autor deverá poder comparar-se com a do país anfitrião (no caso de imigração), ou a cultura com a qual diverge, para que se possa identificar

¹⁸⁶ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 68.

as diferenças de valoração e de tratamento entre os dois sistemas: se a diversidade é consistente, será entendido que este teste é superado e se poderá concluir que subsiste um facto culturalmente motivado¹⁸⁷.

Conclui a jurisprudência italiana que, dos requisitos dados, pode-se intuir que a prova de um facto culturalmente motivado deve passar pelas fases diversas e rigorosas de comprovação, que podem requerer a intervenção de peritos qualificados na análise do ambiente e substrato cultural do grupo étnico a que pertence o autor do facto em causa¹⁸⁸.

Para SILVA DIAS¹⁸⁹ o fator cultural invocado pelo agente como explicação para a realização do facto, coloca as autoridades judiciais perante a suspeita de que terá sido praticado um crime culturalmente motivado; suspeita essa cuja clarificação impõe a resolução de três questões e pela ordem seguinte:

"[...]"

i) *O agente é membro do grupo etnocultural invocado?*

ii) *O motivo em causa tem respaldo no grupo? É considerado como obrigatório, permitido, ou meramente tolerado?*

iii) *Em que medida e até que ponto o agente se orientou na ação pela sua cultura de origem? Revela ele uma identidade híbrida ou ainda uma identidade étnica?"*

¹⁸⁷ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 69.

¹⁸⁸ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 69.

¹⁸⁹ AUGUSTO SILVA DIAS, A Responsabilidade, p. 101 e ss.

1.1.2 Tendências interpretativas

1.1.2.1 *Motivo cultural do autor vs. cultura do grupo*

Sobre as tendências da jurisprudência, seguimos a discussão em torno da jurisprudência italiana face à chamada criminalidade cultural. A primeira questão trazida ao debate, é a de crime culturalmente motivado.

A este respeito, há querela entre a tese da noção ampla de crime culturalmente motivado, ou a tese de crime culturalmente motivado em sentido lato, e a tese da noção restrita de crime culturalmente motivado.

BASILE¹⁹⁰, num artigo, publicado pela primeira vez na revista penal italiana — *Rivista italiana di diritto e procedura penale* — e que veio a reproduzir mais tarde, e integralmente, numa monografia do mesmo autor sobre a temática ¹⁹¹, e sobretudo nesta última publicação, deixa uma imponente resenha de máximas jurisprudenciais, minuciosamente catalogadas num “mostruário tão variado quão dramático de crimes”¹⁹² — da violência doméstica aos crimes contra a honra, os crimes contra a liberdade sexual, a mutilação genital feminina, os crimes de terrorismo internacional — para o cometimento dos quais havia desempenhado um papel importante a diferença cultural do autor.

¹⁹⁰ FABIOBASILE, “Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui cd. reati culturalmente motivati”.

Em r.it. dir.pr, 2008, pp. 149 e ss.

¹⁹¹ BASILE, *Immigrazione e reati “culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali”*, 2010, pp. 157-260.

¹⁹² FABIO BASILE, “Premesse”, cit., p. 151.

Resultaria daqui — para FABIO BASILE¹⁹³ — “uma pluralidade de casos reconduzíveis ao paradigma dos “crimes culturalmente motivados”.

Mas aqui não se pode considerar como apanágio da figura dos crimes culturalmente motivados as considerações ou as circunstâncias relativas ao modo de vida do autor de crime. E é de referir que em quaisquer tribunais, tem se tomado em conta os fatores que se prendem com o modo de vida do arguido, sua vida social, os seus dependentes, como vive, para se evitar as condenações desenquadradas e que trariam consequências mais nefastas do ponto de vista social.

Para isso tem se tomado em conta, também, as suas «origens», a sua cultura, seu «estilo de vida» como sendo circunstâncias que podem contar para descrever determinados comportamentos criminosos e para motivar as soluções sistemático-sancionatórias (pena e demais situações que envolvam à condenação)¹⁹⁴.

De facto, o preceito do art.º 133.º do CP italiano citado e que obriga o magistrado, entre outros, a indagar sobre os motivos para delinquir, o carácter do suspeito e as condições de vida individual, familiar e social, é paralelo a várias legislações do mundo a respeito do assunto, dando azo ao facto de existirem nalguns países, como na Guiné-Bissau e Portugal, serviços de assistência social que, no âmbito dos serviços de reinserção social, procedem às investigações de natureza sociológica a respeito da vida social e familiar dos arguidos. Tais investigações têm, como intuito, guiar os magistrados na aplicação da pena. É de tudo isso que deriva a existência da abundante quantidade de casos nos quais se costuma falar de

¹⁹³ FABIO BASILE, *Premesse*, p. 210.

¹⁹⁴ CRISTINA DE MAGLIE, “Los delitos, pp. 89-91.

«cultura do imputado» para indicar todos esses requisitos. O que não significa, portanto, que cada vez que a jurisprudência faz referência à «cultura» do sujeito, nos encontremos face a um crime culturalmente motivado.

Autora prefere estabelecer distinção entre «motivo cultural» expressado pelo sujeito com a sua conduta e o «facto culturalmente motivado» enquadrando este último no conceito de crime culturalmente motivado, centrado no conceito étnico de cultura, onde a prova do facto culturalmente motivado deve passar pelos específicos graus de comprovação. Entre tais etapas, a mais decisiva é a coincidência de reações. Nesta fase de coincidência da reação do agente do crime e o motivo cultural que lhe leva a atuar, não basta a existência de um motivo cultural lato sensu que tenha impulsionado tal sujeito a atuar para comprovar a existência deste tipo de comportamento. Este pode ser apenas um elemento para mais valorar o indivíduo em concreto. Isto é, o motivo cultural, nesta fase, não deverá ser apenas a expressão do indivíduo, entendida em sentido amplo. Mas também expressão da cultura do grupo étnico minoritário a que pertence o mesmo indivíduo. Será necessário averiguar se o autor faz parte de um grupo étnico e se os componentes deste grupo étnico, que constitui uma minoria cultural naquele contexto, teriam comportado do mesmo modo em que o autor se tenha comportado. Ou seja é necessário que o comportamento do agente tenha correspondência na cultura étnica a que o mesmo agente tenha pertencido; isto é, tenha respaldo no grupo da sua pertença.

Na ausência de prova desta conexão específica entre motivo cultural do indivíduo e do seu grupo, falta o requisito fundamental do facto culturalmente motivado.

Não basta existir um motivo cultural lato senso que tenha impelido o sujeito a atuar, para se considerar provada a existência deste tipo de comportamento. Este tipo de motivo serve mais para apenas valorar o indivíduo em concreto, e não para enquadrar o facto como culturalmente motivado.

A adoção desta conceção e que se deduz necessariamente da noção restringida do crime culturalmente motivado acolhida anteriormente (no sentido dinâmico)¹⁹⁵, centrada no conceito de cultura do grupo étnico a que pertence o sujeito, acarreta consequências relevantes:

a) **em primeiro lugar**, e no plano estrutural, é necessário sublinhar a importância da qualificação de um facto como culturalmente motivado pelos seus efeitos sistemático-sancionatórios. Uma vez que, só da possibilidade de reconduzir um comportamento à categoria em causa deriva a possibilidade de solicitar um tratamento mais favorável para o imputado, tendo em conta o conflito étnico-cultural que tem produzido o crime;

b) **em segundo lugar**, e no plano quantitativo, há que considerar que a jurisprudência¹⁹⁶ existente sobre os crimes culturalmente motivado, não é extensa, como seria de deduzir da abordagem que aqui se critica, embora seja importante por ser indicativa da modificação social que está tendo lugar e o exame dalguns casos pode dar-nos pistas para a reflexão.

¹⁹⁵ V. ponto 1.2

¹⁹⁶ Sobretudo a italiana a que fez referência CRISTINA DE MAGLIE, em *Los delitos cit.*, p. 91 e ss.

1.1.2.2 Alguns Exemplos temáticos

1.1.2.2.1 Abordagem panorâmica e comparativa dos casos de emprego de menores na mendicidade e de casamento forçado.

Para esta abordagem, temos em conta duas situações paradigmáticas na realidade africana, mormente da Guiné-Bissau: tratam-se dos fenómenos de emprego de menores na mendicidade e casamento forçado.

Nestas duas situações, deparamo-nos com comportamento de sujeição de menores às práticas que revelam influências culturais que, de ponto de vista do direito constituído, não têm acolhimento por serem entendidas de contrárias e violadoras dos direitos humanos dos menores (*máxime*). Por serem situações que clamam um certo posicionamento tanto do ponto de vista dos Estados onde tais práticas se verificam como da própria ciência do Direito penal, merecem a abordagem, *en passant*, como exemplos de comportamentos culturalmente motivados cujo tratamento sistemático-dogmático deve ser tido em conta para a construção de princípios de convivência que se queira sã e possível numa sociedade multicultural e multiétnica típica de quase totalidade (se não a totalidade) dos países africanos, como é o caso da Guiné-Bissau.

Para a mesma abordagem, oferecemo-nos ter em mira, de passagem, alguns dos casos de exemplos classicamente citados e que têm suscitado interesse nas decisões dos tribunais relativamente aos comportamentos, em termos gerais, violentos, praticados por sujeitos pertencentes a grupos étnicos de origem islâmica, respeitantes aos parentes próximos:

—→Caso *Bel Baida Bouabid*, S. da Corte de Cassação, secção VI, 30 de Janeiro de 2007, CED 235337.

Em que *Bel Baida*, um imputado marroquino, é condenado por maltrato pelo Tribunal de Apelação de Turim. Os pais de um menor, seu sobrinho, lhe tinham entregado a mesma criança para que ela pudesse estudar na Itália. Mas chegado a Turim, o menor transcorria todo o dia fora da casa. E, em lugar de atender os estudos, passava tempo a deambular pelas ruas e dedicando-se ao comércio ambulante de lenços e à mendicidade. Algumas vezes os encarregados de um bar lhe davam de comer, e entregava o exíguo ganho diário ao tio para lhe pagar os custos de hospedagem.

A Cassação rejeitou o recurso, considerando irrelevantes as alegações para exculpar ou atenuar o crime de maltrato para afirmar a “ética do homem, afirmada [...] sobre a base de opções subculturais relativas a ordenamentos distintos” ao italiano.

—→Caso *Z. D.*, S. da Corte de Cassação, secção III, 17 de setembro de 2007, n.º 34409, publicada em *RitalDPP*, 2008, p. 407.

Em que *Z. D.*, um marroquino, é condenado pelo Tribunal de Revere pelo crime do art.º 609.º (violação sexual) do Código Penal italiano, por ter obrigado a sua mulher E. H. B. a ter relações sexuais completas com ele contra a sua vontade. Recurso neste caso baseia-se no facto de que o Direito marroquino, em que o matrimónio jurídico-civilmente foi realizado entre ambos, não prevê o crime de violação sexual entre os cônjuges.

A Cassação rejeitou o recurso afirmando, entre outras coisas, que, em relação às condutas controvertidas, deve aplicar-se

unicamente a lei italiana ao tratar-se de comportamentos realizados no território italiano.

—→**Caso Hina Saleem, SS. do Tribunal de Brescia de 20 de Janeiro de 2008, do Tribunal de Apelação de Brescia de 5 de Dezembro de 2008 e da Corte de Cassação de 12 de Novembro de 2009.**

No caso em que *Hina*, uma paquistanesa de vinte anos, é assassinada e sepultada no jardim de casa, com a cabeça dirigida a Meca, pelos pais e pelos tios, que queriam castigá-la por ela ter desviado do código ético dos seus antepassados por ter escolhido um estilo de vida ocidental e, entre outros motivos, ter ido conviver com um italiano, abandonando, assim, as regras da tradição. O pai é condenado por homicídio “premeditado” com as agravantes previstas pelos artigos 577.º e 61.º/1 do CP italiano.

A sua cultura de origem não foi dada relevância no sentido de mitigar a pena.

Estes casos foram considerados ¹⁹⁷ como sendo casos entre crimes comuns e crimes culturais. Em todos eles, é preciso determinar se as diversas condutas criminais descritas são a expressão da cultura dos grupos étnicos a que fazem parte os imputados ou apenas são indicadores para valorar a gravidade do crime e a capacidade para delinquir do sujeito.

Sobre este âmbito, é de ter em conta que as informações dadas sobre os casos examinados são inconsistentes. E essa inconsistência reside no fator grupo étnico a que pertence o autor do facto, que se pode encontrar em diversas motivações.

¹⁹⁷ Cfr. DE MAGLIE, Los delitos, p. 91 e ss.

Esta escassez de dados torna difícil a reconstrução da bagagem cultural do agente e, por conseguinte, torna arbitrária a afirmação da presença de um crime culturalmente motivado na maior parte dos casos. As decisões examinadas limitam-se muito a uma referência genérica sobre as origens dos autores, especificando exclusivamente as suas proveniências geográficas (um argelino, um marroquino) e ressaltando a religião professada (a fé islâmica) ou a diferente disciplina legislativa vigente entre o sistema italiano e o da proveniência dos sujeitos em causa.

Esta insuficiência de dados nas sentenças — insuficiência essa que pode ser compensada apenas parcialmente pelas informações que se podem encontrar na literatura especializada — dá meras indicações gerais sobre o surgimento ou não de um conflito cultural.

Quanto à conclusão rigorosa sobre a presença de um crime culturalmente motivado, era necessária, em todos estes casos, uma perícia cultural que exige a intervenção de antropólogos, etnólogos, etc., a ser solicitada pelo juiz, no uso daquilo que se denomina, na linguagem de SILVA DIAS, e ARTHUR KAUFMANN,

"apreciação paralela na esfera do leigo" para ilustrar a bagagem cultural do grupo étnico refletida no imputado, uma vez que ao conceito genérico de "islão" se pode reconduzir distintos grupos étnicos. Processo em que, para SILVA DIAS¹⁹⁸, deve se ter em conta que "as noções de Direito, de dever, de ilícito, etc. que o agente investe no facto não decorrem da linguagem jurídica, mas da linguagem corrente no seu mundo de vida, por isso que a imputação requer sempre um processo comunicativo, uma mediação dialógica, entre as valorações do Direito e as

¹⁹⁸ A. S. DIAS, *A responsabilidade do 'outro'* 2015, p. 102.

significações em que o agente se move, tendente a verificar a continuidade ou descontinuidade entre ambas.”

Porque quando entre as duas valorações não se verifica um fosso significativo, podendo o juiz compreender o universo linguístico e cultural do agente, quando nos encontramos perante situação em que o juiz

“opera no mesmo registo linguístico e cultural do agente, ele pode funcionar como «juiz leigo» [...] e estabelecer a correspondência entre as representações do agente e os conceitos e institutos jurídicos [...]”¹⁹⁹ Mas quando o leigo é o forasteiro, o exótico, a distância entre os polos da mediação aumenta consideravelmente [...]”. A tradição, regra ou prática cultural que alegadamente condicionou a prática do facto soa ao entendimento do juiz como estranha, inverosímil e torna-se opaca à compreensão. [Neste caso] o «juiz leigo» transforma-se em «juiz estrangeiro» e o risco de fracasso do processo comunicativo é elevado, pois o juiz está exposto à incompreensão”²⁰⁰.

É essa incompreensão que exige a perícia cultural mediante intervenção, “de antropólogos e etnólogos, mas também de psicólogos e psiquiatras, designadamente de psicólogos transculturais e de etnopsiquiatras”, para a sua dissipação.

Emblemáticas pela ausência de indicadores para uma dedução, com certeza, sobre a existência de um conflito cultural, são as sentenças que decidiram o primeiro e o terceiro casos supracitados

¹⁹⁹ ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, p. 196 define o “juiz leigo” como um intermediário, um intérprete entre os leigos não versados no Direito e o juiz profissionalmente instruído, apud Augusto Silva DIAS, *Responsabilidade criminal do ´outro`*, p. 102.

²⁰⁰ Cfr. SILVA DIAS, *ibid.*

relativos à questão das mulheres maltratadas. A este propósito sublinha WING que nem sequer a literatura especializada que se tem referido ao respeito, pelos princípios gerais que regulam as relações dentro da família em todo o âmbito islâmico — superiores aos costumes de cada um dos grupos étnicos²⁰¹ — tem conseguido dar indicações unívocas que permitam inferir da existência de um crime culturalmente motivado.

Sobre *ius corrigendi*, reconhecido ao marido pelo direito islâmico, há duas seguintes correntes doutrinárias:

a) **de um lado**, há a corrente que defende que dentro do núcleo familiar, apesar de o homem e a mulher serem iguais perante Deus, têm papel e responsabilidades distintos: das mulheres se espera obediência [«ta`ah»] ao cônjuge, e o marido pode exercer o *ius corrigendi* sobre a mulher recorrendo a sanções de tipo corporal; sublinhando, porém, que a faculdade de bater numa mulher “pode ser exercida raramente e apenas nos casos de manifesta imodéstia”. É o próprio profeta Maomé que sentenciou que os homens podem repreender, rejeitar ter relações sexuais ou bater à mulher somente em caso de a mulher ser culpável ou ter mantido comportamentos de manifesta imodéstia²⁰². Esta formulação denota que o poder sancionador corporal concedido ao marido deve limitar-se a golpes leves, «que não deixam traumas profundas» à esposa²⁰³.

²⁰¹ WING, «Twenty-First-Century Loving: Nationality, Gender, and Religion in the Muslim World» em Fordham L. Rev., 2008, pp.28pp. 2895 e ss.95 e ss.; também CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos culturalmente motivados p. 93.

²⁰² Assim BANO, Status of Women in Islamic Society p. 149 e CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, ob. cit., p. 93.

²⁰³ Ibidem.

b) **de outro lado**, há corrente doutrinária que denuncia a violência na família islâmica como um conjunto de comportamentos brutais que estão na ordem do dia, onde falar dos espancamentos, lesões e outro tipo de maltratos às mulheres no islão não seriam casos isolados, mas sim um dado constante²⁰⁴.

Deste modo, partindo da contradição dos dados fornecidos pela doutrina, e aliada à inconsistência nas sentenças analisadas das indicações concernentes à identificação do grupo étnico a que pertence o autor, não seria possível o enquadramento dos comportamentos do género como crime cultural, porque seria ariscada, uma qualificação dos factos em causa como «crimes culturalmente motivados». Para evitar de cair nos estereótipos, ou nas generalizações indevidas, é melhor abster-se, nesta sede, de fazer juízo, uma vez que não há, nos casos examinados, elementos suficientes nem para falar da existência de um crime culturalmente motivado, nem para “«celebrar» ou festejar pela sua inexistência”. A solução aqui deve resultar, apenas, de uma perícia antropológica solicitada pelo juiz sobre a cultura de origem do agente.

Quanto ao caso da violação do cônjuge por parte do marroquino de religião islâmica [caso 4)], deixa de haver dúvida de que se trata de um crime culturalmente motivado, uma vez que a doutrina que se tem dedicado ao tema do matrimónio entre muçulmanos tem defendido a existência de princípios gerais válidos para todo o islão, independentemente da especificidade de cada grupo étnico, entre os quais se encontram algumas regras sobre a sexualidade no matrimónio. A este propósito afirma DAHL que, no que diz respeito ao campo da sexualidade, o homem tem precedência

²⁰⁴ Cf., por todos, KHAN, Zina Transnational Feminism and the Moral Regulation of Pakistani Women, 2006 (KHAN 2006); apud CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos culturalmente motivados, 93.

devendo, as suas necessidades, serem satisfeitas em qualquer que seja lugar e circunstância, momento modo desejado por ele. E a mulher, esta se mancha com gravíssimo pecado se negar corresponder-se ao marido quando este lho solicita”²⁰⁵.

Esta situação não se verifica no segundo caso, uma vez que o *ius corrigendi* dos pais e, eventualmente, o dos parentes, não implica certamente — na tradição de todos os grupos étnicos que professam a religião islâmica —, o aproveitamento económico e o sistemático maltrato dos menores.

O caso *Hina Saleem* que, entre os casos mencionados, tanta comoção e alarido levantou nos meios de comunicação e na opinião pública italiana e internacional, merece uma consideração particularizada. Desde ponto de vista geral, há que assinalar que o conceito de honra intrinsecamente ligado à respeitabilidade da mulher, ocupa lugar de destaque na hierarquia dos valores sociais. Afirmam UGO FABIETTI²⁰⁶, na citação de DE MAGLIE, que a mulher e honra constituem um binómio irreduzível no islão. A organização de uma sociedade rigidamente hierarquizada entre os sexos deve-se à ética de honra.

Os valores culturais polémicos tais como a poligamia, o direito do homem ao divórcio, a circuncisão das meninas, o uso de véu, são todos costumes que giram a volta da honra feminina²⁰⁷. Quando a mulher fracassa socialmente por perder a honra, mesmo que tal facto de perda da honra não se deva à culpa da mulher por não resultar duma transgressão voluntária por parte dela, mas sim de fatores externos (por exemplo uma violação), toda a família se submerge na tragédia, que é ser assombrada pela vergonha. E urge resgatar o

²⁰⁵ DAHL, *The Muslim Family. A Study of Women`s Rights in Islam*, 1997.

²⁰⁶ FABIETTI, *Culture in Bilico*, p. 137 e ss.

²⁰⁷ DAHL, *The Muslim Family*, p. 127.

decoro perdido. A solução para tal resgate pode ser extrema: o homicídio²⁰⁸.

No caso do Paquistão, um dos países mais conservadores do mundo islâmico, e onde, mais do que noutros países islâmicos, o prestígio social da família depende da honorabilidade da mulher estando também aqui o conceito de honra vinculado ao seu comportamento sexual²⁰⁹, e sendo, por isso mesmo, a respeitabilidade dos homens da família, concebida como algo que se encerra e se expressa no corpo feminino, as considerações de carácter geral acabadas de tecer são decisivas. O caso de Hina Saleem assassinada pelo pai por causa da honra, mostra o lado dramático desta cultura paquistanesa; os profundos estudos por parte da literatura, revelam a absoluta rigidez das relações familiares, todas marcadas pelo regime patriarcal²¹⁰, onde, devido ao forte sentimento de posse da filha pelo pai, sendo ela completamente submetida ao controlo da família, especialmente do pai²¹¹, a filha é considerada propriedade do pai, libertando-se deste estatuto apenas no momento do matrimónio²¹².

No Paquistão, toda a violação do corpo da mulher, pondo em causa a autoridade e o decoro dos homens do grupo, torna necessária uma resposta forte, simbólica, que não castigue apenas o agressor, mas que seja também capaz de resgatar a «*matchundadi*» («virilidade») dos membros da família na comunidade. Infelizmente este desiderato tem levado a desgraça de eliminação das mulheres

²⁰⁸ DAHL, The Muslim Family, p. 128.

²⁰⁹ IRFAN, HONOUR Related Violence Agains Women in Pakistan disponível em www.americanbarfoundation.org, p.1, consultado no dia 18 de Dezembro de 2019, de 2017, igualmente C. DE MAGLIE, Los delitos., p. 95.

²¹⁰ PATEL Woman versus Man. Socio-Legal Gender Inequality in Pakistan, 2003, p. 46; e C. DE MAGLIE, Los delitos, p. 95.

²¹¹ PATEL, Ibid., 51.

²¹² Ibid., p. 148.

para a afirmação do chamado *honour killing*, meio recorrido para a consecução desse resultado.

Segundo COOMARASWAMY, esse *honour killing* tem difusão entre os membros de todos os grupos étnicos distribuídos em todas as quatro províncias do Paquistão²¹³. Para IRFAN, as cifras são tristemente claras sobre a situação, estimando a *Human Rights*, a Comissão paquistanesa, que só em 2007 as mulheres vítimas de homicídios por causa de honra foi de 280²¹⁴. Quer me parecer que estas cifras têm crescimento constante ultrapassando as cifras já apontadas com o aparecimento, cada vez mais, de tendências de as mulheres reivindicarem mais os seus direitos e a persistência de uma cultura que não revela tendência de mudança quanto à matéria de igualdade entre os sexos e a alteração dos valores culturais.

O *honour killing* é considerado uma tradição que penetrou, de tal forma, a cultura do país recebendo também tratamento favorável no plano legislativo. Disse-nos IRFAN²¹⁵ que até 1990, o homicídio por causa de honra foi considerado uma hipótese que podia subsumir-se na *defense* prevista no art.º 300.º1, do Código penal paquistanês. De acordo com esta norma, a prova da existência de uma «grave e repentina provocação» (*grave and sudden provocation*) tinha efeito de atenuar a gravidade do crime — transformando-o em crime de menor gravidade — e deixar «impune», de forma substancial, o autor. O relato de IRFAN²¹⁶ dá-nos conta de em “[...] *La Quisas e Diyat* de 1991 e a *Criminal Law Amendment Bill* de 2004”, se ter introduzido algumas alterações; mas estas eliminaram apenas

²¹³ COOMARASWAMY, «Violence against Women and “Crimes of Honour”», em Wechman e HOSSAIN (coords.), *Honour-Crimes, Paradigms, and Violence Against Women*, 2005, pp. 32 e ss.

²¹⁴ IRFAN, *Honour Related Violence Against Women*, p. 2. (www.americambarfoundation.org), apud CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, p. 95.

²¹⁵ IRFAN *ibidem*, p. 12.

²¹⁶ IRFAN *ibidem*, p.12.

formalmente a causa de honra do sistema e o tratamento favorável ligado à mesma para o homicídio. Mas a prática de *honour killing* mantém-se intacta nos factos, continuando bem enraizada na mentalidade e na cultura dos grupos étnicos de todo o país²¹⁷.

Para PATEL, o tratamento favorável ligado ao comportamento homicida relativamente ao direito de matar com base na defesa de honra parece verificar-se também graças ao apoio dos profissionais de foro [juizes, advogados e pessoal das instituições penitenciárias] que contribuem para manter o status quo. Pensa-se que nas celas “os autores de *honour killing* recebem um trato especial de favor e são respeitados por terem matado para salvar a honra [ghairat — figura de proteção que em cultura árabe local os homens adotam para interditar as mulheres de agirem de certa forma perante os outros homens.”²¹⁸

Todas as situações tratadas pela jurisprudência italiana e aqui vistas, mostraram dificuldades de enquadramento do ponto de vista da hermenêutica intercultural na medida em que não houve elementos da perícia antropológica que permitisse ao juiz tal tarefa. Por isso, e tendo em conta os contornos das situações, Cristina DE MAGLIE parece ter razão em designar os casos como sendo de “[...] entre crimes culturais e crimes comuns”²¹⁹.

1.1.2.2.1.1 Emprego de menores na mendicidade: Especial referência aos casos de Rom e crianças talibés: um breve relance panorâmico

Neste ponto, e que é do emprego de menores na mendicidade, fazemos referência aos casos dos Rom, conhecidos por ciganos, e

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ PATEL Woman versus Man. Socio-Legal Gender Inequality in Pakistan, 2003, p. 150. No mesmo sentido, CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, ob. cit., p. 96.

²¹⁹ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 91 sob a designação “o islão entre criminalidade cultural e criminalidade comum.

também uma referência especial ao caso de crianças talibés que se verifica na Guiné-Bissau, relativamente às crianças das etnias muçulmanas que costumam ser deslocadas pelos pais ou encarregados de educação para irem frequentar as escolas corânicas nos países vizinhos, nomeadamente no senegal (principalmente) e Guiné Conacri.

Quanto à questão dos ciganos, os países europeus têm o seu comportamento como cultural e inofensivo à sociedade se se circunscrever à mendicidade, sem tomar forma de outras atuações reprováveis e que possam ser consideradas como crime, como, por exemplo, casos de mendigos russos mutilados para apelar à piedade das pessoas para serem explorados pelos seus exploradores. Mas há países, como Itália, que incriminam o comportamento de emprego de menores na mendicidade onde é enquadrado o caso de ciganos, sendo assim crime o comportamento dos mesmos ciganos. Mas tendo em conta a natureza da prática, pode ser entendido como sendo crime culturalmente motivado.

Com efeito, desde 2009 que a conduta foi criminalizada na Itália através das Leis n.º 38/2009, de 23 de Abril, e n.º 94/2009, de 15 de Julho; depois de passar como contravenção no art.º 671, do CP, e como figura de “pachetto sicurezza” (pacote de segurança)²²⁰

²²⁰ As principais novidades apontadas nesse «pacote de segurança», e contidas na Lei n.º 94/2009, de 15 de Julho e publicada na Gazzetta Ufficiale n.º 170, de 24 de Julho de 2009 e disponível em <http://www.altalex.com> de 2014/10/30, e consultado no dia 13.09.19, às 20:00H, são as seguintes:

“—→[Fim ao matrimónio de interesse, onde, para adquirir a nacionalidade italiana, passou a não ser suficiente a simples realização do matrimónio, mas que o cônjuge estrangeiro ou apátrida resida, pelo menos, dois anos no território italiano, ou três anos, no caso de a residência for no exterior;

—→Nova norma em matéria de ocupação de solo público;
—→Medidas para combater o uso de menores na mendicância;
—→Medidas relativas ao confisco de bens de proveniência ilícita;
—→colaboração das prefeituras com as associações utilizando ex-membros de polícia, de cidadãos desarmados na denuncia dos casos de

onde estava enquadrado o decreto Legislativo n.º 11/2009, de 23 de fevereiro de 2009, e que veio a ser convertido em leis acabadas de referir.

O «pacote de segurança», segundo DE MAGLIE, abarca «fenómenos diversos e heterogêneos» e que tem criado forte impacto e alarmado a sociedade italiana marcando fortemente o sentido de insegurança, tais como «imigração clandestina, a criminalidade de rua ou a criminalidade organizada».

E é neste sentido de enfrentar a investida do fenómeno criminoso que surgiram iniciativas com vista a proteger os mais fracos — «vítimas débeis» — desta onda de criminalidade diversificada, que entrou o problema do crime de emprego de menores na mendicidade.

Mas analisando o direito italiano, conclui-se, com MANZINI, que a mendicidade é um fenómeno considerado, desde sempre, reprovável e merecedor de sanção penal por ser tida como “auxiliar da delinquência e vícios”. E o bem jurídico tutelado se identificava com a moralidade e o decoro público. Mais a ver com a piedade dos outros, enquanto a questão de menores ficava como questão de fundo. Nesta senda, também a jurisprudência deixava de decidir a questão substancial das condutas do emprego de menores na mendicidade, como casos de maus tratos domésticos ou redução à condição de escravo, consideradas evidentemente como mais adequadas para dar relevância à proteção da integridade físico-

dificuldades sociais ou situações que ponham em fisco a segurança das cidades;

—→*extensão de permanência no cpt (renomeados “centros de identificação e expulsão” pelo Decreto Lei de 23 de Maio de 2008) até um máximo de 180 dias;*

—→*reintroduzir o crime de insulto ao funcionário público]”.*

psíquica do menor-vítima do abuso²²¹. E com efeito o emprego de menores na mendicidade era tratado como contravenção no art.º 671.º do CP italiano²²², não tendo merecido indiferença na ordem jurídica.

As insuficiências aqui referidas foram alvos de tentativa de superação pela Lei n.º 94/2009, de 15 de Julho. Com efeito, o novo art.º 200.º do CP veio estabelecer uma pena de prisão até três anos, *"salvo se o facto constitua um crime mais grave, quem se servir de uma pessoa menor de catorze anos, ou qualquer inimputável, ou permitir que outra pessoa sob a sua autoridade ou confiada à sua custódia ou vigilância, mendigue ou que outros se valham dele para*

²²¹ Ver MANZINI, Trattato di diritto penale, 5.^a ed., vol. 10, coord. por Nuvolone, 1986, p. 378 (MANZINI 1986); SABATINI, "Mendicità", in Ns. Dig. it., X, 1964, p. 520 (SABATINI 1964); PANANZIA, "Mendicità (Dir. pen.)", in Enc. dir. XXVI, 1976, p. 101 (PANANZIA 1976); MIEDICO, "Art.671, in DOLCINI y MARINUCCI (coords.), Codice Penale Commentato, t. II, 2006, p. 4870 (MIEDICO 2006); BRICCHETTI y PISTORELLI, "Stretta sullo sfruttamento dei "mendicanti bambini" in Guida dir., 2009, 33, p. 27 (BRICCHETTI y PISTORELLI 2009); S. de la Corte de Cassación., secc. V, 28 de Novembro de 2008, núm. 44516, in Fam. dir., 2009, com nota de PITTARO, Impiego di minore nell'accattonaggio part time: maltrattamenti famiglia o riduzione in schiavitù? Pp.238 y 369 e ss (ITÁLIA 2008).; S. de la Corte de Casación, secc. V, 7 de Diciembre de 1989, in Foro it., 1990, t. II, pp.369 e ss (ITÁLIA, S. de la Corte de Casación, secc. V 1989); S. Casación., secc. III, 25 de Janeiro de 2007, CED 236023 (ITÁLIA, S. Casación., secc. III 2007). Por todos, CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, cit., p. 85.

²²² Rezava o art.671.º do Código penal italiano (Impiego di minori nell'accattonaggio):

"Chiunque si vale, per mendicare, di una persona minore degli anni quattordici, comunque, non imputabile, la quale sai sottoposta alla sua autorità o affidata alla sua custodia o vigilanza, ovvero permette che tale persona mendichi, o che altri se ne valga per mendicare, è punito con l'arresto de ter mesi a un anno.

Qualora il fatto sai commesso dal genitore o dal tutore, la condanna importa la sospensione dall'esercizio della patria potestà o dall'ufficio di tutore".

Em português (tradução livre):

"Quem, por intermédio de menor de catorze, inimputável, sujeito à sua autoridade ou confiada à sua custódia ou supervisão, ou permita que outra pessoa se sirva do menor para mendigar, é punido com pena de três meses a um ano de prisão.

Se o facto for cometido pelos pais ou pelo tutor, a condenação implica a suspensão do exercício do poder paternal ou de tutor".

*mendigiar*²²³”. Apesar de trazer algumas modificações relativamente ao artigo contravencional derogado (art.º 671.º do CP) e já citado, estas modificações não foram de grande relevância de ponto de vista substancial sendo apenas modificações de caráter não fundamental por reproduzirem, no essencial, o que já estava contemplado na lei de contravenção derogada. E foram basicamente as duas seguintes as modificações introduzidas pelo novo art.º 200.º:

- i) A transformação da contravenção em crime, punível com penas muito mais severas²²⁴; e
- ii) A colocação sistemática do tipo dentro dos crimes contra a pessoa. Passando, com isso, a integrar um bem jurídico inviolável o «direito da criança».

O objetivo perseguido é louvável, conforme entendem os autores sobre o assunto, porque a mendicidade tem seus riscos e que têm a ver com a possibilidade de os menores serem desviados das atividades formativas indispensáveis à formação da sua personalidade, como o estudo, o desporto ou o jogo^{225/226}

Ao contrário das etnias donde são oriundos os meninos talibés [designados em Fula por “*almudu*”²²⁷] do sistema africano, sobretudo da Guiné-Bissau, os ciganos são povos nómadas que deambulam de um lado para outro, sem residências fixas, são rotulados de malandros e ociosos.

²²³ Cf. M. SCALIA, “Le modifiche in materia di tutela dei minori” in *Dir. proc.*, 2009, 1207 e ss. (SCALIA 2009)

²²⁴ Cfr VALSECCHI, “Due ulteriori delitti a tutela della vittima minorenne” in MAZZA e VIGANÒ (coords.), *Il “pacchetto sicurezza”*, pp. 280 e ss. (VALSECCHI 2009)

²²⁵ Cfr SCOLETTA, “Nuovo crime di impiego di minori nell’accontaggio” (SCOLETTA 2009); CORBETTA, DELLA BELLA y GATTA (coords.), *Sistema penale*, ob. Cit., p. 124. (CORBETTA 2009)

²²⁶ Por tudo, CRISTINA DE MAGLIE, cit. P. 86.

²²⁷ A própria designação «talibé» é de origem fula, variante de Mali.

Mesmo os Fulas considerados nómadas entre os africanos, enquanto povos de pastores — segundo a história da África Negra —, estes não ostentam modo de vida e as características do nomadismo típico dos ciganos, os quais este modo de vida rendeu o epíteto de “viajantes vagabundos.” E nem o juízo negativo expresso por esses termos. Porque, ao contrário dos Fulas africanos, que pertencem aos grupos étnicos donde saem normalmente as crianças talibés, e que, por natureza e modo de vida, são nómadas por serem povos de pastores (como já referido) e que, por este motivo, se dedicam à pastorícia, dedicando-se sempre ao seguimento do pasto conforme as épocas pluviais e à abundância das águas e ervas e plantas para a alimentação do seu gado, o que lhes permite conseguir o sustento para tanto gado, os ciganos têm, por natureza, um estilo de vida “flexível”. Não vivem num território fixo, por ser um povo de constante migração. A mobilidade é, pois, uma das razões da ausência histórica do direito a territórios que têm ocupado, sendo tal ocupação sempre passageira q que não dá a ninguém o direito à terra.

Ao contrário, mais uma vez (desculpem pela repetição), dos Fulas ou outros povos nómadas africanos, os Rom não têm, como base, território próprio, casas ou outros bens imóveis, o que fez com que (segundo os estudiosos) a família se apresente como centro da vida dos ciganos e único elemento de estabilidade numa condição existencial considerada de precária e de constantes mutações. A família se transforma, assim, num núcleo fundamental da estrutura social cigana composta de grupos familiares. E é nesse grupo que se assentam os núcleos económico e educativo que asseguram a proteção dos indivíduos e a continuação da mesma raiz familiar.

Num mundo de constantes mutações, a solidariedade assume um papel primordial na manutenção da unidade dos integrantes da

extensa família cigana constituída por linhagens de parentesco, filhos e distintas gerações.

Uma vida de solidariedade perfeita onde os órfãos, velhos e doentes encontram sempre um acolhimento familiar e uma proteção devida. E as relações entre os membros não se estabelecem numa estrutura hierarquizada, com o sistema autoritário e sim num meio onde as soluções das questões do interesse coletivo são resolvidas na base de um consenso mais alargado, sem, pois, base de chefia e sem contradições²²⁸.

Ao contrário, CRISTINA DE MAGLIE²²⁹ destaca o ambiente da educação e papel das crianças caracterizando que as crianças são educadas em grupo, não havendo separação entre o mundo das crianças e dos adultos. Há contacto constante do ponto de vista físico e social e a proteção mútua em relação ao mundo externo. As crianças trabalham ao lado dos pais e sob controlo destes estando sempre seguros na comunidade. Explica LIÉGEOIS²³⁰ que “a tradição da segurança em relação ao futuro e a coesão do grupo superam a incerteza do desconhecido”:

“[...] comunidade assume um papel fundamental para os filhos porque as relações com o mundo externo são muitas vezes limitadas e negativas e as experiências com a sociedade anfitriã são frequentemente violentas”²³¹. Daí a resistência dos Rom a integrar os seus filhos à escola, enquanto uma instituição para eles alheia, e considerada um fator que “perturba e interrompe o processo educativo que,

²²⁸ Cf. Roma in Europe, 2007, p. 71; KUSTERS, “Criminalising Romani Culture Through Law”, in FOBLETS e RENTELN (coords.), Multicultural Jurisprudence, Perspective on Cultural Defense, 2009, p. 204.

²²⁹ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 87.

²³⁰ LIÉGEOIS, Roma, p. 96.

²³¹ LIÉGEOIS, Roma in Europe, p.96., apud DE MAGLIE Id.

segundo a sua tradição, deve ter lugar no seio da família²³²”.

Para DE MAGLIE²³³, a esteira de MANCINE²³⁴

“[...] da vinculação à cultura do nomadismo derivam também as atividades tradicionalmente desenvolvidas pelos Rom» e que são as seguintes: «[...] o trabalho do metal, o comércio de cavalos, a recolha da fruta, os espetáculos itinerantes [...]». Para autores acabados de citar, os trabalhos aqui mencionados são, todos, serviços simples, típicos de uma sociedade rural, que já se converteram em serviços supérfluos, senão mesmo inúteis na atual sociedade industrializada pós-moderna^{235/236}.

E que são «ofícios de difícil desenvolvimento», uma vez que o seu exercício está subordinado atualmente à posse de documentos, licenças, que pressupõem um grau de instrução e de inserção social incompatíveis com a opção de vida dos Rom^{237/238}.

Neste sentido, como alternativa, são obrigados a escolher um caminho diferente, qual seja da criminalidade e aumento desta. Isto por causa das proibições de se estabelecerem em certos lugares, de pararem em certos lugares, como, v.g., acampamentos nómadas sempre situados nas periferias das cidades em condições ambientalmente deploráveis e expostos a influência e contágio criminal.

²³² LIÉGEOIS, Roma in Europe, pp. 171 e ss; SCHVEY, FLAHEITY e HIGGINS, «The Children Left Behind: Roma Access to Education in Contemporary Romania», em Fordham Int'l L. J., 2006, pp. 1155 e ss. Por todos, CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 87, e autores ali citados.

²³³ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 97

²³⁴ MANCINE, I Romm, p. 771.

²³⁵ MANCINI, «I Rom» cit., p. 771.

²³⁶ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 87.

²³⁷ MANCINI, «I Rom» cit., p. 771

²³⁸ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 87-88.

Os crimes cometidos pelos Rom e que são, pois, reconduzíveis à cultura rom, são os chamados crimes culturalmente motivados para quem pertence aquela etnia, porque têm a ver com a cultura Rom. E são, como já visto, furtos e emprego de menores na mendicância [o chamado «mengel»]. Segundo os Rom, é normal a prática de furto em prejuízo dos sedentários (os «gajés»). Para os valores e normas Rom — no seu entendimento deles —, não constitui um crime porque os sedentários (os «gajés») são ricos e eles (Rom) são pobres. O furto cometido por eles relativamente aos bens dos sedentários serve apenas para poderem sobreviver; e isso não empobrece a estes²³⁹. Sentem que a sua conduta está coberto de estado de necessidade justificante por agirem por necessidade primária, superior, até, ao interesse dos «gajés» que é de ter de sobra, não podendo ficar prejudicados. Eles precisam de sobreviver, e os sedentários tem até excedente.²⁴⁰.

O fundamento e a explicação étnico-cultural dos Rom, é assente na atuação em estado de necessidade justificante (na sua conceção) ditado pela sua impossibilidade de sobreviver com os ofícios típicos da sua tradição e alicerçado no conflito cada vez mais exasperado entre a sua cultura nómada e cultura sedentária. E a isso acresce a incapacidade de sair da sua própria cultura e ficar assimilada à cultura externa (alheia)²⁴¹. É este fundamento que arrasta os Rom ao terreno da criminalidade²⁴².

Sendo crimes culturalmente motivados tanto os furtos cometidos com base na motivação cultural quanto o emprego de

²³⁹ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos* cit., p. 88; e MANCINI, «I Rom» cit., p. 772; CASTANGIA, «L'Europa delle persone», p. 195., apud DE MAGLIE idem.

²⁴⁰ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos* cit., p. 88; e MANCINI, «I Rom» cit., p. 772; CASTANGIA, «L'Europa delle persone», p. 195.

²⁴¹ V. MAZZA GALANTI, «I bambini degli zingari e il reato di matrattamenti in famiglia», em *Quest. gust.*, 2003, p. 653.

²⁴² CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos* cit., p. 88.

menores na mendicidade, põem-se o problema da eficácia da lei criminalizadora. Sobretudo no que respeita ao emprego de menores na mendicidade, na medida em que, do ponto de vista de política criminal em que — quanto à penalização desses grupos minoritários —, um legislador consciente da situação de estar a tratar de casos relacionados com crime culturalmente motivado, fortemente fechado como é a comunidade cigana (Rom). Por isso deve «[...] valorar os riscos da “efetividade” deste novo delito, que pune condutas profundamente enraizadas nas tradições do grupo étnico Rom»²⁴³.

Perante esta situação²⁴⁴, não basta pretender alterar o estado das coisas com a simples modificação de contravenção, com que as condutas típicas eram punidas, para crime e a ameaça com penas mais severas para alcançar a eficácia da prevenção geral num sistema cultural como o dos Rom. Isto tendo em conta o fator cultural historicamente enraizado no seu sistema de ser refratário ao processo de integração. O endurecimento da sanção ou do instrumento de combate contra a conduta e cultura Rom nada trouxe, segundo a autora, para sociedade italiana que, à semelhança da nossa, aponta batalha ferrenha contra a cultura de diferença. Pelo contrário, essa atitude só veta uma cultura desse tipo ao isolamento e manifestação da maior hostilidade face ao sistema da maioria. Também a própria prevenção especial se torna incapaz de surtir efeito por passar a pena a ser, apenas sofrida pelo seu destinatário. Assim sendo, ao invés de ser remédio de integração, gera no destinatário uma reação negativa engendrando um sentimento de vingança e rebelião como forma de combate à agressão legal, que o destinatário não consegue compreender.

²⁴³ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 88.

²⁴⁴ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 88.

Entende a autora²⁴⁵ que, apesar disso, a opção sistemática talvez esteja também a esconder algo de mais profundo e não propriamente tratar-se de uma questão de proteção de menor que é um fraco e necessitado dessa proteção. Mas quiçá a atacar a cultura distinta (a atacar um estranho: possuidor de uma cultura distinta, como atacar um estrangeiro, um invasor). Uma atitude agressiva da defesa da sociedade contra uma suposta agressão perpetrada pelo estranho²⁴⁶.

No caso do nosso legislador guineense, a situação de crianças *talibés* tem ganhado contornos bastante difíceis na medida em que se procura uma penalização [ou pelo menos proibição, sem se saber com base em que meios que não sejam penais]. E nesta encruzilhada fala-se da criação da legislação sobre a matéria de pôr termo às práticas consideradas em diversos círculos como práticas nefastas, e puníveis nos termos legais.

Até dá-se exemplo, em abono da necessidade de uma agressividade exemplar para com os autores de tais práticas, o julgamento das referidas condutas na localidade da sua ocorrência; i.e, nas próprias comunidades onde os fatos em questão ocorrem, como forma de aplicação do princípio de prevenção geral negativa (intimidatória). Valem-se, para isso, do exemplo provindo de alguns países africanos, como é o caso burquinabê sobre o assunto.

Outros louvam-se, ainda, do exemplo de prorrogação da prescrição penal contemplada no n.º 5 do art.º 118.º do Código Penal português que diz que "*nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, o procedimento criminal não se extingue , por efeito de prescrição, antes de o ofendido perfazer*

²⁴⁵ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 88-89.

²⁴⁶ CERETTI e CORNELLI. «Quando la sicurezza CORTOCIRCUITA LA DEMOCRAZIA», em MAZZA e VIGANÒ (coords.), Il «pachetto sicurezza» 2009, pp. 3 e ss.

23 anos". Artigo esse, como é de ver, referente a matéria diferente, por não se referir à matéria do índole cultural.

Partindo da doutrina deste artigo, vão mais longe propugnando pela necessidade da eliminação pura e simples da figura jurídica da prescrição penal para os crimes cometidos contra os casos, também, das condutas ofensivas dos bens jurídicos relativos a menores por questões culturais. Entendemos que têm, certa razão, os que defendem tal posição por se tratar de violação dos direitos de pessoas indefesas e, sobretudo, fatos enquadrados como MGF. Mexendo profundamente com a dignidade da pessoa humana condenada, por toda a vida, na maioria dos casos, desde tenra idade. Sobretudo sem capacidade de se determinar livre e conscientemente sobre atitude nefasta sobre a sua vida. Mesmo em situação de capacidade de determinar consciente, livre e de forma esclarecida sobre as consequências, constituem atos sobre os quais não há possibilidade de retrocesso, em caso de arrependimento.

Mas temos que ter em conta que a matéria não é pacífica na doutrina, neste último aspeto. Porque, neste caso de um consentimento livre e esclarecido, põe-se problema capital da disponibilidade dos bens fundamentais da pessoa humana, incluindo a própria vida, defendida pelo Direito Penal. Onde não seria de cercar a pessoa de garantias que a esvazia da sua própria dignidade, nestes casos de certas condutas culturais, em nome de uma proteção da sua dignidade.

Entende alguns, porém, que não se pode admitir a validade de consentimento em comportamentos que reduzam a dignidade da pessoa transformando-a em rato, por exemplo.

Neste espaço, temos a dizer que, apesar da complexidade do assunto e que já fez correr muita tinta, não sendo de encarar aqui de

forma menos cuidada, vamos ponderar e lançar ideia de não dever ser assim o entendimento defendido por boa parte de setores da nossa sociedade. É difícil, no entanto, defender a autonomia de vontade quando se trata duma situação em que a influência cultural possa, como geralmente acontece, ter peso sobre a possibilidade da autonomia de vontade.

Defende-se que, só assim, tais práticas atentatória aos direitos humanos seriam banidas.

Isto talvez seja verdade. Mas também não deixa de ser verdade que, tendo em conta o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, fossem adotadas medidas de política social para o efeito. Que tais medidas de política social sejam acompanhadas de investimento sério por parte do Estado para procurar atacar a conduta sem um instrumento mais brutal, pesado e, nalguns casos, inadequado do ponto de vista de resultados perseguidos. Porque cria uma reação de rejeição por ser uma atitude desenquadrado na cultura dos grupos que praticam tais atos.

Não seria melhor adotar outras medidas em detrimento da penalização como forma de conter o comportamento dos que têm tais práticas?

A criminalização terá a ver com o risco de criar tipo de revolta contra a opção de tipificação podendo trazer problemas de conflito com os grupos visados. O que não será uma boa solução para a situação. Por ser cultura bastante enraizada nas comunidades muçulmanas que praticam tal envio de crianças do país para os mestres alcorânicos (ou corânicos) e onde se dedicam depois às práticas consideradas inadequadas, incluindo a mendicidade que, para alguns, é uma forma alcorânica de o menor pagar com o seu trabalho o ensino que se lhe é ministrado.

O apoio do Estado para a criação das escolas alcorânicas a nível do país, tal como têm solicitado as autoridades islâmicas do país, seria uma solução de obviar as complicações resultantes, sobretudo permitir controlar melhor o fenómeno da mendicidade nas ruas que, como sabemos, acontece no país, e nas localidades de acolhimento para as alegadas aprendizagem. Mas o Estado nacional poderia melhor controlar a situação para evitar a continuação do envio dos menores em causa para os países vizinhos onde ficam mais expostas a diversas situações de exploração e maus tratos por parte de alguns mestres alcorânicos.

A situação, ao nosso ver, deve ser tratada com “sangue frio” usando-se paciência e medidas de carácter educativo acompanhadas de apoio na criação, nalgumas localidades, de escolas alcorânicas para acomodar, ainda que com modestos meios, ou incentivos de carácter económico aos mestres alcorânicos para tentar extirpar o fenómeno.

1.1.2.2.1.2 Alguns exemplos típicos de casamento forçado
—→**Exemplos de etnias Fula e Balanta.**

Outra situação que tem criado preocupação das autoridades estatais do país, é o fenómeno de casamentos forçado e que aqui vamos tratar, exemplificativamente; a situação de casamento tradicional entre as etnias da Guiné-Bissau, com especial enfoque para o caso das etnias Fulas e Balantas onde o matrimónio, ao contrário do sistema legal previsto no ordenamento civilístico do direito da família. Há seguintes notas a referir, não é celebrado como contrato entre os nubentes, mas sim como um contrato que envolve os pais e, sobretudo, os parentes próximos dos nubentes. Casos de estudo²⁴⁷:

²⁴⁷ Casos com nomes fictícios.

▪ **Caso de Fatumatá**, da etnia Fula que, com 14 anos de idade, foi obrigado, pelos pais, a contrair matrimónio combinado entre as famílias, com Samba, de 35 anos de idade, com quem nunca se cruzou e nem conhecia a família deste. Ambos viviam em Pirada. Tendo fugido por causa deste casamento contra a sua vontade e ir ter com o seu irmão Tchernó em Bissau, foi obrigado este pelos mais velhos da tabanca, Bambo e Suleimane a levar a Fatumatá para Pirada para o referido casamento. Já celebrado o casamento contra a sua vontade, Samba teve ato sexual com a Fatumatá, com o consentimento desta. Foram acusados Bambo e Suleimane, por crime de coação previsto e punível nos termos do art.º 123.º número 1; e Samba por crime de abuso sexual previsto e punível nos termos do art.º 134.º/2 do Código Penal guineense.

▪ **Caso de Fernanda**, da etnia Balanta que vivia com a tia, Dam, em Bissau, e foi obrigada a tia, pelo irmão mais velho do pai, Quimara, a levá-la para Tite, para o casamento forçado com um rapaz, António, um ano mais velho de que ela que tinha 14. Na noite que seria da «lua de mel», e perante a recusa da Fernanda em ter ato sexual com o António, foi obrigada por este a ter relação sexual com ele. Acusado por crime de violação nos termos do art.º 133.º n.º 2 do Código Penal guineense, o António sentiu-se estupefacto, uma vez que, segundo ele, o ato enquadra-se nos costumes do seu grupo étnico: obrigar alguém com quem se é casado a ter o ato sexual com ele.

A lei — Código Civil, art.º 1601, alínea a)²⁴⁸ — estabelece idade núbil aos dezasseis anos de idade para os indivíduos de sexo masculino, e catorze anos para os indivíduos de sexo feminino. O que significa que o casamento com menores de catorze anos de idade, sendo de sexo feminino, e de dezasseis anos de idade, sendo de sexo masculino, é um casamento anulável, salvo a sanção prevista nos termos da al. a) do núm. 1 do art.º 1633.º do Código Civil guineense em vigor²⁴⁹. E é crime nos termos do art.º 134.º²⁵⁰, do Código Penal guineense, quando é contraído com o indivíduo de sexo feminino, e quanto à consumação por via de ato sexual, havendo consentimento da menor. Este ato sexual é, pois, crime de abuso sexual punível com pena de prisão de dois a oito anos. E quando contra a vontade da menor em causa, é crime de violação agravada pela circunstância «pouca idade», nos termos do art.º 133.º, n.º 3²⁵¹, com pena de prisão de três a doze anos (art.º 133.º, n.º 1)²⁵², agravada de um

²⁴⁸ Diz o art.º 1601.º, CC [Impedimentos dirimentes absolutos], na sua alínea a) que:

“[...] São impedimentos dirimentes, obstando ao casamento da pessoa a quem respeitam com qualquer outra [...] A idade inferior a dezasseis ou catorze anos, conforme se trate de indivíduo do sexo masculino ou do sexo feminino [...]”.

²⁴⁹ Diz o art.º 1633.º [Validade do casamento], no seu núm. 1, alínea a) que

“[...] considera-se sanada a anulabilidade, e validado o casamento desde o momento da celebração, se antes de transitar em julgado a sentença de anulação [...] o casamento de menor não núbil [...]» [for] «confirmado por este, perante o funcionário do registo civil e duas testemunhas, depois de atingir a maioridade ou ser emancipado [...]”.

²⁵⁰ Diz o art.º 134.º, n.º 1 do CP [Abuso sexual] que:

“Quem praticar cópula com mulher com mais de 12 e menos de 16 anos aproveitando-se da sua inexperiência, ou independentemente da idade, se aproveitar do facto de a vítima sofrer da anomalia psíquica ou se encontrar diminuída física e psicologicamente, temporária ou permanentemente, é punido com a pena de prisão de dois a oito anos”.

²⁵¹ Diz o art.º 133.º [Violação], no seu núm. 3 que:

“Nos casos em que a pouca idade, a inexperiência da vida, a afetação por anomalia psíquica ou a diminuição física ou psíquica, temporária ou permanentemente da vítima tenha sido aproveitada pelo agente para mais facilmente praticar os factos descritos nos números anteriores, a pena aplicada será agravada de um terço no seu limite máximo”.

²⁵² Diz o art.º 133.º [Violação], no seu núm. 1, que:

terço no seu limite máximo (art.º 134.º, n.º 3). Ou seja, de três a quinze anos de prisão (art.º 133.º, n.º 3).

Tanto para os Fulas quanto para os Balantas, a idade núbil é de 14 anos para indivíduos de sexo feminino e de 16 anos para indivíduos de sexo masculino. Esta idade, porém, é meramente indicativa na medida em que nos grupos étnicos, não releva a contagem de idade para o casamento. O que interessa é a estrutura física, bastando a aparência física de a pessoa apresentar aspetos físicos que fazem pensar que é já um indivíduo já «maduro» para contrair casamento. Sobretudo os indivíduos de sexo feminino: basta a formação de seios que mostram já certa evolução na fase de puberdade; mesmo que a pessoa não tenha ainda aquela maturidade real para o casamento.

A idade de 14 anos para as meninas é considerada em termos da média, representando aquela altura em que, geralmente, as meninas apresentam caracteres de evolução no sentido de alterações no seu organismo acompanhadas de caracteres externos de modificação própria do indivíduo de sexo feminino²⁵³.

Fala-se das etnias Fula e Balantas apenas em termos da representatividade por serem as etnias onde mais se verifica o fenómeno de casamentos forçados, segundo o estudo e as notícias da

“Quem, através da violência ou ameaça grave ou qualquer outra forma de coação, mantiver cópula com mulher ou a constranger a ter com terceiro, é punido com pena de três a doze anos”.

²⁵³ É a fase em que as meninas balantas já devem ter situação definida em termo de casamento. V., neste sentido, pe. SALVATORE CAMMILLERI, *A Identidade Cultural do Povo Balanta*, Edições Calibri, Lisboa, Novembro de 2010 [publicação parcial da Dissertação de licenciatura apresentada na Universidade de Génova (Faculdade de Filosofia), no ano académico de 1994-95]; onde, na p. 48, o Autor afirma ser, para as meninas, na cultura étnica balanta, “[...] a etapa mais importante para os membros do sexo feminino do povo ‘basa’ e a ela pertence o grupo de jovens dos 13 aos 16 anos”. Porque, enquanto para os jovens do sexo masculino, “[...] a passagem da puberdade à fase adulta dá-se com a circuncisão, para as raparigas, acontece com o casamento [...]”.

media sobretudo nos tempos atuais. O fenómeno ocorre também nos outros grupos étnicos, nomeadamente o Manjaco e Papel. Mas a maior incidência é nos grupos étnicos Fula e Balanta.

Idade núbil referido aqui, é indicativo, porque depende da maturidade da pessoa.

E em quase todos os grupos étnicos guineenses, o casamento é realizado com menores do ponto de vista do Direito Civil. Basta atentarmos ao Relatório Final do Estudo feito sobre a Recolha do Direito Consuetudinário Vigente na República da Guiné-Bissau, abrangendo os grupos étnicos Balanta, Fula, Mancanha, Manjacos, Mandingas e Papel. A idade núbil, segundo o mesmo estudo recentemente feito²⁵⁴ pela FDB, com o apoio do PNUD, Cooperação Portuguesa e em colaboração com INEP, e que apresenta o seguinte quadro:

- i) Para a etnia balanta, a idade núbil para os indivíduos de sexo masculino, é dentre os 15 e os 16 anos; e para os de sexo feminino, a partir dos 14 anos²⁵⁵;
- ii) Para a etnia fula, a idade núbil é de 16 anos para os indivíduos de sexo masculino; e de 14 anos para os de sexo feminino²⁵⁶;

²⁵⁴ FERNANDO LOUREIRO BASTOS (coord.), *Direito Costumeiro Vigente na República da Guiné-Bissau*, produzido com o apoio do Programa de Apoio aos Órgãos de Soberania e ao Estado de Direito (PAOSD), financiado inteiramente pela União Europeia, e com o apoio do Programa Fortalecimento do Estado de Direito e Segurança (FORTES), financiado inteiramente pelo PNUD, e cujo “Relatório Final do Projeto de Recolha e Codificação do Direito Consuetudinário Vigente na República da Guiné-Bissau, nas pp. 33 e ss, trata do Direito de Família nos grupos étnicos balanta, fula, mancanha, manjacos, mandingas e papel.

²⁵⁵ Diz o mesmo estudo, na p. 35, que, relativamente aos Balantas:

“Os homens não casam normalmente antes dos 15 ou 16 anos. As mulheres não podem casar antes de estarem preparadas do ponto de vista biológico, geralmente antes dos 14 anos [...]”.

²⁵⁶ Diz o estudo em causa, na p. 36, que, relativamente aos Fulas:

iii) Relativamente aos Mancanhas, a idade núbil para os indivíduos de sexo feminino é de 16 anos de idade; e para os de sexo masculino, é de 24 anos²⁵⁷;

iv) Para os Mandingas, refere o estudo que a idade núbil para os indivíduos de sexo feminino é de 14 anos e para os de sexo masculino, de 25 anos²⁵⁸;

v) Para os Manjacos, o estudo refere que a idade núbil é dentre os 18 e os 20 anos para os homens; e dentre os 15 e os 17 anos para as mulheres²⁵⁹;

vi) Para os Papéis, a idade núbil é de 18 anos para os indivíduos de sexo masculino; e para os de sexo feminino, não há uma idade fixa, exigindo-se apenas maturidade para se casar e que não estará longe dos critérios étnicos apresentados para os outros grupos já referidos²⁶⁰.

Na prática, e até porque em muitas tabancas distantes dos centros urbanos, não existe, às vezes, registos de crianças à nascença para se determinar a idade exata; o que mais prevalece no

“Os homens não casam normalmente antes dos 16 anos. As mulheres não podem casar normalmente antes dos 14 anos [...]”.

²⁵⁷ Diz o referido estudo, na p. 36 que, em relação aos Mancanhas:

“Os homens não podem normalmente casar antes 24 anos, sendo tida em consideração a sua maturidade e a capacidade para ser chefe de família. As mulheres não podem casar normalmente antes dos 16 anos, sendo tida em consideração a sua capacidade para gerar filhos”.

²⁵⁸ Diz o estudo em referência, na p. 37, que, quanto aos Mandingas:

“Os homens não podem casar normalmente antes dos 25 anos, dependendo do grau de maturidade. As mulheres não podem casar normalmente antes dos 14 anos, dependendo do grau de maturidade física”.

²⁵⁹ Diz o estudo em causa, na p. 38, que, para a etnia manjaca:

“Os homens não podem casar, em regra, antes dos 18 a 20 anos, dependendo do grau de maturidade. As mulheres não podem casar, em regra, antes dos 15 a 17 anos, dependendo do grau de maturidade”.

²⁶⁰ Diz o estudo em tela, na p. 39, que, para os Papéis:

“Os homens não podem casar antes dos 18 anos. As mulheres não têm uma idade fixa antes da qual não podem casar, embora a vida com o marido só possa ter lugar após a maioridade.”

estabelecimento da «idade núbil», é a «maturidade» apresentada a partir da fisionomia representada pelos caracteres externos da maturidade feminina e pelo volume corporal.

1.1.2.2.1.2.1 A justificação étnica da idade e do casamento forçado.

A justificação étnica para submeter as menores ao casamento, podem ser diversos; mas resumem-se, na etnia Fula, na necessidade de evitar que o filho venha a engravidar-se, sem ser casada, por um lado, e, por outro, com um homem fora do matrimónio, facto que é repudiado pelo grupo étnico. E na etnia Balanta, na segurança: evitar que a menina venha a engravidar-se, facto que, à semelhança da etnia fula, envergonha a família por parecer uma pessoa leviana. E, ao mesmo tempo, o casamento deve ser feito na idade em que a mulher possa procriar, em condições.

Mas a mais importante causa, também aliada à segurança, é o envolvimento com um indivíduo desconhecido, e sem qualquer compromisso com os familiares e sem intermediação e negociação entre os familiares, fator de confiança e de garantia para o sucesso do casamento e da proteção da parte fraca que é a mulher. De facto, nos tempos atuais, tem se verificado situações desanimadoras a volta de casamentos malsucedidos, na maioria das vezes, com sofrimentos terríveis e aniquiladores das mulheres, sobretudo. O que não deixa de ser motivo forte para se questionar se a prática ancestral de casamento combinado não seria ainda uma solução viável qual remédio para casamentos altamente infelizes e com fins desastrosas. Os órgãos de informação inundam hoje as sociedades de notícias, imagens e acontecimentos tao desoladores para a mente humana que nem dá para imaginar que ainda o mundo não transmutou e que a espécie humana ainda existe no planeta terra. E invadem dias e noites sem fim as nossas casas até ao amago do mais profundo pudor, se este ainda existe.

Perante tanta algazarra face à morte e «desgraça-sangue» dos inocentes e, nesta banda dos casamentos, «das inocentes», parece fazer sentido «cometer» um ponto e vírgula de reflexão sobre o rumo da modernidade da regressão, desenvolvimento envolvimento em teias de perdição dos valores mais sublimes da humanidade. O mais sagrado que ao humano assiste — e porque não a toda a natureza?! — e que é a família, já ficou e tem ficado cada vez mais nas migalhas dos tempos fugazes sem esperança e ponto de travão.

Mas ainda assim, existe réstia de esperança na modernidade progressiva, no desenvolvimento vanguardista e inovadora. É nesta réstia que vamos e podemos pensar nos homens e mulheres humanos, na espécie humana, na geração da ciência e tecnologia, da liberdade e democracia, das novas tecnologias.

Assim, nos casamentos forçados, o fator segurança é fundamental para os grupos étnicos, sobretudo balanta, para evitar o salto na escuridão, um enigma. Porque, no casamento combinado (negociado entre os parentes) existe menos risco de as coisas se darem mal. Salvo naqueles casos em que o casamento se transverta em negócio em que entre as famílias envolvidas há uma que venda (a da noiva) e outra que compre (a do noivo).

Além dos dois motivos citados, há outro motivo, também ligado a segurança, e que, desta feita, tem a ver com o facto de às vezes ser a tia ou outra familiar mais velha que educa a sobrinha ou a familiar mais jovem e dá em casamento ou ao próprio marido dela ou ao familiar próximo do marido, e que pode ser enteado ou sobrinho ou irmão do marido. Isto tem a ver com a segurança em dois sentidos: uma segurança para a própria menina em causa, uma segurança ainda maior porque fica integrada na família dentro da qual viveu a sua infância, na medida em que se procura dar-lhe um casamento seguro, dando-se-lhe um homem que se acha não só ser

o melhor para ela mas, ao mesmo tempo, garantia de segurança das relações entre as famílias dos futuros esposos, uma vez que o casamento entre a etnia balanta não é um contrato entre duas pessoas que se casam (homem e mulher), conforme reza o art.º 1577.º do Código Civil (CC)²⁶¹. mas entre as duas famílias dos nubentes: a da mulher e a do homem.

Esta garantia de relações abrange, muitas vezes, quem dá a menina ao casamento, sobretudo tias que, habitualmente, são as que asseguram a promessa ou dão em casamento a futura esposa; ou, então, um amigo ou um sobrinho da «morança», que serve de garante (*fiador*, em crioulo da Guiné-Bissau; e *nsin*, de balanta). E isso acontece, às vezes, desde a concepção ou durante a gestação (“*thak m`nhifi*” em balanta, pegar, assegurar o ventre ou, em crioulo guineense, «pega bico» — assegurar o umbigo). E é para cumprir, como acontece sempre com os Balantas em quem, a falha em compromisso de honra é quase fatal por o povo Balanta ter como principal marca característica o respeito pela honra, valendo-lhes, por isso, a máxima de que «*kudutar iof kulodi*» e que, em balanta, significa, literalmente, «a vergonha é mais do que a morte» e em crioulo da Guiné-Bissau, «*borgonha màs morti*». Ou seja, vale a pena morrer a viver suportando a vergonha. E o compromisso dessa natureza é um compromisso de honra. Para a cultura balanta, um homem digno não deve ser sujeito à vergonha. A «palavra-dada», para o Balanta, é, culturalmente, uma questão de honra e que deve ser mantida firme, segundo as tradições da etnia.

Nestas condições, de a menina às vezes nascer já prometida em casamento, ela nasce sem possibilidade de escolha, porque já foi negociada em «contrato-promessa», mexendo isso gravemente com

²⁶¹ Diz o art.º 1577.º do CC:

“Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir legitimamente a família mediante uma comunhão plena de vida”.

a sua dignidade; já que nasce como simples objeto, destinado a submeter-se ao casamento com quem os pais já realizaram o contrato de que ela é um mero objeto. Não poderá expressar, em nenhum momento, o seu consentimento sobre o casamento em causa, até o casamento é realizado quando a pessoa em causa é ainda menor, altura em que não tem capacidade para consentir.

1.1.2.2.1.2.2 A resolução de conflitos entre o Direito Penal e o direito consuetudinário relativamente aos casos apresentados

Nos casos apresentados, e dado ao confronto entre o direito penal (positivo) e o direito consuetudinário, prevalecem as normas do direito penal sendo, por isso, condenados os autores nos dois casos — tanto Bambo quanto Suleimane (do caso da Fatumatá), assim como Quimara (do caso da Fernanda) —, por cometeram crime de coação geral (art.º 123.º, CP guineense) ao obrigarem as vítimas Fatumatá e Fernanda, respetivamente, a contrair matrimónio contra suas vontades. E quanto à questão dos atos sexuais com as menores, Samba cometeu crime de violação, nos termos do art.º 133.º, n.º 3 e o António cometeu crime de abuso sexual nos termos do art.º 134.º, n.º 2, ambos do CP guineense.

A não punibilidade das duas situações com base nas regras do direito consuetudinário seria de discutir no plano da culpabilidade em geral, nomeadamente no âmbito da exclusão ou diminuição da culpa²⁶² por ausência de consciência de ilicitude ou por estado de

²⁶² V. Para PAULA FARIA,

“[o costume, deixa de ter] relevância, uma vez que ele deixa de determinar o recuo de um juízo objetivo de ilicitude, em que o costume ganhara o braço de ferro normativo que o opõe à lei, para passar apenas a constituir critério de influência sobre a personalidade do agente individual que pode, ou não, conduzir à diminuição, ou exclusão, da culpa”.

Porque passou a estar sujeito a determinados pressupostos, avançando

“[...] a exclusão da culpa do agente com base numa falta de consciência da ilicitude não censurável da sua parte, [nos termos do art.º

necessidade [e não de direito de necessidade (estado de necessidade justificante) uma vez que, na ponderação de valores, o direito à cultura cede perante o direito, também fundamental, de liberdade, nomeadamente, de direito a liberdade da autodeterminação sexual] e de causa de justificação consuetudinária, tal como aconteceu nos Estados Unidos de América, com o «Indian Civil Rights Act», de 1968, que reconhecia a jurisdição do grupo tribal em casos de crimes puníveis com pena de prisão até seis meses e 500 dólares de multa, ficando excluídos os crimes mais graves que tinham sido afastados dessa mesma jurisdição pelo «Major Crimes Act» de 1886²⁶³. Ou como acontece na Nova Guiné, com dever de reconhecimento e aplicação do costume pelos tribunais²⁶⁴. Ou no Brasil com as populações indígenas, onde a Lei n.º 6001/73 consagra o Estatuto do Índio, que confere aos chefes índios o dever de julgar e punir, segundo as suas próprias regras, os casos de criminalidade menos grave^{265/266}.

17.º, n.º 2 do Código Penal português, ou no estado de necessidade desculpante previsto pelo art.º 35, n.º 1 do mesmo Código. Os artigos acabados de citar, correspondem, respetivamente aos artigos 25.º, n.º 2 e 36.º n.º 1 ambos do Código Penal guineense]”.

²⁶³ Ibid., 129.

²⁶⁴ Mesmo neste caso da Nova Guiné, e de acordo com autora (O costume e o direito penal 2014, p. 129), o estabelecimento do reconhecimento e aplicação do costume pelos tribunais, fica excluído em casos da menoridade com menos de 16 anos de idade. A exclusão abrange, entre outras, as situações em que tal

“[...] viole princípios gerais de humanidade, quando se mostre incompatível com a lei, quando a sua aplicação resulte numa injustiça, ou seja, contrária ao interesse público, ou quando afete o bem-estar de um menor com menos de 16 anos de idade”.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Para AUGUSTO SILVA DIAS (Faz sentido punir o ritual do fanado?, loc. cit., p. 225),

“A admissão de uma tal ideia representaria a atribuição aos grupos étnicos (nomeadamente às suas elites ou autoridades) de competência para restringir direitos fundamentais dos seus membros, o que conduziria não só à sua desproteção, mas ainda à balcanização ou fragmentação das sociedades, na medida em que, consentindo na autorregulação desses grupos, se abdicaria de qualquer ideia de integração política assente no [...] patriotismo constitucional.”

Entre estes casos de criminalidade, pode se pensar nos crimes em que não se incluíam homicídio, ofensas corporais graves e «*actio libera in causa*» para cometimento de crimes²⁶⁷.

1.1.2.2.1.3 Relance ao pluralismo Jurídico da era colonial em África

No tempo colonial, com o reflexo no multiculturalismo, vigorou nas colónias uma pluralidade jurídica fundamentalmente na esfera do Direito civil onde se aplicava aos indígenas assimilados da Guiné, Angola e Moçambique as leis europeias (as leis que vigoravam na metrópole portuguesa); ou mesmo a lei dos indígenas.

Aos portugueses residentes nas colónias em causa, aplicava-se a lei civil vigente em Portugal europeu.

Aos indígenas não “assimilados”, aplicava-se o Direito civil (a lei cível) consubstanciado no Estatuto do Indigenato.

Aos “assimilados” reservava-se o Direito a um bilhete de identidade português de “segunda categoria”, observada a prova de que a família vivia em situação semelhante ou próxima da de um cidadão originário da metrópole.

No sentido desta posição, está também AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO *Direito à diferença étnico-cultural*, pp. 148 e 154; HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion*, p. 278.

Para este autor,

“a coexistência de formas de vida distintas, em condições de igualdade, não pode conduzir a uma segmentação. Ela requer a integração dos cidadãos — e o reconhecimento recíproco da sua pertença subcultura no quadro de uma cultura política partilhada”.

Entendem os defensores da mesma posição que a lógica de fragmentação está implícita no argumento multiculturalista que crismam de «radical» segundo o qual cada um deve ser julgado segundo o Direito da sua comunidade. Por todos, AUGUSTO SILVA DIAS, *Faz sentido punir o ritual de fanado?* cit., p. 225, nota 74.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 129.

No plano da pluralidade judiciária, a justiça dos indígenas era diferente da dos portugueses que respondiam em conformidade com o Direito vigente na metrópole.

No âmbito do Direito penal, havia uma bipartição [tanto no plano do Direito substantivo quanto no do Direito adjetivo], havendo [a par do tribunal comum] um tribunal Privado dos Indígenas. Mas tal bipartição abrangia apenas os crimes leves e transgressões, puníveis com pena de prisão correcional até seis meses, desterro também até seis meses e multa, igualmente, até seis meses ou até 500\$00 (quinhentos escudos), ou quantia equivalente. Ficando os crimes mais graves reservados à justiça a que compete julgar os portugueses e os “assimilados”. Segundo HONÓRIO JOSÉ BARBOSA, Julgado Instrutor e o Tribunal Privativo dos Indígenas tinha competência para, entre outros,

“Julgar os crimes e transgressões a que corresponda separada ou cumulativamente algumas das seguintes penas: a) prisão correcional até seis meses [grafia da época]; b) desterro até seis meses; c) multa até seis meses ou até 500\$00 ou quantia equivalente — artigo 49.º, n.º 3.º da R.A.U”²⁶⁸ /²⁶⁹. [a grafia de meses com circunflexo é daquela época]”.

A competência do Juiz Instrutor era estabelecida nos artigos 49.º, 60.º e 61.º n.º 2.º da Reforma Administrativa Ultramarina,

²⁶⁸ Sublinhado é nosso e a sigla significa “Reforma Administrativa de Ultramar”.

²⁶⁹ HONÓRIO JOSÉ BARBOSA, O Processo Criminal e Civil no Julgado Instrutor e no Tribunal Privativo dos Indígenas, Bolama, Imprensa Nacional, 1947 (BARBOSA 1947), p. 24.

artigo 77.º da Organização Judiciária das Colónias e artigos 5.º e 6.º do Decreto n.º 17.880, de 15 de Janeiro de 1930²⁷⁰.

O artigo 49.º, n.º 4 da R.A.U. dispunha que competia ao Julgado Instrutor:

"Pronunciar-se provisoriamente pelos crimes a que corresponda pena maior, remetendo seguidamente os autos ao Juiz de Direito, do qual dependerá a confirmação da pronúncia [...]".

O artigo 49.º, números 6.º, 7.º, 8.º, 11.º, 12.º e 13.º, da R.A.U. já citado; artigos 77.º, n.º 5.º da Organização Judiciária das Colónias e n.º 6 do Decreto n.º 17.880, de 15 de Janeiro de 1930, também acabado de referir^{271/272}.

²⁷⁰ HONÓRIO JOSÉ BARBOSA, O Processo Criminal e Civil, p. 9 e ss.; principalmente p. 9.

²⁷¹ V. desenvolvimento detalhado da competência do Julgado Instrutor, em HONÓRIO JOSÉ BARBOSA, O Processo Criminal e Civil, p. 50 e seguintes. Principalmente p. 50-54.

²⁷² Antes da colonização, na ausência de um Direito dominante e de um Estado centralizado, não se podia falar de pluralidade jurídica na medida em que cada grupo étnico existente tinha o seu próprio Direito no seu espaço territorial. E cada reino ou Estado tinha o seu próprio Direito que vigorava dentro do seu domínio. Os impérios ou reinos que surgiram impunham o seu Direito aos povos seus dominados. E neste último caso, conta-se o Direito islâmico, com a islamização, nomeadamente, do Norte (e África Ocidental) e da parte oriental do continente. Mas que implicava a conversão ou a islamização forçada dos dominados. Portanto, o fenómeno de pluralidade jurídica surgiu como problema de enfrentar a diversidade cultural dentro do mesmo império numa ideia de procurar solução adequada a cada contexto guineense (e doutros colónias). Deste modo, no âmbito da colonização, a partir da existência de um Direito do Estado centralizado colonial, punha-se problema de saber qual o Direito devia vigorar no espaço territorial do Estado colonial; se devia ser o Direito vigente na metrópole ou em cada território colonial devia vigorar um Direito diferente; se devia ou podia conviver o Direito positivo moderno com o Direito consuetudinário dos diversos povos das colónias.

Quanto aos crimes mais graves, como já referimos, não se punha problema no que concerne ao Direito penal cuja aplicação seguia o regime geral. Ou seja, o Direito penal, enquanto o meio de dominação e de controlo do poder pelo Estado unitário do Império, não podia deixar de ser usado em toda a extensão do mesmo império que se estendia pelos quatro continentes (Europa, África, Ásia e América), inicialmente; e depois, com a

independência do Brasil (na América Latina, que era a única colônia assegurada pelo império português na América) pelos três continentes (Europa, África e Ásia). Assim, quanto aos casos cíveis (em relação aos quais não vamos entrar aqui em análise, havia dois regimes principais quais sejam: o regime destinado aos não assimilados e o destinado aos assimilados.

O regime destinado aos assimilados era o do Direito Civil em vigor para os portugueses nascidos na Metrópole. O regime destinado aos indígenas era consubstanciado numa legislação apropriada, uma legislação especial que visava reger a situação daquele que não se enquadrava na situação dos civilizados, mais precisamente dos assimilados.

Segundo o regime constante na Constituição da República Portuguesa do império de 1933 art.ºs 1.º e 2.º; e pelo art.º3.º do Ato Colonial e art.ºs 1.º e 246.º, § único da Carta Orgânica do Império (aprovada pelo Decreto-Lei n.º23.229, de 15 de Novembro de 1933), a Guiné era uma colônia sendo os seus naturais considerados «indígenas» e, conseqüentemente, sujeitos a um regime especial (art.º 22.º e 246.º da Carta Orgânica do Império (COI); sendo considerados como indígenas os da raça negra ou os seus descendentes que, pela sua «ilustração e costumes» se não distinguem daquela raça (art.º2.º do Dec. 16.643, de 6 de Fevereiro de 1929). O diploma Legislativo do Governo da Colônia, n.º 1.634, de 7 de Outubro de 1946, veio limitar o âmbito do alcance do conceito estabelecendo que

“[são «indígenas» todos os indivíduos da raça Negra ou dela dependentes que não satisfaçam, conjuntamente, às seguintes condições:

- a) Falar, ler e escrever a língua portuguesa;*
- b) Possuir bens de que se mantenha ou exercer profissão, arte ou ofício de que auferam o rendimento necessário para o seu sustento próprio (alimentação, vestuário e habitação) e, sendo casados, para suas famílias;*
- c) Ter bom comportamento e não praticar os usos e costumes do comum da sua raça;*
- d) Haver cumprido os deveres militares que, nos termos das leis sobre recrutamento, lhes tenham cabido.*

Fora estas limitações se os que se encontravam em qualquer das seguintes condições:

- a) Ser mulher, viúva ou filho de cidadão originário ou de que haja adquirido essa qualidade;*
- b) Exercer ou ter exercido cargo público a que corresponda vencimento de categoria, sendo indispensável no segundo caso que o tenha exercido com habilitações literárias mínimas exigidas pelo Decreto n.º 8, de 24 de Dezembro de 1901;*
- c) Fazer ou ter feito parte de órgãos diretivos dos corpos ou corporações administrativas, das mesas de assembleia-geral ou das mesas dos colégios eleitorais;*
- d) Ser comerciante matriculado, satisfazendo os requisitos do art.º 18.º do Código Comercial ou fazer parte de sociedades comerciais em nome coletivo, por cotas ou anónima, exercendo nas segundas funções de direção ou de gerência;*
- e) Ser proprietário de estabelecimento industrial legalmente aberto ao público ou exercer qualquer outra indústria organizada sob forma de empresa comercial;*
- f) Possuir, como habilitações literárias mínimas, o primeiro ciclo dos liceus ou estudos equivalentes;*

g) Ser natural de colônia ou outro território português onde não haja o regime de indigenato, gozando, portanto, o status legal de nacionais europeu].”

Sem querer ser bastante prolixo e fatigante sobre o assunto que nos leva à história do Direito, retemo-nos um pouquinho apenas para mostrar a importância da vertente da aplicação da lei no contexto multicultural; e mencionar que, aos que tinham o regime de indigenato pleno se aplicava o estatuto de indígenas quanto às questões gentílicas. E quando houvesse envolvimento de um assimilado, ou de quem beneficiava do regime geral (aplicado aos portugueses da Europa), era de se aplicar este regime geral; ou quando um dos envolvidos requerer este regime, mesmo estando envolvido um indígena, era este o aplicado.

Este regime, como já referimos supra, se destinava aos litígios de natureza cível e criminal de pequena gravidade. Quanto às questões do Direito penal de gravidade que ultrapassasse a pena correcional, vigorava plenamente o Direito penal, sem restrições e nem distinções de indígenas ou assimilados ou portugueses europeus.

Na situação atual, não há nenhuma diferenciação quanto à questão no que concerne ao Direito penal. Até porque não há motivo em contexto atual para isso. Tendo em contato os esforços da construção de uma nação guineense em que, ao contrário do contexto colonial, não pode haver mais espaço para estabelecimento de cidadãos de categorias diferenciadas. Segundo o entendimento maioritário, mas que me parece ser de rever, porque, por exemplo, os tribunais de sector existentes, são os que fazem, verdadeiramente, a justiça junto e em nome do povo, conforme determina a constituição. É aonde o povo sente o funcionamento da justiça porque perto de si.

Para além do Julgado Instrutor e do Tribunal Privativo dos Indígenas, como já referido, havia, quanto à organização judiciária, os Chamados julgados Municipais cujos juizes eram autoridades administrativas das localidades (art.º 2.º do Dec. n.º 39.817, de 15 de Setembro de 1954) assistidos por dois assessores, que mantinham tais juizes devidamente instruídos, em cada caso, sobre os aspectos de usos e costumes locais. Assim, cada autoridade local investido juiz, tinha, como assessores, dois juizes indígenas que o assistiam no exercício das suas funções. Esses assessores eram escolhidos entre os chefes ou indígenas de reconhecido prestígio dentre os demais e que conhecessem bem o Direito consuetudinário local (art.º 52.º do Dec. Lei n.º 39.666/54, de 20 de Maio).

O facto de a escolha abranger autoridades locais, com carácter prioritário, deveu-se ao facto de serem os que conviviam com as populações locais, conhecendo melhor os problemas daquelas localidades sendo, assim, os melhores colocados para solucioná-los. Só não recaindo nelas em caso de justificada necessidade (art.º 2.º, §2 do Dec. N.º 39.817/54)

Atualmente, não existindo distinção em matéria do Direito substantivo (seja cível quanto penal) não significa a “ignorância”, pois, do assunto da justiça que respeita à organização judiciária. É assim que, na década de 90, surgiu uma lei denominada Lei Orgânica dos Tribunais de Sectores [na Guiné-Bissau] e que se destinou a reorganizar a justiça tipo de pequenas causas que funciona no Brasil e nos EUA. Este tipo de justiça que funcionava nos tempos da Luta de Libertação Nacional com figurino algo semelhante do que acontecia com os juizes do povo da República de China de Maos, e que vieram para o período pós-independência, necessitavam de ser reorganizado dotando-se-lhes de

Segundo a concepção da «causa de justificação consuetudinária»,

"[...] O agente não seria penalmente responsável se tivesse praticado o facto com base nas suas crenças e representações tradicionais, se a regra consuetudinária a que obedece tivesse sido provada em tribunal, tendo sido seguida pelo agente, e se a mesma regra tivesse sido obrigatória no momento da pratica do facto por um número considerável de membros do grupo social consuetudinário a que o agente pertence"²⁷³.

Segundo Maria Paula Ribeiro de FARIA ²⁷⁴, este tipo de justificação é

peças com um mínimo de preparação técnica. Foi o que se fez com a Lei Orgânica dos Tribunais de Sectores (LOTS).

Estes Tribunais que, nos tempos dos juizes populares ou Tribunais de Bairros [versão que vieram a tomar com a independência], careciam de pessoas com qualificação para fazer funcionarem a justiça em meio dos populares. Por vezes, os referidos juizes recebiam, com a maior das facilidades, os subornos em nome da realização da justiça que não passava de jogo de «realização» dos problemas pessoais.

Às vezes não se sabia ao certo qual era matéria de competência dos mesmos tribunais e qual era a dos tribunais regionais que lhes são superiores.

A referida LOTS veio fixar no seu art.º 12.º e 16.º as competências dos mesmos tribunais para conhecer respetivamente das matérias cíveis e criminais, privilegiando-se, nas suas ações, o recurso aos usos e costumes que vigoram nas comunidades onde funcionam. São os tribunais habilitados na Guiné-Bissau a ter como referência o respeito aos usos e costumes das populações. Porque a sua finalidade é resolver os problemas que surgem nas comunidades locais. Só não recorrem aos usos quando estes contrariem a Lei escrita.

Como conclusão provisória, podemos dizer que a pluralidade jurídica vigorou na Guiné antes da independência em matéria cível, tanto no Direito substantivo quanto no Direito adjetivo. No que concerne ao Direito penal, não funcionou as duas vertentes referidas plenamente, mas sim em crimes menos graves, e nalguns graves funcionava na fase preliminar.

²⁷³ MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA, O Costume e o Direito Penal, cit., p. 130.

²⁷⁴ MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA, O Costume e o Direito Penal, cit. p. 130.

"[...] inadmissível ao abrir a porta a uma verdadeira ditadura da mundividência de certos grupos relativamente às opções e valores fundamentais da comunidade mais vasta em que se integram."

A autora rejeita também, pelo mesmo fundamento, citando FIGUEIREDO DIAS²⁷⁵, o recurso à liberdade de consciência como via para a fundamentação da justificação, admitindo, tal como este mesmo autor (FIGUEIREDO DIAS)²⁷⁶ e TAIPA DE CARVALHO²⁷⁷, os princípios do direito penal como solução plausível para a justificação do facto²⁷⁸ tal como pressupostos do art.º 34.º do Código Penal português (direito de necessidade) e o "[...] princípio constitucional da liberdade de consciência e de direito à diferença étnico cultural como causas de justificação de factos criminalmente tipificados [...]". E nunca o costume como causa de justificação.

No caso do António, não obstante ter havido consentimento da Fernanda, este consentimento não afasta a responsabilização criminal do agente porque o mesmo consentimento é dado pela pessoa que não tem capacidade para tal. Para isso, prevalece a aplicação do art.º

²⁷⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Dos factos de convicção ou da consciência*, Temas Básicos da Doutrina Penal, Coimbra, Coimbra Editora, p. 309 e ss., p. 320 e ss.

²⁷⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Dos factos de convicção*, p. 131 e ss., p. 320.

²⁷⁷ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, "Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal", *Direito e Justiça*, Universidade Católica Portuguesa, 2002, p. 131 e ss, p. 148. Para este autor, na página 135 da obra citada, *"[...] as situações de injustiça e os factores exógenos podem e devem ser tomados em conta pelo juiz na determinação da culpabilidade e, conseqüentemente, na escolha e medida da pena."*

²⁷⁸ Embora isso não signifique, segundo a mesma autora, "[...] cobrir com o manto da legitimidade jurídica, e de uma forma genérica, como a que assiste, e caracteriza a justificação, condutas que lesam [...] bens jurídicos fundamentais. Por isso a autora rejeita o recurso "a dirimente de realização de interesses legítimos prevista pelo art.º 180.º, n.º 2 [...]" do Código Penal português "[...] no contexto de crimes contra a honra, com uma validade geral para esse fim, como se, através dela se desse cobertura e plena realização ao direito à cultura e à especificidade social desses grupos".

124.º n.º 2 do CP guineense em vigor. Se a Fernanda fosse maior, e tendo em conta o seu consentimento, não seria punível a conduta do António, se tal consentimento fosse verdadeiramente livre²⁷⁹.

Já se esse último caso fosse um caso de sadomasoquismo, por exemplo, haveria que se levantar problema de saber se, apesar do consentimento ser verdadeiramente livre e consciente, o ato que assume o contorno de violência para a Fernanda seria de admitir, do ponto de vista do direito penal. Seria de admitir que as ofensas corporais sofridas e outras ofensas (inclusive as possíveis humilhações), não tivessem a proteção do direito penal? Qual seria a solução tendo em conta a ofensa à dignidade da vítima que está em causa?

Aqui encontram-se em debate o direito à cultura plasmado em diplomas internacionais, nomeadamente o Pacto Internacionais dos Direitos Civis e Políticos (art.º 27.º) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (art.º 30.º) e que, também, são rececionados pela Constituição da República da Guiné-Bissau ex vi do art.º 29.º, ratificados por um número considerável dos Estados, incluindo a Guiné-Bissau; e o direito «liberdade-imunidade» das mulheres e das pessoas frágeis^{280/281}. Nestes casos de conflito entre os direitos, o direito vale-se de um método²⁸² de ponderação dos direitos e

²⁷⁹ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, cit., p. 210 e ss.

²⁸⁰ v., a este respeito, CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos* cit., p. 190-192

²⁸¹ Em relação a esta matéria, havendo conflito entre os direitos fundamentais, prevalecem as imunidades fundamentais. Segundo o desenho de FERRAJOLI, seguido de perto por CRISTINA DE MAGLIE (*Los delitos*, p. 190-192), as imunidades definidas integram dois tipos: (i) O direito à vida, como imunidade principal; e (ii) Os direitos da liberdade pessoal como, também, uma imunidade fundamental. Nesta enquadraram-se: a exclusão da escravatura, como o primeiro direito; o segundo, a imunidade em relação à tortura e penas corporais; o terceiro direito se refere à liberdade-imunidade das mulheres e das pessoas débeis].

²⁸² V., VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª edição, Almedina, 2004, pp. 324 e ss.; sobre a limitação recíproca entre os direitos, v. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo Iv, 5.ª

interesses em jogo, e que visa a sua harmonização no caso concreto ou de estabelecer regras de prevalência entre eles²⁸³.

Em relação a isso, e de acordo com o princípio do dano («harm principle»)²⁸⁴ ou princípio de autoproteção da vítima, fundado por JOHN STUART MILL na sua obra «On Liberty»²⁸⁵. Segundo este princípio

"[...] cada indivíduo tem o direito de agir como quiser, desde que suas ações não prejudiquem as outras pessoas. Se a ação afeta diretamente apenas a pessoa que a está realizando, então a sociedade não tem o direito de intervir, mesmo que se tenha a sensação de que o indivíduo esteja se prejudicando. [...] «sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano»"²⁸⁶.

O postulado deste princípio, defendido, entre outros, por CRISTINA DE MAGLIE²⁸⁷, assegura a liberdade de cada indivíduo na sua esfera pessoal, desde que a sua decisão seja verdadeiramente livre. Por isso, não seria de punir a conduta do António se o consentimento

edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 341 e ss; principalmente, p. 341-342.

²⁸³ AUGUSTO SILVA DIAS, O Multiculturalismo cit., p. 20.

²⁸⁴ V. epigrafe sobre o princípio de dano ou princípio de autoproteção da vítima.

²⁸⁵ JOHN STUART MILL foi filósofo do século XIX, nascido em Londres, Inglaterra, a 20 de Maio de 1806 (e morreu a 8 de Maio de 1873, em Avinhão, França) tendo como “ideias notáveis”, dentre as quais o “princípio de dano”. Foi um filósofo e economista britânico. Defendeu o utilitarismo, a teoria ética proposta inicialmente por seu padrinho JEREMY BENTHAM. Além disso, foi um dos mais proeminentes e reconhecidos defensores do liberalismo político — https://pt.wikipedia.org/wiki/John_Stuart_Mill.

Sobre a compatibilidade entre o utilitarismo e o liberalismo, ambos defendidos por MILL, v. MAURO CARDOSO SIMÕES, JOH STUART MILL: Utilitarismo e Liberalismo [JOH STUART MILL: Utilitarianism and Liberalism] disponível em https://www.researchgate.net/.../327844468_John_Stuart_Mill_utilitarismo_e_liberalism.

²⁸⁶ MAURO CARDOSO SIMÕES ibidem.

²⁸⁷ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 210 e ss.

da Fernanda fosse plena e comprovadamente livre. Uma vez que, à semelhança dos casos da mutilação genital feminina referidas pela autora²⁸⁸, citando Lecaldano em que, de acordo com o mesmo princípio, se tem entendido que não há que se falar em punir comportamento de “«[...] mulheres adultas, capazes e cujo livre consentimento tenha sido rigorosamente provado»²⁸⁹, de plena liberdade de fazer circuncisar-se”²⁹⁰.

Entende — neste particular — a autora²⁹¹ e SHWEDER²⁹², que a situação é análoga àquela em a que a mulher pode decidir livremente continuar com a gravidez ou não, optando, ter filho ou abortar. Da mesma forma pode decidir livremente modificar os seus órgãos genitais²⁹³.

Fere a sensibilidade de um homem médio que estas pessoas decidam modificar às suas estruturas físicas mediante às práticas ofensivas ao corpo (tatuagens), sujeitando-se às mudanças que as deixam com aparência de seres não humanas. E isso é permitido pela sociedade, nunca se procuram inibir tais situações. O fundamento natural é de que, ninguém pode ser proibido de agir sobre o seu próprio corpo que, como é sabido, juridicamente, é disponível para o próprio do pondo de vista criminal.

²⁸⁸ Cf. LECALDANO, «Mutilazioni genitali femminili», em *Dizionario di Bioetica*, 2002, pp. 177 e ss; por todos, CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 83.

²⁸⁹ LECALDANO, «Mutilazioni» cit., p. 193.

²⁹⁰ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 83.

²⁹¹ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 83-84.

²⁹² SHWEDER, “What about Female” cit., p. 237.

²⁹³ V. CRISTINA DE MAGLIE, *os delitos cit.*, p. 83-84, citando SHWEDER, *What “About Female”*, p. 237, onde se diz que “[...] A mutilação genital feminina pode, de facto, ser realizada em condições que garantam a higiene, a ausência de dor e a prevenção das complicações físicas e psíquicas”, o que justifica a liberdade da escolha da mulher em se excisar ou não, tal como pode decidir livremente se deve continuar grávida ou abortar, de ter um filho ou não.

Ora se, a modificação dos órgãos genitais não comportar uma ofensa corporal grave, cuja gravidade ultrapassa o limiar da cláusula de bons costumes que, no direito penal é inconcebível, não há como, razoavelmente se proscrever tal prática.

É assim que, numa situação em que o sádico, v.g, sente prazer vendo a vítima a sofrer, e esta (masoquista) sente prazer sofrendo livremente porque só assim se sente melhor, não parece que deveria enquadrar-se o caso como merecedor da sanção penal, tendo em conta o princípio de dano ou autoproteção da vítima que, neste caso, decide livre e comprovadamente colocar-se naquela situação do sofrimento em que se sente melhor no gozo do prazer sexual.

Neste particular, porém, não há unanimidade na doutrina, entendendo alguns, como NIDA-RÜMELIN²⁹⁴, que o consentimento não deve justificar as condutas humilhantes e atentatórias da

²⁹⁴ NIDA-RÜMELIN, *Über menschliche Freiheit*, p. 142 e ss, apud AUGUSTO SILVA DIAS, *Faz sentido punir o ritual de fanado?*, p. 217. Onde se refere, em relação à excisão, que esta “é uma conduta humilhante e atentatória da dignidade humana”, mesmo que haja consentimento de quem tenha capacidade para tal. Por isso, no caso de crianças, mesmo que os pais consintam, o ato não deixa de ser abjeto, ou seja, é indiferente, sobre o ato, o consentimento de quem quer que seja: porque não tem ou tem capacidade para consentir validamente. Tende SILVA DIAS a defender, com base a posição de NIDA-RÜMELIN, partindo da estatuição do normativo do §90, n.3 do StGB austríaco introduzido em 2001 “segundo o qual «não releva para a prática de uma mutilação ou outra lesão dos órgãos genitais que seja idónea para produzir uma lesão duradoura da sensibilidade sexual», ser esse “o sentido útil desse mesmo normativo do StGB austríaco realçando sobre o conteúdo e alcance desta disposição citando KIENAPFIEL/SCHROLL, *Strafrecht*, BT, I, ed. Manz, 2003, § 90 n.º 84 e ss., onde se lê:

“o n.º 3 serve apenas para tornar claro que tais intervenções — sempre puníveis — permanecem ilícitas mesmo que a mulher ou, no caso de menores, os representantes legais nelas consintam»”.

Ao contrário da posição defendida por CATRIONA MCKINNON segundo a qual, na citação daquele autor (SILVA DIAS) de “*haver um fundamento liberal para aplicar o princípio ‘volenti non fit injuria’ à excisão em mulheres com idade para consentir [CATRIONA MCKINNON, *Toleration: a critical introduction*, ed. Routledge, 2006, p. 110 e ss.].*”

dignidade humana. AUGUSTO SILVA DIAS²⁹⁵, entre outros, aceita o princípio da validade do consentimento de quem tem capacidade para o efeito, desde que o consentimento seja esclarecido, e verdadeiramente livre²⁹⁶, requisitos fundamentais de consentimento; salvo quando

*"[se] o facto consentido coloca o anuente num estado de objetivação ou de degradação tal que o faz descer ao nível das coisas, não deve a construção da dignidade humana alhear-se da vontade e dos ideais de vida boa dos indivíduos concretos"*²⁹⁷.

Para SILVA DIAS²⁹⁸

"[...] O argumento de que a excisão cria uma situação de irreversibilidade que impede a pessoa de reassumir futuramente o prazer sexual, caso mude de ideias, não é aqui, em minha opinião, procedente, pois releva de uma concepção antiliberal das relações entre o Estado e o indivíduo que encara este como um ser menor, carecido de protecção contra si próprio e incapaz de assumir a responsabilidade pelas suas decisões, mesmo quando plenamente informadas e tomadas em condições de liberdade. Tal argumento levaria também à negação do consentimento para a realização em adultos (ou em jovens adultos) de operações transsexuais ou de formas indeléveis de tatuagem, casos e que aceitamos sem esforço a eficácia dirimente daquela figura".

²⁹⁵ AUGUSTO SILVA DIAS, *Faz sentido punir o ritual de Fanado?* loc. cit., p. 218 e nota 52

²⁹⁶ Expressa, AUGUSTO SILVA DIAS, *(Faz sentido punir o ritual de fanado?*, loc. cit., p. 218).

²⁹⁷ AUGUSTO SILVA DIAS, *Faz sentido punir o ritual de fanado?* cit., p. 219.

De modo diferente, concedendo primazia à lesão em si, v. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, PG, I, p. 449; COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, anot. Art.º 149, § 41.

²⁹⁸ *Faz sentido punir o ritual de fanado?* loc. p. 218.

Até porque a dignidade humana, é sim, desprezada pela atitude exacerbada pela intromissão abusiva na vida privada, a simples guisa de protecção de uma dignidade que em nada admite a redução da pessoa a um ser incapaz de se proteger a si mesmo, ficando ao alvedrio do Estado em considerá-lo como objeto de protecção, mediante um ato protectionista humilhante e inaceitável. Porque se até a própria vida é disponível para o próprio, não cabe pensar em proteger uma dignidade humana de um sujeito que entende fazer do seu corpo o que entende.

As práticas de alterar os aspetos corporais mediante as condutas que ofendem o seu corpo e lhes dão as formas que lhes assemelhem aos não humanos, essas sim admissíveis mas que lhes aproximam aos bichos. Estas práticas não lhes conferem as fisionomias de seres humanos, mas são admissíveis.

As práticas em causa são também irreversíveis, em vários casos. Sobretudo nos tempos atuais em que os mecanismos da sua realização são muito sofisticados e mexem profundamente com a estrutura fisionómica.

Da mesma forma, quanto à gravidade constituir cláusula barreira como obstáculo ao consentimento, nem sempre acontece isso. Por exemplo, não é assim nas operações de transexualismo, de cedência de órgãos, para transplantes.

Para o autor, a gravidade da lesão não deve constituir o fundamento para a recusa da dirimente do consentimento. Por isso, "A discussão acerca dos limites da renúncia à protecção jurídica da integridade corporal não deve [...] ser atribuído peso decisivo ou sequer predominante à irreversibilidade da lesão" na excisão clitoridiana. Por isso — afirma o autor (p. 129 cit., nota 56) que:

"Pode aceitar-se que uma ofensa corporal grave indicia a existência e que, ao invés, uma ofensa corporal simples

indicia a inexistência de contrariedade aos «bons costumes», mas nada mais do que isso. Com efeito, são pensáveis ofensas corporais graves que não contrariam os «bons costumes», como acontece com a cedência de órgãos para transplante, e ofensas corporais simples que os contrariam, como documenta o caso de escola do indivíduo que aceita, em troca de dinheiro, que lhe apaguem cigarros no corpo (sem que isso conduza a desfiguração grave e permanente)”.

1.1.2.2.1.4 Alguns exemplos temáticos selecionados da jurisprudência guineense com validade para a análise da situação dos crimes culturalmente motivados e o modelo penal esboçado

Quanto a alguns fatos recolhidos da jurisprudência guineense e que, ao nosso ver deixam cristalina a ideia do modelo penal escolhido pelos nossos tribunais (Tribunais onde se inclui, naturalmente, o Ministério Público), à semelhança do legislador penal do país e que me parece hostilizar os costumes étnicos, são agrupados aqui em dois grupos ambos com interesse para revelar quão desinteressados estão os tribunais e as próprias autoridades políticas do país relativamente ao fenómeno aqui em apreço.

O primeiro refere-se ao caso denominado de caso *N´Kuman* e que se refere à situação do envolvimento da atuação de um grupo de iniciação dos jovens da etnia Balanta, que, à semelhança de outras fases de iniciação desse grupo étnico que se sucedem no tempo durante o crescimento até chegar ao «*lambé*» (homens que já atingiu a maturidade ou fase adulta) e que é o coroar da idade de homem adulto com a sujeição ao “fanado”.

O segundo grupo, em relação ao qual não vamos falar aqui, mas apenas referir que também este, revela o nível de pouco cuidado com que os casos da realidade cultural é encarado. Refiro-me aos

casos de mutilação genital feminino. Onde a questão cultural não é levado em conta. Consta, frequentemente, para não dizer com certa unanimidade que, que é uma questão de desenvolvimento tratar o assunto com certa acuidade implica a falta de ter em linha de conta a necessidade do progresso. E mesmo de desrespeito em relação aos direitos humanos. Mas por se tratar já em várias situações, optamos trazer o diferente e que traz outra visão de abordagem, mas com a mesma conclusão.

Durante essas fases de crescimento-maturação, os grupos de iniciação adotam certos procedimentos que, nem sempre são unânimes em todos os grupos da mesma etapa: às vezes existem regras procedimentais em determinados grupos e que os outros, durante a sua passagem, não observam. E para o indivíduo desconhecedor das regras daquele grupo étnico, pode ser levado a considera-los de marginais ou indivíduos de comportamentos negativos para a sociedade.

O comportamento dos *N`Kuman* que se viram envolvidos em processo crime por acusação do Ministério Público de estarem a violar a ordem jurídico-penal do país e levados ao julgamento por crimes de associação criminosa prevista nos termos do art.º 207.º, n.º 1; crime de favorecimento pessoal previsto e punível nos termos do art.º 235.º e crime de ofensas corporais simples, previsto e punível nos termos do art.º 114.º, todos do Código Penal em vigor no momento em que tudo ocorreu, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/93, de 13 de Outubro do qual faz parte integrante.

Trata-se do Caso N`Kuman – da decisão (Ac. de 18 de Maio de 2011, do Proc.º n.º 24/2009, do Tribunal Provincial do Norte guineense, com sede em Bissorã).

No caso, os irmãos QUEBÁ SANHÁ e FODÉ SANHÁ, que denunciaram o caso de furto das suas duas cabeças de gados bovinos às autoridades policiais do Sector de Farim, localidade a que pertence a sua tabanca, «SADO», e onde o furto teria ocorrido no dia 21 de Junho de 2008.

Desencadeando a procura desses mamíferos, deslocaram-se, no dia 28 de Junho de 2008, à tabanca de «*Nhambram*», onde encontraram o seu conhecido «ALANSO TURÉ», quiçá amigo, quem lhes informou do acontecimento de «*toca-tchur*», a partir daqueles dias, na tabanca vizinha no qual teriam sido abatidos vários gados bovinos.

Iniciada a cerimónia, deslocaram-se ao local em companhia do seu informante, senhor Alanso Turé e ali, poucos instantes depois, começou o ato de abate de gados bovinos. Viram, de surpresa, uma vaca enlameada (prática cultural que as vezes envolvem o ato, mas que às vezes pode encobrir o ato de furto eventualmente acontecido relativamente à vaca a abater). Eles supostamente conhecedor da prática em causa, constataram que se tratava de uma das duas vacas que tinham sido objeto de furto. Nisso, Quebá Sanhá prometeu assinalá-la por ser sua; ao que um dos anciãos da tabanca impediu a pretexto de evitar perturbação da cerimónia do «*toca-tchur*» em curso no momento.

O ato de assinalar era para algumas marcas de entre as quais se destacava uma em forma da letra S no corpo daquele mamífero que tinha sido acabado de reconhecer que, segundo ele, significava o nome da sua própria tabanca «SADO»; e que um dos mamilos do referido animal não funcionava por defeito natural o que as pessoas presentes no local puderam ver e constatar.

Segundo eles, deixaram o local face à resistência que ali encontraram aliado ao fato de no momento estar a anoitecer.

No dia seguinte, 29 de Junho de 2008, voltaram ao local com o único propósito de prosseguir a reivindicação na tentativa de recuperar a vaca já descoberta no dia anterior (28 de Junho de 2008). Nisso já houve intervenção do chefe do grupo N´Kuman, senhor Agostinho Obna, que, explicado do ocorrido no dia anterior, determinou que fossem identificar a vaca que lhes pertence.

Foram ao local para proceder à referida identificação e ali não encontraram a vaca que tinham identificado no dia anterior, por esta, supostamente, ter sido retirado do local. Voltaram e explicaram o caso ao referido chefe do grupo de N´Kuman. Este, inconformado com o caso mandou bater neles, violentamente.

Do julgamento ocorrido no dia 18 de Maio de 2011, o coletivo do Tribunal decidiu, absolver os arguidos membros do grupo N´Kuman de todos os crimes associação criminosa e favorecimento pessoal por não haver correspondência entre as condutas dos mesmos arguidos e matéria da acusação do Ministério Público, que considerou totalmente improcedente; e quanto ao crime de ofensas corporais simples, decidiu, igualmente, absolver todos da instância por ilegitimidade resultante da ausência de exercício de direito de queixa por parte de titulares do direito de queixa (os ofendidos não apresentaram, eles mesmos, queixa-crime).

Mas na fundamentação de facto, o Tribunal entendeu que produzida a prova e discutida a causa, com relevância para a decisão, ficou como provada a seguinte factualidade de que:

c) *"No dia 21 de Junho de 2008, aconteceu furto de dois gados bovinos pertencentes aos ofendidos QUEBÁ SANHÁ e FODÉ SANHÁ, ambos irmãos, na tabanca de «SADO» situada na área de Sector de Farim, Região de Oio, deixando no local dois vitelos recém-nascidos;*

d) *Em 28 de Junho de 2008, os ofendidos denunciaram o ocorrido às autoridade policiais daquela*

Região e, tendo decidido andar à procura dos gados. E assim deslocaram-se à tabanca de «Nhambram», na qual encontraram o ofendido ALANSO TURÉ que lhes fez saber que os populares dessa tabanca vizinha teriam organizado, a partir desse dia, uma cerimónia tradicional de «tocat-chur» no decorrer do qual teriam sido sacrificado gados bovinos em número considerável;

e) Volvidos que foram alguns instantes, iniciou-se a cerimónia razão por que os dois irmãos, fazendo-se acompanhar por ALANSO TURÉ, deslocaram-se ao local e, em pleno ato caracterizado fundamentalmente pelo sacrifício dos gados bovinos, viram de surpresa uma vaca completamente enlameada;

f) Puderam constatar que era uma das duas que tinham sido objeto de furto, sendo que o ofendido QUEBÁ SANHÁ prometeu assinalar, como forma de provar que a vaca era sua, algumas marcas de entre as quais se destacava uma em forma da letra S no corpo daquele mamífero que tinha sido acabado de reconhecer e explicou que a referida marca significava o nome da sua própria tabanca «SADO» e que um dos mamilos do referido animal não funcionava por defeito natural o que as pessoas presentes no local puderam ver e constatar;

g) Não obstante, um ancião da tabanca conhecido pelo nome de Joãozinho decidiu, a dada altura e à viva força, impedir os ofendidos de demonstrar as restantes marcas existentes na vaca, alegando como fundamento a perturbação da cerimónia;

h) Era já quase à noite quando os ofendidos se retiraram do local e regressaram à sua tabanca de origem porque ameaçados pelos populares da tabanca de «Nhambram» pelo facto de terem descoberto uma das suas

duas (2) vacas que lhes haviam sido subtraídos por indivíduos desconhecidos;

i) Em 29 de Junho de 2008, dia seguinte ao da descoberta da vaca, os ofendidos deslocaram-se novamente àquela tabanca com o único propósito de prosseguir a reivindicação na tentativa de recuperar a vaca já descoberta no dia anterior (28 de Junho de 2008);

j) Uma vez chegados à «Nhambram» onde já se encontravam todos os membros do grupo «N`kuman» que, no dia anterior, pernoitaram num «CAMPO DE LUTO» situado à larga distância daquela tabanca, foram imediatamente surpreendidos pelo líder do grupo, MIGUEL OBNA, que, dirigindo-se a todos em tom de violência, ordenou-lhes que fossem ao local onde se encontravam vários gados bovinos já abatidos na cerimónia para assinalarem qual deles lhes pertencia;

k) Os ofendidos foram imediatamente ao local e constataram que a vaca que no dia anterior viram e reconheceram já não estava presente entre os gados bovinos que ali encontraram;

l) Tendo comunicado este facto ao líder do grupo, este ordenou aos colegas que lhes batessem o que aqueles aceitaram e, em consequência, cercaram os ofendidos de repente para impedirem que qualquer deles se pusesse em fuga;

m) Bateram-lhes fortemente com palmatórias confeccionadas pelo Grupo apesar de terem sido aconselhados por dois agentes policiais presentes a omitir tais condutas;

n) Várias pessoas já foram vítimas das referidas palmatórias, incluindo alguns membros do grupo «N´Kuman»

o) A expressão «N´Kuman» foi unicamente aceite por todos os membros e serve para designar o respectivo Grupo que em 2008 foi fundado em «Nhambram» quando os jovens desta tabanca souberam que um outro Grupo — o Primeiro — havia sido já fundado pelos jovens das tabancas da zona de Incheia;

p) O Grupo de «Nhambram» tem por finalidade manter a ordem, a tranquilidade bem como fazer prevalecer a paz principalmente quando se realizam as cerimónias de «FANADO», «CANTA PÓ» (entre outros) e combater «FURTOS» e «ROUBOS» em todas as tabancas situadas dentro dos limites territoriais do Sector de Farim;

q) São conhecidos como membros fundadores do Grupo MIGUEL OBNA (líder), AUGUSTINHO MÍDANA, FORNA QUIDUNDE e CARLOS SANHÁ, sendo aqueles três primeiros todos arguidos com a exceção deste último; e os restantes arguidos aderiram mais tarde ao Grupo em datas que não souberam indicar;

r) Os ofendidos ALANSO TURÉ, QUEBÁ SANHÁ e FODÉ SANHÁ, foram todos evacuados para o Hospital Regional de Farim em que permaneceram sob cuidados médicos;

s) O ofendido ALANSO TURÉ sofreu trauma no antebraço e na omoplata com um dos membros totalmente imobilizado, sendo mais tarde transferido para o Hospital Nacional Simão Mendes;

t) O ofendido QUEBÁ SANHÁ sofreu igualmente trauma no tórax e FODÉ SANHÁ sofreu trauma na zona temporal e sentiu dores em todo o corpo;

u) Os arguidos são todos primários (não registam antecedentes criminais nem consta dos autos o

respectivo certificado), desempregados e descendentes das famílias de baixos rendimentos económicos;

v) Actuaram livre, consciente e deliberadamente, sabendo que as suas condutas não eram permitidas por lei e agiram em comunhão de esforços na execução dos factos aqui acabados de relatar”.

Não se registaram, como provados, os seguintes três:

a) “Não se provou o período certo de tempo por que durou o tratamento dos ofendidos;

b) Não se provou que o ofendido ALANSO TURÉ tenha sofrido danos materiais num valor de 5.000 FCFA por ter sido danificada a sua guarda-chuvas em consequência das agressões de que foi vítima; e

c) Não se provou a quantia certa das despesas efetuadas pelos ofendidos QUEBÁ SANHÁ e FODÉ SANHÁ em tratamento médico nem se provou que as quantias descritas nos autos (a fls. 65) correspondam às despesas exatas efetuadas pelo ofendido ALANSO TURÉ em tratamento médico nos hospitais de Farim e Bissau”.

Neste capítulo, não nos interessa para efeito de abordagem meramente intelectual do ponto de vista de crimes culturalmente motivados, tanto o conteúdo da factualidade dada por provada, e muito menos a dada por não provada. Importa sim analisarmos a matéria da abordagem relativa ao discurso dos crimes culturalmente motivados com fundamento nas indagações apresentadas do ponto de vista da lógica dos crimes cometidos e que, neste âmbito, oferecem matéria para «cultural offenses» mas que o tribunal assim como a defesa dos arguidos não apresentam qualquer consideração.

Sabe-se como a justiça funciona no âmbito da sua relação com casos em que os que têm fracas possibilidades económicas se encontram envolvidos. Sobretudo quando não existem as defesas constituídas, mas apenas as formalmente existentes onde o que existe não é qualquer defesa efetiva, mas simulacro para cumprir apenas o império criminal de que cada caso criminal tem que ter um defensor. O que parece ter ocorrido neste caso não passa disso; ou, ao menos, defesa que existiu para dar imagem do formalismo judiciário nos processos solteiros que devem ter, a guisa de formalidade, acompanhantes espúrios.

Quanto a matéria que nos parece de ter em conta nesta constelação de análise com base nos crimes culturais, é de pôr a tónica nos modelos penais ou mesmo de ponto de vista de política criminal (qual justiça para a resolução dos problemas criminais na sociedade em questão?). E põe-se a questão de saber se o modelo de combate ao crime numa sociedade onde o próprio detentor do poder de realizar a justiça «em nome do povo» (como consagra a Constituição da República), mas que não se identifica com o próprio povo, realizando essa mesma justiça com capa de um poder estranho ao povo por usar o fascínio de um Estado estrangeiro porque a forma de a realizar nada mais é que a forma de um inimigo, estaremos perante uma sociedade que não se alinha com a realidade, agindo à margem do poder que recebeu do povo. Ainda que mediante legitimidade eletiva.

Funcionando o Estado guineense como Estado estrangeiro em relação ao seu povo, continuará a olhar para os cidadãos como um estranho. Porque só quem olha o seu povo com olhos de estranho pode não entender bem os acontecimentos entendendo que uma cultura do seu povo seja uma forma de cometer crime quando ele (neste caso o tribunal) reconheceu que os jovens do Sector de Farim que formou tal Grupo de N'Kuman fê-lo para lutar contra certas

formas de criminalidade como, por exemplo, durante cerimónias de *fanado, canta-pó, etc., furtos, roubos, etc.* depois considera, paradoxalmente, o mesmo grupo como uma associação criminosa. Neste aspeto, o coletivo do tribunal, ao não acompanhar a posição do acusador público, andou bem. Porque uma sociedade de iniciação, à semelhança de outras associações do género, nunca pode ser considerada como uma associação de malfeitores. Tal visão trazida pela acusação do Ministério Público, é de *levar a cultura à barra de tribunal*. É julgar a cultura. É condenar a própria cultura. Algo de visão do modelo penal *assimilacionista discriminatória*.

Porque numa sociedade como a nossa, o que se podia esperar do tribunal era saber se aquele grupo de jovens agiu ao abrigo da sua cultura e que o próprio tribunal reconheceu que era um grupo formado para ajudar a sociedade em que se integra à prática de atos positivos. Que o próprio Estado tem colaborado com muitas associações de jovens na Capital, Bissau, sobretudo, no combate à criminalidade em cada bairro; fazendo-o com sucesso. Porque essas associações juvenis de bairros têm conseguido acabar com a más práticas nos bairros onde existem porque conhecem melhor os seus bairros e todos os moradores. Com isso conseguem descobrir qualquer membro do bairro que pratica os maus atos ou que colabora com estranhos ao bairro para a prática de maus atos.

De ponto de vista de política criminal, o Estado, na vertente da polícia criminal, tem conseguido andar bem.

Se assim é, é porque o tribunal pode estar ao lado contrário. Ainda bem que tal conduta é típica de agente infiltrado, modalidade permitido (ao contrário de agente provocador por, segundo uma das correntes doutrinadoras, ser este um colaborador na prática de crimes). Quando neste caso, o coletivo do tribunal teria que funcionar como leigo, mas que, como tal, não podendo agir a margem dos

acontecimentos, tinha que precisar de perícia cultural para assacar a verdade quanto à pertença ao grupo cultural; e se naquela cultura era a prática admitida e se passou nos demais elementos da prova cultural, como entendido na doutrina especializada sobre a matéria.

Mas seja como for, o coletivo dos juízes que julgaram o caso andaram bem ao não reconhecer como associação criminosa como pretendia a acusação; o que implicaria a condenação da cultura do grupo sem procurar saber da mesma, com simples fato de alguém ter ouvido falar da atuação do mesmo, sem saber como é que o mesmo grupo atua.

Destarte, o país estará a funcionar, quanto a um dos setores fundamentais da soberania, e que é da justiça, mas que vive e funciona à margem do seu papel no Estado para qual existe para realizar a justiça com a capa do seu Estado.

Se de um lado se põe outra questão não de menor importância e que se prende com o saber se num Estado de direito de democracia aberta onde deve reinar o império de igualdade tipo ocidental, deve se admitir o direito de respeitar todas as formas de manifestação ou exercício de direitos que, como se sabe, podem chocar frontalmente com os modos de vivência desse modelo liberal de matriz ocidental; não é de descurar que a questão da busca de modelos que permitam o estabelecimento do equilíbrio entre os interesses particulares ou de membros da sociedade (sejam os oriundos da emigração ou os da comunidade local, da receção, em caso dos Estados de acolhimento como o caso dos Estados Europeus) para aconchegar todos os membros da sociedade.

É legítima a posição de defesa para com os interesses da coletividade, sobretudo em relação à agressão das culturas recém-chegadas que violentam a sociedade na sua maioria. Como casos de

agressões violentas dos atos cada vez mais brutais e difíceis de serem tolerados, sobretudo quando as sociedades que durante as suas tradições de longas gerações nunca se mostraram permeáveis às condutas violentas, com poucas justificações aceitáveis, que venham a arcar com fenómenos prejudiciais como assaltos nas escolas, centros da convivências religiosas ou de outros tipos, explosão a bombas, agressões a forças de ordem ou a outras comunidades como, por exemplo, acontece nos países de difíceis convivência entre diferentes religiões nos no Médio Oriente. Ou noutros países onde, por força de incompatibilidade de convivência apenas por causa de religiões, as são vítimas das mais vis opções prejudiciais para com outras pessoas e às vezes para com a maioria. Às vezes isso tem criado sérios problemas de convivência criando existência das comunidades que se veem confrontadas com tais atos de violência, quando tais reações sejam justas; como nalgumas vezes são.

Basta lembrar — embora não seja bom vivermos dos exemplos trágicos (embora a história viva disso para evitar o passado) — os trágicos ataques terroristas que ensanguentaram o início deste novo milénio: Nova York, Madrid e Londres, o assassinato do diretor holandês Van Gogh (2 de Novembro); a polémica causada pela publicação de desenhos satíricos sobre Maomé (setembro de 2005); à lição académica do Papa Bento XVI em Regensburg (12 de Setembro de 2006), entre outros, por um lado.

Mas não deixam também de ser injustas quando, por exemplo, os emigrantes são vítimas de reações baseadas em meros atos de injustiça por parte de certos cidadãos dos países de acolhimento que veem neles causas de desgraças, ligados ao desemprego e pobreza. Quando ao contrário os trabalhos recusados pelos cidadãos dos países de acolhimento que estes cidadãos dos países terceiros aceitam assumem.

Por exemplo em Bissau acontece fenómeno do género com os jovens que vivem nos bairros sem fazer nada, consumindo wargá todos os dias e às vezes passam noites ou dias no consumo de bebidas alcoólicas, sem se saber donde saem com dinheiro para isso. E acusam o Estado de não criar emprego e os meios para tudo que pretendem. Quando na cidade há estrangeiros (emigrantes) de Guiné-Conakri (sobretudo estes), gambianos e senegaleses que fazem trabalhos que eles bissau-guineenses se recusam a assumir. Por exemplo não aceitam trabalhos de empurrar carretas e trabalhos que fornecem pouco lucro como é venda de cartões de saldo de telemóveis.

Quando isso acontece, o Estado não pode estar numa situação de letargia deixando que os acontecimentos do género abalem ou ponham em causa a paz social. Prejudicando o desenvolvimento e bem estar comum. E sobretudo dos que não dão causa a tais fenómenos.

Neste prisma não é pacífica a posição de adoção de modelos com vista à defesa da pessoa humana, sobretudo quando os acontecimentos ou fenómenos criminais são pão de cada dia. Parece mais fácil teoricamente a escolha das opções.

Mas não é, por outro lado, menos importante que numa sociedade justa, humana, baseada nos seus princípios assentes no direito e democracia pluralista lute pela construção das suas instituições alicerçadas no direito e humanização do direito e das instituições da proteção da pessoa humana nas suas mias variadas aspirações.

Mas onde está, basicamente o problema das considerações que acabamos de tecer aqui? Reside no problema de procurar a

condenação dos jovens em causa por crimes de que vieram acusados?

Nada disso. O problema de respeito para com culturas étnicas do país não pode ser colocado ao ponto de se defender impunidade. Isso seria defender a marginalidade. Esta deve ser combatida com o rigor que se imponha. Ninguém pode ser impune, nas suas ações que violam a lei, inclusive cometendo crimes em nome da cultura. As violações da legalidade incluindo a legalidade criminal, devem ser proscritas por todos os meios. Mas o que trouxe esta abordagem aqui tem a ver com algumas incoerências que se verificam quando se trata de examinar os fatos que se prendem com as culturas étnicas.

Basta vermos a forma como o Ministério Público enquadrou a situação: relativamente aos crimes de ofensas corporais simples (art.º 114.º, CP), favorecimento pessoal (art.º 235.º, CP) bem como crime de associação criminosa p.p. nos termos do art.º 207.º, n.º 1 do CP em si, não é de se levantar qualquer celeuma. Bastava haver o preenchimento dos procedimentos requeridos, por exemplo queixa crime por parte dos ofendidos em relação ao crime semipúblico (ofensas corporais simples) e, em relação todos os tipos, reunir-se as provas para que tudo pudesse correr bem. E não estaríamos a falar aqui de qualquer falha. O que nos parece indiciar uma visão apressada por parte da acusação pública quanto às provas que nos parece não ter sido difícil conseguir antes de se enquadrar o caso como crime de associação criminosa, é relativamente face ao que depois ficou provado na análise da matéria fatural constante no ponto p) dos fatos fixados como provados. Parece que não havia grandes dificuldades em concluir pela acusação dos envolvidos por crimes que não fosse a associação criminosa; por exemplo, ficar apenas no furto.

Este tipo de comportamento leva-nos a encarar a atuação como tendo acontecido devido à uma visão preconceituosa

relativamente à própria organização juvenil em causa. Até porque as considerações que andavam na praça pública sobre o caso, não punha em relevo as questões de crimes de que vinham acusados, mas sim da atuação do grupo em questão, como uma atuação ilegal. Porque foi entendidos por alguns elementos da autoridade como uma associação criminosa por não lhe caber agir em nome de Estado, desprezando-se a possível colaboração com o Estado para o combate às práticas negativas que o mesmo vinha ajudar a combater. Nomeadamente a necessária estabelecimento de ordem e tranquilidade nas comunidades étnicas; sendo tal atuação perfeitamente aceite e até recomendada pela sociedade onde acontece.

Capítulo VII

Crimes culturalmente motivados e modelos penais: abordagem comparativa

Como já ficou dito largamente, antes de verificar quais são as reações do direito penal face aos atos de crime cometido por um indivíduo pertencente ao grupo minoritário (um imigrantes, por exemplo) por motivos culturais, é aconselhável usar, um pouco mais das investigações feitas no campo da filosofia política e da antropologia social, para observar, sob o plano geral, qual é a atitude assumida pelos sistemas jurídicos dos Estados europeus de tipo poliétnico em relação aos imigrantes e a diversidade cultural que eles trouxeram consigo.

Com efeito, sabe-se que, a partir da segunda metade do século XX, os Estados europeus têm sido confrontados com uma complexa situação absolutamente nova conhecida por fenómeno migratório. Tal fenómeno traz consigo problemas desde a questão da gestão dos fluxos migratórios às condições a que a concessão da cidadania deve estar sujeita; da atribuição de direitos liberais, sociais, políticos aos estrangeiros, à disciplina do trabalho, da instrução, da família, etc.²⁹⁹.

Na resolução de tais questões, os Estados europeus têm adotado soluções que — independentemente da medida tomada tendo em conta a situação dos imigrantes — serão reconduzíveis, ainda que esquematicamente, a dois modelos de fundo a saber:

²⁹⁹ v. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, II ed.. Roma-Bari, 2004, cit., p. 12; também BASILE, *ibidem*.

- o modelo «assimilacionista», chamado francês; e
- o modelo «multiculturalista», chamado inglês^{300/301/302}.

A razão da destrição entre os dois modelos reside na diferença de concepção sobre o princípio de igualdade que, numa política de tipo assimilacionista se inspira na concepção `formal´ de igualdade, que prescinde da diferença; enquanto que na política de tipo multiculturalista se assenta, pelo contrário, na concepção substancial da igualdade que parte do reconhecimento da existência de diferenças e, por isso, da necessidade de admitir tratamentos diferenciados para poder gerir, de forma justa, tais diferenças.

Mas é necessário ter em conta — como sublinha BASILE³⁰³, no sentido idêntico a BERNARDI³⁰⁴ — que, entre os dois modelos, não existe, na verdade, diferença de fundo visto que há, em ambos os sistemas, uma «hibridação contínua e flutuante». Esclarece o mesmo autor que a situação social e política dos Estados europeus conhece várias formas de combinação, sobreposição e interseção desses dois modelos, incluindo os próprios dois países considerados como referência e que são a França e a Inglaterra.

Tais modelos têm sido questionados, principalmente nos últimos anos, graças à pressão de uma opinião pública alarmada com

³⁰⁰ FACCHI, I diritti, cit., p. 12 e ss.

³⁰¹ FACCHI, Immigrazione, libertà e uguaglianza: due modelli politico-giuridici, in Teoria politica, 1992/2, pp. 111 e ss (A. FACCHI 1992); Apud idem.

³⁰² LAPEYRONNE, L'individue et les minorités. La France et la Grande-Bretagne face à leurs immigrés, Paris, 1993, para individualização destes dois modelos; BELLUCCI, Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto, in sociologia del diritto, 2001, fasc. 3, p. 131; COLAIANNI, Uguaglianza e diversità culturali e religiose. Um percorso costituzionale, Bologna, 2006, pp. 19 e ss (COLAIANNI 2006).

Por todos, BASILE, Immigrazione cit., p. 25.

³⁰³ BASILE, Immigrazione cit., p. 25

³⁰⁴ BERNARDI, L'ondivaga cit., p. 6 e ss., apud BASILE ibidem.

alguns acontecimentos ³⁰⁵, recentes, relacionados com “*choque cultural*” vigente entre as diferentes civilizações. A este propósito, refere o autor citando HUNTINGTON³⁰⁶, como exemplos, os casos que vão desde os trágicos ataques terroristas que ensanguentaram o início deste novo milénio e que mencionamos acima: Nova York, Madrid e Londres, o assassinato do diretor holandês Van Gogh (2 de Novembro); a polémica causada pela publicação de desenhos satíricos sobre Maomé (setembro de 2005); à lição académica do Papa Bento XVI em Regensburg (12 de Setembro de 2006), entre outros, por um lado. Por outro lado, teoricamente, tanto um quanto outro dos dois modelos (assimilacionista e multiculturalista) podem ser adotados, mesmo com “receitas” diferentes, para alcançar um objetivo “central” pretendido e que é a integração dos imigrantes na sociedade do acolhimento^{307/308}. Exceto no que respeita ao percurso no processo de integração que, no modelo assimilacionista é unidirecional³⁰⁹, sendo a minoria quem deve adaptar-se à maioria; enquanto no modelo multiculturalista é um percurso bidirecional no qual a minoria deve adaptar-se à maioria, mas maioria está disposta a oferecer condições mais justas de adaptação.

Apesar, de prosseguirem um objetivo comum de integração, sublinha FACCHI, na citação de BASILE³¹⁰, que nenhum dos dois modelos conseguiu, até agora, evitar os efeitos de marginalização dos imigrantes. Estes não alcançaram, até hoje, em nenhum dos

³⁰⁵ BERNARDI, *L'ondivaga cit.*, pp. 57 e ss. – *ibidem*.

³⁰⁶ HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations? in Foreign Affairs* 1993, 72, 3, pp. 22 e ss. (HUNTINGTON 1993); *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996 (trad. it., *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milão, 2001), (HUNTINGTON, *The Clash* 1996), etc. – apud BASILE *ibidem*.

³⁰⁷ FACCHI, *I diritti cit.*, pp. 18 e ss.

³⁰⁸ BASILE, *Immigrazione cit.*, p. 26, por tudo.

³⁰⁹ BASILE, *Immigrazione cit.*, p. 26, por tudo.; também, no mesmo sentido, PAREKH, *The Rushdie Affair: Research Agenda for Political Philosophy*, in *Political Studies*, 1990, vol. 38., pp. 695 e ss (PAREKH 1990);

³¹⁰ FACCHI, *I diritti cit.*, p. 17., apud BASILE *ibid*.

países de referência (França e Inglaterra), um nível de instrução, de recursos económicos e integração social, desejáveis comparáveis àqueles que têm os membros do grupo cultural da maioria.

Por este motivo, afirma BASILE que a escolha entre os dois modelos não deve depender, apenas, de opções políticas ou ideológicas, mas também da 'capacidade efetiva' de rendimento' de um ou outro modelo: em suma, por sua capacidade de produzir integração"³¹¹.

E concluiu citando KYMLICKA:

"A tal propósito, um profundo conhecedor da problemática da imigração, e um defensor convicto do modelo multiculturalista, Will Kymlicka, acredita que o modelo multiculturalista inaugurado no Canadá a partir de 1971, está fornecendo a primeira evidência positiva de funcionamento, porquanto parece que³¹² «os imigrantes se integram mais rapidamente nos Países que adotaram políticas oficiais multiculturais (como Canadá e Austrália) em relação aos Países que não o têm adotado (como os Estados Unidos e a França) e tais imigrantes não só são integrados do ponto de vista institucional, mas participam ativamente nos processos políticos, [são] notavelmente empenhados a proteger a estabilidade das instituições da maioria e a apoiar os valores liberal-democráticos»^{313/314}.

Mas relativamente ao tema dos modelos penais, impõe-se proceder à uma análise, ainda que perfunctória, do enquadramento

³¹¹ BASILE Immigrazione cit., p. 27.

³¹² BASILE, Immigrazione cit., p. 27

³¹³ KYMLICKA, Teoria, cit., p. 147; v., também, Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada, Toronto, 1998., sobre alguns dados estatísticos...

³¹⁴ BASILE, Immigrazione cit., p. 27.

sobre a discussão que a escolha coloca perante os Estados modernos face a outros valores que nos mesmos se apresentam como pilares das democracias, mormente ocidentais e que a ver com sociedades abertas, das democracias abertas e igualitárias, como já nos referimos supra. Já ficou dito, pois, que a alma das sociedades democráticas, respeitadoras dos valores fundamentais, é o tratamento igualitário dos seus cidadãos. Numa sociedade onde não se prima pela igualdade dos cidadãos, pelo respeito dos direitos humanos, mormente os fundamentais, não se pode falar de uma sociedade moderna e da democracia; uma sociedade do respeito pelos direitos humanos. Os Estados contemporâneos são obrigados a pactuar com os princípios impostos pela ordem mundial e que é de prestar um tratamento igualitário dos mesmos, não obstante as diferenças, sejam de sexo, raça, origem étnica ou nacional.

Esta ordem mundial exige dos Estados a colocação dos direitos humanos, incluindo das minorias sociais ou étnicas, bem como de outras minorias que vivem nos seus espaços territoriais, na pauta desta mesma ordem mundial; pondo até sanções sobre os que não respeitam os valores consignados nos diplomas internacionais que recomendam a adoção de medidas e leis que facilitem e promovam a proteção da pessoa humana, independentemente da sua condição.

Capítulo VIII

Crimes culturalmente motivados e os modelos Penais

1. Crimes culturalmente motivados e o modelo

«assimilacionista» francês.

A apesar de, talvez entre as democracias europeias, a França seja, o único Estado a adotar o modelo assimilacionista, como afirma KYMLICKA³¹⁵, sendo que este modelo — ao contrário do rigor originário do mesmo —, tem encontrado certas e significativas atenuações também neste país³¹⁶.

Este modelo tem, segundo BERNARDI³¹⁷ a sua expressão na lei francesa n.º 228, de 15 de Março de 2004, que, em nome de princípio de laicidade, proíbe o uso dos símbolos religiosos nas escolas públicas de todos os níveis. É uma lei que — segundo o autor — ao impor a todos, independentemente da origem cultural, étnica, religiosa, a igualdade no espaço público, representado, neste caso, pela escola, “representa a última mais evidente confirmação da ideia francesa da igualdade assimilacionista”³¹⁸. E assenta-se na conceção de uma igualdade formal absoluta e numa neutralidade do Estado

³¹⁵ KYMLICKA, Teoria, p., p. 126.

³¹⁶ Pode se ver vários ensaios a este respeito em WEVIORKA (coord), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, Paris, 1996, na citação de BASILE, *Immigrazione*, p. 27; também, recentemente, VITHOL DE WENDEN, *Le scelte di Parigi*, in *Astenia*, n.º 30, 2005, p. 177; MAILLARD, *The Muslims in France and the french model integration*, in *Mediterranean quarterly* 1/2005, p. 62. Por todos, BASILE, *Immigrazione* cit., p. 27.

³¹⁷ BERNARDI, *Modelli*, p. 83.

³¹⁸ FABIO BASILE, *Immigrazione* cit., p. 28 e que, na nota 72 cita que a lei em referência está publicada no *Journal officiel de la République Française*, n. 65, 17 de Março de 2004, p. 5190.; também, para algumas indicações iniciais, v. TEGA, *Il Parlamento francese approva la legge “antivele”*, in *Quad Cost.*, 2, 2004, p. 398; COLAIANNI, *Egualianza e diversità*, cit., p. 173 s.; OSTINELLI, ob. cit., pp. 109 e ss.; MANCINI, S., *Come reagiscono gli ordinamenti giuridici alle culture?* In GALLI coord.), *Multiculturalismo*, cit., pp. 178 e ss.

face às diferenças culturais, não dando nenhum relevo “[...] a eventual pertença do sujeito a grupos de imigrantes com raízes culturais profundamente diversas daquela do Estado de acolhimento³¹⁹”.

Considera, também, como a derradeira expressão do modelo, a reserva feita pela França, ao ratificar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³²⁰, de não aplicabilidade — no seu próprio território — do art.º 27.º do mesmo Tratado que determina, ao contrário do modelo assimilacionista, que nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, não seja negado o direito que assiste às pessoas que pertençam a essas minorias, em conjunto com os restantes membros do seu grupo, a ter a sua própria vida cultural, a professar e praticar a sua própria religião e a utilizar a sua própria língua.

Análoga posição assumiu a França relativamente à Convenção Internacional sobre os Direitos da criança, ao fazer reserva da não aplicabilidade do art.º 30.º da mesma Convenção que dispõe, ao contrário do modelo assimilacionista, que:

"Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas ou pessoas de origem indígena, nenhuma criança indígena ou que pertença a uma dessas minorias poderá ser privada do direito de, conjuntamente com membros do seu grupo, ter a sua própria vida cultural,

³¹⁹ FABIO BASILE, *Immigrazione*, p. 28.

³²⁰ Sobre instrumentos internacionais dos direitos humanos, v. *Direitos Humanos. Coletânea de Textos Internacionais, Volume I. Testos Fundamentais de Direitos Humanos, 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Nações Unidas Guiné-Bissau, 2018*

*professar e praticar a sua própria religião ou utilizar a sua própria língua*³²¹.

O modelo assimilacionista francês é refletido, entre outros, nas decisões do Haut Conseil à l'Intégration que, conforme refere FACCHI³²², deixam cristalina a posição assumidamente assimilacionista da França quanto à forma de lidar com a questão das minorias, nomeadamente de emigrantes.

Este modelo é caracterizado, segundo BASILE, quanto à questão da imigração, como sendo uma posição radicalmente clara que,

"Em relação a imigrantes, a França adotou uma política de inclusão na cultura francesa guiada pela ideia de uma sociedade caracterizada por uma homogeneidade que substituiu as culturas originais. A comunidade de referência é a nacional e é representada como uma comunidade unitária e cujos princípios e valores devem ser reconhecidos e respeitados por todos os indivíduos (...). Isso não significa que em privado o indivíduo não seja livre de seguir as próprias afiliações; mas isso não deve emergir na esfera pública, nem pode ser considerado relevante juridicamente. No direito francês, não é previsto um tratamento especial reservado ao imigrante ou grupos étnicos: aplica-se sempre

³²¹ V. a Lei francesa de ratificação, de 2 de Julho de 1990; sobre a mesma reserva formulada pela França e citada, v. AKERMARK, *Justifications of Minority Protection in International Law*, 1997, pp. 165 ss., apud BASILE, «Immigrazione», cit., p. 29.

³²² V. FACCHI, apud BASILE, refere alguns relatórios do Haut Conseil à l'Intégration [órgão estatal francês destinado a analisar temática relativa à imigração], dos quais resulta o seguinte:

"A concepção francesa de integração deve obedecer uma lógica de igualdade e não de minoria".

E em relação ao estrangeiro, este:

"[...] conserva os seus particularismos, mas nenhum deles é tomado em consideração para o exercício dos seus direitos e para o cumprimento das suas obrigações".

o direito comum (...). Integração significa igualdade como identidade de tratamento e encontra correspondência na neutralidade e secularidade do Estado”.

Disto resulta, segundo o autor, que em França, tal política de “francesização de recém-chegados³²³” visa solucionar o problema de integração dos imigrantes em dois planos possíveis:

- a) no plano subjetivo, uma assimilação completa dos imigrantes ao mesmo tempo que favorece a eventual emancipação dos indivíduos de grupo cultural de referência, com vista à sua identificação na comunidade nacional, sancionando a irrelevância de toda a sua “diversidade” no plano jurídico; e,
- b) no plano objetivo, preservar — apesar dos fluxos cada vez mais intensos de imigrantes — a homogeneidade cultural do Estado em seu território^{324/325}

Fora de Europa, nos três Estados maiores recebedores de fluxos migratórios (Austrália, Canadá e Estados Unidos), o modelo assimilacionista caracterizou, até a década de 1960, as políticas de imigração adotadas naqueles Estados e significativamente referenciadas como “anglo-conformismo”. Nessa política³²⁶ — que consistia numa ‘fusão cultural’ [em que os diversos ingredientes culturais se misturam fundindo-se; ao contrário do modelo do «salad bowl» («saladeira») em que os diferentes grupos se misturam, mantendo, porém, cada qual as suas particularidades; e em que a assimilação era considerada como um pré-requisito essencial da

³²³ O termo é de SAMI NAIR, Francia, la crisi dell'integrazione, em www.ecn.org/zip/spsaminair, htm., citado por BASILE, Immigrazione, p. 30.

³²⁴ V., BERNARDI, Modelli, cit., p.82.

³²⁵ FABIO BASILE, Immigrazione cit., p. 30.

³²⁶ V., a este respeito, as considerações na epígrafe 1.2 (sociedade multicultural e multiculturalismo).

estabilidade política e foi justificada também em virtude da repulsa etnocêntrica de outras culturas. E havia a alegação de que

*"os imigrantes abandonaram a sua herança cultural de origem e se assimilaram inteiramente à norma cultural do Estado de acolhimento, e com o tempo, se conformaram com os cidadãos nativos na maneira como falam, vestem, concebem a família, a identidade, entre outros, de modo que não podem mais ser distinguidos. Neste sentido, alguns grupos étnicos, por exemplo, os chineses, que tiveram o acesso negado porque foram considerados, a priori, não assimiláveis"*³²⁷.

Refere BASILE³²⁸ — citando KYMLICKA³²⁹ — que,

*"a partir da década de 1970, o modelo assimilacionista foi abandonado por esses Estados, devido à pressão dos grupos imigrantes, adotando uma política mais tolerante e pluralista que não só permite, mas também encoraja os imigrantes a conservarem os diversos aspetos da sua herança cultural. Nesses Estados, apesar de não ser universal, é comum a convicção de que os imigrantes devem ter liberdade de manter alguns dos seus hábitos — no que diz respeito à comida, vestuário e religião —, bem como de formar associações, a fim de apoiar estas práticas"*³³⁰.

³²⁷ FABIO BASILE, *Immigrazione*, p. 30

³²⁸ FABIO BASILE, *immigrazione*, p. 31.

³²⁹ KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., p. 27 e ss; também *Teoria*, p. 125. Apud BASILE, *Immigrazione*, p. 31

³³⁰ FABIO BASILE, *Immigrazione cit.*, p. 31.

1.1 Crimes culturalmente motivados e o modelo multiculturalista inglês.

Para BASILE³³¹, devido ao facto de estar marcado por um reconhecimento fundamental das diversidades culturais, o modelo multiculturalista inglês é bem diferente do assimilacionista.

Para ALESSANDRA FACCHI, a Inglaterra assumiu, em relação aos imigrantes

"um empenho público em relação à manutenção das tradições comunitárias, das especificidades culturais e étnicas. O modelo inglês declara-se, oficialmente, dirigido a uma harmonia racial e a um tratamento igualitário da minoria. Trata-se de uma política [...] que reconhece e protege as várias identidades culturais presentes no território britânico e a realização concreta da modalidade da vida prescrita pelas normas religiosas e tradicionais [...], e que atribua um papel social e político importante à comunidade étnica e às associações dos imigrantes [...]"³³².

De acordo com tal aposta, afirma BASILE³³³, citando a mesma Autora, que

"a pertença a um grupo étnico pode constituir o pressuposto de um tratamento jurídico diferenciado

³³¹ FABIO BASILE, *Immigrazione*, p. 31; também POULTER, *English Law and Ethnic Minority Customs*, London, 1986, p. 3 e ss.; MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Torino, 1996, cap. II, sec. I.; KYMLICKA, *Teoria*, p. 126, para quem o mesmo modelo é também recebido na Suécia e Holanda, e se estabelece, progressivamente, noutros países Ocidentais, resultado da consolidação da sua estrutura democrática amadurecida na Segunda Guerra Mundial [v. KYMLICKA, *Multiculturalism and Minority Rights; West and East*, em JEMIE 2002, www.ecmi.de/jemie/special_4_2002.html, p. 6 e ss., *The Gobar Diffusion of Multiculturalism: Trends, Causes, Consequences*, em TIERNEY (coord.), *Accommodating Cultural Diversity*, Aldershot, 2006, p. 17 e ss.].

³³² FACCHI, *I diritti*, p. 14 e ss.

³³³ FABIO BASILE, *Immigrazione*, p. 32.

*implementado, não só no plano judiciário, mas também no plano legislativo”.*³³⁴

o Autor considera:

“L’adesione a tal modello comporta, quindi, il riconoscimento e l’accettazione delle diversità culturali, con conseguente adozione di strategie politiche più tolleranti e pluraliste, che di fatto consentono agli immigrati di conservare numerosi aspetti del loro retaggio étnico. Tali strategie possono essere alquanto varie e coinvolgere diversi settori della vita pubblica”^{335/336}.

O conjunto de estratégias coerentes com o modelo multiculturalista sugeridas por KYMLICKA³³⁷, e citadas por BASILE³³⁸, abrangendo tanto ao nível político-administrativo quanto legislativo, são as seguintes:

i) Ao nível político-administrativo:

“a reforma dos currículos escolares [vale dizer, a revisão do curriculum de história e literatura das escolas estatais para garantir maior reconhecimento das contribuições históricas e culturais das minorias etno-culturais; bem como a introdução de programas de

³³⁴ FACCHI, I diritti, p. 14 e ss.

³³⁵ FABIO BASILE, Immigrazione, p. 32.

³³⁶ Em português [tradução livre]:

“A adesão a tal modelo implica, portanto, o reconhecimento e a aceitação de diversidades culturais que, com a consequente adoção de estratégias políticas mais consentâneas e pluralistas, permitem, de facto, aos imigrantes semear numerosos aspectos da sua herança étnica. Estratégias podem ser várias e coincidem com diversos sectores da vida pública”.

³³⁷ KYMLICKA, Teoria, p. 131 e ss.

³³⁸ FABIO BASILE, Immigrazione, cit., p. 32 – 33.

educação bilingue para os filhos dos imigrantes na escola primária];

"a adaptação institucional [isto é, a adaptação de planos de trabalho e código de vestimenta para as festividades e costumes religiosos de grupos e imigrantes; a adoção, no local de trabalho, de códigos sancionatórios de comentários racistas; instituição de diretrizes que regulamentam os estereótipos étnicos nas mas media];

"a adaptação dos programas de instrução pública [como, por exemplo, a campanha de educação antirracista; os cursos de formação em relação à diversidade cultural para os agentes da polícia, os operadores sociais e sanitários];

"a adoção de programas de desenvolvimento cultural [como financiamento de festivais e de programas de estudos étnicos; a oferta de cursos de alfabetização nas próprias línguas mães para imigrantes];

"a adoção de affirmative actions (ações positivas) [como, por exemplo, o tratamento preferencial para garantir às minorias o acesso à instrução, à formação ou ao emprego]".

ii) Ao nível legislativo:

Ao nível legislativo, o modelo multiculturalista levou:

"adoção de certas normas que preveem «derrogações», isenções ou alguns regimes jurídicos especiais relativos á pertença a um grupo étnico de

*imigrantes*³³⁹, podendo ter-se em conta, a este propósito (por ordem cronológica)³⁴⁰;

"deixando de fora as leis de natureza criminal, os seguintes atos normativos":

"o 'Matrimonial Proceedings (polygamous Marriages) Act de 1972', que prevê, sob determinadas condições, o reconhecimento de efeitos jurídicos da declaração da validade de um matrimónio, mesmo que este tenha sido feito no estrangeiro «under a law which permits polygamy»"³⁴¹;

o Slaughter of Poultry Act de 1967, seguido do «Slaughterhouse Act» de 1974, depois substituído pelos «The Welfare of Animals (Slaughter and Killing) Regulations» 1995, «Statutory Instruments» 1999/400, cujos arts. 21.º e 22.º permitem aos muçulmanos e aos hebreus o abate de animais Segundo as suas tradições, mesmo ao contrário das disposições (incluindo penais) vigentes sobre a matéria³⁴²;

³³⁹ KYMLICKA, La Cittadinanza, cit., p. 15 e p. 48 e ss. onde se fala de «direitos diferenciados para grupo, ou estatuto especial para a cultura minoritária».

³⁴⁰ V. MACDONALD-WEBBER (coords.), *Immigrazione Law and Practice in the United Kingdom*, V ed., London, 2001; POULTER, *Ethnicity Law and HUMAN Rights*, cit., p. 48 e ss; por todos, FABIO BASILE, *Immigrazione* cit., p. 33.

³⁴¹ V., a este propósito, SAUNDER e WALTER, *The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972*, in *Internacional and Comparative Law Quarterly*, vol. 21, n. 4 (Oubro de 1972), p. 781 e ss.; FACCHI, *I diritti*, cit. p. 59, nota 10; em relação ao quadro sobre a poligamia na Grão-Bretanha, v. SONA, *Polygamy in Britain*, in www.olir.it. Por todos, BASILE, *Immigrazione*, p. 33.

³⁴² Cfr. POTZ, SCHINKELE, WIESHELDER (cords.), *Schächten. Religionsfreiheit und Tierschutz*, Feistadt-Egling, 2001, pp. 166-182; *Ethnicity, Law and Human Rights*, cit., p. 131 e ss.; apud BASILE, *Immigrazione*, p. 34.

o art.º 16.º 16 (2) do «Road Traffic Act» de 1988 que permite os indianos Sikh usar o turbante, em vez de capacete, quando viajam de moto³⁴³;

o art.º 139 (5) do «Criminal Justice Act» de 1988, que permite o uso em público de armas cortantes ou de ponta, por motivos de trabalho, também "for religious reasons or as part of any national costume", e que é introduzida principalmente para permitir aos indianos sikh, mesmo em público, o uso dos seus perfurantes tradicionais (kirbans)³⁴⁴;

o art.º 11.º do «Employment Act» de 1989 que permite aos indianos sikh usar o turbante, em vez do capacete protetor, no âmbito de atividades laborais nas obras»³⁴⁵.

Estes modelos acabados de caracterizar, assumem diversas nuances, como já visto, em conformidade com as sociedades e políticas adotadas pelos Estados de acolhimento (França e Inglaterra), não tendo ficado atrelados, pois, às suas origens, ao sabor dos países ou sociedades da sua referência e que não a França e Inglaterra. É por isso mesmo que os mesmos modelos podem lograr estar em voga hoje, havendo tendências dos países mais democráticos em enveredar, pela sua aplicação, com as diferenças contextuais. Os modelos em causa fornecem soluções, ainda que não

³⁴³ BERNARDI, Modelli, p. 75, onde o autor refere ser “um tratamento privilegiado da natureza «cultural» que é, de certa forma, surpreendente”, por a Comissão Europeia dos Direitos do Homem ter, anteriormente, afirmado que a obrigação de apoiar o turbante com o capacete para evitar perigos durante as viagens; POULTER, Ethnicity, Law and Human Rights, cit., p. 297 (POULTER 1998); Por todos, BASILE, Immigrazione, p. 34.

³⁴⁴ POULTER, Ethnicity, Law and Human Rights, cit., p. 315 e ss.

³⁴⁵ BASILE, Immigrazione, p. 34.

cabais quais varinha mágica, consentâneas com as situações de convivência em sociedades multiculturais.

A convivência social é sempre complexa, com as suas várias vicissitudes ínsitas a suscetibilidade humana a conflitualidades naturais; e esta complexidade se patenteia quanto mais for a complexidade da diversidade social no plano cultural. Torna-se imprescindível procurar valer-se das vias, embora cujas autenticidades não tenham revelado capacidade plena para alcançar metas que, ainda se mostram longínquas e difíceis, possam dar uma solução viabilizadora da existência das sociedades e dos grupos humanos em prol de bem-estar de todos. É neste sentido que se inventou, tal como outras soluções que a história já conheceu relativamente a vários ramos de ciências, incluindo as ciências humanas, os modelos em causam, com o fito de possibilitar a existência da humanidade, tanto no sentido coletivo quanto no sentido individual. Tudo para servir o indivíduo.

As nuances que os dois modelos penais em apreço podem apresentar hoje, segundo a doutrina especializada na matéria, são as que vamos mostrar infra, seguindo a “resenha” de DE MAGLIE.

1.2 A Subdivisão dos modelos Assimilacionista e Multiculturalista na perspetiva de CRISTINA DE MAGLIE

Para CRISTINA DE MAGLIE³⁴⁶ os modelos assimilacionista e multiculturalista sofreram matizes em diversos contextos sendo de apontar algumas particularidades aos mesmos modelos conforme, seguidamente, vamos mencionar.

1.1.1 Modelo Assimilacionista

Existem três modelos jurídico-penais possíveis:

³⁴⁶ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, cit., p. 69-70.

a) O primeiro, assimilacionista, é totalmente insensível perante a diversidade cultural e se expressa em dois seguintes variantes:

(i) O modelo assimilacionista-igualitário, onde a indiferença em relação ao fator cultural encontra uma forte legitimação na interpretação formal do princípio de igualdade. É o tipo do *modelo assimilacionista francês* que opta pela integração dos imigrantes, com base num sistema de igualdade formal que deixa de atender quaisquer diferenças³⁴⁷, não se preocupando com qualquer eventual resistência face a esse mesmo *processo de assimilação coativa*. É um modelo que trata de forma igual o autor de um crime culturalmente motivado e um autor que tenha agido sem alicerce de um motivo cultural^{348/349}. O que, desde logo, é apontado como uma fraqueza do sistema adotado por se mostrar desajustado com a realidade concreta dos indivíduos culturalmente diferentes dos da camada da cultura majoritária, do sistema dominante, não sendo um sistema equitativo.

(ii) O modelo assimilacionista-discriminatório, em que a falta de adequação à cultura do sistema de acolhimento pode desencadear reações híper-punitivas. Considera DE MAGLIE o modelo italiano como sendo desse tipo. Entende a autora que, apesar das indicações da jurisprudência mais sensível, o legislador decidiu introduzir recentemente o crime de «mutilação genital feminina» no número 2 do art.º 583.º do Código Penal italiano, “um tipo híper-criminalizador que castiga mais de que se castigaria utilizando o tipo de ofensas corporais dos art.ºs 582.º e 583.º” do mesmo diploma legal.

Diz, expressamente, o art.º 583.º [“Circunstanze aggravanti”] do CP italiano:

³⁴⁷ V. epígrafes e 1.

³⁴⁸ V. BERNARDI, *Modelli penali*, p. 81 e ss.

³⁴⁹ v. CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, p. 69-70.

"La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni:

Se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni;

se il fatto produce l'indebolimento permanente di un senso o di un organo;

[se la persona offesa una donna incinta e dal fatto deriva l'acceleramento del parto³⁵⁰”.

Situação semelhante se passa com o sistema penal guineense cuja Lei n.º 14/2011, introduziu um crime de excisão genital feminina nos artigos 2.º e 3.º/1, mudando o paradigma do art.º 117.º do Código Penal guineense que punia apenas a violação de legis artis, e não a própria excisão que, autorizada e feita dentro de regras profissionais que não permitem que surjam danos consideráveis na integridade física da vítima ou a morte, não era punível. A Lei n.º 14/2011 veio proibir a prática da excisão, sob qualquer motivo.

Diz o art.º 117.º do Código Penal guineense:

"Quem, habilitado para efeito e devidamente autorizado, efetuar a circuncisão ou excisão³⁵¹ sem proceder com cuidados para evitar que se produzam os efeitos

³⁵⁰ Em português (tradução livre e não literal):

"A lesão corporal é grave e a prisão de três a sete anos é aplicada:

1. Se, do fato resultar uma doença que ponha em perigo a vida da vítima, ou uma doença ou incapacidade para exercer as ocupações habituais por mais de quarenta dias;

2. se o facto produz o enfraquecimento permanente de um sentido ou de um órgão;

3. se a vítima for uma mulher grávida e do facto resultar a aceleração do parto”.

³⁵¹ S. n.

previstos no n.º 1 do artigo 115.º ou a morte da vítima, e estes sobrevierem, é punido, respetivamente, com pena de prisão até três anos e de um a cinco anos”.

O art.º 3.º, n.º 1 da Lei n.º 14/2011 diz:

“É expressamente proibida a prática de excisão feminina em todo o território da Guiné-Bissau”.

1.1 Modelo multiculturalista

Em relação ao modelo multiculturalista, a autora, à semelhança do assimilacionista, subdivide-o em duas versões ou variantes:

- a) *Multicultural débil*: A primeira, a versão intermédia designada por autora de multicultural débil (fraco), onde há tendências para acolher as pretensões de reconhecimento por parte da maioria, dos crimes culturalmente motivados sem abandonar os princípios fundamentais sobre os quais se alicerça o Direito Penal. A solução sistemático-sancionatória é aberta à diferença étnico-cultural, procurando aqui as categorias penais tradicionais mediante uma reinterpretação com vista ao acolhimento de novas situações surgidas no decurso de conflitos sociais.
- b) *Multiculturalista forte*: A segunda, a versão a que a autora chama de modelo multiculturalista forte. Este modelo é aberto às novas situações inclusive permitindo que se arranjam soluções dentro do sistema legal. Através deste modelo, pode-se, à semelhança da solução de *cultural defense*, excluir a responsabilização criminal do infrator cultural («*cultural offender*»).

Nesta modalidade (de «cultural defense») a defesa do autor cultural (aquele que pratica o facto considerado crime pela cultura e pela lei da cultura dominante), baseia-se na diversidade cultural do imputado sendo uma estratégia de, mediante a revelação, ao tribunal, da influência que essa sua cultura operou nele e que deu origem à sua conduta manifestada no fato. Com a «*cultural defense*», procura-se excluir ou diminuir a responsabilidade criminal.

A opção do legislador guineense da Lei n.º 14/2011 de, através dessa lei, punir a prática da excisão com base em motivação cultural como diz expressamente ao definir a excisão (art.º 2.º), introduziu uma orientação que rompeu com a linha que o código penal de 1993 seguiu nesta matéria. Considera o art.º 2.º da referida Lei a excisão como sendo

"[...] toda a forma de amputação, incisão ou remoção parcial ou total de órgão genital externo da pessoa do sexo feminino, bem como todas as ofensas corporais praticadas sobre aquele órgão por razões socioculturais³⁵², religiosa, higiene ou qualquer outra razão invocada".

Como se vê, a lei acabada de referir veio reforçar mais no sentido assimilacionista o sistema que, a partida, se pretendia mais maleável ou, parafraseando a expressão de BASILE³⁵³, em balanço entre um e outro dos dois sistemas (assimilacionista e multiculturalista), equilibrando-se para o multiculturalista (ainda que fraco), para o tornar em autêntico sistema assimilacionista discriminatório. Uma vez que não admite qualquer possibilidade de se respeitar o princípio do dano.

³⁵² s. n.

³⁵³ FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati* cit. p. 34 e ss;

Neste caso, mesmo que a liberdade do indivíduo seja verdadeiramente livre, consciente e esclarecida, não se lhe é admitido qualquer possibilidade de decidir em conformidade com essa sua liberdade e consciência. Mesmo se tratando de casos de excisão leve³⁵⁴ [aquela que não revela maior violação do direito fundamental do indivíduo, como acontece com mera modificação da figura, que não só transforme a pessoa em tipo monstro como muito menos altera a função a que o órgão se destina], porque a própria expressão legal não deixa qualquer margem interpretativa no sentido de oscilação.

Esta posição parece não dever ser defendida numa sociedade multicultural típica africana, uma sociedade que se quer uma sociedade com diversas características e enriquecedor mosaico cultural, como é o caso guineense. O respeito à nossa diversidade, é o respeito à nossa própria cultura, a cultura de cada componente social, de cada grupo e indivíduos que, com as suas particularidades, constitui a riqueza desse mosaico étnico. Coaduna isso, perfeitamente, com a tese defendida na altura da luta da libertação nacional — tese cabralista — de destruição da cultura negativa do colonialismo e a aceitação dos valores positivos da nossa cultura [da cultura de cada um e de cada grupo que constitui a nossa sociedade] e, ao mesmo tempo, a aceitação dos aspetos positivos da cultura que o colonialismo trouxe, máxime português-língua. Uma vez que, no ensinamento de Cabral a luta de libertação não visou a destruição..., nem de qualquer cultura de qualquer povo, mas sim aquilo que sujeita o povo ao obscurantismo. E aspetos que fazem o nosso povo viver e sentir-se melhor nas suas manifestações culturais, sem

³⁵⁴ E não a escarnificação que constitui a forma mais intensiva e grave da excisão, cuja admissão pode levantar problema do ponto de vista da ofensa à dignidade humana de forma mais grave em relação à qual certas manifestações culturais podem ceder quando em confrontação com os direitos fundamentais de maior expressão [aqueles que tocam de forma mais gravosa com a dignidade da pessoa humana].

impedir o seu desenvolvimento, não há que se impor princípios estranhos que em nada abonam ao bem-estar, mas escraviza o próprio homem que, segundo a natureza, deve ser livre e bem realizado. Ao Estado cabe promover valores de desenvolvimento e não de subjugação ou desprezo para com os valores culturais.

Sem querer defender tese relacionada com qualquer dos sistemas por vontade própria, desacompanhada de bases na doutrina penal sobre a matéria, porque, as resenhas feitas ao longo deste trabalho, e sobretudo sobre os sistemas penais, elucidam suficientemente sobre qual a opção que melhor cimenta a unidade e o respeito para com a diversidade cultural, sem chocar com qualquer que seja a cultura, porque não prejudica a quem quer que seja, cingimo-nos, aqui, à reflexão sobre os valores e sistemas penais. Isto é, cingimo-nos sobre o qual se adequaria à uma sociedade multicultural como é o caso guineense, uma vez que se apresenta com diversas características, ambas com aspetos positivos e negativos concomitantemente, como ficou visto na referência sobre os sistemas assimilacionista e multiculturalista. Acabamos por sufragar a posição da maioria da doutrina que trata do tema do multiculturalismo, estando aberto às luzes da doutrina especializada e reflexão sobre o tema e os desenvolvimentos que poderão advir, futuramente (e os desenvolvimentos doutrinários, estão para continuar), sobre o mesmo tema e sobre as quais ainda não tivemos oportunidade de refletir.

A opção seguida pelo legislador guineense na Lei n.º 14/2011 parece não ter em conta aspetos fundamentais tidos em conta pelo legislador penal de 1993 que, no art.º 117.º, disse, expressamente “

Quem, habilitado para efeito e devidamente autorizado, efetuar circuncisão ou excisão sem proceder com cuidados adequados para evitar que se produzam os efeitos previstos

no n 1 do artigo 115.º ou a morte da vítima, e estes sobrevierem, é punido, respetivamente com pena de prisão ate três anos e de um a cinco anos.

Aqui, o que o legislador do art.º 117.º se preocupou com apenas com *legis artis* que é, também possível violar com as condutas da circuncisão como também com a da excisão. Não curou, o legislador guineense do art.º 117.º de Código Penal derogado, de proibir a conduta excisão em si, tal como a da circuncisão, mas que ambas seja efetuadas com devida observância de *legis artis*.

É praticamente assente que o descuido ou falta de atenção para com a cultura pode ter, como consequência, fiasco na política de solução do problema pretendida.

DE MAGLIE³⁵⁵, analisando o problema no contexto semelhante ao nosso neste caso, aponta lhe fracasso a três níveis a saber:

- 1) No plano ou nível dogmático** onde, Segundo a autora, por não haver congruência dogmática, devido a contradição entre os pressupostos de ofensas corporais graves onde a matéria podia ser enquadrada, e vinha a ser enquadrada no âmbito do art.º 583.º do Código penal italiano, passando com o n.º 2 introduzido posteriormente a introduzir-se um crime autónomo de excisão feminina o que para a autora não passou de um «terrorismo sancionatório»³⁵⁶;
- 2) Ao nível da política criminal**, onde se aponta a falta de efetividade da penalização por não poder, entre outras, conter

³⁵⁵ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 76 e ss.

³⁵⁶ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 77. Para a autora (p. 77-78), a

“[...] pena de inabilitação [profissional de médico] — de três a dez anos — [que é] estabelecida pelo art. 583, 3.º parágrafo para o médico que cometesse algum dos crimes previstos pelo art.º 583, segundo parágrafo: «[é] um encarceramento que não ocorre em nenhum outro caso de abuso da profissão médica»”.

quantitativamente o fenómeno de excisão feminina pretendida proibir; além de afetar mais as mulheres marginalizadas socialmente aumentando, conseqüentemente, mais o fenómeno da marginalização. Além do mais, a penalização trazer consigo a clandestinidade da sua prática e, ao mesmo tempo, a marginalização³⁵⁷.

Apesar de ainda outro aspeto já muito negativo, é claro, mas que, infelizmente, se associa, ainda ao mesmo nível de carências político-criminais ou falta de política criminal consistente, e que é de não se ter em conta as justificações de natureza psicosexual, onde a mutilação genital feminina conta como fator de controlo da mulher de ponto de vista da fidelidade antes e depois do casamento. Também de não se ter em conta justificações de natureza sociológica, onde a mutilação genital feminina conta como fator de iniciação social, passando de uma criança de sexo feminino a uma mulher adulta, responsável. Entra também, na mesma consideração o valor estético e higiénico onde “os genitais femininos não modificados são considerados feios, sujios” sendo um risco para a mulher conseguir casamento sem se sujeitar ao ritual de excisão feminina³⁵⁸.

A ideia de combate a certos fatos culturalmente motivados, tem razão de ser, tendo em conta a natureza dos factos em causa como por exemplo, a violação dos direitos fundamentais que, em conflito com o direito à cultura, prevalecem. Mas a ideia de admissão da causa de justificação consuetudinária, como uma das variantes possíveis do sistema multicultural, justifica-se pela razão de não se dever pugnar apenas pela punição ou afastamento dos factos culturalmente motivados com fundamente em defesa dos valores, v.g., desenvolvimentistas em prol também da dignidade humana,

³⁵⁷ Sem se ter em conta “o significado histórico, cultural e religioso da mutilação genital feminina”.

³⁵⁸ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 78-79.

sem se ter em conta que também subjaz à cultura, identidade cultural.

Quando, mesmo no sistema europeu, se procura combater certas práticas relacionadas com as culturas de origem dos imigrantes que contrastam com as culturas europeias, este empreendimento não existe apenas com fundamento de mera punição, mas por dificuldade de se conseguir controlar/afastar, eficazmente, aspetos negativos das mesmas culturas de origem dos grupos imigrantes em causa, constituindo-se num dos esforços para a facilitação da integração; um dos mecanismos para a integração dos imigrantes nas sociedades de chegada.

Mas é sabido que as vantagens a serem oferecidas pelas sociedades do acolhimento contam para uma eficaz integração. Ou como diz BASILE

"Sia consentita, per concludere, una considerazione personale con più generale riferimento alle varie tipologie di reati che esprimono un conflitto tra cultura d'origine e cultura del paese d'arrivo, e di cui le MGF sono solo l'esempio più evidente e più noto anche ai "non addetti ai lavori": la legittimazione morale e l'effettiva capacità di uno Stato, recettore di flussi immigratori, di punire, in termini seri e dissuasivi, siffatti reati culturalmente motivati, risulteranno tanto maggiori quanto più numerose siano state le chance di integrazione nella propria cultura offerte ai nuovi venuti" 359/360.

³⁵⁹ FABIO BASILE, Stato, Chiese e pluralismo confessionale, em Revista telematica (www.statoechiese.it), n. 24/2013 1 de Julho de 2013

³⁶⁰ Em português, tradução livre:
"Para concluir, uma consideração pessoal é permitida com uma referência mais geral aos vários tipos de crimes que expressam um conflito

entre a cultura de origem e a cultura do país de chegada, e dos quais a MGF é apenas o exemplo mais óbvio e mais conhecido. também aos “não-especialistas”: a legitimidade moral e a capacidade efetiva de um Estado, receptor de fluxos de imigração, para punir, em termos sérios e dissuasivos, tais crimes culturalmente motivados, serão tanto maiores quanto mais numerosas tiverem sido as chances. de integração na cultura de uma pessoa oferecida aos recém-chegados”.

1.2 Os crimes culturalmente motivados e a relação entre o Direito Penal e as regras do Direito Consuetudinário

I

Nesta relação entre as duas realidades, há que se ter em conta dois planos fundamentais:

- a) **no das fontes** — se as regras do direito consuetudinário podem servir de fonte de Direito Penal, se podem fundar a incriminação solução hodiernamente inadmissível — ficando, quanto a este ponto, ao lado dos princípios de Direito, como fonte formal mediata, podendo dar luzes à criação da lei penal³⁶¹; e
- b) **no da interpretação** que é de se saber se as regras do direito consuetudinário podem servir de interpretação, ou meios de interpretação em casos concretos e não na criação da lei, e não elas a fundamentar a incriminação, solução que é admissível e o da culpabilidade [se as mesmas regras do Direito Consuetudinário podem ser motivos de afastamento de responsabilidade criminal em situações concretas; soluções discutidas, mas admissíveis com base nos princípios que enformam o próprio Direito Penal, nomeadamente situações de falta de capacidade de culpa por inimputabilidade — por menoridade ou anomalia psíquica — e de inexigibilidade de conduta diversa. No plano de tipicidade, há que se ter em conta, como ponto de partida, a relação entre o Direito Penal e o costume para podermos ter em conta que os crimes culturalmente motivados têm ou não prevalência perante a lei. Ou seja,

³⁶¹ Ver abaixo 1.2

se condutas incriminadas pela lei penal podem não ser crimes segundo determinados costumes vigentes em determinados espaços onde essa lei tem a sua vigência.

Isto nos leva, obviamente ao campo da hierarquia das fontes de Direito. E de sabermos se, quanto a esta questão, o costume e Direito penal, o que tem primazia.

O costume é — tal como definem os manuais, conforme cita MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA^{362/363/364} —, ou

[deve ser entendido como sendo] “[...] regra social que decorre de uma prática constante e uniforme [...] que é acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade jurídica (...)]”.

Ou seja, uma prática social que é constituída de elemento objetivo (*corpus*), a sua existência; e elemento subjetivo (*animus*), a convicção da sua obrigatoriedade³⁶⁵.

³⁶² MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA, O costume e o Direito Penal, p. 116, citando BETTIOL, L'Efficacia della consuetudine nel diritto penale, Milano, Societa Editrice “Vida e pensiero”, 1931, pág. 3 (BETTIOL 1931). Para quem

“o elemento subjetivo não persiste ad eterno, mas deve entender-se como a projeção espiritual do ânimo dos seguidores de uma norma de conduta obsevada há um largo período de tempo, a qual se impõe como um imperativo”.

³⁶³ Também DANECKER, GERHARD, StGB Leipziger Kommentar, 12. Auflage, Band I, Einleitung §1 – 31, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, anotação ao §1, n.º 170. Para quem

“o Direito Consuetudinário é direito que não decorre de uma formulação escrita, mas de um exercício prolongado, que deve ser duradouro e constante, igual e geral, e reconhecido pelos seus destinatários como vinculante”;

³⁶⁴ Também FISCHER, TOMAS, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Auflage, Verlag Beck, München, 2009, anotação ao §1, n.º 9 “um princípio jurídico duradouro, igual e geral, cujo exercício é tido pelos participantes como vinculante”.

³⁶⁵ Quanto a forma como o costume funciona em meio social na formação da consciência dos cidadãos, mediante a normatividade e facticidade, temos apenas aqui relance, em termos do enquadramento geral.

Sobre esta questão, há quase unanimidade doutrinária de que o costume não pode ou não deve ser considerado como fonte de Direito Penal. Uma vez que o princípio da legalidade constitucional em matéria criminal, e que é o objeto principal do Direito penal, não é compatível com o entendimento de que o costume tenha primazia relativamente à lei quanto à questão da hierarquia das fontes do Direito penal. Portanto, se há ramo do Direito onde a primazia da Lei é assegurada, é no Direito penal. Porque, sendo crime resultado de consenso mais amplo da sociedade por ser esta quem escolhe os bens jurídicos que entende merecer a proteção de forma mais gravosa para ser incluído no catálogo daquilo que entende ser matéria da proteção penal, não se pode conceber que o costume possa servir de meio de criação dos tipos penais.

É por isso que a matéria de crime é da competência legislativa exclusiva da ANP, enquanto esta é o órgão da soberania nacional que representa o povo numa sociedade democrática onde o povo, ao contrário da Atenas da Grécia Antiga, não consegue, por impossibilidade física, vir reunir-se, por convocação nacional para tomar decisão no seu interesse. Tendo delegado aos seus representantes por ele eleitos para esse efeito.

É neste sentido que a Constituição da República em vigor (CRGB de 1984), no seu art.º 86.º, revisto pela Lei Constitucional n.º 1/96, dispõe que é da exclusiva competência de Assembleia Nacional Popular legislar, entre outras, em matéria “[...] de crimes, penas, medidas de segurança e processo criminal”. Portanto em matéria de crimes e demais assuntos que têm a ver com o Direito Penal (sanções, medidas de segurança e processo penal) por decorrerem de crimes, a competência legislativa é da ANP, órgão legislativo supremo do país.

O princípio da legalidade criminal que exclui a primazia do costume como fonte de Direito Penal é um princípio básico neste ramo de Direito e que abrange, segundo a doutrina autorizada³⁶⁶, não só a lei *stricto sensu*, como também a lei extrapenal³⁶⁷. Ou seja, a lei que venha a ser chamada a fundamentar ou a agravar a responsabilidade criminal. Por exemplo, uma lei que é utilizada para a fundamentação ou a agravação, com efeito de procedimento de reenvio para ordenamentos jurídicos não penais. Por exemplo, o civil, o administrativo, o fiscal, etc. apesar de não valer nestes ordenamentos, no plano da fonte, o princípio da legalidade equivalente ao que vale no plano do Direito Penal aqui considerado e onde, por esta razão, o Governo e a Administração têm competência geral, ou mais ampla do que em matéria penal, para legislar.

Seguindo esta linha, quer-nos parecer que, mesmo em casos de descriminalização, deve ser o órgão legislativo por excelência a ser chamado para decidir do se, e o como da criminalização. Assim sendo, não pode ser o costume a servir de fonte imediata do Direito Penal. E se assim é, o costume fica afastado de fonte do Direito Penal em matéria de criminalização e que é a situação mais gravosa da intervenção deste ramo de Direito.

³⁶⁶ V. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, p. 184-185.

³⁶⁷ v., neste sentido, e na citação de FIGUEIREDO DIAS, o Ac. Do TC. 173/85, de 9 - 10 - 1985, DR; II, de 8 - 1 - 1986, p. 215, com o seguinte teor:

“A competência da Assembleia da República, prevista na al. c) do n.º 1 do art.º 168 [atual art.º 185.º - 1/c)] da Lei Fundamental (“definição de crimes”), exerce-se quer pela positiva, isto é, pela modelação, por via legislativa, dos crimes e penas em sentido próprio, quer pela negativa, isto é, pela supressão do quadro criminal de tipos de ilícito e respetivas penas”.

Também, no mesmo sentido, a jurisprudência sucessivamente reiterada pelo TC português, por exemplos: nos Acs. 427/87, de 4- 11- 1987; 337/92, de 27- 10- 1992; 441/93, de 14- 7- 1993; 787/93, de 30- 11- 1993; e 837/93, de 16- 12- 1993.

Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA³⁶⁸, ao referir-se à reserva da lei da Assembleia da República, conforme o plasmado no art.º 165 da CRP, seguindo J. J. GOMES CANOTILHO VITAL MOREIRA^{369/370}, citando o mesmo art.º 165.º, n.º 1, alínea c) da CRP, que

*"[...] é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre a definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos [...], salvo autorização ao governo"*³⁷¹.

E quanto à primazia da lei como fonte do Direito penal, e tendo em conta a mesma Constituição, o mesmo autor afirma que o princípio da legalidade consagrado

*"encerra três vertentes principais: a) a reserva da lei da Assembleia da República stricto sensu; b) a proibição de intervenção normativa por via de regulamentos; e, finalmente, c) a «exclusão do direito consuetudinário»"*³⁷² como fonte de definição de crimes ou punição penal".

³⁶⁸ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fracmenta iuris poenalis)*. Introdução — A doutrina geral da infração [A Ordenação Fundamental da Doutrina (facto) punível; A conduta Típica (o Tipo); A Conduta Ilícita (o Ilícito)], Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 3.ª ed., p. 120.

³⁶⁹ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, I* (cit.), p. 494.

³⁷⁰ Cita também JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS *Constituição Portuguesa Anotada, II*, (cit.), p. 535 (MIRANDA e MEDEIROS 2006), convocando, para o assunto da reserva de lei da Assembleia da República, o princípio da separação de poderes entre o Legislador e os Tribunais e o Ministério Público.

³⁷¹ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 494.

³⁷² s. n

Ainda diz, o mesmo autor, citando doutrina e jurisprudência constitucionais³⁷³, que no âmbito da reserva da lei *stricto sensu* é chamado, também, à colação o elemento descriminalização com a seguinte formulação:

«Na verdade, em uma leitura perfunctória do princípio contido no artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da Lei Fundamental, poderíamos ser tentados a entender que apenas o movimento de descriminalização carecia de «lei formal». No entanto, tem sido entendimento maioritário na doutrina e jurisprudência constitucionais que, na «competência para definir crimes, está, necessariamente, implícita a competência para estabelecer causas de justificação e a competência para descriminalizar»^{374/375}.

Só pode, nalguns casos, ser chamado o legislador penal, a incluir no catálogo de crimes alguns comportamentos que os interessados entendem deverem passar a fazer parte de crime, sc., que quer que sejam criminalizados. Isto é uma intervenção do Direito Penal e não o costume que decide da criminalização, no caso em concreto. É o caso da Austrália — que nos recorda PAULA FARIA — em que várias Comunidades Aborígenes entenderam que certas condutas que ocorrem no seu seio precisavam de passar a integrar a matéria do Direito Penal, e pediu ao Estado que incluísse essas condutas, através de uma Comissão encarregada de articulação dos vários ordenamentos, na matéria penal, como crimes.

³⁷³ Em relação à jurisprudência constitucional, FARIA COSTA, cita os Acórdãos do Tribunal n.ºs 173/85, de 9 de Outubro; 337/92, de 27 de Outubro; e 837/93, de 16 de Novembro.

³⁷⁴ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais* cit., p. 120-121.

³⁷⁵ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS *Constituição Portuguesa Anotada*, II, (cit.), p. 535., para quem, «Só quem pode criar tipos de crimes, pode suprimi-los.

Apesar de, como questiona PAULA RIBEIRO DE FARIA³⁷⁶,

“não se ter esclarecido o tipo de articulação a fazer entre os dois sistemas de normas (consuetudinárias e do Direito Penal), designadamente quanto ao grau do reconhecimento que poderia vir a ter uma sanção, por exemplo, aplicada pelo grupo étnico, sob o ponto de vista da Administração da justiça penal. Parece confusa a situação, segundo a proposta, da possibilidade de aplicação da lei aborígene aos aborígenes pelos tribunais australianos, e da eventualidade de se permitir às comunidades aborígenes a aplicação da sua própria lei na punição e reabilitação dos aborígenes³⁷⁷. Isso sem contar com naturais dificuldades de se escolher quais as regras consuetudinárias a converter em lei, nos Estados, como o australiano, onde coexistem diferentes comunidades aborígenes, com diversidade de regras de convivência e de condutas entre si, para não falar mesmo de divergentes. O costume, neste tipo de situação, perde a flexibilidade e a capacidade de adaptação, ficando, como disse FARIA, com razão, cativo de uma regra escrita. E quando isso acontece, o costume fica descaracterizado e perde a sua função³⁷⁸”.

O costume fica, assim, a par dos princípios, como fonte formal mediata; enquanto as leis são fontes formais imediatas³⁷⁹.”

³⁷⁶ PAULA RIBEIRO DE FARIA, O costume e o direito, p. 118.

³⁷⁷ MARIA P. RIBEIRO DE FARIA, ob., p. 119, n°8.

³⁷⁸ Ibid., p. 119.

³⁷⁹ As fontes formais constituem instrumentos de exteriorização do Direito Penal (no caso); o modo como as regras são manifestadas (fonte de conhecimento ou cognição). As fontes formais se dividem em fontes formais imediatas (leis) e fontes formais mediatas (costume e princípios gerais) – concepção clássica. A concepção moderna tem admitido, como fontes formais imediatas: Lei, Constituição, Tratados Internacionais em

No sentido da primazia da lei escrita como fonte formal do Direito Penal, vale lembrar a preleção do imemorable (mas sempre presente) Marquês de BECCARIA, CESARE BONESSANA³⁸⁰, nos seguintes termos:

«[...] só uma norma procedente do poder legislativo, que representa toda uma sociedade unida pelo contrato social, pode limitar a sagrada liberdade do indivíduo, definindo os crimes e estabelecendo as penas».

Sendo, por esta senda, a lei formal a única e exclusiva fonte imediata do Direito Penal incriminador (o que cria ou amplia o *ius puniendi*), não podem cumprir, segundo LUIZ FLÁVIO GOMES³⁸¹, a lei delegada nem os princípios jurídico-penais, nem os costumes.

Segundo o mesmo jurisconsulto, as leis delegadas, por serem elaboradas pelo governo³⁸², por um lado, e por outro, não podendo versar sobre direitos fundamentais («individuais»³⁸³), daí que de inferir-se que não podem cuidar da definição do crime nem das suas consequências jurídicas. Os princípios jurídico-penais que são extraídos dos textos constitucionais, internacionais ou legais, constituem fontes imediatas do Direito Penal (em geral), mas tampouco podem definir crimes ou penas, ou medidas de segurança ou agravar penas.

matéria dos direitos humanos, Jurisprudência, Princípios gerais, Actos administrativos; e a própria Doutrina seria fonte formal mediata. E nesta classificação os costumes são classificados como fontes informais do Direito Penal. Na citação de AFONSO MAIA, na publicação com título “Teoria clássica e teoria contemporânea”, no portal na internet disponível em: <https://afonsoqmaia.jusbrasil.com.br>; citando ROGÉRIO SANHCHES CUNHA consultado no dia 27- 12- 2018; 17:30.

³⁸⁰ BECCARIA, CESARE BONESSANA, Dos Delitos e das Penas, p. 46. Com uma formulação de linguagem um pouco diferente, mas o mesmo conteúdo.

³⁸¹ LUIZ FLÁVIO GOMES, Fontes do Direito Penal, disponível no portal eletrônico <https://jus.com.br/artigos/10375>. Consultado no dia 27-12-2018.

³⁸² Nos termos do art.68 da CRFB.

³⁸³ Nos termos do art.68, § 1.º, II da CRFB

Apesar, pois, de os princípios ganharem força cada dia que passa num mundo globalizado, na jurisprudência, não podem substituir a lei formal como fonte única do Direito Penal incriminador³⁸⁴.

Quanto aos costumes, o mesmo autor entende que não podem criar crimes ou penas ou medidas de segurança, nos seguintes termos:

"[...] costumes são «normas» de comportamento que as pessoas obedecem de maneira uniforme e constante (requisito objetivo), com a convicção de sua obrigatoriedade jurídica [requisito subjetivo]. No âmbito penal, os costumes, como fontes informais, jamais podem criar crime ou pena ou medida de segurança ou agravar a pena. Podem, entretanto, beneficiar o agente (em casos específicos" – cf. RT 594/36).

Ao contrário do entendimento demonstrado pela evolução da doutrina e jurisprudência constitucional portuguesa, relativamente ao facto de a reserva da lei abranger também casos de descriminalização³⁸⁵ e³⁸⁶, L.F. GOMES mostra que os costumes podem beneficiar. O que não podem é criar incriminação ou a agravação da pena ou criar medidas de segurança.

A posição tradicional defendida por GOMES tende hoje a não ter seguimento no âmbito do Direito Penal como fonte de descriminalização. Mas pode ser encarada como questão do

³⁸⁴ GOMES, Fontes, 12, 1542, *ibid.*, loc. cit.

³⁸⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. Parte Geral I Elementos Fundamentais a Elementos do Crime* (cit.), p. 184-185; principalmente 184 e n.º 11; também, Ac. do TC português 173/85, de 9-10-1985 já citado e demais referidos e a posição admitindo que a exigência da legalidade no plano da fonte também se refere à lei extrapenal, e não apenas à lei penal *stricto sensu* (p. 184).

³⁸⁶ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais* (cit.), p. 120-121.

desenvolvimento do Direito por parte dos Tribunais. Apesar³⁸⁷ de ser — segundo GRECO³⁸⁸ — de reconhecer a importância do debate sobre as questões de costume. Importância essa que resulta de fenômenos do multiculturalismo na sociedade moderna e a existência de convenções internacionais sobre o direito à diferença das minorias étnicas, os direitos humanos, e as garantias de igualdade de tratamento entre as pessoas no plano global; a verdade é que, tanto no plano do Direito Internacional, nomeadamente do Direito Internacional Penal, como no do Direito Interno, tem decrescido a consideração de costumes como fontes do Direito Penal (e mesmo para a descriminalização). Salvo em casos de atenuações ou de afastamento da responsabilização criminal em casos concretos, por situações de causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, direito de necessidade, consentimento válido do titular do interesse jurídico protegido) ou de exclusão da culpa (nomeadamente estado de necessidade desculpante, erro sobre a ilicitude desculpante, inexigibilidade). Isto não integra a função descriminalizadora, que compete ao órgão legislativo por excelência e que é o parlamento, por representantes por excelência do povo, que, nesta veste, tem competência para criar crime, assim, pela mesma razão, a de afastar a criminalização, ou, em casos de amnistia, aprovar, quando em situação concreta, solução de não se aplicar a punição prevista na lei que ele (representante do povo) criou; não podendo ser substituído nessa função por qualquer outra entidade. E quando o faz, pois, fá-lo por meios próprios que a lei lho atribui. E não pode ser afastada a responsabilidade criminal, legalmente prevista, nem se quer por uma lei extrapenal que fará por via de regras consuetudinárias.

³⁸⁷ Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas. Disponível em: <https://www.passeidireto.com>, consultado no dia 26-12-2018.

³⁸⁸ L. GRECO, O princípio da Lesividade.

O decréscimo da aceitação de costume como fonte de direito penal — sublinha PAULA FARIA —:

"tem a ver com o predomínio do Direito Ocidental que orienta regras doutros ordenamentos no sentido de adoção de Direito Penal cujas normas sejam capazes de viabilizar a funcionalidade e a eficácia de todo um sistema normativo, adequando-se às necessidades. Tem surgido, em relação às normas do direito consuetudinário, dificuldades no que diz respeito ao reconhecimento e à prova da existência da regra de costume, mesmo no Direito internacional onde o direito consuetudinário pesa e muito"³⁸⁹.

Isto porque a sua natureza é pouco clara e de aplicação pouco previsível por parte do seu destinatário, tendo-se vindo a constatar, cada vez mais, a aproximação à exigência de lei escrita³⁹⁰. Continua a mesma autora a fundamentar a impraticabilidade das regras do Direito Consuetudinário referindo as dificuldades que têm sido enormes no concernente à identificação de costume nos tribunais internacionais em matéria do Direito Penal, bastando, para isso, o exemplo do caso citado do documento apresentado na conferência de 2005 do Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia (ICTY).

³⁸⁹ PAULA RIBEIRO DE FARIA (ob. cit., 120, nota 12). O testemunho desta questão das dificuldades de aplicação das regras do Direito Consuetudinário, mesmo no plano do Direito Internacional, foi a dificuldade que o ICTY teve em matéria de prova sobre costumes, no julgamento do caso Ojdanić.

³⁹⁰ MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA, ob. cit., pág. 119-120 citando também, quanto à questão dessa necessidade da lei escrita GRADONI, LORENZO, exemplificando-se com algumas dificuldades como o Tribunal Penal para a ex-Jugoslávia identificou o costume, — *Nullum crimen sine consuetudine: a few observations on how the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia has been identifying custom, paper presented at the 2005 Forency Founding Conference of the ESIL.*

Entende PAULA RIBEIRO DE FARIA³⁹¹, entre outros, que

"a não referência expressa ao costume na menção feita no §1, al. b) do art.º 21 do Estatuto do TPI, entre as fontes do direito aplicável, a par dos princípios e normas do direito internacional apesar de, segundo ela — baseando-se também nos estudos feitos por autores como GRADONI e STERN que, este último no seu célebre artigo (também citado por GRADONI³⁹² La Coutume dérange^{393/394} — se incluir, nos princípios e normas do direito internacional, o costume; "leva alguns autores a afirmar que mesmo no domínio do direito internacional o costume se transformou num tabu³⁹⁵". Afirmou, usando a célebre frase de STERN, que "também aqui La coutume dérange"³⁹⁶.

Esta série de dificuldades testemunhadas no seu trabalho levou o Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, com base na jurisprudência nullum crimen do TEDH, a proceder ao grande esforço de reconceptualização da regra de reconhecimento do costume no âmbito do direito internacional^{397/398}, "fazendo-o depender não só da

³⁹¹ MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA, O costume e o direito penal, p. 120.

³⁹² GRADONI, LORENZO, Nullum crimen sine consuetudine, cit., pag. 1 e ss.

³⁹³ GRADONI, LORENZO Ibid.

³⁹⁴ Estudo semelhante fez JEAN-PIERRE BEURIER no seu artigo "L'INFLUENCE DE L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL SUR SES SOURCES", publicado na Revue Québécoise de Droit International, (1993 – 1994) R.Q.D.I 216-227. (BEURIER 1993-1994)

³⁹⁵ Ibid., citando, no mesmo sentido, STERN, B., 1 Paris, Pedone, 1981, págs. 479 e ss.

³⁹⁶ (BEURIER, L'Enfluence 1993 -1994)

³⁹⁷ Por entender que a solução para o reconhecimento do Direito Consuetudinário seja essa nova conceptualização – GRADONI, ob. cit., p. 3 e ss.

³⁹⁸ Mas mesmo em relação à transição operada, é de referir que houve situações de difícil resolução no TPI (neste caso ICTY). Segundo PAULA RIBEIRO DE FARIA:

prova da prática reiterada, e do número de Estados que a ele aderem, como de um duplo teste de «acessibilidade»³⁹⁹, que têm a ver com “uma série de crivos”⁴⁰⁰ como, nomeadamente, os fatores da proximidade, e da atrocidade. O primeiro (o fator da proximidade), tem a ver com a previsibilidade da sua aplicação por parte do destinatário; e o segundo (o fator de atrocidade) tem a ver com a gravidade dos factos praticados”.

Refere PAULA RIBEIRO DE FARAIA⁴⁰¹ caso do tribunal de recurso relativamente ao caso Ojdanić (Ojdanić. case) como sendo marco da transição de uma metodologia indefinida para um discurso judicial articulado sobre regras de reconhecimento da norma consuetudinária. A este respeito, as preocupações se focalizaram a dois níveis: ao nível da prova da prática reiterada e ao nível da relação do agente com o facto praticado.

Quanto ao primeiro nível (o da “consolidação” da prática), este tem a ver com a identificação do tempo e o número de Estados cujas práticas convergem num sentido. Deve se identificar o tempo da prática reiterada que deve ser exigido para afirmar o costume; bem como o número de Estados que têm seguido as mesmas práticas, de forma reiterada, é claro.

Quanto ao segundo nível (o da relação do agente com o facto praticado), temos duas situações a saber: (i) a de acessibilidade e a

“[...] [nuns casos, e relativamente ao] “estatuto consuetudinário, o TPI contentou-se com pouca, ou nenhuma, prática, e houve relaxamento nos padrões de prova onde a afirmação do estatuto consuetudinária era meramente incidental. Noutros casos ainda, a tarefa de identificar o direito consuetudinário foi facilitada pela existência de jurisprudência pertinente de tribunais internacionais.”

PAUPA RIBEIRO DE FARIA, ob. cit., p. 120, nota 12.

³⁹⁹ MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA, O costume, ob. cit., p. 120/121.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA, O costume, ob. cit., p. 120, nota 12.

(ii) da atrocidade. No concernente à acessibilidade, temos a relevância da situação particular do acusado e, também, a prática do Estado, a sua lei (fator de proximidade). Quanto ao fator de atrocidade, há que se ter em conta a gravidade do facto praticado.

O grau de aplicação de uma regra consuetudinária é elemento determinante para aferir da acessibilidade dessa regra. Assim, a presunção da acessibilidade pelo cidadão e conseqüente possibilidade de aplicação da regra são grandes se uma determinada regra é frequentemente aplicada pelas autoridades e tribunais de um Estado. E para a interpretação desse facto, conta o chamado fator de proximidade que consiste na similitude material entre a lei nacional do acusado e a regra consuetudinária; "e a gravidade da violação cometida que se considera suscetível de ter reflexos na consciência jurídica do cidadão"⁴⁰². Esta posição adotada pelo tribunal de recurso no caso Ojdanić fora antecipada pelo tribunal de julgamento no caso Vasiljević ^{403/404}, que estabeleceu que

"uma condenação criminal nunca se deve fundar numa norma de que a pessoa acusada não pudesse razoavelmente ter consciência no momento da prática dos factos, e essa norma deve tornar razoavelmente claro, quais os atos e omissões que podem desencadear a sua responsabilidade criminal".

⁴⁰² MARIA PAULA LEI RIBEIRO DE FARIA, O costume, ob., p. 120, nota 12

⁴⁰³ Vasiljević (IT- 98- 32) *International Criminal Tribunal for former Yugoslavia* (Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia).

⁴⁰⁴ MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA, O costume, ob. cit., p. 121, nota13.

A este propósito, e comentando o extrato da decisão, PAULA RIBEIRO DE FARIA, esclarece, com a devida precisão, baseando-se, também em GRADONI⁴⁰⁵ que

"a necessidade de uma norma aplicável ser acessível e clara "decorre, explicitamente, da sofisticada jurisprudência do nullum crimen do TEDH, e é desenvolvido da decisão do tribunal de julgamento no caso Vasiljević através das duas seguintes conexões importantes:

i) Previsibilidade razoável da infração criminal e que, neste caso, deve ser judicialmente determinada sob a ótica da pessoa acusada, isto é, de um indivíduo;

ii) Ligação entre a prova da prática difundida e a presunção da acessibilidade da regra consuetudinária.

Ou seja, aqui é estabelecida uma ligação entre a prova da prática difundida do Estado e a presunção da acessibilidade da regra consuetudinária. No caso Vasiljević, o tribunal de julgamento falou de um vasto número de Estados, como já referido⁴⁰⁶ quanto ao número dos Estados que devem convergir na prática reiterada para se afirmar o costume".

Resumi o essencial da sua argumentação da seguinte forma⁴⁰⁷:

⁴⁰⁵ GRADONI, Nullum Crimen sine Consuetudine: A Few observations on how the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Has Been Identifying Custom; paper presented at the 2005 Florence Founding Conference of the ESIL. E disponível em: https://www.esil-sedi.eu/sites/files/Gradoni_o.

⁴⁰⁶ MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA., O costume, ob. cit., p.120, nota 12.

⁴⁰⁷ MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA, O costume, ob., p. 121, nota 13.

"[...] a norma aplicável, independentemente da sua origem, tem que se mostrar suficientemente acessível no momento da prática do facto, e os seus termos deverão ser suficientemente claros, de forma a permitir à pessoa acusada «distinguir entre o que é crime e o que é permitido» [...]."

Não obstante ser de reconhecer que os costumes têm entendimento de valores também fundamentais (importantes) do ponto de vista das comunidades. Mas não garantem — em muitos casos — a estabilidade de laços e ligações ao mundo "real", quanto à solução que oferecem.

Este é o entendimento seguido até aqui.

Por isso, e por tudo dito até aqui — razões da primazia do princípio da tipicidade e com grande adoção cada vez mais no mundo atual, do direito do reconhecimento das regras do Direito Consuetudinário, da compatibilidade e articulação das soluções resultantes da aplicação das regras consuetudinárias com o Direito Penal — não é reconhecido a relevância ao costume como fonte do Direito Penal, nos tempos atuais, passando, e cada vez mais, a questão a ser tratada como de desenvolvimento do Direito por parte dos tribunais.

II

1.3 Eco do costume nas condutas típico-penais e o seu reflexo nos CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

O costume não terá sempre relevância do ponto de vista do tipo jurídico-criminal? Com o que ficou dito até aqui, não se deve considerar como acabada e encerrada a questão da relação entre o

costume e a norma jurídica do Direito Penal porquanto o “[...] Direito Penal não funciona [...] — não poderia funcionar — como um sistema fechado à mundividência social”⁴⁰⁸. Por isso, recusar-lhe qualquer relação com o mundo factual, podendo-lhe todos os matizes da força que o factualismo social encerra, seria ter um direito penal meramente formal, a funcionar segundo uma lógica rígida e indiferente aos dados da vida social.

A força normativa dos factos tem sua importância no âmbito, «também», do Direito Penal.

Quando se diz que o costume é norma⁴⁰⁹ é porque é fundamental para a vida humana em coletividade, uma vez que as relações entre os seres humanos são regidas pelas regras significativas, sendo, pois, relações significativas.

Porque a sociedade humana é regida pelas relações significativas, pode se concluir que o social é o normativo e o normativo é o social como se pode aferir da afirmação de HEGEL em seus Princípios de Filosofia do Direito do Estado de que “todo o real é racional e todo o racional é real”. Porque giramos no mundo dos significados (os significados têm os seus referentes significantes). A palavra «casa» sugere em nós algo como a palavra «mar» sugere outra coisa que não é o «referente-casa” ou «cão”, etc. São significantes do real local construído pelo homem para o seu habitat e a imensidão abismal de água respetivamente; ou a um animal, amigo de homem.

A própria palavra «habitat» está associada a algo que o homem deve apreender através da associação sensorial, através de

⁴⁰⁸ V. ANTÓNIO LUÍS DE BRITO CARVALHO NEVES, A Circuncisão Religiosa como Problema JURÍDICO-PENAL, Almedina, 2014, p.41.

⁴⁰⁹ GOMES, Fontes 12, n.º1542 (2007))

informações fornecidas pela intuição humana, através de uma atividade sensitiva mental bem como «mar» leva-nos à ideia de algo significativamente configurado na mente humana através do processo de associação sensorial ínsito ao homem pelas regras estabelecidas para a significação social das coisas. Este significado é a imensidão abismal de água. Os homens interrelacionam-se porque as suas ações e manifestações obedecem a regras tornando-se, por isso mesmo, inteligíveis.

As coisas naturais (o mundo natural), coisas com existência real, existem na mente humana através da associação mental partindo de regras. As relações humanas e os objetos materiais ou espirituais (anjos, irãs, e.g.) obedecem a regras e por isso “têm significado os nossos gestos e atitudes, as nossas palavras e frases, as nossas ações no contexto dos papéis que desempenhamos face aos outros e em correlação com os papéis representados por esses outros”. Por isso a inter-relação significa o agir no palco conjuntamente com demais atores compartilhando os significados ou o sentido de toda a peça, o agir conjuntamente com os outros atores que entendem o nosso papel e sabem as «deixas” que lhes cabem no desempenho dos seus papéis. Num mundo de desordem, fora do contexto significativo, não pode haver inter-relacionamento uma vez que para os homens se interrelacionarem precisam de entender-se.

Uma conduta humana existe tal como é “se e na medida em que o agente ou agentes lhe associam um sentido”, como afirma MAX WEBER. De tal forma que, afirma J. BAPTISTA MACHADO,

“dizer que uma conduta é especificamente humana equivale dizer uma atividade humana, uma atividade com um sentido (uma atividade significativa), uma atividade regida por regras socialmente constituídas e apreendidas”.

A conduta especificamente humana é uma conduta significativa porque regida por regras decorrentes do facto social, facto de existir uma sociedade humana onde as pessoas agem e se entendem mediante os símbolos entendidos entre eles. A vigência histórico-social ou positividade significa justamente atuar no plano social, e é a existência da ideia valorativa ou de valores normativos, positivados ou institucionalizados historicamente e que nos diz o que vale e o que não vale, o correto e o incorreto.

Para BERGER e LUCKMANN na citação de J. BAPTISTA MACHADO, é

"a institucionalização", [que essencialmente opera como canalização social das atividades], "é o fundamento para a construção social da realidade. A nossa visão do mundo («mundividência»), a nossa concepção da vida, os nossos sentimentos e atitudes, os nossos modos de agir e reagir, enfim, todo o nosso comportamento são profundamente determinados por essas valorações e normas institucionalizadas e sobretudo por aquelas que nós interiorizamos na nossa socialização primária, quando se formou a nossa personalidade básica".

Os princípios, preceitos ou regras derivam o seu sentido do contexto da atividade humana em que são observados por nascerem da interação humana sendo inteligíveis apenas enquanto referidos a conduta de que promanam e ao mesmo tempo que a natureza da conduta em que se formam apenas pode ser apreendida como incarnação desses mesmos princípios.

Uma conduta humana é significativa apenas quando é regida por normas. E porque estas pressupõem um contexto social, toda a conduta significativa — afirmando-se silogisticamente — é,

necessariamente, social; o que não significa — explica J. BAPTISTA MACHADO —

"que o que o indivíduo apreendeu com o hábito, a conduta habitual em conformidade com uma regra consuetudinária tradicional, passivamente (habitualmente) observada, não é uma conduta humana (ou significativa por a conduta humana ser uma conduta significativa); não se deve confundir isso com uma conduta "puramente reativa", «puramente mecânica" e, portanto, «não humana» ou «não significativa» porque a habitualidade característica da conduta humana ou significativa não é um mero hábito de fazer as coisas, mas uma aquisição de aptidão para aplicar um critério não aprendendo meramente a copiar os gestos e atitudes que viu fazer e sim tornando-se capaz de entender o que é a maneira certa de fazer as coisas ou, ao menos, de entender o significado de continuar a proceder da mesma forma que viu fazer".

Será ele capaz, pois, de fazer algo diferente daquilo que viu fazer, ou em contextos de ação ou situações concretas, proceder de forma diferente do ponto de vista físico-material relativamente àquilo que viu fazer; porque a própria aprendizagem habitual da regra envolve uma compreensão do que significa «fazer a mesma coisa no mesmo género de situações», depreendendo-se que em situações não idênticas, a atuação terá que ser diferente para melhor no contexto em que é exigida.

Ele é quem adquiriu uma aptidão enquanto aquele que se limitou a imitar hábito agindo mecanicamente, como um autómato. Ele é capaz de aplicar um critério normativo que permite distinguir entre uma maneira certa e uma maneira errada de fazer as coisas,

muito embora não formulasse o mesmo critério ou não fosse capaz de o formular.

Segundo a teoria normativa dos factos, os factos, mormente os que ditam mudanças de regimes legais, ditam as normas. Da mesma forma que o surgimento e conhecimento de um novo facto social, ou a aquisição de uma nova importância por um facto social devido à mudança do contexto social tem, inexoravelmente, consequência no âmbito das normas determinando uma nova ordenação valorativa e, conseqüentemente, um novo sistema das normas. Como consequência disso, a pesquisa da realidade, a observação empírica terá, como consequência, a desvalorização das decisões fundadas em juízos de valor. Assim, o Direito passaria a ser alicerçado no facto social.

Isto porque “os sentidos sociais intervêm, desde logo, na própria compreensão (ou mesmo construção do comportamento objeto do juízo-penal” que, neste caso, é da nossa abordagem. As sociedades humanas têm as suas regras de atuação que necessitam de certas formas significativas para a compreensão das condutas e formas de relacionamento entre os seus integrantes. Pode se dizer que, «mesmo Deus, para salvar o Homem, precisou⁴¹⁰ de valores sociais significativos para a melhor compreensão da sua mensagem e dos seus desígnios⁴¹¹. É pela atuação das «regras sociais» que passa o *modus apareciendi* da conduta ao intérprete-julgador^{412/413/414}.

⁴¹⁰ «Criado» sem a sua colaboração

⁴¹¹ O nascimento de Jesus Cristo – Deus – de uma mulher – Virgem Maria -, segundo a “tradição” cristã, é sintomático da necessidade de um Deus Todo Poderoso, não utilizar outro mecanismo para cumprir a sua missão salvífica e lançar mão de estilo humano, “enviar uma figura humana, em forma humana”, para cumprir o seu plano. A própria história do pecado original narrada no capítulo 3.º do Génesis, é, igualmente sintomático da necessidade pedagógica da realização dos planos de Deus, relativamente ao Homem, a partir da história do Homem; Ele que pode resolver problemas, mesmo de Homem sem sinais humanos;

Nesta perspectiva, entende-se que o caso concreto, que é, metodologicamente, ponto de partida, não aparece como uma realidade dada, cuja profundidade se esgotaria com a correta caracterização dos seus dados ontológicos. A compreensão da própria problematidade jurídica do caso — por referência à qual se convocará a intencionalidade sistemática normativa que há-de fundamentar e validar o critério de decisão do problema — exigirá que, no apuramento das circunstâncias específicas da situação histórica em causa, se tenha em conta as próprias regras sociais de atribuição de (um certo) sentido a comportamentos ^{415/416}. Uma vez que o problema é sempre um problema concreto, segundo CASTANHEIRA NEVEAS ^{417/418/419}.

II

Seguindo o que ficou assente sobre a descaracterização da regra do Direito Consuetudinário como fonte do Direito — pelo menos

podendo fazer tudo conforme o seu poder, mesmo perante o Homem, a partir da sua liberdade.

A própria história da Queda original está envolto em simbolismo da necessidade dum caminhada pedagógica quando, um Deus todo poderoso e onisciente com a sua criatura, vê, qual um ser impotente perante o impossível, o fatalismo, a sua obra prima em desaire...

⁴¹² ANTÓNIO LUÍS DE BRITO CARVALHO NEVES, *A Circuncisão* cit., p. 41.

⁴¹³ MARIA FERNANDA PALMA, “Do sentido histórico do ensino do Direito Penal na Universidade Portuguesa à atual questão metodológica”, *RPCC*, 9 (3) 1999 (351-447), 445.

⁴¹⁴ V., também, sobre os “sentidos sociais” (e a sua construção e modos de modificação), LAURENCE LESSIG, “The Regulation of Social Meaning”, *UCLR*, 62 (3) 195 (943-1045), citado também por ANTÓNIO L. BRITO CARVALHO NEVES, *A Circuncisão* cit., p. 41, nota 44.

⁴¹⁵ ANTÓNIO LUÍS DE BRITO CARVALHO NEVES, *A Circuncisão* cit., p. 41.

⁴¹⁶ MARIA FERNANDA PALMA, “Do sentido” cit., p. 445.

⁴¹⁷ V. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 161-162.

⁴¹⁸ V. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 161-162.

⁴¹⁹ ANTÓNIO LUÍS DE BRITO CARVALHO NEVES, *A Circuncisão* cit., p. 41.

no âmbito das fontes formais — não significaria, como afirma ANTÓNIO LUÍS DE BRITO CASTANHEIRA NEVES,

*"as valorações sociais sobrepõem-se à valoração que a norma penal quer afirmar, que ela traz na sua intencionalidade. Os sentidos sociais poderão condicionar a aplicação (ajudando a fundamentá-la ou até afastando-a) da norma-critério, ou os termos dessa aplicação — mas não o farão em função de rejeição da valoração normativa"*⁴²⁰.

O costume, hoje considerado como uma questão de interpretação e não mais como fundamento da incriminação — fator integrante, ou constituinte, do sentido jurídico aplicável ao caso concreto — ou de afastamento da norma legal pelo desuso; ou seja, costume que pune uma determinada forma de comportamento, é que o costume passa a ser encarado, significando esta conversão a «degradação do costume»^{421/422}. Para MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA⁴²³, à esteira de CAVALEIRO DE FERREIRA⁴²⁴, é neste prisma que o costume interessa como "costume-facto", e não tanto como fonte de Direito a par da lei⁴²⁵.

Para CAVALEIRO DE FERREIRA⁴²⁶, o costume tem seu valor normativo ou "[...] como fonte autónoma de direito das manifestações costumeiras que representam práticas extrajurídicas, ainda que podendo concorrer para soluções jurídicas"; mas não se

⁴²⁰ ANTÓNIO LUÍS DE BRITO CARVALHO NEVES, A Circuncisão cit., p. 42.

⁴²¹ B. STERN, La coutume, na citação supra.

⁴²² MARIA PAULA BONIFÁCIO RIBEIRO DE FARIA, A adequação cit., p. 796

⁴²³ MARIA PAULA BONIFÁCIO RIBEIRO DE FARIA, A adequação cit., p. 795-796.

⁴²⁴ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, Da Eficácia do Costume, 1934, p. 408.

⁴²⁵ MARIA PAULA BONIFÁCIO LEITE RIBEIRO DE FARIA, A adequação cit., p. 796

⁴²⁶ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, Da Eficácia do Costume, 1934, p. 408.

deve confundir com o costume como fonte de normas jurídicas. Em relação a esta situação, PAULA RIBEIRO DE FARIA⁴²⁷ afirma não se poder, aqui, dissociar “[...] o costume de uma vertente normativa que se refere à convicção jurídica ou à intuição popular acerca da sua força vinculativa, mas não confere a essa normatividade o poder de criar normas jurídicas”⁴²⁸.

Apesar das considerações aqui deixadas, PAULA RIBEIRO DE FARIA chama à colação a posição de RITTLER^{429/430} que, “já em 1929, em pleno fervor do positivismo da época, colocava o costume no mesmo plano da lei escrita para o âmbito do próprio Direito Penal”.

Lembra PAULA RIBEIRO DE FARIA⁴³¹ e BETTIOL⁴³² que, enquanto período dominado pelas preocupações positivistas, em que a doutrina tinha, como determinante, “[...] a forma pela qual a vontade do Estado se manifesta de forma categórica, deixando-se delinear o sistema penal com base em critérios formais de interpretação e de construção como um sistema fechado a todas as exigências provenientes do mundo ético social”^{433/434}, fica contraditório colocar o costume no mesmo plano da lei escrita. E. BETTIOL^{435/436} entende que para “salvaguardar in extremis [...] a soberania ou o poder legislativo do Estado, RITTLER parte [...] do

⁴²⁷ MARIA PAULA BONIFÁCIO LEITE RIBEIRO DE FARIA, A adequação cit., p. 796.

⁴²⁸ MARIA PAULA BANIFÁCIO LEITE RIBEIRO DE FARIA, A adequação cit., p. 796.

⁴²⁹ RITTLER, Gesetzes und nicht gesetzes Strafrecht, ZStW 49 B, pp. 451 e ss.

⁴³⁰ MARIA PAULA BANIFÁCIO LEITE RIBEIRO DE FARIA, A adequação cit., p. 796-797.

⁴³¹ MARIA PAULA BANIFÁCIO LEITE RIBEIRO DE FARIA, A adequação cit., p. 796.

⁴³² BETTIOL, Sulla Consuetudine cit., pp. 321 e ss.

⁴³³ BETTIOL, Sulla Consuetudine cit., pp.321 e ss.

⁴³⁴ MARIA PAULA BONIFÁCIO LEITE RIBEIRO DE FARIA, A adequação cit., p. 796.

⁴³⁵ RITTLER, Sulla Consuetudine cit., pp. 321 e ss.

⁴³⁶ RITTLER, Sulla Consuetudine cit., pp. 321 e ss.

reconhecimento tácito da norma costumeira pelo poder legislativo, pelo poder público (*Rechtsmacht*) do Estado, com o que incorre [...] numa irremediável contradição lógica[...]", uma vez que tal situação não esclareceu qual é a posição do costume face à relação com a norma do Direito Escrito. Fica-se sem entender bem se "[...] o costume tem o poder de romper com a norma positiva, e aí encontrar-se efetivamente no plano do direito codificado, ou depende da Force Judica (*Reschtkaft*) do Estado, e o seu valor ou eficácia passa a andar subordinados aos da lei" ⁴³⁷. Mas ao admitir expressamente que "o costume é fonte de valorações autónomas", uma vez que permite fazer vir à superfície instâncias, exigências, e avaliações, que o legislador não pode, ou quis tomar em conta", PAULA RIBEIRO DE FARIA entende ser o essencial da ideia de RITTLER.

1.4 Critério da transmutação do facto socialmente reiterado em nova norma

A doutrina levanta algumas questões sobre as quais urge lançar uma olhadela:

- a) a primeira das quais é a de saber se uma conduta generalizada entre os membros da comunidade se transforma, por esse facto, numa nova norma de conduta, seja ela norma moral ou jurídica; e
- b) a segunda é a de saber se uma análise empírica apurada dos factos sociais poderá um dia vir a dispensar as decisões valorativas.

Quanto à primeira questão, é de referir que, não obstante ser indiscutível que o fenómeno empírico desempenha um papel de relevo na constituição e modificação de normas, não deixa de ser

⁴³⁷ MARIA PAULA BONIFÁCIO LEITE RIBEIRO DE FARIA, A adequação cit., p. 797.

questionável o entendimento (ou interpretação) de que a factualidade, só por si, determina o normativo (a modificação ou extinção da norma criando-se uma nova norma). Não é assim passiva a ideia de que aquilo que é praticado pela generalidade das pessoas deve ser considerado como norma ou critério de acção válido e correto. A validade de uma nova e generalizada conduta como norma — concretizando-se força normativa do facto — depende, pelo contrário, da convicção que se forma na sociedade sobre a sua justeza e correção, e que levará com que constitua um novo padrão de conduta legítimo e vinculante.

Não se pode considerar que o simples facto de haver pessoas que violam a norma jurídica venha a fazer com que o modo como elas agem venha a transformar-se em um novo modo de vida social, num padrão de conduta. Há sempre a possibilidade de alguém agir à margem da norma padrão sem que se fale, necessariamente, na alteração do padrão em si cuja mudança exige mais requisitos de que a simples desconformidade das ações individuais com a norma pressuposta.

O correto seria, no entendimento de J. BAPTISTA MACHADO⁴³⁸, falar-se da força normativa das convicções de facto sentidas e vividas. Uma vez que são estas que constituem a base para a mudança do paradigma e não apenas as atuações individuais ou mesmo coletivas, mas que não chegaram ainda ao ponto de gerar, no juízo da coletividade, a sua razoabilidade como facto social vinculante.

Mas mesmo em relação a essas convicções, não se pode pensar logo que elas, por si só, possam motivar a alteração do paradigma dando aço a uma nova normatividade. É que, para a alteração de um paradigma com vista a se adotar um novo

⁴³⁸J. BAPTISTA MACHADO, Introdução cit., p. 44 e ss.

paradigma, é mister que os pressupostos básicos se alterem, não bastando que a sociedade entenda, por ações habituais das pessoas que já constituem a convicção de que é assim que a maioria daquela sociedade atua, que o padrão deve ser já alterado tendo em vista que o grosso da sociedade ou a maioria já não comporta em conformidade com esse padrão ou que já passou a comportar-se em ordem a um novo padrão não se justificando a continuidade do padrão que antes regia a sociedade.

Para se posicionar corretamente quanto às questões suscitadas pela relação entre o normativo e o factual, há que se ter em conta que quando uma conduta social se afasta de uma norma ainda vigente, ela se transforma em nova norma de conduta a partir do momento em que se generaliza a convicção de que ela é justa e correta, ou seja, quando o novo padrão da conduta emergente consegue impor a sua legitimidade e a sua vinculação é que ela concretiza a força normativa do facto.

Mas este passo ainda é temerário na senda da afirmação da conduta em força normativa dos factos, sendo necessário, como passo seguinte, e decisivo, que uma conduta observada pela generalidade dos membros de uma sociedade seja compatível com o sistema valorativo global ou seja, com o universo cultural dessa sociedade ou, então, que provoque uma modificação nesse sistema valorativo global para que, só então, possa se transformar em nova norma.

É nesta perspetiva que SANTO TOMÁS DE AQUINO⁴³⁹ já prelecionava que as práticas reiteradas, portanto consuetudinárias, acompanhadas de concepções valorativas assentes na consciência coletiva, têm eficácia modeladora sobre o Direito, ou pelo menos, servem-lhe de assento e matriz interpretativos, porque reflexas elas

⁴³⁹ Em J. BAPTISTA MACHADO, Introdução cit., p. 46

o universo cultural ou universo de valores da sociedade. Nesta conceção assertiva aquiliana, vislumbra-se, pois, a ideia de que o consuetude não tem força normativa sendo, apenas, elemento modelador e interpretativo da lei. Nesta aceção, embora sendo um jusnaturalista, TOMÁS DE AQUINO, não deixa de mostrar afeição para com a lei que, para ele, teria a sua origem ou base fundamental no Direito Natural⁴⁴⁰, mas que a sociedade, uma vez estabelecida tal lei, não poderia pô-la de lado através de práticas consuetudinárias. Mas, sim, havendo estas, sirvam elas de modelador e fundo interpretativo da mesma lei e não seu elemento revogador.

Em relação à segunda questão, para ilustrar o que vínhamos dizendo, J. BAPTISTA MACHADO⁴⁴¹ cita o relatório KINSEY e que nos parece ilustrar melhor a farsa que o fenómeno que, a partida, pode assumir o facto de o factual se divergir “sempre” com o normativo, e que se refere a uma descoberta por pesquisa empírica de que existe um enorme abismo entre normas morais e normas jurídicas quanto à questão da sexualidade e a conduta de facto de grande número de pessoas. Relatório esse, cujas conclusões merecem certas críticas entre os sociólogos e antropólogos pelo facto de se querer aferir daí a validade da diversidade decorrente da natureza biológica do homem e que deveria, por isso, ser admitida como válida não se talhando as divergências por normas morais afirmando-se a identidade entre o ser e o dever ser, contrariando a lógica de que nem tudo que é biologicamente natural deve ser aceite pela sociedade. Pelo que a sociedade deve seleccionar, para o interesse comum, o que deve ser aceite como moralmente válido e o que não deve ser admitido.

A liberdade de cada um cedeu-se, em parte, com o contrato social para o interesse coletivo em troca da proteção, não devendo se

⁴⁴⁰ Cf. a bibliografia citada em: SANHÁ, RUI. “Direitos Humanos: universalidade e multiculturalidade.” académico, FDUL, Lisboa, 2006, 112.

⁴⁴¹ J. BAPTISTA MACHADO, Introdução cit., p. 46

advogar uma plena liberdade que, pois, nunca pode existir em sociedade sob pena de a sociedade em si desagregar-se. Por isso, o biológico é controlável para acomodar o interesse de todos. Aliás, o homem é sempre conformável com os padrões da existência humanamente construída, desde a nascença.

Só o ser animal (irracional) nasce e cresce naturalmente adquirindo os instintos naturais com o desenvolvimento biológico. O homem, pelo contrário, constrói-se com o decurso da sua história pessoal em sociedade. Não se constrói através dos instintos naturais como os animais irracionais. Os moldes da conduta social são apreendidos através da educação para as relações sociais.

Mas a redução de todo o social ao normativismo aqui referida, não passa de mero normativismo social e que não significa que tudo que gira em todo do dia-a-dia social se prenda com a normatividade que é encarada sob ponto de vista jurídico. Estamos aqui perante o normativismo social e que em nada tange a normatividade e que é o ponto a desenvolver infra, partindo do pressuposto de que nem tudo que acontece e ou é socialmente aceite, entra no campo da normatividade. Nem só do normativismo vivem as sociedades humanas bem como nem só da normatividade vivem.

Um e outro estão presentes nas sociedades sendo o normativismo elemento integrante da realidade do dia-a-dia por ser juízo de valor sobre os factos da vida quotidiana e a normatividade um conjunto de princípios que orientam a sociedade a partir da opção fundada em legitimidade de um órgão competente e que representa a soberania como poder originário do qual se emanam os demais atos da normatividade (as leis ordinárias).

O normativismo diz respeito ao facto de nas sociedades humanas existirem sempre normas: sejam elas normas morais,

sejam jurídicas. Que o mundo da humanidade é construído pelas normas que se prendem com a valoração que é feita pelo homem sobre o bem e o mal relativamente às coisas. Enquanto a normatividade diz respeito aos princípios que são guião da coletividade por terem assento na lei baseada no pacto social (constituição) uma vez que as tarefas do Estado Democrático de Direito são estabelecidas pela ordem constitucional⁴⁴², porquanto a constituição do Estado é o lugar onde se encontra consagrado o pacto social em última análise, derivando dela todas as normas que vêm integrar todo o ordenamento jurídico estatal que, por isso mesmo, não podem estar em confrontação com ela sob pena de inconstitucionalidade.

Por esta razão, ela, (a norma constitucional), é dotada de uma força ativa e conformadora da vida social e política do Estado que se sustenta e fortifica na compreensão do texto constitucional⁴⁴³, baseada nos princípios socialmente imanentes nos quais a aplicação do conjunto normativo vai depender da ponderação dos direitos com vista à integração do comando advindo do princípio ínsito ao pacto social e assente na «cultura-histórica» do povo⁴⁴⁴. Assim, a regra do império da lei deve ceder lugar à regra da observância dos princípios que conformam o universo normativo do ordenamento jurídico em prol da preservação do interesse da coletividade⁴⁴⁵.

⁴⁴² J. BAPTISTA MACHADO, Introdução, cit., p. 20-31.

⁴⁴³ J. BAPTISTA MACHADO, Introdução, p. 24. No mesmo sentido, citando HESSE, VALDIRENE SILVA DE ASSIS, Direito de Igualdade e o Princípio da normatividade. Lisboa: ULFD, 2006, pp. 135 e ss.

⁴⁴⁴ A aplicação do conjunto normativo-jurídico transcende a mera subsunção para passar a ser uma atividade que exige a ponderação de direitos igualmente dignos de tutela. É desta opinião também MÜLLER (Direito, Linguagem e Violência: elementos de uma teoria constitucional 1997) na citação de VALDIRENE DE ASSIS, Direito cit., p. 26.

⁴⁴⁵ Defende VALDIRENE de Assis que para uma conceção da normatividade, há que se ter em conta a afirmação da dimensão deontológica de regras e princípios que importa a “abolição” da ideia do império das leis, para se passar a conceber o império das normas, como

O normativismo de que vínhamos falando diz respeito apenas à relação que o universo tem com a valoração que os homens dele fazem: tudo que existe tem significado; é a esse significado que se dá o nome de norma na medida em que diz respeito às regras sociais de compreender e encarar o real mediante as convenções socialmente construídas e que, a partir de códigos e regras, fazem com que as pessoas se entendem mutuamente e se interrelacionam qual atores num palco.

É o normativismo primário, elementar, na denominação da doutrina jurídico-sociológica discutida, por autores como SILVA DIAS⁴⁴⁶, e que se prende com o fato de as relações humanas, desde o ponto de vista linguístico, cultural e, em fim, da experiência mundividencial, serem carregadas de simbologia ou seja, serem relações simbólicas.

A guisa de sintetização clarificadora temos a dizer, com JOÃO BAPTISTA MACHADO⁴⁴⁷, que existem dois pontos, resumidos em duas questões a saber sobre a relação entre o facto e a norma:

O primeiro, ou a primeira questão tem a ver com a possibilidade ou não de constituição ou modificação das normas. E aqui é assente, segundo a lógica e formulação de BATPTISTA MACHADO, inquestionável a eficácia dos factos nesse sentido, enquanto fenómeno empírico. O que é questionável na teoria do poder normativo dos factos é a interpretação que ela dá a este fenómeno, que faculdade por si mesma determina o normativo, ao supor que aquilo que é praticado pela generalidade das pessoas deve ser considerado como norma ou critério de ação válido e concreto. É,

princípio que se coaduna com a nova forma de se conceber o Direito e que é o princípio da normatividade.

⁴⁴⁶. Faz sentido punir o ritual de fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana, 2007, em: FDB, n.º 8, pp. 201 e ss.

⁴⁴⁷ JOÃO BAPTISTA MACHADO, Introdução cit., p. 44 e ss.

isso sim, essa interpretação que já não poderá ter como sustentáculo, provas empíricas.

Diz-nos J. BAPTISTA MACHADO que, neste caso, verifica-se que

"[...] efetivamente [...] uma conduta social que se afasta de uma norma ainda vigente apenas se transforma em nova norma de conduta quando se generaliza a convicção de que ela é justa e correta [...]". [Até aqui, tudo se passa como uma mera operação factual de modificação ou variação, sem qualquer força vinculante, não tendo, por isso, força normativa]. "[...] só quando o novo padrão de conduta, em concorrência com o anterior, se impõe como legítimo e vinculante, se concretiza a referida força normativa do facto⁴⁴⁸". [Por isso não é de confundir o facto de uma conduta de facto mais frequente divergir com a] "[...] conduta normativamente imposta, como desejável e correta sem que por isso a norma seja destruída por revogação⁴⁴⁹".

Tal situação pode ocorrer, simplesmente, por algumas das seguintes razões contingenciais, que podem atuar combinadamente: a primeira, porque a norma em causa é uma norma fundamental para a vida em comum; a segunda, porque tal norma se acha sistematicamente interligada com outras normas com as quais forma uma unidade de sentido incindível; ou, finalmente, porque em todo o caso as condutas de facto divergentes da conduta imposta pela norma não conduzem à instituição de uma outra norma contrária à anterior⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ JOÃO BAPTISTA MACHADO, Introdução cit., p. 45.

⁴⁴⁹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, Introdução cit., p. 45.

⁴⁵⁰ JOÃO BAPTISTA MACHADO, Introdução cit., p. 45-46.

O exemplo que procurou ilustrar esta situação tem dois factos constatados por inquéritos ou sondagens de opinião, já citado supra,

"[...] levados a cabo a respeito de questões [...] de interrupção da gravidez (aborto) ou [...] das relações sexuais fora do matrimónio" [e que — segundo o teor — levar em conta tais opiniões resultantes de tais inquéritos ou sondagens, ter-se-ia que incorrer em graves erros, segundo BAPTISTA MACHADO; porque,] "o facto de grande número de pessoas violar a norma que proíbe o aborto ou as normas de moral sexual não provam que tais normas terão perdido a sua vigência"; [apesar de alguns, baseando-se nos resultados dos inquéritos e sondagens responderem positivamente em relação a tal perda de vigência].

Mas no âmbito da sociologia empírica se consegue demonstrar que a conclusão nesse sentido é precipitada, uma vez que «sondagens e inquéritos posteriores vieram a revelar que uma percentagem muito significativa daqueles que afirmam ter violado aquelas normas não recusam, antes afirmam reconhecer validade às normas que violaram». No dia a dia podemos constatar situações e atos que acontecem sem que, com isso, se possa confirmar uma verdade. Por exemplo, se alguém, em determinadas circunstâncias, enganar outra pessoa, não significa, de forma alguma, que ele dê mais importância à atitude de enganar pessoas; ou "[...] alguém, em certas circunstâncias mentir, não significa, de forma alguma, que ele dê mais valor à mentira que à verdade"⁴⁵¹.

Com isso, é de fazer a primeira reserva à teoria da força normativa dos factos ou "de convicções de facto sentidas e vividas" — e a denominação tem mais sentido assim porque

⁴⁵¹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, Introdução cit., p. 46.

"uma conduta de facto generalizada só conduz a uma modificação normativa quando acompanhada da convicção da correção e validade da máxima que preside a essa conduta"⁴⁵².

E é assim, porque como ficou dito supra, e também em relação aos elementos de costume⁴⁵³ quando falamos da hierarquia das fontes — e acrescentamos aqui — uma conduta possui elemento objetivo e que é a sua existência, e elemento subjetivo e que é a convicção da sua existência; e essa sua convicção se justifica ou se baseia na correção (de que tal prática reiterada é correta) não bastando a mera reiteração da prática para se aferir da validade da prática em causa e da sua obrigatoriedade no âmbito do direito consuetudinário. Ou seja:

"[...] uma conduta uniforme e constante dos membros de uma comunidade só conduz à formação de uma norma consuetudinária quando acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade jurídica [...]"⁴⁵⁴.

A segunda reserva tem a ver com o que é "natural" no âmbito biológico e o que é "natural" "no âmbito moral". Esta reserva tem a ver com o facto de o biologicamente natural não ter o mesmo sentido com o moralmente natural. Ou seja, há disparidade entre o que é biologicamente natural e o que é moralmente natural. Aqui lançam-se críticas em relação às conclusões do relatório em causa e que é o relatório Kinsey, "posteriormente confirmado por diferentes investigações" e veio a mostrar o abismo existente entre as normas morais e as normas jurídicas. Para JOÃO BAPTISTA MAVCHADO as

⁴⁵² JOÃO BAPTISTA MAVCHADO, Introdução cit., p. 46.

⁴⁵³ MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA, o costume cit., p. 116 e ss. Ou seja, uma prática social que é constituída de elemento objetivo (*corpus*), a sua existência; e elemento subjetivo (*animus*), a convicção da sua obrigatoriedade.

⁴⁵⁴ JOÃO BAPTISTA MAVCHADO, Introdução cit., p. 46.

críticas vindas de vários sociólogos e antropólogos residem no facto de que:

"[...] admitir que a [...] variabilidade e a plasticidade da conduta sexual do homem é «natural», pretende significar [...]" [que, porque é natural tal diversidade, por ser conatural à natureza biológica do homem, não há que haver qualquer luta no sentido de evitar, através dos mecanismos artificiais, tal discrepância. Ou seja]: "[...] não se justifica que através de normas e tabus sociais e culturais se reprimam ou julguem desfavoravelmente certas condutas sexuais. [...]". [Na esteira das críticas apontadas às conclusões dos inquéritos e sondagens em causa], "[...] a variabilidade biologicamente natural dessa conduta deveria ser moralmente permitida. Quer dizer: da factualidade biológica é deduzido um postulado normativo: o biologicamente natural é convertido em moralmente «natural»⁴⁵⁵.

A terceira reserva a fazer, segundo o mesmo autor (BAPTISTA MACHADO) tem a ver com o facto de a teoria normativa dos factos poder ser formulada no sentido da necessária compatibilidade entre a conduta de facto observada na generalidade e o sistema valorativo global ou cultural da dada sociedade. Há que haver correspondência entre a conduta reiteradamente observada e a valoração global dessa sociedade, o sistema valorativo global (o universo cultural) dessa mesma sociedade. [significando isso que]:

"uma conduta de facto observada pela generalidade dos membros de uma sociedade só institui uma nova norma quando seja compatível com o sistema valorativo global [...] dessa sociedade [...] quando provoque uma modificação nesse

⁴⁵⁵ JOÃO BAPTISTA MACHADO, Introdução cit., p. 46-67.

sistema valorativo global [...] quando a máxima capaz de informar tal conduta conflitua com tal universo valorativo [...] a dita conduta não pode ser acompanhada da convicção sincera da correção ou validade de tal máxima^{456/457}.

A quarta questão levantada é a da correspondência entre a informação sobre a realidade factual e a necessidade humana. É nesse sentido que essa informação fornece dados indispensáveis ao legislador para este regular a sociedade.

"Os inquéritos à opinião pública postos ao serviço das decisões políticas (sem intenções manipuladoras) têm, de per si, um evidente significado democrático [...]" [porque, num sistema democrático], "[...] compete ao político realizar a vontade maioritária do povo", [não podendo isso significar que as investigações da sociologia empírica possam, um dia, substituir (ou dispensar-nos de) decisões fundadas em juízos de valor. E isto por duas razões entre si ligadas: a primeira], "em razão da «natureza» particular do homem"⁴⁵⁸ [e, a segunda], "em razão da relatividade dos fundamentos epistemológicos da ciência empírica"⁴⁵⁹.

BAPTISTA MACHADO, baseando-se nas investigações sobre a natureza do homem, e citando HERDER, mostra que não existe uma ordem preexistente da ordem social, dada pela natureza de forma

⁴⁵⁶ JOÃO BAPTISTA MAVCHADO, Introdução cit., p. 47.

⁴⁵⁷ ANTÓNIO LUÍS BARRATA DE BRITO CARVALHO NEVES, A Circuncisão cit., p. 39, nota 39 onde acrescenta que a decorrência (consequência) da conflitualidade entre a máxima capaz de informar uma conduta e o universo valorativo da sociedade, deverá aferir-se segundo uma lógica normativa e não tanto psicológica, entendendo que se quando se possa constatar "que a conduta efetivamente é contrária ao «universo valorativo» da sociedade e na medida em que este universo valorativo é, afinal, construído por meio das opções fundamentais dos seus membros, será, em certa medida, indiferente se esses membros não tomaram consciência daquela concreta contrariedade".

⁴⁵⁸ JOÃO BAPTISTA MAVCHADO, Introdução cit., p. 47.

⁴⁵⁹ JOÃO BAPTISTA MAVCHADO, Introdução cit., p. 47.

acabada; ou seja: “não existe uma ordem social produzida pela natureza”.

“[...] recentes investigações [...] convergem [...] no sentido de dar por facto assente e averiguado que ele [o homem] carece de se apresentar «ideias» para conscientemente poder escolher e modelar modificações na sua vida e na vida social”.

Entende o autor que mesmo

“[...] as investigações sociais empíricas que, em certos limites, são suscetíveis de substituir o normativo pela análise e verificação dos factos, têm desembocado na constatação de que na conduta do homem intervêm muitos componentes que se situam para além da racionalidade científico-técnica, isto é, para além daquilo que é dedutível dos factos. Pois que precisamente a ambivalência dos dados técnicos, isto é, a possibilidade que lhes é inerente de serem utilizados para diferentes fins, exige o recurso a um sistema de valores segundo o qual se possa decidir acerca do fim a atingir, se possa decidir o que é valioso, correto, justo ou válido.”⁴⁶⁰

Na mesma linha, entende que, mesmo sonhando por um «mundo total do homem», o seu *Lebenswelt* (= Ambiente de vida), de um sistema de referência, como diz LUHMANN, este não pode ser concebido porque este *Lebenswelt* do homem “compreende dentro de si a ciência empírica como sua parte” não podendo, a partir desta, dominar a globalidade daquele. Porque a visão que nos dá esta ciência será sempre uma visão parcelar ou, como disse HARTMANN,

⁴⁶⁰ JOÃO BAPTISTA MAVCHADO, Introdução cit., p. 48

tal realidade não é — para o homem — forma de vida integrada num *Lebenswelt*, mas uma realidade secundária⁴⁶¹.

Mas estas considerações não têm grande relevância nos tempos atuais para fundar a existência da lei penal, sobretudo, onde o princípio de garantia e segurança jurídicas ditam as regras constituindo baluarte de construção do Direito penal.

1.5 Crimes culturalmente motivados no plano da concepção realista do ilícito e do princípio da necessária lesividade

O princípio da lesividade tem a ver com a necessidade de proteção de um bem jurídico em concreto. Um bem jurídico lesado em caso concreto e não aquele bem jurídico protegido em sentido abstrato.

Em relação a este particular (de ameaça de um bem em concreto) há discussões hoje sobre crimes abstratos ou de perigo abstrato, e que podem ser vistas, v. g., em autores como L. GRECO e L. AGUIAR, entre outros⁴⁶².

Sobre o que deve ser entendido como bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal (bem jurídico penal), é entendido (VON LISZT) como sendo equiparado ao interesse do homem o conceito do bem jurídico⁴⁶³. O Direito Penal —enquanto direito, imbuído dos princípios de garantia ou de garantismo — assenta as suas bases no bem jurídico cuja lesão justifica a sua intervenção. É um Direito Penal de bens jurídicos⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ JOÃO BAPTISTA MAVCHADO, Introdução cit., p. 49, sobre tudo...

⁴⁶² L. GRECO, O Princípio da Lesividade; LEONARDO AGUIAR, O Princípio da Ofensividade.

⁴⁶³ ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, O Direito Penal, p. 9 e ss.

⁴⁶⁴ MARTINHO OTTO GERLACK NETO, O direito Penal, p. 7 e ss.

Para a análise do enquadramento da lesividade ou ofensividade penal nos crimes culturalmente motivados, fazemos aqui referência ao caso estudado pela doutrina⁴⁶⁵ e decidido nos tribunais.

Trata-se de um caso ocorrido durante uma festa num jardim da casa, na celebração do aniversário do seu filho varão em que um refugiado afegão que, durante a festa em questão, e na altura em que ele apresentava tal filho aos amigos e parentes. E que, enquanto procedia à referida apresentação, beijava as partes íntimas (o sexo) do recém-nascido. Tal atitude de beijar o sexo da criança chamou a atenção de um vizinho. Foi acusado de praticar “atos sexuais com menores” do art.º 609.º do Código Penal italiano. [É baseado no caso “Kargar” da jurisprudência italiana]

Neste caso ilustrativo, há questões que foram levantadas por CRISTINA DE MAGLIE⁴⁶⁶ e cuja resposta nos fornece caminho de solução do ponto de vista jurídico-realista relativamente ao ilícito — conceção “realista de crime”.

É relevante no plano da tipicidade este comportamento culturalmente motivado?

Para a tendência da doutrina italiana ligada à jurisprudência constitucional daquele país, onde se enquadra a solução do caso, vamos procurar elucidar os contornos da solução:

Em primeiro lugar, levanta-se a questão da solução ligada à tipicidade, mas desta vez, ao contrário da questão da fonte, da hierarquia das fontes, no plano da responsabilidade criminal. E desde logo nos colocamos perante o princípio da ofensividade, a que se vincularia tanto o legislador quanto o intérprete. Esta é a posição da

⁴⁶⁵ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, p. 198-200.

⁴⁶⁶ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos* p. 194.

doutrina dominante e que entende que o princípio em causa está ancorado na Constituição⁴⁶⁷. Devido a essa dupla vinculação,

*"o legislador deve, por isso, configurar os crimes como formas de ofensa de um bem jurídico (...); do intérprete se espera que reconstrua os tipos de crimes com a ajuda do critério do bem jurídico, excluindo do facto típico os comportamentos não ofensivos do bem jurídico"*⁴⁶⁸.

Mas apesar deste entendimento, que fez escola na jurisprudência italiana, não faltou tese contrária sustentada, entre outros, por vozes sonantes, como Marcello GALLO⁴⁶⁹, que considera que o vínculo "entre facto típico e ofensa não constitui [...] uma constante identificável em todos os crimes" [...] há ilícitos penais nos quais o suposto fato está configurado de tal forma que pode ser realizada a conduta que, apesar de conforme com o modelo normativo, não causa, no caso, prejuízo algum à situação objeto da tutela.

Segundo esta posição, entende CRISTINA DE MAGLIE que o art.º 49.º⁴⁷⁰ do CP italiano, na sua formulação, não teria nada a ver

⁴⁶⁷ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 194.

⁴⁶⁸ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos (cit.), citando, também, como seguindo a mesma orientação, entre outros: BRICOLA, "Teoria Generale dele reato", entrada em NSS. Dig. It., vol. 19 1973, pp. 82 e ss.; MUSCO, Bene giuridico e tutela dell'onore, 1974, pp. 116 e ss.; MANTOVANI; "Il principio di offensità nella Costituzione", em: Scritti in onore di Mortati, 1991, p. 72; FOIRE, "Il principio di offensità em: Ind pen., 1994, p. 278.

⁴⁶⁹ MARCELLO GALLO, "Il dolo. Oggetto e accertamento", em: Studi Urbinati, 1951 -1952, p. 269.

⁴⁷⁰ Diz o citado art.49.º (Crime erroneamente suposto e crime impossível):

"Não será punível quem cometer um facto que não constitui crime na suposição errada de que o mesmo constitui crime.

A punibilidade será, ainda, excluída quando, pela inidoneidade da acção ou pela inexistência do objeto da mesma, for impossível o resultado lesivo ou perigoso.

Nos casos previstos nas disposições precedentes, se concorrerem no facto os elementos constitutivos de um crime diferente, aplicar-se-á a pena estabelecida para o crime efetivamente cometido.

com tentativa, mas sim seria uma norma-base do ordenamento que legitimaria no sistema italiano concepção realista do ilícito, “segundo a qual, todo o comportamento, para ser considerado crime, deve consubstanciar-se na efetiva lesão do bem tutelado”⁴⁷¹.

A relevância prática do princípio de ofensividade se manifestaria em todas as situações em que não haja coincidência entre a tipicidade e a ofensa do interesse tutelado. Significa isso — sublinha a autora — que

“ nos casos em que se verifiquem condutas que integram o tipo penal, do ponto de vista formal, mas que, do ponto de vista material, não são capazes de afetar o bem jurídico, ganhariam a natureza da concepção realista, por via do n.º 2 do art.º 49.º do mesmo Código Penal, conduzindo à exclusão da punibilidade”.

Sustenta a sua crítica — DE MAGLIE^{472/473/474/475} — com base nos argumentos de ordem literal e de sistemática sancionatória. É que o art.º 49.º usa o termo “acção” enquanto no art.º 56.º se fala de “atos” significando isso que, no âmbito de contravenções, os “atos inidóneos” levariam à aplicação de medidas de segurança; enquanto os “atos idóneos”, levariam à impunidade do agente. Uma vez que o art.56.º circunscreve a tentativa só aos crimes.

No caso indicado no número um, o juiz poderá ordenar que o acusado absolvido seja submetido a uma medida de segurança”.

⁴⁷¹ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 194, citando também, NEPPI MODONA, “Reato impossibile”, entrada em: *Nss. Dig. it.* Vol.14, 1967, p. 980; FIORE, *Il reato impossibile*, 1959, p. 41.

⁴⁷² CRISTINA DE MAGLIE, *ob. cit.*, p. 195 citando NEPPI MODONA:

⁴⁷³ NEPPI MODONA, “Reato impossibile”, *ob. cit.*, p.980;

⁴⁷⁴ NEPPI MODONA, “Reato impossibile”, *ob. cit.*, p. 23;

⁴⁷⁵ NEPPI MODONA, “Reato impossibile”, *ob. cit.*, p. 79

Continua⁴⁷⁶ com base em NEPPI MODONA, que, em relação ao interesse tutelado, devia deduzir-se “de toda a estrutura típica, incluídas todas as modalidades de acção, o objeto material, o resultado, as situações de isenções, as circunstâncias, etc., também o elemento subjetivo”.

Este tipo de análise do enquadramento da concepção realista do ilícito foi alvo de muita crítica, com base no facto de que o art.49.º, n.º 2 do CP italiano não deixa claro qual seja o bem jurídico tutelado^{477 / 478}. Segundo STELLA, tal preceito “não ajuda, de nenhuma forma, a nos esclarecer sobre a natureza dos interesses tutelados”⁴⁷⁹. Entende DE MAGLIE que “[se torna] “indispensável o recurso aos elementos descritivos do tipo legal para identificar o bem jurídico que se encontra em causa. [por isso] «a contradição em que tal teoria tropeça seja evidente»”⁴⁸⁰.

Argumenta STELLA, a propósito, que “

se o interesse tutelado deve ser deduzido de toda a «estrutura típica», [como defende MODONA] “é difícil imaginar um facto em conformidade com esta e não lesivo aquele”^{481/482}.

Mas na prática dos tribunais, a tendência se confirmou e fez coro no sentido do reconhecimento do princípio da “necessária lesividade” e pela validade da “concepção realista” do ilícito, revelando

⁴⁷⁶ CRISTINA DE MAGLIE, ob., cit., p. 195.

⁴⁷⁷ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, ob. cit., p. 195

⁴⁷⁸ STELLA, “La descrizione” dell’evento. L’offesa – Il nesso causale, 1970, pp. 58 e ss (STELLA, “La descrizione” 1970); e “La teoria del bene giuridico e i cd. Datti inoffensivi conformi al tipo”, em: Riv. it. dir. proc. pen., 1973, pp. 3 e ss. (STELLA, “La teoria” 1973)

⁴⁷⁹ STELLA., “La teoria”, ob. cit., p. 28.

⁴⁸⁰ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, ob. cit., p. 195.

⁴⁸¹ CRISTINA DE MAGLIE, ob. cit., p. 195..

⁴⁸² STELLA, “La teoria”, ob. cit., p. 30; v. também, no mesmo sentido, PULITANÒ L’errore di diritto nella teoria del reato, 1976, pp.153 e ss (PULITANÒ, 1976).

que, há uma unidade do sistema em torno da articulação do princípio da ofensividade e validade da concepção realista do ilícito, com o facto típico. Senão, vejamos, conforme a ilação dada pela jurisprudência ordinária e de mérito que se tem pronunciado reiteradamente:

"a norma do art.94.º, n.º 2 do CP, longe de ter uma função de limite negativo do tipo do crime intentado, [...] afirma o princípio da ofensividade do delito (que se materializa na concepção realista do mesmo) segundo o qual não é punível [...] o comportamento que, apesar de conforme com o tipo penal, não manifesta objetivamente, no caso concreto, a aptidão causal para lesar ou pôr em perigo o bem jurídico tutelado"^{483/484}.

Sobretudo as decisões favoráveis da Corte Constitucional italiana sobre a mesma tendência vieram a consolidar a tese do acolhimento pela ordem constitucional do princípio da ofensividade e que se concretiza na concepção realista do ilícito penal. Com efeito, o Tribunal Constitucional italiano vem afirmando que o "«facto histórico»" deve apresentar uma dimensão «concreta» da ofensividade⁴⁸⁵.

Resenhando um pouco a jurisprudência, deu-nos conta a jurisprudência italiana, (CRISTINA DE MAGLIE) que foi a primeira decisão do Tribunal Constitucional que veio a dar um ponto de partida — de forma clara — na orientação no sentido do fim de uma certa querela doutrinária a afirmar, pela primeira vez que pode se discutir certamente sobre a constitucionalização ou não do princípio de

⁴⁸³ Neste sentido, a posição do Tribunal de cassação. Secção I, de 15 de Maio de 1989, em: Cass. pen., 1991, pp. 572 e ss., com anotação de CASTELLANI, "L'art.49 tra tentativo e reato impossibile" (ITÁLIA, "L'art.49" 1989 (1991)).

⁴⁸⁴ V., também, CASTELLANI (CASTELLANI 1991).

⁴⁸⁵ Por todos, CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, cit., p. 196.

ofensividade, mas que tal princípio deva reger toda a interpretação das normas penais é já um cânone aceite unanimemente.

Trata-se de um caso de armas e explosivos, decidido pelo Tribunal Constitucional italiano em 1986 em que, segundo a autora, é reconhecido ao juiz a tarefa de, depois de ter coletado todo o sistema da interpretação da norma em particular, do bem (ou bens jurídicos tutelados) através da penalização do facto típico, determinar, em concreto a quantidade mínima de explosivos que, sem alcançar o nível da ofensividade dos bens em discussão, está fora do que é penalmente relevante (ITÁLIA, Ragionevolezza 1986, 1053 e ss)⁴⁸⁶.

Esta foi a tomada de posição histórica e que — segundo a autora — veio a ser reiterada sucessivamente por decisões entre as quais, n.º 957 de 1988, em que o Tribunal Constitucional italiano analisou a legitimidade constitucional do art.º 573.º do Código Penal italiano, na parte em que condicionar o procedimento criminal no crime de subtração consentida de menor maior de catorze anos de idade, sem atribuir nenhuma relevância excludente à vontade do menor. Neste caso (ITÁLIA, «L'interesse 1989) o Tribunal Constitucional transalpino enuncia uma teoria «evolutiva» do bem jurídico segundo a qual

*"a fisionomia do interesse protegido não pode considerar-se fixada uma vez por todas pelo legislador histórico, mas sim evolui juntamente com o ordenamento jurídico no seu conjunto, de forma que os limites e os termos da sua proteção também podem ser modificados"*⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ S. Corte Const. número 62/1986, em Cass. pen. 1986, pp. 1053 e ss., com nota de PALAZZO, «Ragionevolezza delle revisioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplodenti», pp. 1694 e ss.

⁴⁸⁷ S. Corte Const. núm.957/1988, em: Cass. pen. 1989, pp. 186 e ss., com nota de SORRENTINO, «L'interesse minorile e il principiodi offensività nella giurisprudenza costituzionale».

Nos anos sucessivos, o Tribunal Constitucional italiano pronunciou-se, cada vez mais claro, sobre a repartição da competência na valoração da ofensividade entre o juiz ordinário e o juiz constitucional.

Tornou cada vez mais explícita a posição de análise do bem jurídico de ponto de vista do legislador histórico e a evolução da consideração do interesse protegido, quanto aos seus limites e termos, conforme delineado pela decisão de 1988. Desta vez, já pela decisão, conhecida como sentença núm. 263 de 2000, o Tribunal Constitucional precisa, assim, a distinção entre a “ofensividade em concreto” e a ofensividade em abstrato”. Sendo aquele do conhecimento do juiz do mérito e este, do conhecimento no âmbito constitucional, ou seja, do alcance constitucional. E que deve ser entendido como “limite de alcance constitucional à discricionariedade legislativa em matéria penal⁴⁸⁸”

Afirma CRISTINA DE MAGLIE que com este pronunciamento o Tribunal Constitucional delinea, de forma clara, com base no art.º 25.º da Constituição italiana, a funcionalidade, de forma ininterrupta do princípio da ofensividade que se estende desde o momento da predisposição abstrata da norma, até a aplicação, em concreto, pelo juiz. Diz a autora, citando o Ac., que se delinea, assim:

“[...] uma operatividade ininterrupta do princípio da ofensividade que se estende desde o momento da abstrata predisposição normativa ao da aplicação concreta por parte do juiz, com a conseqüente distribuição dos poderes conformadores entre juiz das leis e poder judicial ordinário, ao qual só compete impedir, com uma prudente apreciação da

⁴⁸⁸ V. S. Corte Const. núm., 263/2000, em: Cass. pen., pp. 2951 e ss.

*lesividade em concreto, uma arbitrária e ilegítima expansão da esfera dos factos subsumíveis ao tipo*⁴⁸⁹.

Através da referência expressa à lesividade abstrata, o Tribunal constitucional italiano chega, em 2002, à declaração da ilegitimidade constitucional (inconstitucionalidade) do segundo ponto do art.º 688.º do Código Penal italiano, que punia com pena de três a seis meses de prisão a quem, em lugar público, fosse encontrado em estado de manifesta embriaguez⁴⁹⁰. "Se o facto for cometido por quem já teve uma condenação por crime não culposo⁴⁹¹ contra a vida ou integridade física"⁴⁹²⁴⁹³.

A importância da decisão reside no facto de que deu relevância à relação existente entre a conceção de crime como uma lesão a um bem jurídico e o princípio do Direito Penal baseado no facto⁴⁹⁴.

As recentes decisões do Tribunal constitucional italiano núm. 265 de 2005 e núm. 225 de 2008, foram no sentido da evolução verificada: tendo insistido na questão da "dupla esfera da operatividade" do princípio da ofensividade e na "repartição de competências entre juiz constitucional e juiz ordinário. E diz a autora, citando⁴⁹⁵ os Acs., que:

"[...] uma vez que o Tribunal tenha verificado, através do instrumento do controlo da constitucionalidade, que o tipo

⁴⁸⁹ V. S. Corte Const. núm., 263/2000, em: Cass. pen., pp. 2951 e ss.

⁴⁹⁰ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 197.

⁴⁹¹ s. n.

⁴⁹² MANES Il Principio di offensività, p. 230 e ss.

⁴⁹³ V., a respeito destas considerações, FIORE «Il contributo», ob. cit., p. 106 (FIORE, Il contributo" 2006); também, para uma reconstrução das argumentações do Tribunal, v. MANES Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, critério ermeneutico, parâmetro di ragionevolezza, 1005, pp. 230 e ss (MANES 2005).

⁴⁹⁴ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, cit., p. 197.

⁴⁹⁵ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 197.

previsto pelo legislador exprime conteúdo realmente ofensivo (...), [...] a tarefa de conformar a figura criminal ao princípio de ofensividade na aplicação concreta fica confiada ao juiz ordinário, no exercício do próprio poder hermenêutico (ofensividade "em concreto"). [...] isto deverá evitar, particularmente, que a área da operatividade da incriminação se estenda a condutas carentes de uma apreciável potencialidade lesiva.

1.6 Crimes culturalmente motivados e o princípio de necessária lesividade

Ficou assente na abordagem feita sobre o caso KARGAR, em que um pai de origem afegão praticou, em público, ato de beijar as partes íntimas do seu filho recém-nascido e que, abstratamente é reconduzível ao previsto no art.º609.º do CP italiano que pune a prática de atos sexuais com pessoa menor de dez anos com a pena de sete a catorze anos de prisão^{496/497}.

E como já vimos, trata-se de uma questão delicada e complexa por ter a ver com o problema de possível lesão ao corpo humano, facto que integra os direitos fundamentais da pessoa humana e que, segundo as regras, quando entram em conflito com o direito à cultura, prevalecem sobre este último.

Ficou visto que conforme as indicações do Tribunal constitucional italiano, a tarefa do juiz ordinário é determinar a "ofensividade em concreto" do comportamento do sujeito ativo (agente do crime) valorando se o modelo da modalidade de realização da sua conduta foi materialmente idônea para lesar o interesse tutelado pela norma penal, não violando a conformidade do modelo legal tipificado pelo facto típico.

⁴⁹⁶ V. FABIO BASILE, *Immigrazione*, 2010, cit., p. 367.

⁴⁹⁷ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, cit., p.198, citando também FABIO BASILE, *ob.*, p. 367.

Em conformidade com a afirmação autorizada do Tribunal constitucional, a hipótese examinada levanta a questão de determinar, por via sociológica e antropológica, o elemento extrajurídico «atos sexuais» que aparece na previsão do art.º 609.º, número 2. Para isso, diz DE MAGLIE, no sentido de FIANDACA-MUSCO ⁴⁹⁸ — que é «necessário [...] fazer referência «inevitavelmente» às ciências sociológicas e antropológicas» dado que «é sobre a cultura e os costumes de um povo que é configurado o que é «sexualmente relevante».

De facto, a determinação da inofensividade ou ofensividade da conduta, tal como ocorreu, é fundamental para sacar a responsabilidade do agente sendo elemento integrante da cultura étnica italiana e a solução quanto a inofensividade da conduta seria outra. Ou seja, seria fácil a solução, isto é, as dúvidas sobre a inofensividade da conduta seriam inconsistentes. Como se trata de uma questão de decisão com base na cultura do acusado, alheia a que suporta o preceito do art.º 609.º do CP italiano, torna-se necessário lançar mãos das perícias culturais, por exemplo, antropológicas, tal como aconteceu com o caso semelhante ocorrido nos EUA onde o Tribunal de Maite, chamou a perícia em questão para poder esclarecer a questão do comportamento.

Em relação a esse caso, a perícia antropológica chamada pelo Tribunal foi fundamental para estabelecer a “licitude” e a sexualidade” do comportamento do agente, valorado desde os parâmetros da cultura do seu grupo étnico, concluiu que

"[...] beijar as partes íntimas do próprio filho recém-nascido não constitui, segundo a comunidade de proveniência

⁴⁹⁸ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 198.; e por ela, FIANDACA-MUSCO Diritto penale. Parte speciale, vol. 2, t. I, 2007, p. 208 (cursiva añadidas) (FIANDACA-MUSCO 2007); FIANDACA, “La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura», em: Foro It., 1988, II, p. 505. (FIANDACA, "La rilevanza" 1988)

do acusado, um ato de abuso sexual, mas sim uma manifestação de amor e orgulho paterno face ao filho varão^{499/500}.

Fora da conclusão pericial sobre a inofensividade da conduta, tendo em conta a cultura do grupo de referência do imputado, podia também — a mesma perícia — dar uma solução diferente e que seria baseada na inconsistência do ataque ao bem jurídico tutelado pela norma. Neste sentido, afirma CRISTINA DE MAGLIE⁵⁰¹ que

"[...] com todos os cuidados devidos ao facto de que nos movemos na esfera dos direitos invioláveis da pessoa, pode-se dizer assim que, no caso em consideração, tendo em conta também o contexto em que o comportamento aconteceu (uma ocasião pública, celebrativa, que evoca ritos de exibição e apresentação) nos encontramos perante uma conduta em concreto inofensiva. Em conclusão, a perícia poderia fazer emergir, na matéria dos conflitos culturais, o desfazamento entre a tipicidade e a ofensa, indicado pela doutrina da necessária lesividade; uma separação que permite chegar à conclusão da impunidade do autor pela inconsistência do ataque ao bem jurídico tutelado pela norma".

Referindo-se às críticas relativamente às posições dessas que assumiu, e a favor da doutrina da necessária lesividade, sobretudo face aos crimes de lesão, e em relação à violação do princípio da legalidade e segurança jurídica⁵⁰², DE MAGLIE — baseando-se no Ac.

⁴⁹⁹ v. CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, p. 199; também, a este respeito, PULITANÒ, *Direito penal*, 3.^a ed., 2009, p. 193 (PULITANÒ, *Diritto penale* 2009).

⁵⁰⁰ BARTOLI, "Il principio di offensività "in concretò" alla luce di alcuni casi giurisprudenziali", em: *Studium Iuris*, 4/2007, p. 424 (BARTOLI "Il principio", 2007)

⁵⁰¹ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, cit., p.199.

⁵⁰² E o medo de que a tese em questão transformaria juiz em «árbitro absoluto» da responsabilidade ou irresponsabilidade do agente.

Do Tribunal de Roma⁵⁰³ — não considera tais riscos de relevantes porque:

"[...] os riscos são, na realidade, menos importantes do que se afirma. Em primeiro lugar, como se deduz da jurisprudência, a chamada «aplicação livre do Direito» se refere a situações de lesividade "mínima," totalmente inadequadas para atacar, de modo significativo, o bem jurídico. Em segundo lugar, há que insistir que, em todo o caso, a discricionariedade judicial atua, de facto, em favor do acusado [...]"⁵⁰⁴.

Portanto, não é de pôr em causa a tese defendida com fundamento na existência de riscos normalmente invocados e que, por isso

"não poderia, por isso, violar, de nenhuma forma, a garantia que subjaz aos princípios de legalidade e segurança jurídica, que, como todos os princípios de garantia previstos pelo sistema penal, encontram seu limite natural na consequência desfavorável (basta pensar na proibição de analogia em matéria penal, que, justamente, a doutrina unanimemente circunscreve à analogia «in malla partem»)"⁵⁰⁵.

"a alegada flexibilização da legalidade não é fruto de uma interpretação livre do juiz, mas sim o resultado de um raciocínio de razoabilidade que tem seu fundamento nos dados normativos".

⁵⁰³ V. S. do Trib. Roma, 2 de Maio de 2000, em: Giur. mer., 2001, pp. 1265 e ss., com nota de C. F. GROSSO, "Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto?", pp. 2535 e ss (ITÁLIA, S. do Trib. Roma, 2 de Maio de 2000, 2000).

⁵⁰⁴ CRISTINA DE MAGLIE *ibid.*

⁵⁰⁵ CRISTINA DE MAGLIE *Ibid.*

Por isso, do ponto de vista da temática dos crimes culturalmente motivados, o critério da inofensividade em concreto poderia ser um instrumento importante, de significativa vitalidade político-criminal, um instrumento capaz de evitar a injustiça de condenações inúteis de pessoas que, apesar de haver a fachada (ou aparência) externa de um crime preenchido pela sua conduta, não houve, materialmente, agressão aos interesses tutelados pela norma.

Estas condenações só exacerbam o conflito cultural entre o sistema anfitrião ou majoritário e grupos minoritários, impedindo, assim, uma possível integração destes no tecido social majoritário.

Nos crimes culturalmente motivados, medidas mal concebidas e ou mal implementadas acarretam consigo o pior para a situação da resolução de conflito cultural na medida em que remetem para a clandestinidade as condutas proibidas fazendo com que surjam crimes secundários e problemas sociais piores do que não proibir a referida conduta. Basta termos em conta que a situação da lei seca dos Estados Unidos na década de 30, em que, por proibição de fabrico, transporte, armazenamento, importação, exportação, comércio e consumo de bebidas alcoólicas, fez com que surgisse monopólios no setor assim como o consumo de drogas impuras piorou a situação, como vai ser visto em relação aos *vitimes crimes* (crimes sem vítimas).

Mesmo a situação de incriminação da prática de excisão feminina mostra como funciona, de modo inverso, a incriminação sem ter em conta medidas e estratégias bem delineadas da política criminal; quando se preocupa com o objetivo de combater o fenómeno que se acha que deve ser extirpado.

Capítulo IX

Crimes culturalmente motivados (*cultural offense*): a dogmática e consequências do ponto de vista político-criminal

Os crimes culturalmente motivados (*culturally motivated crimes*) ou, simplesmente crimes culturais (*cultural offense*) são crimes cometidos por motivo cultural. Ou seja, são crimes cujo cometimento tem por motivação a cultura do agente. Por exemplo, excisão clitoridiana mais comumente designada por excisão feminina ou, simplesmente [para fazer distinção com a circuncisão considerada como fanado de homem] fanado de mulher. Outro do conjunto dos chamados crimes culturalmente motivados, é a poligamia (termo antropológico para designar a união conjugal ou de homem e mulher, ou, simplesmente, casamento), nas legislações que proíbem casamento múltiplos. E que assume a forma da união de um homem com muitas mulheres ou com mais de que uma (a poliginia) e a união de uma mulher com muitos homens ou com mais de que um (a poliandria).

Deste último, temos exemplo histórico de um texto épico hindu "Maha Mhárata" em que cinco irmãos Pándava se casam com uma esposa comum, Draupadî. Diz-se que hoje isso se observa em toda a Índia, onde às vezes vários homens costumam ter uma só esposa. O objetivo desta prática é tentar manter a propriedade da terra dentro da família.

Contase que também há tribos, como hunza que apresentam uma poliandria parecida^{506/507/508}.

⁵⁰⁶ V., além do termo poliamor, significando relação íntima, amorosa, sexual (não necessariamente duradoura) com pleno conhecimento e consentimento de todos os amores envolvidos, também matrimônio grupal em que círculo matrimonial é uma forma de matrimônio ou de relação na qual mais de um homem e mais de uma

1. Referência às bases sancionatórias no plano interno e internacional

Quanto à questão dos crimes culturalmente motivados, há várias legislações que lutam contra crimes, ou visam combater comportamentos culturalmente motivados e que, por isso, são considerados crimes culturalmente motivados. Porque só é crime o que está tipificado como tal, como primeiro ponto de partida, para depois ver-se se estão preenchidos outros elementos constitutivos.

Portando, primeiro, temos que estar perante uma ação humana. E que esta ação humana deve ser típica, ou estar na catálogo dos crimes. Passo seguinte, deve se ter em conta ilicitude. Deve ser uma ação ilícita no sentido de ser contrária ao ordenamento jurídico por não existir uma permissão por parte desse mesmo

mulher forma uma unidade familiar, sendo todos os membros do matrimônio compartilham responsabilidade paternal para qualquer dos filhos que surjam do vínculo.

Enquanto qualquer relação polígama pode ser considerada poliamorosa, o inverso não se verifica, podendo esta existir apenas entre duas pessoas.

Por outro lado, o termo poligamia é mais usada para denominar formas de relações múltiplas que têm uma base religiosa ou tradicional e uma normatividade preestabelecida, enquanto no poliamor a relação é definida por seus membros, mais que por normas culturais ou sociais.

v., sobre isso, em: <https://www.lapoligamia.blogspot.com/2011/03> tipos de poligamia.

⁵⁰⁷ V., também, o significado e a etimologia em: <https://www.significadosbr.com.br>, onde se explica que a palavra poligamia chegou até o português através do latim polygamia, que vem do grego poly (“muitos”) + gamia (“casamento”); explicando, por outro lado, que a poligamia não se confunde com traição ou infidelidade uma vez que na poligamia todos os envolvidos sabem a respeito do sistema, e não é considerado infidelidade. Todos estão de acordo, mas, só um tem, normalmente, autoridade para ser polígamo.

⁵⁰⁸ Há religiões e países que admitem poligamia. No islamismo, por exemplo, a poligamia foi praticada pelo profeta Maomé e também o é por seus seguidores estando regulado até mesmo no Alcorão que admite que um homem tenha, até, 4 esposas, no máximo. Outra religião citada como tendo admitido a poligamia até 1890, era a religião Mórmon. Passando a prática a ser proibida a partir dessa data. Mas a prática continua, como nos testemunha o caso das Twyla Quinton e irmã Aprril Quinton, em Canadá, cujo relato se encontra sobre os crimes sem vítimas, em baixo.

ordenamento porque não existe nenhuma permissão em qualquer outro dispositivo legal. Em virtude da unidade da ordem jurídica. Por isso, uma norma não pode permitir um comportamento e outra condenar. E depois irmos para o plano de culpabilidade e de punibilidade.

No plano interno, cada Estado, no seu ordenamento, tem tipificados factos que considera como sendo crimes, onde podem estar incluídos os bens jurídicos fundamentais que, segundo a ordem de valores da própria sociedade, devem merecer proteção. Assim, em relação a muitos crimes considerados como tais nalguns países, estão, por exemplo, os considerados crimes, tais como a "excisão feminina", o infanticídio, por razões culturais, etc.

A nível da Guiné-Bissau, a Lei n.º 14/2011, de 5 de Julho de 2011, considera como crime qualquer prática de excisão feminina em todo o território nacional, considerando, como dos atos atentatórios aos direitos fundamentais, que são princípios e valores subjacentes ao Estado democrático e de direito, sendo mesmo vetores axiológicos desse Estado de direito democrático e cristalização do princípio da dignidade da pessoa humana, na qual se funda a razão, o limite e o fim do Estado moderno. Isto, sem pôr em causa a liberdade de manifestação cultural e religiosa que integra o catálogo dos direitos fundamentais, para cuja defesa e garantia nasce o Estado.

O legislador mostrou, no seu preâmbulo cujo teor temos estado a conferir, que os direitos fundamentais não autónomos e estanques entre si; têm a sua perfeição no sistema jurídico-constitucional onde estão consignados e porque este sistema tem uma estrutura compromissória, na medida em que prevê inúmeros direitos fundamentais, normalmente opostos, cuja coerência prática cabe ao legislador ordinário estabelecer o ponto ótimo de equilíbrio entre um direito fundamental na sua relação com os demais. É neste

sentido que se incumbe ao Estado, na sua missão de promotor de bem estar dos cidadãos e garante de justiça, adotar medidas legislativas indispensáveis, com vista a sancionar as condutas ofensivas dos padrões de conduta numa vida em sociedade, capazes de pôr em causa a integridade física e moral e a dignidade da pessoa humana.

Com base nesta lei, o Estado da Guiné-Bissau veio cumprir, do ponto de vista legal, aquilo que as convenções e o Direito internacional vem orientando em ordem ao respeito dos direitos humanos, recepcionando, expressamente, nomeadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/NU 1948)⁵⁰⁹, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (UA 1981)⁵¹⁰, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) (ONU/NU 1966)⁵¹¹ e o Protocolo adicional (ONU/NU 1966)⁵¹² [lembrar que o segundo (ONU/NU 1989)⁵¹³ tem uma natureza diferente da do primeiro], e, sobretudo, as disposições da Convenção dos direitos da criança (CDC) (ONU 1989)⁵¹⁴, da Convenção Contra todas as Formas

⁵⁰⁹ V. sobretudo, em matéria de igualdade em dignidade e direitos entre os seres humanos (art.º 1); não podendo haver qualquer distinção em razão de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de qualquer natureza, como origem nacional, ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (art.º 2/1); todos têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art.º 3); proibição de tortura (art.º 5); direitos iguais e liberdade no âmbito de matrimónio e protecção nesse estado (art.º 16), etc. ;

⁵¹⁰ V., sobretudo, em matéria de igualdade perante a lei (art.º 3.º); direito à inviolabilidade física ou moral (art.º 4.º); proibição da violação do respeito à dignidade devida à pessoa humana e a todas as outras formas de violações, da tortura física ou moral, das penas e outros tratamentos cruéis e desumanos; à protecção da família e proibição de todas as formas de discriminação contra a mulher, bem como a protecção dos direitos das crianças, etc.

⁵¹¹ Adotado pela Resolução n.º 2200 - A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas a 16 Dezembro de 1966.

⁵¹² Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de Dezembro de 1966.

⁵¹³ Adotado e Proclamado pela Resolução n.º 44/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 15/12/1989.

⁵¹⁴ Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, assinado a 20 de Novembro de 1989, em Nova Iorque, e em vigor a 2 de Setembro de 1990 ((ONU/NU 1989)-

de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) (ONU/NU 1979)^{515/516} e do Protocolo de Maputo (UA 2003)

Ainda no plano internacional, como forma da luta pela contenção do fenómeno, conta a:

"Quarta e a Quinta Conferências da ONU/NU sobre a saúde da mulher de 1995^{517/518/519}] e 2005, nas quais se exortaram os governos a [...] adotar e aplicar disposições normativas contra os autores de práticas e costumes prejudiciais, incluindo a mutilação genital feminina [...]"⁵²⁰.

A nível europeu, recorda também CRISTINA DE MAGLIE que as mesmas iniciativas tendentes a conter o fenómeno são refletidas nas Recomendações do Conselho de Europa núm. 1371/1998 sobre "maus tratos contra as crianças"; e núm. 1450/2000 relativa à "violência contra as mulheres na Europa", sem esquecer da Resolução núm. 2035/2001 do Parlamento europeu, que pediu os Estados membros para considerarem qualquer forma de mutilação

⁵¹⁵ Texto completo disponível em: <http://bit.ly/CEDAWen> (inglês); ou <http://bit.ly/CEDAWpt> (português). Ou ainda, uma apresentação sumária em: <http://bit.ly/PpDMcdw> ; consultado no dia 6 de jan. de 2021 às 19: 20:00h.

⁵¹⁶ v., também, em: <http://www.plataformamulheres.org.pt> , consultado no dia 6 de jan. 2021, às 19:40h.

⁵¹⁷ V. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 74:

⁵¹⁸ v., também, a Declaração e Plataforma de Acção da Conferência Mundial Sobre a Mulher, de Pequim, em 1995 na apresentação de MARIA LUIZA RIBEIRO VIOTI; disponível em: <https://www.ONU/NUMulheres.org.br> ; consultada no dia 6 de jan. de 2021, às 19: 22:00h.

⁵¹⁹ V. também sobre as mesmas conferências sobre a saúde sexual e reprodutiva da mulher, num artigo publicado na Revista Átemis, vo. XXI jan.-jul. 2016, pp. 116 -130 (Mulheres Direitos: Saúde sexual e reprodutiva a partir das Conferências da ONU/NU (ROSATO 2016); disponível em: <https://www.periodicos.ufpb.br> ; consultado no dia 6 de jan. de 2021, às 19:22:40h.

⁵²⁰ V. CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, cit., p. 74.

genital feminina como crime autónomo, independentemente de qualquer forma de consentimento prestado pela mulher ⁵²¹.

Merece também menção no mesmo sentido a Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de Setembro de 2017, sobre a proposta de decisão do Conselho relativa à celebração, pela União Europeia, da Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o Combate à violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica (COM(2016)0109 – 2016/0062(NLE)), onde foram tomadas várias medidas importantes com vista à aplicação da Convenção de Estambul e demais medidas tendentes à eliminação da violência e qualquer forma de discriminação contra a mulher (UE 2018)⁵²².

Em Portugal, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018 aprova a Estratégia Nacional para a Igualdade e a Não Discriminação⁵²³.

Várias leis são introduzidas nalguns países africanos onde, tradicionalmente, se pratica a mutilação genital feminina. Na Europa⁵²⁴, e fora de Europa, graças ao fluxo migratório, o fenómeno da mutilação genital feminina tem ganhado relevância, têm surgido diversas iniciativas, várias iniciativas com vista a conter os fenómenos correlatos, de modo particular a mutilação genital feminina.

⁵²¹ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p.74.

⁵²² Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de setembro de 2017, Adesão da UE à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica; publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 20 de setembro de 2018.

⁵²³ PORTUGAL, Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018; publicado do Diário Da República n.º 97/2018, Série I de 2018-05-21, pp. 2220 — 2045.

⁵²⁴ V. as decisões a nível das instituições europeus sobre a matéria, conforme já acabadas de referir.

No caso da Itália, onde o assunto da prática da mutilação genital feminina bem como dos crimes culturalmente motivados ganhou contorno de uma realidade nos debates acadêmicos e jurisprudenciais, com reflexos no aspecto normativo, a Lei núm. 7, de 9 de Janeiro de 2006, proíbe, com introdução, através do seu art.º 6º, da Lei n.º 7/2006 de 9 de Janeiro, no art.º 583.º do Código Penal italiano, as «práticas, de mutilação de órgãos genitais femininos», tanto dentro do território italiano como fora (no estrangeiro).

Eis a estrutura do art.º 583⁵²⁵:

"A parte sancionatória está constituída pelos arts. 6 e ss. da lei n.º 9. O art. 6 introduz, no art. 583 n.º 2 do Código Penal, o crime de «práticas de mutilação dos órgãos genitais femininos». No primeiro parágrafo, a norma pune com prisão de quatro a doze anos a conduta de «quem, na ausência de exigências terapêuticas, causar uma mutilação dos órgãos genitais femininos» e especifica os comportamentos com os quais se pode realizar a mutilação genital feminina, falando de «clitoridectomia, excisão, infibulação e qualquer outra prática que cause efeitos do mesmo tipo» e remetendo à classificação das formas da mutilação genital feminina dada pela OMS. O segundo parágrafo prevê a conduta menos grave de «quem, na ausência de exigências terapêuticas, provocar, com o fim de tirar as funções sexuais, lesões aos órgãos genitais femininos distintas das indicadas no primeiro parágrafo derivando disso uma doença no corpo ou na mente», será punido com a prisão de três a sete anos no tipo básico e com a atenuação de até dois terço se a lesão for simples. O terceiro parágrafo prevê a circunstância agravante de um terço para os casos em que a prática de mutilação genital feminina fosse

⁵²⁵ C. DE MAGLIE, Los delitos, p. 75.

cometida sobre um menor ou quando o facto fosse realizado com intenção de lucro. O quarto parágrafo estabelece que «as disposições do presente artigo se aplicam ainda quando o facto for cometido no estrangeiro por cidadão italiano ou por estrangeiro residente em Itália, ou bem em prejuízo de cidadão italiano ou de estrangeiro residente em Itália; em tal caso o agente será punido a pedido do Ministro da Justiça»^{526/527/528}

⁵²⁶ DE MAGLIEL, Los delitos cit., p. 75.

⁵²⁷ A respeito deste normativo do CP italiano, a autora critica a posição italiana contida na lei que entende estar marcada por incongruências dogmáticas por não trazer nada de relevante que não estivesse já no ordenamento jurídico italiano e exasperação da condenação penal que, segundo a autora, não se justificaria; porque a moldura penal prevista para a conduta de clitoridectomia, por não admitir as atenuantes previstos no art.º 29.º do mesmo CP italiano, acaba, o legislador, por enverar por uma via de terrorismo sancionatório. E carência político-criminal fundada na inefetividade e ausência de atenção ao fator cultural.

⁵²⁸ Eis a disposição normativa do CP italiano (Art. 583-bis):

“Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili. (1)

Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. Ai fini del presente articolo, si intendono come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo.

Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre a sette anni.

La pena è diminuita fino a due terzi se la lesione è di lieve entità.

Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia”.

Disponível em:

<https://www.altalex.com/documents/codice-penalealtalex/2024/10/30codice-penale>. Consultado a 14/09/19, 14:31H

Em português [tradução livre e não literal]:

“Práticas de mutilação dos órgãos genitais femininos. (1)

1. Quem, na ausência de necessidades terapêuticas, cause uma mutilação dos órgãos genitais femininos é punida com prisão de quatro a doze anos. Para os fins deste artigo, clitoridectomia, excisão e infibulação e qualquer outra prática que cause efeitos do mesmo tipo, são entendidas como práticas de mutilação dos órgãos genitais femininos.

A prostituição, por exemplo, cuja proibição remete as mulheres praticantes à clandestinidade com graves consequências de perigo do ponto de vista da segurança para a saúde pública, por as praticantes não poderem ter acesso ao acompanhamento das autoridades e serviços de assistência social, bem como à assistência sanitária por fugir de sofrerem represália de várias ordens, desde a estigma social até a perseguição criminal, sem contar com sentimento de vergonha pública (por passarem a ser classificadas socialmente como mulheres de má-vida). Entre tantos outros casos que se inclui nos crimes culturalmente motivados.

A maioria das incriminações nos crimes dessa natureza, tem, pois, como consequência, crimes secundários normalmente piores de que os crimes visados evitar ou conter com a incriminação. Em todos esses exemplos citados, nunca se deu conta da contenção ou eliminação. Porque fica difícil lutar contra o que funciona subterraneamente.

Os exemplos são numerosos. A incriminação da excisão clitoridiana designada de excisão feminina, não eliminou a prática em grande maioria dos casos tendo, pelo contrário, gerado mais casos com contornos mais lamentáveis.

A incriminação da prática da excisão é uma questão antiga tendo sido considerada fenómeno cruel a combater. Em vários países africanos, tem surgido leis proibitivas dessa prática, segundo, até, as

2. *Quem, na ausência de necessidades terapêuticas, e a fim de prejudicar as funções sexuais, cause lesões nos órgãos genitais femininos, além daquelas indicadas no primeiro parágrafo, que resultem em uma doença no corpo ou na mente, é punido com prisão de três a sete anos.*

3. *A pena aplicável é reduzida para dois terços se a lesão for leve.*

4. *As disposições deste artigo também se aplicam quando o facto é cometido no exterior por um cidadão italiano ou estrangeiro residente na Itália ou em prejuízo de um cidadão italiano ou estrangeiro residente na Itália. Nesse caso, a iniciativa do procedimento criminal compete ao Ministro da Justiça.”*

organizações e movimentos feministas que há quase trinta anos têm se dedicado à luta para a erradicação da prática. Vozes autorizadas e as organizações da defesa dos direitos humanos a nível planetário têm lutado sem medida para a extirpação da “ablação dos genitais femininos”, termo considerado neutro do ponto de vista valorativo, ou “circuncisão feminina”, conceito mais específico, ou “mutilação genital feminina”, termo mais cru, carregado de significados negativos, que pretende evocar cenários de violência e de tortura. As caracterizações são de CRISTINA DE MAGLIE, entre outros, que, ao referir a escolha deste último termo pela OMS⁵²⁹, disse que:

⁵²⁹ Eis a classificação das mutilações genitais femininas segundo OMS — [A versão Original da declaração conjunta entre ACNUDH (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos), ONUCIDA (Programa Conjunto das Nações Unidas para VIH /SIDA), PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), UNECA (Subsecretário Geral e Secretário Executivo da Comissão Económica para África), UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), UNFPA (Funda das Nações Unidas para a População), ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados), UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), UNIFEM (Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher) e OMS (Organização Mundial da Saúde) foi publicada pela Organização Mundial da Saúde através de: publicações da OMS (Organização Mundial da Saúde), pode ser encontrado no seguinte endereço: 20 Avenue Appia, 1211 Genebra 27, Suíça (tel: +41-22-791-3264; fax: +41-22-791-4857; e-mail: bookorder@who.int); ou, para a distribuição não comercial, no endereço no mesmo endereço e fax +41-22-791-4606; e-mail: permissions@who.int. E tem o seguinte texto disponível em: <https://www.refworld.org> docid, consultado a 23.09.2019]:

“Classification

Type I: Partial or total removal of the clitoris and/or the prepuce (clitoridectomy).

Type II: Partial or total removal of the clitoris and the labia minora, with or without excision of the labia majora (excision).

Type III: Narrowing of the vaginal orifice with creation of a covering seal by cutting and appositioning the labia minora and/or the labia majora, with or without excision of the clitoris (infibulation).

Type IV: All other harmful procedures to the female genitalia for no-medical purposes, for example: pricking, piercing, incising, scraping and cauterization”

Em Português (versão traduzida, mais tarde, em 2009, e disponível em: [https://www.refworld.org/pdfid/...](https://www.refworld.org/pdfid/), consultado a 23.09.2019, às 22:00H.

“Classificação:

Tipo I: Remoção parcial ou total do clítoris e / ou do prepúcio (clitoridectomia).

[Esta classificação[“[...] enquadra, na categoria da mutilação genital feminina, todos os procedimentos que envolvem a remoção total ou parcial dos órgãos genitais femininos externos, e ainda qualquer outra lesão produzida a esses órgãos por motivos culturais, religiosos ou, em qualquer caso, não terapêuticos”.

1.1 Crimes culturalmente motivados e problema da responsabilização no âmbito dos chamados crimes sem vítimas e o problema de aferição da eficácia das normas criminalizadoras desses factos

Este tipo de crimes constitui exceção ao princípio de dano. Mas há casos em que os mesmos existem na modalidade de crimes culturalmente motivados.

Discute-se, na doutrina, se vale a pena penalizar os fatos que constituem os chamados crimes sem vítima uma vez que este tipo de crimes comporta matizes culturais em certos contextos e que, às vezes por estarem bastante enraizadas em determinados contextos, constituem verdadeiros crimes culturalmente motivados sendo, por isso, de serem considerados no âmbito da análise da matéria complexa do mundo do Direito, e sobretudo do Direito Penal. E põe-

Tipo II: Remoção parcial ou total do clítoris e dos pequenos lábios, com ou sem excisão dos grandes lábios (excisão).

Tipo III: Estreitamento do orifício vaginal através da criação de uma membrana selante, pelo corte e aposição dos pequenos lábios e / ou dos grandes lábios, com ou sem excisão do clítoris (infibulação).

Tipo IV: Todas as outras intervenções nefastas sobre os órgãos genitais femininos por razões não médicas, por exemplo: punção / picar, perfuração, incisão / corte, escarificação e cauterização”.

Para CRISTINA DE MAGLIE, este tipo IV abarca:

“perfuração ou incisão do clítoris e/ou lábios, alongamento/alargamento de clítoris e/ou dos lábios; cauterização, mediante queimadura, do clítoris e dos tecidos circundantes; raspadura dos tecidos ao redor dos orifício vaginal (conhecido como «angurya») ou incisão da vagina («gisbiri»); introdução de substâncias corrosivas na vagina para provocar o seu sangramento ou de ervas com o ponto de estreitá-la ou fechá-la; qualquer outra prática que entre na definição dada de “mutilação genital feminina”.

se, neste âmbito, a questão de saber até que ponto tais condutas devem ser criminalizadas ou continuar a ser criminalizadas.

Com efeito⁵³⁰, neste tipo de crimes, nalguns casos, (i) o autor é a própria vítima como acontece no crime de “traficante consumidor” por um lado; e por outro, (ii) quando é possível individualizar o autor, isto é, quando é possível dissociar o autor da vítima como no crime de venda de bebidas alcoólicas a embriagado (art.º283.º, CP/P), não existe coação ou violência sobre a dita vítima: esta e o autor não se encontram em conflito — o que é a regra — mas numa relação de solidariedade contra a sociedade e não que a vítima procura uma solidariedade da ordem contra o delinquente, como é na estrutura habitual dos crimes. Por outro lado, ainda (iii) o que acontece frequentemente nos crimes sem vítima é o aparecimento em grande escala de crimes secundários; devido às atividades destinadas à satisfação de necessidades, fazendo aparecer mercados ilícitos virados para o fornecimento de produtos e o conseqüente crescimento do crime organizado. O exemplo típico disso foi o caso da “lei seca” nos EUA dos anos 30 e é o que se passa hoje em dia com o tráfico de estupefacientes.

Os factos culturalmente motivados podem ter sua base de compreensão no fundamento da teoria dos crimes sem vítimas? Fará sentido tipificar resultados dos factos culturalmente motivados quando, nalguns casos, configuram esses factos os chamados crimes sem vítimas? Perante a situação dos crimes ou factos sem vítimas em que a atuação baseada no erro culturalmente condicionado, deve o Direito penal ter intervenção, num Estado do Direito Democrático?

⁵³⁰ E neste sentido também está TAIPA DE CARVALHO, na arguição da Dissertação de Mestrado “O Conflito de Deveres em Direito Penal Médico” do licenciado DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES in Direito e Justiça, Lisboa: Universidade Católica, 1980, Vol. 18, T. 2 (2004), p. 215 – 240. (T. D. CARVALHO 1980); (CARVALHOD (1983) 1985); também AUGUSTO SILVA DIAS, Apontamentos do Direito penal, Lisboa. FDL, 1992/1993, p. 24.

Parece-nos não estar em causa apenas a questão dos chamados crimes sem vítimas. Também valem as considerações referentes à natureza dos mesmos crimes noutras circunstâncias. As razões que suscitam debates e questionamentos sobre a punibilidade nos crimes dessa natureza, têm validade nos crimes culturalmente motivados. Por isso, não nos parece de especial necessidade de grandes considerações em relação à matéria, relativamente aos chamados crimes culturalmente motivados em particular.

Mas seja como for, e já que se procura fundamento heurístico de análise sobre o direito penal num contexto multicultural, não é despiciendo tomar em conta as constelações dos factos que ficam sob os crimes sem vítimas na abordagem, com vista ao questionamento, a busca de uma elucidação da situação das condutas referentes a este tipo de crimes, mas que entram nos factos culturalmente motivados.

O fundamento dos chamados crimes sem vítimas reside no facto de, nalguns casos, não se apresentar nitidamente a situação daquele que, presumivelmente, é considerado como sendo vítima — como verdadeira vítima, como já acabámos de nos referir. Isto devido à mistura na mesma pessoa das qualidades da vítima e do autor. E mesmo havendo a vítima dissociado da qualidade do autor, como é o caso de venda de bebida alcoólica aos embriagados, não há coação em relação a este na prática do facto em que o indivíduo aparece como vítima. Não há coação em relação à vítima em causa, ao contrário do que acontece com os chamados crimes com vítimas, onde há coação; aliás característica ínsita aos crimes em geral.

É por isso que uma importante corrente doutrinária defende a tese da não criminalização nestes casos, ou a descriminalização nos crimes desta natureza. Com o efeito, entendem alguns autores que o

sistema não pode legitimar a proibição de condutas que só ofendem o autor ou autores do comportamento^{531/532/533}.

Nesta constelação, pode se pôr problema de saber o valor prático da punibilidade numa circunstância dessas. Por isso, alguns entendem que a sua criminalização deve ser afastada ou, pelo menos, restringida^{534/535}.

Também, em relação aos crimes sem vítimas, podem surgir, como consequência, crimes secundários em razão da punibilidade de determinadas condutas para se evitar determinados factos relacionados com tais condutas. O exemplo já referido em que, em 1918, foi aprovada a 18.^a emenda à Constituição⁵³⁶, possibilitando que no ano seguinte fosse instituído o Volstead Act., que tornou ilícita a fabricação, armazenagem, distribuição, importação, exportação, comércio e consumo de álcool nos Estados Unidos. As consequências gravosas não se fizeram esperar a nível social. Sobretudo no domínio da segurança pública: as organizações criminosas enriqueceram-se abundantemente da ilicitude do álcool; devido à procura de uma sociedade que continuou ávida do consumo de bebidas alcoólicas; mesmo em face da proibição⁵³⁷.

Há comportamentos que, apesar de não serem toleráveis do ponto de vista da lei, não conseguem ser evitados conforme é desejado pelo legislador. Por isso, às vezes é necessário ter em conta a face inversa da moeda, ou seja, é necessário ter em conta as

⁵³¹ Cfr. FRASE, «Victimless Crime», em Enc. Crime § Just, Vol. 4, 2002, p. 1626.

⁵³² Ibid.

⁵³³ Também CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos..., cit., p. 204 e ss. Principalmente p. 204-205.

⁵³⁴ MORRIS/HAWKINS, The Honest, p. 6.

⁵³⁵ Também sobre o mesmo autor e assuntos relacionados, ver, MORRIS/HAWKINS, "The Overreach of the Criminal Law" 2007.

⁵³⁶ Volstead Act, conhecido por Lei Seca e que proibiu a fabricação, armazenagem, distribuição, importação, exportação, comércio e consumo de álcool nos Estados Unidos.

⁵³⁷ EDUARDO ROMUALDO NASCIMENTO, Perigo Abstrato, p. 98.

consequências colaterais da proibição. Basta atentarmos, por exemplo que, a proibição, dos factos culturalmente motivados relacionados com os chamados crimes sem vítimas, como é o caso, v.g., da excisão clitoridiana, traz, consigo, como consequência, a ocorrência dos mesmos factos na “calada da noite”, com consequências mais graves uma vez que se transforma em práticas que ocorrem na penumbra, fora do “olhar público”. Ou seja, passam as práticas a serem realizadas às escondidas, com contornos, na maioria das vezes mais drásticos; na medida em que escapam já ao controlo dos serviços da saúde pública e da própria comunidade que pode contribuir no controlo dos efeitos mais negativos das mesmas práticas.

Na Guiné-Bissau, com o surgimento da Lei n.º 14/2011 que veio prevenir e combater a excisão feminina, comumente chamada de fanado de mulheres no país, a situação não parece ser controlável: há relatos de que o mesmo ritual tem sido realizado com maior frequência e às escondidas, pelas fanatecas que, agora sem o controlo da prática pelas autoridades públicas, têm, como monopólio, o mercado do fanado de mulheres para se enriquecerem em detrimento de às vezes péssimas condições da realização da prática.

Por tudo dito até aqui, autores como DE MAGLIE⁵³⁸, constituem uma importante corrente doutrinária advogam pela despenalização destes crimes, afirmando que a sua incriminação contrasta com os princípios de ofensividade e da última ratio.

Apesar de a autora indicar, como o papel de juiz na situação, a tarefa de mediação de conflitos numa sociedade multicultural da qual podem resultar e aumentar-se crimes resultantes da natureza estrutural dessa sociedade e que podem ser crimes dessa natureza (de crimes sem vítimas), os factos mostram que há fortes razões de

⁵³⁸ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 204-205.

política criminal para a não concordância com a irracionalidade da sua criminalização. Isto é, a sua criminalização não é racional. E esta irracionalidade é demonstrada pelo facto de, nos crimes sem vítimas (*vitimless crimes*) muitas das vezes é a polícia que unicamente se lamenta da comissão desse tipo de crime.

As investigações criminológicas demonstraram uma certa perplexidade e paradoxo na criminalização de tais situações, por seguintes razões óbvias:

- a) *Em primeiro lugar, porque os chamados sujeitos passivos ou vítimas destes tipos de crimes não se consideram vítimas e, conseqüentemente, não têm nenhuma intenção de apresentar qualquer denúncia perante a autoridade sobre os factos, porque em tal caso, não há lógica na solução da mesma situação, uma vez que — sendo partes interessadas na realização do crime — tais vítimas poderiam ser, elas mesmas, alvos de perseguição criminal; isto é, poderiam ser responsabilizados criminalmente pelos factos ocorridos e que, a partida, eram do seu interesse, em primeiro lugar;*
- b) *Em segundo lugar, muitos dos crimes sem vítimas recaem sobre bens e serviços que são objeto de uma grande procura, como, por exemplo, o caso dos estupefacientes. A sanção penal tenta por isso limitar a distribuição, mas muitas das vezes não consegue controlar a procura. Pelo contrário depara-se com situações de grande (ou aumento) de procura no mercado tornando a sua tarefa inócua, podendo se criar monopólio para os profissionais do comércio desse produto⁵³⁹. A tarefa de combate e tentativas de limitação tornam-se, assim, contraproducentes. Pelo contrário pode tornar-se num instrumento do desenvolvimento de uma criminalidade*

⁵³⁹ SCHUR, Crimes, p. 169.

*organizada e cada vez mais sofisticada e diversificada, penetrando em diversos sectores da delinquência*⁵⁴⁰. Tudo isso, sem contar com o facto de que os crimes sem vítimas têm, no seu contorno e na sua natureza estrutural, menos gravidade do que os crimes com vítimas.

O ato de proibição tem conduzido (e sempre conduz) ao efeito negativo mais grave do que o efeito proibido ou visado evitar ou reduzir com a proibição em causa,. A história da humanidade tem mostrado isso e foi exemplificado com a famosa “teoria do fruto proibido” do Jardim de Edem, apresentada na alegoria da Queda Original narrada nos Capítulos II e III do Génesis, como raiz de todo o mal desgraça do Homem. O exemplo do *Volstead Act*. (lei seca, ou proibição feita, nos Estados Unidos relativamente ao álcool), ilustra melhor o natural efeito do funcionamento da teoria do fruto proibido por, o resultado inverso ter sido pior dando razão aos autores que criticam a criminalização nos casos chamados de crimes sem vítimas, porque «o comportamento proibido, ou causa uma ofensa pessoal ou social menos grave ou que se verifica menos frequentemente [...]»⁵⁴¹; mas em razão da proibição, a sociedade teve, como consequência, o maior prejuízo tendo passado a arcar-se com a subida dos efeitos negativos para a saúde, em resultado do consumo de drogas impuras ou da inesperada potência. Como conclusão, o Estado deveria investir os recursos noutras áreas de crime, inclusive mais graves e, quiçá, de mais fácil investigação⁵⁴² de que investir em combate às práticas que, por um, lado sai contraproducente, e, por outro lado, não parece ser de maior preocupação, em maioria dos casos, tendo em conta a natureza dos crimes deste tipo.

⁵⁴⁰ FRASE, *Vitimes Crime*, 1627.

⁵⁴¹ E CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, p.206.

⁵⁴² FASE, *ibid.*

Por isso, e derradeiramente, impõe-se dizer que problema da ineficácia das medidas criminais de combate aos chamados crimes sem vítimas coloca-nos perante a questão de analisar a vale as razões político-criminais de tipificar as condutas conducentes aos factos cuja criminalização constituem os chamados crimes sem vítimas, partindo do ponto de vista dos critérios de aferição da validade das leis penais.

A eficácia das normas penais afere-se de seguintes modos:

Primeiro é saber se uma lei tem aplicação efetiva. Porque não tendo aplicação, é porque não é necessária a sua existência. Isto porque não é violada. No caso de crime de jogos de azar que pertence a esfera dos *victimless crimes* nalguns países, por exemplo na Itália, constata-se que a sua violação é frequente naquele contexto, apesar da aplicação das condenações resultantes dos tribunais sobre os mesmos crimes. E que, mesmo com aumentos da penalização, esse aumento da moldura penal não evita o seu cometimento.

Aqui entramos noutra vertente dos critérios da aferição da eficácia da norma penal e que é a de saber se a aplicação de uma norma penal consegue evitar que os crimes que visa combater continuem a acontecer e em crescendo. Sendo que, se a sua violação apresenta elevada percentagem de cifras revelando-se, assim, que é ineficaz para orientar comportamento social, é porque não valia a pena a sua existência. É o que aconteceu com a aplicação do art.º 718 do Código Penal Italiano que proibiu os jogos de azar⁵⁴³ e que foi exemplificado por C. DE MAGLIE⁵⁴⁴ E que é o seguinte:

Neste caso, trata-se da situação de alguns imigrantes chineses pertencentes ao grupo étnico *han*, que foram surpreendidos em

⁵⁴³ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 206.

⁵⁴⁴ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 204..

Milão, no monumento ao Paolo *Sarpi*, enquanto se encontravam a divertir-se num jogo de azar. E foram acusados de cometerem crime previsto e punível nos termos dos artigos 718.º – 719.º, ambos do Código Penal Italiano.

O terceiro e último modo de aferição da eficácia de uma norma penal tem a ver com a relação entre a aplicação sistemática da norma e a violação sistemática dessa mesma norma⁵⁴⁵. Quando isso acontece, é porque a norma em causa carece de eficácia e, conseqüentemente, não consegue orientar o comportamento social. É o que acontece, igualmente com a norma proibitiva dos jogos de azar italiana que, apesar de haver aplicação constante da mesma, a violação também se verificou sistematicamente. Ou seja:

- a) Uma lei que nunca é aplicada, significa que nunca é violada;*
- b) ou que a sua violação apresenta elevada percentagem de cifras negras revelando-se assim ineficaz para orientar comportamento social;*
- c) Uma lei penal que é sistematicamente aplicada porque é sistematicamente violada, é igualmente imprestável porque pune comportamentos socialmente sentidos como justos, e é, pois, geradora de conflitos.*

Em todos estes casos, entende a doutrina que a lei penal provoca mais prejuízo do que benefício e a criminalização é desnecessária por ser uma solução aparente. Por isso, para que a lei não pegue, seja por defeito, seja por excesso, mas consiga manter as taxas de infração dentro de limites histórica e socialmente razoáveis, é necessário ter em conta esta análise.

⁵⁴⁵ AUGUSTO SILVA DIAS, Apontamentos, p. 22.

Quando a norma penal não consegue cumprir com o seu papel de evitar que os comportamentos negativos que a sua criação visou evitar, podemos, por outro prisma, estar perante uma outra questão e que tem a ver com a oportunidade dessa mesma norma que, ao fim e ao cabo, tem efeito até prejudicial para a sociedade que se esforçou em criá-la, mas que, em contrapartida, não conseguiu servir, ou, pelo contrário, apresenta-se neutra, não produzindo efeito desejado.

O prejuízo tem a ver com o (perigo do) encorajamento das práticas que seriam evitáveis, mas o que não aconteceu com essa criação da norma em causa; ou que veio a dar origem ao desvio da forma da sua verificação que, como se viu no caso da lei seca americana, fez surgir efeito secundário pior do que seria se não tivesse havido a proibição da fabricação, distribuição, importação, exportação, armazenagem, comercialização e consumo do álcool.

O certo é que, quando a norma penal não consegue evitar comportamentos indesejados, (não importando se foi contraproducente ou não)⁵⁴⁶ é porque padece de ineficácia.

E a questão da oportunidade estará em cena na medida em que estamos perante a avaliação da vantagem ou desvantagem de uma norma desse tipo. Ou seja, de uma intervenção penal naquele caso em concreto.

Como conclusão, o Estado deveria investir os recursos noutras áreas de crime, inclusive mais graves e, quiçá, de mais fácil investigação⁵⁴⁷ de que investir em combate às práticas que, por um, lado sai contraproducente, e, por outro lado, não parece ser de maior preocupação, em maioria dos casos, tendo em conta a natureza dos crimes deste tipo.

⁵⁴⁶ KADISH, *The Crises*, p. 48.

⁵⁴⁷ FASE, *ibid.*

1.2 Crimes culturalmente motivados face ao princípio da oportunidade de intervenção penal nos crimes sem vítimas

I

A oportunidade da intervenção é analisada sob dois prismas: há que se colocar a oportunidade da intervenção penal sob prisma negativo e positivo.

A apreciação da necessidade da pena ou da intervenção penal é feita em termos negativos, por exclusão das partes e progredindo nos meios de controlo social à disposição, com ou sem natureza jurídica, por ordem crescente de gravosidade. Se um meio mais suave se revela na prática como adequado, então a busca de uma resposta social à infração deve ficar por aí.

A intervenção é inoportuna, desde logo, se for desnecessária por existir outros instrumentos de controlo social que garantam as exigências de repressão e prevenção do comportamento de forma mais adequada e menos gravosa para os eventuais infratores. Por outro lado, a intervenção será igualmente inoportuna se o teste da necessidade se revelar ineficaz. Ou seja, quando não existirem mecanismos de controlo alternativos ao Direito Penal, a punição se revela, inadequada por provocar consequências mais negativas do que positivas. Neste caso, quando a análise dos custos e benefícios da intervenção penal não der resultado positiva; ou se através dela se rejeita em princípio o recurso à chamada legislação penal simbólica, isto é, a leis penais criadas com intuítos políticos tranquilizadores da opinião pública, obedecendo muitas das vezes a simples discurso de "lei da ordem", a expectativa de aplicação é nula ou esporádica e marginal. Neste caso, segundo SILVA DIAS, não se consegue mais do que criar "podes expiatórios".

Semelhante à questão de jogos de azar está a questão, também polêmica e da área dos crimes sem vítimas culturalmente motivados e que é a poligamia⁵⁴⁸, e que foi punido por legislações de alguns países onde se encontra o Código Penal Italiano (art.º 556.º), o Código Penal brasileiro (art.º 235.º) e o nosso Código penal de 1886 que, além de bigamia, punia também o adultério.

O adultério que era considerado “crime contra a honestidade” na vigência do Código Penal de 1886 e punido art.º 401.º, disposição essa que veio a merecer uma revogação parcial pelo art.º 61.º do Dec. De 3/11/1990 (Lei do Divórcio). Hoje é apenas um fundamento da ação de divórcio com eficácia jurídico-privada.

Foi também dos jogos de azar punidos pelo art.º 265.º do mesmo Código Penal de 1886. A punição destas condutas tinha como fundamento de que, gerando a ilusão de ganho fácil desligado de uma atividade produtiva (basta atentar na ligação que o art.º 264.º estabelecia entre jogador e vadio), jogos de azar promovia uma transferência da riqueza de um modo socialmente deseducativo⁵⁴⁹. Também, no mesmo sentido, AUGUSTO SILVA DIAS⁵⁵⁰.

O Código Penal brasileiro de 1940 pune a poligamia e o adultério, respetivamente nos seus artigos 235.º e 240, como crimes contra a família.

A criminalização destes comportamentos representava, entre nós, carga de dogmatismo moral e de que o Direito penal tem se tentado afastar modernamente. Assim como crimes de pornografia, a prostituição definida no Código de 1886 (art.º 71.º) como estado “para-penal” que era objeto de aplicação de medidas de segurança

⁵⁴⁸ CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos*, p. 206.

⁵⁴⁹ TULLIO PADOVANI, *Diritto Penale*, p. 98 e ss.; também, AUGUSTO SILVA DIAS, *Apontamentos*, p. 23.

⁵⁵⁰ AUGUSTO SILVA DIAS, *Apontamentos do Direito Penal cit.* p.

(pré-delituais): falava-se, nesse preceito, dos “rufiões que viviam às expensas de prostitutas”, das “que são causas de escândalo público ou desobedecem continuamente às prescrições policiais”.

Da bigamia falava-se no mesmo CP de 1886 como crime contra o estado civil das pessoas, porque a bigamia não abrange pessoas que vivem em união de facto (que também é um estado conjugal) mas pelo contrário constitui a alteração de um estado civil que goza de uma certa fé pública. Questiona-se⁵⁵¹ se a validade do estado civil constitui um bem jurídico merecedor de tutela penal. E de facto não parece constituir.

São casos da desnecessidade ou ineficácia da pena. Apesar de as condutas em causa (por exemplo pornografia, adultério, etc.) serem socialmente indesejados, não se revelam, no entanto, merecedoras da pena; porque esta é comprovadamente desnecessária ou ineficaz. Trata-se apenas da necessidade da libertação do Direito Penal de um certo dogmatismo moral. O que vem acontecendo com movimentos de descriminalização de condutas que em nada têm a ver com os valores considerados como merecedores de maior censura social para merecer uma pena criada pela sociedade para o efeito de evitar que continuem a acontecer; ou seja, medidas para orientar as condutas sociais como deve ser.

A doutrina favorável a despenalização da poligamia considera-a como

“[...] exemplo interessante da estigmatização legal e castigo de condutas que (como normalmente acontece com a maioria dos casos) ocorrem quando as partes são conscientes do matrimónio precedente, não tendo, tais

⁵⁵¹ AUGUSTO SILVA DIAS, Apontamentos, p. 24.

condutas, capacidade de ofender a ninguém; apesar de violarem códigos religiosos e morais”⁵⁵².

É de reconhecer que uma parte importante da doutrina defende a penalização da poligamia por entender que se trata da tutela de facto de unicidade do vínculo jurídico que se cria com o primeiro matrimónio; que, até a prova em contrário, está hoje na base da formação do tipo de famílias das nossas sociedades⁵⁵³. Esta posição é entendida por CRISTINA DE MAGLIE como tendo validade apenas jurídico-formal; uma vez que tem correspondência com a ideia da família que surge do Código Civil e da família moldada pela religião católica

Mas confrontada com a realidade social que nos rodeia, na qual as cifras de divórcios e as convivências de facto, parecem desmentir, em termos factuais, a ideia deste tipo de família moldada, ou prevista, no Código Civil, e a ideia da família imposta pela religião católica. São os factos que demonstram esta realidade, embora discutível numa sociedade multicultural como a italiana que, segundo CRISTINA DE MAGLIE⁵⁵⁴, os contrastes e as desigualdades que a existência do crime da poligamia traz consigo são evidentes⁵⁵⁵.

A tese da invalidade e desnecessidade da tutela penal é reforçada pelo facto de o casamento poligâmico ser juridicamente inexistente na ordem jurídica que, como o nosso [guineense], não lhe reconhece validade⁵⁵⁶. Ao contrário dalguns ordenamentos jurídicos da nossa sub-região, de cariz islâmico, como é, por exemplo, no

⁵⁵² Cfr. Também FEINBERG, HAR to Self. The Moral Limits of the Criminal Law, 1986, pp. 265 e ss.

⁵⁵³ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 127.ob. Cit., p. 217, citando, ROMANO.

⁵⁵⁴ CRISTINA DE MABGLIE, Los delitos cit., p.127.

⁵⁵⁵ Ibid.

⁵⁵⁶ Mesmo que seja realizada fora do território nacional, constitui, como é sabido, fraude à lei e, por conseguinte, inválido o casamento polígamo.

Senegal e no Mali. Há estudos que referem que há cerca de 50 países que admitem a poligamia no mundo. Não cabe aqui a bordagem e a amostra estatística dos dados sobre a poligamia, e as suas modalidades.

DE MAGLIE ⁵⁵⁷ argumenta baseando-se na doutrina especializada de que a poligamia é uma prática cultural vigente, entre outros, em diversos grupos étnicos com religião muçulmana; pelo que, a posição contrária ao facto nos sistemas ocidentais é fortemente criticada por uma série de razões que ela sintetizou em três seguintes:

"Em primeiro lugar, a lei e a opinião dos países ocidentais que criminalizam a poligamia admitiriam a convivência de facto, que duraria por tempo ilimitado, e que é independente da existência de um matrimónio. Por outro lado, se observa [...] não haveria diferenças substanciais entre matrimónio e convivência de facto, visto que todos os ordenamentos tendem cada vez mais a tutelar esta última no plano jurídico e a equipará-la, quanto a direitos e deveres, ao matrimónio".

Com isso, concorda com PAREKH ⁵⁵⁸ que "as sociedades ocidentais praticam, de facto, a poligamia".

Em segundo lugar, é necessário ter em conta que um homem casado poderia, sem qualquer problema, ter uma amante. E quanto a amante e a mulher deve ser dada diferença entre as duas, mas estas não devem ser exageradas. Em ambos os casos, segundo a autora

"[...] a relação é ampla, não é ocasional, nem subordinada a pagamentos de dinheiro, como [acontece] com

⁵⁵⁷ CRISTINA DE MAGLIE, ob. Cit. Ibid.

⁵⁵⁸ BHINKHU PAREKH Rethinking, p. 283

*as prostitutas; tem envolvimento emocional, produz obrigações recíprocas e não pode ser interrompida facilmente*⁵⁵⁹”.

Alem disso,

“[...] a lei, nos sistemas ocidentais, não prevê sanção contra a relação entre o homem casado e a sua amante: `ele pode dar-lhe, em legado, bens; ela não perde seus direitos e sua responsabilidade social; sem contar [...] que [...] a lei concede divórcios facilmente (a contar com elevadas cifras de matrimónios fracassados, estimando-se que `um terço` dos homens e das mulheres se casa pelo menos duas vezes na vida)”.⁵⁶⁰”

Além do mais, e para terminar, os divórcios se verificam, no Ocidente, em virtude de uma nova relação, e durante um certo lapso de tempo “as duas situações afetivas coexistem”⁵⁶¹. A conclusão é de que, apesar das leis (penais e morais), a poligamia existe de facto também nas sociedades ocidentais. E, segundo PAREKH,

*“estas contradições, que os conflitos culturais tornam mais evidentes e embaraçosas, violam claramente o princípio da igualdade de gênero entre os grupos étnicos que compõem a sociedade, uma igualdade que não é só uma afirmação teórica de Ocidente, mas também um valor «racional e universal» que tem que ser tutelado também neste campo”*⁵⁶².

No caso da Guiné-Bissau, apesar de existir uma importante comunidade islâmica no país, e que acolhe, normalmente, a

⁵⁵⁹ Ibid.

⁵⁶⁰ PAREKH, Rethinking, ob. Cit. 284; id. CRISTINA DE MAGLIE, ob. Cit., p. 208.

⁵⁶¹ Ibid.

⁵⁶² ibid.

poligamia, a maioria das etnias guineenses, também aceita, e com naturalidade, a poligamia de forma normal [tolerada ou, nalguns casos, como facto conforme aos valores e às normas culturais, mais normal, ou factos culturalmente obrigatórios], com a exceção da etnia djola que é considerada como uma etnia monogâmica.

Mas esta monogamia é típica da própria origem étnica e não dos indivíduos dessa etnia. Quem vive conforme a tradição djola, mergulhado nos usos e costumes djola [tal como funciona a realidade djola], vive, normalmente, uma vida monogâmica. A maioria dos grupos étnicos, como já disse, pratica a poligamia ou, pelo menos, a tolera.

No que respeita ao reconhecimento das uniões de facto e, mesmo, à sua equiparação com o matrimónio, a Lei n. 3/76⁵⁶³, de 3 de Maio de 1976, equipara as uniões de facto reconhecidas judicialmente, ao casamento. Entendendo a união de facto como sendo situação de

"(...) comunhão plena de vida entre um homem e uma mulher com capacidade legal para contrair matrimónio", que carece de proteção legal.

Considera o legislador no preâmbulo à referida lei que tal situação de falta de proteção legal

"[...] tem conduzido, em inúmeros casos, a situações desastrosas, não só para aqueles que, por ato voluntário, optaram por uma vida em comum, como para os filhos nascidos na constância dessas uniões."

E continua o mesmo preâmbulo expressando que

⁵⁶³ publicada no 1.º Suplemento ao BO n.º 18, de 4 de Maio de 1976.

"Inúmeros são os casos em que um homem e uma mulher, vivendo em comum, perdem todos os direitos ou veem desprotegidos os legítimos interesses morais ou patrimoniais adquiridos, pelo simples facto de a lei não reconhecer dignidade a essa situação. Por isso há "[...] necessidade de proteger, com texto legal, os casamentos não formalizados, atribuindo os direitos e deveres próprios de marido e mulher àqueles que voluntariamente decidiram unir-se e fazer uma vida em comum".

Os artigos 1.º e 3.º dessa mesma Lei vieram reconhecer direitos iguais aos reconhecidos ao matrimónio legal (n.º 2), e com efeitos retroativos à data da união (art.º 3.º).

Se em relação à situação de igualdade entre os filhos — que foi tratado na Lei n.º 4/76⁵⁶⁴, de 3 de Maio de 1976 —, o tratamento deve ser de paridade, já em relação ao matrimónio e a união de facto, situação é discutível do ponto de vista de igualdade de tratamento; sobretudo se atentarmos que as uniões de facto não têm carácter de estabilidade e garantia social que o matrimónio tem. Visto que, em muitos dos casos, as uniões de facto são equiparadas factualmente ao casamento segundo usos e costumes que gozam de um estatuto diferente, e devendo gozar, também, de tratamento diferente porque é uma modalidade de casamento social e tradicionalmente reconhecido e garantido de formalismo próprio que lhe imprime carácter de matrimónio do ponto de vista sociológico. Não sendo casos de alguns casamentos de união de facto dados cunho de «casamentos segundo usos e costumes» que quase em nada se lhe assemelham. Digo quase porque a única semelhança tem a ver com o facto de haver “união de cama e teto” entre um homem e uma mulher.

⁵⁶⁴ Publicada no mesmo 1.º suplemento ao BO n.º 18 de 4 de Maio de 1976.

Entendem alguns estudiosos do assunto (poligamia) como TOM DICKSON⁵⁶⁵, relativamente à etnia mórmon, falando da situação do Canadá, de que o que torna a poligamia ilegal ou crime, tal como é praticada pelos mórmons, é a existência de uma cerimónia em que esse pacto de vida se faz público.

Caso de irmãs Twyla Quinton e April Quinto em que a primeira, que tinha contraído matrimónio com um homem cinco anos mais velho de que ela, quando ela tinha 16 anos, em 1997. Mas que dois anos depois, e já do seu primeiro filho, pediu a Winston Blackmore, líder da comunidade, que permitisse que seu marido e ela ampliassem a família com uma nova esposa e que, no caso, era April, meia-irmã mais nova de Quinton, filha de uma mãe diferente e do mesmo pai. O casamento em causa é crime de poligamia, nos termos do art.º 293.º do Código Penal canadense.

II

O art.º 293.º do Código Penal canadense proíbe a prática de poligamia. Mas não deixa de existir casos de poligamia, como é o que nos apresenta este caso relatado por M.E. TORRES e que se refere a situação de duas canadenses Twyla Quinton e April Quinton, sua meia-irmã, e que vamos narrar aqui tal como aconteceu, por interessar a história.

No Outono de 1997, quando Twyla Quinton tinha 16 anos, aceitou casar-se com um homem cinco anos mais velho do que ela e que mal conhecia; depois de se ter recusado a casar-se, por meio de um arranjo familiar. Facto esse facilitado pela cumplicidade da sua

⁵⁶⁵ Citado por M. E. TORRES, num relato do Jornal “El Pais”, na sua edição a que teve consultado no dia 29 de Janeiro de 2017 – 14:34 BRST, disponível em: <https://www.brasil.elpais.com>, consultado no dia 23/12/2018, às 16:35h.

mãe que concordava que Twyla era ainda jovem demais para se casar.

O casamento entre a Twyla e o jovem adulto celebrou-se no dia 31 de Outubro, véspera do Halloween, em Bountiful, uma colônia mórmon de 600 habitantes, em Columbia Britânica (Canadá) onde Twyla havia crescido. A identidade do seu marido lhe fora revelada algumas horas antes. Tratava-se de um vizinho com quem havia cruzado algumas vezes, mas com quem havia tido pouco contato.

Twyla não chegou de violar a lei canadense que proibia a poligamia porque se casou por vontade própria e o fez já com idade legal de consentimento que, naquela altura, era fixada em 14 anos; antes de o país (Canadá) a elevar para 16 anos em 2008.

Mas o problema surgiu dois anos depois do casamento, quando a jovem mãe pediu, já do seu primeiro filho, a Winston Blackmore, líder da comunidade, que permitisse que seu marido e ela ampliassem a família com uma nova esposa e que, no caso, era April, meia-irmã mais nova de Quinton, filha de uma mãe diferente e do mesmo pai. A razão que moveu a Twyla a tal facto (e explicada por ela ao site Vice) foi a seguinte, em primeira pessoa: *"crescemos juntas e pareceu-me perfeitamente natural que compartilhássemos um marido e criássemos nossos filhos juntas"*.

Mas longe de saber que o novo acordo matrimonial autorizado por Blackmore e consumado no inverno de 2000, viria trazer problema porque entrava em conflito com o Código Penal canadense cujo art.º 293.º proíbe, explicitamente, a prática de poligamia. Pois passaram a fazer parte de um modelo de família que o seu país considera fora da lei. Trata-se de um pormenor que eles desconheciam e que não tinha a menor importância enquanto

continuassem a morar em Bountiful, autêntico oásis polígamo onde a acumulação de esposas é normal e frequente.

Mas caíram na realidade anos depois, quando família decidiu mudar-se para um outro município que dista apenas meia hora da estrada da colônia mórmon. Na altura, a sua cidade de origem e muito querida, havia caído em maus lençóis: o relato de M. E. TORRES diz-nos que

"naquela época, em 2006, a aprazível Bountiful, havia se convertido no epicentro de um escândalo mediático de grandes proporções. Acabava de ser descoberto que, durante anos, essa população de 600 habitantes havia sido o ponto de origem de uma ilegal caravana de mulheres. 50 meninas canadenses de 12 a 17 anos havia sido enviada ao sul da fronteira, às cidades americanas de Hildale, Eldorada e Colorado City, para se casar, contra suas vontades, com homens muito mais velhos do que elas, como líder mórmon Warren Jeffs ⁵⁶⁶ e outros líderes destacados da sua comunidade. Entre as vítimas desta rede de contrabando de menores, estavam as duas filhas de 14 e 13 anos do patriarca de Bountiful, o citado Winston Blackmore, que foi acusado de tráfico de escravos e cumplicidade com crime continuado de abuso infantil".

Este escândalo, sobretudo de Warren Jeffs, e o seu grande impacto na comunidade (Bountiful) marcaram o ponto de mudança que a levou a romper com a sua igreja, a sua comunidade e grande parte da sua família. Apesar de não ter renunciado ao seu casamento

⁵⁶⁶ Mulheres e os seus filhos são evacuados, em 2008, do YFZ Ranch, em Eldorado (Texas), uma comunidade religiosa de 700 pessoas. Foi depois das acusações de conduta criminal sobre o seu líder, Warren Geffs. Em 2014, o estado do Texas tornou-se proprietário do terreno. (GETTY).

a três e a seus filhos, convenceu, em 2009, o seu marido da conveniência de deixar para trás a atmosfera viciada de Bountiful, e a matricular os seus quatro filhos (dois de cada) numa escola pública, mais moderna e diversa, e a começar uma nova vida à margem da comunidade de origem. Twyla começou a somar factos que lhe começaram a marcar passos de mudança profunda. Começou a ganhar mais consciência da situação que lhes intrigava. Disse à Vice:

"Quando os nossos filhos explicaram na escola que tinham duas mães, todo o mundo presumiu que éramos um casal de lésbicas [...] o que despertou a curiosidade, mas não um declarado repúdio".

Até aqui, nada de especial tinha acontecido profundamente. O repúdio veio depois quando descobriram que Twyla e a sua irmã não eram amantes, mas exiladas da comunidade mórmon do sul do estado; e que faziam parte de uma relação polígama. Ou seja, que o seu modelo de convivência não era avançado, mas um ativismo próprio de uma facção religiosa de mentalidade pré-moderna. E por isso mesmo que, vários empresários que Twyla pediu emprego disseram mesmo, expressamente, que não podiam contratá-la porque enquanto elas mantinham a sua relação matrimonial, estavam a cometer um crime. Daí concluir a Twyla que não só o seu marido, como também ela e a sua irmã (também esposa juntamente com ela) estavam a violar a lei e corriam o risco de acabar atrás das grades.

Tendo em conta o escândalo da situação, a Suprema Corte de Justiça da Columbia Britânica decidiu, em 2011, que a proibição da poligamia é constitucional no Canadá. Isto, segundo o entendimento de ROBERT BAUMAN, deve-se ao facto de a sua prática ser

"[...] comum nas comunidades religiosas «fortemente patriarcais» e, portanto, as mulheres que participam nas

relações polígamas fazem-na, na maioria dos casos, «coagidas pelo seu entorno e não em condições de verdadeira liberdade»”.

Aqui vinca a tese de ausência de consentimento válido na prática da poligamia.

Para ROBERT BAUMAN, a criminalização e a perseguição da prática de forma oficial constituem o único caminho para a sua erradicação e a sociedade se manter vigilante e proteger as «vítimas». “(..) porque elas, ao estarem imersas nas suas comunidades religiosas que aprovam a poligamia, muito dificilmente denunciarão a sua situação”.

Uma situação de poligamia ocorrida quando as partes já tinham a consciência do casamento anterior e, no caso aqui em apreço, em que é a senhora Twyla, enquanto esposa do primeiro casamento, foi quem propôs a realização do segundo matrimónio do marido com a sua meia-irmã, não seria caso da necessidade de criminalização tendo em conta, tanto à necessidade de intervenção penal quanto da ofensividade uma vez que, quanto ao primeiro aspeto, falta a oportunidade de uma intervenção. A não ser uma mera punição de condutas morais; porque em termos penais, não se vislumbra a necessidade de repressão da conduta por não se mostrar, a prática, gravosa para as duas irmãs envolvidas no casamento — um teste de ponto de vista negativa de gravosidade e que não possa ser afastada por outros meios. Uma vez que a política social de sensibilização poderia cumprir a missão de coibir a prática ou procurar eliminá-la.

E do ponto de vista positiva, quais seriam as vantagens da intervenção penal? A não ser a aprovação da intervenção de uma legislação simbólica com contornos discutíveis, tendo em conta o bem

jurídico lesado, neste caso em concreto. Com consequente instrumentalização de indivíduos para alcançar fim mais moral de que criminal. E daí a inobservância, também, do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos na medida em que se pretende proteger a moralidade ou valores que são considerados por uns, sem razões de política criminal fortemente cunhadas para a criminalização da conduta.

Do ponto de vista da ofensividade, e tendo em conta a natureza do bem jurídico e o alcance da lesão na perspetiva das vítimas e que é de gravosidade discutível, não nos parece aceitável a tese de intervenção. Atendendo a tese de CRISTINA DE MAGLIE desenvolvida atrás sobre a punição da poligamia na Itália, e os argumentos a favor da criminalização.

Na perspetiva do marido, esta tendo em conta que a punição é em relação aos adultos mórmons que se casam com menores de 16 anos. E o casamento dele com as irmãs Quinton não se enquadra porque aquando do primeiro matrimónio, a Twyla era maior do ponto de vista da lei (14 anos de idade); e o segundo casamento, apesar de não se dizer a idade da April, nada transparece de ter sido menor no momento. Atento ao momento da celebração do primeiro casamento (1997) e do segundo (2000), e atendendo que ambas cresceram juntas, não parece haver grande diferença entre as duas ao ponto de ela ser ainda menor. Por isso TOM DICKSON⁵⁶⁷, depois de duvidar da possibilidade da responsabilização da Twyla, afirma que a lei contra a poligamia, apesar de constitucional, tão pouco se aplica de maneira estrita. De modo que, neste caso, não se vislumbra a possibilidade da sua aplicação.

III

⁵⁶⁷ TOM DICKSON, Ibid.

Além dessa consideração legal, levanta-se outro aspeto da discussão e que se relaciona com o problema de poliamor (polyamory), e que, segundo a escritora e jornalista peruana GABRIELA WIENER^{568/569/570}, não se confunde com a poligamia, uma vez que, para ela, no poliamor há uma verdadeira liberdade e «simetria» na relação, o que é diferente e difícil de se verificar na poligamia onde as mulheres envolvidas na relação sexual são muito complacentes e submissas. Entende ela que na poliamor, se não existe uma verdadeira liberdade e simetria na relação, é porque «deveria existir».

Afirma WIENER que “Poligamia e poliamor são, diametralmente, opostas, mesmo que possam ter semelhanças superficiais em algum caso concreto”.

E para justificar, relatou a sua própria relação poliamorosa no seu livro «Chamada perdida» (Malpasos Ediciones) e dedicou uma crónica ao polígamo Ricardo Bardani e as suas esposas em Sexografias (Melusina):

“A chave está em até que ponto falamos de uma relação livre e simétrica. Na poligamia, tudo gera em torno das relações sexuais e afetivas do homem, com as mulheres implicadas sendo muito complacentes e submissas. No poliamor, ao contrário, há (ou deveria haver) verdadeira liberdade e simetria”.

⁵⁶⁸ TOM DICKSON, *ibid.*

⁵⁶⁹ V., também, sobre poliamor, além do que ficou dito supra sobre este tipo de relacionamento e distinção com a poligamia, o artigo de HELENA NORTE, publicado no Jornal de Notícia do dia 19 de Outubro de 2008, às 00:30; disponível em: <https://www.jn.pt> interior poliamor; também, Correio de manhã de terça-feira, 5 de Maio de 2009, disponível em: <https://www.cmjornal.pt> mais sobre poliamor; referências a poligamia, poliamor, amantismo e tipos de poligamia, disponível em: <https://www.pt.wikipedia.org> wiki poliga.

⁵⁷⁰ v., sobre poliamor, sobre as consequências de incriminação nos chamados crimes culturalmente motivados, supra.

Reconhece a autora a situação de contradições que atingem as mulheres mórmons do séc, XXI imersas numa relação polígama. E insiste que numa relação poliamorosa, a situação é de uma relação sã e livre.

Em relação ao caso de Twyla Quinton, WIENER afirma:

“Poderíamos estar a falar de uma relação poliamorosa superveniente se, entre elas, houvesse atracção sexual ou amor romântico. Ao obviamente não ser este o caso, o que temos é um modelo de convivência atípico, tão afastada do poliamor quanto à forma mais tradicional de poligamia e que, em todo o caso, desperta a curiosidade e merece respeito”.

E para a escritora e ativista do poliamor JULIETTE SIEGFRIED, uma relação poliamorosa é aquela em que “se aceita a diversidade sem se perguntar qual é a regra, não se conta mentiras e se convive sem dramas”.

Neste tipo de relação, o que está presente é a liberdade de convivência entre um homem e várias mulheres, onde não se coloca o problema de coação para a existência desse tipo de relação. E, por isso mesmo, não haver espaço para a censura penal relativamente ao caso, não havendo necessidade de intervenção penal por falta de oportunidade e de ofensividade que justifica a criminalização de condutas em causa. Numa sociedade livre e de direito democrático de matriz judaico-cristão (ocidental), os valores do estilo de vida são medidos pelas pessoas e pela sociedade sem necessidade de se moldar padrões por meio de um instrumento cuja missão é intervenção para a proteção de verdadeiros bens jurídicos e, ao mesmo tempo, cuja intervenção se enquadra oportunamente, e respeite (também) o princípio da ofensividade do Direito Penal.

Como tenho dito até aqui, também não há razões fortemente baseadas em fundamento da falta de liberdade e, maxime, de consentimento para a decisão de optar pelo modelo de relacionamento numa sociedade livre e democrática e de direito. Quando se trata de decisões de pessoas com capacidade de decidir sobre suas próprias vidas, sobre a disponibilidade de matéria de decisão, sem o paternalismo que mina a dignidade da pessoa humana.

IV

O adultério, que ainda é crime nalguns sistemas jurídicos é, nestes contextos, um dos *victimless crimes* (em certas culturas) e cuja incriminação, tem, segundo alguns autores como DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS⁵⁷¹, a sua justificação na paz matrimonial, visando o legislador afastar conduta que mais gravemente ofende a ordem jurídica matrimonial e que, ordinariamente, leva à dissolução da sociedade conjugal; sendo que tal dissolução leva à desagregação do organismo familiar, com graves consequências para a pessoa do cônjuge inocente.

Entretanto, para ser considerado crime culturalmente motivado (*cultural Offense*), tinha que reunir requisitos para tal, quando praticado por alguém e que alega ter feito o ato a coberto de motivação cultural. Para isso, há que se proceder a uma hermenêutica intercultural que permita uma decisão penal razoável. Ou seja, temos que sujeitar a situação, segundo a doutrina especializada de ALISON RENTELN⁵⁷² e AUGUSTO SILVA DIAS⁵⁷³, ao exame com base nos seguintes requisitos cumulativos:

⁵⁷¹ DAMÁSIO AVANGELISTA DE JESUS, Direito Penal. Parte Especial, SÃO PAULO: Saraiva, 1988, p. 197.

⁵⁷² ALISON DOUDE RENTELN, The Cultural Defense.

⁵⁷³ AUGUSTO SILVA DIAS, A Responsabilidade criminal do 'Outro', COIMBRA: Coimbra Editora, Revista JULGAR. Revista da

1. "O agente é membro do grupo etnocultural invocado?
2. O motivo em causa tem respaldo no grupo? É considerado aí como obrigatório, permitido, ou meramente tolerado?
3. Em que medida e até que ponto o agente se orientou na ação pela sua cultura de origem? Revela ele uma identidade híbrida ou ainda uma identidade étnica?"

Isto é, para considerarmos um crime como crime culturalmente motivado, o autor deve pertencer a um grupo cultural e que o motivo alegado para o cometimento do crime tem que ter respaldo no grupo em causa. Não bastando alegar que o facto foi praticado com base num motivo cultural. Mesmo se o indivíduo pertence ao grupo onde a prática é arraigada, deve se saber se ele está inserido nas convicções ou orientações dessa cultura. Não bastando apenas a simples pertença. O segundo elemento tem a ver com o respaldo que a prática tem no grupo em causa. E mesmo assim, ela deve ter carácter de obrigatoriedade no grupo, não só por ser permitido ou tolerado naquele grupo. Tem que ter carácter de obrigatoriedade no seio do grupo. Partindo do item n.º ii) dos requisitos elencados por SILVA DIAS, parece-me ser este o sentido das interrogações expostas. Para os requisitos não serem demasiado perniciosos permitindo que cada conduta tenha amparo na figura de crimes culturalmente motivados, banalizando o instituto.

Assim, e concluindo, para o indivíduo se beneficiar do fator "influência cultural" na prática de um infanticídio costumeiro do art.º 110.º, n.º 1 do Código Penal guineense (e que é também um crime culturalmente motivado — *cultural offense* no contexto de grupos que praticam o afastamento de crianças que nascem com problemas de saúde), ele deve pertencer ao grupo que pratica esse tipo de infanticídio como ato cultural de certa obrigatoriedade; e não por ser

Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n. 25, 2015, p. 95-108, e, no caso concreto, p. 101 e ss.

da origem étnica dessa prática. Mas sim que ele comunga das mesmas ideias e sentimentos da etnia em causa. Se ele já não se orienta nas suas ações pela cultura da origem, não pode invocar validade a influência da referida cultura. Porque pode haver simulação por parte do agente em como pertence a um grupo etnocultural cuja influência lhe motivou à prática do facto⁵⁷⁴. Essa simulação pode ir desde a busca da obtenção de asilo no país do destino, com fundamento na perseguição no seu país de origem para se submetida à excisão clitoridiana⁵⁷⁵, até a uma condenação mais branda. Relata RENTELN caso de Adelaide Abankwah (Regina Danson), no sentido correspondente com a afirmação aqui referida, e citada também por SILVA DIAS.

Assim se, apesar de comungar os valores culturais da sua origem étnica, tem também, porém, sobre si uma influência e identidade estranha a essa comunidade étnica, por exemplo ter identidade cultural dos habitantes de Bissau (capital) ou de outra cidade do país, mas que não se identificam com os valores do grupo étnico cuja cultura invoca seguir, não logra o benefício da influência dos usos e costumes do grupo étnico que levam ao enquadramento da sua conduta como sendo uma conduta influenciada pelos valores culturais em causa.

Para essa operação de compreensão, essa "interpretação cultural" nos dizeres de CLIFFORD GEERTZ⁵⁷⁶, exige-se do juiz certas bagagens de que nem sempre dispõe, necessitando de uma perícia cultural que deve ser convocada para o caso.

⁵⁷⁴ ALISON DOUNDE RENTELN, *The Use*, p. 61 e ss.

⁵⁷⁵ ALISON DOUNDE RENTELN, *The Use*, p. 71 e ss.

⁵⁷⁶ CLIFFORD GEERTZ, *Interpretazione*, p. 9 e ss.

1.3 Crimes culturalmente motivados face ao princípio da ofensividade nos crimes sem vítimas («victimless crimes»)

Tendo primazia o bem jurídico no juízo de merecimento da pena face aos outros critérios da mesma natureza (os princípios de garantia com incidência penal), o princípio da ofensividade [que está intimamente ligado ao princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos, apesar de não se confundirem entre si], assume papel fundamental segundo o qual, só deve considerar-se merecedora de pena aquela conduta que atenta, de modo visível, contra um bem jurídico. Só a lesão de um bem jurídico justifica a existência ou criação de pena por parte de Estado. Ou seja, só a lesão ou a colocação em perigo do bem jurídico concretamente justifica a intervenção penal. Com este fundamento, fica, no entendimento de alguns autores, sem justificação plausível a existência de crimes de perigo abstrato.

Para o princípio da ofensividade, como já ficou dito, não há crime se não houver lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico⁵⁷⁷.

Por isso, não há que se proceder à incriminação de condutas que digam respeito, tão somente, à esfera pessoal do sujeito. É um princípio decorrente das garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Por isso não deve haver criminalização de condutas que lesam ou colocam em perigo um bem jurídico próprio (LEONARDO AGUIAR). É neste prisma que, apesar de criminalização por algumas legislações, se defende a descriminalização das práticas de prostituição; bem como não há crimes nos casos de autolesões e a

⁵⁷⁷ LEONARDO AGUIAR, texto disponível no www.Leonardo.jusbrasil.com.br, consultado no dia 19/12/18, às 16:02.

tentativa de suicídio. Porque ocorre, assim, em relação a um bem jurídico próprio. Além da disponibilidade desses bens jurídicos pelo próprio indivíduo livre e consciente nas suas ações.

Afirma LEONARDO AGUIAR que “[...] não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio”⁵⁷⁸. Este princípio de ofensividade é também chamado de princípio de lesividade, segundo o mesmo autor.

Para esse autor, o princípio em apreço orienta tanto o legislador quanto o juiz no sentido de que aquele não deve criminalizar condutas que não ofendem bens jurídicos e este deve verificar, no caso concreto, se houve lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela norma.

A distinção entre este princípio de ofensividade e o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos reside no facto de este ter a função principal de delimitar uma forma de Direito penal de ser este Direito Penal do bem jurídico. Por isso escapa, à sua tarefa, a proteção da ética, da moral, dos costumes, de uma ideologia, de uma determinada religião, ou estratégias sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si, etc., emprestando a formulação de L. F. GOMES⁵⁷⁹

Por isso mesmo que, segundo, também LEONARDO AGUIAR⁵⁸⁰, o Direito penal pode e deve ser conceituado como “[...]”

⁵⁷⁸ LEONARDO AGUIAR, em: www.Leonardo.jusbrasil.com.br cit. *ibid.*

⁵⁷⁹ Portanto, quanto ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, não se confunde com o princípio da ofensividade porque, como ensina L.F. GOMES:

“a função principal do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos é a de delimitar uma forma de direito penal, o direito penal do bem jurídico; daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si, etc.”

⁵⁸⁰ LEONARDO AGUIAR, O Princípio da Ofensividade *ibid.*

um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflitivas valoradas positivamente na sociedade democrática”.

O princípio de ofensividade, por sua vez, diz respeito —, não diretamente à missão ou forma do Direito Penal, mas sim — à forma de compreender ou de conceber o crime como ofensa ao bem jurídico. Disso deriva — no entender do mesmo autor — a inadmissibilidade de outras formas de crime, tais como, mera desobediência, simples violação da norma imperativa, etc.⁵⁸¹

Por isso conclui o mesmo Autor, com razão, que

“[no que diz respeito aos princípios de ofensividade e de exclusiva proteção de bens jurídicos], «[...] ainda que próximos, não se deve confundir [...]». [porque] «este, relacionado às funções do Direito Penal, impede a criminalização de condutas que não lesem bens jurídicos, enquanto aquele, inserido na teoria do crime, aponta a maneira pela qual se deve compreender o crime”.

No que se refere a *victimless crimes*, v. g., a decisão de Twyla Quinton, em propor o casamento da sua meia-irmã, April Quinton, com seu marido não se pode impedir tal comportamento via Direito Penal, por se tratar de ato da sua livre vontade. Bem como April consentiu no ato assim como o marido da Twyla. Por mais imoral que seja a conduta de poligamia, não se pode impedir o ato de livre decisão da pessoa, o que se transformaria em proteger a moralidade com a conseqüente violação da dignidade da pessoa humana em escolher os modelos da sua vida que, como já disse supra, devem ser medidos pelas pessoas e não serem regulados através de leis penais. É violação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito,

⁵⁸¹ Ibid.

intrometer-se nos atos de livre escolha de pessoas e que em nada têm a ver com alternidade.

Entende LUIZ F. GOMES a «justiça» como o «valor-síntese» da função do “Estado Constitucional Humanitário de Direito” que ele caracteriza como tendo por função garantir o bem-estar social, e como o “valor-meta” a justiça⁵⁸². Por isso que FERNANDO CAPEZ⁵⁸³, ao tratar do princípio da ofensividade, afirma ser o princípio da dignidade humana o fundamento do Estado Democrático de Direito e é este princípio que orienta a formação do Direito Penal sendo materialmente inconstitucional, por “atentatória ao princípio fundamento da existência de nosso Estado”. qualquer que seja a construção típica cujo conteúdo afrontar ou contrariar este princípio da dignidade humana. Por isso entendem alguns que qualquer ato atentatório à dignidade humana, mesmo com a aquiescência do titular do bem jurídico protegido, não é de admitir.

Por isso, entendemos que, não é de ter em conta a limitação da liberdade de decisão. Em relação às decisões desta natureza, considera-se que estamos perante espaço vazio⁵⁸⁴ ou livre de Direito. E a pessoa tem dignidade de decidir sobre a sua vida. Decisão essa

⁵⁸² LUIZ F. GOMES, Limites, citado também por ANTÓNIO JOSÉ LIMA PEREIRA, disponível no portal jurídico na internet www.ambito-juridico.com.br, acedido no dia 27- 12- 2018; ao falar dos crimes abstratos face ao princípio da ofensividade penal.

⁵⁸³ Ibid.

⁵⁸⁴ v., sobre a zona (ou espaço) livre de direito, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “Constituição e Crime” — Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, Em: Estudos e monografias, Universidade Católica Editora, Porto; 1995, p. 397 e ss., no sentido de zona livre de Direito como Zona em que o Direito se contém de valorar as situações que nem seriam lícitas, nem ilícitas; mas livres de ponderações jurídicas.

São, ao nosso ver, situações dessas em que o Direito não proíbe; mas também não autoriza, por exemplo, o caso de incitamento ou auxílio ao suicídio: o suicídio não é proibido por recair sobre a própria pessoa. Mas também não aprovado, por isso é responsabilizado o incitador, ou ajudante.

que não tem carácter de alteridade, por não ter a ver com o bem jurídico alheio.

F. CAPEZ⁵⁸⁵, qualifica o princípio da ofensividade como sendo aquele que orienta na criminalização afirmando:

"[...] não há crime quando a conduta não tiver oferecido ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao «bem jurídico» e o bem jurídico, como já dissemos, não tem a ver com a imoralidade ou inadequação, como afirma L. FLÁVIO GOMES ao afirmar que «o Direito Penal só pode atuar quando a conduta do agente ofender um bem jurídico, não sendo suficiente que essa se mostre apenas como imoral ou inadequada»⁵⁸⁶.

Seguindo o mesmo conspecto, R. GRECO — ao tratar do princípio da lesividade (ofensividade) — sublinhou que a criminalização tem de ter a ver com bem alheio e não com o bem da própria pessoa. Isto é, por mais importante que seja o bem, só merece, segundo o princípio da ofensividade, a proteção do Direito Penal se dizer respeito ao terceiro. Ou seja:

"[...] por mais importante que seja o bem, que a conduta seja inadequada socialmente, somente poderá haver a criminalização de comportamentos se a conduta do agente ultrapassar a sua esfera individual, atingindo bens de terceiros. Por intermédio, do princípio da ofensividade, proíbe-se a incriminação de pensamentos, de modos ou de formas de

⁵⁸⁵ ANTÓNIO JOSÉ LIMA PEREIRA cit., no portal-jurídico na internet www.ambito-juridico.com.br cit.

⁵⁸⁶ o negrito é meu.

*ser e de se comportar, bem como de ações que não atinjam bens de terceiros [...]*⁵⁸⁷

Assim, e para concluir, temos que o Direito, em homenagem ao princípio de ofensividade (lesividade), respeita a liberdade de decisão da pessoa. Por isso, não havendo ofensa de uma conduta ao bem jurídico alheio, não há que haver intervenção penal com vista a proporcionar proteção do indivíduo. Porque, no que concerne ao princípio de ofensividade, para se tratar de crime, a conduta tem que oferecer — para alguns que defendem o fim dos crimes abstratos, com base no princípio de ofensividade ou lesividade — pelo menos um perigo concreto real, efetivo e comprovado de lesão ao «bem jurídico» e o bem jurídico, como já dissemos, não tem a ver com a imoralidade ou inadequação, como afirma L. FLÁVIO GOMES ao afirmar que «o Direito Penal só pode atuar quando a conduta do agente ofender um bem jurídico, não sendo suficiente que essa se mostre apenas como imoral ou inadequada. Neste conspecto, não é de se continuar a criminalizar nos chamados crimes sem vítimas, com fundamento no princípio de ofensividade e de oportunidade.

Concluindo, e parafraseando ARTHUR MENDES DA SILVEIRA (SILVEIRA 2019), temos a dizer que o Direito Penal não pune apenas a acção pela acção, mas pelo resultado que desta acção pode resultar, embora tal resultado não precise ocorrer efetivamente, sendo que o simples perigo da sua “ocorrência é suficiente para a criação da infração penal a fim de evitar que esta seja produzida colocando um bem jurídico em risco”⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ ROGÉRIO GRECO *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*, Niterói, 2009.

⁵⁸⁸ Princípio da Lesividade e os crimes de perigo Abstrato, *Direito Penal*, 13/Mar/2019, disponível em: <https://www.direitonet.com.br> acessado a 26.09.19, às 22:31 h.

É com base neste princípio que, segundo o mesmo autor, não pode haver punição quando se trata de lesão ou risco de lesão contra os bens jurídicos do próprio autor do facto lesivo de (ou que ponha em causa) tais bens. É com base nisso que, por exemplo, um suicida não pode ser punido pela tentativa de ceifar a sua própria vida, ou por ter imputado um dos seus membros, por se tratar de um dano aos bens jurídicos que lhe pertencem e não a terceiro. Porquanto, não cabe a responsabilização criminal por autolesão, ainda que a conduta seja inadequada ou reprovada moralmente; ou seja: não há que proteger o indivíduo de si mesmo.

Quanto ao resto, aplica-se, ao nosso ver, o método da ponderação de direitos, para teoria que entende que o consentimento não vale no (por exemplo o tocante à excisão feminina nas pessoas adultas normais).

Capítulo X

Os factos culturalmente motivados do ponto de vista da ilicitude: o princípio de dano [«harm principle»] ou princípio de autoproteção da vítima

O princípio de dano ou prejuízo (o «*harm principle*» do inglês) segundo o qual as ações dos indivíduos devem ser limitadas apenas para evitar danos a outros indivíduos. O Direito Penal deixou de ter legitimidade de intervenção para tutelar um bem jurídico que podia ser tutelado pelo próprio titular, mas a cuja autoproteção o próprio titular se renunciou⁵⁸⁹.

CRISTINA DE MAGLIE, para elucidar este princípio, trouxe dois casos de escola à formulação do princípio em causa, para mostrar até que ponto uma ação do indivíduo (vítima), resultado da sua livre e consciente decisão, pode merecer uma reflexão do ponto de vista do Direito Penal.

Tratam-se de seguintes casos:

O primeiro 590,

"Uma mulher de vinte e seis anos, imigrante de Somália e pertencente ao grupo étnico abgaal, se apresenta na consulta obstétrico-ginecológica do Hospital Mangiagalli de Milão para uma visita ao especialista, na qual solicita ser submetida a uma intervenção de incisão de clítoris."

O segundo 591:

⁵⁸⁹ DEL TUFO, Profili, cit., p. 34.

⁵⁹⁰CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 210-211: Caso n.º 5 dos casos que a autora tratou no livro citado.

"um jovem de dezoito anos, pertencente a um grupo étnico originário de África Ocidental, se dirige a uma mulher da sua comunidade para ser submetido a práticas de escarnificação no rosto, as quais lhe causam cicatrizes profundas e hematomas na testa e nas bochechas, segundo os ritos de iniciação da sua cultura. A mulher é imputada a prática de crimes previstos e puníveis nos termos dos artigos 582 e 583 n.ºs 2 e 4 do Código Penal italiano por ter produzido uma desfiguração permanente do rosto do jovem"

Estes dois casos representam situações do consentimento de vítima sobre comportamentos que lesam a sua própria integridade física, e levantam a questão sobre o chamado «princípio de autodeterminação da pessoa ofendida». Esta temática é discutida atualmente e leva a perguntar-se da "relevância do espaço a conceder à consciente exposição à agressão do sujeito passivo. Por outras palavras se o princípio de «autorresponsabilidade» da pessoa que sofre o dano pode incidir e por em discussão a necessidade de pena para o autor do crime"⁵⁹²

Representam dinâmicas conflituais que podem surgir nas sociedades multiétnicas. É necessário o estudo do comportamento da vítima, facto que ficou, por muito tempo, olvidado no estudo dos crimes sobre o qual sempre ficou sob análise a situação do autor ou agente do crime e sobre o bem jurídico.

Afirma DE MAGLIE, assim como ESER⁵⁹³, que a perda ou esquecimento do comportamento da vítima [estudo do comportamento da vítima], deveu-se à teoria do bem jurídico que

⁵⁹¹ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 211: Caso n.º 6.

⁵⁹² CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2011; citando, também, DI GIOVINE, Il contributo della vittima nel delitto colposo, 2003 (GIOVINE 2003)

⁵⁹³ ESER, «Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altro?», Riv. it. dir. proc. pen. 1997, p. 1079.

«havia produzido um progressivo e imparável desinteresse pela figura da vítima do crime»^{594/595}. Para ESER —na citação acabada de referir—, «as tendências à perda de individualização se reconhecem já claramente em BINDING, o verdadeiro arquiteto⁵⁹⁶ do conceito do bem jurídico»^{597/598/599}. Com isso, e porque passou a partilhar com a ideia de autores (agentes de crimes) a assunção da primazia sobre a questão da vítima (de pensar na vítima), ou seja:

"com um modelo de Direito Penal centrado no bem jurídico, «a posição da vítima [...] fica cristalizada ex-ante na formalização hipostasiada e preventiva do conflito realizada através do tipo penal. Posteriormente, a mesma perde todo o papel em virtude da total assunção da sua tutela por parte do Estado, como absoluto monopolizador da prevenção penal»⁶⁰⁰. Ficou, assim o comportamento da vítima esquecido no plano de análise sobre o fenómeno criminal até que, no meado do século 20, pela mão do criminólogo HANS von HENTING, foi lançada — pela primeira vez — a crítica contra a forma estática e limitada — «uma visão mecanicista» —de encarar as relações entre o agente⁶⁰¹ e a vítima fixadas pelos códigos⁶⁰². Foi a descoberta da possibilidade de «confusão» ou mesmo de

⁵⁹⁴ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2012.

⁵⁹⁵ ESER, «Bene» cit., p. 1070.

⁵⁹⁶ s. n.

⁵⁹⁷ ESER, «Bene» cit., p. 1070.

⁵⁹⁸ SESSAR, «Role und Behandlung des Opfers im Strafverfahren», em Bewährungshilfe, 1980, p. 329 e ss, citado por CRISTINA DE MAGLIE, los delitos, p. 212 ibid. Para que “a consequência inevitável desta tendência tem sido o «esquecimento» da figura da vítima, que tem sido «caso completamente engolido pelo bem jurídico»”.

⁵⁹⁹ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2012, por todos; também HASSEMER, «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», em ZRP, 1992, pp. 378 e ss. (HASSEMER 1992); também PALIERO, «L'autunno del patriarca. Rinnovamento o transmutazione el diritto oenale dei codici?», em Riv.it. dir. proc. pen., 1994, p. 1227 (PALIERO 1994).

⁶⁰⁰ CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2012, citando PALIERO, «L'autunno» cit., 1227.

⁶⁰¹ s. n.

⁶⁰² CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2013

"«inversão» de papéis entre os sujeitos do evento criminal que abriu uma nova perspectiva de estudo [...]” [deixando hoje a abordagem limitada ao agente do crime, mas tendo em conta o binómio vítima e agente. Esta nova perspectiva de análise é de extrema importância e permitiu perceber o quão indispensável é proceder à análise do género porque permite uma “análise completa do fenómeno delitivo”.

Explica CRISTINA DE MAGLIE, citando VON HENTIG, que a distinção feita pelo Direito Penal [do ponto de vista legal] entre o agente e a vítima, enquanto uma distinção feita apenas do ponto de vista externo, não nos mostra o que é a realidade do ponto de vista psicológico. Quanto a este último aspeto, as coisas podem ser totalmente diferentes: a vítima pode ser o principal “responsável” — por ser o moldador ou modelador da atuação do criminoso. Eis a formulação da autora:

“[...] a experiência nos diz [...] que as relações autor/vítima são muito mais complexas do que as toscas distinções que faz o Direito Penal [...]. O que a lei faz é considerar o sujeito que atua e o que sofre. Com este critério externo se distinguem um sujeito e um objeto, um autor e uma vítima. Sob o perfil psicológico e sociológico, no entanto, a situação pode ser completamente distinta [...]. Há casos em que as duas categorias distinguidas chegam a sobrepor-se e, em larga cadeia das forças causais, a vítima assume o papel do determinador [...]. Em certo sentido, a vítima molda e modela o criminoso”^{603/604}.

O estudo do comportamento da vítima é fundamental para a solução dos casos como os exemplificados aqui, uma vez que o

⁶⁰³ VON HENTIG, *The Criminal and his Victim*, 1948, p. 436.

⁶⁰⁴ C. DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 2013.

consentimento da vítima é fundamental e «decisivo para a afirmação da sua identidade cultural, como sujeito individual e como membro de um grupo étnico»⁶⁰⁵, sendo uma questão bastante atual,

"[...] a valoração do papel do sujeito passivo e do princípio da autorresponsabilidade é hoje uma das temáticas centrais do debate penal, cuja ascendência tem sido bem construída na vitimo-dogmática que, na condição de paradigma hermenêutico centra a investigação na conduta da vítima com o objetivo de tirar à luz elementos que podem refundar questões de grande relevância, que atinem por exemplo «ao valor e papel desempenhado pelo bem jurídico; ao espaço a atribuir a dados como o merecimento e a necessidade de tutela; ao tipo de resposta sancionatória a dar ao facto criminoso [...]"^{606/607}.

Ou seja, e ao contrário do passado, «[...] o estudo do comportamento da vítima e do grau da sua participação no crime, já não se limita [...] ao campo da determinação da pena».

O paradigma atual é, radicalmente, mais abrangente sobre o fenómeno da elucidação dos contornos da responsabilidade criminal, sendo o estudo do comportamento da vítima

"[...] uma investigação que põe em discussão a intervenção do Direito penal, que pode não ser justificada sobre a base de princípios de subsidiariedade e de último ratio. Em definitivo o Direito penal já deixou de ter legitimação para se prestar a tutelar um bem jurídico que podia ser defendido por seu próprio titular [...]"⁶⁰⁸; [o qual, pelo

⁶⁰⁵ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2011.

⁶⁰⁶ DEL TUFO, Profili, cit., pp. 6 e ss., apud Cristina DE MAGLIEi ibidem.

⁶⁰⁷ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2013.

⁶⁰⁸ DEL TUFO, Profili, cit., p. 34.

contrário, e nos casos exemplificados, «renunciou a isso»^{609/610}”.

Se estas considerações relativas ao abandono do paradigma do passado de predomínio do bem jurídico e do autor, no estudo sobre o crime, permitem hoje indagar-se, com razão, sobre a legitimidade do Direito Penal para intervir nos casos em que há renúncia à autotutela e isto, em regra geral, é no campo dos crimes culturalmente motivados que tais dúvidas mais se avultam na atualidade.

Portanto, e como afirma DE MAGLIE,

“se a renúncia a autotutela por parte do titular do bem suscita já, em geral, dúvidas sobre o problema da necessidade de salvaguarda desse bem porque põe em discussão a questão da legitimidade da intervenção penal, maiores dúvidas surgiram sobre a necessidade real de tutela do bem quando tal renúncia provém de um sujeito que pertence a um grupo étnico minoritário [...]”⁶¹¹.

E isto porque, “com o consentimento para atos lesivos da sua própria integridade física, a vítima-autor cultural exige o reconhecimento da sua identidade étnico-cultural”⁶¹².

E este reconhecimento é fundamental do ponto de vista do indivíduo pertencente a uma identidade étnico cultural particular, por se tratar “de um reconhecimento indispensável para que se veja garantido o desenvolvimento da sua personalidade”⁶¹³, num contexto

⁶⁰⁹ DEL TUFO, Profili, cit., p. 34.

⁶¹⁰ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2013-214.

⁶¹¹ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2013-214.

⁶¹² C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2013-214.

⁶¹³ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2013-214.

adverso, “como sujeito individual e como membro de um grupo minoritário”⁶¹⁴.

A inadequação da categoria do bem jurídico e a perda do seu papel de primeiro plano do ponto de vista sistemático e político-criminal, deveu-se à composição multiétnica das sociedades atuais, o que contribuiu para, em definitivo, a descoberta das insuficiências e fragilidades dessa categoria. Com isso a “crise da noção [...] do bem jurídico como crise da sua função delimitativa é sentida em vários sectores normativos, tanto de *lege data* como *ferenda*”^{615/616/617}. Esta perda de legitimidade do Direito Penal tem a ver como o surgimento de novos valores distintos e, quiçá, em conflito entre si, reflexo “das diferenças culturais, religiosas e étnicas dos distintos grupos que compõem hoje a sociedade”^{618/619}.

DE MAGLIE ⁶²⁰, parece seguir a posição de FORTI ⁶²¹ e WOHLERS que consideram

“a importância dos estudos de origem anglo-americana, em que «a questão» «utilitarista” sobre a qual os interesses «servidos» pela criminalização de uma certa conduta estão

⁶¹⁴ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2013-214.

⁶¹⁵ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2013-214 citando FORTI, «Per una discussione» cit., p. 292 (FORTI 2006); PALAZZO, «Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana», em FIORAVANTI (coord.) La tutela penale della persona. Nuove frontiere difficili equilibri, 2001, pp. 403 e ss (PALAZZO 2001)

⁶¹⁶ FIANDACA e MUSCO, «Perdida di legittimazione del diritto penale?», em Riv. it. dir. proc. pen., 1994, pp. 40 e ss.

⁶¹⁷ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 214, citando os autores indicados nas notas anteriores.

⁶¹⁸ CADOPI, «Liberalismo, paternalismo e diritto penale», em FIANDACA e FRANCOLINI (coord), Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto, 2008, pp 83 e ss (CADOPI 2008).

⁶¹⁹ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2014, citando CADOPI ibid.

⁶²⁰ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2015.

⁶²¹ FORTI, Per una discussione, p. 308.

*ligados à questão do fundamento moral de uma interferência do Estado nos direitos individuais*⁶²²”.

Para ASHWORTH,

“o estudo do liberalismo penal anglo-saxónico e o aprofundamento do harm principle constituem, portanto, um observatório especial para verificar as possíveis ingerências do Estado sobre a autodeterminação do indivíduo e para valorar os limites de tolerância a esta invasão^{623/624}”.

Menciona o facto de o debate sobre os «limites morais» do criminal law e sobre o «liberal autoproteção» ter raízes sólidas remontando John Stuart MILL, um «autorizado expoente do pensamento liberal», «que constitui um clássico na matéria» e que, em 1858, através da sua conhecida formulação, expressou que

*“a única finalidade que autoriza aos homens, individual ou coletivamente, a interferir com a liberdade de acção de cada um é a autoproteção; o único motivo pelo qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro da comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir um prejuízo a outros. O bem do indivíduo tanto físico como moral, não constitui uma justificação suficiente da interferência [...]. O único aspeto da conduta pela qual se é responsável perante à sociedade é o que concerne aos outros. Pela parte que se refere a um mesmo, sobre, a independência do indivíduo é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo, e sobre a própria mente o indivíduo é soberano*⁶²⁵.

⁶²² C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2015.

⁶²³ ASHWORTH, Principles 2009 cit., pp. 28 e ss.

⁶²⁴ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2015.

⁶²⁵ MILL, Sulla libertà, tr. it., 2000, p. 55., apud DE MAGLIE ibidem.

*"A intervenção do Direito Penal nos casos em que o próprio titular do direito renuncia a autoproteção, não tem cabimento nos casos em que existe um consentimento livre e consciente. Porque, não sendo assim, tal intervenção se transforma numa invasão à esfera de autodeterminação do indivíduo. Isto porque com o consentimento para atos lesivos da sua própria integridade física, a vítima-autor cultural exige o reconhecimento da sua identidade étnico-cultural"*⁶²⁶.

Mas esta liberdade do indivíduo quanto aos seus bens jurídicos ou sua autoproteção, tem balizas: **qual será o limite ou os limites da autodeterminação do indivíduo? Qual a relevância da liberdade e do consentimento do autor cultural?**

*A liberdade de autodeterminação do indivíduo deve ser entendida como princípio, não sendo, portanto, absoluta. Refira-se aos menores e incapazes em razão da anomalia psíquica. Isto é, em relação aos inimputáveis em geral. Neste sentido, a doutrina é praticamente unânime em considerar que o consentimento não terá relevância. Próprio MILL reconheceu que o princípio de autoproteção (*self protection*) não pode ser absoluta. Por isso mesmo procurou «delimitar o seu campo de aplicação». A doutrina de autoproteção se aplica, segundo o autor, e segundo C. DE MAGLIE⁶²⁷, citando o mesmo autor, «só aos seres humanos em suas plenas faculdades»", excluindo-se «crianças» e «jovens» que ainda não gozam de capacidade de plena determinação, ou de se determinar em conformidade com o que estabelece a lei. Isto é, os incapazes em razão de idade. Para o autor*

"A liberdade, como princípio, não se aplica às situações que precedem o momento em que os homens se tornam

⁶²⁶ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 2013-214.

⁶²⁷ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 215-216.

*capazes de progredir em virtude da discussão livre e igualitária [...]. Mas sim, os homens adquirem a capacidade de serem guiados em seu progresso por convicção ou persuasão [...], então a constrictão, tanto na forma direta como através de penas e sanções para aqueles que não se adaptam, não é mais admissível como meio para alcançar o próprio bem, e é justificável apenas para a segurança dos outros*⁶²⁸.

Afirma GABRIO FORTI⁶²⁹ — segundo a citação de C. DE MAGLIE⁶³⁰ — que

*"a afirmação do princípio deve traçar uma nítida linha de demarcação constituída pelo reconhecimento de uma condição de "plena" posição das "faculdades" humanas, que não admita os meios coercivos como «meio para alcançar o próprio bem», mas sim, «para a segurança dos outros»*⁶³¹.

Afirma, no entanto, BERNARD HARCOURT⁶³² — segundo a citação da mesma autora ainda — que o aprofundamento do estudo sobre o princípio do dano, e que ocorreu a partir dos anos cinquenta, se deve a H. L. A. HART, e sobretudo a JOEL FEINBERG⁶³³. Com efeito, e segundo a mesma citação ainda, FEINBERG deitou por terra o «legal moralism» encabeçada por DEVLIN, no chamado «[...]

⁶²⁸ MILL, Sulla libertà, tr. it., 2000, p. 57; para una reconstrucción de la teoría de Mill, v. HARCOURT, «The Collapse of the Harm Principles», em J. Crim. L. & Criminology, 90, pp. 120 e ss.; DONNER, The Liberal Self: John Stuart Mill's Moral and Political Philosophy, 1991, pp.188 e ss.

⁶²⁹ FORTI, «Per una discussione» cit., p. 311.

⁶³⁰ C. DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 216,

⁶³¹ FORTI, «Per una discussione» cit., p. 311.

⁶³² HARCOURT, The Collapse of the Harm Principles, em J. Crim. L. & Criminology, 90, 1999, pp. 109 e ss.

⁶³³ HARCOURT, « Joel Feinberg: on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between the Moral Limits of the Criminal Law and the Expressive Function of Punishment», em Buff. Crim. L. Rev., 2001, pp. 145 e ss.

desencontro ideológico com Lord Patrick DELVIN [...]»⁶³⁴. Baseando-se no princípio de dano — apesar de ter opinião menos radical do que a de STUART MILL —, FEINBERG defende que «[...] o critério do *Harm principle* se fundamenta na necessidade de limitar o carácter invasivo da sanção penal, que, por “estigma de censura e condenação”, cai sobre o destinatário deixando-o, “de facto, em desgraça permanente»^{635/636/637}.

Para C. DE MAGLIE, (ibidem), FEINBERG, na sua obra⁶³⁸, — a partir de uma perspectiva penal minimalista —, dá indicações «ao legislador ideal de país democrático»⁶³⁹ sobre os princípios coerentes e plausíveis que deveriam presidir a construção das normas penais.” Isto apesar de afirmar não ser sua tarefa «tentar especificar o que o legislador — idealmente sábio e útil —, deveria decidir incluir no seu

⁶³⁴ DEVLIN publicou a sua famosa obra *Maccabaeen Lecture*, editada na British Academy em 1959, na qual se fala «da necessidade da criminalização da homossexualidade e a prostituição. Cujá lição junto a outras obras teria publicação em 1965, e que constituiria “o manifesto da ideologia do «legal moralismo», segundo o qual, “a *moral offenses* devem ser sancionadas pelo simples facto de serem imorais”.

⁶³⁵ FEINBERG, *Harm to Others. The Moral Limits of de Criminal Law*, 1984, p. 24.

⁶³⁶ CIRSTINA DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 217.

⁶³⁷ O estudo sobre a teoria de FEINBERG pode ser encontrado, segundo DE MAGLIE, na literatura italiana, em FIANDACA, «Diritto penale, tipi di morale e tipi di demicrazia, em: FIANDA e FRANCOLINI (corrds.) *Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto* cit., pp. 157 e ss; FRANCOLINI, «Il dibattito anglo-americano sulla legittimazione del diritto penale: la parábola de princípio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice», em FIANDA e FRANCOLINI (corrds.) *Sulla legittimazione*, ob cit. *ibid.*, p. 15 e ss (FRANCOLINI 2008); também VON HIRSCH, «I concetti di “danno” e “molestia” come criteripolitico-criminali nell’ambito della dottrina penalistica nordamericana», *ibid.*, pp. 29 e ss (HIRSCH 2008); CADOPPI, «Liberalismo» cit., pp. 91 e se; ROMANO, *Danno cit.*, pp. 984 e ss; FORTI, «Princípio del danno e legittimazione “personalista” della tutela penale», em: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 597 e ss (FORTI, «Princípio» 2008); DONINI, «“Danno” e “offerta” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, em: *Riv. it. dir. proc. pen.*, *ibid.*, 2008, pp. 1566 e ss (DONINI 2008); FRANCOLINI, «L’*Harm Principle*» nel diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg, em *Riv it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 276 e ss (FRANCOLI 2008).

⁶³⁸ FEINBERG, *Harm to Others cit.*, p. 4.

⁶³⁹ FEINBERG, *Harm to Others cit.*, p. 4.

Código Penal, mas sim o que pode incluir, se escolher dentro dos limites, que a moralidade impõe às suas decisões legislativas^{640/641}.

Na sua obra «*Harm to Self*» (FEINBERG, «*The Harm to Self*» 1986), uma das quatro⁶⁴² obras que constituem o conjunto de obras destinado por ele ao estudo ligado com a «*enforcement of Criminal Law*», onde ele dá indicações importantes sobre a matéria da criminalidade cultural, FEINBERG, depois de mostrar «a ambiguidade e multiplicidade das aceções de «paternalismo», resume o conceito do «paternalismo legal» [«legal paternalism»] — que ele “considera” de aquele «princípio liberal tão enfaticamente rejeitado por MILL»⁶⁴³ — nos seguintes termos:

“[...] é sempre uma boa razão em apoio de uma proibição que seja provavelmente necessária para impedir um dano (físico, psíquico ou económico) ao próprio autor»^{644/645/646}.

⁶⁴⁰ FEINBERG, *Harm to Others* cit., p. 4.

⁶⁴¹ C. DE MAGLIE, *Los delitos* cit., p. 217 [por tudo].

⁶⁴² As outras três obras do conjunto são: *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, 1984 (FEINBERG, *Harm to Others* 1984); *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, 1985 (FEINBERG, *Offense to Others* 1985) e *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law* 1988 (FEINBERG, *Harmless Wrongdoing* 1988).

⁶⁴³ FEINBERG, *Harm to Self*, p.4.

⁶⁴⁴ FEINBERG, *Harm to Self*, p.4.

⁶⁴⁵ FEINBERG, *Harm to Self*, pp. 16 e ss. Aqui afirma C. DE MAGLIE [*Los delitos* cit., p.p. 217-218] — citando o autor —, que com esta formulação,

“FEINBERG qualifica «a lei paternalista» como uma lei coativa, por ameaçar com uma pena, com sanções fiscais ou cíveis, ou com invalidações contractuais, com uma razão de fundo («real reason») paternalista”.

⁶⁴⁶ Apud C. DE MAGLIE: FEINBERG, *Harm to Self*, pp. 12 e ss, sobre a distinção entre o «*hard paternalism*» e o «*soft paternalism*».

Em relação ao paternalismo, a distinção entre o paternalismo forte («*hard paternalism*») e o paternalismo débil («*soft paternalism*»), reside no facto de naquele (o paternalismo forte) a intervenção penal ser «[...] legítima e justificada inclusivo quando a decisão do sujeito de autolesar-se seja perfeitamente livre e voluntária (FEINBERG, «*The Harm to Self*» 1986, p. 12); e neste (o paternalismo débil), o Estado «tem o

O princípio de dano (*Harm principle*) «[...] tem mérito de mostrar as possíveis lesões da autonomia pessoal por parte do Direito Penal»⁶⁴⁷. E esta intromissão do Direito Penal adquire relevância quando estamos^{648 / 649 / 650} perante uma sociedade multiétnica e,

direito de impedir uma conduta prejudicial do sujeito sobre si mesmo [...] só se a acção é substancialmente involuntária ou se se necessita de tempo para determinar se é ou não voluntária» (FEINBERG, «The Harm to Self» 1986, p. 12). No paternalismo débil, a lei não se preocupa, assim, com a questão de saber se a decisão do autor foi ou não sábia, prudente ou perigosa; mas sim, comprovar que ela seja verdadeiramente suja. O que interessa a lei aqui é a autenticidade da decisão do sujeito, e não a sua proteção em relação às opções nocivas ou perigosas; ou seja, que ela seja verdadeiramente livre. Assim, e segundo o exemplo dado [(FEINBERG, «The Harm to Self» 1986, p. 12) e citado por C. DE MAGLIE], em que num acordo em que estejam envolvidos dois indivíduos [A e B], tendo por objeto a conduta de A em prejuízo de B, esta situação será admissível só quando o consentimento do B seja «voluntário». Em sustentação desta tese, FEINBERG dedica uma parte importante do seu estudo ao

“exame analítico dos requisitos do «consentimento» do autor e da «voluntariedade» das suas decisões que devem ser determinadas com critérios muito rigorosos: «o consentimento deve ser plenamente voluntário; e o consentimento da pessoa é plenamente voluntário só quando esta é uma pessoa adulta e íntegra, não ameaçada, confundida ou enganada sobre factos relevantes, nem manipulada por formas subtis de condicionamento» (FEINBERG, «The Harm to Self» 1986, p. 116).

⁶⁴⁷ CADOPPI, «Liberalismo» cit., p. 89.

⁶⁴⁸ Ver, a este respeito, CRISTINA DE MAGLIE (Los delitos cit., p. 187-189). Aqui procura-se tratar do enquadramento a fazer pelo juiz relativamente a um caso concreto, quando se confronta com a situação de crimes culturalmente motivados, qual seja o de saber qual a saída a encontrar para conseguir, “[...] dentro do sistema penal [...] a impunidade ou, pelo menos, um tratamento sancionatória favorável” para o autor cultural [aquele que comete facto que, na lei da cultura maioritária ou da sociedade de acolhimento, é crime, mas que na lei da sua cultura minoritária ou da sua origem, é culturalmente aceite ou mesmo exigido ou recomendado]. Ou procurar ver “se é possível encontrar uma solução aos conflitos étnico-culturais dentro das categorias clássicas do Direito penal”.

⁶⁴⁹ Explica DE MAGLIE que o objectivo ambicioso «é alcançar um sistema penal que consiga abrir-se às culturas alheias, reinterpretando e adaptando as instituições tradicionais a esta forma peculiar de criminalidade». Para isso, e seguindo sempre a mesma Autora, é preciso, como passos a dar, a superação de uma série de dificuldades e que a Autora resume em duas:

“em primeiro lugar, é necessário determinar se o direito à cultura é um direito fundamental, ou seja, um direito que pode ser feito valer não só na esfera privada e nas proclamações abstratas de princípios, mas também que pode ser invocado em concreto num juízo penal. Em segundo lugar, há que considerar a possibilidade de que o direito à cultura entre em conflito com o exercício de outros direitos; por isso, há que considerar se este direito prevalece ou cede em relação aos outros”.

sobretudo, quando o direito à cultura é considerado como um direito fundamental

Em relação aos crimes de prática de mutilação dos órgãos genitais femininos, conforme visto atrás, se o submetido à prática fosse uma pessoa adulta (maior de idade) e o seu consentimento fosse livre e esclarecido, de acordo com o princípio de dano aqui em apreço, não teria lugar, de acordo com o princípio liberal, à intervenção penal validamente admissível em condenação do ato. Ou seja, como afirma CADOPPI:

"se a destinatária da intervenção fosse maior de idade e a sua decisão fosse voluntária, se poria o problema do respeito da sua autonomia pessoal e a única justificação para a repressão penal seria de tipo paternalista "forte", portanto não admissível na perspetiva liberal"^{651/652}

DE MAGLIE, e BASILE⁶⁵³, criticam a posição do legislador italiano que optou pela via de condenação, nos termos do art.º 583.º,

Ou seja, deve se ter em conta se, em caso de conflito entre o direito à cultura e outros direitos, qual dos dois vence? O direito à cultura prevalece ou cede?

⁶⁵⁰ Em relação a esta questão, e a par das discussões doutrinárias sobre a origem dos direitos fundamentais, do ponto de vista histórico-filosóficas [sobre a história dos direitos fundamentais] e que podem ser encontradas, entre outras, em PECES-BARBA, FERNÁNDEZ GARCÍA e DE ASIS ROIG (coodrs.), *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Siglo XVIII, 2001 [CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos, p. 187.]; existe consenso muito amplo sobre a posição do direito à cultura como um dos direitos fundamentais, tendo surgido das posições assinaladas pela doutrina (séc. XVIII), sobre a origem dos direitos fundamentais. Na legislação internacional, existe o direito à cultura (RENTELN 2004) — RENTELN, *The cultural defense*, 2004, p. 211 e ss.

⁶⁵¹ CADOPPI, «*Liberalismo*» cit., p. 104, apud CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 218.

⁶⁵² CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 218 e ss., que critica a posição do legislador italiano que optou por incriminar a prática.

⁶⁵³ BASILE, em DOLCINI e MARINUCCI (coords.), *Codice Penale Commentato*, vol. 2, 2006, art. 582, p. 3852. Apud CRISTINA DE MAGLIE, Los delitos cit., p. 219.

n.º 2 do Código Penal italiano, por entender que, com essa condenação,

"[...] existe apenas um espaço para a afirmação da autoproteção da mulher sobre a qual a intervenção da modificação dos órgãos genitais é realizada, e é um espaço que é coletado de princípios gerais, bem como no crime de danos pessoais, o consentimento do titular do bem jurídico exclui a ilicitude⁶⁵⁴ do facto sempre que não tenha por objeto atos que impliquem uma diminuição permanente da integridade física"⁶⁵⁵.

Por isso — na esteira de FORNASARI⁶⁵⁶ e STELLA⁶⁵⁷ —, “não há razão para negar eficácia justificadora ao consentimento de uma mulher maior de idade em relação a uma intervenção de lesões dos órgãos genitais [...]”, conforme estabelece o art.º 583.º, n.º 2 do Código Penal italiano, como é o caso exemplificado como caso 5⁶⁵⁸. Desde que seja determinado que a mulher em causa «tenha

⁶⁵⁴ s.n.

⁶⁵⁵ BASILE, em DOLCINI e MARINUCCI (coords.), *Codice Penale Commentato*, vol. 2, 2006, cit., *ibid.*

⁶⁵⁶ FORNASARI, *Mutilazioni*, p. 196. Apud CRISTINA DE MAGLIE *ibid.*

⁶⁵⁷ FORNASARI, «Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giurispenalistico», em BARNARDI, PASTORE e PUGIOTTO (coords.) *Legalità penale e crisis del diritto*, oggi, 2008, p. 196; STELLA, «Le mutilazioni genitali femminili come cultural orientated crime. Note di diritto italiano e comparato», em *Diritto penale XXI secolo*, 2007, p. 305. Apud CRISTINA DE MAGLIE; *Los delitos cit.*, p. 219.

⁶⁵⁸ Até porque, segundo referências de CRISTINA DE MAGLIE (*Los delitos*, cit. p. 81-84) e autores por ela citados, em relação à circuncisão masculina, não se verifica tanto ostracismo, tanta hostilização; apesar de ser um rito também praticado nas sociedades ocidentais, «[...] especialmente nos Estados Unidos, e muito mais alargado do que a mutilação genital feminina», estimando-se, segundo os dados estatísticos, «[...] que cada ano são circuncidados cerca de mais de treze milhões de crianças de sexo masculino, em comparação com dois milhões de meninas submetidas às várias práticas de circuncisão» [ver. A este respeito, também McDONALD, «Circumcision and the Criminal Law: the Challenge for a Multicultural State», em *New Zealand Uni. L. Rev.*, 2004, p. 244 (McDONALD 2004)].

expressado um consentimento livre, não viciado por violência ou erro»^{659/660}.

A questão crucial sobre a aferição da liberdade do consentimento expressado pelo autor cultural nos factos culturalmente motivados, é determinar se a vontade do autor que consente é, efetivamente, livre.

Assim, para o sistema penal italiano, onde a lei — art.º 50.º do Código Penal — estabelece, expressamente, «excludente» para o caso de o indivíduo lesar ou pôr em perigo um determinado direito com o consentimento do titular do mesmo direito, desde que possa dispor validamente do mesmo, entende DE MAGLIE 661 que o consentimento tem que ser “provado” como sendo verdadeiramente livre⁶⁶².

Como já ficou muitas vezes exposto, sobre a noção de crime culturalmente motivado, nada mais é do que um comportamento

⁶⁵⁹ Para DE MAGLIE, citando literatura italiana ao respeito, «as analogias entre a circuncisão masculina e as formas mais leves de mutilação genital feminina (excluindo-se, pois, a infibulação)», são evidentes: «também com a circuncisão masculina podem dar-se efeitos negativos, tanto físicos como psicológicos»; que podem até «ser letais nos casos em que o rito da circuncisão masculina seja praticado em estruturas não equipadas e usando instrumentos sem esterilizar» (FRIENENTHAL 2008).

⁶⁶⁰ Entre as possíveis complicações (efeitos negativos...) referidas como as que podem ocorrer relativamente à circuncisão masculina, e citadas pela doutrina —, e corroboradas por DE MAGLIE—, são, entre outras, «hemorragias, infecções, amputações, retenção urinária, perda e assimetria da pele, quistos epidérmicos, fimoses, estenoses, fistulas»; [neste sentido, CRISTINA DE MAGLIE cita a seguinte literatura e jurisprudência italianas: DI PIETRO e CICERONE, «La circoncisione maschile su neonati», em *Medicina e Morale*, 6/2000, pp. 1077 e ss (PIETRO/CICERONE 2000). Em jurisprudência, v. Trib. De Padova, 9 de Novembro de 2007, em *Giur. mer.*, 2008, pp. 2586 e ss (ITÁLIA 2007)., com nota de PLANTAMURA, «Brevi note in tema di circoncisione maschile rituale, esercizio abusivo della professione e lesioni», em *Giu. merc.*, 2008, pp. 2590 e ss (PLANTAMURA 2008)].

⁶⁶¹ C. DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 219.

⁶⁶² Diz o art.º 50.º do CP italiano:

«Não será punível quem lesar ou puser em perigo um direito com o consentimento da pessoa que possa dispor validamente do mesmo».

considerado crime pela lei penal e pela cultura do sistema de acolhimento [no caso de imigração], mas que, pelo contrário, é aprovado ou mesmo imposto pela cultura minoritária da qual faz parte o autor⁶⁶³ / ⁶⁶⁴. Por este motivo, a afirmação de um facto culturalmente motivado deve superar série de estádios de verificação sobre o preenchimento dos requisitos para essa qualificação. Tal verificação deve ter seguintes elementos/requisitos: para além do motivo cultural, deve ser provada a coincidência da reação entre o comportamento do indivíduo e o comportamento que o grupo de referência teria, além disso, deve se provar a existência de um forte vínculo entre o autor e o grupo étnico a que pertence, um vínculo que permite, ao meso tempo, que o autor se identifique no grupo e o grupo, por sua vez, reconhece o autor como um dos seus membros, reconhecendo, precisamente, a «exigência» do comportamento manifestado como sendo expressão dos usos e das tradições desse grupo⁶⁶⁵.

Tendo em conta estas premissas, segundo C, de MAGLIE⁶⁶⁶, citando PAREKH⁶⁶⁷, existe uma «forte pressão social do grupo» sobre o indivíduo e o condicionamento da cultura da minoria étnica sobre as suas decisões e ações”. E a figura do crime cometido com base na motivação cultural (*cultural offense*)

"se construi, tradicionalmente, com fundamento na influência do grupo minoritário (minority group) no comportamento do sujeito do ponto de vista que se tenha »afirmado incisivamente que o autor cultural comete crime porque «permanece fiel às normas de conduta do seu grupo,

⁶⁶³ BASILE, em DOLCINI e MARINUCCI (coords.), *Codici Penale Commentato*, vo. 2, 2006, art. 582, p. 3852.

⁶⁶⁴ C. DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 219.

⁶⁶⁵ Ver epígrafe 1.1.1 sobre requisitos delimitativos do crime culturalmente motivado.

⁶⁶⁶ C. DE MAGLIE, *Los delitos cit.*, p. 220.

⁶⁶⁷ BHINKHU PAREKH, *Rethinking cit.*, p. 279;

aos valores que interiorizou nos primeiros anos da sua vida»⁶⁶⁸/⁶⁶⁹.

Para terminar, e tendo em conta o princípio de dano, temos a dizer que o paradigma atual é, radicalmente, mais abrangente sobre o fenómeno do esclarecimento dos contornos da responsabilidade criminal, sendo o estudo do comportamento da vítima

"[...] uma investigação que põe em discussão a intervenção do Direito penal, que pode não ser justificada sobre a base de princípios de subsidiariedade e de último ratio. Em definitivo o Direito penal já deixou de ter legitimação para se prestar a tutelar um bem jurídico que podia ser defendido por seu próprio titular [...] ⁶⁷⁰;[o qual, pelo contrário, e nos casos exemplificados, «renunciou a isso»"]⁶⁷¹/⁶⁷².

Embora se reconheça que esta liberdade de autodeterminação deve ser entendida como princípio, não sendo, porém, absoluta. Porque nele não se inclui caso de menores e incapazes em razão da anomalia psíquica. Isto é, em relação aos inimputáveis em geral. Neste sentido, a doutrina é praticamente unânime em considerar que o consentimento não terá relevância. Próprio MILL reconheceu que o princípio de *self protection* não pode ser absoluta por isso mesmo procurou «delimitar o seu campo de aplicação». A doutrina de autoproteção se aplica, segundo o autor, e segundo C. DE MAGLIE⁶⁷³, citando o mesmo Autor,

⁶⁶⁸ BARBAGLI, *Immigrazione e criminalità in Italia* cit., p. 128.

⁶⁶⁹ C. DE MAGLIE, *Los delitos* cit., p. 220.

⁶⁷⁰ DEL TUFO, *Profili*, cit., p. 34.

⁶⁷¹ DEL TUFO, *Profili*, cit., p. 34.

⁶⁷² C. DE MAGLIE, *Los delitos* cit., p. 2013-214.

⁶⁷³ C. DE MAGLIE, *Los delitos* cit., p. 215-216.

"[...] assim, «só aos seres humanos em suas plenas faculdades»", excluindo-se «crianças» e «jovens» que ainda não gozam de capacidade de plena determinação, ou de se determinar em conformidade com o que estabelece a lei".

E como foi visto relativamente ao princípio de ofensividade — que para alguns, entre os quais Mendes da SILVEIRA, é o mesmo que princípio de lesividade e de dano —, não há que falar de proteger indivíduo contra si mesmo, desde que este seja capaz de dispor do seu bem jurídico livremente. Como bem disse Mendes da SILVEIRA,

"ninguém pode ser punido por lesão ou risco de lesão contra os seus próprios bens jurídicos. Um suicida não pode ser punido pela tentativa de ceifar sua própria vida ou ser punido por amputar um dos seus membros, porque, evidentemente, diante de um estado democrático de direito, não se pode punir um indivíduo por dano a seus próprios bens jurídicos (autolesão), ainda que a conduta seja moralmente inadequada ou reprovada".

Saliente-se também que não é possível punir uma prostituta por promover prazer mediante pagamento ou punir dois adultos de cometerem incesto. Evidentemente as condutas exemplificadas, são consideradas, para grande maioria como imorais e contrárias a preceitos fundamentais de diversas religiões. Mas o Estado é o titular do Direito, concedendo direitos e impondo deveres de forma coerciva, ocupando-se com as atitudes exteriorizadas dos indivíduos sob sua tutela.

Em sentido contrário, a moral e a religião impõem somente deveres, ocupando-se com a consciência do indivíduo de maneira não coerciva.

Não se podendo falar em proteger o indivíduo de si mesmo; a não ser que se trate de um menor ou incapaz cujo consentimento ou liberdade não seja considerado eficaz.

Recorde-se que para quem defende a tese de inadmissibilidade do consentimento, qualquer que seja a situação do titular do direito, desde que relativamente a ofensas que tocam com a dignidade da pessoa (tese que não defendemos), aqui não pode falar-se de consentimento qualificado, sendo, no caso, de ponderar os direitos.

CONCLUSÕES

1. Do que ficou visto, chegamos ao ponto de conclusão para deixar claro, em poucas palavras conclusivas, que nas sociedades atuais, os princípios norteadores do direito e da vida coletiva se alicerça nos ideais da inclusão. O que implica a procura constante de formas de construir pontos entre as pessoas, seja de ponto de vista coletiva, e onde o direito é um instrumento privilegiado para o equilíbrio e construção dos consensos, seja no da vida individual, alicerces da realizações pessoal e bem estar comum. Assim, a questão dos chamados crimes culturais é a matéria da atualidade. Uma vez que, sem visão moderna de convivência entre as pessoas num mundo cada vez mais globalizado e cada vez de mistura entre as culturas, ter uma visão centralizada no particularismo multiculturalista clássico onde o respeito a cada realidade cultural é válido mas com perspectiva de uma convivência que tenha em conta o que cada um é e a diferença do ponto de vista de origem histórica e ingredientes que acompanharam cada um no percurso da história, não acompanha a evolução dos tempos da humanidade.

É neste prisma que, em jeito de remate, retomamos, de forma resumida, as ideias chaves dos desenvolvimentos feitos ao longo deste trabalho (deixando o método de pincelado do que foi tratado em cada capítulo) e dizer que é possível ter em conta o multiculturalismo, sobretudo nos Estados tipo guineense e ter em conta que o próprio país ganha com esta forma de encarar as coisas, do ponto de vista da melhor forma de resolver o problema da justiça no país. Porque desta forma, as soluções da justiça passam a ser aceites e respeitadas para o bem de todos. Uma vez que o que não se percebe melhor, não tem alcance desejado. A errada visão de que o Estado guineense deve uniformizar a forma da realização da justiça, não corresponde a realidade porque o Estado tem a

disposição outras formas que a experiência e criação humana inventou e que pode funcionar bem, e de forma mais perfeita se calhar. Esta criação é dada às sociedades multiculturais como instrumentos para a integração e inclusão mais democráticas. Refiro-me aos modelos penais de integração e de política criminal.

Entendemos que dos sistemas existentes, estaríamos no caminho certo se, pelo menos, adotássemos o multiculturalista fraco com vista a solução de situações do conflito entre o Direito Penal positivo e os usos e costumes étnicos existentes em determinadas sociedades, sobretudo as sociedades africanas, tendo em conta o estágio do desenvolvimento e da realidade de cada sociedade, sob pena de Direito Positivo criado em determinadas sociedades seja uma mera importação Direito estrangeiro, sem reflexo positivo (aceitável) em contextos desses Estados. Assim estaria em conformidade com a realidade o posicionamento de justiça dos Estados e as suas instituições; ao contrário de olhar sempre as situações surgidas em contextos dos países em concreto com visão totalmente distorcida.

2. Mas para uma aplicação de forma certa ou mais ou menos correta do entendimento daquilo que a matéria do respeito para com as políticas e ideal de sociedades multiculturais, é preciso ter em conta as teorias que buscam balizar ideias básicas que mostram, primeiramente, o que é a cultura para se falar do multiculturalismo cujo concito tem, por base, a cultura: primeiro, é necessário dizer, para delimitação, que há vários conceitos de cultura como é entendida a matéria pela doutrina especializada. E há diversas tentam delimitar o que é a cultura.

Sendo algo muito movediço, torna-se difícil definir, com exatidão, o que é a cultura. Por isso mesmo existem mais de cem definições do que é cultura.

Os diversos saberes que se ocupam do estudo e compreensão do homem nas suas multifacetadas manifestações, tais como nas suas atitudes, nos seus comportamentos na interação quotidiana, suas formas de vida, que os dão caráter de disciplinas autónomas. Estas manifestações funcionam em harmonia e inter-relação entre si. Por isso, é de referir que a perceção das relações entre a configuração multicultural da sociedade contemporânea não é estranha.

Não é de conceber o fenómeno do multiculturalismo como algo separado de tais relações, sob pena de se esvaziar de conteúdo o multiculturalismo, tornando incompreensível a sua existência nas sociedades contemporâneas onde o Direito procura dar proteção às minorias sociais procurando estabelecer o equilíbrio entre as diferenças nas sociedades onde existam tais minorias e diferenças.

A procura do balizamento tem, como objetivo, reduzir a maior abrangência dos efeitos dos crimes culturalmente motivados, porquanto esta forma abrangente de conceituar a cultura acarreta o risco de ver em tudo crimes culturalmente motivados. Porque quanto mais amplo e impreciso o conceito de cultura adotado, mais facilmente se qualificará certos comportamentos como sendo crimes culturalmente motivados, permitindo, com isso, certa impunidade por possibilitar que os arguidos invoquem a figura de *cultural defense* para se eximirem da responsabilidade criminal pelos fatos praticados ou para obterem a atenuação das suas responsabilizações criminais perante tais fatos. Além disso, tal cenário potencia a criação de insegurança; uma vez que o Direito Penal se depara com problema do princípio de precisão das suas normas.

Estando perante tal infinidade de situações de cultura e que podem dar origem a *cultural offenses* ou *cultural defenses*, como recurso de defesa perante casos concretos (como forma de alguém

procurar obter o afastamento ou diminuição da sua responsabilidade criminal) estas figuras, obviamente cairiam em descrédito, quer por parte do legislador, quer por parte do aplicador da lei. Isso fez com que alguns autores de origem anglo-saxónica questionassem a utilidade dogmática e processual do instituto das *Cultural offenses* e *cultural defenses* por entenderem precisamente que não é possível obter um conceito de cultura suficientemente rigoroso e preciso para sustentar essa mesma utilidade dogmática e processual.

Isto porque *cultural defense*, é perigoso na medida em que os arguidos, nalguns casos, para conseguirem obter a exclusão ou atenuação de responsabilidades criminais, podem até conseguir convencimento de juiz desconhecedor da cultura do agente para ter proeza no caso; uma vez que a cultura tem a sua complexidade por ser um conjunto que inclui diversidade de situações como as crenças, a arte, a moral, o Direito e os costumes adquiridos de uma sociedade pelo indivíduo. Por esta razão, a doutrina maioritária entende a cultura é um complexo que abrange diversas situações, não sendo algo confinado na cabeça das pessoas como faz crer a teoria tradicional (isto quanto à sua elasticidade ou fato de ser dinâmica) e ser um fundo acumulado de Mas, pelo contrario, algo que é «um fundo acumulado de símbolos públicos», onde entram elementos como as crenças, tradições, usos e língua, herdado por um conjunto de indivíduos e gerações, através dos quais os membros de uma sociedade expressam sua visão do mundo, seus valores, seus *ethos* e se comunicam com as futuras gerações. É através da cultura que os membros de dados grupos se comunicam, se «autocompreendem», interpretam o mundo, controlam os comportamentos dos seus membros e conseguem manter a coesão entre os membros da coletivamente constituindo ela fator fundamental da coletividade.

3. Vimos que, em relação à questão da cultura ainda, Charles TAYLOR e Will KYMLICKA trataram o assunto na perspectiva

de identidade e reconhecimento, respetivamente, da "«*política de reconhecimento*» (CUARLES) e o *papel das culturas sociais* (KYMLICKA)".

I

CHARLES TAYLOR, pertencente à corrente multiculturalista de **matriz comunitária**, apresentou análise importante considerada "«chave» para a compreensão do conceito de «cultura»".

As suas reflexões estão em consonância com as correntes de pensamento que se têm ocupado da política de reconhecimento, e têm suas raízes na tradição filosófica europeia. A sua análise, baseia-se no pensamento de Kant e Jean Rousseau, filósofos **universalistas** que, apesar de diferenças quanto à concepção, têm em comum a ideia sobre o «homem como ser racional» que, por esta mesma razão, é sempre suscetível de melhoramento.

A distinção entre os dois reside no fato de, enquanto Kant falar da *dignidade individual* em contraposição com a ideologia do «honor hierárquico» típica do Ancien régime, Rousseau fala da *identidade individual* em conformidade com a *racionalidade universal*.

É da noção de identidade que nasce o conceito de autenticidade que, para TAYLOR, *nasce junto de um ideal, qual seja o da fidelidade a um mesmo e a particular forma de ser própria*". Sendo para ele o *contacto íntimo consigo, mais fundamental do que qualquer ideia moral, e que é fonte de uma alegria e de uma satisfação enorme: «le sentiment de l`existence»*".

Para TAYLOR, é de extrema importância o ideal de autenticidade aprofundado pelos filósofos Românticos como Herder; tendo convidado os indivíduos a refletir sobre a própria identidade e a tentar defini-la da forma desvinculada das limitações impostas pelas necessidades de se adequar a um sistema externo de valores e

hierarquia. De acordo com esta construção, não se concebe a identidade como algo «derivado socialmente», ou seja, algo que resulte da sociedade ou uma forma de estar estabelecida pelas posições e funções desenvolvidas na sociedade; mas pelo contrário, como algo que se «gera interiormente», derivado de um delicado processo de autoanálise e autointerpretação.

Mas mesmo assim, TAYLOR sublinha a necessidade de não se ter, isoladamente, a autodeterminação da identidade, enquanto uma construção complexa que ela é. Para ele, uma vez que a identidade depende da forma crucial das relações dialogais com os outros, é necessário negociá-la «através do diálogo», «na parte externa, parte interna», com outras pessoas. Porque só assim é que o nascimento do conceito de identidade gerada interiormente dá uma nova importância ao reconhecimento. A política de reconhecimento, significa, para TAYLOR, que cada um deve ser reconhecido na sua própria identidade, a qual é única e irrepetível; existindo, pois, um vínculo entre reconhecimento e identidade, «donde o segundo termo indica, mais ou menos, a visão que uma pessoa tem daquilo que é; das próprias características fundamentais que a definem como ser humano». É aqui que reside a questão de reconhecimento para a Modernidade: enquanto nos tempos de identidades individuais o reconhecimento estava automaticamente garantido, porque as identidades estavam plasmadas no modelo das hierarquias sociais; na era da Modernidade, onde o ideal da autenticidade tem levado à «corrosão» do requisito do reconhecimento, antes assegurado a *priori*, a identidade passa a necessitar de novos parâmetros de confirmação e afirmação.

Só através desta legitimação, que passou a ser uma imperativa e irrenunciável necessidade, que é possível evitar a falta ou o erróneo reconhecimento do indivíduo ou do grupo por parte da sociedade. O desconhecimento ou a falta de reconhecimento da

identidade pode ser vistos como forma de desprezo e de opressão que obriga o indivíduo ou o grupo a viver de forma reduzida nas suas próprias capacidades. A este respeito, TAYLOR considera ser representativa e eloquente, como exemplo, a influência dos estereótipos da sua inferioridade transmitidos pela raça branca e profundamente interiorizados por negros fazendo com que estes se deixassem permeáveis sobre a sua própria submissão e dominação durante muitas gerações pela sociedade dos WASP. Foi através do reconhecimento de pertença e da própria origem que a necessidade do reconhecimento de «quem somos, donde viemos» foi suscitada, para o nascimento de uma sociedade verdadeiramente democrática e igualitária.

É de sublinhar, tal como TAYLOR, que, numa era do realce da autenticidade, as pretensões de identidade cultural desempenham um papel importante tanto no aspeto privado ou individual como, sobretudo, no aspeto social.

Mas este princípio requer, por um lado, a proteção universal dos direitos individuais e de liberdade, e, por outro lado, impõe a satisfação das necessidades particulares que os indivíduos apresentam como membros de específicas culturas e grupos sociais.

II

O desafio lançado por TAYLOR foi acolhido por Will KYMLICKA que, entre outros, aprofundou o conceito de cultura considerando-a um «bem primário» essencial para o desenvolvimento da liberdade individual.

Neste sentido a cultura é uma «cultura social», que significa nada mais que uma cultura que, não só leva à partilha de memórias (recordações) e valores entre os membros, muito menos lhes confere apenas instituições; uma cultura que nada lhes perpassa na sua vida

presente, seja individual como coletivamente; por outras palavras, uma cultura que não lhes diz nada, uma cultura insípida para eles (sem sabor, sem sentido no seu dia-a-dia); mas uma cultura que, também, lhes confira práticas; uma cultura que lhes marque, indelével e visceralmente, dando sentido às suas diversas manifestações da vida social e privada; principalmente, no que toca com a vida formativa, religiosa, recreativa, económica e familiar.

Para isso, KYMLICKA sublinha dois fatores importantes, para ele: a existência de uma ligação entre a cultura e liberdade individual por um lado e, por outro, o valor da pertença cultural.

Relativamente ao primeiro fator, a liberdade implica, para o autor, a realização de uma escolha entre várias alternativas; e a nossa cultura social não só nos proporciona estas alternativas, mas também nos confere os seus significados. Quanto ao segundo fator, entende o mesmo autor que existe uma ligação estreita e profunda entre a consideração que um indivíduo tem de si — o apreço, a autoestima — e a consideração social ou o respeito acordado no grupo ao qual faz parte.

Partindo da ideia de RAWLS, que considera o acesso à cultura como um «bem primário», KYMLICKA deduz que a pertença cultural representa uma das bases sociais para a afirmação do respeito por si mesmo. Ao respeito, e para melhor esclarecer o assunto, o autor se interroga, da seguinte forma: *se a cultura é tao importante? por que motivo os membros de uma minoria nacional devem ter acesso à sua cultura? Porquê não a outra cultura? Porquê não lhes arranjar ou conceder uma cultura qualquer? Por exemplo acultura da maioria social? Por que é que não se deveria deixar que as culturas minoritárias se desintegrassem, sempre que se garantisse aos seus membros o acesso à cultura maioritária? Que também é cultura?*

Senão, calhar até mais melhor (por exemplo ensinando-lhes a língua e a história da maioria)?”.

O autor entende que a necessidade de os membros das minorias nacionais terem a sua própria cultura prende-se com o fato de afastamento da própria cultura de origem deixar um vazio para cujo preenchimento há enormes sacrifícios, não só para as referidas minorias, fundamentalmente, mas também para a própria sociedade para a qual não só é indispensável, desde que positiva, do de vista do respeito pela dignidade da pessoa humana, como também por ser enriquecedor e integrador da própria sociedade.

Um ser humano é produto da sua cultura. A rotura com a cultura de pertença deixa-o sem sentido, sem alma, sem raiz. Por isso, não se pode privá-lo do direito de ter a sua própria cultura. A cultura, neste prisma, tem a ver com a própria identidade de cada grupo que integra uma dada sociedade.

Apesar de poder acontecer que uma pessoa abandone a sua cultura originária para abraçar outra, tal facto constitui um sucesso difícil e estranho, senão impossível. Seja como for, será «um processo oneroso» e doloroso, comportando grandes custos que variam de acordo com a graduação do processo de integração, da idade do indivíduo, da afinidade entre as duas línguas e as similitudes das histórias de ambas as culturas. A este propósito RAWLS afirma, com razão, que os «vínculos culturais» são normalmente demasiado fortes para poderem ser renunciados e «não nos devemos descuidar desse facto». Destarte, não se pode, por isso, pretender que uma pessoa pague o sacrifício de abandonar esses vínculos culturais, sendo de admitir, em caso de excepcional necessidade. Várias são as explicações que a literatura oferece deste apego e da importância crucial que a pertença a uma cultura social tem para o bem-estar dos

indivíduos: «a familiaridade com uma cultura determina os confins do imaginável», afirmam MARGALIT e RAZ.

Por isso, KYMLICKA confirma que se uma cultura está a se desmoronar ou é discriminada, “as opções e as oportunidades à disposição dos seus membros diminuirão e serão menos atrativas” (porque) a pertença cultural desempenha um papel decisivo na formação da identidade das pessoas, isto é, tem um «elevado perfil social», já que contribui na construção da percepção que os outros têm do indivíduo e da definição da sua identidade”. Ou seja, a identidade cultural constitui «uma âncora de autoidentificação» e a autoestima do indivíduo depende da estima acordada no seu grupo. Por isso mesmo é que a pertença dos indivíduos a sua cultura social é fator catalisador das escolhas no prisma da construção das identidades individuais e estáveis de pertença, que caracterizam a força e coesão na assunção das responsabilidades na resolução de problemas que têm a ver com valores e projetos pessoais e coletivos como uma sociedade que a todos pertence.

4. Vimos também com BHINKHU PAREKH E WILL KYMLICKA que quanto à noção penalmente relevante de cultura para efeito do estudo dos crimes culturalmente motivados, deve se entender a cultura como algo dinâmico, ou seja, algo que evolui, com o tempo e com as sociedades que não são imutáveis. E deve poder ser provada no plano processual para garantir a sua validade e relevância do ponto de vista dogmático e processual no Direito Penal. Por isso, necessário procurara delimitar a ampla compreensão do que é cultura. Para isso, é necessário ter em conta que, para além de ser a cultura do grupo étnico a que o agente pertença, deve ter influência nesse mesmo agente na prática do facto que, nesse grupo, tenha respaldo, isto é deve ser aceite e até obrigatório.

5. Vimos ainda que, nessa busca da precisão do conceito do que seja a cultura para efeito do Direito Penal, se seguindo a doutrina

dominante atualmente, PAREKH agrupa a diversidade cultural nas sociedades atuais em dois grupos que ele define como «*subcultural diversity*» e «*perspectival diversity*». Consoante sejam aqueles indivíduos que, embora compartilhem a linha geral dos valores da cultura dominante, se desviam da mesma para determinados comportamentos que revelem o seu modo de vida (por exemplo, os homossexuais); ou sejam aqueles indivíduos que, no âmbito da política social seguida pela cultura dominante, se mostram fortemente críticos ou mesmo radicalmente contrários ao conjunto dos valores dessa cultura dominante. Por exemplo: os movimentos feministas e ecologista, que, respetivamente, atacam a cultura de «todo» o sistema, considerado como machista; e lutam contra «toda» a cultura dominante considerada tecnocrática e antropocêntrica.

Esses grupos têm cultura localizada, têm cultura em «sentido restrito», contrario à cultura em sentido «ampla» de cultura (oposta a cultura em sentido localizado). Tal cultura localizada nada mais do que um conjunto de costumes, de pontos de vista e de *ethos* de um grupo ou uma associação, correspondendo a sua noção de cultura, ao contrário, uma noção «ampla».

À noção ampla da cultura, KYMLICKA faz corresponder, por exemplo, casos como das democracias ocidentais que, por participarem todas elas numa mesma civilização industrial, laica e urbana (diversa do mundo feudal, agrícola e teocrática), pode se afirmar que têm uma «cultura» comum.

Estas duas definições acabadas de referir (de cultura em sentido amplo e em sentido restrito) não interessam para a noção de «cultura» que se discute aqui, por estarem despidas de aceção étnica já devidamente desenvolvida.

6. Mas para a resolução prática de problema de perceber se o agente que arroga ter atuado com base numa cultura do grupo, prende-se com a necessidade de estabelecer prova da correspondência da reação com a cultura do grupo: é necessário, na prova cultural, fazer perguntas ligadas a forma da denominação do facto na cultura a que o agente alega ter se enraizado a sua conduta. Por exemplo, para o afastamento de suposto "ser estranho", saber que, na etnia papel do caso retirado pelo autor no seu "Problema" o ser em questão se denomina de "ucó". E na etnia Balanta, p. ex., no afastamento da ameaça de gémeos, estes (gémeos) se denominam "cunsa". Sobretudo se existir um nome especial para se designar o objeto ou o próprio facto.

Daí o domínio da realidade cultural residir no domínio de certa realidade linguística que não se apreende apenas com certo domínio fugaz. Por isso, nas perguntas relacionadas com a realidade cultural, não basta perguntar, ao nosso ver, alguns termos usados relativamente a certos factos; mas também, e fundamentalmente, procurar perceber se o autor compreende ao fundo o que envolve tais termos usados. Uma vez que os termos usados nas realidades dos grupos étnicos (e. g. guineenses) têm significados profundos que, nalguns casos, mesmo quem tem conhecimento da língua, não domina alguns termos profundamente no contexto em que são usados. Por exemplo, para os balantas, não basta saber que os gémeos são designados «cunsa» de que falou na sua importante obra sobre Infanticídio Ritual em África dos meses de Janeiro António CARREIRA Vol. XXVI (Infanticídio Ritual em África, (1971) 101) e o Vol. XXVI (Infanticídio Ritual em África, Superstições). Há necessidade de ter compreensão profunda do que envolve a situação dos gémeos em causa, e qual a necessidade da cerimónia esconjuratória do gémeo em concreto, onde haverá certos termos, símbolos e ritos correspondentes ao facto.

É necessário que o *perito cultural* coloque questões pertinentes, de acordo com a realidade cultural do rito que se presencia ou que está em causa. Esse perito cultural, neste caso, não precisa de ser um antropólogo ou etnólogo cultural, embora essa qualificação seja melhor. Mas uma pessoa que “está por dentro” da realidade cultural, dominando a linguagem de comunicação do grupo étnico em causa pode servir para melhor poder decifrar o simbolismo concernente. A técnica é aquilo que se denomina de «prova cultural».

7. Outro elemento relevante do ponto de vista dos crimes culturalmente motivados, e que está ligado ao conceito de cultura, é a questão da noção das «minorias» e «maiorias». Ao falarmos, em termos de maiorias e minorias, não nos referimos, necessariamente, a qualquer maioria ou minoria numérica em termos numéricos. Podem ser minorias em termos de poder de decisão relativamente aos assuntos sociais., económicas e de determinados «particularismos sociais».

É de sublinhar, com Boutros GHALI, na sua tridimensionalidade da cultura (modo de vida, ecumenismo e particularismos sociais) ao respeito da diferenciação étnico-cultural, os chamados “particularismos sociais”, que nada mais, nada menos parece significar que não seja a própria diferenciação cultural conforme os grupos identitários. Esta menção tem como escopo esclarecer as denominações “minorias” e “maiorias” étnicas usadas pela sociologia política.

As mulheres constituem “minorias sociológicas” em determinados contextos, apesar de, em termos numéricos factuais, poderem ser a camada maioritária naqueles contextos sociais. Determinadas religiões podem ser consideradas “minoritárias” em caso de existência de religião oficial que, por ter predomínio na ideologia reinante ou na coletividade nacional, constitui “religião maioritária”, podendo não significar isso que ela tenha maior número

de seguidores (muito embora em tempos de religião oficial ou de Estado, aquela considerada oficial tem normalmente maior número de seguidores).

Neste aspetos, as minorias étnicas não se definem necessariamente pela caracterização fenotípico-morfológica e ou morfológico-genética em geral. Mas pelas circunstâncias especiais de ausência da detenção de certo domínio, normalmente económico, político ou social.

Baseando-nos nesta conceção de "minorias étnicas", teremos que as minorias constituem, sempre, um agrupamento de pessoas que carecem de expressividade social em determinada sociedade. Seja uma expressividade em termos de opinião sobre o assunto do interesse público em geral, seja no respeitante ao seu interesse coletivo, em particular.

Seguindo esta lógica, somos levados a chegar à conclusão de que serão «minorias étnicas», nos termos da conceção que vem traçada inicialmente, todas aquelas etnias ou grupos sociais que, dentro de uma dada sociedade, não dispõem de força de expressão para exercer influência sobre quaisquer assuntos, sejam eles do interesse da coletividade mais ampla onde se insere, sejam eles, sobretudo, da sua coletividade mais restrita ou particular.

Assim, embora as características próprias de cada grupo humano possam concorrer para a qualificação de minorias étnicas, essas não relevam sempre para essa mesma qualificação por ser esse tipo de caracterização demasiado abrangente desvirtuando o conceito de etnicidade minoritária.

Também podem entrar no conceito pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social, como idosos e portadores de necessidades especiais.

8. Parte da premissa de que a sociedade está constituída por um conjunto de grupos em constante “equilíbrio dinâmico”: é da natureza humana que as pessoas se organizem em grupos; sendo de facto vidas humanas o resultado da associação em grupos. Mas especificamente os grupos se formam em conformidade com os interesses. Isto é, quando os indivíduos manifestam interesses e necessidades comuns para cuja prossecução se torna necessária uma ação em coletividade. Isto, tanto de ponto de vista individual quanto de ponto de vista coletivo. E permanecem enquanto os interesses em comum se mantiverem. O conflito pode existir entre um indivíduo e o outro ou entre o indivíduo e os outros ou um grupo (o conflito entre o eu e os outros, resultado do reconhecimento de quem sou perante os outros). Bem entre as autoridades e os súbditos. A gestão deste conflito leva a falarmos do multiculturalismo e dos crimes culturalmente motivados. E também pode ser entre os membros do grupo ou de um grupo e doutro).

O indivíduo atua, pois, de acordo com os valores do grupo a que pertence e no momento em que o conflito se verifica, o sentimento da sua lealdade face ao grupo tende a intensificar-se.

O conflito entre grupos organizados é particularmente visível na política: o grupo maioritário, que exerce poder legislativo, controla a justiça penal uma vez que a competência legislativa em matéria dos crimes é prerrogativa da soberania, competindo ao povo legislar sobre o assunto, isto é, de dizer o que é crime, visto que o crime é o resultado de um consenso mais alargado da comunidade politicamente organizada (o Estado), competindo ao povo, através dos seus representantes (nos Estados modernos) exercer o controlo dos membros da sociedade, definindo comportamento criminoso e não criminoso porquanto é a esta maioria que compete definir os crimes por ter voto maioritária na assembleia.

9. Quanto à relação entre autoridades e súbditos, o conflito explode quando as diferenças de comportamento entre os primeiros e os segundos encontram confirmação na diversidade cultural. E nesta perspectiva, TURK mostra-nos que o conflito não se verificará ou, verificando-se, então, será de pouca intensidade ou de pouca relevância quando as diferenças de valores ou de cultura entre autoridades e súbditos não se encontram também nos comportamentos dos grupos, por um lado; por outro lado, a organização, segundo TURK, é um elemento que mais faz ser possível o conflito. Por isso, "o conflito é tanto mais provável quanto mais organizados estão aqueles que têm uma conotação ilegal ou compreendem uma conduta ilegal". enquanto se entende que o detentor de autoridade está organizado, dado que a organização é um pressuposto indispensável para a aquisição e manutenção do poder, quanto maior for a organização dos súbditos, maior será a força com que poderão suportar o conflito com a autoridade.

A terceira condição é de que «o conflito é mais provável quanto menos sofisticados são os súbditos». Porque, para o autor sofisticação dos súbditos leva a evitar o conflito uma vez que, quanto mais sofisticados são, mais capacitados estarão para conseguir os seus objetivos, sem entrar num conflito aberto com o grupo detentor do poder.

Como se pode perceber, a literatura sobre «*cultural conflicts*» oferece-nos apontamentos interessantes sobre o tema analisado. Com efeito, a teoria de SELLIN sobre a imigração e criminalidade e a sua distinção entre conflitos internos e externos; a identificação por parte de VOLD dos grupos como atores do conflito; a tese de TURK e a descrição dos elementos que produzem conflitos culturais entre o grupo majoritário ou o poder e o grupo minoritário, são ideias importantes, não só para o estudo sobre a criminalidade «cultural», por um lado, e, por outro, para a definição do «crime culturalmente

motivado». É, obviamente, fundamental analisar, com certa profundidade, o significado do termo «cultura», que é o conceito básico sobre o qual se constrói a categoria dos crimes culturais («*cultural crime*» ou «*cultural offense*»). Cultura, recorde-se, do grupo étnico (como já visto) a que o indivíduo pertence — uma noção de cultura, entendida em sentido dinâmico, e considerada aqui na sua dimensão étnica—. E a cultura tem que ser a «cultura do grupo a que se pertence, cujos requisitos que foram descritos anteriormente:

10. Vale apenas dizer que os termos «multiétnica» e «multicultural», foram tratados ao traçar uma distinção entre «multicultural» (Sociedade multicultural) e «multiculturalismo»; e aqui, em resumo, referir com base na literatura especializada sobre a matéria, que, enquanto o termo «multicultural» se utiliza como fotografia de uma situação de facto, uma realidade existente (uma sociedade multicultural), o «multiculturalismo» constitui uma das possíveis respostas à esta situação.

11. O debate teórico sobre o multiculturalismo ganhou força nos finais do século XX nos Estados Unidos onde, apesar de ter permanecido no plano metafórico a aspiração de «melting pot» («caldeirão»), em que os diversos ingredientes culturais se misturam fundindo-se, passou-se ao modelo do «salad bowl» («saladeira»), em que os diversos ingredientes culturais se misturam, mas sem se fundirem, conservando cada um a própria e distinta especificidade étnica e cultural. Mais tarde, surge a chamada «era da ênfase da diferença» que levou à ideia da supremacia do grupo étnico e a valorização da sua cultura. Tal distinção tem relevância para efeito dos modelos penais de integração (modelo multiculturalista e o modelo assimilacionista).

Apontam-se posições fundamentais neste debate, as duas agrupando as seguintes teorias: **as teorias de matriz comunitarista**, para as quais é a comunidade que é possuidora de

direitos e é ela titular das reivindicações, sendo reconhecido pleno direito ao indivíduo só enquanto parte de um todo constituído pela comunidade a que pertence. Para as segundas, é o indivíduo o titular dos direitos que devem ser reconhecidos enquanto tais, porque, para evitar os excessos do individualismo radical, põem acento sobre o sujeito individual, considerado como indivíduo livre e por isso, titular de direitos que devem ser reconhecidos como tais. Reconduzíveis a uma ou outra posição, existem, como já ficou examinado anteriormente, distintas noções de «cultura», elemento indispensável para a definição de «crime. Para as primeiras, é a comunidade que é possuidora de direitos e é ela titular das reivindicações, sendo reconhecido pleno direito ao indivíduo só enquanto parte de um todo constituído pela comunidade a que pertence. E **as teorias chamadas liberais perfeccionistas** para as quais é o indivíduo o titular dos direitos que devem ser reconhecidos enquanto tais, porque, para evitar os excessos do individualismo radical, põem acento sobre o sujeito individual, considerado como indivíduo livre e por isso, titular de direitos que devem ser reconhecidos como tais. Reconduzíveis a uma ou outra posição, existem, como já ficou examinado anteriormente, distintas noções de «cultura», elemento indispensável para a definição de «crime culturalmente motivado.

Bibliografia

- Ac. trib. roma, 2 de mayo de 2000, giur. mer., 2001, pp. 1265 e ss., com nota de c. f. gosso, “proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto?”, pp. 2535 e ss (trib. roma 2 de maio de (Tr. ROMA 2000).
- AGUIAR, L. (consultado no dia 18 19.12.2018 de 12 de 2015). *Princípio da Ofensividade*. Obtido de Jusbrasil: <https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br> › Artigos
- ALMEIDA, A. (2009). Sentido da vida. Em AA.vv, *Dicionário Escolar da Filosofia* (1.ª ed. ed., p. pp. 231 e ss.). Lisboa: Plátano Editora .
- AMY, G., & TAYLOR, C. ((1994)). *Multiculturalism; Examining the Politics of Recognition*. (A. GUTMANN, Ed.)
- ANDRADE, M. D. (1990). *Cosentimento e Acordo em Direito Penal*.
- ANDRADE, M. D. (1996). "O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO NOVO CÓDIGO PENAL". *Para Uma Nova Justiça Penal* (p. 95 e ss.). Coimbra: Livraria ALMEDINA.
- ANDRADE, M. D. (1999). Incitamento ou ajuda ao suicídio. Em AA.VV, *Comentário conimbricense do Código Penal* (Vol. (Tomo) I). Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDRADE, M. D. (2001). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Vol. (Tomo) III). Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDRADE, M. D. (2012). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Vol. (Tomo) I). Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDRADE, M. D. (2012). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Vol. (Tomo) II). Coimbra, 1999: Coimbra Editora.
- ANDRADE, V. D. (2004). *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* (3.ª ed. ed.). Almedina.
- ASCENSÃO, O. (1981/86). Teoria Finalista e Ilícito Civil. in *Direito e Justiça, vol. II*, p. p. 92 e ss.
- ASHWORTH, A. (2009). *Principles of Criminal Law*. (6.ª ed. ed.).

- ASPINALL, P. J. (2002). "Collective Terminology to Describe the Minority Ethnic Population: The Persistence of Confusion and Ambiguity in Usage." *Sociology. A journal of the British Sociology Association, Novembro de*, (pp. 803-816.).
- ASSIS, V. S. (2006). *Direito de Igualdade e o Princípio da normatividade*. Lisboa: V, 2006, pp. 135 e ss.
- Association. (APR. de 1986). The Cultural Defense in the Criminal Law. (JSTOR, Ed.) *Harvard Law Review, 99, No. 6*, pp. 1293-1311.
- BACKES, O. (1988). Strafretch und Lebenswirklichkeit, in *Festschrift für W. Maihofer. in Festschrift für W. Maihofer Zum 70 Geburtstag*.
- BANO, A. (2003). *Status of Women in Islamic Society* (Vol. I).
- BARBAGLI, M. (1998). *Immigrazione e criminalità in Italia*. Bologna : Il Mulino.
- BARBOSA, H. J. (1947). *O Processo Criminal e Civil no Julgado Instrutor e no Tribunal Privativo dos Indígenas, Bolama, Imprensa Nacional, 1947*. Guiné-Bissau -Bolama: Imprensa Nacional.
- BARTOLI, U. (2007). "Il principio di offensività "in concreto" alla luce di alcuni casi giurisprudenziali". *Studium Iuris, 4*, p. p. 424.
- BARTOLINI, M. (2014-2015). *Il trattamento penale della criminalità C:D Culturale. Considerazioni in tema di reati culturalmente motivati*.
- BASILE, F. (2006). Em D.-M. (coords.), *Codice Penale Commentato* (art. 582 ed., Vol. vol. 2, p. p. 3852).
- BASILE, F. (2008). "Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui cd. reati culturalmente motivati". *Em Riv. it. dir. proc. Pen.*, p. 149 e ss.
- BASILE, F. (2010). Immigrazione e reati "culturalmente motivate". *Il diritto penale nelle società multiculturali*, 2010, pp. 157-260. pp. 157 - 260.
- BECCARIA, C. (. (1991). *Dos Delitos e das Penas* (1.ª ed. ed.). (R. L. (coords.), Ed., & P. L. Contessa, Trad.) SP - Brasil: Martins Fontes Editora, LTDA.
- BELEZA, T. P. (1980). *Direito Penal* (1.ª edição ed., Vols. Vol. I, Tomo I). Lisboa: ed. AAFDL.

- BELEZA, T. P. (1983). *Direito Penal. Reimpressão* (Vol. 2.º). Lisboa: AAFDL.
- BELEZA, T. P. (1983/2005). *Direito Penal*. (Reimpressão ed., Vol. 2.º). Lisboa/AAFDL.
- BELEZA, T. P. (1988). *Ilicitamente Comparticipando*. AAFDL.
- BELEZA, T. P. (2003 (1.ª ed. 1980)). *Direito Penal* (Vol. 2.º). Lisboa: AAFDL, reimp.
- BELEZA, T. P. (2005). *Direito Penal. Reimpressão* (Vol. 2.º).
- BENNETT, J. W. (1976). «Anticipation». *Adaptation and the Concept of Culture in Anthropology Science*, p. p. 847 e ss.
- BERNARDI, A. (2006). *Modelli penali e società multiculturale*. Torino.
- BERNARDI, A. (2007). L'ondivaga rilevanza penale del “fattore culturale”,. Em *Politica del diritto* (p. p. 3.).
- BETTIOL, G. (1931). *L'Efficacia della consuetudine nel diritto penale*. Milano: Societa Editrice “Vida e pensiero”.
- BETTIOL, G. (1957). Sulla Consuetudine Penal. *Riv. it. dir. pen.*, p. pp. 321 e ss.
- BEURIER, J.-P. (1993 -1994). “L'Influence de L'Évolution du Droit International sur ses source”, publicado na Revue Québécoise de Droit International, R.Q.D.I 216-227. in: *Revue Québécoise de Droit International*, pp. p. 216-227.
- BILLUCCI, L. (2001). Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto. *sociologia del diritto*, Fasc. 3, p. p. 131.
- BONNER, W. (1991). *The Liberal Self: Joh Stuart Mill's Moral and Political Philosophy*.
- BRICCHETTI y PISTORELLI. (2009). “Stretta sullo sfruttamento dei “mendicanti bambini” . in *Guida dir.*, 33, p. p. 27.
- BRITO, A. J. (2000). *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal, Direito sobre a vida ou Direito de viver*. Coimbra: Almedina.
- BRITO, J. d. (1963). *Direito Criminal. Apontamentos das Lições ao Curso do 3.º Ano de Administração ultramarina de 1961-1964*. Lisboa: ed. Policop. da Associação Académica do Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina.

- BRITO, J. d. (1983/84). Para a Fundamentação do Direito Criminal. Em AA.VV, *Textos de Apoio de Direito Penal* (Vol. Tomo I, p. 127 e ss.). Lisboa: AAFDL.
- BRITO, T. Q. (2007). *Direito Penal, PE: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- BRITO, T. Q. (2007). Eutanásia Activa Directa e Auxílio ao Suicídio : não punibilidade? Em AAVV, T. Q. DE BRITO, P. S. DA MATTA, J. C. NEVES, & H. MORAO (Edits.), *Direito Penal, PE: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- BRITO, T. Q. (2007). Interrupção de Alimentação e Hidratação Artificiais de Pessoa em Estado Vegetativo persistente. Em AA.VV, *Lições, Estudos e Casos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- BRITO, T. Q. (Ano 15 (2005)). Interrupção de alimentação e hidratação artificiais de pessoa em estado vegetativo persistente. *RPCC*, 557 e ss.
- BROECK, J. V. (2001). «Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)»,. *Eur Crime em Crim. L. & Crim. Just.*, 9, p. p. 31.
- BUONICORE, B. T. (18 de Setembro de 2014). *O Fundamento Onto-Antropológico da Culpa: Contributo para o estudo do conteúdo material da culpabilidade na dogmática penal contemporânea*. Obtido em 20 de Fevereiro de 2020, de <http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/6835/1/000461570-Texto%2bParcial-0.pdf>.
- CADOPPI, A. (2008). «Liberalismo, paternalismo e diritto penale». em *Fiandaca e Francolini (coord), Sulla legittimazione del diritto penale. Culture ropeo-continentale e anglo-americana a confronto*, p. pp. 83 e ss.
- CAETANO, M. (1937). *Lições de Direito Penal*. Lisboa: Faculdade de Direito.
- CAMALA, F. G. (2001). *Os tempos mudaram para pior*.
- CAMMILLERI, S. (2010). *A Identidade Cultural do Povo Balanta. Trad. port. do original em it. "Identità culturale dell'uomo africano attraverso i riti d'iniziazione presso il popolo 'Brasa', Guinea - Bissau — Africa Occidentale*. (L. BICARI, & M. F. DÂMASO, Trads.) Lisboa: Edições Calibri.
- CANOTILHO, J. J. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (4.ª ed. ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.

- CAPOTORTI, F. (1976). The Protection of Minorities under Multicultural to Agreements on Human Rights. *The Italian Yearbook of International Law*, 1976, II, 14 . *The Italian Yearbook of International Law*, 1976, II, p. . 14.
- CAPOTORTI, F. (1979). “Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities”. *UN Center for Human Rights, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/ADD.1*.
- CARDOSO, Á. L. (1993). *O Direito de Morrer — Suicídio e Eutanásia*. Círculo de Leitores.
- CARREIRA. (Janeiro de 1971). O Infanticídio Ritual em África. *Boletim Cultural da Guine Portuguesa*.
- CARREIRA, A. (-3. (Abril de N.º 102 (1971)). CARREIRA, A. (Abril de N.º 102 (1971)). O Infanticídio Ritual em África: Superstições que envolvem a gravidez, o parto e a criança na primeira infância. *Boletim Cultural da Guiné Portuguesa.*, Vol. XXVI, pp. 321-376.
 CARREIRA, A. (Abril de N.º 102 (1971)). *O Infanticídio Ritual em África: Superstições que envolvem a gravidez, o parto e a criança na primeira infância. Boletim Cultural da Guiné Portuguesa.*, Vol. XXVI, pp. 321-376., XXVI, pp. 321-376.
- CARREIRA, A. (Janeiro de (1971) 101). Infanticídio Ritual em África. *Boletim Cultural da Guiné-Portuguesa*, XXVI, pp. 149-217.
- CARREIRA, A. (1971). O infanticídio ritual em África. *in Boletim Cultural da Guiné Portuguesa*, n.º 101, p. p. 167 e ss.
- CARREIRA, A. (Janeiro de N.º 101 (1971)). O Infanticídio Ritual em África. *Boletim Cultural da Guine Portuguesa*, XXVI, pp. 149-217.
- CARREIRA, A. (Abril de N.º 102 (1971)). O Infanticídio Ritual em África: Superstições que envolvem a gravidez, o parto e a criança na primeira infância. *Boletim Cultural da Guiné Portuguesa.*, Vol. XXVI, pp. 321-376.
- CARVALHO, A. T. (1980). “O Conflito de Deveres em Direito Penal Médico”. *in Direito e Justiça*, Vol. 18, T. 2 (2004), pp. p. 215-240.
- CARVALHO, A. T. (1983). «Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal. Análise histórica. sentido e Limites». Em AAVV, *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*. Coimbra.

- CARVALHO, A. T. (1995). *A Legítima Defesa - de fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática*.
- CARVALHO, A. T. (1999). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Vol. (Tomo) II). Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, A. T. (2001). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Vol. (Tomo) III). Coimbra: Coimbra.
- CARVALHO, A. T. (2002). "Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal." *em: Direito e Justiça. arguição da dissertação de mestrado de Getúlio M. P. NEVES; cujo título é "Aplicação da Lei penal num Ambiente Multicultural: o caso do Estado do Espírito Santo"*, v. 16, pp. 131 - 157 e ss.
- CARVALHO, A. T. (2002,). Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal. *Direito e Justiça, XVI, t. I, p. p. 140 e ss.*
- CARVALHO, A. T. (2003). *Direito penal, questões fundamentais*,. Porto: Publicações Universidade Católica.
- CARVALHO, A. T. (2004). *Direito Penal — Parte Geral. A Teoria Geral do Crime* (Vol. II). Porto : Publicações Universidade Católica.
- CARVALHO, A. T. (2008). *Direito Penal- Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, A. T. (2012). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Vol. (Tomo) I). Coimbra: Coimbra Editora.
- CASTANGIA, I. (1999). «L'Europa delle persone e i diritti delle minoranze zingare». *Jus*.
- CERETTI/CORNELLI. (2009). «Quando la sicurezza CORTOCIRCUITA LA DEMOCRAZIA». Em M. e. (coords.), *Il «pachetto sicurezza»* (pp. pp. 3 e ss-.).
- CESAREO, V. (2002). *Società multietniche e multiculturalismi*.
- COLAIANNI, N. (2006). *Egualianza e diversità culturali e religiose. Um percorso costituzionale*. Bologna.

- COOMARASWAMY. (2005). «Violence against Women and “Crimes of Honour”». em *Wechman e HOSSAIN (coords.), Honour-Crimes, Paradigms, and Violence Against Women*, p. pp. 32 e ss .
- CORBETTA, D. B. (15 de Julho de 2009). (coords.) Nuovo delitto di impiego di minori nell'acattonaggio. *n.º 94*, pp. 123-32.
- CORREIA, E. (1943). A Teoria do Tipo Normativo de Agente. *BFD*, 19, pp. 11-25 .
- CORREIA, E. (1971). *Direito Criminal* (2.ª Edição ed., Vol. I). Coimbra: Livraria Almedina.
- CORREIA, E. (1971). *Direito Criminal* (Reimpressão ed., Vol. I). Coimbra: Livraria Almedina.
- CORREIA, E. (1973). *Direito Criminal* (Vol. II). Coimbra: Almedina.
- CORREIA, E. (1992). *Direito Criminal* (Vol. vol. I (II)). Coimbra: Livraria Almedina.
- CORREIA, E. (2001 (1.ª ed. 1963)). *Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias)* (Vol. I). Coimbra: Livraria Almedina, reimp.
- CORREIA, E. (2004 (1.ª ed. - 1965)). *Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias)* (Vol. II). Coimbra: Livraria Almedina, reimp.
- COSTA, Á. M. (2011). Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos. em: *evista da EMERJ*, vol. 14, n.º53, p. p. 7 e ss.
- COSTA, J. d. (1993). *O Valor do Silêncio do Legislador Penal e o Problema das Transplantações* (Vol. Vol. LXIX). Coimbra — FDUC.
- COSTA, J. d. (1996). Omissão (Reflexões a propósito da omissão imprópria). *BFD*, p. p. 392 e ss.
- COSTA, J. d. (1999). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Vol. (Tomo) II). Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA, J. d. (2001). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Vol. (Tomo) III). Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA, J. d. (2005). , «*O fim da vida e o Direito Penal*», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA, J. d. (2012). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Vol. (Tomo) I). Coimbra: Coimbra Editora.

- COSTA, J. d. (2012). *Noções Fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora (3.ª ed.).
- COSTA, N. G. (1989). Infanticídio Privilegiado: Contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal. *Boletim da Faculdade de Direito de Lisboa*, vol. 30, pp. 108-109.
- CRESSEY, D. (1968). "Cultural Conflict, Differential Association and Normative Conflict". em *WOLFGANG (coord.), Crime and culture. Essay in Honor of Thorsten Sellin*, (p. 43 e ss.).
- CUNHA, M. d. (1995). "Constituição e Crime" – Uma perscpectiva da criminalização e da descriminalização. *Em: Estudos e monografias*, p. 397 e ss.
- CUNHA, P. F. (1999). "Igualdade, minorias e discriminações.". *O Direito*, 131.º, pp. 297 - 298.
- DAHL. (1997). *The Muslim Family. A Study of Women`s Rights in Islam* .
- DAHRENDORF, R. (1959). *Class and Class Conflict in Industrial Society*.
- DIAS, A. J. (1961). O Mundo Sobrenatural dos Indígenas da África Portuguesa. Em AA.VV, *Estudos Ultramarinos. Lisboa: Instituto Superior de Estudos Ultramarinos* (p. pp. 29 e ss). Lisboa: Instituto Superior de Estudos Ultramarinos.
- DIAS, A. S. (1986). *A relevância jurídico penal das decisões de consciência*. Coimbra: Livraria Almedina.
- DIAS, A. S. (1997). *Código Penal Anotado, Ordem de Advogados da Guiné-Bissau* . Bissau: TIPS/USAID. (O. d. Guiné-Bissau, Ed.) Bissau, Guiné-Bissau: TIPS/USAID.
- DIAS, A. S. (2003). What if everybody didit: sobre a incapacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. *RPCC*, n.º 13, 303-345.
- DIAS, A. S. (2007). Faz sentido punir o ritual de fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. em: *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, n.º 8, p. p. 201 e ss.
- DIAS, A. S. (2007). *Materiais para o estudo da Parte Especial do Direito Penal. Crimes contra a vida e a integridade física* (2.ª ed. revista e atualizada ed.). Lisboa: AAFDL.
- DIAS, A. S. (2008). *Materiais para o estudo da Parte Especial do Direito Penal. Coletânea de Textos de Parte Especial do Direito Penal*. Em AA.VV. Lisboa: AAFDL.

- DIAS, A. S. (2012). O multiculturalismo como ponto de encontro entre direito, Filosofia e Ciências. Em AA.VV, T. BELEZA, P. CAEIRO, & F. D. PINTO (Edits.), *Multiculturalismo e Direito Penal* (p. pp. 15 e ss.). Lisboa: Almedina.
- DIAS, A. S. (2013). *Código Penal e Legislação Complementar*. Lisboa: AAFDL, 2.ª Edição (Edição Universitária).
- DIAS, A. S. (Janeiro-Abril de 2015). A responsabilidade criminal do `outro`: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenéutica intercultural. *Revista JULGAR. Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, n. 25, 95-108.
- DIAS, A. S. (2016). *Crimes Culturalmente Motivados. O direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas*. Coimbra: ALMEDINA.
- DIAS, A. S. (Abril-Junho de Ano 6, Fasc. 2.º, 1996). Problemas do Direito Penal numa Sociedade multicultural: o chamado Infanticídio Ritual na Guiné- Bissau. *Revista Portuguesa da Ciência Criminal RPCC*.
- DIAS, A. S. (Ano Letivo de 1992/93). *Direito Penal I, Programa de Curso e Bibliografia (Apontamentos de Direito Penal I)*. DIAS, Augusto Silva — Direito Penal I, Programa de Curso e Bibliografia, Ano letivo de 1992/93 (Apontamentos de Direito Penal I).: FDUL.
- DIAS, J. D. (1970). Crime Preterintencional, causalidade adequada e questão-de-facto. *RDES* 17.
- DIAS, J. D. (1973). *As Modernas Técnicas de Reanimação; Conceito de Morte; Aspectos Médicos Teológico-Morais e Jurídicos*. Porto.
- DIAS, J. D. (1975). *Direito Penal (Sumários das Lições à 2.ª Turma do 2.º Ano da Faculdade de Direito, com Indicações Bibliográficas e Textos de Apoio)* (reimpr. (1.ª ed. - 1965 ed.)). Coimbra: edição policop. da Universidade de Coimbra.
- DIAS, J. D. (1976). *Direito Penal*. Coimbra: ed. policop. da Universidade de Coimbra.
- DIAS, J. D. (1977 [Direito Penal (Aditamentos aos sumários das Lições à 2.ª Turma do 2.º Ano da Faculdade de Direito)]). 1977. *Direito Penal (Aditamentos aos sumários das Lições à 2.ª Turma do 2.º Ano da Faculdade de Direito)*. Coimbra: ed. policop. da Universidade de Coimbra. Coimbra: Universidade de Coimbra: ed. policop. .
- DIAS, J. D. (1977). *Direito Penal (Aditamentos aos sumários das Lições à 2.ª Turma do 2.º Ano da Faculdade de Direito)*. Coimbra: ed. policop. da Universidade de Coimbra.

- DIAS, J. D. (1983). Pressupostos da Punição e Causas que excluem a Ilícitude e a Culpa .
Jornadas de Direito Criminal. Lisboa: CEJ.
- DIAS, J. D. (1993). *Actas e Projecto da Comissão de Revisão (AA.VV)*. Lisboa: Rei dos Livros.
- DIAS, J. D. (1993). *Direito Penal Português, Parte Geral II, Consequências Jurídicas do Crime*.
Lisboa: Aequitas Editorial, Editorial Notícias.
- DIAS, J. D. (1995). *O Problema da consciência da Ilícitude em Direito Penal* (4ª Ed. ed.).
Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. D. (1999). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Artigos 202.º a 307.* (Vol. Tomo II). Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. D. (1999). *Questões Fundamentais do Direito Penal Revistadas*. Editora Revista dos Tribunais.
- DIAS, J. D. (2001). *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Artigos 308.º a 386* (Vol. Tomo III). Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. D. (2001). *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. D. (2004). *Direito Penal. Parte Geral — Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime* (Vol. Tomo I). Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. D. (2007). *DIREITO PENAL . Parte Geral. Questoes Fundamentais. A doutrina geral do crime* (Vol. t. I). Coimbra: COIMBRA EDITORA.
- DIAS, J. D. (2009). *Direito Penal Português. Parte Geral. As Consequências Jurídicas do Crime* (2.ª reimp. (1.ª ed. -1993) ed., Vol. TOMO II). Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. D. (2012). *Direito Penal — Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime* (2.º ed. ed.). Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª reimpressão .
- DIAS, J. D. (2012.). *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Artigos 131 a 201.º* (2.ª ed. revista e atualiza ed., Vol. TOMO I). Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. D. (2013). A “Ajuda Médica à Morte”:Uma Consideração Jurídico-Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCRIM, 100*, p. 24 e ss., 25.

- DIAS, J. D., & ANDRADE, M. D. (1996). *Direito Penal. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. Apontamentos e Materiais de Estudo da Cadeira de Direito Penal (3.º Ano)*. Coimbra: ed. policopada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra ((fascículos em curso de publicação).
- DONINI, M. (2008). «“Danno” e “offerta” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg». *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. pp. 1566.
- DONNER, W. (1991)). *The Liberal Self: Joh Stuart Mill’s Moral and Political Philosophy*. .
- ESER, A. (1997). «Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell’uno sull’altra?». *em: Riv. it. dir. proc. pen.*, p. pp. 1070 e ss.
- ESPINOSA, E. L. (1995). “Fronteras culturales”, in Emilio LAMO DE ESPINOSA. Em E. L. ESPINOSA, *Culturas, Estados Ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, (pp. 1995, pp. 13-79.). Madrid, : Alianza Editorial, 1995, pp. 13-79.
- EUA. (1918). *Volstead Act, a 18.ª emenda Constitucional*.
- FABIETTI, U. (2002). *Culture in bilico. Antropologia del Medio Oriente*.
- FABIETTI, U. (2004). *Elementi di Antropologia Culturale*.
- FABIETTI, U. (2 de Maio de 2013). *L’Identità etnico. Storia e critica di un concetto equivoco (3.ª ed. ed.)*. (Carocci, Ed.)
- FACCHI, A. (1992). Immigrazione, libertà e uguaglianza: due modelli politico-giuridici . 111 e ss. Em *in Teoria politica* (Vol. 2, p. pp. 11 e ss.).
- FACCHI, A. (2004). *I diritti nell’Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione* (II ed. ed.). Roma-Bari.
- FARIA, J. D. (2005). «O fim da vida e o direito penal», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 105 e s., p. 127.
- FARIA, M. P. (2005). *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal. ou valor dos sentidos sociais da interpretação da Lei Penal*. Porto.
- FARIA, M. P. (2012). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Vol. (Tomo) II). Coimbra: Coimbra Editora.

- FARIA, M. P. (Março de 2014). O costume e o direito penal no século XXI. Em AA.VV, & T. P. BELEZA (Ed.), *Multiculturalismo* (pp. p. 115 - 141). Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa: ALMEDINA.
- FARIA, P. R. (1999). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Vol. (Tomo) I). Coimbra: Coimbra Editora.
- FARIA, P. R. (2001). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial* (Vol. (TOMO) III). Coimbra: Coimbra Editora.
- FAVEIRO, V. A., ARAÚJO, L. D., & DOS SANTOS, J. B. (1971). *Código Penal Português Anotado* (7.ª Edição Revista e atualizada ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- FEINBERG, J. (1984). *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*.
- FEINBERG, J. (1985). *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*.
- FEINBERG, J. (1986). *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*.
- FEINBERG, J. (1988). *Harmless Wrongdoing, 1988, The Moral Limits of the Criminal Law*.
- FERNANDO, K. L. (2007). *Princípio da ofensividade como pressuposto do jus puniendi. enfoque sobre o conceito material do delito à luz da constituição federal de 1988*. (L. ofensividade.htm., Produtor) Obtido em 10 de junho de 2009, de disponível em:<http://www.advogado.adv.br/>.
- FERREIRA, C. D. (1934). *Da eficácia do costume em Direito Penal, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano II, 1934, p.* Lisboa.
- FERREIRA, M. C. (1962). *Direito Penal* (reedição das lições proferidas pelo Autor em 1940-41) ed., Vol. I). Lisboa: ed. policop.
- FERREIRA, M. C. (1962). *Direito Penal* (reedição de lições proferidas pelo Autor em 1941-42) (Vol. II). Lisboa: ed. policop.
- FERREIRA, M. C. (1982). *Direito Penal Português. Parte Geral* (2.ª ed. (1.ª ed., 1981) ed., Vol. I). Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo.
- FERREIRA, M. C. (1982). *Direito Penal Português* (Vol. II). Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo.
- FERREIRA, M. C. (1992). *Lições de Direito Penal:Parte Geral*. Lisboa: Verbo (4.ª ed.).

- FIANDACA, G. 1. (1991). «Note sul principio di offensività e sul ruolo del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giurisprudenziale». (S. (coord.), Ed.) *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, p. 63 ss.
- FIANDACA, G. (1988). «La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura». *Foro It*, p. 508.
- FIANDACA, G. (1988). «La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura». em: *Foro It. Foro It.*, p. 508.
- FIANDACA, G.-M. E. (2007). *Diritto penale. Parte speciale* (Vols. 2, t. I).
- FIORE, C. (1959). *Il reato impossibile*.
- FIORE, C. (2006). «Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività». em: VASSALLI (00rd.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale.*, p. pp. 91 e ss.
- FITOURI. (1988). «*Childhood and Youth*» em DOUHDIBA-MARUF AL DAWALIBI (coord.), *YThe Differents Apects of Islamic Culture. The Individual na Society in Islam*, .
- FORNASARI, G. (2008). «Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giurisprudenziale». Em B. (coords.), *Legalità penale e crisi, oggi*, (p. p. 196).
- FORTI, G. (2006). «Per una discussione sui limiti morali del diritto penale tra visioni «liberali» e paternalimi giuridici». em: *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I*, p. pp. 283 e ss.
- FORTI, G. (2008). «Principio del danno e legittimazione “personalista” della tutela penale». em: *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. pp. 597 e ss.
- FRANCO, A. S. (Abril-Junho de Ano 6, Fasc. 2º (1996)). Do Principio da Intervenção Mínima ao Principio da Máxima Intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 178 e ss.
- FRANCOLINI, G. (2008). «Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice». Em e. F.-c.-a. confronto.
- FRANCOLINI, G. (2008). «L'Harm Principle nel diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg». em: *Riv it. dir. proc. pen.*, p. pp. 276 e ss.

- FREITAS, L. D. (1984). *A Falsidade no Direito Probatório*.
- FRIENENTHAL. (2008). «It`s not All Mutilation: distinguishing between Female Genital Mutilation and Female Circumcision». Em *em Giur. mer.* (p. pp. 2590 e ss.).
- G. FIANDACA, G. F. (2008). *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e angloamericana a confronto*. Torino.
- GALEOTTI, M. (1999). *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario, 1999, p. 17*.
- GALLAS. (1941). Tatstrafe u. Täterstrafe. *ZStW*, 60º, p. 380.
- GALLAS. (1958). *Niederchriften iiber die Sitzungen der grossen Strafrechtskommission (Vol. II)*.
- GALLAS. (1962). *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (4.ª Edição ed.)*.
- GALLI, C. (2006). *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*. (C. GALLI, Ed.) Bologna.
- GALLO, M. (1951 -1952). “Il dolo. Oggetto e accertamento”. Em: *Studi Urbinati*, p. 269.
- GEERTZ, C. (1973). *A Interpretação das Culturas*. (p. p. Tradução de FANNI WROBEL do Original em Inglês “The Interpretation of Cultures”, Ed.) ZAHAR editores.
- GEILEN, G. (1975). *Euthanasie und Selbstbestimmung*.
- GIARDONI, M. C. (2004). *Histório do Direito Penal Entre os Povos Antigos do Oriente Próximo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- GILISSEN, J. (1995). *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- GIOVINE, D. (2003). *Il contributo della vittima nel delitto colposo, 2003*.
- GODINHO, I. F. (2015). *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*. Coimbra: Comibra Editora.
- GOLDSCHMIDT, J. (1935). *Metodologia Juridico-Penal*. Reus .
- GOLDSCHMIDT, J. (1943). *La concepcion Normativa de La Culpabilidad (trad. M. de Goldschmidt e R. Nuñez)* . Buenos Aires: ed. Depalma.
- GOMES, A. (1999). Razão de ser,. Em D. CARNEIRO.

- GOMES, L. F. (21 de Setembro de 12, n.º1542 (2007)). *Fontes do Direito Penal: necessária revisão desse assunto*. Obtido em 27 de Dezembro de 2018, de Em Revista Jus Navigandi, ISSN disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10375>.
- GOMES, L. F. (10 de abril de 2007). *Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. Obtido em 12 de junho de 2009, de <http://www.Lfg.blog.br>.
- GOMES, L. F. (10 de Abril de 2007). *Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. Obtido em 27 de Dezembro de 2018, de <https://www.Lfg.blog.br>.
- GONÇALVES, M. (1997). *Código Penal anotado*. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, M. L. (1972). *Código Penal Português na Doutrina e na Jurisprudência* (2ª Edição ed.). Coimbra: Livraria Almedina.
- GONÇALVES, M. M. (1998). *Código Penal Português — Anotado e Comentado e Legislação Complementar* (12.ª Ed. ed.). Coimbra: ALMEDINA.
- GRADONI, L. (2005). *Nullum crimen sine consuetudine: A Few observations on how the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Has Been Identifying Custom*. Obtido em 28 de Dezembro de 2018, de paper presented at the Florence Founding Conference of the ESIL. Disponível em: https://www.esil-sedi.eu/sites/files/Gradoni__o.
- GRECO, L. (2018). *Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas*. Obtido em 26 de Dezembro de 2018, de <https://www.passeidireto.com/arquivo>.
- GRECO, R. (2009). *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. (4.ª ed. ed.). Niterói - RJ: Impetus.
- GRECO, R. (2009). *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. (4.ª ed. ed.). Niterói - RJ: Impetus.
- GUINÉ-BISSAU/ANP. (1984). A Constituição da República, texto de 1984 (com alterações sucessivas).
- GUTMANN, A. (1994). *Multiculturalism; Examining the Politics of Recognition*. (A. GUTMANN, Ed.)

- HAMEL, M. R. (2006). DIREITOS HUMANOS E MULTICULTURALISMO: a democracia como forma de inclusão social. *direito em debate*.
- HANNERZ, U. (2001). *La diversità culturale* (tradução italiana ed.).
- HANS-HEINRICH. (1961). *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*. im dogmengeschichtlicher Entwicklung, Festschrift für Eb. Schmidt.
- HARCOURT. (1999). «The Collapse of the Harm Principles». in: *J. Crim. L. & Criminology*, 90, p. pp. 120 e ss.
- HARCOURT. (1999). HARCOURT, «The Collapse of the the Harm Principles». em *J. Crim. L. & Criminology*, 90, p. pp. 109 e ss.
- HARCOURT. (2001). «Joel Feinberg: on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between the Moral Limits of the Criminal Law and the Expressive Function of Punishment». in: *Buff. Crim. L. Rev.*, p. pp. 145 e ss.
- HARCOURT. (2001). «JOEL FEINBERG: on Crime and Punishment: Exploring the Relationship between the Moral Limits of the Criminal Law and the Expressive Function of Punishment», em *Buff. Crim. L. Rev.*, 2001, PP. 145 E SS. em *Buff. Crim. L. Rev.*, p. pp. 145 e ss.
- HASSEMER. (1992). «Kennzeichen und Krisen des modernes Strafrechts». em: *ZRP*, p. pp. 378 e ss.
- HENDRICKS/NICKOLI. (2000). “Multicultural Issues na Perspectives”,. (Multicultural, Ed.) em: *HENDRICKS e BYERS (corrd.), Multicultural Perspectives in Criminal Justice and Criminology*, p. p. 13 e ss.
- HIRSCH, A. v. (2008). «I concetti di “danno” e “molestia” come criteri politico-criminali nell’ambito della dottrina penalistica nordamericana». Em e. F.-c.-a. a confronto.
- HORSTER, H. E. (1998). HORSTER, HEINRICH EWALD — Polis, Enciclopédia Editorial Verbo - 1998 Lisboa, Portugal. Em AA.VV, *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado* (Vol. Vol. 2). Lisboa, Portugal: Editorial Verbo.
- <https://brasilecola.uol.com.br>. (2019). Obtido em 16 de Novembro de 2019, de <https://brasilecola.uol.com.br>.

- HUNTINGTON, S. (1993). The Clash of Civilizations? Em *in Foreign Affairs* . (Vols. 72, 3, p. pp. 22 e ss.).
- HUNTINGTON, S. (1996). *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*.
- HUNTINGTON, S. (2005). *La nuova America. Le sfide della società multiculturale*, trad. it.
- IRFAN, H. (s.d.). *Honour Related Violence Against Women in Pakistan*. Obtido de www.americambarfoundation.org, pp. 1 e ss.
- ISASCA, F. (1997). *CP Anorado da Guiné-Bissau — Equiparação da Omissão à Ação (Anotações ao art.º107.º do CP guineense)*. Bissau: TIPS/USAID.
- ITÁLIA. (1986). S. Corte Const. , núm., 62/1986. em: *Cass. pen. 1986., com nota de PALAZZO, «Ragionevolezza delle revisioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplodenti»*, n.º 62/1986, p. pp. 1053 e ss.
- ITÁLIA. (15 de Maio de 1989 (1991)). Corte de cassação. Secção I. em: *Cass. pen., com anotação de CASTELLANI, “L`art.49 tra tentativo e reato impossibile”*., p. pp. 572 e ss.
- ITÁLIA. (1989). S. Corte Const. núm.957/1988. em, *Cass. pen. 1989, pp. 186 e ss., com nota de SORRENTINO, «L`interesse minorile e il principiodi offensività nella giurisprudenza costituzionale»*, ob. cit., p. 96., p. p. 186 e ss.
- ITÁLIA. (7 de Dezembro de 1989). S. de la Corte de Casación, secc. V. in *Foro it. 1990,, t. II*, p. pp.369 e ss.
- ITÁLIA. (2000). S. Corte Const. núm., 263/2000. em: *Cass. pen., pp. 2951 e ss., S. 263*, p. p. 2951 e ss.
- ITÁLIA. (2 de Maio de 2000). S. do Trib. Roma, 2 de Maio de 2000,. em: *Giur. mer., 2001, pp. 1265 e ss., com nota de C. F. GOSSO, “Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto?”*, p. pp. 2535 e ss.
- ITÁLIA. (25 de Janeiro de 2007). S. Casación., secc. III. CED 236023.
- ITÁLIA. (2007). Trib. de Padova, 9 de Novembro de 2007, em *Giur. mer., 2008, pp. 2586 e ss.* Em *em Giur. mer.* (p. pp. 2586 e ss.).
- ITÁLIA. (20 de Janeiro de 2008). Caso Hina Saleem.

- ITÁLIA. (2008). S. Corte Const. núm. 225/2008. *S. Corte Const. núm. 225/2008. Sobre a dupla dimensão do princípio de ofensividade e os «equivocos» da Corte Constitucional*, v. PALAZZO, núm. 225.
- ITÁLIA. (28 de Novembro de 2008). S. de la Corte de Casación., secc. V. *in Fam. dir., 2009, com nota de PITTARO, Impiego di minore nell'accattonaggio part time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?*, núm. 44516, p. pp. Pp.238 y 369 e ss.
- ITGIBA, I. N. (1945). *Do homicídio*. Rio de Janeiro: Revista Forense.
- JAKOBS, G. (1997). *Derecho Penal — Parte General, 1997*.
- JAO, M. (Julho de 1989). "Estrutura "Política" e Relações de Poder entre os Brames ou Mancanhas. *Revista de estudos guineenses*, p. 47 e ss.
- JAO, M. (Dezembro de 7 (2003)). «Código Penal, Infanticídio e Rejeição: a prova do rio». *Soronda, Revista de Estudos Guineenses*, p. pp. 45 e ss.
- JESCHECK, H.-H. (1993 (4.ª Ed.)). *Tratado de Derecho Penal — Parte Geral*. (J. L. Samaniego, Trad.) Granada: Editorial Comares.
- JESUS, D. E. (1988). *Direito Penal — Parte Geral*. (13.ª revista e ampliada ed., Vol. 1.º). São Paulo: Saraiva (13.ª edição revista e ampliada).
- JESUS, D. E. (1988). *Direito Penal - Parte Especial* (5.ª edição ed., Vol. 3.º Vol.). São Paulo: Editora SARAIVA.
- JESUS, D. E. (1988). *Direito Penal — Parte Especial* (11.ª edição ed., Vol. 2.º vol.). São Paulo: Saraiva.
- JOSE, A. (2016). *Homicídio: dos primórdios aos dias atuais*. Obtido em 15 de Novembro de 2019, de <https://joseaop1984.jusbrasil.com.br>.
- JSTOR (Ed.). (Abril de N.º 6 (1986)). The Cultural Defense in the Criminal Law. *Harvard Law Review*, 99, pp. 1293-1311.
- KADISH. (2007). The Crises of Overcriminalization. *in ZIMRING Y HARCOURT (coords.), Criminal Law and the Regulation of Vice*, (p. pp. 48 e ss.).
- KAUFMANN, A. (1954). *Lebendiges und Totes in Binding`s Normentheorie*. (p. 9. ss., Ed.) Göttingen.

- KAUFMANN, A. (1959). Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. p. p. 87 e ss.
- KHAN, Z. (2006). *Transnational Feminism and the Moral Regulation of Pakistani Women*.
- KINDHÄUSER, U. (2009). El consentimiento en el Derecho penal. Reflexiones desde la teoría de las normas. Em AAVV., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias/ coord. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, (Direito Penal (cont.))* (Vol. 2, pp. p. 559-582 Idioma: lenguas múltiples). Coimbra: Coimbra Editora.
- KUSTERS, J. (2009). Criminalising Romani Culture Through Law Multicultural, Chapter 9. Honor Killings and the Cultural Defense in Germany. Em J. Kusters, FOLETS, & RENTELN (Edits.), *Multicultural Jurisprudence, Perspective on Cultural Defense* (pp. pp. 199-228).
- KYMLICKA, W. (1995). Teoria e pratica del multiculturalismo d'immigrazione. Em AA.VV, E. CANIGLIA, & A. SPREAFICO (Edits.), *Multiculturalismo o comunitarismo?* Oxford.
- KYMLICKA, W. (1997). Le sfide del multiculturalismo. Em AA, *Il Mulino*.
- LÉVI-STRAUSS. (1949 [depois com uma nova edição revista e corrigida em 1967]). *Les Structures Élémentaires de la Parenté*. Paris: PUF.
- LAGO, D. (2006). “Esistono davvero conflitti di culture? Una riflessione storico-metodologica”. em: C. GALLI (coord.) *Multiculturalismo*, p. 65 e ss.
- LANZILLO. (2006). «Noi o gli altri? Multiculturalismo, democrazia, riconoscimento», . em C. GALLI, *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, (p. 81 e ss).
- LAPEYRONNE, D. (1993). *L'individu t les minorités. La France et la Grande-Bretagne face à leurs immigrés*. Paris.
- LEAL-HENRIQUES, M. D., & SANTOS, M. S. (1998). *Código Penal Anotado — Referências Doutrinárias, Indicações Legislativas, Resenha Jurisprudencial*. (Vol. II). Lisboa: Editora Rei dos Livros.
- LEAL-HENRIQUES, M. D., & SANTOS, M. S. (2000). *Código Penal Anotado — Referências Doutrinárias/Indicações Legislativas Resenha Jurisprudencial) Vol. II, 2ª Edição - Rei dos Livros - Lisboa (3.ª edição, ed.)*. Lisboa: Rei dos Livros.

- LECALDANO. (2002). «Mutilazioni genitali femminili». Em *Dizionario di Bioetica* (p. pp. 177 e ss.).
- LEITE, A. (2006). Notas sobre os crimes omissivos no contexto do direito penal das Ordenações. . *RFDUP*, p. pp. 77 e 104 e ss.
- LEITE, A. (2007). “As posições de Garante na Omissão Impura. Em especial , a Questão da Determinabilidade Penal”.
- LETIZIA, M. (1998). *Immigrazione musulmana e cultura giuridica*. Itália: Università degli studi di bologna.
- LIMA, P. D., & VARELA, A. (1997). *Código Civil Anotado: aquisição da personalidade* (4.ª revista e atualizada ed., Vol. I). Coimbra.
- LOUREIRO, J. (1995). *Transplantações : um Olhar Constitucional*,. Coimbra: Coimbra Editora.
- MACHADO, J. B. (1993). *Inrodução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (6.ª REIMPRESSÃO ed.). Coimbra: ALMEDINA.
- MACHADO, L. A. (1974). Tipo, Evolução Histórica. [https://revistas.ufpr.br\(Tipo normativo \)](https://revistas.ufpr.br(Tipo normativo)), p. 188 e ss.
- MAGLIE, C. D. (2019). *Crimes Culturalmente Motivados*. Obtido em Março de 2022, de <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br › doutrina ›>
- MANCINI, L. (1998). «I Rom tra cultura e devianza». *Dir. pen. e proc. pen.*, p. pp. 770 e ss.
- MANES, V. (2005). *Il Principio di Offensività nel Diritto Penale. Canone di Política Criminale. Critério Ermeneutico, Parametro di Ragionevolezza*. Torino: G. GIAPPICHELLI EDITORE.
- MANZINI, V. (1986). *Tratato di diritto penale*. Em Nuvolone (Ed.), *10*, p. 378.
- MARINUCCI, G. E. (2001). *Corso di diritto penale*. 1. Le norme penali: fonti e limite di applicabilità. Il reato: nozione struttura e sistematica.
- MARTINS, A. C. (1985). *O Aborto e o Problema Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTINS, A. C. (1986). *A Colheita de Órgãos e Tecidos nos Cadáveres*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTINS, A. C. (1996). *Bioética e Diagnóstico Pré-Natal* . Coimbra: Coimbra Editora.

- MAURACH, R., & ZIPF, H. (1994). *Derecho Penal — Parte General* (Vol. I).
- McDONALD. (2004). «Circumcision and the Criminal Law: the Challenge for a Multicultural State». Em *em . New Zealand Uni. L. Rev.* (p. p. 144).
- MENDES, C. (1979). *Teoria Geral do Direito Civil*.
- MEZGER, E. (1949.). *Strafrecht: Ein Lehrbuch, 3.ª ed., 1949, §19, I e §19, II.* (E. Kern, Ed.)
- MIEDICO. (2006). , “Art. 671, in *DOLCINI y MARINUCCI (coords.), Codice Penale Commentato* (Vol. t. II).
- MILL, J. S. (2000). *Sulla libertà* (trad. it. ed.).
- MILL, J. S. (2021). *Sobre a Liberdade.* (p. P. Tradução do original em ingles On Liberty, Ed.) Espaço Amoreiras, Lisboa-Portugal: EDIÇÕES 70, LDA.
- MIRANDA, J., & MEDEIROS, R. (2006). *Constituição Portuguesa Anotada* (Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora.
- MODONA, N. (1967). “Reato impossibile”. Em: “*Reato impossibile*”, entrada em: *Nss. Dig. it., vol. 14* , p. 980.
- MODOOD, T. (2002). Some Critical Observations on the Use of the Concept of ‘Ethnicity’ in MODOOD et al., *Ethnic Minorities in Britain*.
- MOIHOFFER. (1953). *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*.
- MORÃO, H. (Ano 15 (2005)). Eutanásia Passiva e Dever Médico de agir ou omitir em face do Exercício da Autonomia Ética do Paciente. *RPCC, Ano 15 (2005), p. 83.* .
- MORRIS/HAWKINS. (1970). *The Honest Politician`s Guide to Crime Control*.
- MORRIS/HAWKINS. (2007). "Tche Overreach of the Criminal Law". em *ZIMRING Y HARCOUT (coords.), Criminal Law and the Regulation of Vice*, p. pp. 70 e ss.
- MOURA, S. (1994). Diagnostico pré-natal. em *RPCC*, p. p. 321.
- Musco, F. (1991). «Note sul principio di offensività e sul ruolo del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giurisprudenziale», em: *STILE (coord.), Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, 1991, pp. 63 e ss. em: *STILE (coord.), Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale.*, p. pp. 63 e ss.

- MUSCO, F. (2007). *Diritto penale. Parte speciale* (Vols. vol. 2, t. I).
- NADER, P. (1985). *Introdução ao Estudo do Direito* (3.ª Edição ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- NADER, P. (1985). *Introdução ao Estudo do Direito* (3.ª Edição ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- NASCIMENTO, E. R. (2016). “*Perigo abstracto no âmbito do tráfico e do consumo de drogas*”, PUC/SP: (tese não publicada).
- NETO, M. O. (2018). O Direito Penal das Velocidades. Disponível em: faef.revista.inf.br/arquivos ou .
- NEVES, A. C. (1993). *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- NEVES, A. L. (2014). *A Circuncisão Religiosa como Tipo de Problema Jurídico-Penal*. Coimbra: ALMEDINA.
- NEVES, G. (2002). *A aplicação da lei penal num ambiente multicultural: o caso do Estado do Espírito Santo*. Lisboa: (tese de mestrado não publicado).
- NIETZSCHE. (11 de Maio de 2016). Gaia Ciência, prólogo §370 .
- NIETZSCHE. (11 de Maio de 2016). Para além da saúde e da doença.
- NORONHA, M. (1985-1990). *Direito penal — Parte Geral* (Vol. I). São Paulo: Saraiva (edições atualizadas por vários autores).
- ONU. (1989). *Convenção internacional sobre os Direitos da Criança*. Nova Iorque, Estados Unidos.
- ONU. (1989). *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Adotada pela resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas a 0 de Novembro de 1989*.
- ONU/NU. (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de Dezembro*. Nova Iorque, Estados Unidos.
- ONU/NU. (1966). *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. Adoptado pela Resolução n.º 2200 - A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas a 16 Dezembro de 1966*. Nova Iorque.

- ONU/NU. (1966). Protocolo Facultativo Adicional referente ao Pacto Internacional dos Direitos civis e Políticos. *Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de Dezembro de 1966.*
- ONU/NU. (1979). Convenção Contra todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. *Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 18 de Dezembro de 1979 disponível em: <https://bit.ly/CEDAWen> (inglês); ou <https://bit.ly/CEDAWpt> (português).*
- ONU/NU. (1989). Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos com vista a Abolição da Pena de Morte. *Adotado e Proclamado pela Resolução n.º44/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 15/12/1989.* Nova Iorque.
- ONU/NU. (2018). «Direitos Humanos. Coletânea de Textos Internacionais, Volume I. Testos Fundamentais de Direitos Humanos, 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Nações Unidas Guiné-Bissau, 2028 (ONU/NU s.d.). . Em A. C. Humanos, 70 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nações Unidas-Bissau: Nações Unidas.
- ONU/NU. (s.d.). Direitos Humanos. Em A. t. Humanos. Bissau.
- ONU/NU. (s.d.). *Mulheres Direitos: Saúde sexual e reprodutiva a partir das Conferências da ONU.* Obtido de disponível em: <https://www.periodicos.ufpb.br>.
- ORDEIG, G. (1976). *Estudios de Derecho Penal.* Madrid.
- PADOVANI, T. (1990). *Diritto penale e fattispecie criminose: introduzione alla parte speciale del diritto penale.*
- PALAZZO. (1998). «Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali». *em: Riv. it. dir. proc. pen.*, p. pp. 355 e ss.
- PALAZZO, «. e. (2001). «Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana». *em FIORAVANTI (coord.) La tutela penale della persona. Nuove frontiere difficili equilibri* , p. pp. 403 e ss.
- PALIERO, C. E. (1990). Il principio di effettività del diritto penale. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 473.

- PALIERO, C. E. (Riv. It. Dir. Proc. Pen. de 1990). Il principio di effettività del diritto penale,. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 473., p. 473.
- PALMA, A. (2016). *Diritto e Religione Nelle Società Multiculturali verso un approccio antropológico al diritto?* Napoli.
- PALMA, M. F. ((3) 1999). “Do sentido histórico do ensino do Direito Penal na Universidade Portuguesa à atual questão metodológica”. *em: RPCC, 9 (3) 1999 (351-447), 9*, pp. pp. 351-447.
- PALMA, M. F. (1983). *Direito Penal — Parte Especial; os Crimes contra as pessoas*. Lisboa: AAFDL.
- PALMA, M. F. (1990). *Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*.
- PALMA, M. F. (2018). *DIREITO PENAL - Parte Geral. A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal (3.ª ed. Reimpressão ed.)*. Lisboa: AAFDL EDITORA.
- PANANZIA. (1976). “Mendicità (Dir. pen.)”. *in Enc. dir. XXVI, XXVI*, p. p. 101.
- PARDAL, C. S. (Fevereiro de 2016). *Eutanásia — Representações Sociais. Eutanásia — Representações Sociais*. Coimbra.
- PARDAL, C. S. (s.d.). *Eutanásia — Representações Sociais*. Obtido em 25, à 00H29 de Out. de 2019, de <https://comum.rcaap.pt>.
- PAREKH, B. (1990). The Rushdie Affair: Research Agenda for Political Philosophy. *Em in Political Studies (Vol. vol. 38, p. pp. 695 e ss.)*.
- PAREKH, B. (2006). Rethinking Multiculturalism. *Cultural Diversity and Political Theory*. p. p. 283 e ss.
- PARENTI, M. (2006). *The Culture Struggle*.
- PAROLIN, G. P. (2007). *Citizenship in the Arab World*. Italian by Jovene in 2007.
- PATEL, R. M. (2003). *Woman versus Man. Socio-Legal Gender Inequality in Pakistan*.
- PEREIRA, R. C. (1995). *O Dolo de Perigo (Contribuição para a Dogmática da Imputação Subjectiva nos Crimes de Perigo Concreto)*. Lisboa: Lex.

- PEREIRA, R. C. (1995). Justificação do Facto e Erro em Direito Penal. *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*. Lisboa: FDL: Tipografia Guerra Viseu.
- PEREIRA, R. C. (1995). Justificação do Facto e Erro em Direito Penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDL)*, 25-47.
- PEREIRA, R. C. (1995). *O Crime de Aborto e a Reforma Penal*. Lisboa: AAFDL.
- PEREIRA, V. D., & LAFAYETTE, A. (2014). *CÓDIGO PENAL AANOTADO E COMENTADO, Legislação Conexa e Complementar*. Lisboa: QUID JURIS, SOCIEDADE EDITORA.
- PEREIRA/LAFAYETTE. (2014). *Código Penal - Anotado e Comentado - Legislação Conexa e Complementar* (2.ª ed. ed.). Lisboa: QUID JURIS - Sociedade editora.
- PETRIČUŠIĆ, A. (03-02-19: 12:00H.; de disponível na internet em: <https://bib.irb.hr> de 2005). The Rights of Minorities in International Law. *Croatian International Relations Review*, Vol. XI, n.º 38/39.
- PIETRO/CICERONE, D. (2000). «La circoncisione maschile su neonati». Em *em Medicina e Morale* (Vol. 6, p. pp. 1077 e ss.).
- PIMENTEL, J. C. (1999). Teoria da Acção Social. Em AA.VV, *Textos de Direito Penal* (Vol. Tomo II, pp. 185-203). Lisboa: AAFDL.
- PINTO, A. M. (1961). “Atitudes perante o Maometismo na África Portuguesa.”. Em *Estudos Ultramarinos*. Lisboa: Instituto Superior de Estudos Ultramarinos. Lisboa.
- PLANTAMURA, V. (2008). «Brevi note in tema di circoncisione maschile rituale, esercizio abusivo della professione e lesioni». Em *em Giu. merc.* (p. pp. 2590 e ss.).
- PONTI, G. (2002). *Compendio di Criminologia* (4.ª ed.).
- PORTUGAL. (1886). *Código Penal*. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- PORTUGAL. (1919). *Código penal português*. Coimbra: Imprensa da universidade.
- PORTUGAL. (6 de Maio de 1992). Ac. S.T.J. Obtido em 26 de Janeiro de 2020, de www.dgsi.pt: ASSENTO DR 180/92 Iª SERIE A DE 06-08-1992, PÁG. 3703A 3709 — BMJ Nº 417, PÁG. 111
- PORTUGAL. (12 de Julho de 2005). Ac. RL, relatado por Simas Santos. Obtido em 26 de Janeiro de 2020, de www.dgsi.pt: CJ/S.T.J. XIII, Tomo II, p. 238 e s.

- PORTUGAL. (27 de 04 de 2011). *Ac. S.T.J. — Fixação de Jurisprudência*. Obtido em 26 de 01 de 2020, de www.dgsi.pt/jstjf.nsf: Ac. de fixação de jurisprudência — 3.ª secção do S.T.J. — relatado por Henriques gaspar
- PORTUGAL. (21 de Maio de 2018). Resolução de Conselho de Ministros. *Diário da República*, n.º97/2018, série I ; e disponível em: <https://data.dre.pt/eli/resolconsmin/61/2018/05/21/pt/html>, n.º 61/18, pp. 2220 - 2245.
- POULTER, S. (1998). *Ethnicity , Law and Human Rights*, Oxford.
- POUTUGAL. (6 de Maio de 1992). Acórdão do STJ. *BMJ*, p. p. 582 e ss.
- POZO, J. A., & RODRUGUEZ, A. (s.d.). In *Medicina Legal, Conceitos básicos*, LIMUSA, NORIEGA EDITORES- México - Espanha - Venezuela -Argentina - Colômbia - Puerto Rico. Em *Medicina Legal* (p. 127 e s.). México - Espanha - Venezuela -Argentina - Colômbia - Puerto Rico: LUMUSA NORIEGA EDITORES.
- PRADO, L. R. (2008). *Curso de Direito Penal Brasileiro* (Vols. II, 7 ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PULITANÒ, D. (1976). *L`errore di diritto nella teoria del reato*.
- PULITANÒ, D. (2009). *Diritto penale* (3.ª ed. ed.).
- REALE, M. (1982). *Lições Preliminares de Direito* (10ª Edição Revista ed.). Coimbra: Almedina.
- REYS, L., & PEREIRA, R. C. (1990). *Introdução ao Estudo da Medicina Legal* (Vol. Vol. I). Lisboa: AAFDL.
- RIGOTTI, F. (2009). «Le basi filosofiche del multiculturalismo». *GALLI (Coord.), Multiculturalismo.*, (, 29.
- RITTLER, T. (1929). *Gesetzes und nicht gesetzes Strafrecht*, *ZStW* 49 B.
- ROCHA, L. (1991). Diagnóstico pré-natal. em: *RPCC*, p. pp. 175 e ss.
- ROMANO, M. (2007). Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali. em *Riv. dir. proc. pen.*, p. 505.
- ROMANO, M. (2008). Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale. em *Rev. it. de dir. proc. pen.*, p. p. 1000.

- ROMEO, C. M. (1989). Diagnostico prenatal. *em: I.M. CARRERA (Org.)*.
- ROSATO, A. K. (janeiro de 2016). Mulheres e Direitos: Saúde sexual e reprodutiva a partir das Conferências da ONU (Women and Rights: Sexual and reproductive Health in UN Cnferences). *Revista Átemis, disponível em: <https://www.periodicos.ufpb.br>; acedido a 6 de jan. 19:22:40h, vol. XXI, pp. pp. 116 - 130.*
- ROXIN, C. (Ano N.º 32, 2000). A Apreciação Jurídico-Penal da Eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCIM, 19.*
- ROXIN, C. (1993). *Problemas Fundamentais de Direito Penal* (2.ª edição ed.). Lisboa: VEGA/Universidade.
- ROXIN, C. (1998). *Problemas Fundamentais do Direito Penal*. p. 169.
- ROXIN, C. (2014). Homicídio a Petición y Participación e el Suicidio — Derecho Vigente y Propuestas de Reforma. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LXVI, MMXIII*, pp. p. 19, BGHSt 32, p. 370 e ss,.
- S. do Trib. Roma, 2 de Maio de 2000 , em: Giur. mer., 2001, pp. 1265 e ss., com nota de C. F. GOSSO, “Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto?”, pp. 2535 e ss (Trib. Roma 2 de Maio de 2000).
- SABATINI, G. (1964). MendicITÀ: I reati culturalmente motivati: l'impatto del multiculturalismo in. *in Nss. Dig. it., X*, p. p. 520.
- SACCO, R. (2007). *Antropologia giuridica*.
- SANHÁ, R. (1997). *Código Penal Anotado, Ordem de Advogados da Guiné-Bissau* . Bissau: TIPS/USAID.
- SANHÁ, R. (1997). Estudos de Direito Parlamentar. *Estudos de Direito Parlamentar, Seminário de Direito Constitucional, 1995 – 1996, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, AAFDL, 1997, p. 262. , pp. 221 e ss. (P. J. MIRANDA, Compilador) FDL - Lisboa: AAFDL.*
- SANHÁ, R. (1999). *Infanticídio ritual no sistema jurídico-penal da Guiné-Bissau: uma abordagem na perspectiva do conflito entre o direito positivo e os costumes étnicos* . Lisboa: (tese de mestrado não publicado).

- SANTOS, A. J. (2017). *Os problemas Penais da Eutanásia e Suicídio Assistido*. (Disponível em <https://www.repositório.ual.pt>) Obtido em 27 de Outubro de consultado em 2019, de <https://www.repositório.ual.pt>.
- SANTOS, L. F. (2009). *Ajudas-me a morrer? A morte assistida na cultura ocidental do século XXI*. Portugal: Sextante Editora.
- SAUER, W. (1955). *Allgemeine Strafrechtslehre*.
- SCALIA, M. (2009). "Le modifiche in materia di tutela dei minori"., (p. 1207 e ss.).
- SCHMIDT, E. (1969). "Soziale Handlungslehre",. (P. BOCKELMANN, A. CAUFMANN, & K. KLUG, Edits.) *Festschrift für Karl ENGISCH ZUM 70*, pp. 339 e ss.
- SCOLETTA, M. M. (2009). "Nuovo delitto di impiego di minori nell'accattonaggio; Sequestro di persona: nuove circostanza aggravanti e attenuanti. in AA.VV., *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, (pp. p. 135 - 143). Milano.
- SELLIN, T. (1970). "Sociological Approach". em WOLFGANG, SAVITZ y JOHNSTON (cords.) *The Sociology of Crime and Delinquency*, (p. p. 6).
- SELLIN, T. (1970). "The Conflict of Conduct Norms". em WOLFGANG, SAVITZ y JOHNSTON (coord.), *The Sociology*, (p. 188 e ss.).
- SERRA, T. (1991). *Problemática do erro sobre a ilicitude: Estudo em Torno dos art. "s 16.º e 17.º do Código Penal* ((Reimpresão) ed.). Coimbra : LIVRARIA ALMEDINA.
- SERRA, T. (1995). *Homicídio Qualificado. Tipo de Culpa e Medida de Pena, Contributo para o Estudo da Técnica dos Exemplos-Padrão no art.º 132.º do Código Penal*. Coimbra: Livraria Almedina.
- SERRA, T. (2003). *Atuação em nome de outrem no âmbito empresarial, em especial no exercício de funções parciais* (Vol. Liber Discipulorum JORGE DE FIGUEIREDO DIAS). Coimbra: Coimbra Editora.
- SHWEDER, A. R. (2002). «"What about Female Genital Mutilation?" an Why Understanding Culture Matters in the First Place». Em AA.VV, *Engaging Cultural Differences, The MULTICULTURAL Challenge in Liberal Democracies* (p. pp. 216 e ss.).
- SILVA, G. M. (1998). *Direito Penal Português* (Vol. II). Universidade Católica.

- SILVEIRA, A. M. (13 de MARÇO de 2019). *Princípio da Lesividade e os crimes de perigo Abstrato*.
Obtido em 26, 22:31H de Setembro de 2019, de <https://www.direitonet.com.br>
acedido a 26.09.19, às 22:31 h.
- SILVEIRA, J. (Janeiro de 2004). *Conceito de Indícios Suficientes no Processo Penal Português*.
Obtido em 29 de Abril de 2019, de <https://www.odireitoonline.com>.
- SMITH, A. D. (1984). *Il Revival Etnico*, trad. it. Torino - Itália: Il Mulino.
- SMITH, K. (2002). Some Critical Observations on the Use of the Concept of 'Ethnicity'. Em
AA.VV, 'Ethnic Minorities' in Britain (Vol. 36 (2), pp. pp. 399-417).
- SPAREMBERGER, R. F., & JUNIOR, B. H. (2016). MULTICULTURALISMO LIBERAL E IMIGRAÇÃO:
OS LIMITES DA POLÍTICA DA DIFERENÇA. *set/dezJoaçaba*, n. 3, p. 821-842, , 17.
- STELLA, F. (1970). "La discrizione" dell'evento. L'offesa – Il nesso causale,.
- STELLA, F. (1973). "La teoria del bene giuridico e i cd. Datti inoffensivi conformi al tipo". em:
Riv. it. dir. proc. pen., p. pp. 3 e ss.
- STELLA, F. (2007). «Le mutilazioni genitali femminili come cultural orientated crime. Note di
diritto italiano e comparato». Em *em Diritto penale XXI secolo* (p. p. 305).
- STELLA, P. (2003). *Esperienze culturali. Origini e problemi*.
- STERN, B. (1981). La coutume au coeur du droit international: quelques réflexions. in *Le droit
international: unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, , p. págs. 479 e ss.
- STRATENWERTH, G. (1956). "Prinzipien der Rechtfertigung". em *ZStW*, 68.
- STRATENWERTH, G. (1982). *Derecho penal — Parte general I: el hecho punible*. Madrid: Edersa
(2.ª edição).
- STRATENWERTH, G. (2017). *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. EL HECHO PUNIBLE* (Vol. I). 4.ª
edição (ampliada e atualizada), 3.ª reimpressão. Tradução de Manuel Cancio Meliá y
Marcelo A. Sancinetti.
- STRATENWERTH, G. (s.d.). *Schweizerisches Strafrecht, BT, I*.
- TORRES, E. M. (29, às 14:34 H de Janeiro de 2017). "Caso das irmãs Quinton." . *Jornal "El Pais"*
. Obtido em consultado no dia 23 de Dezembro de 2018, de BRST:
<https://www.brasil.elpais.com>

- TRINDADE, R. (11 de Maio de 2016). Para além da saúde e da doença.
- TRINDADE, R. (11 de Maio de 2016). Para além da saúde e da doença, acessado em 23 de jan. de 19.
- TURK, A. (1969). «*Criminality and Legal Order*».
- TYLOR, E. (1988). "Primitive Culture". em: BOHANNAN e GLAZER (coord.) *High Points in Anthropology, 1988, p. 6, p. p. 6 ss.*
- UA. (1981). Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. *Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em Janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana(OUA) em Nairóbi, Quênia, em 127 de Julho de 1981.* Banjul, Gâmbia/Quênia.
- UA. (11 de Julho de 2003). Protocolo Adicional à Carta Africana dos Direitos Humanos.
- UE. (20 de 9 de 2018). Adesão da UE à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica. em *Jornal Oficial da União Europeia*.
- VALDIRENE SILVA DE ASSIS. (2006). *Direito de Igualdade e o Princípio da normatividade* . Lisboa: ULFD.
- VALSECCHI, A. (2009). "Due ulteriori delitti a tutela della vittima minorenne". in O. MAZZA e F. VIGANÒ (coords.) (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza"*, (p. pp. 280 e ss.).
- VIOTI, M. L. (1995). *Declaração e Plataforma de Ação da Conferência Mundial Sobre a Mulher*. Obtido em 6, 22:00h de jan. de 2019, de disponível em: <https://www.onumulheres.org.br> ; acessado a 6 de jan. de 19: 22:00h .
- VISWESWARAN. (1998). "Race and Culture of Anthropology", em: *Am. Anthropologist*. *Am. Anthropologist*, (1), p. p. 70 e ss.
- Vittorio, M. (2005). Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, critério ermeneutico.
- Vittorio, M. (2005). Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, critério ermeneutico, parâmetro di ragionevolezza. p. 230 e ss.

- VOLD, B. y. (1958). *Theoretical Criminology*.
- VOLD, B. y. (2002). *Theoretical Criminology* (5.ª ed. ed.).
- WELZEL, H. (1962). *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (4.ª Ed. ed.). Keit.
- WESSELS, J. (1976). *Direito penal, parte Geral (Aspectos Fundamentais)*. (T. d. TAVARES, Trad.)
,Porto Alegre: António Fabris editor.
- WING, A. K. (2008). «Twenty-First-Century Loving: Nationality, Gender, and Religion in the Muslim World». *Fordham L. Rev.*, 2008, pp.2895 e ss, p. 2895 e ss.
- Wohlers, W. (2008). «Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana». *em: FIANDACA e FRANCOLINI (coord.), Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-conyinentale e anglo-americana a confronto*, p. pp. 83 e ss.
- ZAFFARONI, E. R., & PIERANGELI, J. H. (2007). *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. (7.ª Revista e atualizada ed., Vol. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Índice

DEDICATÓRIA E AGRADECIMENTOS.....	4
RESUMO.....	10
SUMMARY	15
PALAVRAS-CHAVE.....	19
KEY WORDS	19
CONSIDERAÇÕES INICIAIS E DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	20
CAPÍTULO I.....	22
A APRESENTAÇÃO DO TEMA “CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS”	22
CAPÍTULO II.....	25
CULTURA PARA O DIREITO PENAL	25
1. O CONCEITO DE CULTURA PARA O DIREITO PENAL.....	25
1.1 CULTURA FACE AOS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS: DIGRESSÃO DOUTRINÁRIA APROXIMATIVA.....	25
1.1.1 <i>Relance de delineamentos: revisitação da doutrina.....</i>	25
1.1.1.1 Cultura: Concepções sobre cultura — Cultura, identidade e reconhecimento	
33	
1.1.1.1.1 Da “política de reconhecimento” de Charles TAYLOR e “papel das culturas sociais” de Will KYMLICKA.....	33
1.2 CULTURA (CONTINUAÇÃO): DA NOÇÃO PENALMENTE RELEVANTE DE CULTURA, SEGUINDO BHINKHU PAREKH E W KYMLICKA.....	45
1.2.1 <i>As diversas formas de diversidade cultural de BHINKHU Parekh e a concepção étnica de WII KYMLICKA</i>	<i>45</i>
1.2.1.1 Para ideia de BHINKHU PAREKH.....	46
1.2.1.2 Para KYMLICKA	47
1.2.1.3 Problemática das minorias e maiorias na sociologia política	56
1.3 CULTURA (CONTINUAÇÃO): CULTURA E GRUPO DE PERTENÇA.....	68
1.3.1 <i>Os requisitos do grupo de referência:.....</i>	<i>68</i>
CAPÍTULO III.....	71
CONFLITOS CULTURAIS	71
1. TENSÃO ENTRE A IDENTIDADE E O OUTRO.....	71
1.1 TEORIA DE CONFLITOS.....	71
1.1.1 <i>Identidade e alteridade.....</i>	<i>71</i>
1.1.2 <i>Conflitos interno e externo.....</i>	<i>74</i>
1.1.2.1 Conflitos primários e secundários — Posição de SELLIN	74
1.1.3 <i>Conflito de interesses dentro de grupos — Posição de Geroge Vold</i>	<i>79</i>

1.1.4	<i>Conflito entre autoridades e súbditos</i>	81
CAPÍTULO IV		87
SOCIEDADE MULTIÉTNICA E SOCIEDADE MULTICULTURAL		87
1. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL		87
1.1	A IDENTIDADE DISTINTIVA DAS ETNIAS.....	88
1.1.1	<i>A posição sociológica dominante</i>	88
1.2	SOCIEDADE MULTICULTURAL E MULTICULTURALISMO.....	91
CAPÍTULO V		94
DIREITO PENAL: RELANCE DE ENQUADRAMENTO		94
1. CONCEITO DE CRIME		94
CAPÍTULO VI		96
CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS: PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL		96
1. NOÇÃO, REQUISITOS DELIMITATIVOS E TENDÊNCIAS INTERPRETATIVAS		96
1.1	Noção.....	96
1.1.1	<i>Requisitos delimitativos</i>	98
1.1.2	<i>Tendências interpretativas</i>	100
1.1.2.1	Motivo cultural do autor vs. cultura do grupo.....	100
1.1.2.2	Alguns Exemplos temáticos.....	104
1.1.2.2.1	Abordagem panorâmica e comparativa dos casos de emprego de menores na mendicidade e de casamento forçado.	104
1.1.2.2.1.1	Emprego de menores na mendicidade: Especial referência aos casos de Rom e crianças talibés: um breve relance panorâmico	114
1.1.2.2.1.2	Alguns exemplos típicos de casamento forçado	127
1.1.2.2.1.3	Relance ao pluralismo Jurídico da era colonial em África	138
1.1.2.2.1.4	Alguns exemplos temáticos selecionados da jurisprudência guineense com validade para a análise da situação dos crimes culturalmente motivados e o modelo penal esboçado	151
CAPÍTULO VII		166
CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E MODELOS PENAIIS: ABORDAGEM COMPARATIVA		166
CAPITULO VIII		171
CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E OS MODELOS PENAIIS		171
1. CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E O MODELO «ASSIMILACIONISTA» FRANCÊS		171
1.1	CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E O MODELO MULTICULTURALISTA INGLÊS. 176	
1.2	A SUBDIVISÃO DOS MODELOS ASSIMILACIONISTA E MULTICULTURALISTA NA PERSPETIVA DE CRISTINA DE MAGLIE.....	181
1.1.1	<i>Modelo Assimilacionista</i>	181
1.1	MODELO MULTICULTURALISTA.....	184

1.2	OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E AS REGRAS DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO.....	192
1.3	ECO DO COSTUME NAS CONDUTAS TÍPICO-PENAIAS E O SEU REFLEXO NOS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS	207
1.4	CRITÉRIO DA TRANSMUTAÇÃO DO FACTO SOCIALMENTE REITERADO EM NOVA NORMA	216
1.5	CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS NO PLANO DA CONCEPÇÃO REALISTA DO ILÍCITO E DO PRINCÍPIO DA NECESSÁRIA LESIVIDADE	229
1.6	CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E O PRINCÍPIO DE NECESSÁRIA LESIVIDADE.....	238
CAPÍTULO IX.....		243
CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS (<i>CULTURAL OFFENSE</i>): A DOGMÁTICA E CONSEQUÊNCIAS DO PONTO DE VISTA POLÍTICO-CRIMINAL.....		243
1. REFERÊNCIA ÀS BASES SANCIONATÓRIAS NO PLANO INTERNO E INTERNACIONAL		244
1.1	CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E PROBLEMA DA RESPONSABILIZAÇÃO NO ÂMBITO DOS CHAMADOS CRIMES SEM VÍTIMAS E O PROBLEMA DE AFERIÇÃO DA EFICÁCIA DAS NORMAS CRIMINALIZADORAS DESSES FACTOS.....	253
1.2	CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS FACE AO PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE DE INTERVENÇÃO PENAL NOS CRIMES SEM VÍTIMAS.....	263
1.3	CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS FACE AO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NOS CRIMES SEM VÍTIMAS («VICTIMLESS CRIMES»).....	282
CAPÍTULO X.....		289
OS FACTOS CULTURALMENTE MOTIVADOS DO PONTO DE VISTA DA ILICITUDE: O PRINCÍPIO DE DANO [«HARM PRINCIPLE»] OU PRINCÍPIO DE AUTOPROTEÇÃO DA VÍTIMA		289
CONCLUSÕES		309
BIBLIOGRAFIA		328