

# A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO ‘OUTRO’: OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E A NECESSIDADE DE UMA HERMENÊUTICA INTERCULTURAL <sup>1</sup>

AUGUSTO SILVA DIAS

As sociedades multiculturais contemporâneas conhecem um novo tipo de conflitos normativos que relevam da diversidade cultural. Desses conflitos emergem os crimes culturalmente motivados que colocam à *praxis* judiciária difíceis questões dos pontos de vista dogmático e metodológico. Os princípios da igualdade, da culpa e do processo equitativo impõem às autoridades judiciárias, em especial ao juiz, a compreensão da motivação cultural que levou o forasteiro à prática do facto e a ponderação desse factor na apreciação da sua responsabilidade penal. A primeira tarefa requer uma hermenêutica intercultural, um labor dialógico de aproximação de horizontes culturalmente distantes, que o comum dos juízes não está em condições de realizar. Os estereótipos e pré-conceitos culturais provocam amiúde erros de projecção que podem inquirar a validade da decisão judicial. Para o evitar é necessário institucionalizar no processo penal mecanismos que dotem o juiz de competências para a efectivação daquele labor. O presente estudo defende que essa institucionalização passa pela vinda ao processo penal de intervenientes pouco habituais.

**Palavras-chave:** sociedades multiculturais, crimes culturalmente motivados, hermenêutica intercultural, prova cultural (*cultural evidence*)

*Homo sum, nihil humani a me alienum puto* <sup>2</sup>

TERÊNCIO (195AC-159AC), *O punidor de si mesmo*

## 1. OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS: NOÇÃO E PANORAMA ACTUAL

No centro das reflexões que se seguem está o conceito de crime culturalmente motivado. Por tal deve entender-se, seguindo a definição consensual de VAN BROECK, “um facto praticado por um membro de uma minoria cultural, que é considerado punível pelo sistema jurídico da cultura dominante. Esse mesmo facto é, no entanto, dentro do grupo cultural do infractor, tolerado ou aceite como comportamento normal, aprovado ou mesmo promovido e incen-

---

<sup>1</sup> O texto está escrito segundo a norma anterior ao Acordo Ortográfico.

<sup>2</sup> “Sou um ser humano, nada do que é humano me é estranho”.

tivado na situação concreta”<sup>3</sup>. A minoria cultural a que o agente pertence pode ser oriunda do país onde o facto é praticado, formando uma subcultura nacional, mas em regra tem origem forasteira ou exótica.

Na verdade, a maior parte dos crimes culturalmente motivados tem como protagonistas imigrantes: o agente e muitas vezes a vítima são pessoas socializadas segundo tradições, usos e práticas diferentes das que modelam a sociedade que os albergou. Notamos já estes traços em casos antigos que nos chegam através de relatos de autores clássicos como BERTHOLD FREUDENTHAL<sup>4</sup> e THORSTEN SELLIN<sup>5</sup>. O penalista alemão refere-se ao caso de Josephina Reggio (Terranova, após o casamento), uma jovem imigrante de 19 anos, que se vingou dos tios à maneira siciliana. A rapariga tinha sido seduzida pelo tio e a tia contou a malfeitoria ao marido da jovem provocando a dissolução do seu casamento. Matando-os à punhalada Josephina pretendeu restaurar a sua honra. Já o sociólogo e criminólogo americano fala-nos do caso de um pai também siciliano que matou em New Jersey um rapaz de 16 anos por este ter seduzido a sua filha e ficou estupefacto perante a condenação de que foi alvo, pois na sua perspectiva tinha-se limitado a defender a honra familiar como era tradicional e devido na sua comunidade<sup>6</sup>. Os casos actuais, tendo-se multiplicado e tornado ubiqüitários muito por força da globalização e dos movimentos migratórios que desencadeou, conservam, todavia, um perfil idêntico a estes como podemos constatar em inúmeras decisões judiciais proferidas nos EUA e em vários países europeus, em especial a Alemanha, França, Suíça, Espanha e Itália<sup>7</sup>.

Em Portugal os crimes culturalmente motivados são uma realidade mais sociológica do que judicial. Trabalhos de investigação académicos e jornalísticos dão conta da prática da excisão clitoridiana de crianças de ascendência africana em território nacional ou nos países de origem dos respectivos pais<sup>8</sup>. Diferentemente do que sucede nos países acima mencionados, estes casos não têm chegado ao conhecimento do MP e dos tribunais e, quando chegam, são arquivados. Num artigo recente, a Procuradora HELENA MARTINS

<sup>3</sup> *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law, and Criminal Justice*, vol. 9 (2001) n.º 1, p. 5.

<sup>4</sup> *V. Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht — zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs zu einnem deutschen Strafgesetzbuch von 1916*, ed. J.C.B. Mohr, 1922, p. 19; v. ainda SCARANO, *La non esigibilità in Diritto Penale*, ed. Giuffrè, 1948, p.65 e ss. que, aderindo à solução de FREUDENTHAL, procura resolver o caso através da inexigibilidade como causa de desculpa supralegal.

<sup>5</sup> *V. Culture, conflict and crime*, ed. Social Science Research Council, 1938.

<sup>6</sup> *V. Culture, conflict and crime*, p. 68.

<sup>7</sup> Uma síntese dos casos judiciais verificados até 2010 pode ver-se em FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il Diritto Penale nelle società multiculturali*, ed. Giuffrè, 2010, especialmente p. 157 e ss.; CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, ed. Giuffrè, 2010, especialmente, ps. 34 e ss. e 73 e ss.

<sup>8</sup> Os pais aproveitam normalmente as férias escolares para viajarem para os seus países de origem e aí submeterem as filhas à excisão de um modo mais fácil e tradicional. Todavia, o art. 5.º, n.º 1, als. b) e d) do Código Penal (doravante, CP) possibilita a aplicação da lei penal portuguesa a estes casos mediante a verificação de certos requisitos.

LEITÃO<sup>9</sup> reporta três casos de excisão que foram arquivados após o inquérito. Em dois dos casos porque a perícia médico-legal considerou que a excisão não produzira nenhum dos efeitos do art. 144.º do Código Penal (doravante, CP) e enquanto num deles o processo por ofensa corporal simples (ou ofensa corporal simples qualificada) já havia prescrito no outro vingou o entendimento de que a lei penal portuguesa não era aplicável nos termos do art. 5.º, n.º 1, als. b) (os autores não eram cidadãos portugueses) e d) (não existiu ofensa corporal grave contra menor). O outro caso foi arquivado por falta de indícios suficientes quanto à autoria da excisão. Além destes, a jurisprudência nacional regista esporadicamente crimes cometidos por pessoas de etnia cigana onde a motivação cultural foi invocada ou podia tê-lo sido. Não me refiro a processos por tráfico de estupefacientes, pois neles a motivação cultural está ausente ou esbatida, mas por crimes sexuais contra menores. Eloquentes a este respeito são os Acórdãos do STJ de 16 de Junho de 2010 (relator Armindo Monteiro) e do Tribunal da Relação do Porto de 17 de Outubro de 2012 (relator Melo Lima), o primeiro proferido num caso de abuso sexual de criança cigana cometido por um adulto da mesma etnia e o segundo num caso de actos sexuais com adolescente com idênticos contornos. Os tribunais aperceberam-se de uma certa idiosincrasia cultural do agente mas não aprofundam este aspecto, nem lhe conferem relevância, quer no plano da determinação da responsabilidade criminal, quer no plano da medida da pena (pelo menos expressamente)<sup>10</sup>. Deste quadro, e salvo melhor investigação, creio que podemos concluir que em matéria de crimes culturalmente motivados o actual panorama jurisprudencial português oscila entre a escassez de casos e a indiferença perante o factor cultural.

## 2. QUESTÕES COLOCADAS PELOS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

Este quadro, a confirmar-se, sobretudo no que respeita à indiferença relativamente à pertença e à motivação cultural do agente, é social e juridicamente indesejável. Encontramos frequentemente na literatura antropológica

<sup>9</sup> V. *A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português*, in *RMP* n.º 136 (2013), p. 114 e ss.

<sup>10</sup> Isto não significa que se os tribunais tivessem considerado devidamente o factor cultural não teriam chegado à mesma conclusão nos casos *sub judice*. O rigor dos costumes ciganos sobre a virgindade feminina anterior ao casamento aponta para a muito provável inverdade de uma motivação baseada em representações culturais laxistas em matéria de relações sexuais com menores — para mais desenvolvimentos sobre a atitude das etnias ciganas a respeito da virgindade feminina v. OLÍMPIO NUNES, *O povo cigano*, Ed. do autor, 1996, p. 216 e s.; MARIA MANUELA MENDES, *Nós, os ciganos e os outros: etnicidade e exclusão social*, ed. Livros Horizonte, p. 132 e ss.; OLGA MAGANO, *Tracejar vidas 'normais': estudo qualitativo sobre a integração dos ciganos em Portugal*, ed. Mundos Sociais, 2014, p.140 e ss. O ponto que quero realçar aqui é a total omissão do factor cultural no Acórdão e a opção deste por uma argumentação de recorte assimilacionista.

e jurídica, que se ocupa do tema, a afirmação de que o ser humano nasce em comunidades culturais e vive através delas <sup>11</sup>. O processo de socialização dos indivíduos realiza-se em boa medida através da *enculturação*, isto é, da assimilação de tradições, usos e práticas características da comunidade em que vivem e através das quais constroem a sua identidade pessoal. Os indivíduos fazem-se a partir de plexos de sentido em que são “lançados” pelo nascimento, de um património simbólico que não escolheram, antes herdaram. A constituição cultural do espírito humano explica não só a afirmação de que a cultura influencia o modo como pensamos e agimos mas também a caracterização da cultura como um bem, isto é, como um recurso valioso por meio do qual os indivíduos podem fazer escolhas com sentido e auto-realizar-se individual e socialmente <sup>12</sup>. A ideia da cultura como um bem tem alimentado a consagração em diversos textos constitucionais e convenções internacionais dos direitos culturais, entre os quais merece especial destaque o direito à própria cultura.

Quando afirmo que os indivíduos são influenciados nas suas decisões e acções pela filiação cultural, que formam a sua identidade com base nela, não quero dizer com isso que as culturas são estruturas holísticas e rígidas que formatam de um modo determinístico a personalidade individual, nem tão pouco que os indivíduos são marionetas culturais que assimilam passiva e acriticamente as tradições, usos e práticas herdadas. Longe disso. Como sublinha KWAME APPIAH <sup>13</sup> as culturas são guiões ou narrativas através das quais os indivíduos reestruturam a sua vida e reescrevem a sua identidade. Os indivíduos são seres criativos dotados de capacidades comunicativa e crítica. Através destas qualidades interpretam e tomam posição sobre valores, normas e projectos com que se defrontam na vida de todos os dias.

Todavia, estas qualidades não existem nem são exercidas fora do mundo. Os indivíduos não são seres sem mundo e não apresentam todos as mesmas biografias e experiências de vida. Podemos distinguir a este respeito entre identidades plurais ou múltiplas e identidades étnicas ou fechadas. Na verdade, uma coisa é a situação do indivíduo que teve oportunidade de conviver com outras formas de vida, de experimentar a diversidade e os correspondentes choques culturais, de ensaiar processos de adaptação ou integração em outras realidades culturais, outra, bem distinta, é a situação do indivíduo que permaneceu sempre na sua comunidade de origem, dentro ou fora do país da nacionalidade, sem contactos ou com contactos muito esporádicos com outras

<sup>11</sup> Neste sentido, claramente, KUMARALINGAM, *Negotiating law, culture and justice*, in *Australian Review of Public Affairs*, 2004/07, p. 4, disponível em [www.australianreview.net/digest2004.html](http://www.australianreview.net/digest2004.html).

<sup>12</sup> V. KYMLICKA, *Multicultural citizenship*, ed. Oxford University Press, 1995, p.105; *Liberalism, community and culture*, ed. Oxford Univ. Press, 1991, ps. 165, 178 e 197.

<sup>13</sup> V. *The ethics of identity*, ed. Princeton University Press, 2005, p. 108; também a literatura antropológica assinala uma componente activa (e não apenas passiva) aos processos de *enculturação* — v. BERNARDO BERNARDI, *Introdução aos estudos etno-antropológicos*, Edições 70, 1978, p. 54 e s.

formas de vida. A experiência cosmopolita do primeiro alarga o seu horizonte de compreensão e fornece-lhe um estímulo para o exercício da capacidade crítica, possibilitando-lhe o desenvolvimento de uma identidade plural, ao passo que ao último faltam as oportunidades e o incentivo para tomar distância crítica em relação ao modo tradicional de pensar e agir da sua comunidade. Este surge para ele como algo “natural”, que ele tende a tomar por adquirido e inquestionável <sup>14</sup>.

Esta diferença tem grande importância na apreciação da responsabilidade do forasteiro por um crime culturalmente motivado, designadamente na apreciação da sua culpa, mas pretendo agora retomar a ideia de que, ainda que em graus variáveis, como acabei de expor, as tradições, usos e práticas culturais têm influência nas decisões e acções individuais. Se assim é, isso significa que a motivação cultural configura o sentido interno da acção, constituindo um factor explicativo da sua prática e, por isso, um aspecto relevante na apreciação da responsabilidade criminal do agente. A invocação do argumento cultural num caso concreto faz levantar a suspeita de que estamos perante um crime culturalmente motivado e faz surgir o indício de que a filiação cultural do agente o pressionou a agir como o fez. A suspeita e o indício instituem as autoridades judiciais no dever, cada qual em seu papel, de proceder à respectiva confirmação/infirmiação.

Há razões constitucionais, com reflexos no plano processual, que fundamentam esse dever, razões que se prendem essencialmente com os princípios da igualdade e da culpa: o primeiro com assento expresso no art. 13.º da Constituição (doravante, CRP) e o segundo decorrente do princípio da dignidade da pessoa (art. 1.º da CRP) e do direito à liberdade (art. 27.º, n.º 1 da CRP). Apesar das diferenças de conteúdo e teleologia, ambos os princípios confluem na exigência de uma justiça penal particularizada que tenha em conta a diferença cultural e a identidade do agente. O princípio da igualdade, no seu enunciado fundamental, não impõe que todos sejam tratados igualmente, isto é, segundo a mesma medida, mas, como adverte DWORKIN <sup>15</sup>, que todos sejam tratados como iguais, isto é, com igual consideração e respeito. Este enunciado abre-se a uma perspectiva substancial da igualdade, segundo a qual, as situações iguais, nos seus aspectos relevantes, leia-se, devem ser tratadas igualmente e as situações diferentes <sup>16</sup> devem ser tratadas diferentemente. Não por serem diferentes, nem para acentuar essa diferença, o que poderia sugerir um tratamento discriminatório ou privilegiado (desigual) de um dado indivíduo ou grupo etnocultural, mas porque e na medida em que

<sup>14</sup> Sobre o tema v. MARTA CASTIGLIONI/FEDERICA CÓRDOVA, *Corpo, identità e immigrazione*, in CASTIGLIONI (org.), *Identità e corpo migrante*, ed. Guerini e Associati, 2011, p. 13 e ss.

<sup>15</sup> V. *A matter of principle*, ed. Clarendon Press, 1985, p. 229.

<sup>16</sup> Dissemos “diferentes” e não “desiguais” dado o significado distinto destas palavras — neste sentido, v. TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito das mulheres e da igualdade social: a construção jurídica das relações de género*, ed. Almedina, 2010, p. 88 e s., sublinhando que o antónimo de igualdade não é diferença mas desigualdade, isto é, “a hierarquia, a dominação” (v. p. 95).

só através de um tratamento diferente ou diferenciado os indivíduos serão tratados como iguais, isto é, poderão atingir um plano de igualdade com os demais. Só com base nesta finalidade, e não obviamente na criação ou manutenção de privilégios, é justificável o tratamento diferenciado.

A invocação da motivação cultural no processo significa que a particularidade do agente — a sua filiação cultural diversa — pode explicar a prática do facto e ter por isso relevância no apuramento da sua responsabilidade criminal. Ignorar este aspecto é negar à partida relevância à diferença que ele alberga e, dessa forma, negar ao agente o tratamento como um igual. Se o agente que alega ter sido impelido à prática do facto por uma anomalia psíquica que o afecta, na esperança de que essa particularidade seja considerada em seu favor na decisão, vê em regra atendida a sua pretensão através da realização de exames psiquiátricos e da nomeação como peritos de médicos especialistas, não poderá deixar de constituir comparativamente um tratamento discriminatório a indiferença das autoridades judiciais perante a alegação de que o facto foi praticado porque as tradições, usos e práticas da comunidade do agente assim o impõem ou recomendam, porque os antepassados já assim procediam e/ou porque à luz do seu modo de pensar habitual, isto é, do universo de representações culturais em que se move, aquele comportamento não é proibido. Estes argumentos de defesa, a confirmarem-se, podem ter reflexos na apreciação da responsabilidade criminal do agente, por isso que a sua desconsideração não pode deixar de significar uma violação do princípio da igualdade. Este princípio não diz — atente-se — que os indivíduos têm o direito a ser julgados de acordo com a sua cultura, mas a ser julgados pelo que fizeram, considerando as circunstâncias e os motivos por que o fizeram.

Além do princípio da igualdade, a indiferença judiciária perante o factor cultural colide frontalmente com o princípio da culpa, entendido de forma ampla como princípio de imputação e de censura pessoal. Desde logo porque a desconsideração de um aspecto que se prende com o envolvimento do agente na prática do facto não permite tomar em devida conta o demérito pessoal por ele contraído e contraria, desse modo, o programa de justiça individualizada que o princípio da culpa confere à justiça penal.

No plano dos reflexos processuais a indiferença ou desconsideração do factor cultural inquina a validade da sentença, ditando a sua nulidade com base não só na inconstitucionalidade resultante da inobservância daqueles princípios estruturantes do Direito Penal de um Estado de Direito Democrático, mas também em grave omissão de pronúncia, nos termos do art. 379.º, n.º 1, al. c) do Código de Processo Penal (doravante, CPP). Note-se que os vícios que atingem a sentença não resultam de as autoridades judiciais a montante e o juiz a jusante não terem qualificado o factor cultural como eximente ou atenuante da responsabilidade. Nem a motivação cultural produz por si mesma esse efeito, nem vale aqui também o aforismo *tout comprendre c'est tout pardonner*. Tais vícios decorrem tão somente da circunstância de ter sido descurado um aspecto que, pelas razões acima indicadas, é relevante para

o apuramento da responsabilidade criminal do forasteiro. Compreender uma acção, na acepção weberiana que aqui adopto, não significa aceitá-la, aprová-la ou desculpá-la, mas tão só apreender ou captar a lógica de sentido que a coordena. Como afirmava MAX WEBER, “pode-se compreender César sem necessitar de ser César”. A articulação da compreensão da acção com as categorias e os conceitos da dogmática do Direito Penal pode conduzir ou não ao afastamento ou à atenuação da responsabilidade criminal.

### 3. A DECISÃO PENAL E A HERMENÊUTICA INTERCULTURAL

A conclusão de que o factor cultural invocado pelo agente como explicação para a realização do facto deve ser atendido pelas autoridades judiciais no quadro do processo penal implica que passemos seguidamente à análise das questões que tal factor suscita. A alegação pelo agente forasteiro de que actuou impelido pelas tradições, usos e práticas da sua cultura coloca as autoridades judiciais perante a suspeita de que terá sido praticado um crime culturalmente motivado. A clarificação dessa suspeita impõe que sejam enfrentadas e resolvidas três questões pela ordem seguinte:

- i) O agente é membro do grupo etnocultural invocado?;
- ii) O motivo em causa tem respaldo na cultura do grupo? É considerado aí como obrigatório, permitido, ou meramente tolerado?;
- iii) Em que medida e até que ponto o agente se orientou na acção pela sua cultura de origem? Revela ele uma identidade híbrida ou ainda uma identidade étnica? <sup>17</sup>

A comprovação processual destas questões é decisiva para a identificação do facto como um crime culturalmente motivado. Não estamos ainda a cuidar dos termos da relevância penal do comportamento, note-se, mas num momento anterior, preambular, mais precisamente no da sua conceptualização como culturalmente motivado. Esse momento comprovativo não antecede, contudo, a análise do crime nem tão pouco a análise de uma determinada categoria do crime (tipicidade, ilicitude, culpa), mas a análise de qualquer uma, *rectius*, daquela em cujo âmbito o factor cultural adquire relevância e deve ser valorado no caso concreto. De todo o modo, aquela comprovação tem importância sobejada para esta fase subsequente e, consequentemente, para a justiça e validade da decisão penal.

---

<sup>17</sup> Sobre estas questões, necessárias à comprovação de uma *cultural offense* v. ALISON RENTELN, *The cultural defense*, ed. Oxford University Press, 2004, p. 207; *The use and abuse of the cultural defense*, in FOLETS/RENTENL (ed.), *Multicultural Jurisprudence*, p. 64. Formulam as questões de um modo diferente, VAN BROECK, *Cultural defense and culturally motivated crimes*, p. 23 e s.; CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, p. 147 e ss.



Antes de analisar os termos em que essa comprovação se efectua, importa recensear algumas dificuldades com que ela se depara na perspectiva da imputação. Reporto-me essencialmente ao momento da decisão judicial documentada e materializada na sentença. A imputação objectiva, que visa a atribuição do facto ao agente como obra sua, a imputação subjectiva, que atesta se o agente procedeu dolosa ou negligentemente e a censura de culpa, que visa determinar se e em que medida o agente se apropriou pessoalmente do desvalor do facto, pressupõem, na linha do que defende ARTHUR KAUFMANN, uma metodologia designada como “apreciação paralela na esfera do leigo”<sup>18</sup>. Esta expressão significa 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 da vida, por isso que a imputação requer sempre um processo comunicativo, uma mediação dialógica, entre as valorações do Direito e as significações em que o agente se move, tendente a verificar a continuidade ou descontinuidade entre ambas. Quando entre os dois universos de significado não há distância significativa, como acontece quando o juiz opera no mesmo registo linguístico e cultural do agente, ele pode funcionar como um “juiz-leigo”<sup>19</sup> e estabelecer a correspondência entre as representações do agente e os conceitos e institutos jurídicos. Ou seja, ele consegue realizar sem dificuldades de monta a valoração paralela que subjaz à imputação. Mas quando o leigo é o forasteiro, o exótico, a distância entre os pólos 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. 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.

A incompreensão manifesta-se frequentemente como erro de projecção. Este conceito, oriundo da teoria antropológica, exprime a tendência para interpretar práticas e usos culturais alheios de acordo com conceitos, significações e imagens que servem para designar práticas e usos exteriormente similares na forma de vida do intérprete. Visto mais de perto, o erro de projecção assenta em dois requisitos: por um lado, na constatação de que a acção do forasteiro se assemelha de alguma forma a acções praticadas por pessoas da cultura do intérprete; por outro lado, no desconhecimento da motivação cultural que levou o forasteiro a agir<sup>20</sup>. O erro de projecção consiste pois em atender à similitude externa, sacrificando a diferença interna das

---

<sup>18</sup> V. do autor, *Filosofia do Direito*, ed. Gulbenkian, 2004, p. 192 e ss.; *Die Parallelwertung in die Laiensphäre: ein sprachphilosophischer Beitrag zu allgemeinen Verbrechenslehre*, ed. Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1982, p.37 e ss.; v. também AUGUSTO SILVA DIAS, “*Delicta in se*” e “*delicta mera prohibita*”: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, Coimbra Editora, 2008, p. 370 e ss.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Sobre o erro de projecção v. JOHN COOK, *Morality and cultural differences*, ed. Oxford University Press, 1999, p. 89 e ss.



ações, isto é, o sentido diverso que lhes é conferido pelos códigos culturais em confronto. Para esta distorção cognitiva muito contribuem a unilateralidade da comunicação, encetada exclusivamente a partir de representações culturais etnocêntricas<sup>21</sup> e a interposição de estereótipos e pré-conceitos acerca do 'outro' que responde criminalmente.

Que medidas podem e devem ser adoptados a fim de recuperar o “juiz leigo” e restabelecer o processo comunicativo entre as representações culturais do agente e a linguagem do Direito? Que recursos é necessário mobilizar para que o juiz consiga superar o estado de incompreensão e resolver correctamente as questões enunciadas? A resposta passa, a meu ver, pela inclusão no procedimento comunicativo que subjaz à imputação de uma metodologia intercultural. Se o juiz não adquirir uma “competência intercultural”<sup>22</sup>, que lhe permita dissipar a opacidade e aceder às representações culturais do agente, não conseguirá entabular o vai vem hermenêutico entre a linguagem do direito e a linguagem do agente e prejudicadas ficarão as tarefas de identificar o facto como culturalmente motivado e de efectuar correctamente a sua imputação. O juiz ficará sem perceber até que ponto a motivação cultural invocada pelo agente condicionou a sua acção ou é um embuste para alcançar uma absolvição ou evitar uma punição severa. Urge pois dotar o juiz dessa competência. Considerando o perfil médio dos juízes é improvável que a tenham adquirido por sua conta ou durante a formação profissional. Por certo que a competência intercultural não se adquire sem abertura de espírito e que isso é algo que só o próprio juiz pode cultivar, mas essa atitude somente é insuficiente para vencer a distância que a estranheza da cultura do “outro” representa para ele<sup>23</sup>. O encurtamento dessa distância, imposto pela necessidade de compreensão da motivação cultural alheia, depende, a meu ver, sobretudo da institucionalização no processo penal de um diálogo intercultural. Um diálogo com o arguido forasteiro, mas também com antropólogos, sociólogos, psicólogos transculturais, etnopsiquiatras, etc. O diálogo de que falo — note-se — não tem um sentido horizontal, pois não visa o compromisso entre partes que, após longas negociações, chegam a um acordo satisfatório para todas sobre a matéria em questão, mas um sentido vertical, pois no processo penal os participantes não estão ao mesmo nível nem libertos de constrangimentos<sup>24</sup> e a finalidade da compreensão dos

<sup>21</sup> Sobre este tópico v. JOHN CAUGHEY, *The anthropologist as expert witness: a murder in Maine*, in FOLETS/ RENTELN, *Multicultural jurisprudence*, ed. Oxford and Portland Oregon, 2009, p. 323.

<sup>22</sup> Sobre o conceito de competência intercultural v. ERIC HILGENDORF, *Strafrecht und interkulturalität: Plädoyer für eine kulturelle Sensibilisierung der deutschen Strafrechtsdogmatik*, in *Juristenzeitung*, 2009, no 3, p. 140, compreendendo-o como a capacidade de reconhecer, analisar, interpretar e resolver conflitos culturalmente condicionados.

<sup>23</sup> Neste sentido, v. CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, p. 149 e s.

<sup>24</sup> Diz ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, p. 195, com razão, que a visão da imputação como um diálogo puro ignora a estrutura acusatória do processo penal, nomeadamente o direito que assiste ao arguido de se remeter ao silêncio.

motivos do agente é a sua valoração à luz dos princípios e regras do Direito Penal. O diálogo de que falo é, assim, desenvolvido entre o “juiz profissionalmente instruído” e o “juiz estrangeiro”, ou seja, entre o horizonte familiar a partir do qual o juiz compreende o mundo e interpreta o Direito e o horizonte culturalmente estranho em que o agente se move <sup>25</sup>. Não se trata, todavia, de um mero diálogo interior ou diálogo de consciência mas de um diálogo sustentado na prova, que constitui o objecto do processo, e no contraditório <sup>26</sup>. A sua finalidade é, como disse, encurtar distâncias interpretativas e reconverter o “juiz estrangeiro” em “juiz leigo”.

Passemos então às questões acima enunciadas. A resolução da primeira questão é importante pois, como se intui, se o agente não for membro do grupo etnocultural invocado, mesmo que este possua a tradição ou prática em questão, não pode pretender ter sido por ela influenciado e a motivação cultural não passará de um logro para enganar o tribunal. Segundo ALISON RENTELN <sup>27</sup>, jurista americana que desenvolveu um trabalho notável sobre as *cultural offenses*, o agente pode simular pertencer a um grupo etnocultural para retirar daí vantagens, desde a obtenção de asilo político com fundamento numa perseguição no seu país de origem para ser submetida à excisão clitoridiana <sup>28</sup> até a uma condenação mais branda pelo crime cometido. Para evitar estratégias manipuladoras deste género importa não só certificar a proveniência geográfica do agente, mas também ouvir pessoas com estatuto de relevo no grupo em causa, normalmente líderes e anciãos respeitados, sobre os traços característicos da identidade colectiva, e ainda pessoas pertencentes ao círculo de relações do agente, sobre a origem nacional e étnica deste último.

No que respeita à clarificação da segunda questão, sobre se o grupo de pertença do agente possui tal tradição ou prática e com que intensidade a valora, é de grande utilidade a opinião de antropólogos e etnólogos com investigação feita sobre esse grupo. O factor cultural que condicionou a prática do facto é designado frequentemente através de uma expressão ou palavra na língua do grupo do agente. A revelação do significado dessa expressão ou palavra na língua do grupo e a sua tradução na língua do país de destino são operações importantes para compreender a importância cultural da prática <sup>29</sup>. A intervenção de intérpretes qualificados e o parecer de

<sup>25</sup> Sobre a hermenêutica intercultural como um labor de mediação entre familiaridade e estranheza, no sentido gadameriano, v. VINCE MAROTTA, *Intercultural hermeneutics and the cross-cultural subject*, in *Journal of intercultural studies*, vol. 30 (2009) n.º 3, p. 267 e ss.

<sup>26</sup> Por essa razão não acompanho o entendimento de ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, p. 196, segundo o qual a “valoração paralela” consiste num “juízo de consciência defensável”. Em minha opinião, as valorações do juiz no processo penal são externamente vinculadas, dependentes do contraditório e sujeitas a um dever de fundamentação.

<sup>27</sup> V. *The use and abuse of the cultural defense*, p. 61 e ss.

<sup>28</sup> V. o caso Adelaide Abankwah, aliás, Regina Danson, que corresponde a esta descrição, relatado por RENTELN, *The use and abuse of the cultural defense*, p. 71 e ss.

<sup>29</sup> Sobre a importância da compreensão do factor cultural na língua do estrangeiro para o sucesso clínico em etnopsiquiatria v. o diálogo entre o etnopsiquiatra TOBIE NATHAN e o

antropólogos e etnólogos contribuem decisivamente para esse efeito. Bem sei que intérpretes, antropólogos, etnólogos, etc. não são intervenientes habituais no processo penal português e que o regime da prova pericial previsto no art. 151.º e ss. do CPP não foi concebido a pensar neles, mas parece-me que nada nesse regime impede que tais intervenientes adquiram o estatuto processual de peritos<sup>30</sup>. A lógica da prova pericial plasmada naquele regime legal funciona em todas as situações em que a prova carece de conhecimentos que, pela sua natureza e especificidade, estão fora do domínio cognitivo comum dos juízes. Conhecimentos específicos em matérias antropológicas, psicológicas e de outras áreas das ciências sociais inserem-se, quanto a mim, perfeitamente neste domínio<sup>31</sup>. Estas matérias não versam sobre factos “nus” mas sempre sobre os factos e a sua “pele”, a sua significação<sup>32</sup>, e é a percepção e compreensão desta que constitui tarefa da perícia.

CHRISTIAN GIORDANO, jurista-antropólogo com experiência nestas lides, expõe um caso judicial que atesta bem a importância da perícia antropológica neste capítulo<sup>33</sup>. K, imigrante bósnio na Suíça, era acusado de ter mantido repetidas vezes relações sexuais com uma sobrinha menor que vivia na mesma casa e era filha de uma irmã da sua ex-mulher. K negou categoricamente ter cometido o facto e afirmou que se tratava de uma conspiração contra ele urdida pela ex-cunhada para destruir a sua reputação. No entanto, os factos apontavam claramente para a autoria de um abuso sexual de menor pelo arguido e não para um cenário inventado pela ex-cunhada. Segundo a opinião de GIORDANO, manifestada no processo, K praticara uma “vingança transversal”, isto é, infligira um castigo à ex-mulher através de uma menor da sua família. Certas regiões do Mediterrâneo e do Médio Oriente são fortemente marcadas pelas chamadas culturas da honra, em que a honra assume um carácter colectivo, familiar ou de clã e uma relevância primordial. Afirma o antropólogo que a região dos Balcãs é influenciada também por essa mundi-

---

realizador ARNAUD DESPLECHIM publicado na Revista *Philosophie Magazine*, n.º 72, Setembro de 2013, p. 28 e ss.

<sup>30</sup> Neste sentido, já AUGUSTO SILVA DIAS, *O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências*, in BELEZA/CAEIRO/PINTO (orgs.), *Multiculturalismo e Direito Penal*, ed. Almedina, 2014, p. 27 e s.

<sup>31</sup> Deste modo, AUGUSTO SILVA DIAS, *O multiculturalismo como ponto de encontro*, p. 27 e s.; CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, p.153 e ss., dividindo as ciências, a que se reporta a perícia científica, em ciências naturais e ciências sociais, adaptando estas aos requisitos de validade enunciados na sentença *Daubert* da jurisprudência dos EUA e considerando que nada nelas contraria o art. 220.º, n.º 2 do CPP italiano. Outra opinião quanto a este último ponto parece ter CIRO GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in GIOLO/PIFFERI (orgs.), *Diritto contro: meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, ed. Giappichelli, 2009, p.205 e s., sobretudo quando as perícias antropológicas incidem sobre a pessoa do acusado.

<sup>32</sup> Sobre os factos como construções sociais e culturais de sentido, v. BALDASSARE PASTORE, *Identità culturali, conflitti normativi e processo penale*, in PASTORE/LANZA, *Multiculturalismo e giurisprudizione penale*, ed. Giappichelli, 2008, p. 55 e ss.

<sup>33</sup> V. *Las infracciones penales y las lógicas culturales: el antropólogo en los tribunales*, in *Anuario de Derecho Penal*, 2010, p. 360 e s.

vidência. K terá funcionado nesse registo para se vingar da ex-mulher que lhe tinha sido infiel cobrindo a família dela de desonra e lavando assim a sua honra e a da sua família.

GIORDANO atribui a K uma motivação cultural que este não alegara como estratégia de defesa, preferindo refugiar-se na negação dos factos. A explicação dada, se responde às questões de saber se K pertence a um determinado grupo etnocultural e se este partilha uma cultura da honra nada diz ainda sobre o modo como o grupo valora a motivação atribuída ao agente. Quanto a este aspecto, GIORDANO adianta que as “vinganças transversais” são um fenómeno cultural recente que se desenvolveu sobretudo em cenários de imigração. Nos códigos de honra das comunidades de origem a vingança contra crianças e menores das famílias inimigas é proibida<sup>34</sup>. A imigração alterou assim as representações da honra e os rituais da sua lavagem. Essa alteração, como nota RENTELN<sup>35</sup>, não elimina a natureza cultural da motivação, pois as culturas não são sistemas estáticos e impermeáveis à mudança e portanto não permanecem inalteradas nem nos locais de origem nem nos locais da diáspora. Mas como a autora também sublinha, estas divergências internas significam que o factor cultural, no caso a “vingança transversal” exercida do modo descrito, não é já valorado colectivamente como imperativo ou mesmo permitido e está dependente do posicionamento consciente do indivíduo perante o diferendo interno. A prática seguida não só não tem por si a força motivacional que a tradição e o inconsciente cultural lhe conferiam, como reflecte a opção do agente por uma forma mais gravosa e intolerável de lavagem da honra. Este quadro não pode deixar de relevar no plano da apreciação da responsabilidade do agente, nomeadamente da sua culpa.

A resposta à terceira questão é igualmente crucial para a imputação. Uma concepção simplificada da motivação cultural considerará que os passos anteriores são suficientes para a comprovação da sua existência. Uma vez provado que o agente é membro de um certo grupo etnocultural e que este adopta a tradição ou prática em causa com razoável grau de vinculabilidade é quanto basta para concluir que a cultura o impeliu a agir daquele modo. Uma tal concepção assenta nos pressupostos errados de que as culturas são entidades rígidas, monolíticas, e os indivíduos marionetas por elas determinados. Desconsiderando as diferentes formas de o indivíduo se relacionar e vivenciar a sua própria cultura, ela tende a influenciar uma decisão judicial exculpante ou atenuante e não previne o tribunal contra utilizações manipuladoras da defesa cultural. Especial interesse tem neste ponto saber se a experiência de vida do agente lhe permitiu desenvolver uma identidade plural ou se permanece confinada à sua comunidade de pertença e arraigada às respectivas tradições, crenças e ritos. Para esclarecer estes aspectos é necessária a convocação não só de antropólogos e etnólogos mas também

<sup>34</sup> V. *Las infracciones penales y las lógicas culturales*, p. 363.

<sup>35</sup> v. *The use and abuse of the cultural defense*, p. 79.

de psicólogos e psiquiatras, designadamente de psicólogos transculturais e de etnopsiquiatras <sup>36</sup>, mais vocacionados para este tipo de matérias. Um caso judicial periciado por WERNER SCHIFFAUER <sup>37</sup> ilustra bem a importância destes contributos especializados. Trata-se de um caso de homicídio por motivo de honra em que um jovem curdo de 17 anos, Ali, imigrante na Alemanha há pouco mais de um ano, disparou vários tiros de revólver sobre Fatma, mulher do seu primo Ibrahim, que vivia separada do marido e dos filhos num bairro de Berlim. O antropólogo alemão pôde constatar que Ali e Ibrahim, fruto da diferente experiência de vida, tinham uma relação distinta com a cultura da honra pela qual se pautava a vida na aldeia natal de ambos, no sudeste da Anatólia. Enquanto Ibrahim já se “germanizara” pois viveu com Fatma durante três anos sem terem casado, teve filhos dela nesse ínterim, não reagiu com violência à ruptura dela e tentava reconquistá-la e convencê-la a voltar para casa, Ali sentia profunda indignação e vergonha pela conduta do primo que, a seus olhos, havia esquecido o que era a honra, revelando fraqueza de carácter e impotência para reabilitar a reputação da família manchada pelo procedimento da mulher. Segundo SCHIFFAUER <sup>38</sup>, diferentemente de Ali, que ostentava uma personalidade étnica, fortemente cunhada pela visão tradicionalista do mundo e da vida da sua aldeia natal, o seu primo revelava uma personalidade culturalmente híbrida na qual a honra da família havia perdido centralidade e o espaço de manobra individual para lidar com ela havia aumentado. A permeabilidade deste ao apelo das normas jurídicas centrais do ordenamento jurídico é maior do que no caso do arguido Ali. Este aspecto tem grande importância também na apreciação da responsabilidade criminal deste <sup>39</sup>.

A necessidade da prova cultural para uma realização da justiça penal em sintonia com os princípios da igualdade e da culpa 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 infra-estrutura qualificada a prova cultural será deficiente e inútil para dissipar o estado de incompreensão em que o

---

<sup>36</sup> Sobre os tópicos em que a perícia antropológica deve concentrar-se para esclarecer o tribunal acerca deste ponto, v. JOHN CAUGHEY, *The anthropologist as expert witness*, p. 327 e s.

<sup>37</sup> V. *Parallelgesellschaften: wie viel Wertekonsens braucht unsere Gesellschaft? Für eine kluge Politik der Differenz*, ed. Transcript, 2008, p. 21 e ss.; v. ainda sobre o caso AUGUSTO SILVA DIAS, *O multiculturalismo como ponto de encontro*, p. 29 e ss.

<sup>38</sup> V. *Parallelgesellschaften*, p. 30.

<sup>39</sup> A caracterização do agente como sujeito culturalmente híbrido ou como sujeito étnico e a permeabilidade ou impermeabilidade ao apelo normativo que daí resulta não esgotam os aspectos relevantes para a culpa que os profissionais mencionados podem ajudar a esclarecer. Na verdade, importa também saber se a impermeabilidade da personalidade étnica às normas jurídicas é atribuível ao próprio ou a circunstâncias que o transcendem. Se ela se deve, por exemplo, a uma recusa de integração do próprio, como acontecerá no caso de um fundamentalista ou de um terrorista, ou a dificuldades de integração causadas pela sociedade de destino (desemprego, exclusão social, preconceitos, etc.).

juiz se encontra. Como afirmam EVANS-PRITCHARD e ALISON RENTELN <sup>40</sup>, “ponderar a prova cultural na ausência de linhas orientadoras ou de uma infra-estrutura de peritos é uma receita para o desastre”. Através da chamada ao processo daqueles intervenientes, do diálogo entabulado com eles e com o arguido, o juiz promove a prova cultural e mune-se, assim, das competências interculturais que lhe permitirão dissipar a opacidade que afecta um dos pólos do processo comunicativo, diminuir o risco de erro de projecção e decidir o pleito correctamente, na posse de todos os elementos relevantes. Dito de outro modo, o juiz abandonará o estado anómalo de “juiz estrangeiro” e readquirirá o estado necessário de “juiz leigo”.

---

<sup>40</sup> V. *The interpretation and distortion of culture: a Hmong “marriage by capture” case in Fresno, California*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 4 (1994), p. 36 e s.