

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS

THE POSSIBILITY OF APPLICATION OF RESTORATIVE JUSTICE TO CULTURAL OFFENSES

Luísa Nami Godoy*

RESUMO

O multiculturalismo, em decorrência da globalização e da diversidade étnico-cultural, acaba trazendo novos desafios ao Direito Penal, em especial com relação aos seus reflexos no âmbito da responsabilidade criminal. Por serem escassos os estudos acerca das problemáticas que permeiam as *cultural offenses*, o presente ensaio busca analisar, em especial, o juízo de culpa nos delitos culturalmente motivados. Isso porque, os crimes culturais, sobretudo aqueles que são praticados por pessoas que chegaram há pouco tempo no país de destino, podem constituir casos de erro sobre a ilicitude. A pesquisa busca, assim, avaliar se os crimes culturais não teriam uma melhor resolução na justiça restaurativa do que na justiça tradicional, provocando questionamentos acerca da possibilidade de se construir formas de conciliação para reparação dos danos causados centrados em uma abordagem construtiva e reintegradora - que permita ao transgressor a correção dos seus erros e, à vítima e à comunidade, a reparação dos danos sofridos.

Palavras-chave: multiculturalismo; *cultural offenses*; justiça restaurativa.

ABSTRACT

Multiculturalism, as a result of globalization and ethnic-cultural diversity, has recently brought new challenges to Criminal Law, especially in relation to its repercussions in the area of criminal responsibility. Due to the lack of studies on the issues that permeate cultural offenses, this essay tries to analyze, in particular, the judgment of guilt in culturally motivated crimes. This is because cultural crimes, especially those committed by people who arrive shortly in the country of destination, may constitute cases of error about illegality. The research thus seeks to assess whether cultural crimes would not have a better resolution in restorative justice than in traditional justice, provoking questions about the possibility of constructing forms of conciliation to repair damages caused by a constructive and reintegrative approach. To the offender the correction of his errors and to the victim and the community, the reparation of the damages suffered.

Keywords: multiculturalism; cultural offenses; restorative justice.

* Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal, com bolsa de estágio para pesquisa e investigação na Universidad de Salamanca, na Espanha. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogada.

1 Introdução

A globalização da sociedade é um fenômeno que acaba gerando novos desafios para o Direito Penal, sendo o multiculturalismo – a presença de múltiplas culturas em um mesmo espaço territorial – e a conseqüente problemática dos costumes culturais que são considerados *contra legem* um bom exemplo destes desafios, os quais não se limitam apenas às sociedades originalmente plurais, mas estendem-se às sociedades tradicionalmente mais homogêneas – como a europeia, por exemplo.

As sociedades contemporâneas se tornam cada dia mais “sociedades multiculturais”, sendo que este novo modelo gera novos desafios para as ciências criminais, tendo em vista que a doutrina do direito penal passou a lidar com questões relacionadas à diversidade cultural e os novos e especiais conceitos como a *cultural defense* e a *cultural offenses*. (BASILE, 2010, p. 14)

Neste viés, é importante esclarecer, desde logo, que as ofensas culturalmente motivadas se constituem em um fato praticado por um membro de uma minoria cultural que é considerado punível pelo sistema jurídico da cultura dominante. Esse mesmo fato, no entanto, dentro do grupo cultural do infrator, é tolerado e aceito como um comportamento normal, aprovado ou mesmo promovido e incentivado pela sua comunidade. (VAN BROECK, 2001).

Alguns exemplos de *cultural offenses* que podemos destacar são o homicídio por questão de honra, a escarificação, o infanticídio ritual indígena e a excisão clitoridiana nas comunidades guineses, conhecida também como fanado e que é um dos grandes desafios do multiculturalismo na Europa atual.

Diante dessas e de outras práticas culturais, surgem para as ciências criminais diversos questionamentos, como, por exemplo: a) Como se determina a responsabilidade criminal do indivíduo que pratica um fato previsto como crime pela lei do Estado mas é tolerado e promovido pela comunidade étnico-cultural a que pertence? b) Como se resolvem, na perspectiva da responsabilidade criminal, os conflitos entre as normas do direito penal e as normas culturais que são seguidas pelo agente? c) Que relevância pode ter nesse contexto uma *cultural defense*? d) Que função pode desempenhar o direito penal no combate aos crimes culturalmente condicionados? (DIAS, 2006).

2 O multiculturalismo e os desafios trazidos para o direito penal moderno

Atualmente, o Direito Penal vem enfrentando uma série de novos dilemas e questionamentos que surgem, principalmente, pela evolução apresentada pela sociedade como um todo. A globalização e o constante aumento dos fluxos migratórios acabam por levar à formação de sociedades cada vez mais heterogêneas e multiculturais. Com efeito, o chamado multiculturalismo trouxe novos desafios para o Direito Penal, tendo em vista que a valoração que pode ter um determinado comportamento irá variar conforme o contexto cultural a que pertence o seu autor. (CARNEVALI, 2007).

Nas palavras de Augusto Silva Dias (2014, p.16), o termo multicultural, em sentido amplo, pode ser entendido como “uma realidade social constituída por um grupo cultural dominante, diferenciado em subculturas com ele mais ou menos relacionadas por grupos culturais estranhos, forasteiros, diversos tanto na sua origem geográfica quanto no seu sistema de tradições, regras e práticas”.

O multiculturalismo pode ser compreendido, assim, como a coexistência de formas culturais ou grupos caracterizados por diferentes culturas no seio das sociedades modernas. Verifica-se que o termo se refere, principalmente, à convivência de grupos distintos culturalmente (com diferentes valores políticos, étnicos, religiosos ou sociais) em um mesmo espaço territorial. (SANTOS; NUNES, 2003).

Essa configuração da realidade social multicultural pode ser recente, como sucede na generalidade das sociedades europeias, fruto dos movimentos migratórios intensificados pela globalização, ou antiga, como é o caso das sociedades originalmente plurais com “*first nations*” ou povos indígenas que possuem historicamente um tecido cultural heterogêneo. (DIAS, 2014, p. 17).

A questão central que a aceção do termo multiculturalismo procura responder é, como bem pontuado por Silva Dias (2014, p. 17) a do “reconhecimento do outro como um igual que é diverso”.¹

¹ Dias menciona que “O reconhecimento, na tradição de FICHTE e HEGEL, tem por base o encontro entre *ego* e *alter* no qual cada um toma consciência de si e da sua condição através do outro. Por outras palavras, o reconhecimento tematiza do ponto de vista ético-político a experiência da intersubjetividade. Aquele encontro proporciona a cada sujeito a compreensão de si e do outro como *alter ego*, assinalando *ego* a condição de um mesmo,

A igualdade e a diferença apoiam-se, entre outros aspectos, na constituição cultural diversa do espírito humano. Nascermos, crescemos e vivemos inseridos em redes ou entrelaçamentos não uniformes, que influenciam ampla e diretamente nosso modo de agir e pensar. Perante tal cenário, o estrangeiro, o novo, o que vem de fora, e reforça à formação de comunidade não deve nem ser tratado com um estranho ou, tampouco, como um idêntico. Deve ser tido antes como um igual, portador e merecedor da mesma dignidade, mas que é, ao mesmo tempo, completamente outro. (DIAS, 2014, p. 18).

Essa convivência em um mesmo espaço territorial de grupos tão distintos culturalmente acabar por gerar, não raramente, algumas colisões. Nesse sentido, Raúl Carnevali (2007) destaca que entre os fatores que podem trazer alguma tensão à convivência dentro das sociedades multiculturais está a posição assumida por certas minorias de ressaltar sua cultura e intensificar seus processos identitários. Esses fenômenos, curiosamente, parecem aumentar com a globalização, tendo em vista que a consciência cultural se intensifica ao relacionar-se e competir com outros grupos.

Ao tratar sobre essas diferenças culturais, Charles Taylor (1993, p. 107) ressalta a necessidade de uma política legítima de reconhecimento das diferenças, ao salientar que:

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

Percebe-se assim, que sob a égide da proteção aos Direitos Humanos, cumpre aos Estados receptores proporcionarem garantias que permitam aos

imigrantes – novos em seus territórios e sujeitos à sua jurisdição – o livre exercício de direitos, sem qualquer distinção de raça, sexo, língua, política ou religião.

Neste sentido, Fábio Basile (2010, p. 14) salienta que as sociedades contemporâneas têm se tornado cada vez mais sociedades multiculturais, sendo que este novo modelo traz novos desafios para as ciências criminais, visto que passam a surgir, para o Direito Penal, questões relacionadas à diversidade cultural e aos novos e especiais conceitos como *cultural offenses* e *cultural defense*.

2.1 Cultural offenses

Em sua obra *Culture, Conflict and Crime*, publicada no ano de 1938, Thorsten Sellin (1938, p. 63), ao analisar criminalidade oriunda dos imigrantes, define os conflitos culturais como sendo “o resultado natural de um processo de heterogeneidade social, produzindo uma infinidade de reagrupamentos sociais, seja por imposição ou circunstâncias da vida, ignorância ou interpretações equivocadas dos costumes de outro grupo”.

Conforme bem pontuado por Faria Costa (2003, p. 186), a internacionalização massificada dos povos estendeu a quase todos a possibilidade de contato com outras culturas, com diferentes valores e com diferentes padrões comportamentais. Pela razão simples de que “já não há ‘dentro’ nem ‘fora’”. Pela razão simples de que tudo é tudo aqui, neste ponto, mas é a mesma coisa nos antípodas. O nosso viver desespacializou-se. O nosso interagir subjetivo perdeu as referências clássicas do espaço. As culturas, os gestos, os gostos, os saberes, as informações tudo está em qualquer lugar, em qualquer espaço”.

Sob essa égide de desfronteirização, surgiu – e continua havendo – um intenso debate relativo à de que maneira a cultura de um imigrante, em regra geral minoritária, pode ser capaz de afastar ou atenuar sua responsabilidade criminal quando do cometimento de algum delito por parte deste. Os delitos culturalmente motivados surgem, assim, como uma decorrência da temática multiculturalista. (CARNEVALI, 2007, p. 17).

Como exemplos mais conhecidos de *cultural offenses* podemos citar as mutilações genitais, ou

um igual, e *alter* a condição de um diferente. A comunicação encetada por ambos não é isenta de distorções, patologias, ou estratégias de dominação, que impelem amiúde ao conflito, a indignação e à luta, mas ela possibilita também um entendimento fundado no reconhecimento recíproco como sujeitos autônomos simultaneamente iguais e diferentes”. DIAS, Augusto Silva. O Multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências: in *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 17.

excisão clitoridiana² (também conhecida por fanado³) admitida por certas culturas e que é um dos maiores problemas enfrentados pelo multiculturalismo no Continente Europeu⁴; a poligamia praticada por mulçumanos; as mortes, inclusive de crianças, para resguardar a honra familiar⁵; os atos de maus-tratos

familiar e trabalho infantil que são tolerados em respeito ao sistema patriarcal de algumas comunidades; o infanticídio ritual indígena no Brasil⁶; a escarificação para fins ornamentais⁷, entre outros.

Van Broeck (2001, p. 05) ao definir os crimes culturalmente motivados, considera-os como sendo “um comportamento realizado por um membro

² A excisão clitoridiana constitui em um ritual de passagem ou de agregação de meninas à certas comunidades, as quais creem que o ser humano nasce sexualmente neutro e híbrido, isto é, que o homem é também mulher enquanto conservar o prepúcio e a mulher é também homem enquanto conservar o clitóris, sendo que para adquirir um gênero determinado e as funções sociais correspondentes cada um deve ser sujeito a uma incisão genital. DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. RPCC. 2006.

³ Com relação ao termo *fanado*, palavra de origem guineense, Antônio Carreira destaca “que designa precisamente o ritual iniciático ou de passagem, que assinala a entrada na comunidade do jovem ou da jovem como membros de pleno direito, aptos a casar, procriar e participar nos destinos do grupo, ritual que inclui, na versão masculina, a circuncisão e, na versão feminina, a excisão”. CARREIRA, Antônio. *As primeiras referências escritas à excisão clitoridiana no ocidente africano*, in Boletim Cultural de Guiné Portuguesa – BCGP, n.º: 70, 1963, p. 309 e ss. e n.º 78, 1965, p. 147 e ss.

⁴ Embora seja um problema muito recorrente, ainda não são conhecidos casos de excisão na jurisprudência dos tribunais portugueses, mormente nos tribunais superiores. Busca-se, assim, relatos da jurisprudência de outros países, em especial da França. Os casos do Tribunal Francês apresentam tipicamente os seguintes contornos: a excisão normalmente é realizada em crianças entre os 2 e 12 anos, pertencentes às etnias Bambara, Soninké e Malinké com idades compreendidas entre os 2 e os 12 anos, levadas pelos seus pais, especialmente pelas mães, à presença de mulheres com experiência na operação (excisoras ou fanatecas). Os arguidos, que são em regra as mães, invocam quase invariavelmente a obediência à tradição e aos ensinamentos dos antepassados como um fator de preservação da identidade. Nos depoimentos processuais inclusive podem ler-se justificações do gênero, «é doloroso, mas é o costume que o impõe», «fiz excisar a minha filha ... não para a fazer sofrer, ou para a mutilar, ou para fazer tudo aquilo de que me acusam neste processo, mas porque é o meu costume, a minha tradição ...», «não quis fazer mal algum, é a minha tradição que me obriga e eu não conhecia a lei. Eu amo muito os meus filhos. Uma mãe africana não é uma malfeteira. Eu não fiz mal, sou estrangeira, não conheço a lei. É o costume; entre nós, todas as mulheres são excisadas». Os processos terminam normalmente com a condenação das arguidas em penas até 5 anos de prisão, acompanhadas de *sursis*. Uma das preocupações das mães arguidas nos processos da França era a de que se não cuidassem da excisão da filha esta nunca viria a ser aceite pela comunidade de origem. Ela careceria de identidade feminina, seria olhada sempre como um *alien*, nenhum homem da sua comunidade desejaria casar com ela. Sendo assim, elas não cumpririam o seu dever de mães e de africanas, Bambara, Soninké, ou Malinké, se não submetessem as filhas ao ritual sangrento. DIAS, Augusto Silva, op. cit.

⁵ Um dos principais casos relacionados às *cultural offenses* é o Caso Kimura, julgado em 1985 pela corte de Los Angeles na Califórnia. Fumiko Kimura era uma cidadã norte americana que nasceu e cresceu no Japão, onde era casada com marido, também japonês. Todavia, descobriu que seu marido a enganava, mantendo uma relação extraconjugal. Não obstante a esta situação desonrosa, Kimura decide por se suicidar e levar consigo os seus dois filhos, um de quatro anos e o outro de apenas seis meses. Para isso, submerge com eles nas águas da praia de Santa Mônica em Los Angeles, com objetivo de levar adiante a prática que se denomina na cultura japonesa como *oyako-shinju*, ou seja, o suicídio conjunto de pais e filhos. Entretanto, por meio da ação de socorristas, consegue-se salvar a vida de Kimura, não havendo êxito no salvamento da vida de seus filhos. Na cultura japonesa, o vínculo imaginário entre pai e filho é inquebrável, sendo o filho uma “extensão” dos pais. Assim, desonrada por adultério, a mãe que decide cometer suicídio não pode deixar seus filhos sozinhos e abandonados. Portanto, eles também participam do evento. Caso contrário, a mãe seria severamente punida pela sociedade de

sua cultura, a taxá-la de cruel. Durante o processo judicial, os fatores culturais sobre o comportamento de Kimura influenciaram o Tribunal de Los Angeles a condenar o assassinato, todavia, com uma pena substancialmente menor do que o inicialmente solicitado. DIAS, Augusto Silva. *Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais*. In: *Emoções e Crime, filosofia, ciência, arte e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 57.

⁶ Para os indígenas, o nascimento de uma criança é algo que interessa a todos os membros da tribo. Por isso, o nascimento de Sumawani e de Iganani, uma criança hermafrodita e outra com paralisia cerebral, é uma questão de todos, não só dos pais e dos parentes. Entre os Suruwahs, o nascimento de uma criança que apresenta alguma anomalia física, bem como o de filhos considerados ilegítimos e o de gêmeos, é considerado uma maldição e uma ameaça ao bem-estar de toda a tribo. Ocorre, nestes casos, a prática do infanticídio. O infanticídio indígena é um ato sem testemunha. As mulheres vão sozinhas para a floresta e lá, depois do parto, examinam a criança. Se esta apresentar alguma deficiência, a mãe volta sozinha para a aldeia. A prática acontece em pelos menos 13 etnias indígenas do Brasil, principalmente nas tribos isoladas, como os Suruwahs, Ianomâmis e Kamaiurás. Cada etnia tem uma crença que leva a mãe a matar o bebê recém-nascido. A Constituição Brasileira reconhece a cultura indígena, seus costumes e tradições, sendo que até o atual momento não há previsão expressa de qualquer condenação pelo ato da mãe índia que mata o filho bebê. Para os índios, isso é um gesto de amor, uma forma de proteger o recém-nascido. A questão, no entanto, gera controversas. Um projeto de lei que pretende erradicar o infanticídio já foi aprovado em duas comissões na Câmara Federal e agora vai para votação no plenário. A proposta ficou conhecida como “Lei Muwaji” em homenagem a uma mãe da tribo dos Suruwahs, que se rebelou contra a tradição e salvou a vida da filha, fugindo com ela para Brasília/DF. De outro lado, os antropólogos defendem a não interferência na cultura dos índios, afirmando que esta é uma prática milenar e que não se pode desprezar os costumes e tradições das tribos indígenas, que se organizam conforme os seus antepassados lhe ensinaram e merecem também proteção dos órgãos públicos. Para mais sobre o infanticídio indígena no Brasil cf. SUZUKI, Márcia (org). *Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil*, 2008; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006; PINEZI, Ana Keila Mosca. *Infanticídio indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão*. Revista Aurora, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, n.º 08, 2008, p. 20.

⁷ Um caso de grande importância relacionado à escarificação para fins ornamentais - nomeadamente as lesões de incisão na pele, de modo que as cicatrizes resultantes marcarão a adesão do sujeito a uma determinada tribo - é o caso *Adesanya vs. UK*, julgado em 1974. Trata-se de um caso da jurisprudência inglesa em que uma imigrante nigeriana, durante a celebração do Ano Novo, com uma navalha, praticou pequenas incisões - para fins ornamentais - nas bochechas dos dois filhos, com idades entre nove e quatorze anos de idade, seguindo um tradicional ritual de sua tribo de origem (*Yoruba*). Após ouvir as vítimas, partes e um representante do alto comissário da Nigéria, o Tribunal Inglês constatou que a comunidade nigeriana na Inglaterra não estava ciente da natureza ilegal da escarificação ornamental e concedeu uma isenção total de castigo, mas emitiram um aviso, que abordou a acusada e seus compatriotas: “Você e outros que gostam de este país tem que perceber que as nossas leis devem ser obedecidas”. RENTEL, Alison Dundes. *The Use and Abuse of the Cultural Defense*. *Canadian Journal of Law and Society*, Volume 20, Number 1, 2005, p. 47-67. Disponível em: <https://ay14-15.moodle.wisc.edu/prod/pluginfile.php/127559/mod_resource/content/1/Rentel%20Use%20Abuse%20Cultural%20Defense.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2016.

pertencente a um grupo étnico minoritário, que é considerado ofensivo às normas do sistema da cultura dominante. Este mesmo comportamento do agente, no entanto, dentro deste grupo cultural minoritário a que pertence, é tolerado ou aceito como um comportamento normal, ou ainda é aprovado, suportado e até encorajado em determinadas circunstâncias”.

Para Raúl Carnevali (2007, p. 24), a verificação de uma ofensa culturalmente motivada deverá ser dividida em fases e dependerá da concorrência simultânea de três pressupostos - de ordem subjetiva (fatores psíquicos que influenciaram a conduta); objetiva (coincidência cultural entre o ato do sujeito e a expectativa do grupo cultural a que pertence) e de antagonismo entre a norma e cultura (conflito efetivo entre a cultura enraizada ao indivíduo e a norma do lugar de residência).

Assim, como bem pontuado por Cristina de Maglie (2012, p.192), “não é necessário que o indivíduo se valha de maneira explícita de determinados símbolos ou manifestações culturais, basta que estes valores sejam identificados em seu comportamento”.

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

2.2 Cultural defense

Após uma exposição, ainda que breve e sucinta sobre o que se compreende por *cultural offenses*, há que se mencionar em que se constitui o argumento da *cultural defense*. Destaca-se, desde logo, a fim de evitarem-se possíveis dúvidas sobre o tema, que ambas as expressões consubstanciam o mesmo objeto de estudo, passível de investigação por diferentes enfoques. (SARMENTO, 2013, p. 14).

Augusto Silva Dias (2006, p. 03), ao analisar o argumento da *cultural defense* nos casos da excisão clitoridiana, destaca duas notas sobre esse conceito. Primeiramente, quanto à definição de *defense* – que significa todo argumento invocável em juízo que possui força jurídica para obstar (ou atenuar) a condenação. Trata-se, segundo o autor, de um conceito dotado

de um sentido quase processual, sem papel sistemático no conceito de crime. Com efeito, as *defenses* tanto podem constituir causas de justificação como causas de desculpa.

Para que se possa compreender, de forma breve e simplificada em que consiste a *cultural defense*, vale-se dos ensinamentos de Renteln (2005, p. 48), o qual salienta que “trata-se de uma estratégia legal que permite que os tribunais considerem que as influências culturais, ao afetarem o comportamento do réu ou do autor de um determinado caso, possam ser alegadas em juízo”.

Desta forma, quando indivíduos pertencentes a grupos étnicos minoritários fazem referência, em processos judiciais, a seus antecedentes culturais como justificativa à prática do delito, resta configurada a estratégia conhecida por *cultural defense*. Trata-se, assim, de uma estratégia defensiva utilizada em sede do processo penal, com fundamento na integração do acusado a uma minoria cultural, no intuito de obter a absolvição do delito ou a imposição de uma sanção mais branda. (BASILE, 2009, p. 6).

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

Não obstante, é preciso salientar – conforme já acima mencionado - que nem todos os crimes praticados por membros de grupos minoritários constituem-se em ofensas culturalmente motivadas, somente aqueles em que os elementos culturais tenham desempenhado um papel direto e decisivo na constituição do delito. Este raciocínio é imprescindível e de grande relevância, tendo em vista que apenas nos casos onde estejam preenchidos os pressupostos da *cultural offense* é que o argumento da *cultural defense* poderá ser utilizado. (CARNEVALI, 2007, p. 24).

Essa estratégia de defesa, por consequência, deve ser moldada e estudada conforme as peculiaridades do caso em concreto – avaliando-se sempre em que grau e quantidade o elemento cultural foi determinante na causalidade da ofensa praticada. (VAN BROECK, 2001, p. 30).

É imprescindível tolerância em reconhecer e aceitar o outro com alteridade sem deixar, ao mesmo tempo, que o argumento da *cultural defense* ultrapasse e atinja os direitos mais essenciais da pessoa humana.

Expostos, assim, os principais aspectos relativos aos conceitos de *cultural offenses* e *cultural defense*, há que se trazer à baila a pergunta que originou e impulsionou o presente ensaio, qual seja: serão as soluções do Direito Penal adequadas na resolução dos crimes de motivação cultural?

3 Um breve esboço sobre a problemática da culpa nos delitos culturalmente motivados

Frente à inviabilidade de se analisar, no presente estudo, todas as particularidades suscitadas pelos delitos culturalmente motivados, partir-se-á, desde logo, ao exame da relevância que pode ser atribuída ao argumento da *cultural defense* no plano da culpa. A questão central relacionada à culpa nestes delitos é, de acordo com Silva Dias (2006, p. 29), analisar a relevância do argumento cultural suscitado pelo agente e se esse pode, por si mesmo, levar à exclusão daquela.

Nas lições de Welzel, (1987, p. 167) “culpa é a ‘reprovabilidade’ da configuração da vontade. Somente aquilo a respeito do qual o homem pode algo voluntariamente lhe pode ser reprovado como culpa”. A culpa é, por assim dizer, o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.

Insta destacar, assim, que o que está em jogo é a censurabilidade pessoal do agente. Uma vez comprovado que o fato é contrário à ordem jurídica, há que determinar, por razões relacionadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, se e em que medida o agente se empenhou pessoalmente na prática do fato, isto é, em que medida se pode atribuir-lhe, por isso, um demérito pessoal. (DIAS, 2006, p. 29).

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

Não se pode ignorar a influência das regras costumeiras e dos imperativos tradicionais na formação da identidade dessas pessoas, até porque, embora as culturas não sejam entidades “forradas aos ossos dos indivíduos desde o nascimento até a morte, que determinam para sempre a sua forma de pensar e de agir, são recursos que alimentam e dão sentido às suas opções de vida”. (DIAS, 2014, p. 22).

Assim, nos crimes culturais, a punibilidade dos autores pelo fato cometido dependerá da questão de saber se esse erro corre ou não por sua conta. Ou seja, se lhes era exigível ou não que representassem a ilicitude do fato. O problema deve ser abordado desde a perspectiva do erro de proibição, entendendo-se, no entanto, que se está diante de casos em que o erro se fundamenta não no desconhecimento da norma, mas sim na sua falta de compreensão. (CARNEVALI, 2007, p. 27).

Como bem pontuado por Silva Dias (2006, p. 31), quanto maior for a diversidade étnico cultural numa sociedade, mais a consciência da ilicitude será influenciada pela compreensão cultural e mais a motivação para agir será por ela determinada.

No entendimento do autor, “o que releva para a atribuição da consciência da ilicitude não é saber se o agente está informado ou não acerca do carácter proibido do facto, mas se a informação que tem – quando a tem – lhe permite apreender o desvalor que está associado à proibição”. (DIAS, 2006, p. 32).

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

Maria Fernanda Palma (2005, p. 207-208), ao tratar sobre o tema, aduz que existe uma ligação entre os valores universais e uma ética das emoções construída ao longo da vida do próprio indivíduo, de forma a satisfazer aquilo que ele tem para si como uma vida boa. Segundo a autora, a ética das emoções cria hipóteses de desculpa, entre outros, nos casos em que o agente não foi capaz de atingir as valorações mais abstratas, universais do Direito por força de um quadro ético-afetivo muito forte que ele não teve condições de modificar.

A norma costumeira acaba por exercer uma influência tão forte no indivíduo que o mesmo não pode sequer ser julgado ou culpado por obedecê-la, visto que nem mesmo cogita ou conhece outra forma de agir, não passando pela cabeça do agente motivar-se pelas normas em vigor na comunidade de destino. (PALMA, 2005, p. 231).

É o que sucede com pessoas oriundas de culturas bastante diversas da cultura cívica que serve de

base ao sistema jurídico em questão, que agem em erro sobre a ilicitude porque “não estão preparadas para entender e para se motivar por tais valores, não podendo eles interferir na sua decisão”. (PALMA, 2005, p. 207-208).

Depreende-se, pelo exposto, que só se torna possível o juízo de reprovação quando constatado que o agente teve, no caso concreto, a possibilidade real de entender o caráter criminoso do fato praticado e de determinar o seu comportamento de acordo com os interesses do sistema jurídico.⁸

A determinação de se essa falta de consciência da ilicitude é ou não censurável dependerá, por sua vez, da exigibilidade ou não de um esforço reflexivo do agente para alcançar o desvalor do fato no caso concreto, a qual depende, por seu turno, do tempo de estadia no país de destino e do grau de integração dos autores.⁹

Nota-se, enfim, que em grande parte dos casos de *cultural offenses* não é fácil considerar censurável a falta de consciência de ilicitude do indivíduo que pratica o fato, podendo – esse erro sobre a ilicitude da conduta – conduzir à exclusão da responsabilidade criminal por falta de culpa ou, ao menos, atenuar a pena a ser imposta ao agente.

⁸ Para mais a respeito do tema cf. PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005; DIAS, Jorge de Figueiredo. “*Liberdade - Culpa - Direito Penal*”, 3º ed., 1995; Augusto Silva Dias “*Delicia in se e Delicta mera prohibita, uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*”. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

⁹ Nesse sentido, inclusive, com relação aos casos trazidos do Tribunal Francês (ver nota 05), Silva Dias destaca que “as mulheres Soninké, Malinké ou Bambara relatam que muitas não falavam francês ao tempo da prática do facto, embora vivessem em França há (alguns) anos e algumas tinham obtido acidentalmente conhecimento de que a lei francesa proibia a excisão. Mas justamente porque não associavam então à prática da excisão qualquer mal ou desvalor (muito menos um desvalor qualificado), não compreendiam a mensagem normativa e por isso não entendiam nem o alcance nem as consequências da inobservância da proibição. A circunstância de se verem arguidas num processo penal era para elas motivo não só de surpresa, mas também de grande injustiça. Do seu ponto de vista, corriam o risco de ser condenadas simplesmente por serem Soninké, Malinké ou Bambara, isto é, simplesmente por pertencerem e viverem de acordo com as regras da sua comunidade. A punição aparecia a seus olhos como um acto hostil. Pode prosseguir fins de prevenção geral, mas não cumprirá seguramente qualquer fim de prevenção especial ressocializadora, nem – mais importante ainda respeitará o princípio da culpa”. DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana*. RPCC. 2006. p. 34.

4 Justiça restaurativa e *cultural offenses*

Por todo o exposto, questiona-se se o Direito Penal seria a via correta para lidar com os delitos culturalmente motivados - não somente nos casos onde, por via da *cultural defense*, há a exclusão da culpa (nos quais o Direito Penal poderia sequer intervir) - mas também naqueles onde o agente atua com plena consciência da ilicitude de sua conduta e deseja conservar, ainda assim, seus costumes e tradições. (DIAS, 2006, p. 41).

Silva Dias (2006, p. 41), ao debater o assunto, ressalta que o Direito Penal não deve, em primeira linha, à resolução de problemas sociais. A solução, segundo o Autor, “não reside na normativa, mas em políticas de integração culturais, orientadas com o intuito de instaurar uma convivência multicultural com base no patriotismo constitucional”.

Por derradeiro, nas ofensas culturalmente motivadas, devem-se ser elucidadas questões como: (a) entender se a vítima e o agente são membros de uma determinada cultura que carrega em seu *ethos* regras e tradições que o agente alega ter respeitado e (b) levar em consideração se o agente foi efetivamente influenciado por essas tradições quando agiu.

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

4.1 Notas introdutórias sobre a justiça restaurativa

Como bem sabido, no sistema penal tradicional há uma apropriação dos conflitos por parte do Estado, o qual, por meio das instâncias formais de controle, subtrai os conflitos das partes e transforma-os em casos, impedindo-as de participar, ativamente, na sua solução. (CHRISTIE, 1998, p. 14).

Neste sentido, o Estado Punitivo - que administra a justiça penal - surge como um usurpador autoritário que impõe uma solução para o conflito que não é seu, um conflito que é antes uma pertença do

agente e da vítima do crime (SANTOS, 2007, p. 474). Depreende-se disso que o cárcere e os mecanismos tradicionais do sistema jurídico-punitivo não são suficientes para a prevenção, superação e solução desses conflitos.

Surge, assim, um novo paradigma de caráter restaurativo, que devolve às partes o poder de solução do conflito, enfraquecendo o papel reativo do Estado face à criminalidade. Neste panorama, o Estado assume uma nova incumbência, oportunizando ao agente, à vítima e aos demais envolvidos meios eficazes para a pacificação do litígio. (SANTOS, 2014, p. 62).

Destaca-se, neste viés, que a evolução da proposta restaurativa se apresenta como fruto de uma conjuntura complexa, influenciada por movimentos criminológicos como o abolicionismo – no ponto em que rejeita o sistema penal clássico, visto como prejudicial ao agente e à comunidade – e a vitimologia – no sentido de um redescobrimento da vítima, preocupando-se com a reparação plena dos danos a ela causados.

Foi na década de 70 que o termo *restaurative justice* foi empregado pela primeira vez, quando começaram a ser realizadas as primeiras experiências restaurativas contemporâneas. Todavia, somente em meados da década de 90 o tema alcançou o real interesse de pesquisadores como um possível caminho para reverter a situação de ineficiência e altos custos – tanto financeiros como humanos – do sistema de justiça tradicional e o fracasso deste sistema na responsabilização dos infratores e atenção às necessidades e interesses das vítimas. (PALLAMOLLA, 2009, p. 34).

Embora recente, o modelo restaurativo guarda relação com “o controle social (...) que sempre orientou o espírito dos sistemas tradicionais de justiça”, haja vista a sua fundação ter buscado apoio em experiências comunitárias, passadas ou contemporâneas, realizadas em países onde se registra um volume populacional expressivo composto por minorias culturais e étnicas, tais como a Austrália, o Canadá e a Nova Zelândia. (GONÇALVES, 2015, p. 32).

Sob essa égide, importa destacar que a justiça restaurativa não possui um conceito fechado e imutável, mas sim aberto e fluido, que é continuamente renovado e desenvolvido com base na experiência. (PALLAMOLLA, 2009, p. 54).

Conforme bem pontuado por Cláudia Cruz Santos (2014, p. 156/157), a dificuldade em encontrar

uma definição uniforme para o termo se deve ao fato de os programas restaurativos contemporâneos não contarem com uma história suficientemente longa, e ainda se apresentaram, em diversos ordenamentos jurídicos, como um modelo de oposição ao paradigma dito dominante de reação à delinquência.

A despeito dessa dificuldade conceitual existe, todavia, um certo consenso na doutrina quanto à concepção de Justiça Restaurativa apresentada por Tony Marshall, o qual aduz que “a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras”. (MARSHALL *apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 54).

Por este novo paradigma restaurativo, destacam-se novas propostas ao tradicional sistema jurídico-penal, que visa à solução dos conflitos de forma mais construtiva e humanitária, propondo a reparação de danos causados por meio do diálogo entre todos os envolvidos. A justiça restaurativa surge, assim, como um instrumento de pacificação social e uma alternativa¹⁰ ao sistema de justiça criminal.

Neste diapasão, Howard Zehr (2012, p. 31/32), ao tratar sobre os pressupostos teóricos da justiça restaurativa, sustenta que sendo o crime uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumpre à justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e buscar a reparação do trauma causado.

Incumbe, assim, à justiça restaurativa oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas no delito ao diálogo e ao acordo, como sujeitos centrais do processo. A eficácia da justiça será avaliada, neste viés, segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura – um resultado

¹⁰ Podemos entender a justiça restaurativa como uma reformulação de nossa concepção de Justiça, tendo como objetivo trabalhar a compreensão das pessoas sobre a situação conflituosa para que haja a humanização dos envolvidos, possibilitando a identificação das necessidades geradas pelo conflito/crime e a consequente responsabilização de todos os afetados, direta ou indiretamente, para que de uma forma ou de outra, se comprometam e contribuam para a resolução. “Este novo paradigma representa uma nova forma de olhar para a situação conflituosa. O conflito, sob este ponto de vista, passa a ser entendido como uma possibilidade de construção de algo positivo. A Justiça Restaurativa é uma Justiça participativa, uma vez que as partes atuam de forma significativa no processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação.” AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa*, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2009, p. 109-110.

individual e socialmente terapêutico - seja alcançada. (ZEHR, 2012, p. 31/34).

O programa restaurativo baseia-se, portanto, na concepção de que a vítima, o autor do crime e a comunidade como um todo devem partilhar da busca pela solução dos problemas causados em decorrência do cometimento do delito. É uma ação de todos – indivíduos, Estado e sociedade – que visa, como o próprio nome o diz, à restauração.

4.2 Superando limites: a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos delitos culturalmente motivados

A visão que a seguir pretende-se demonstrar é de que os crimes culturais podem vir a ter uma melhor resolução dentro da justiça restaurativa do que da justiça tradicional, não só pela possibilidade de interação e participação de toda a comunidade nesta via, como também por estar em causa uma distinta visão de mundo, significados e valores que não poderá ser modificada sem o diálogo e a coesão coletivas.

Conforme já demonstrado, o que está em causa nas *cultural offenses* é uma convicção diversa no valor atribuído aos bens jurídicos – os agentes praticantes do delito não o enxergam sequer como uma ofensa a estes bens. Assim, sem uma mudança, ou ao menos uma compreensão interior – de pensamento e de agir – estes indivíduos continuarão a praticar estas ofensas. A resposta penal tradicional não exercerá, aqui, nenhum benefício. A mudança há que ser feita de dentro para fora e de cada um para o todo.

O Direito Penal deve ser subsidiário e, em alguns casos – como nos delitos culturais – o Estado, com seu *ius puniendi*, deve intervir o mínimo possível. Isso porque, sem um mínimo de observância à realidade concreta a que se destinam, as soluções penais podem ter efeitos mais nocivos do que benéficos. Os custos podem ser superiores aos ganhos e não justificam sua aplicação. Como bem pontuado por Figueiredo Dias (2009, p. 121), “não basta que uma conduta tenha dignidade penal, se se revelar desnecessária a aplicação de uma pena”.

Mário Ferreira Monte (2014, p. 104) ao defender a possibilidade da justiça restaurativa como resposta mais adequada aos crimes culturais, destaca que o processo restaurativo implica o envolvimento da vítima e do agente e, às vezes, também da comunidade

na resolução do conflito, apelando sobretudo ao sentimento de responsabilidade do agente, à cidadania de cada um dos envolvidos e desenvolvendo sentimentos de pertença a uma comunidade e não de exclusão.

Segundo o autor, ainda, nos crimes culturalmente motivados:

A assunção da responsabilidade e cidadania vem a ser a pedra de toque para a reintegração do agente, o que implica o reconhecimento de que mais importante do que a punição ou a sanção propriamente dita será o processo, pois é nesse processo comunicacional e relacional que se estabelece entre agente e vítima que advirão os fundamentos para uma tal atitude do agente, ao mesmo tempo em que a vítima se vê a participar e a esperar pela reparação do dano. (MONTE, 2014, p. 104).

É um problema de cidadania e de responsabilidade que está em causa. Ademais, a isto se acresce o fator de que a justiça restaurativa é uma solução que tem sulcadas na sua base razões culturais¹¹. Encontramos, por exemplo, fortíssimas manifestações desde tipo de justiça em países como o Canadá¹², a África do Sul, a Austrália, a Nova Zelândia¹³, parte dos EUA e China.

O sucesso da proposta restaurativa nestes países está ligado, intimamente, à inegável evidência de que os mesmos sofreram a influência direta das culturas aborígenes – as quais procuravam a solução dos conflitos de forma comunitária, tendo sempre em vista o

¹¹ As origens dos recentes movimentos de justiça restaurativa na Nova Zelândia e no Canadá estão ligadas à valorização dos modelos de justiça dos povos indígenas que habitam aqueles territórios desde tempos remotos (o povo maori no primeiro e os aborígenes e as *First Nations* no segundo). SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 22.

¹² Os pesquisadores afirmam que as raízes do modelo restaurativo de justiça canadense originaram-se dos tradicionais métodos aborígenes de resolução dos conflitos, com o envolvimento comunitário e a implementação de soluções holísticas. A razão disto é reveladora: a superpopulação de pessoas de origem aborígene nas instituições correcionais do país alertou para a demanda de abordagens mais adequadas, como os *sentencing circles* para criminosos aborígenes. SICA, Leonardo., *ibid.*, p. 23.

¹³ Na Nova Zelândia, país referencial neste tema, a justiça restaurativa desenvolveu-se depois de décadas de insatisfação com o tratamento oferecido aos menores autores de delitos, especialmente aqueles com formação maori, o que levou à introdução do *Children, Young Persons and Their Families Act*, que mudou radicalmente os princípios e o processo da justiça de menores no país. O *Act* objetivou incluir elementos das práticas tradicionais maori de resolução de conflitos, principalmente o envolvimento direto, na resolução do problema criado pelo “crime”, de ofensor, vítima e seus familiares ou apoiadores, com o objetivo de “curar” ou “sanear” o dano causado pela ofensa. Depois de uma década de experiências com jovens, agora a Nova Zelândia está estendendo os programas restaurativos à justiça penal comum, seguindo a Austrália o mesmo caminho. SICA, Leonardo., *ibid.*, p. 24.

reestabelecimento da paz entre o grupo. (MONTE, 2014, p. 105)

A justiça restaurativa veio a ser, portanto, uma solução culturalmente fundamentada, assente numa atitude de consenso, de partilha de responsabilidades, de resolução amigável. Em consequência, os povos que mais apostam nessa via fazem-no também porque não sentem necessidade de uma via mais formalizada, da justiça tradicional.

Ademais, outro aspecto que deve ser levado em consideração é que nestas ofensas nem sempre o autor que pratica o ato contra a vítima é o único responsável pelo delito, como também, toda a comunidade que aprova e incentiva estas ações.

Na maior parte dos crimes culturais, o agente causador do delito é uma pessoa amiga, ou seja, pessoa que faz parte da mesma comunidade da vítima. O crime é cometido em benefício da vítima (na visão do infrator), por razões étnico-culturais ou, até mesmo, para que o indivíduo não seja considerado inimigo - no sentido de uma espécie de mal dentro da própria cultura ou grupo étnico-cultural. (MONTE, 2014, p. 111).

Ferreira Monte (2014, p. 106-107) suscita que também por esta razão percebe-se que o Direito Penal não é a única via para a solução destes problemas. Segundo ele, a justiça tradicional se revela ainda mais inadequada ao não conseguir atingir os fins das penas, quando comprovadamente os agentes do crime não compreendem, na maior parte dos casos, a censurabilidade da conduta praticada.

A visão restaurativa, por sua vez, se mostra mais adequada pelo fato de que, sendo o crime de motivação cultural, esse paradigma encontra-se mais aberto a “compreensão cultural do fenômeno, a uma integração relacional e comunicacional do tipo intercultural”. (MONTE, 2014, p. 106).

Na justiça restaurativa, a condição para o acordo – voluntário – é o entendimento por parte do agente do fato cometido e seus efeitos. Trata-se de um processo cultural, de apelo à cidadania. Sem isso, não existirá acordo. O mesmo se aplica à vítima.

Pelos domínios restaurativos podem-se criar possibilidades de construir formas de conciliação para reparação dos danos causados, centrados em uma abordagem construtiva, reintegradora e conciliadora que permita ao transgressor a possibilidade de corrigir seus erros, construindo, conseqüentemente, uma nova solução de conflitos.

Em suma, temos que a justiça restaurativa constitui um sistema essencialmente comunitário, menos punitivo, mais equilibrado e humano, e que oferece uma resposta mais satisfatória ao conjunto de questões jurídicas, econômicas, psicológicas e sociais resultantes do comportamento delituoso - *in casu*, motivado por fatores culturais intrínsecos ao indivíduo. Trata-se, assim, de uma nova forma de se pensar a democracia, respeitar a comunidade e aceitar o outro. (GONÇALVES, 2015).

Outrossim, como já se destacou, “a justiça restaurativa tende a intensificar a participação da comunidade, a qual passa a assumir um duplo papel: em primeiro lugar, pode ser a destinatária das políticas de reparação e de reforço do sentimento de segurança coletivo e, em segundo nível, a comunidade pode ser ator social de um percurso de paz, que se funda sobre ações reparadoras concretas das conseqüências do crime”. (MONTE, 2014, p. 107).

A concepção restaurativa traz, assim, uma ideia diversa ao sistema jurídico penal tradicional, uma vez que esta aceção propõe mecanismos que envolvem as partes no conflito com o intuito de que estas assumam posições e discutam as atitudes que levaram ao dano, as suas conseqüências, o sofrimento da vítima, a busca pela restauração e os valores corrompidos, embasadas no diálogo democrático. É, portanto, uma solução preventivo-reparadora que a justiça restaurativa promove e que a justiça tradicional nem sempre alcança – em particular nos crimes culturais. (MONTE, 2014, p. 107).

5 Considerações finais

O presente artigo buscou demonstrar, primeiramente, em que consiste o multiculturalismo e quais são os novos desafios trazidos por este fenômeno, em decorrência da globalização e da diversidade étnico-cultural presente nas sociedades modernas, ao Direito Penal, em especial com relação aos seus reflexos no âmbito da responsabilidade criminal.

Partiu-se, em seguida, para uma análise dos conceitos de *cultural offenses* e *cultural defense*, indispensáveis à compreensão dos delitos culturais. Demonstrou-se, neste viés, que ambos os institutos consubstanciam o mesmo objeto de estudo, passível de investigação por diferentes enfoques.

Enquanto a *cultural offense* diz respeito ao próprio conceito de delito culturalmente motivado, a *cultural defense* trata-se do argumento de que o indivíduo, ao cometer este delito, apenas obedeceu aos costumes e tradições seguidos pelo grupo étnico-cultural ao qual pertence. Constitui-se, assim, em uma estratégia de defesa a ser usada em sede do processo penal, com fundamento na integração do acusado a uma minoria cultural, no intuito de obter a absolvição do delito ou a imposição de uma sanção mais branda.

A norma costumeira, a cultura e as tradições acabam por exercer uma influência tão forte no indivíduo que o mesmo não pode sequer ser julgado ou culpado por obedecê-las.

Assim, nos delitos culturalmente motivados, só se torna possível o juízo de reprovação quando constatado que o agente teve, no caso concreto, a possibilidade real de entender o caráter criminoso do fato praticado e de determinar o seu comportamento de acordo com os interesses do sistema jurídico.

Depreende-se, enfim, que em grande parte dos casos de *cultural offenses* não é fácil considerar censurável a falta de consciência de ilicitude do indivíduo que pratica o fato, podendo ser excluída a responsabilidade criminal do agente por ausência de culpa ou, ao menos, atenuada a pena a lhe ser imposta.

Frente a este e a tantos outros questionamentos relacionados ao tema, analisa-se se os crimes culturais não teriam uma melhor resolução na justiça restaurativa do que na justiça tradicional, tendo em vista que, por meio dessa via, podem-se criar possibilidades de construir formas de conciliação para reparação dos danos causados - centrados em uma abordagem construtiva, reintegradora e conciliadora - que permita ao transgressor a correção dos seus erros e, à vítima e à comunidade, a reparação dos danos sofridos.

O que está em causa nos delitos culturais é uma convicção diversa no valor atribuído aos bens jurídicos, uma distinta visão de mundo, significados e valores que não poderá ser modificada sem o diálogo e a coesão coletivas. Sem uma mudança, ou ao menos uma compreensão interior - de pensamento e de agir - estes indivíduos continuarão a praticar estas ofensas. A resposta penal tradicional, aqui, não exercerá nenhum benefício.

Sendo o crime de motivação cultural, o paradigma restaurativo mostra-se mais aberto à sua compreensão e a uma integração intercultural, que envolva

o agente, a vítima e toda a comunidade. A justiça restaurativa parece surgir, assim, como uma possível solução aos crimes culturalmente motivados, capaz de oferecer uma resposta mais satisfatória, essencialmente comunitária e menos punitivista.

Por fim, longe de se auferir respostas absolutas, o objetivo principal desta pesquisa é contribuir para a discussão acerca da possível aplicação da justiça restaurativa aos crimes culturais, bem como demonstrar a importância de maiores e mais aprofundados estudos sobre o tema.

6 Referências

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

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

_____. *Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*. Milano: Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista Telemática. 2009. p. 6. Disponível em: < http://www.statoechiere.it/images/stories/2009.7/basile_culturadefense2.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2016.

_____. Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati. *Política Criminal*. Santiago, Chile, v. 6, n. 12. 2011.

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

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

CHRISTIE, Nils. *Conversa com um Abolicionista Minimalista*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 6, nº 21, janeiro-março, 1998, Revista dos Tribunais. Entrevista.

COSTA, José de Faria. A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude). In: *Stdvdia Ivridica - 73, Colloquia - 12, Globalização e Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

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

DIAS, Augusto Silva. *“Delicia in se e Delicta mera prohibita, uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

- _____. *Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais*. In: *Emoções e Crime, filosofia, ciência, arte e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2013.
- _____. *Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana*. RPCC. 2006.
- _____. O Multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências: in *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- GONÇALVES, Conrado Cabral Ferraz. *A justiça restaurativa e o sistema jurídico socioeducativo brasileiro*. Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra/2015.
- MONTE, Mário Ferreira. Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa. In: *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *A Justiça Restaurativa da teoria à prática*. 1ª ed., IBCCRIM, São Paulo, 2009.
- PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.
- PINEZI, Ana Keila Mosca. *Infanticídio indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão*. Revista Aurora, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, nº 08, 2008, p. 20. Disponível em: <http://www.pucsp.br/revistaaurora/ed8_v_maio_2010/artigos/ed/2_artigo.htm>. Acesso em: 20 mai. 2016.
- RENTEL, Alison Dundes. The Use and Abuse of the Cultural Defense. *Canadian Journal of Law and Society*, Volume 20, Number 1, 2005. p. 47-67. Disponível em: <https://ay14-15.moodle.wisc.edu/prod/pluginfile.php/127559/mod_resource/content/1/Rentel%20Use%20Abuse%20Cultural%20Defense.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Ariscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- _____. Um crime, dois conflitos (e a questão revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, ano 17, n. 3, jul./set., 2007.
- SARMENTO, José Augusto Nogueira. *Breves reflexões sobre a cultural defense*. Universidade de Lisboa, 2013.
- SELLIN, Thorsten Sellin. *Culture conflict and crime*. New York: Social Science Research Council. 1938. p. 63.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006.
- SUZUKI, Márcia (org). *Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil*, 2008.
- TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- TORRÃO, Fernando. Direito Penal, globalização e pós-modernidade (desconstrução do paradigma liberal?). In: *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.
- VAN BROECK, Jeroen. Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Vol. 9/1, 2001.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yanes Pérez. Chile: Juridica de Chile, 1987.
- ZEHR, Horward. *Justiça Restaurativa*. Trad. Tônia Van Acker. São Paul: Palas Athena, 2012.

DATA DA SUBMISSÃO: 16/11/2016

DATA DE ACEITE: 12/12/2016