

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO

Rodrigo Iennaco de Moraes

CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS:
CULTURAL DEFENSE NOS CASOS DE
VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER

Belo Horizonte
2017

RODRIGO IENNAO DE MORAES

CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS:
cultural defense nos casos de violência sexual contra a mulher

Relatório de pesquisa (Tese) apresentado(a) ao programa de pós-graduação (Doutorado) em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob orientação da Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales.

Linha de pesquisa: poder, cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Projeto estruturante: Limites ao poder do Estado, segurança jurídica, confiança, participação e consensualidade.

Projeto coletivo: Limites ao poder punitivo no Estado Democrático de Direito.

Área de estudo: Direito Penal contemporâneo (o modelo constitucionalmente orientado de Direito Penal).

M827c Moraes, Rodrigo Iennaco de
Crimes culturalmente motivados: *cultural defense* nos casos de violência sexual contra a mulher / Rodrigo Iennaco de Moraes – 2017.

Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Violência contra a mulher – Teses
3. Multiculturalismo – Teses 4. Crime sexual – Teses I.Título

CDU(1976) 343.54-055.2

Rodrigo Iennaco de Moraes

CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS:
cultural defense nos casos de violência sexual contra a mulher

Tese apresentada e considerada _____, junto ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito (Direito Penal Contemporâneo).

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2017.

Banca examinadora:

Prof. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora)
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Fernando José da Costa
Instituição:

Prof. Dr. Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça
Faculdade de Direito Dom Helder Câmara

Suplentes:

Prof(a). Dr(a).
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof(a). Dr(a).
Instituição:

DEDICATÓRIA

À minha orientadora, Sheila – na inspiradora sensibilidade;

às minhas professoras – um pouco de todas em mim;

minha bisavó, Emma Sparano – na espiritualidade;

avós, Nazinha e Palmira – na memória;

minha mãe, Maria Célia – na personalidade;

minha Dindinha, Léa – na entrega;

irmã, Cyntia – na cumplicidade;

sobrinhas, Erika, Eduarda, Marcela e Julia – na alegria;

às minhas tias, primas e às filhas de minhas primas – na união;

à minha sogra, Sylvia – na fé;

cunhada, Miriane – na família.

Às mulheres da minha vida!

Às mulheres da vida!

Às mulheres!

A todas elas que me ensinam, admiráveis pela força e pela perseverança.

Dhebora, que dá sentido à minha vida – no coração;

Sofia, que a renova a cada instante – na alma.

...àquelas de quem temeis a desobediência, exortai-as, pois, e abandonai-as no leito, e batei-lhes. Então, se elas vos obedecem, não busquei meio de importuná-las. Por certo, Allah é Altíssimo, grande.

(Corão. Sura, 4:34)

A porta do inferno estremeceu
 O povo corre pra ver quem é
 Eu vi uma gargalhada na encruza
 É Pombagira, a mulher do Lucifer [...]
 Ela é mulher de sete Exu
 Ela é Pomba Gira Rainha
 Ela é Rainha das Encruzilhadas
 Ela é mulher de sete exu
 (tradição oral da Umbanda)

Cadê meu celular?
 Eu vou ligar pro 180
 Vou entregar teu nome
 E explicar meu endereço
 Aqui você não entra mais
 Eu digo que não te conheço
 E jogo água fervendo
 Se você duvidar
 Eu solto o cachorro
 E, apontando pra você
 Eu grito: *péguix guix guix guix*
 Eu quero ver
 Você pular, você correr
 Na frente dos vizinhos
 Cê vai se arrepender de levantar a mão pra mim
 E quando o samango chegar
 Eu mostro o roxo no meu braço
 Entrego teu baralho
 Teu bloco de pule
 Teu dado chumbado
 Ponho água no bule
 Passo e ofereço um cafezim
 Cê vai se arrepender de levantar a mão pra mim [...]
 (Douglas Germano - *Maria de Vila Matilde*)

O que nos distancia é a distração humana para a ignorância tão globalizada
 (Yzalú)

...así como el pueblo nada sabe de la ley, tampoco la ley positiva sabe del pueblo; ambos no se conocen.
 (Max Ernst Mayer)

AGRADECIMENTOS

Foi de muito aprendizado essa jornada, e dela participaram muitos *co-atores*, em momentos distintos. Eu me afastei de várias pessoas a quem devoto, não obstante, eterna gratidão. Se eu fosse citar nomes, seria absolutamente injusto com tantas outras pessoas que a memória me recusaria representar. Isso é lamentável e, em certa medida, faz com que pessoas que não mereceriam nota se julguem no mesmo patamar das que eu deveria nominar. Isso também é trágico, porque, aos que não me conhecem, aparentará prepotência ou indiferença.

Seria mais cômodo simplesmente excluir o tópico dos agradecimentos, e presumir que passaria despercebida a omissão, por se tratar de trabalho técnico.

Mas eu prefiro este registro, posto que relativamente impessoal. Muitos me ajudaram ainda nos bancos da escola pública mineira, no Grupo Botelho Reis, no Anexo e no Ginásio. Ainda hoje, há muito em mim das reminiscências dessa trajetória leopoldinense.

Eu devo muito aos que comigo compartilharam experiências nas Faculdades de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, do Instituto Vianna Júnior, do Centro Universitário do Leste de Minas, da Milton Campos, da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: sempre aprendi (principalmente quando, na sala de aula, fui docente). Sou grato aos companheiros de advocacia, à Polícia Civil, à Defensoria Pública e ao Ministério Público de Minas Gerais: eu fiz amigos e conheci pessoas valorosas, cada qual à sua maneira; especialmente, aprendi a respeitar o trabalho e a valorizar os profissionais das instituições republicanas. A crítica é fundamental à democracia, mas o ataque leviano só interessa ao autoritarismo.

Eu agradeço à luz divina pela vida que me trouxe até aqui, e aos meus familiares (especialmente aos que, pela contingência temática, não figuraram na dedicatória deste texto) por terem sido tão compreensivos com minhas escolhas e ausências, muitas vezes infortunadas na imposição da distância física entre nós.

Pela inspiração, eu agradeço a Joel Santana, que com sua humildade superou o preconceito e se comunicou em terra estranha, e venceu. O deboche é covardia cômoda. Quem sai da roça, com a ilusão de vencer no mundo, não tem tempo pra covardia. A covardia é virtude do luxo. A covardia é supérflua. A vida é feita do essencial. São da vida a ilusão e o sonho; e a vida clama por coragem!

Meu projeto já foi ambicioso; hoje só quero deixar um exemplo digno à minha filha: persistência, honradez e amor ao conhecimento. Enquanto há vida, há sonho. Desistir nunca. Até aqui, tudo valeu a pena, e sozinho eu não teria conseguido...

RESUMO

A globalização e o incremento de fluxos migratórios populacionais resgataram as discussões de viés cultural no Direito. Nesse contexto eclodiu o debate sobre o multiculturalismo e suas limitações na pauta dos direitos humanos como categoria jurídica que aspira à universalidade. Nesta tese, o Direito Penal é reconhecido como direito local, porém marcado pela *não neutralidade cultural*. Diante desses parâmetros e à luz do feminismo como argumento ético, são estudadas as repercussões do pluralismo cultural e do direito à diversidade no âmbito da teoria geral do delito, pontuando-se o resgate da concepção culturalista para a ilicitude penal, no plano material.

O entendimento da violência sexual contra a mulher radica no dualismo psicológico-social, configurando-se como comportamento humano relacionado à orientação sexual e objeto de apropriação simbólica, no plano dos costumes privados e das conotações políticas ao mesmo tempo. O Direito Penal, assim, tem influência limitada na administração de conflitos dessa natureza, embora deva atuar como expressão de *ultima ratio* na perspectiva da promoção das garantias de liberdade e de dignidade de vítimas vulneráveis. Assim, quanto maior a gravidade da ofensa e mais intenso o emprego de violência, menor a relevância do fator cultural subjacente ao comportamento do agressor.

Portanto, trata-se da ilicitude penal nos crimes sexuais culturalmente motivados; especificamente, indaga-se em que limites poderia ser conferida eficácia justificante ao fator cultural nos casos de violência sexual contra a mulher. Para tanto, como pressuposto teórico, revisitam-se os conceitos de cultura e de violência, e de sua apropriação pelo discurso jurídico... Pontua-se o multiculturalismo brasileiro como complexo, em comparação com os modelos de sistematização discursiva estruturados exclusivamente na imigração ou na autonomia de contingentes autóctones. O Direito Penal, posto que expressão de cultura hegemônica, ainda que sedimentado em bases políticas democráticas, não pode realizar seus juízos em desconsideração ao fator cultural minoritário. Para além das concepções de corte neokantiano, procura-se estabelecer um programa argumentativo como roteiro hermenêutico para compreensão da responsabilidade penal nesses casos.

ABSTRACT

Globalization and the growing of populational migratory flows redeemed the debates over the cultural notes of law. In this context the debate over multiculturalism and its limitations on matters of human rights as a juridical category that aims at universality has broken out. In this thesis, criminal law is regarded as national law, but marked lack of cultural neutrality (“cultural non-neutrality”). In face of these parameters and in light of feminism as an ethical argument, consequences of cultural pluralism and right to diversity are studied under the framework of general theory of crime, pointing out to the rescue of the culturalist conception of criminal wrongfulness, in material terms.

The understanding of sexual violence against women takes root in psychological and social dualism, setting itself as a human behavior related to sexual orientation, and, at the same time, subject to symbolic appropriation at the level of private customs and political connotations. Criminal law then has limited influence on the management of conflicts of this sort, although it must act as *ultima ratio* limiting expression from the perspective of the promotion of guaranties of freedom and dignity of vulnerable victims. Thus, the greater the severity of the offense and the more intense the use of violence, the less the relevance of the cultural factor underlying the behaviour of the aggressor.

Therefore, the criminal wrongfulness in sexual crimes culturally motivated is studied; specifically, it is asked under which limits justificatory juridical effectiveness could be granted to cultural factor in cases of sexual violence against women. For this purpose, as theoretical assumption, the concepts of culture and violence and its appropriation by juridical discourse are reassessed. Brazilian multiculturalism is evaluated as complex, in comparison to other models of discursive systematization exclusively structured upon immigration or the autonomy of indigenous communities. Criminal law, as an expression of hegemonic culture, even if settled onto democratic political bases, cannot rest its judgements in disregard of minoritarian cultural factor. Beyond concepts of neokantian character, this work tries to establish an argumentative program as hermeneutic route to comprehension of criminal liability in such cases.

ABSTRACT

I processi di globalizzazione e la conseguente crescita dei flussi migratori hanno riaperto le discussioni sull'importanza delle origini culturali e delle differenti radici giuridiche di ogni società, ma anche sulla rilevanza del fattore culturale nel Diritto. In questo contesto appare il dibattito sul multiculturalismo e i suoi limiti dei diritti umani: categoria giuridica che per sua definizione stessa aspira all'universalità. Così, il diritto penale è riconosciuto come normativa locale, ma, allo stesso tempo, contrassegnato da una non-neutralità culturale.

Con relazione ai punti esposti e alla luce del femminismo come argomentazione etica, restano studiati le ripercussioni del pluralismo culturale e il diritto alle differenze nell'ambito della teoria generale del reato – con l'accento sull'efficacia scriminante. La comprensione della violenza sessuale contro le donne è radicata nel dualismo psicologico-sociale, configurato come il comportamento umano legato all'orientamento sessuale, ed insieme, l'oggetto di appropriazione simbolica, in termini di costumi privati e connotazione politica.

Il diritto penale ha quindi un'influenza limitata sulla gestione dei conflitti di questa tipologia: dovrebbe agire nel senso di limitare l'espressione di tali fenomeni, come *ultima ratio* per promuovere le garanzie di libertà e dignità delle vittime vulnerabili.

Pertanto, maggiore è la gravità (o la lesività) del reato verso il grado di diritti umani e più intenso l'uso della violenza, minore sarà la “rilevanza giustificante” del fattore culturale che sottende il comportamento dell'aggressore. In particolare nei reati sessuali di matrice sociale/culturale ci si chiede a quali limiti potrebbe essere data la giustificativa del fattore culturale nei casi di violenza sessuale contro le donne. Come riferimento teorico, i concetti della cultura e della violenza e la loro appropriazione in ambito giuridico vengono rivisti; viene evidenziato, ancora, il multiculturalismo brasiliano come sistema complesso, in comparazione ai modelli strutturati esclusivamente in materia d'immigrazione o dell'autonomia giuridica del contingente autoctono.

Il diritto penale, per quanto espressione della cultura egemonica, anche se collegato su politiche democratiche, non può formare il proprio giudizio senza tener conto le diversità culturali e le minoranze. Oltre alle concezioni neo-kantiane, si cerca di stabilire un programma argomentativo, in altre parole uno *script* ermeneutico per comprendere la responsabilità penale in questi casi.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 O MÉTODO DO DIREITO PENAL E OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS.....	16
1.1 Tarefas legitimadoras e conformativas da punição.....	16
1.2 Os crimes culturalmente motivados e o conteúdo ético do Direito Penal.....	29
2 O FATOR CULTURAL COMO SUBSTRATO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO JURÍDICO-PENAL	35
2.1 A significação do <i>fator cultural</i>	35
2.2 A perspectiva culturalista nas discussões jurídico-penais	44
2.3 Culturalismo, Neokantismo e desafios da renormatização do Direito Penal a partir de Max Ernst Mayer.....	46
3 MULTICULTURALISMO E DIREITO PENAL: OS MODELOS DE REAÇÃO ÀS DIVERSIDADES CULTURAIS.....	50
3.1 Sociedades multiculturais e pluralismo jurídico.....	55
3.1.1 Multiculturalismo: tolerância e reconhecimento das minorias identitárias.....	60
3.1.2 Assimilacionismo: intolerância e integração de sujeitos culturalmente diversos.....	62
3.2 Peculiaridades do multiculturalismo brasileiro	67
4 MULTICULTURALISMO E FEMINISMO(S): DA ANCESTRALIDADE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER AOS MOVIMENTOS EMANCIPATÓRIOS CONTEMPORÂNEOS	77
4.1 A violência como comportamento natural radicado na brutalidade e sua construção cultural simbólica como instrumento de poder	78
4.2 Da diferenciação biológica à construção cultural da violência contra a mulher	82
4.2.1 O estabelecimento patriarcal de papéis sociais.....	82
4.2.2 A violência contra a mulher como referencial antropológico da dominação pela força.....	83
4.2.3 A violência sexual como símbolo da brutalidade idiossincrática contra a mulher.....	87
4.3 A emancipação da mulher como instrumento cultural de reação ao domínio da violência diante das capacidades limitadas do Direito Penal.....	97
4.4 O sistema latino-americano de enfrentamento à violência contra a mulher	105
4.4.1 O sistema brasileiro de reação à violência contra a mulher	109
4.4.2 A violência contra a mulher na legislação penal brasileira	110
5 ILICITUDE E <i>CULTURAL DEFENSE</i>: CRIMES SEXUAIS CULTURALMENTE MOTIVADOS E EXCLUSÃO DA ILICITUDE	115
5.1 O insuperável dilema em torno da tipicidade e da ilicitude no plano do injusto.....	115
5.2 As normas culturais em Max Ernst Mayer como um marco teórico revisitado	125
5.3 <i>Cultural offence</i> e repercussão político-criminal no modelo de reação social	136
5.4 O fator cultural nos crimes sexuais violentos: casuística	139
5.4.1 Mutilação genital feminina.....	139
5.4.2 Virgindade feminina e “teste de disponibilidade” para o casamento.....	141
5.4.3 Culto à virgindade feminina e casamento cigano	141
5.4.4 Casamento por rapto/captura.....	142

5.4.5 Casamento infanto-juvenil e violência sexual presumida.....	143
5.4.6 Violência sexual ritualística(?) e religiões afro-brasileiras	145
5.4.7 Violência sexual e tradição dominial machista sobre a mulher	146
5.4.8 Violência sexual contra mulheres indígenas	147
5.5 Critérios constitucionais da eficácia justificante da <i>cultural defense</i>	149
5.5.1 ofensividade hipotética (gravidade abstrata).....	154
5.5.2 ofensividade concreta (gradação do dano).....	155
5.5.3 grau de vinculação à cultura de minoria	156
5.5.4 grau de assimilação (e integração) da (na) cultura majoritária/hegemônica.....	156
5.5.5 reciprocidade no Direito de origem.....	157
5.5.6 amplitude da autonomia jurídica minoritária (reconhecimento constitucional do pluralismo jurídico).....	158
CONCLUSÕES	159
REFERÊNCIAS DO TEXTO	163

INTRODUÇÃO

Desde que se designou a globalização, em várias frentes do conhecimento sistemático, como categoria de compreensão da sociedade e das relações estabelecidas (multilinear e complexamente) entre as pessoas e respectivos grupamentos coletivos (Estados, corporações etc.), cresceu o interesse pela pluralidade de (e nas) manifestações conviventes. Esse novo panorama global apresentou um progressivo desafio de compartilhamento de experiências, visões de mundo, valores e crenças, ampliando-se os espaços comuns e, com tal incremento, a necessidade de debate em torno das possibilidades de reinterpretação do postulado basilar da igualdade – à luz das diferenças.

Muito se tem escrito e discutido, desde então, sobre diversidade, pluralismo, tolerância, identidade e, no que mais de perto nos interessa, multiculturalismo. Não é novidade, nesse contexto, o enfrentamento dos diálogos entre multiculturalismo e Direito. O ponto crítico – ou o ápice – dessa relação dialógica é o Direito Penal multicultural.

Estabeleceu-se um relativo ou aparente consenso: a relevância da diversidade cultural no âmbito penal se posta na encruzilhada da difícil relação entre multiculturalismo e direitos fundamentais, no *locus* argumentativo em que fatores controvertidos e sensíveis se reafirmam com particular gravidade, por se projetarem no último núcleo dos valores fundamentais de uma sociedade ou mesmo na esteira dos direitos fundamentais dos indivíduos.

De toda parte emergem vozes em defesa da utilidade e da oportunidade, em certos casos, do reconhecimento de razões de pertinência e de relevância jurídica aos *fatores culturais*. Em contrapartida, existiria uma gama de razões funcionando como restrita condicionante desse reconhecimento. Recomenda-se, nesse caso, desconfiar de respostas prontas ou propostas absolutas, categóricas e simplistas, diametralmente incompatíveis com a complexidade do problema de ponderar-se, em suma, direitos fundamentais e multiculturalismo.

No relatório da pesquisa que ora se introduz, partimos da questão apriorística do método das ciências penais, discutindo seu padrão de racionalidade e sua relação com as tarefas do poder punitivo na democracia. Depois, confrontamos os desafios de se reincorporar a temática culturalista na teoria do delito com as possibilidades de diálogo entre multiculturalismo e direitos fundamentais. Trata-se, aqui, de uma opção metadogmática como registro de nosso posicionamento no panorama do Direito Penal nessa quadra da história, também para alocação deste trabalho como um dos resultados de uma produção plural do

saber, no ambiente do programa de pós-graduação em que se insere, sob um marco de determinada área de concentração e respectiva linha coletiva.

A partir dessas bases, revisitam-se concepções de violência e de cultura, com fundamento antropológico e com vistas ao questionamento da construção cultural da realidade, radicado na psicologia do conhecimento e no estabelecimento de papéis sociais baseados no gênero.

Sem deixar de lado a dimensão conceitual do próprio multiculturalismo, procuramos confrontá-lo com a realidade brasileira, em que se experimentaram vários e diferenciados ciclos migratórios, atrelada a ineficazes práticas políticas de abolição da escravidão negra e seus reflexos, e às tormentosas questões que envolvem a dizimação, a aculturação e o reconhecimento da identidade autóctone de comunidades indígenas.

Por fim, numa abordagem que se pretende original, discutem-se os limites de reconhecimento sensível dos fatores culturais divergentes como integrantes do juízo penal de compreensão da ilicitude material. Portanto, este é um estudo sobre a ilicitude penal.

Apresentamos quatro questões pressupostas: a) a diversidade cultural, no caso brasileiro, pode ser compreendida na classificação dicotômica proposta para os tipos de multiculturalismo: *polietnico* ou *polinacional*? b) há espaço, num Direito Penal pautado na territorialidade e na soberania local, para se atrofiar o espectro da análise da relação de contradição entre comportamentos típicos motivados culturalmente e o ordenamento jurídico-penal, de modo a afastar a ilicitude? c) a (i)legitimidade de justificação baseada no fator cultural estaria adstrita a quais limites hermenêuticos, na pauta dos valores constitucionais? d) a justificação, se admitida, poderia ser aplicada a casos de crimes sexuais violentos contra a mulher?

Diante dessas premissas e questionamentos, formulamos o seguinte problema de pesquisa: nos crimes sexuais, culturalmente motivados, praticados com violência contra mulher, pode-se admitir a exclusão da ilicitude penal sob justificativas radicadas na diversidade do fator cultural?

Ponto central desta discussão são os *crimes culturalmente motivados* (ou sua antitética defesa baseada no fator cultural), categoria cujo debate emerge desde o final da década de 1980. Os estudos sobre o tema normalmente tomam como ponto de referencia a definição de Van Broeck, que reelabora o conceito antropológico-jurídico de F. Strijbosch:

A cultural offence is an act by a member of a minority culture, which is considered an offence by the legal system of the dominant culture. That same act is nevertheless, within the cultural group of the offender, condoned,

accepted as normal behaviour and approved or even endorsed and promoted in the given situation.¹

Nas conclusões deste relatório de pesquisa, pretendemos sugerir um roteiro argumentativo para aferição dos limites da ilicitude penal, quando em confronto com fatores culturais determinantes, em maior ou menor grau, do comportamento típico em matéria criminal. E a partir desse programa instrumental, de corte axiológico, confrontar sua pretensão de justificação de condutas violentas perpetradas contra a mulher, levando-se em consideração questões de gênero e de sexismo.

¹ Tradução livre: “um *cultural offence* (ou crime culturalmente motivado) é um ato praticado por um membro de uma cultura minoritária considerado um crime pelo sistema jurídico da cultura dominante. Este mesmo ato, no entanto, dentro do grupo cultural do ofensor, é tolerado, aceito como um comportamento normal; e por isso aprovado ou mesmo reforçado ou fomentado na situação considerada”. VAN BROECK, Jeroen. *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, p. 5.

1 O MÉTODO DO DIREITO PENAL E OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

1.1 Tarefas legitimadoras e conformativas da punição

A metodologia do Direito Penal deve ser compreendida não como mero modelo formal de procedimento investigativo/informacional, mas incorporar, no panorama de uma *ciência penal global*, um conteúdo político que se contrapõe ao mito da neutralidade científica. Cuida-se de adesão declarada, como método de pesquisa referida à realidade e às consequências dos postulados científicos, no âmbito das ciências normativas de aplicação social, a uma concepção de Direito Penal que se funda e se legitima na Democracia como *prima ratio* do conhecimento jurídico, que projeta para a *compreensão* dos institutos jurídicos um compromisso solene com os direitos e garantias fundamentais.

Fabrizio Ramacci, ao analisar o problema do método do Direito Penal, em seus lineamentos gerais, parte do pressuposto da necessária e permanente vinculação à realidade:

L'ordinamento delle conoscenze acquisite, secondo i vari settori di vissuti cui si riferiscono, progressivamente restringe l'area delle conoscenze indistinte e confuse e ci dà modo di orientarci nel mondo. Il modo di orientarsi nel mondo rappresenta l'insieme delle scelte operative della condotta dell'individuo: queste scelte consapevoli sono quindi guidate dall'esperienza e dimostrate corrette dalla ragione.

La scelta è corretta quando e se la nostra interpretazione (= esperienza + ragione) del reale è stata corretta; l'errore di conoscenza produce una risposta inadeguata al reale (proprio perché la scelta è stata operata sulla base di supposizioni che non corrispondono a realtà).²

Na sequência, lembra que o ordenamento das experiências, o uso da razão para verificar ou falsificar o nosso ponto de vista sobre a realidade, facilita a escolha na banalidade da vida cotidiana, em que este procedimento se dá aparentemente de forma automática, porque é inerente à bagagem cultural do indivíduo. Porém, o universo do Direito Penal, ao contrário do que revelaria as regras de experiência lógica, não é o mundo dos fatos, mas o mundo das normas, o mundo do *dever ser*, em que a qualidade “crime” que se atribui, pela lei, a um fato, não se encontra no fato, mas é produzida pela norma que pune quem pratica o tal fato. A norma penal, pois, exprime um juízo de desvalor sobre o fato que descreve, e assim o qualifica como *crime*, concretizando o juízo (de valor) negativo (= desvalor) na punição de quem – praticando aquele fato contra a orientação de escolha assinalada pela norma – demonstra-se concretamente inobservante da norma. A consequência dessa reflexão, que, com referência à realidade normativa, sua teleologia e suas consequências, exige a compreensão, a

² RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*, p. 4.

um só tempo, das questões sobre “*o que é?*” e “*a que serve?*” o Direito Penal, é no sentido de que a seleção entre os fatos a serem penalizados não seja arbitrária, mas corresponda a exigências sociais inderrogáveis,³ vale dizer:

Le norme agiscono in primo luogo fornendo un *aiuto* nella scelta del comportamento socialmente apprezzabile, in secondo luogo eliminando, attraverso la “conformazione spontanea”, il ricorso al controllo repressivo che, come si è constatato, è costoso per la società e, al limite, di per sé solo insufficiente al bisogno. Ma, perché ragionevolmente ci si possa attendere un risultato di conformazione spontanea, le norme devono essere tali da persuadere della loro necessità. È indispensabile cioè che esse risultino giustificate non in se stesse, in quanto regole, ma in relazione al fine che si propongono, che deve corrispondere alle esigenze sociali.⁴

Daí resulta, também, a exigência de reduzir-se ao mínimo indispensável o custo social resultante do controle repressivo; é dizer: “*la scelta penalizzante deve essere l’ultima tra le alternative possibile*”. O Professor da *Sapienza* defende que a “criação” dos crimes não será arbitrária se, e na medida em que, os atos ameaçados com pena coincidirem com tipos de comportamento contrários à ética social e à cultura dominante, ou seja, contrastantes com os valores referidos à estrutura social que tenham servido de exigência àquelas próprias normas.⁵

A defesa da necessidade de a dogmática jurídico-penal abandonar toda tentativa de legitimar a pena e se ocupar unicamente de limitar o exercício do poder punitivo não é novidade.⁶ As agências de poder jurídico são (ou deveriam ser) por essência um *contrapoder* de contenção. Por essa linha, Zaffaroni tem defendido que todas as teorias legitimantes do poder punitivo contêm – ao menos em germe – elementos que permitem racionalizar a renúncia à tarefa de contenção e limitação deste, até o ponto da aquisição de aptidão para a racionalização do marco legal que abra espaço aos mais horrendos massacres.⁷ Nesse sentido, não pode haver pesquisa que se oriente, já no plano do método, neutra. Primeiro, deve-se reconhecer a limitação da dogmática penal para contenção do poder punitivo, já a partir da constatação de que a dogmática é uma construção discursiva ou argumentativa elaborada no âmbito acadêmico, com maior ou menor referência ao direito legislado, e que se dirige ao poder jurídico. Por fim, é necessário – adverte ainda o próprio Zaffaroni – que o poder jurídico não seja aniquilado ou neutralizado e que opere no marco de um “discreto Estado de Direito”, ou seja, de um Estado cuja estrutura de poder lhe permita o exercício dessa função.⁸

³ RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*, p. 4 e 10.

⁴ RAMACCI, Fabrizio. *Ob. cit.*, p. 13.

⁵ RAMACCI, Fabrizio. *Ob. cit.*, p. 14.

⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *La dogmática como racionalización peligrosa*, p. 326.

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Ob. cit.*, p. 327.

Quando se defende um projeto de Direito Penal segundo a Constituição (a Constituição estruturada nas liberdades e garantias fundamentais próprias da Democracia), deve-se optar por conferir à Dogmática Penal um cabedal de propósitos limitadores do poder estatal, com maior ênfase, do próprio poder punitivo. Essa é a única opção metodológica capaz de edificar um projeto de Direito Penal que, segundo a Constituição, resulte em um desenho reducionista do poder punitivo, que se estabeleça limitado pelo Direito Penal, tarefa que por definição se pode (e deve) atribuir ao poder jurídico na Democracia.

Sobre o dilema metodológico imposto pela disciplina dos bens, interesses ou valores constitucionalmente relevantes, escreve, ainda, Francesco Palazzo:

[...] se davvero il legislatore avesse il monopolio delle valutazioni della dannosità sociale, la garanzia sostanziale perderebbe la sua necessaria consistenza prelegislativa e dunque la sua idoneità a vincolare il legislatore in funzione limitativa dell'area del penalmente rilevante. La necessità di fare riferimento comunque ad una nozione prelegislativa di criminalità e di reato introduce dunque una larga *apertura sociologica* nell'attuazione delle garanzie sostanziali. Si determina così un tramite di proficua comunicazione tra il momento della formalizzazione giuridica e quello della preesistente realtà sociale.⁹

Um planejamento teórico assim concebido, do ponto de vista metodológico, estabelece suas bases na hermenêutica dos valores, capaz de dialogar com a Dogmática para compreendê-la como campo normativo aberto e permeável, cujos limites axiológicos são conferidos pela Constituição, no primado humanístico da dignidade e na busca democrática do consenso, do restabelecimento e construção de laços de solidariedade para além das práticas punitivas, num sentido que se possa imprimir à Dogmática um viés de inclusão (ao revés da dogmática da punição acrítica do outro), a partir do controle do poder.

Um Direito Penal que se constrói a partir da Constituição encontra sua inspiração num “Direito Penal de Liberdade”, de proteção das liberdades ou, como o classifica Mantovani:

[...] in una prospettiva storico-realistica la libertà è soltanto quella concepibile nell'attuale grado di evoluzione civile e antropologica dell'*homo humanus*, in cui il diritto penale continua a costituire una realtà irrinunciabile. [...] in funzione di difesa di quel tanto di libertà che, attualmente, il pensiero umano è in grado di concepire e che non è più solo ‘libertà di’, ma anche ‘libertà da’. Presupposto primo è la scelta di fondo tra le due contrapposte concezioni, cui sono riconducibili le diverse soluzioni dei problemi di tutela dell'uomo: 1) l'*utilitarismo*, collettivistico, maggioritario o individualistico, che concepisce l'essere umano come mera entità bio-socio-economica (uomo-cosa, uomo-massa, uomo-mezzo), strumentalizzabile in funzione

⁹ PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*, p. 70.

dell'interesse pubblico-collettivo, della felicità di più o dell'egoismo privato-individuale; 2) il *personalismo*, che afferma il primato dell'uomo come valore etico in sé (uomo-valore, uomo-persona, uomo-fine), col divieto di ogni strumentalizzazione per finalità extrapersonali. Un diritto penale a tutela della libertà e dignità umana deve restare inderogabilmente ancorato al *principio personalistico*, traendone tutti i corollari sui modi di concepire ed utilizzare i propri mezzi.¹⁰

E aponta ainda Mantovani que nessa linha de um humanismo integral, o Direito Penal pode contribuir para a afirmação do propósito personalístico de mediação entre o momento individual que aspira à liberdade e o momento social que garante a igualdade, operando numa dúplici diretriz de fundo: a) a da *liberalização* do direito penal; e b) a da *socialização* do direito penal. A primeira atua num plano de proteção de direitos humanos (vida, integridade física, saúde, honra etc.) e de liberdades invioláveis (consciência, expressão, religião etc.), com correlatas exigências de “deideologização”, despenalização e descriminalização, reservando-se o Direito Penal para autêntica função de salvaguarda da função de tutela dos interesses essenciais do homem e da comunidade. A segunda, no sentido que deve fundir a proteção de valores de propulsão do processo de atuação do Estado Social de Direito, como patrimônio estético, tradição cultural etc.; isto é, socialização que se estabelece em favor e em função da pessoa humana e seu desenvolvimento (e não o contrário).¹¹

Mantovani escreve que o método da ciência penal não pode ter outra perspectiva senão aquela própria do “saber científico moderno”, marcado por uma realidade articulada pluridimensional (que requer abordagens científicas diversas e integrações interdisciplinares), consciente de sua provisoriedade e relatividade, que se revelam pela sua própria e perene problematidade.¹² E complementa com a observação de que, especialmente sob a influência germânica:

ferve il dibattito sulla possibilità di raggiungere una piena unità sistematica tra politica criminale e diritto penale, tra scienza giuridica e criminologia, che è sempre meno scienza “ausiliaria” e sempre più banco di prova delle asserzioni dommatiche e dei progetti di intervento legislativo. Una scienza penale “consapevole” non può, pertanto, non studiare il diritto penale in una plurima dimensione: 1) in *termini tecnico-dogmatici*, [...]; 2) in *termini interdisciplinari*, [...]; 3) in *termini problematici*, [...]; 4) in *termini critici* [...]¹³

¹⁰ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, p. 21-22.

¹¹ MANTOVANI, Ferrando. *Ob. cit.*, p. 22-23.

¹² MANTOVANI, Ferrando. *Ob. cit.*, p. 74.

¹³ MANTOVANI, Ferrando. *Ob. cit.*, p. 74-75.

Portanto, o que Mantovani propõe a partir dessas premissas de um *Direito Penal de Liberdade* é o estabelecimento da Constituição como ponto de referência para o modelo de intervenção que deve realizar o Direito Penal, ou seja, a Constituição como limite do Direito Penal, ao estabelecer princípios fundamentais de caráter penal, direitos de liberdade, inviolabilidades e propulsões ou programas relacionados aos objetivos da república, à luz de valores sociais como a alteridade e a solidariedade – e individuais como a dignidade humana.¹⁴

Na resenha biográfica aposta à obra de Max Ernst Mayer, Winfried Hassemer ressalta a coerência da teoria do delito sistematizada pelo jovem Professor de Estrasburgo, com os seus estudos radicados numa filosofia de valores de liberdade e de humanidade: a “humanidade como princípio ético”.¹⁵ E o próprio Mayer, citando Jellinek na conclusão da sua tese de habilitação, transparece-o:

es imposible lograr resultados jurídicos científicamente consistentes si se ignora por completo la sustancia de las relaciones de vida. No es tarea de la jurisprudencia explorar por su cuenta dicha sustancia, pero tenerla siempre presente debe ser el regulador de la construcción jurídica. El Derecho pretende asir la forma exterior de las relaciones de vida; por ello, debe tomar en consideración los límites dados en la sustancia de éstas, que también tienen efectos formativos. De lo contrario, la jurisprudencia queda sin remedio a merced de la escolástica, es decir, aquella orientación del pensamiento y la investigación la cual erige un mundo de conceptos sin realidad, de formas sin contenido, de resultados sin valor.¹⁶

A tarefa da Dogmática se deve declarar na perspectiva de uma dogmática normativista, posto que pós-funcional (e não só pós-sistêmica), em que os processos sócio-comunicacionais se inserem, numa abordagem materialista e contextualizada, num espectro mais amplo das ciências sociais na contemporaneidade, para além de um programa panfletário ou de uma profecia escatológica da sociedade de risco, marcada pela disseminação do medo e por promessas de securitização por meio do Direito Penal. É passado o tempo da polícia moral e do patrulhamento ideológico linear ou horizontal. O Direito Penal, pretensamente científico, deve assumir-se no *locus* do conhecimento cultural, como um Direito de Liberdade, de Humanidade e de Dignidade, uma conquista histórico-cultural dinâmica de racionalização da punição, como símbolo ou instrumento de realização normativa da contenção de atos nocivos aos interesses sociais fundamentais da convivência pacífica e consensual.

¹⁴ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, p. 25-28.

¹⁵ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 34.

¹⁶ MAYER, Max Ernst. *Ob. cit.*, p. 172-173.

E então, as dificuldades metodológicas do Direito Penal se agigantam quando reconhecemos a proeminência do fator cultural no direito positivo e, assim, reclamamos a necessária sensibilidade que ele exige também nos planos da hermenêutica e da aplicação do direito. Não se trata de revelar o óbvio, no sentido de que Direito é expressão de cultura; mas de discutir as consequências e reflexos na interpretação ou compreensão dos institutos jurídicos levando-se em consideração concreta os valores culturais que os comportamentos aferidos representam.

Discutir a epistemologia “científica” do Direito Penal frente aos anseios de efetividade, de suas funções de tutela, é discutir a própria natureza do discurso jurídico-penal. Ao se inserir ou se reconhecer, no plano de um modelo discursivo, representado pelo sistema jurídico, a relevância do fator cultural, ampliam-se as possibilidades e também as dificuldades argumentativas em torno dos princípios, limites de compreensão das normas e alcance da interpretação das regras positivas expressas.

De toda sorte, a tarefa não é nova e dela já se ocuparam numerosos estudiosos, sem desnaturar o modelo tradicional de apropriação teórica dos elementos abstratos ou categorias dogmáticas do delito. A rigor, em todas as expressões do normativismo penal está presente, ainda que implicitamente, o diálogo com os valores culturais consagrados social e constitucionalmente.

Nessa linha, o foco que se pretende conferir à ilicitude se expressa no estudo das “relações entre direito penal e raízes (ou origens) culturais do agir”, variando entre as possíveis incriminações da diferença cultural e, paradoxalmente, as propostas de tutela penal das minorias culturalmente divergentes, do que já se ocupara, em outro contexto e com outros propósitos, Mayer; como escreve Alessandro Bernardi:

Lo studio dei rapporti tra diritto penale e radici culturali dell’agire getta nuova luce sui profili di irragionevolezza dello *ius criminale*, sulle mai risolte contraddizioni, che spesso altro no sono se non il riflesso delle antilogie insite nella umana natura. Tant’è che in taluni casi il diritto penale tende a divenire *spada* per colpire con estremo rigore taluni comportamenti espressivi dello specifico universo culturale dell’autore (c.d. “reati culturali”, a loro volta distinguibili in “reati culturali in senso stretto” e “reati culturali in senso lato”), ponendosi dunque a *scudo* dei valori della cultura maggioritaria compromessi dai sudeti comportamenti; mentre in altri casi, all’oposto, tende a divenire *scudo* capace di legittimare o comunque salvaguardare le culture minoritarie coi loro peculiari comportamenti, assumendo il ruolo di *spada*, se del caso, per punire severamente gli atti di intolleranza nei confronti della diversità culturale e delle sue manifestazioni.¹⁷

¹⁷ BERNARDI, Alessandro. *Il “fatore culturale” nel sistema penale*, p. 5-6.

Disso se extraem dois aspectos importantes para a pesquisa. O primeiro parte da discussão sobre a influência do modelo de reação às diferenças culturais, com variações quanto à política de tratamento das diferenças: de um lado, a valorização (ou “reconhecimento”) da “especificidade identitária da minoria”, tendente a respeitar ou ao menos tolerar nos limites possíveis as condutas “culturalmente motivadas” que destoam dos costumes dominantes; de outro, a propensão “assimilacionista” voltada à plena integração dos “sujeitos culturalmente diversos”, a partir da adesão desses sujeitos às tradições e ao estilo de vida da nova comunidade em que se pretendem inserir.¹⁸ O segundo se concentra na indiscutível consequência de que esses fatores projetam uma importante função nas escolhas de política criminal. Essa dicotomia seria a chave a partir da qual se descortinam as ideias em torno de heterogêneas (ou heterólogas) respostas dadas pelos ordenamentos penais aos fatos praticados pelos sujeitos culturalmente diversos – provocando respostas de (in)tolerância ou indiferença na perspectiva da legislação e/ou da jurisprudência.

Silva Dias, após analisar alguns casos de crimes culturalmente motivados na práxis portuguesa, registra, reforçando a atualidade e a relevância no aprofundamento deste estudo:

O ponto que quero realçar aqui é a total omissão do factor cultural [na jurisprudência analisada] e a opção [...] por uma argumentação de recorte assimilacionista. [...]

Deste quadro, e salvo melhor investigação, 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.

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 e jurídica, que se ocupa do tema, a afirmação de que o ser humano nasce em comunidades culturais e vive através delas [Kumaralingam, *Negotiating law, culture and justice*, in *Australian Review of Public Affairs*, 2004/07, p. 4]. 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 [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]. A ideia

¹⁸ BERNARDI, Alessandro. *Il “fatore culturale” nel sistema penale*, p. 7.

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.¹⁹

Os caminhos teóricos possíveis para abordagem do tema têm como ponto de partida, ou primeiro referencial teórico a sistematização apresentada por Alessandro Bernardi quanto ao “fator cultural no Direito Penal”. E como marco teórico central a teoria das normas de Max Ernst Mayer, na medida em que põe em relevo, nas pautas da filosofia do conhecimento e da arquitetura do sistema jurídico, o normativismo de viés neokantiano, dialogando com a dimensão social das normas jurídicas como normas culturais – do que cuidaremos em momento apropriado.

Com acerto nos lembra Ionilton do Vale que os contornos da relação entre crime e cultura assumem dimensão mais complexa, não se confundindo, necessariamente, com as incursões já sedimentadas no panorama dos estudos criminológicos subculturais.²⁰ A propósito da diferenciação do enfoque quanto às subculturas, restringindo as possibilidades de abuso da *cultural defense*, argumenta a Professora Alison Renteln:

One of the most vexing questions is how to limit the use of the cultural defense to bona fide ethnic minority groups and to prevent its use by subcultures. The reason subcultures should not be entitled to use it is that their worldview is not radically different from the rest of society. Gang members do not believe in witchcraft, coining, or other customs integral to a markedly different conceptual system. It may well be that the social and economic background of subcultural defendants should be raised in some cases. The suitable defense for this purpose is not the cultural defense but what has been called the “rotten social background defense.”

The subcultural defense has more to do with class differences than with cultural differences. If individuals who come from lower socioeconomic backgrounds were to rely on the cultural defense, then there would be nothing to prevent aristocrats from raising a “Great Gatsby” defense when they drive while intoxicated. Use of the rotten social background defense ensures that only those who have experienced life in the ghetto, or something akin to it, are entitled to this criminal defense. In reality, it may not be possible to thwart the use of the cultural defense by subcultures.²¹

Entretanto, a questão que colocamos em destaque é outra, ou seja, do ponto de vista de um determinado ordenamento jurídico, como se enfrentar a tendência de selecionar sob bases culturais os comportamentos penalmente relevantes. No dizer do próprio Alessandro Bernardi, cuida-se de normas penais que:

¹⁹ SILVA DIAS, Augusto. *A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural*, p. 97-98.

²⁰ VALE, Ionilton Pereira do. *A defesa cultural no âmbito do direito penal e processual penal: uma visão do direito comparado como paradigma para aplicação no direito brasileiro*.

²¹ RENTELN, Alison Dundes. *The cultural defense*, p. 207-208

[...] in forza dell'apprezzamento negativo attribuito in certi casi al "fattore culturale" da parte del legislatore, puniscono o comunque potrebbero arrivare a punire fatti che, al di là della loro connotazione culturale, risultano in tutto e per tutto analoghi ad altri fatti pacificamente consentiti, in quanto rientranti nei costumi e nelle tradizioni del nostro Paese, o comunque risultanti meglio tollerati in base al comune sentire.

[...] l'attuale tendenza a selezionare su base culturale i comportamenti penalmente (o amministrativamente) rilevanti non opera solo in una prospettiva di favore nei confronti delle tradizioni più evidentemente connotate di esotismo, ma anche in una opposta prospettiva di sfavore. [...]

Il complessivo panorama di norme "culturalmente condizionate" di parte speciale sin qui prese in esame consente di evidenziare quelle che potrebbero essere definite le "modalità tecniche" attraverso le quali il "fattore culturale" determina la liceità/illiceità di un dato comportamento ovvero incide, per così dire, sulla "quantità del reato".

[...] tale fattore può aleggiare in modo più o meno evidente all'interno della fattispecie astratta: ora legittimando, tollerando ovvero punendo con pene di minore entità la realizzazione del fatto tipico, se commesso da talune categorie di autori "culturalmente connotati" o comunque se corredato da ulteriori "indicatori culturali" positivamente valutati dal legislatore; ora implicando una risposta sanzionatoria particolarmente severa o addirittura fondando l'illiceità quando la tipologia degli autori o le modalità dell'evento e/o della condotta ne metano in luce parte degli organi di produzione normativa.²²

Para que o Direito Penal *cumpra seu papel de garantia da segurança jurídica, bem como favoreça a busca democrática do consenso e do controle do poder*, não pode prescindir da contextualização sociológica de sua fundamentação histórica e das consequências de adoção de determinados fundamentos epistemológicos, que, definitivamente, não são neutros. Nesse sentido, os problemas de segurança social não são alheios à ideologia que influencia a edificação do sistema normativo, que, por sua vez, estrutura-se sobre um arcabouço teórico a-científico, no sentido de que a eleição de um sistema de valores influencia a concepção técnica, analítica e sistemática do conceito de crime, notadamente, no plano da (i) legitimidade, do *conceito material* de crime. Sheila de Sales, sobre a "validade" do sistema penal, no paradigma adotado pela nossa Constituição, defende a realização de um modelo cuja praticabilidade torne possível, entre outros predicados:

refletir a segura escolha de sanções compatíveis com o indispensável trinômio proteção penal, reprovabilidade jurídica pelo fato-crime, prevenção especial humanista e humanitária, isto é, centrada sobre a dignidade daquele ao qual é imposta (o cidadão delinquente) e, a um só tempo, que tenha por função trabalhar em prol da vítima e da sociedade na qual é chamado a operar;²³

²² BERNARDI, Alessandro. *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, p. 80-84.

²³ SALES, Sheila J. Selim de. *Escritos de direito penal*, p. 123.

A discussão se renova diante dos cenários contemporâneos que exigem uma agenda política complexa, num ambiente pós-moderno problemático (de risco massificado e de medo disseminado) e reflexivo. Há quem defenda o resgate de uma concepção de bem jurídico atrelada ao iluminismo. Nesse contexto, não se poder de vista o registro de Sheila de Sales:

Os diversos mutamentos conceituais pelos quais a expressão passou na ciência penal podem ser reconstruídos pela própria definição de crime traçada pelos penalistas no curso da história, bem como pela elaboração doutrinária especificamente referida ao tema, quase sempre vinculada a uma ideologia.²⁴

Parolari chama atenção para o fato de que a tendência de se conferir relevância à identidade cultural do imputado no âmbito criminal não é um fenômeno novo nem isolado. E cita diversos casos da jurisprudência dos Estados Unidos, em que numerosas sentenças enfrentam a questão desde meados dos anos 80 do século passado, seja para reconhecer algum valor atenuante à influência dos fatores culturais na determinação da conduta penalmente relevante, seja para apenas realçar, a partir da pragmática, a relevância do fator cultural no processo de formação da vontade e de determinação do comportamento, com variável grau de eficácia jurídico-penal.²⁵ Esse debate foi impulsionado, depois, em praticamente toda a Europa com o incremento dos fluxos migratórios, pondo em destaque a característica “cada vez mais multicultural” dessas comunidades nacionais. O que está por traz desse debate, então, não são apenas os pressupostos de compreensão das sociedades multiculturais ou a própria ideia de multiculturalismo, mas as mutações que o reconhecimento da relevância dos fatores culturais pode incorporar ao próprio método de compreensão do poder punitivo e da maneira como se expressa sobre determinado território como revelação da soberania estatal. Fala-se, neste contexto, de *crime culturalmente motivado* (*cultural offences*) e se põe em relevo, na perspectiva da defesa do acusado e em atenção aos fatores culturais que conformam ou influenciam seu comportamento, em defesa cultural (*cultural defense*), ora com a pretensão de exclusão do dolo (tipicidade subjetiva), justificação da conduta (ilicitude) ou atenuação da responsabilidade (culpabilidade) – e não apenas no plano do conhecimento da proibição, mas principalmente no campo da possibilidade de determinação diversa do comportamento, ou de mera atenuação da reprimenda.

De início, já se podem proclamar as complexas relações que se vão estabelecer entre multiculturalismo e a teoria dos direitos fundamentais e, portanto, entre identidade

²⁴ SALES, Sheila J. Selim de. *Escritos de direito penal*, p. 127.

²⁵ PAROLARI, Paola. *Reati culturalmente motivati: una sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, p. 529.

cultural e responsabilidade penal. O foco direto se lança sobre as reflexões sobre a tendência (sempre mais difusa) de se atribuir relevância jurídica à influência de presumíveis fatores de caráter cultural na formação da motivação para delinquir.

Apresenta-se um questionamento do dogma da homogeneidade dos valores culturais e, portanto, dos próprios valores jurídicos.

O Direito Penal se orienta pelo referencial constitucional, ou seja, o modelo de intervenção penal democrático é um modelo que se fundamenta principiologicamente pela Constituição, exercendo, os princípios, função normativa pretensamente limitadora do poder punitivo. Dentre os princípios penais de garantia, queremos destacar a ofensividade, cuja sistematização tem a pretensão de orientar o processo de criminalização primária pelo legislador penal, vinculando a legitimidade da intervenção, no marco do conceito material ou substancial de crime, ao respeito a uma série de pressupostos exegéticos que, numa ideia generalizante, significam que o direito penal deve ser aplicado de maneira fragmentária como *ultima ratio*, exclusivamente para proteção de interesses ou valores fundamentais, de envergadura constitucional, de natureza individual ou coletiva, em favor das liberdades plurais – e nunca em contrariedade a elas, por questões moralistas, religiosas ou sistêmico-instrumentais do próprio Estado.

Não se trata de adesão a uma concepção sócio-determinista relativamente ao comportamento individual radicado num contexto cultural minoritário ou subcultural, em desprestígio à autonomia humana. Como adverte Silva Dias, citando Kwame Appiah:

[...] as culturas são guilões 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 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.
[...]ainda que em graus variáveis, como acabei de expor, as tradições, usos e práticas culturais têm influência nas decisões e acções individuais.²⁶

Sobre as técnicas de tutela a serem adotadas na esfera penal, as espécies de sanções a serem incorporadas ou excluídas do sistema, ou seja, sobre toda a discussão em torno do ideal de limitação do poder punitivo que se pretende impor ao Estado-legislador, Sheila de Sales pontua:

Trata-se de investigar e verificar se da Constituição é possível extrair um *programa* que possa *gravar* o legislador, tendo em vista o objeto, os instrumentos e os fins do direito penal. Para tanto, todavia, imprescindível a existência de uma Constituição que permita “justificar” e, correlativamente, colocar bases para a “racionalidade” do sistema de forma “legítima”, estabelecendo um vínculo para o legislador penal.²⁷

Isso se aplica tanto aos estudos acerca do *objeto de tutela* do Direito Penal quanto às *técnicas de tutela*. Daí e necessidade e, ao mesmo tempo, a reconhecida dificuldade em individualizar e em sistematizar técnicas de tutela penal e, ao mesmo tempo, indicar técnicas não-penais que possam razoavelmente garantir, do mesmo modo, a efetiva integridade de “bens jurídicos” (para trabalhar com a categoria doutrinária dominante). Essa tarefa, se cumprida satisfatoriamente, poderia nos conduzir, segundo a Professora Sheila de Sales, ao encontro de um suporte seguro de “validade do sistema penal”, porque se nos apresentaria “dotado de ínsita capacidade de ‘persuasão’ em sede preventiva”.²⁸

Quais os espectros de legitimidade se podem reconhecer para a punição num Direito Penal de *ultima ratio*? Os dilemas metadogmáticos do Direito Penal vivem em constante mutação, sendo natural que, mudando o ponto de partida (o pressuposto filosófico do poder punitivo), variem alguns procedimentos metodológicos e, com eles, as orientações de mérito da teoria geral do crime. Dois deles nos interessam de perto. Um, radicado no questionamento perene das funções do Direito Penal; outro, focado nas próprias missões funcionais que o Direito Penal desempenha no sistema social. Os dois se interligam numa tendência quase uníssona entre os penalistas contemporâneos, que, por meio da política criminal, reposicionam a teoria da pena em proeminente *status*, complementada com refinado arcabouço normativo para os mecanismos de imputação.

²⁶ SILVA DIAS, Augusto. *A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural*, p. 98-99.

²⁷ SALES, Sheila J. Selim de. *Escritos de direito penal*, p. 122.

²⁸ SALES, Sheila J. Selim de. *Ob. cit.*, p. 123.

As tarefas de contenção e de representação substitutiva da vingança privada, não obstante os sistemáticos questionamentos doutrinários, subjazem na perseverança da práxis e nos discursos sociais dos mais variados palcos e atores. E mesmo no primado da *ultima ratio*, quando se trata da criminalidade violenta as afirmações de legitimidade se reproduzem e se realimentam inexoravelmente, malgrado todos os questionamentos que se apontam às funções declaradas da pena.

Silva Dias registra que as sociedades multiculturais contemporâneas conhecem um novo tipo de conflitos normativos que se relevam da diversidade cultural, e dos quais emergem os crimes culturalmente motivados.²⁹ E reconhece também que esta “nova categoria” impõe o enfrentamento de difíceis questões dogmáticas e metodológicas. Ainda sobre as dificuldades de compreensão da *cultural defense*, José Augusto Sarmiento adverte que se trata de uma estratégia que permita considerar que as influências culturais, ao afetarem o comportamento do autor do fato e viabilizarem sua alegação motivacional em juízo, implicam a discussão sobre as possibilidades de uma parcial ou completa desculpa, mitigando a responsabilidade criminal como atenuante ou até desnaturando completamente a acusação, mas também o debate sobre as formas em que tal discussão se apresenta no âmbito do processo:

Isso porque, a interdependência entre os conceitos [*cultural offence* e *cultural defense*] parece algo que não encontra autorização para ser objeto de contestação. Afinal, a partir da simples leitura das noções de delito culturalmente motivado [...] é possível identificar preocupação de estudo com a estrutura do crime buscando-se construir por tese elementos e contornos voltados para o campo da responsabilidade penal, enquanto que a perspectiva da *cultural defense* [...] culmina por completar e materializar, a partir de cada caso concreto, uma espécie de sentido dinâmico do conceito de delito culturalmente motivado.

O fato é que esse sincretismo de noções conceituais evidencia, na atualidade, uma necessidade de percepção do estudo dos temas como sendo instituto(s) híbrido(s) (material e processual) indispensáveis para consecução do ideal de justiça individualizada e fundada num exame de princípio de culpa por meio e na qual o intérprete obrigatoriamente jamais deixe de enfrentar ao exame de apuração de possível responsabilidade criminal do agente sem, antes, testar [...] tudo quanto possa constituir em obstáculo para tal responsabilidade.³⁰

Ao se admitir que em algumas culturas se pode tolerar com mais naturalidade a violência contra a mulher e, com isso, relativizar sua própria identidade/subjetividade quanto ao gozo de direitos basilares, muitos dogmas e valores que tendem à obviedade se frustram. E

²⁹ SILVA DIAS, Augusto. *A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural*, p. 95

³⁰ SARMENTO, José Augusto Nogueira. *Breves reflexões sobre a cultural defense*, p. 14-15.

outros desafios de caráter pragmático se apresentam, antes mesmo da discussão meritória sobre os procedimentos e técnicas de compreensão da ciência jurídico-penal. Como se prova no processo penal, o fator cultural divergente? E, mais, como se prova que a diferença cultural é determinante na atuação do sujeito (influxo da cultura no comportamento analisado *in concreto*, no plano processual)? Como deve proceder o Direito Penal: manter-se alheio a esta perspectiva? Ou deve considerá-la com sensibilidade? Reconhecido o pluralismo cultural, exigem-se normas constitucionais positivadas que respeitem *a priori* a consideração da diferença cultural, como projeção do pluralismo jurídico?

Jakobs, antevendo os desafios contemporâneos da dogmática jurídico-penal, entre a técnica e o humanismo, escreve:

Já não se podem formular conteúdos humanísticos inamovíveis da ciência do Direito: o Direito moderno é Direito Positivo e não contém nem mais nem menos humanidade do que o tempo em que é criado e – mais importante ainda – aplicado. Neste sentido, o Direito da atualidade não garante tanto conteúdos fixos, mas, ao contrário, condições de funcionamento de uma sociedade pluralista.

Mas uma ciência do Direito que seja algo mais que uma mera técnica jurídica forma a sociedade para uma compreensão de seu Direito, e com isso também para uma compreensão dela mesma. Nessa medida, e somente nessa medida, também pode chamar-se em uma época de pobreza uma disciplina humanística.³¹

A mulher tem o direito humano fundamental de viver uma vida sem violência. Em algumas sociedades, a compreensão desse direito encontra limitações de nível cultural, inclusive radicadas em linhas religiosas. As difíceis respostas a essas indagações pretendem desvelar as subjacentes decisões políticas e/ou jurídicas que contornam e conformam a (i)legitimidade da incriminação de violações morais, proposições ideológicas ou de mera ordenação; em outras palavras, o uso do direito penal para instauração ou reforço de comandos axiológicos de caráter meramente religioso, moral (mas também político ou econômico) – ou seja, a “standardização” de um padrão cultural.³²

1.2 Os crimes culturalmente motivados e o conteúdo ético do Direito Penal

Segundo a concepção que se tem tomado por consenso, e que remonta a Van Broeck, considera-se crime culturalmente motivado “um fato praticado por um membro de uma minoria cultural, que é considerado punível pelo sistema jurídico da cultura dominante, embora tolerado e aceito como comportamento normal no âmbito do grupo culturalmente

³¹ JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*, p. 26-27.

³² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*, p. 117-118.

minoritário, aprovado ou mesmo promovido e incentivado”³³, admitindo-se que se origine de uma subcultura nacional ou radicado numa ordem forasteira ou exótica.

Às tormentosas questões metadogmáticas da tutela penal se liga a discussão sobre o limite entre Direito (em especial o direito penal) e Ética. Se essa ordenação deve-se dirigir a um fim pragmático ou, como defendem E. Schmidhäuser, P. Bockelmann e E. G. Ordeig, reportam-se a um fim “ético, respectivamente, à aplicação do direito e à imposição, como consequência, de uma pena justa”, no nível principiológico se afastam as possibilidades de fruição legítima do Direito Penal para quaisquer – e exclusivas – finalidades ético-morais.³⁴ A respeito, Arthur Kaufmann:

Todo dever só pode fundar-se por meio de um valor ético, objetivamente dado, jamais, por conseguinte, pela vontade subjetiva de alguém ou de uma pluralidade de homens, ou por simples coação.

Assim, só existem deveres jurídicos como deveres éticos e, pois, culpa jurídica como culpabilidade ética, de tal sorte que o conteúdo do princípio da culpa seja igualmente o mesmo no direito e na ética. A censura da culpabilidade penal pode, porém, constituir-se de um segmento da culpabilidade ética, não podendo, todavia, em princípio, contraditá-la. Nesta colocação, o princípio da culpabilidade penal só apresenta sentido e importância se for entendido materialmente, isto é, como culpabilidade ética, expressada como livre e autorresponsável decisão de vontade contra um dever ético reconhecido. A culpabilidade, portanto, é culpabilidade de vontade e não culpabilidade pela conduta de vida, pelo ânimo adverso ao direito, pelo caráter, pelo entendimento ou pelo sentimento.³⁵

Concebemos que o primeiro desafio hermenêutico do Direito Penal é delimitar, o mais rigorosamente possível, a área substancial ou material da relevância penal. Essas discussões se desenvolvem, certamente, no plano do injusto penal, no desenho argumentativo “material” que se encontra na zona confluyente de tipicidade-ilicitude. A teoria do bem jurídico (com todas as discussões que suscita) parece bem representar a inquietação científica que a amplitude e a complexidade da tutela penal revelam, invariavelmente com o fracasso das tentativas de elaboração de uma concepção definitiva, capaz de materializar esses objetivos propostos. Uma concepção material de injusto pretende assim contribuir para a superação deste dilema aparentemente invencível pela razão humana, desde que: a) construído em base argumentativa dirigida ao questionamento de hipóteses legislativas específicas ou à solução de casos concretos; b) fundado em pressupostos que revelem, pela linguagem e pela argumentação discursiva, a concretização de valores e normas constitucionais democráticas;

³³ SILVA DIAS, Augusto. *A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural*, p. 95-96.

³⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*, p. 86.

³⁵ TAVARES, Juarez. *Ob. cit.*, p. 123.

c) tendente à redefinição redutora do substrato ético no direito penal, a partir de limitações políticas pré-típicas e de contenção de influxos provenientes de comandos estritamente ideológico-moralizantes.

Uma noção de Direito Penal que admite os aspectos da ética social como referências de um “mínimo referencial ético”, como queria Jellinek³⁶, só se sustenta, democraticamente, como uma “ética-social plural”³⁷ a partir do desenvolvimento de critérios normativos estritos (vinculados ao texto constitucional), capazes de conferir substância e efetividade aos direitos humanos, que aspiram à universalidade, e, reflexamente, aptos a desvelar os complexos vínculos entre os interesses individuais (igualdade/liberdade) e coletivos (alteridade/solidariedade).

Para além das disputas de poder, a adesão declarada a uma influência sociológico-culturalista no método jurídico-penal projeta a superação dos paradigmas éticos estabelecidos, tradicionalmente, numa dicotomia linear: ética do dever (ou deontológica) *versus* ética consequencialista (utilitarista etc.). Assim, a ética se liberta do *status* errático de fundamento do modelo tradicional de culpabilidade (livre arbítrio e legitimidade da pena para compensação do mal), para se estruturar, à semelhança da ética pelo racionalismo prático (Apel), como uma ética plural, no sentido de que o sistema penal deve-se orientar por uma ética constitucionalizada, cuja materialização passa pela hermenêutica dos valores democráticos e, mais especificamente, pela teorização de um modelo principiológico de intervenção penal, que se oriente, do ponto de vista político-criminal, no sentido do alinhamento com os objetivos e fundamentos da Constituição, na democracia da diversidade. Escreve Karl-Otto Apel:

Outra indicação de que não se pode consumir o ‘esclarecimento’ [Aufklärung] pela redução de todas as formas de saber à do setor técnico-científico está no simples fato de que os propagandistas da racionalidade técnico-científica – ao mesmo tempo que cultivam a crítica à metafísica, à cultura e à sociedade – não aplicam quaisquer métodos ‘isentos de valor’, no sentido da racionalidade científico-tecnológica, mas, ao contrário, envolvem-se profundamente com problemas metodológicos da hermenêutica normativa (ideológica?) e da crítica ideológica.³⁸

Assim, a ação (individual ou da coletividade), como situação social, também se baseia na cultura, ou seja, na construção coletiva de normas que influenciam as relações de um dado grupo social com outros que lhe são concernentes: em vez de representarem a

³⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*, p. 107.

³⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Ob. cit.*, p. 108.

³⁸ APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*, p. 25.

ideologia do dominador, definem de fato um campo social e “os atores históricos são determinados tanto pelo campo da cultura quanto pelo conflito social”.³⁹

Entre as principais discussões que devem permear o Direito Penal contemporâneo podemos destacar os dilemas da aplicação do poder punitivo com sensível atenção à diversidade cultural. A diversidade cultural não pode passar ao largo da apreciação ética, nem da jurídica. O argumento culturalista tem sido habitualmente enfrentado nos debates atuais da filosofia política, como um tema (meta)ético subjacente, em distintas formas de se relacionarem moral e cultura. Se se emprega uma visão relativista ou universalista dos direitos fundamentais no contexto maior dos debates sobre o multiculturalismo, já se trata de ponto secundário a ser enfrentado em momento oportuno. O que importa ressaltar, como faz De La Fuente citando Pareck é que:

El principal argumento del multiculturalismo [...] afirma que la visión que puede aportar una cultura es siempre limitada y, por tanto, la diversidad cultural es una realidad enriquecedora que muestra la pluralidad de las posibilidades de la condición humana. Esta diversidad es algo positivo de lo que no se puede escapar. Las culturas son procesos dinámicos, plurales internamente, y se produce un diálogo entre las culturas que es provechoso, ya que permite ser consciente de la propia particularidad, de las similitudes y diferencias entre culturas y de que están abiertas a influencias, cambios y crítica. Los seres humanos están incardinados en una cultura y esto es central para su comprensión del mundo y de las relaciones entre individuo y comunidad.⁴⁰

O reconhecimento de que há delitos *culturalmente motivados*, ou seja, crimes em relação aos quais são determinantes e portanto relevantes juridicamente os fatores relacionados à essência de um “ser cultural” diverso do “eu hegemônico” é o *start* de um diálogo que nos reporta às bases éticas do poder punitivo e, pois, do seu discurso racionalizante, expresso pelo Direito Penal. Isso tem relação primeira com o pluralismo cultural, devendo projetar luzes sobre o debate em torno do pluralismo normativo e, por fim e como consequência, do pluralismo jurídico. Sobre ser, o Direito Penal, expressão de “localismo” por excelência, trataremos mais tarde. Por ora, implica abordar sua característica de “não neutralidade cultural” – e não neutralidade ética (sobretudo no campo dos delitos sexuais).

Há um núcleo de moralidade relativamente diverso em cada cultura, que informa o ordenamento jurídico como seu pressuposto ético (ou “metaético”), e que se projeta para as técnicas e métodos de interpretação jurídica, conferindo-se maior ou menor efetividade ao

³⁹ TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*, p. 66.

⁴⁰ DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Delitos culturalmente motivados*, p. 65.

próprio elenco dos direitos fundamentais. Sobre os crimes culturalmente motivados, de que ora nos ocupamos, escreve Paola Parolari:

Possano infatti qualificarsi come culturalmente motivate soltanto quelle fattispecie *concrete* nelle quali l'imputato abbia infranto la legge penale proprio per il fatto di aver agito conformemente alle norme giuridiche, alle tradizioni sociali o ai precetti morali del proprio gruppo culturale d'appartenenza. Perché un reato possa dirsi culturalmente motivato è necessario, cioè, che la condotta delittuosa sia *in effetti* giuridicamente e/o socialmente e/o moralmente lecita nella cultura d'appartenenza dell'imputato, e che quest'ultimo abbia *in effetti* commesso il reato in ragione dei condizionamenti della propria cultura.⁴¹

É claro que o conceito de honra hoje não é o mesmo de outrora. Há uma concepção moral em construção, no sentido de que a mulher pode ter sua vida sexual e não é julgada por isso. A seu tempo, a lei protegia a moralidade; e não propriamente a pessoa.

Ademais, os argumentos do localismo e não neutralidade cultural do Direito Penal poderiam conduzir à consagração de um certo moralismo legal, isso porque a preservação de certos valores morais por meio do direito penal passaria a ser vista como uma questão tão vital para a preservação de certas comunidades que elas se legitimariam pela imposição legal. Não é outra a perspectiva da interpretação, por exemplo, da prática de atos obscenos, ou até da importunação ofensiva ao pudor. Ao largo dessa discussão, são costumeiramente apontados como crimes culturalmente motivados: a) os crimes de violência familiar e maus-tratos, quando praticados em contextos marcados por poderes centrados no *pater familias*; b) os crimes de defesa da honra, inclusive da honra familiar e sexual; c) os casos de lesões corporais consistentes em mutilação genital ritualística; d) os crimes em matéria de circulação de drogas, quando estas integram determinadas tradições religiosas ou tribais; e) os crimes contra a liberdade sexual de menores, ou contra mulheres maiores quando se pretende retirar-lhes a plena liberdade de autodeterminação no âmbito sexual.⁴² Poderíamos ainda incluir crimes de maus-tratos a animais e outros que visam à preservação da fauna silvestre, em confronto com práticas de manejo e tradições de caça ou apreensão para o lazer ou promoção de disputas.⁴³

⁴¹ PAROLARI, Paola. *Reati culturalmente motivati: una sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, p. 538.

⁴² DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Delitos culturalmente motivados*, p. 70.

⁴³ Ao lado do assassinato de neonatos indígenas, Renato Silveira elenca como crimes culturalmente motivados, no Brasil, o caso dos “bacamarteiros” (incriminação do porte de armas), a farra do boi e a manipulação do “santo daime” (proibição da circulação de drogas). Cf. SILVEIRA, Renato Mello Jorge de. *Multiculturalism and criminal law: the brazilian case*.

Hart admite que alguma moralidade compartilhada é essencial para a existência de qualquer sociedade, argumentando que todas as moralidades sociais preveem, em algum nível, os valores universais da liberdade individual, da vida em segurança e a proteção de danos deliberados contra terceiros.⁴⁴ Logo, a moralidade crítica asseguraria a liberdade individual como valor universal, que deveria estar consagrado nas diferentes morais sociais. A liberdade individual, dessa maneira, deveria supor uma consideração sensível dos comportamentos divergentes, valorando-os positivamente como reconhecimento da liberdade e da diversidade próprias da humanidade. Mas até que ponto o Direito Penal deve se ocupar dos valores repercutidos na moral social?

Deve-se considerar, ainda nesse plano, uma particular ética feminista, no sentido de que os feminismos se inspiram num discurso comum de questionamento aos mecanismos sociais de subordinação das mulheres. Trata-se, então, de encarar os feminismos para além de um programa ideológico, para compreendê-lo numa dimensão ética transcendente. Os dois valores básicos desse argumento radicam na liberdade e na dignidade. Portanto, liberdade e dignidade sexuais inclusive. Essa dimensão revela que o Direito Penal não se presta a tarefas moralizantes ou ideologizantes, mas se volta para a instrumentalização emancipatória da igualdade de gênero, intervindo nos comportamentos tendentes à subordinação reificante da mulher, com especial atenção aos comportamentos violentos secularizados na repetição universal. A tutela da dignidade sexual, assim, supera a utilização de técnicas penais que referenciam padrões morais e estéticos, referentes à política ou polícia de costumes, ao dialogar inclusive com a teoria da ofensividade, independentemente de seu referencial escolástico (bem jurídico, proporcionalidade, linguagem etc.).

É preciso deixar claro, desde já, que este “mínimo-conteúdo-ético” que aqui se reconhece ao Direito Penal, no nível constitucional dos direitos fundamentais das mulheres, deve referência (ou reverência) à ética feminista. Não qualquer feminismo, mas a perspectiva feminista da institucionalização política que decorre da plena materialização da liberdade e dignidade femininas como direitos universais, nos termos do que se pode, ou melhor, do que se deve extrair da hermenêutica constitucional.

Mais, porém, que um problema de constitucionalismo. Temos questões prejudiciais, que exigem a revisitação do paradigma culturalista do direito, do espaço da cultura no direito e do próprio direito como expressão jurídica da cultura.

⁴⁴ HART, H. L. A. *Law, liberty and morality*, p. 51.

2 O FATOR CULTURAL COMO SUBSTRATO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO JURÍDICO-PENAL

2.1 A significação do *fator cultural*

Compreender as categorias dogmáticas do crime sob a perspectiva cultural não é tarefa confortável, porque pouco usual na tradição doutrinária romano-germânica. A primeira grande dificuldade é o estabelecimento de uma concepção mais ou menos precisa de cultura, com a qual se pode, com relativa segurança, confrontar as categorias argumentativas desenvolvidas na teoria do delito.

O próprio conceito de cultura suscita muitos desdobramentos teóricos, praticamente infundáveis. O tema pode ser abordado em duas perspectivas distintas. Uma focada no próprio desenvolvimento conceitual; outra centrada na discussão sobre as maneiras como a cultura influencia e é influenciada pelo comportamento social diversificado. Em qualquer dessas medidas, deve-se partir do pressuposto da humanidade como unidade que resulta de sua interação sociológica com o outro (e consigo mesmo), superando-se as concepções deterministas biológica e geográfica⁴⁵.

Para o presente trabalho, adotamos o termo “cultura” no contexto da sua concepção antropológica. Nesse sentido, Roque Laraia registra que é antiquíssima e permanente a tentativa de compreender a diversidade de comportamentos entre povos diferentes, citando o historiador grego Heródoto (484-424 a. C.) ao descrever o sistema social baseado na linhagem feminina do povo lício, em confronto com a sociedade patrilineal dos gregos; Tácito (55-120), que confrontava seus flexíveis costumes romanos com as práticas rígidas do casamento germânico; e ainda Marco Polo, o legendário viajante italiano, que ao visitar a Ásia em meados de 1.200 se impressionou com as divisões de tarefas entre homens e mulheres nos costumes dos tártaros.⁴⁶ Podem-se ainda acrescentar, como exemplos desses interesses, as descrições do padre José de Anchieta (1534-1597) e de Montaigne (1533-1572) sobre as práticas antropofágicas do povo Tupinambá.

O que se extrai como ponto comum dessas narrativas é a tentativa de compreender o comportamento diverso, a diferenciação dos costumes a partir dos nossos próprios padrões experienciais.

Segundo Laraia, até o início do século XIX, o termo germânico *kultur* era utilizado para designar todos os aspectos espirituais de uma comunidade, enquanto em França

⁴⁵ Sobre o tema, as declarações sobre raça e sobre racismo da Unesco, de 1950 e 1978 respectivamente.

⁴⁶ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, p. 10-11.

civilization referia-se às realizações materiais. Teria sido de Edward Tylor (1871) a sintetização da terminologia no vocábulo inglês *culture*, para designar em sentido amplo “todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade”.⁴⁷

Já se pretendeu explicar a diversidade cultural a partir da ideia de determinação por diferenças nas condições do espaço físico ocupado (determinismo geográfico). Inúmeros exemplos discrepantes em condições ambientais semelhantes e, mais, de grande diversidade cultural localizada em um mesmo tipo de ambiente físico, gradativamente ocasionaram o desprestígio dessa vertente.⁴⁸

O ser humano, no seu processo histórico de sobrevivência coletiva, reage de maneira diversificada às limitações impostas por seu aparato biológico e pelos recursos ambientais mais ou menos abundantes a que está adstrito. E o faz “seletivamente”, em maior ou menor grau cooperativo, relacionando-se em influência e interação mútuas com os que lhe são mais próximos (por vínculos étnicos, familiares etc.) ou distantes (em razão do comércio ou da disputa de terras etc.). Não foi a força física, mas um processo peculiar de arquitetura das soluções colaborativas (pautadas complexamente no simbolismo místico, no racionalismo psicológico e na necessidade de expressão sensível) que propiciou ao ser humano a hegemonia na exploração dos recursos da natureza. A esse aparato complexo podemos nos referir, com sentidos variados, com a denominação de *cultura* (Tylor).

Como vimos acima, a consciência científica desse conceito é aquisição relativamente recente na história das ideias. Ainda na segunda metade do século XIX, embora se salientasse a imprescindível diferenciação entre as leis causais da natureza e os “altos processos do sentimento e da ação humana, do pensamento e linguagem, conhecimento e arte”, “a natureza sagrada do homem” influenciava os estudos antropológicos no mesmo passo em que o Darwinismo apresentava sedutores argumentos para que a visão eurocêntrica da ciência diferenciasse os “graus de civilização” em que se observavam comparativamente as nações e tribos no panorama da “igualdade da natureza humana”.⁴⁹ O ponto comum nesses primeiros estudos, que podem ser apontados como precursores do conceito de cultura, reside na circunstância de se entender o processo de cultura como unilinear, ou seja, a partir da ideia

⁴⁷ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, p. 25.

⁴⁸ LARAIA, Roque de Barros. *Ob. cit.*, p. 21-24.

⁴⁹ LARAIA, Roque de Barros. *Ob. cit.*, p. 30-33.

de que a cultura se desenvolve de maneira uniforme, como se todas as sociedades tendessem à evolução já percorrida pelas comunidades “mais avançadas”.⁵⁰

A superação do método comparativo evolucionista em antropologia só se anunciou a partir dos estudos de Franz Boas (1858-1949) em favor das “investigações históricas”, admitindo “a comparação dos resultados obtidos através dos estudos históricos das culturas simples e da compreensão dos efeitos das condições psicológicas e dos meios ambientes”.⁵¹ É do próprio Boas a advertência:

Cada tipo humano parece tener sus propias invenciones, costumbres y creencias, y generalmente se da por sentado que raza y cultura han de estar íntimamente asociadas y que el origen racial determina la vida cultural. A esta impresión se debe que el vocablo 'primitivo' tenga una doble significación. Se aplica tanto a la forma corporal como a la cultura. Estamos habituados a hablar de razas primitivas y culturas primitivas, como si ambas estuvieran necesariamente relacionadas. No sólo creemos en una estrecha asociación entre raza y cultura, sino que estamos dispuestos a sostener la superioridad de nuestra raza sobre todas las demás. Las causas de esta actitud provienen de nuestra experiencia diaria. La forma corporal tiene un valor estético. El color oscuro, la nariz ancha y chata, los labios gruesos y la boca prominente del negro, y los ojos sesgados y pómulos salientes del asiático oriental no concuerdan con los ideales de belleza humana a que estamos acostumbrados los hombres de tradición europea occidental. El aislamiento racial de Europa y la separación social de las razas en América han favorecido el desarrollo de la así llamada aversión 'instintiva' a los tipos extranjeros, que se basa en gran parte en el sentimiento de una fundamental diferencia de forma corporal de nuestra propia raza. Es el mismo sentimiento que crea una aversión 'instintiva' a los tipos anormales o feos en nuestro medio o hábitos que no se ajustan a nuestro sentido del decoro. Más aún, tales tipos extraños que son miembros de nuestra sociedad ocupan, por regla general, posiciones inferiores y no se mezclan de manera considerable con miembros de nuestra propia raza. En su país de origen su vida cultural no ha llegado a ser una realización intelectual tan rica como la nuestra. De ahí la deducción de que tipo foráneo y escasa inteligencia, van de la mano. En esta forma nuestra actitud se torna inteligible, aunque reconocemos que no está basada en el conocimiento científico sino en simples reacciones emocionales y en condiciones sociales. Nuestras aversiones y juicios no son, en modo alguno, de carácter fundamentalmente racional.⁵²

Nas palavras de Laraia:

Boas desenvolveu o particularismo histórico (ou a chamada Escola Cultural Americana), segundo a qual cada cultura segue os seus próprios caminhos em função dos diferentes eventos históricos que enfrentou. A partir daí a explicação evolucionista da cultura só tem sentido quando ocorre em termos de uma abordagem multilinear.⁵³

⁵⁰ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, p. 34-35.

⁵¹ LARAIA, Roque de Barros. *Ob. cit.*, p. 36.

⁵² BOAS, Franz. *Cuestiones fundamentales de antropología cultural*, p. 19-20.

⁵³ LARAIA, Roque de Barros. *Idem. Ibidem.*

O homem depende, é claro, de seu equipamento biológico, devendo suprir uma série de necessidades orgânicas ligadas às suas funções vitais. Porém, a maneira de desenvolvimento dos processos e mecanismos utilizados na satisfação dessas necessidades varia muito. Essa variação conforma a predominância da composição “cultural” do homem, podendo-se afirmar, nesse sentido, que a humanidade não tem seu comportamento biologicamente determinado, a partir do momento em que se admite que suas ações e pensamentos resultam de um processo de aprendizagem. Não são modificações anatômicas ou genéticas que explicam a sobrevalência da humanidade na natureza terrena; mas a maneira como o ser humano agrega e transmite a experiência da coletividade em que se insere: a cultura! Essa peculiar e proeminente capacidade humana de “evoluir” sem alterar seu projeto biomorfológico foi salientada já nos estudos de Alfred Kroeber (1876-1960), que procurou frisar a diferenciação entre o orgânico e o cultural.⁵⁴ Assim, rechaçando-se qualquer reminiscência lombrosiana, o ser humano é expressão do meio cultural em que é socializado, refletindo o conhecimento e a experiência acumulada pelas gerações antecedentes, seletivamente transmitidas de acordo com a primazia das necessidades de cada época, promovendo-se a inovação na medida em que se exige e se incentiva a manipulação adequada e criativa desse patrimônio cultural.⁵⁵ Laraia sintetiza a contribuição de Kroeber para a ampliação do conceito escoteiro de cultura:

1. A cultura, mais do que a herança genética, determina o comportamento do homem e justifica as suas realizações.
2. O homem age de acordo com os seus padrões culturais. [...]
3. A cultura é o meio de adaptação aos diferentes ambientes ecológicos. [...]
4. [...] o homem foi capaz de romper as barreiras das diferenças ambientais e transformar toda a terra em seu hábitat.
5. Adquirindo cultura, o homem passou a depender muito mais do aprendizado do que a agir através de atitudes geneticamente determinadas.
6. [...] é este processo de aprendizagem (socialização ou endoculturação [...]) que determina o seu comportamento e a sua capacidade artística ou profissional.
7. A cultura é um processo acumulativo, resultante de toda a experiência histórica das gerações anteriores. Este processo limita ou estimula a ação criativa do indivíduo.⁵⁶

⁵⁴ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, p. 37-43.

⁵⁵ LARAIA, Roque de Barros. *Ob. cit.*, p. 45.

⁵⁶ Nesse sentido, os “gênios” são indivíduos diferenciados que têm oportunidade de utilizar o conhecimento preexistente, construído historicamente pelo seu sistema cultural, para criar um novo objeto ou nova técnica, como a produção do fogo com o atrito da madeira seca ou a invenção do arco e flecha, ou mesmo o avião. LARAIA, Roque de Barros. *Ob. cit.*, p. 48-49.

Nesse ponto, sobre ser a cultura um processo acumulativo de conhecimento que se transmite, ganha realce, na natureza humana, a capacidade de comunicação, ou a possibilidade de desenvolvimento humano de um sistema articulado de comunicação (especialmente oral), ou seja, a linguagem é fundamental instrumento para que a comunicação seja a expressão do processo cultural.

Deixando em segundo plano as concepções paleontológicas⁵⁷ sobre o momento antropológico-histórico em que o ser humano se apropriou do conhecimento, Claude Lévi-Strauss considera que a cultura assim se afigurou para a humanidade no momento em que se “convencionou a primeira regra, a primeira norma”, consistente na “proibição do incesto, padrão de comportamento comum a todas as sociedades humanas”⁵⁸; já para Leslie White, a passagem do estado animal para o humano ocorreu quando a mente humana “foi capaz de gerar símbolos”:

Todo comportamento humano se origina no uso de símbolos. [...] Todas as civilizações se espalharam e perpetuaram somente pelo uso de símbolos... Toda cultura depende de símbolos. É o exercício da faculdade de simbolização que cria a cultura e o uso de símbolos que torna possível a sua perpetuação. [...] O comportamento humano é o comportamento simbólico. [...] todos os símbolos devem ter uma forma física, pois do contrário não podem penetrar em nossa experiência, mas o seu significado não pode ser percebido pelos sentidos.⁵⁹

Roger Keesing, citado por Laraia, divide em dois grupos as tentativas modernas de conceituação da cultura: a) concepção adaptativista (materialismo cultural); b) teorias idealistas.

A cultura como *sistema adaptativo* (White, Sahlins, Harris) baseia-se na ideia de que “culturas são sistemas de padrões de comportamento socialmente transmitidos que servem para adaptar as comunidades humanas aos seus embasamentos biológicos”⁶⁰, desde modos de organização da economia até as crenças e práticas religiosas.

Já as *teorias idealistas* poderiam ser subdivididas em três grupos. Como *sistema cognitivo*, cultura é um sistema de conhecimento (W. Goodenough), no sentido de que engloba aquilo que o sujeito deve conhecer para operar no interior de sua sociedade de maneira aceitável, na perspectiva, inclusive, dos métodos linguísticos. Como *sistema estrutural* (Claude Lévi-Strauss), define-se cultura como sistema de criação acumulativa da mente humana, ao incorporar elaborações culturais como mito, arte, parentesco, linguagem...

⁵⁷ GEERTZ, Clifford. *A transição para a humanidade*.

⁵⁸ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, p. 54.

⁵⁹ WHITE, Leslie. *The symbol: the origin and basis of humans behavior*, p. 180.

⁶⁰ LARAIA, Roque de Barros. *Ob. cit.*, p. 59.

Por fim, como *sistema simbólico* (Clifford Geertz e David Schneider), a cultura é considerada um conjunto de mecanismos de controle que direcionam o comportamento da coletividade (planos, receitas, regras, instruções), e não uma pluralidade de comportamentos concretos.⁶¹

Enfim, estudar o comportamento humano na perspectiva da cultura, ou estudar cultura, conceitualmente, é estudar um “código de símbolos partilhados pelos membros dessa cultura.”⁶² Podemos, então, alinhar uma concepção de cultura que admita simbolismo e linguagem como essenciais à compreensão do comportamento humano no ambiente social cultural. E, a partir dela, discutir alguns pontos: a) como a cultura condiciona a visão de mundo do ser humano; b) como a cultura se relaciona com o plano biológico; c) como os indivíduos exercitam a identidade no sistema cultural coletivo.

O conceito de cultura, aqui pressuposto no âmbito de uma sociedade multicultural, é um conceito antropológico, consagrado historicamente, inclusive, no preâmbulo da declaração universal de direitos à diversidade cultural da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco): a cultura deve ser considerada, aqui, como um “modo de vida”, expressão identitária de uma visão de mundo relativamente uniforme ou homogênea, concebida como “um conjunto de distintos aspectos presentes numa sociedade ou num grupo social, como espirituais, materiais intelectuais ou emotivos, e que inclui sistemas de valores, tradições e crenças ao mesmo tempo a arte, a literatura e outros vários modos de vida”.

A cultura ambigualmente como modo de pensar e de viver, como estrutura de formação do homem, um fator indispensável da estrutura intrínseca do ser humano.⁶³ Os aspectos da vida biológica e bem assim da vida ontológica são reinterpretados pela cultura. Os dados da realidade podem receber significado diverso de acordo com o espectro cultural que utilizamos para interpretá-los.

Há dois aspectos fundamentais em debate. Primeiro, trata-se de estabelecer *se e quando* as diferenças culturais devem ter relevância no âmbito penal. Depois, *quais efeitos* jurídicos derivariam desse eventual reconhecimento.

Na conclusão de seu trabalho sobre o tema, escreve De La Fuente:

es un intento de fijar la atención en las coordenadas de Derecho, diversidad cultural y la aplicación judicial, desde los delitos culturalmente motivados. Es una perspectiva que debería desarrollarse más. En la tesitura de que la gestión del pluralismo requiere quizá modificar algunos esquemas o refinar las

⁶¹ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, p. 61-62.

⁶² LARAIA, Roque de Barros. *Ob. cit.*, p. 63.

⁶³ BASILE, Fabio. *Il diritto penale nella società multiculturale* (Comunicação oral)

justificaciones que se dan detrás de algunas decisiones. La defensa cultural quizá no sea un argumento definitivo para todos los casos, pero puede ser relevante para los jueces en el ejercicio de la ponderación, entre otros elementos, como un aspecto a tener en cuenta cuando personas de otras culturas deben responder por sus acciones.⁶⁴

O fator cultural, portanto, é o conjunto de valores que expressam, do ponto de vista comportamental, uma visão de mundo e uma peculiar representação de costumes e relações interpessoais no interno de determinada coletividade, com identidade relativamente homogênea, capaz de individualiza-la no conjunto dos valores hegemônicos e, portanto, em princípio expresso no sistema normativo oficial. Nesse sentido, o fator cultural representa um núcleo axiológico denso e de difícil contorno teórico, mas passível de aferição na revelação abstrata das normas jurídicas e, principalmente, na abordagem compreensiva e sensível dos casos concretos.

O fator cultural, pois, ganha maior relevo na proporção em que o comportamento individual, coincidente com determinada expressão identitária, afasta-se de um padrão valorativo supostamente homogêneo e coincidente com os valores subjacentes a determinado sistema jurídico. No plano do comportamento e dos costumes sexuais, a legislação penal evidencia determinados padrões comportamentais, com maior ou menor variação na comparação entre os níveis de normalidade e de moralidade que lhe imprimem a tradição histórica.

Até 1974, na Itália, e até bem pouco tempo no Brasil, se uma mulher sofria violência sexual e se casava com o violentador se extinguia a punibilidade. A aspiração ao casamento e a virgindade da mulher ocupavam papéis centrais na escala de valores morais, refletindo-se expressamente na lei penal. Ainda na Itália, até 1976, o marido que violentava a própria esposa jamais seria condenado por crime sexual, no máximo por ameaça, maus-tratos ou lesões corporais.⁶⁵

Isso se viu com reflexos inclusive na motivação apresentada por emigrantes italianos acusados da prática de crimes em outros países. Recentemente, um jovem italiano que trabalhava na Alemanha, suspeitando que a noiva lituana o traía, sistematicamente a agrediu e a estuprou. Porém, foi condenado a uma pena débil. Na sentença, a justiça alemã afirma que ele agira sob impacto de sua particular tendência ou expressão étnico-cultural, expressões do latinismo temperamental do sul da Itália. Admitiu-se que, se o fator cultural não poderia justificar o comportamento, deveria ao menos ser considerado como fator de

⁶⁴ DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Delitos culturalmente motivados*, p. 91.

⁶⁵ CICONTE, Enzo. *A violência contra as mulheres: uma visão histórica comparada*. (Comunicação oral)

redução da pena. Há algum tempo já se enfrenta semelhante argumentação nos tribunais estadunidenses; mas dessas questões trataremos oportunamente.

Alessandro Bernardi situa essa problemática num processo em curso de subjetivação do ilícito:

Processi che, ad un più attento esame, non si esauriscono nelle forme poc' anzi evocate e che presentano multi profili di ambiguità, in ragioni innanzitutto della difficoltà di cogliere il punto in cui i momenti di astrattizzazione del sistema penale espressivi dell'indifferenza al tipo di autore devono cedere il campo alla valorizzazione delle particolarità del singolo soggetto agente, ed in specie di quelle – correlate al suo patrimonio culturale – capaci di orientarne l'azione. In effetti, la soggettivizzazione dell'illecito attraverso l'ammissione delle peculiarità proprie dei reati culturali implica una sorta di riconoscimento, anche a livello penale, di specificità indentitarie relative alla concezione della vita e del mondo. Inibire un siffatto processo di personalizzazione in nome della "neutralità" del diritto implicherebbe una parificazione solo apparente dei soggetti; equivarebbe a trattare in modo eguale autori profondamente diverse per esperienze, opportunità, conoscenza e interiorizzazione delle leggi e dunque comprometterebbe l'equità della risposta giudiziaria rispetto al singolo caso. Ma favorire questo processo quantomeno laddove esso si traduca nella attribuzione di un largo potere discrezionale al giudice attraverso il ricorso a istituti e regole di parte generale – può compromettere la certezza del diritto e la sua stessa "legalità" (intesa come almeno tendenziale "eguaglianza dei casi sussunti all'interno di una stessa norma").⁶⁶

Essa perspicaz observação põe em relevo a difícil conciliação, a inevitável tensão entre a subjetivação da ilicitude, a inserção de elementos categoriais subjetivos no espectro da responsabilidade penal (seja como atenuantes, agravantes ou como referencias especiais ao sujeito ativo no âmbito do próprio tipo), de um lado, e as críticas quanto aos limites de um possível direito penal de autor, de outro. Justifica-se, então, todo o esforço de compreensão dos mecanismos de subjetivação de "base étnico-cultural", para esclarecimento de suas características e limites, sob o prisma da legitimidade inclusive. Ou seja, volta-se a atenção para os mecanismos por meio dos quais o "fator cultural" adquire relevância no âmbito criminal. Uma adequada visão sobre esses mecanismos recomenda sua apreciação generalizante, sem vinculação a um direito positivo local e específico. Nessa prospectiva mais ampla, Alessandro Bernardi apresenta o atual processo de personalização dos ilícitos penais que incorpora a valorização do "fator cultural" numa ordem de três níveis:

a) no plano macroscópico, esse processo se manifestaria através da previsão legislativa de particulares tipologias de autores considerados, em razão de suas específicas características étnico-culturais, veiculadores de formas diferentes de capacidade penal,

⁶⁶ BERNARDI, Alessandro. *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, p. 64.

destinate a gerarem reflexos ora no Direito Penal, ora no Processo Penal, ou com atuação mista;⁶⁷

b) num segundo nível, encontram-se normas de direito penal em que o fator cultural condiciona explicitamente e de modo variado a própria ilicitude do fato ou a escala de sua gravidade, e então também a disciplina sancionatória correspondente; ou seja, um comportamento ordinariamente vedado é admitido a um sujeito em atenção à sua especial ou particular raiz cultural. Porém, a conotação étnico-cultural, nestes casos, pode ser objeto de apreciação também para o sentido inverso, incriminando uma conduta que para a generalidade das pessoas seria um indiferente penal, ou agravando a situação do autor do fato.⁶⁸

c) finalmente, o terceiro nível do processo de subjetivação do injusto quanto à valorização do “fator cultural” se resguarda ao exercício do poder discricionário do juiz, seja em sede interpretativa da tipicidade, seja na escolha da norma aplicável, sendo o campo natural da hermenêutica intercultural e, então, o principal (e problemático) referencial normativo para a apreciação dos crimes culturalmente motivados.⁶⁹

E conclui, na defesa de uma hermenêutica sensível:

Il giudice, infatti, non solo “non può ritrarsi dinanzi alle situazioni di contesto che si presentino come irregolari anomale o atipiche”, ma proprio in presenza i situazioni siffatte deve attivarsi affinché le norme penali chiamate in maggior parte degli interessi concorrenti e di trovare l’equilibrio finale accettabile”. Ciò implica, in particolare, che venga posto in luce il reale grado di colpevolezza e di meritevolezza di pena dell’autore.

[...] rispetto ai fatti indotti dalla propria cultura minoritaria l’attività interpretativa del giudice da un lato risulta più necessaria che mai, dall’altro lato, però, appare oltremodo esposta alle variabili personali di quest’ultimo. Con il rischio che – in una realtà disomogenea e conflittuale come l’attuale, caratterizzata dalla compresenza, anche in seno alla classe dei giudici, di differenti valori, ideologie, orientamenti politici, punti di vista in rodine al diritto penale e alle sua funzioni – i richiami all’esigenza di fedeltà dell’organo giudicante nei confronti della legge ovvero – in una prospettiva meno tecnico-giuridica – al senso di responsabilità e alla sensibilità sociale di costui possano tradursi in uno sterile appello destinato a non risolvere affatto le contraddizioni interpretative correlate alla “valorizzazione ermeneutica del ‘contesto’”⁷⁰.

⁶⁷ E esclarece: “La tendenza a prevedere per i ‘culturalmente diversi’ veri e propri ordinamenti punitivo-riconciliativi paralleli, o quantomeno a precludere l’operatività rispetto a tali soggetti di vaste categorie di reati e/o di certe sanzioni si è infatti affermata con evidenza, specie a partir dagli ultimi decenni del secolo scorso, in quegli Stati che possiedono minoranze autoctone che hanno saputo preservare stili di vita e patrimoni culturali significativamente differenti da quelli dei popoli ‘conquistatori’”. BERNARDI, Alessandro. *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, p. 65.

⁶⁸ BERNARDI, Alessandro. *Ob. cit.*, p. 66.

⁶⁹ BERNARDI, Alessandro. *Idem. Ibidem.*

⁷⁰ BERNARDI, Alessandro. *Ob. cit.*, p. 67.

2.2 A perspectiva culturalista nas discussões jurídico-penais

G. Radbruch já dizia que o direito é manifestação de cultura.⁷¹ Embora nenhum indivíduo, mesmo nas sociedades mais homogêneas, seja completamente alinhado ao seu sistema cultural, é necessário ter um conhecimento mínimo de suas pautas de conduta para operar em seu interior; é o compartilhamento mínimo deste conhecimento entre os membros de uma coletividade que permite a convivência. Laraia observa que a nossa herança cultural, acumulada através de gerações, nos condiciona a reagir depreciativamente em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões da nossa comunidade, discriminando-se o comportamento desviante:

O modo de ver o mundo, as apreciações de ordem moral e valorativa, os diferentes comportamentos sociais e mesmo as posturas corporais são assim produtos de uma herança cultural, ou seja, o resultado de operação de uma certa cultura.⁷²

E complementa com a advertência de que, não obstante o etnocentrismo seja fenômeno universal, sendo comum a crença de que a própria sociedade é a expressão correta ou única da humanidade, a ideia de predestinação de um povo como eleito pelo cosmo como expressão da superioridade divina tem servido, historicamente, como germe do racismo e da intolerância e como mote para justificar a prática da violência. Do etnocentrismo advém, recorrentemente, a depreciação dos padrões culturais de povos diferentes: práticas uniformes e normais de outros sistemas culturais são catalogadas como absurdas, deprimentes ou imorais.⁷³

Também o processo de criminalização é resultado da expressão cultural de um povo, em determinado contexto histórico-geográfico, como tentativa de racionalização da punição.

Nesse contexto, o crime não é um fenômeno natural, mas um acontecimento histórico que adquire sentido pela valoração advinda de sua construção social como um desvalor. Isso aparece também na concepção dos partidários da teoria social da ação, segundo registra Tavares:

A metodologia seguida pelos partidários da teoria social da conduta procura, antes de tudo, estabelecer as tarefas de um conceito de ação com vistas a determinar os fundamentos necessários pelos quais a obra do homem pode ser

⁷¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*.

⁷² LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, p. 68.

⁷³ LARAIA, Roque de Barros. *Ob. cit.*, p. 73-74.

caracterizada como uma conduta punível. Essa resposta – assim, entendem – não poderia ser obtida com o conceito de ação, mas por meio da interpretação do tipo de delito. A tarefa do conceito de ação se esgotaria na caracterização e delimitação do conteúdo do comportamento humano como âmbito setorial de um juízo prévio de imputação, situando-se, por isso mesmo, em bases sociovalorativas, antecedentemente aos conceitos jurídicos. Dessa forma, tornar-se-ia possível um conceito de ação desvinculado das categorias sistemáticas da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, o que se contrapõe à tese dos normativistas, que deduzem o dado ‘valor’ exclusivamente da estrutura legal do delito.⁷⁴

A inclusão do paradigma culturalista no âmbito da dogmática permite compreender melhor a relatividade da noção de crime, a qual é sempre moldada pelas sociedades em função dos princípios fundamentais que elegem. A propósito, sustenta Muchembled:

[...] o crime mais temido, como a pedofilia hoje em dia, é aquele que representa uma ameaça insuportável de destruição dos valores coletivos baseados na perenidade de uma civilização. Assim, a punição ultrapassa totalmente o facto reprimido para permitir a reparação geral do tecido social e cultural rasgado.

[...] Algumas [sociedades] praticaram a matança de recém-nascidos ou o incesto ritual entre irmão e irmã, o que leva a questionar se a universalidade dos tabus nestes domínios não constitui essencialmente um absoluto inventado pelas ciências humanas no quadro da promoção da nossa própria cultura.⁷⁵

Normalmente, a realidade criminal muda em descompasso com a evolução do olhar repressivo. É a repressão mais ou menos intensa a determinadas transgressões que nos permite avaliar a alteração dos valores essenciais subjacentes em determinada cultura, de tempos em tempos, não obstante, por vezes, a constatação de que fatos daquela natureza “sempre” ocorreram, embora sem despertar a mesma intensidade na sua intolerância e consequente punição. Nesse panorama, por exemplo, a consideração da necessidade de preservação da vida e da inocência sexual dos infantes, tomando-se os respectivos atentados como crimes “absolutos”, é conquista recente do Ocidente. Por volta do século XV, por exemplo, os Estados europeus concediam notável espaço à liberdade individual, considerando a morte de um ser humano por outro, nas relações entre os súditos com certa indiferença, num quadro de uma cultura em que a violência viril era vista com certa naturalidade.⁷⁶ Cerca de

⁷⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, p. 105-106.

⁷⁵ MUCHEMBLED, Robert. *Uma história da violência*, p. 27.

⁷⁶ Robert Muchembled narra o percurso das manifestações homicidas na Europa desde a Idade Média, argumentando sistematicamente em torno do processo histórico que resultou na expressiva redução da violência interpessoal com resultado fatal até os dias atuais, ao longo dos séculos. Procura demonstrar, ainda, como o próprio homicídio, como crime, é uma construção social para a morte violenta, num dado contexto histórico e em atenção a determinadas circunstâncias não toleradas. *Ob. cit.*, p. 31-41.

dois séculos depois, as monarquias absolutas procuravam demonstrar a ilegitimidade da violência individual que resultava na morte de um semelhante, reforçando a tutela sobre os súditos com a ameaça da pena capital.⁷⁷

Cuida-se, entretanto, de discutir também a legitimidade constitucional do poder punitivo a partir de postulados argumentativos de viés culturalista, como assinala Mata y Martín, citados por Busato:

A construção dogmática do injusto tendo como base o bem jurídico traz como consequência a *despenalização das condutas fundamentadas na expressão de ideais morais, religiosas, políticas ou ideológicas*. Seria inadmissível uma reforma penal que pretendesse impor ordens éticas que não sejam as inevitavelmente derivadas da proteção aos bens jurídicos que a sociedade plural reconheça. Assim, por exemplo, se exclui a mera imoralidade, como a “homossexualidade entre adultos” ou “a difusão de pornografia”.

Por outro lado, tampouco o Direito pode constituir-se em um fator de *standardização ideológica*. Uma vez que o bem jurídico constitui um limite ao poder punitivo do Estado, o nível de importância que se lhe assinale na construção do injusto evidencia o propósito dos legisladores.⁷⁸

Logo, a questão que se apresenta como desafio argumentativo na atualidade, assenta-se nos predicados de *legitimidade*, ou de “*legitimação material do direito penal*”⁷⁹, na expressão de Figueiredo Dias.

Entendemos que há espaço para se inserirem, no plano material da ilicitude penal, os elementos discursivos próprios do culturalismo e, na linha do pluralismo, investigar os problemas hermenêuticos decorrentes do diálogo entre direito à diversidade cultural e universalização dos direitos fundamentais, especialmente os que se reconhecem, tardia mas progressivamente, às mulheres, em função da diversidade histórica na (des)construção social de papéis subalternos de gênero.

2.3 Culturalismo, Neokantismo e desafios da renormatização do Direito Penal a partir de Max Ernst Mayer

Sob os auspícios do positivismo – e assim do positivismo jurídico – o ideário causal-naturalista forneceu as bases para a concepção escoteira de tipicidade (Beling, 1906): descrição do aspecto externo da conduta. O modelo (causal) *clássico* de ação estruturou, assim, o sistema *clássico* de crime, que se baseava na separação entre processo causal exterior (causação de resultado) e relação psíquica do autor com o resultado (conteúdo da vontade: dolo ou imprudência).

⁷⁷ MUCHEMBLED, Robert. *Uma história da violência*, p. 30.

⁷⁸ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*, p. 42.

⁷⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*, p. 102.

Fora da área penal, ganhava terreno a reação antipositivista, iniciada pelo neokantismo e impulsionada por novas correntes de pensamento, que iriam marcar a primeira metade do século XX.⁸⁰

O neokantismo aparece como superação do positivismo, sem necessariamente negá-lo (ao menos quanto à concepção da ação típica). O neokantismo, partindo da distinção entre ciências naturais e culturais, procura demonstrar a necessidade de reconhecer-lhes métodos próprios.⁸¹ Assim, o peculiar da ciência do Direito é sua referência a *valores* que têm certos *fins* (aspecto teleológico). Lembra Roxin que o sistema neoclássico funda-se:

[...] na filosofia neokantiana dos valores (WINDELBAND, RICKERT, LASK). Esta filosofia [...] voltava as costas ao naturalismo e buscava devolver às ciências do espírito um fundamento autônomo, considerando sua diferença específica o fato de que a realidade que têm por objeto deveria ser referida, moldada, delimitada e sistematizada à luz de determinados valores mais altos, fundamentais para referida disciplina.⁸²

A desintegração do modelo causal clássico se verifica progressivamente, a partir da reorganização teleológica da ação causalista, segundo *fins e valores* do direito penal. O conceito de ação deixa de ser apenas *naturalista* para ser, também, *normativo: conduta humana como atuação da vontade no mundo exterior*.⁸³

O dualismo metodológico instaurado com o ideário neokantiano repousa na relação entre o mundo do *ser* e o mundo do *dever ser*, entre *realidade* e *valor*. A noção de *valor* diferencia as ciências naturais (método ontológico) e as jurídicas (método axiológico).

Ensaia-se, em certa medida, a complementação argumentativa da relação de causalidade natural. Os fenômenos jurídicos são apreciados pela consideração de *elementos categóricos de valor*. O homem é quem, *a priori*, formula as leis *causais*, estabelecendo normas que não se extraem de uma ordem natural das coisas. Apreciados axiologicamente, os

⁸⁰ Assis Toledo registra que o filósofo austríaco Franz Brentano, no final do século XIX, procurando diferenciar os fenômenos psíquicos dos físicos, atribuía àqueles a característica da *intencionalidade*: todo ato psíquico aponta para um objeto (por exemplo, querer é querer algo, pensar é pensar algo). A evolução do conceito em foco não representava a negação do fenômeno causal, preservado com um componente adicional, a *intencionalidade* (cujo conceito evoluiria, mais tarde, para *finalidade*). A *causalidade* passava a ser vista como *causalidade dirigida* (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 94-95; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 20-21; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 192, nota 15).

⁸¹ Regis Prado revela que o neokantismo deu lugar a duas tendências, a Escola de Marburgo (Cohen, Notarp, Stammler) e a escola de Baden (Radbruch, Sauer, Rickert etc.), de grande repercussão no campo jusfilosófico e jurídico-penal. PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.*, p. 192, nota 16.

⁸² ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 202.

⁸³ PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.*, p. 192; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*, p. 139.

elementos estruturais do delito não seriam compartimentos estanques, indagando-se a respeito do vínculo entre eles a partir de suas finalidades.⁸⁴

Associado ao kantismo, o culturalismo é uma corrente de pensamento, ou um modelo de compreensão filosófica que deve ser analisado num contexto mais amplo da filosofia dos valores. A propósito, é de Windelband a afirmação de que “A Filosofia Transcendental de Kant é, nos seus resultados, a ciência dos princípios de tudo aquilo que hoje reunimos sob o nome de cultura.”⁸⁵ O culturalismo se situa numa vertente kantiana, de perspectiva transcendental inicialmente contraposta ao marxismo, que pretende investigar sobre “valores de validade universal” como “objeto da metafísica”.⁸⁶ O culturalismo parte da divisão epistemológica e metodológica das ciências em *nomotéticas* e *idiográficas*, proposta por Windelband. A base comum decorre de serem, as duas espécies de ciências, ambas “criações culturais”. As ciências nomotéticas abstraem de casos particulares leis gerais (física, química, biologia etc.). Por outro lado, as ciências culturais propriamente ditas (historiografia, Direito etc.), como ciências “idiográficas”, dedicam-se ao estudo dos “fenômenos individuais” e “incorporam valores e valorações”.⁸⁷ Logo, não obstante sejam também manifestações culturais, as ciências nomotéticas desenvolvem-se “independentemente dos valores”.⁸⁸

Historicamente, a fase inicial do culturalismo ficou conhecida como Escola de Baden, em virtude da vinculação de Windelband a Heidelberg, onde encerrou sua carreira acadêmica, sendo sucedido por dois dos maiores expoentes do culturalismo no início do séc. XX: Heinrich Rickert e Emil Lask. Luciano Lopes nos lembra que a concepção filosófica neokantiana, ao oferecer conteúdo axiológico às ciências culturais, no plano da dicotomia *ser* e *dever ser*, afastou o direito penal da visão mecanicista própria do causalismo, proporcionando uma ruptura com a neutralidade valorativa.⁸⁹ Foi neste contexto que a Escola de Baden, direcionando-se à filosofia da cultura, consolidou-se como a primeira escola neokantiana em termos de dogmática penal.

⁸⁴ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de derecho penal*, v. 3, p. 653-692.

⁸⁵ PAIM, Antonio. *Problemática do culturalismo*, p. 9.

⁸⁶ PAIM, Antonio. *Idem. Ibidem.*

⁸⁷ PAIM, Antonio. *Idem. Ibidem.*

⁸⁸ PAIM, Antonio. *Ob. cit.*, p. 10.

⁸⁹ LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal*, p. 68.

Com o neokantismo, destaca-se a *natureza teleológica da tutela penal*. O próprio “bem jurídico” é visto como um princípio metodológico para interpretação dos tipos penais (*ratio legis*), ou seja, “o fim reconhecido pelo legislador nos preceitos penais individuais”.⁹⁰

No âmbito específico da teoria do delito, elegemos como marco teórico as concepções normativistas de Mayer. A propósito, Mayer assim conceituava as normas de cultura:

Como las leyes toman su contenido de la cultura, así también lo dejan fluir en la cultura. El derecho mismo trabaja junto con ella en la conservación y el perfeccionamiento de usos y costumbres, de la moralidad y el sentido de la rectitud. La concordancia entre normas jurídicas y normas de cultura se explica sólo en parte merced a la influencia que ejerce la cultura sobre el Derecho; se explica cabalmente a partir del efecto recíproco entre Derecho e cultura.⁹¹

A eleição se justifica no contexto de retomada dos postulados neokantianos no que se vislumbra para o “pós-funcionalismo”. Referimo-nos, aqui, a um referencial crítico de questionamento à adesão tardia, pela doutrina brasileira, ao funcionalismo, a partir da resistência ao próprio pensamento sistêmico, tomado como matriz inevitável dessa linha teórica (Jakobs), ainda que declaradamente influenciada pela teleologia da política criminal (Roxin, Hassemer) ou pela vertente conflitual redutora (Zaffaroni).

Luciano Lopes registra que, também em relação às concepções funcionalistas, é possível perceber a influência neokantiana, exemplificando com o conceito normativo de ação formulado por Roxin com base na “manifestação da personalidade”. Assim, o sistema teleológico de Roxin, tal qual o neokantismo, emprega valorações nas definições conceituais dos elementos do crime: “a diferença fica na fonte desses valores utilizados (normas de cultura no neokantismo, e valores político-criminais para Roxin).”⁹²

⁹⁰ No entanto, foram as concepções da Escola de Kiel, notadamente de Dahn e Friedrich Schaffstein, que deram sustentação teórica ao Direito Penal nazista dos anos 30, ao identificarem a lesão do dever como conteúdo material do injusto, esvaziando por completo qualquer caráter limitativo que lhe pudesse atribuir o conceito de bem jurídico. Cf. BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*, p. 48.

⁹¹ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 62.

⁹² LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal*, p. 69.

3 MULTICULTURALISMO E DIREITO PENAL: OS MODELOS DE REAÇÃO ÀS DIVERSIDADES CULTURAIS

O paradigma da *concidadania* constrói-se a partir da ideia de que “somos todos iguais”. Esse pensamento é um pressuposto da positivação do princípio da igualdade, mas está associado, do ponto de vista epistemológico, numa aceitação recíproca de identidade. Noutras palavras, mas com aproximação necessária, trata-se de uma ideia de aceitação e reconhecimento identitário com reciprocidade baseados no senso de pertencimento.

A construção do multiculturalismo como categoria de estudo da sociologia jurídica tem se dado, na perspectiva ocidental, a partir das discussões sobre globalização e secularismo. A dimensão do direito penal como o conhecemos e o elaboramos metodologicamente nos últimos dois séculos, particularmente atrelado ao plano ideológico iluminista, seja na dogmática clássica, seja no âmbito dos temas desenvolvidos na pós-modernidade em atenção à tutela de bens jurídicos de natureza coletiva, vê-se ampliada quando confrontada com as relações que se empreenderam no contexto do que se convencionou chamar globalização. Com efeito, foi o tema da globalização que trouxe luz para a reaproximação temática entre Direito e Cultura, ou seja, a recuperação da temática culturalista diante da política de reação à secularização, tendência típica da modernidade de matriz iluminista que orientou o desenvolvimento do senso democrático dos sistemas penais de tipo ocidental.

Como afirma Parolari, que se queira ou não, também o Direito – suas modalidades de individualização, de conhecimento e de aplicação – está mudando e já mudou: negá-lo seria irresponsável, além de inútil;⁹³ em complemento:

L'unico modo per comprendere questo cambiamento, e per imprimergli una direzione che sia in armonia con l'universalismo dei diritti fondamentali [...] è “guardarlo in faccia” senza pregiudizi, senza irenismi ingenui ma anche senza catastrofismi e allarmismi.[...] Nell'ambito del processo di costituzionalizzazione e di internazionalizzazione dei diritti fondamentali iniziato nel secondo dopoguerra, si è affermato in termini sempre più espliciti quello che è stato denominato “diritto alla diversità culturale”. Parrebbe quindi di poter affermare che, per gli stati costituzionali di diritto, l'individuazione di forme di attuazione e tutela dei diritti fondamentali che prestino specifica attenzione alle differenze culturali no rappresenti più soltanto una scelta politicamente possibile ma un vero e proprio obbligo giuridico.⁹⁴

⁹³ PAROLARI, Paola. *Culture, diritto, diritti*, p. XI.

⁹⁴ PAROLARI, Paola. *Ob. cit.*, p. 1.

Neste panorama se estabeleceu uma marcante onda de internacionalização da política criminal e do direito penal. Uma vertente que introduz na dogmática contemporânea uma especial atenção para: a) os instrumentos e técnicas normativas com aptidão para apreender e ampliar o âmbito de incidência do direito penal, tradicionalmente circunscrito nos limites da singular soberania estatal; b) a revisão crítica das categorias fundamentais do direito penal, com a elaboração de uma terminologia comum às diferentes culturas penalísticas; c) a seletividade nas exigências de tutela com características globais, com o cuidado de distinguir os setores em que o direito penal pretende-se efetivo daqueles em que se apresentaria como mero reforço de simbolismo abstrato.⁹⁵

A problemática da internacionalização não passou despercebida por Jakobs, para quem a sociedade atual evolui para a aglutinação de uma significativa parcela de mundo, o que provoca uma tríplice avaliação: a) a “desespecificação” (ou generalização) dos ordenamentos normativos; b) a relação entre os distintos ordenamentos específicos; c) a ingerência jurídico-penal em ordenamentos alheios.⁹⁶ E explica, numa apresentação do quadro geral da problemática que vale a pena transcrever:

No que se refere [...] à desespecificação, [...] deve-se recordar que o sistema reitor da sociedade é constituído pela economia, e segundo as ordens de necessidades da economia é suficiente que o Estado, quanto às relações dos cidadãos entre si [...], limita-se às relações negativas: o outro não pode ser lesado, sua propriedade está protegida; essa é a contribuição jurídica de prognóstico seguro. Prestações que se dirigem para além do cumprimento desses deveres negativos, vale dizer, da parte variável das relações, somente se podem combinar voluntariamente. Diante dessa situação, isto é, a tendência à redução da retribuição jurídica nas relações entre cidadãos até a mera não intromissão, na convergência do ordenamento acabará por se impor aquele que está mais fortemente dominado por esta tendência. Exemplos constituem, quiçá, a adoção da moral sexual liberal dos países não-católicos pelos países católicos [...]. Enquanto persistirem diferenças que não podem ser reduzidas a manifestações meramente expressivas de culturas locais – a pena corporal no sul asiático, a desigualdade de direitos dos sexos nos países islâmicos e outras violações de direitos humanos em diversos lugares da Terra –, não se pode falar em *uma* sociedade, pois na mesma proporção falta precisamente um entendimento normativo.[...]

Em segundo lugar [concorrência de elementos específicos], se se transferem para a [...] Alemanha elementos específicos de outros países, existem três possibilidades de reação: (1) a violação da norma é considerada manifestação meramente expressiva de culturas locais, ou (2) se explica por meio da socialização exótica do autor, o qual é perdoado total ou parcialmente [...], ou (3) se declara a cultura alheia como incultura sem prestar-lhe maior atenção, vale dizer, trata-se o conflito exclusivamente segundo as regras da própria cultura, como, por exemplo, quando se trata de julgar outras etnias [...].

⁹⁵ MUSCO, Enzo. *Il diritto penale tra globalizzazione e postsecolarismo*. (Comunicação oral)

⁹⁶ JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*, p. 61.

Concluindo, tudo depende do conflito poder ser remetido a um ordenamento jurídico alheio que não concorra seriamente com o próprio ordenamento, vale dizer, que não o ameace; então, a indulgência é possível. Ademais, na importação da imoralidade não se pode levar em consideração o que lhe é estranho.⁹⁷

O fenômeno da globalização impôs uma série de reflexões conceituais nos sistemas jurídicos contemporâneos e, como consequência, está a exigir do Direito Penal o redimensionamento de suas estruturas dogmáticas tradicionais. Não se pode perder de vista que a globalização é um fenômeno antes de tudo de característica econômica, decorrente da crescente integração das diferentes partes que constituem o sistema produtivo global. Como sustenta Enzo Musco, é exatamente esta característica que atribui à globalização uma dinâmica peculiar que provoca o questionamento dos instrumentos tradicionais de controle de que se valem os Estados nacionais.⁹⁸

Num segundo plano, porém, não se pode negar ao fenômeno da globalização as consequências institucionais decorrentes da ampliação da dinâmica das relações econômicas, ou seja, a maior mobilidade e velocidade no compartilhamento de dados, transportes e nos meios de comunicação, inaugurando-se um novo panorama na circulação das informações e do conhecimento. Com isso, derrocaram as concepções tradicionais de fronteira, território e, conseqüentemente, ampliaram-se as possibilidades de intercâmbio de experiências e visões de mundo. Em apertadíssima síntese, nesse caminho instaurou-se uma fruição comum das múltiplas vivências culturais, deixando em evidência o que se passou a estudar, com novas linhas de abordagem, sob a rubrica do multiculturalismo.

Foi a dinâmica das relações privadas, nesse sentido, que projetou para os Estados nacionais a necessidade de implementar novos modos de regulação e controle, num ambiente cada vez mais contraditório e complexo. Se por um lado o ambiente temporal favoreceu o desenvolvimento de novos âmbitos de aplicação do direito penal, em gradativa expansão, por outro revelou enfaticamente as limitações de efetividade do direito penal para interferir na dinâmica social no que se refere às funções declaradas da pena, mormente no âmbito da prevenção geral. De certa forma, este processo coincide com a incapacidade com que se depararam os Estados, diante da crescente e irreversível mobilidade do capital, de construir adequadas regulações de sua política econômica interna. Os reflexos dessa “globalização econômica” obviamente projetaram-se de maneira absolutamente desigual, com desafios diferenciados e drásticos nos países de economias marginais, como no caso latino-americano,

⁹⁷ JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*, p. 61-64.

⁹⁸ MUSCO, Enzo. *Il diritto penale tra globalizzazione e postsecolarismo*. (Comunicação oral)

de uma maneira geral. Logo, já se adianta a necessidade de vigilância contínua quanto à utilização acrítica de arcabouços teóricos eurocêntricos.

Enzo Musco reconhece, nesse aspecto, que o processo de globalização, embora com caráter de universalidade, não foi experimentado de maneira uniforme em todo o planeta, mas informado por desigual distribuição de benefícios, o que deflagrou importantes contestações de natureza ideológica, com foco nos ciclos de pobreza e marginalização.⁹⁹

Posto que processo assimétrico, a globalização deixou de ser fenômeno exclusivamente econômico, consolidando-se em todas as dimensões sociais, com variações sistemáticas de tempo, local e maneira de absorção das inovações político-institucionais decorrentes. Uma vez mais, na percepção de Enzo Musco:

la globalizzazione riflette reali e radicali cambiamenti strutturali nella scala dell'organizzazione sociale moderna che devono essere tenuti in grande considerazione: perché si tratta di una dimensione multidimensionale e in qualche misura post strutturalista della realtà sociale che appare costituita da una serie di sistemi o di rapporti autonomia sul piano politico, economico, tecnologico, culturale, naturale e giuridico.

La globalizzazione mediante quel processo di progressiva erosione dei vincoli spazio-temporali sollecita, con sempre crescente intensità, nuovi assetti organizzati delle interazioni transnazionali e di conseguenza va a ricercare anche nuovi modi di essere del sistema giuridico sia civile che penale.

La globalizzazione, insomma, causa la rottura di questi equilibri, finisce per spezzare questa corrispondenza dal momento che le attività sociale, economiche e politiche non coincidono più con i confini nazionali.¹⁰⁰

O quadro assim delineado possibilitaria, numa das abordagens, o questionamento de um dos princípios básicos do Direito Penal, que se anuncia como expressão da própria soberania, que é a *territorialidade*. Atribui-se à globalização, no caso, um desgaste na noção de territorialidade da lei penal, no sentido de sua insuficiência em favor da universalidade, e no caminho de uma “deterritorialidade” como flexibilização da soberania absoluta. Isso reforçou as normativas comunitárias e propõe um redimensionamento dos âmbitos de incidência e eficácia da lei penal. Isso não é novidade no Direito Penal, que tradicionalmente reconheceu imunidades materiais *ex vi legis* e casos de extraterritorialidade, ainda que sob condições. Já se antecipa aqui uma discussão cara ao presente trabalho, qual seja, a consequência dessa revisão no âmbito da ilicitude material, com tendência de ampliação do campo que se convencionou chamar, na doutrina tradicional, de *causas supralegais de justificação*.

⁹⁹ MUSCO, Enzo. *Il diritto penale tra globalizzazione e postsecolarismo*. (Comunicação oral)

¹⁰⁰ MUSCO, Enzo. *Idem*.

Noutra linha, e que mais de perto nos interessa, temos as incursões no debate sobre uma pressuposta identidade cultural nacional lenta e progressivamente elaborada, como fruto conjunto dos planos institucionais, de valores, de leis e costumes. Identidade e identidade nacional, então, são incorporados gradativamente no debate penalístico. Num segundo momento, podemos vislumbrar um novo espectro de investigação para o Direito Penal, decorrente da profundidade e da originalidade singular dessas “novas” categorias fundamentais: identidade e identidade cultural, como “situações sociais de referência”¹⁰¹ e vínculos interpessoais e territoriais. À *identidade* se incorpora, entretanto, a ideia de *diversidade identitária*, confrontada sempre com os anseios de adequadas proteção e tutela aos direitos humanos. A grande problemática, portanto, reside na ampliação da tutela dos direitos humanos em nível global e, com ela, a sistematização de um corpo de princípios, normas e práticas sociais de orientação político-cultural capazes de assegurar uma ordem pública idônea à garantia das condições básicas e dignas de coexistência entre as pessoas e entre os povos.

A questão que se formula é como um Direito Penal que se funda na territorialidade como premissa pode operar para além do âmbito de uma cultura proeminente pretensamente homogênea, a partir do debate sobre a eficácia dos princípios gerais que possam amparar critérios legítimos de criminalização, em consideração ao fator cultural ou à diversidade de culturas. A globalização também pode ser apontada, nesse aspecto, como desencadeadora de nova práxis, de influxos no interior das próprias culturas jurídicas, com um inequívoco processo de “contaminação” de formas e conteúdos. Não apenas os princípios da *common law* são mais compartilhados com os domínios românicos, mas regras de diferentes matrizes (orientais ou africanas), que desafiam novas formas de resoluções de conflitos outrora concebidos no marco punitivo estrito, como mediações de autocomposição, intervenções de natureza antropológica e relativizações de um padrão cultural homólogo; enfim, a necessidade de se perquirir por soluções inovativas em sede criminal. Tudo a demonstrar uma radical transformação do aporte cultural, inclusive no interno do universo jurídico, para encontrar as formas mais adequadas para composição dos interesses em conflito. Logo, o núcleo central do processo de universalização do direito penal parece assentar-se, seja no plano de novos bens jurídicos de espectro coletivo, seja no nível dos direitos subjetivos tradicionais, na universalidade dos direitos humanos básicos atrelados à dignidade, para além do paradigma iluminista da liberdade. Mas não se pode perder de vista,

¹⁰¹ MUSCO, Enzo. *Il diritto penale tra globalizzazione e postsecolarismo*. (Comunicação oral)

paradoxalmente, que não temos um direito penal universal, embora a teoria geral do delito tenda à universalidade pautada em categorias fundamentais compartilhadas pela cultura jurídica global. Com a ressalva de Enzo Musco, quanto às decorrências da globalização, citando Hirsch:

A prescindere dalle singole legislazioni nazionali, possiamo dare per convenuto che esiste una sostanziale, anche se tendenziale, uniformità nel delineare i tratti fondamentali dell'illecito penale. Non è questo un prodotto della globalizzazione vista sotto il profilo culturale più specificamente penalistico, ma è il frutto della riflessione dogmatica che ha impegnato i penalisti del Sudamerica. E non va neppure trascurato il lavoro di *endorsement* fatto nel mondo anglosassone, proveniente dalla riflessione di George Fletcher che ha di molto accorciato le distanze nel mondo di concepire la struttura del reato. Le categorie generali del diritto penale con le quali svolgiamo il nostro lavoro tendono ad essere sempre più comuni: dolo, colpa, omissione, cause di giustificazione, imputabilità, concorso di persone, tentativo, concorso di reati ecc. Esse, per vero, si sono precisate e stabilizzate per effetto di una lunga elaborazione dottrinale a partire dalle riflessioni di fine secolo XIX di Franz von Liszt, continuata fino ai giorni con dispute di rilevante spessore che hanno coinvolto i grandi penalisti dei nostri continenti – basti qui ricordare la disputa tra normativismo e ontologismo che ha segnato la riflessione scientifica intorno agli anni cinquanta del secolo scorso – e hanno rassegnato esiti che permettono di pronosticare “una estensione mondiale ... dei presupposti generali del reato” (HIRSCH. *Necessità, approcci e limiti di una scienza penale universale*. Milano, 2007, p. 393).¹⁰²

Temos aqui novos problemas, radicados na discussão metadogmática das fontes normativas do Direito Penal. A vida se realiza num contexto político-cultural em que opera a ciência do Direito Penal, que aspira à universalidade mas se concretiza no localismo. Como diz Enzo Musco, é nesse “rapporto dialettico”¹⁰³ que operam as implicações da relação entre globalização e Direito Penal.

3.1 Sociedades multiculturais e pluralismo jurídico

Quando, nas últimas décadas, as doutrinas europeia (de um modo geral) e italiana (em particular) debruçaram-se sobre as pesquisas relacionadas aos reflexos jurídicos do fator cultural divergente, basearam-se ordinariamente em duas premissas: a) a imigração como determinante de um processo de transformação dos Estados nacionais em sociedades multiculturais; b) o Direito Penal, mais que outros setores do ordenamento jurídico, como um Direito de estrutura provinciana (“localismo” do Direito Penal).¹⁰⁴

¹⁰² MUSCO, Enzo. *Il diritto penale tra globalizzazione e postsecolarismo*. (Comunicação oral)

¹⁰³ MUSCO, Enzo. *Idem*.

¹⁰⁴ BASILE, Fabio. *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, p. 10.

Convém, inicialmente, analisar a primeira dessas duas premissas. Depois, responder se a diversidade cultural, no caso brasileiro, pode ser compreendida na classificação dicotômica proposta para os tipos de multiculturalismo: *polietnico* ou *multinacional*. Na sequência, avaliar a segunda premissa para discutir até que ponto o Direito Penal é refratário ou impermeável à relevância jurídica (aptidão para gerar efeitos) dos fatores culturais diversificados e, nessa perspectiva, minoritários.

Costuma-se apontar a razão da diversidade cultural como efeito da globalização e dos crescentes fluxos migratórios nas sociedades ocidentais. É certo que uma concepção pluralista de sociedade exige a acomodação das diferenças em vários níveis de gestão política, mas também uma mudança de mentalidade e visões uniformizadoras próprias de comunidades homogêneas. Uma das principais perplexidades derivadas desse processo é a discussão sobre os papéis e limites que devem ser desempenhados pelo poder punitivo do Estado numa sociedade multicultural.

A repercussão do pluralismo cultural no pluralismo jurídico não é menos problemática. O primeiro enfoque possível resulta propriamente de uma percepção antropológica que permitiria a identificação dos costumes, religião e práticas jurídicas das minorias identitárias. Noutra abordagem, de viés institucional, seria necessário refletir sobre a interação social e normativa entre as diferenças, capazes de estabelecer vínculos de interação cultural harmônica e de propor ações públicas neste sentido. Esta seria, segundo De La Fuente, a programação capaz de levar a sério a existência de diversos códigos morais e culturais no interno de uma mesma sociedade, que reflitam a realidade das representações populacionais marcadas fundamentalmente pela diversidade: “uma forma de gestão da diversidade, sensível à diferença cultural”.¹⁰⁵ E adverte com as reflexões de Javier de Lucas sobre o pluralismo jurídico:

No es que sostenga que la existencia de hecho de una diversidad de culturas comporte como modelo, como aspiración, o sencillamente, como deber ser la exigencia de la diversidad de códigos valorativos, sino muy simplemente que puesto que hay pluralidad cultural no puede no haber pluralidad normativa. Y es de ahí de donde se da el paso siguientes ¿Cuál es el criterio para defender la superioridad de un código sobre otro? ¿qué es lo que permite erigir uno de ellos en criterio, de modelo, en supracódigo al que han de ajustarse los demás, que, por consiguiente, han de ser evaluados por aquél? La reposta no hace más que reforzar las críticas de los relativistas: es mejor aquel que recoge más fielmente las exigencias de dignidad, la autonomía, la libertad, la emancipación o el progreso humano.¹⁰⁶

¹⁰⁵ DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Delitos culturalmente motivados*, p. 70.

¹⁰⁶ DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Ob. cit.*, p. 71

De toda forma, impende esclarecer que muitas das controvérsias mais ásperas em matéria de multiculturalismo continuam radicadas na possibilidade ou impossibilidade de conciliar o reconhecimento das diferenças culturais e a tutela dos direitos fundamentais.¹⁰⁷

Reconhecer o multiculturalismo é romper o mito da homogeneidade da comunidade nacional para absorver a ideia de pluralismo cultural, com as correspondentes contraposições identitárias. Esse processo põe à prova a capacidade dos Estados de promoverem o caráter pluralista e inclusivo dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que questiona os limites de reconhecimento jurídico das diferenças culturais. Enfim, o panorama do Direito no multiculturalismo aponta para os desafios próprios da contraposição entre universalismo dos direitos humanos e relativismo cultural.

Às vezes, o reconhecimento é explícito. Em 2009, na Bolívia entrou em vigência uma nova Constituição Política que define um modelo estatal inédito – Estado Plurinacional – que se caracteriza pelo pluralismo jurídico, econômico, linguístico, cultural e político a partir do reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas. Em sua faceta política, expressa-se no reconhecimento da democracia comunitária – formas de eleição e seleção de autoridades e representantes por meio das práticas e costumes indígenas – que se articula com a democracia representativa e a democracia direta e participativa. A combinação variável de regulamentos e instituições dessas três primeiras formas de democracia configuram a democracia intercultural. Esse modelo de Estado condensa o projeto político do Movimento para o Socialismo (MAS), partido que domina a cena política boliviana há mais de uma década sob a liderança de Evo Morales, eleito em três eleições consecutivas (2005, 2009, 2014).¹⁰⁸

É importante que nos situemos no contexto do debate sobre multiculturalismo e direito penal. Quando se trata doutrinariamente do tema, parte-se do multiculturalismo como premissa, e do direito penal como direito local como pressuposto. Tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, fala-se em multiculturalismo em decorrência dos recentes fluxos migratórios. E classificam-se os Estados Nacionais europeus como de tipo poliétnico, sem referências à divergência cultural interna ou autóctone. Ou seja, apresenta-se o ordenamento jurídico pautado no dogma da homogeneidade cultural – que, na verdade, por ficção da democracia

¹⁰⁷ PAROLARI, Paola. *Culture, diritto, diritti*, p. 1.

¹⁰⁸ MAYORGA, Fernando. *Estado plurinacional e democracia intercultural na Bolívia*.

representativa, revela-se mais como a consagração hegemônica da identidade cultural normal.¹⁰⁹

Podemos afirmar, então, que o caso brasileiro é de multiculturalismo de tipo misto ou complexo (“poliético/multinacional”). Isso porque há, na raiz do processo colonial, a presença lusitana com imposição de determinados padrões comportamentais, em confronto com as nações autóctones que aqui habitavam. Num segundo momento, inaugurado já nos primeiros anos após a invenção do Brasil, incorporou-se um contingente africano escravizado, tardiamente liberto e, inadvertidamente, não alçado à posse dos bens sociais, e que permaneceu alijado em grupamentos suburbanos com código de valores particular. Já na transição entre os séculos XIX e XX, o contingente populacional foi severamente marcado pela introdução de migrantes europeus (italianos, portugueses e espanhóis, principalmente) e asiáticos.

Esse modelo de multiculturalismo interfere, inevitavelmente, no conceito de cultura de que nos apropriamos para o presente trabalho, determinando sua ampliação como necessária correção metodológica, sob pena de indesculpável defasagem na análise substancial do objeto de pesquisa. As conclusões de Renato Silveira sobre o multiculturalismo brasileiro reforçam a necessidade de verticalização dessa abordagem:

Many interpretations of multiculturalism in Criminal Law are possible. As a matter of fact, Brazil is strongly resistant to overcoming the legal positivism for such acceptance, but there is a presence of this being perceived in this regard, especially in the legislative arena.

Some specific situations of cultural or folkloric nature, including in defense to certain Indian practices, however, have made the Judicial Power reflect on the ideal application of Criminal Law. Different forms of hermeneutic application have been applied in this regard, in a true search for a historical legitimacy of certain social risks. Certainly there is difficulty on the part of some judges in working with institutes that breach the premise of general rule of the specific Law. However, in the search for a better Justice, this breach has been more frequent.

In the past years, legal exceptions regarding culture and social peculiarities gained relevance up until then unknown. Even considering Brazil as a country marked by reforms and transformations, it is necessary to gain flexibility for a wider system, always in the search for a greater and more serene Justice.

Society, increasingly global, has been giving signs of tolerance to diversification and to “the other”. This does not mean that the hegemonic culture may simply tolerate minorities, but that, in a world of differences, everyone has his/her rights. And, in this regard, the discussions of hermeneutic formulas for the resolution of conflicts of cultural order are applied in Brazil, excluding those of typicality – of social adequateness to the

¹⁰⁹ Sobre as relações entre pluralismo, multiculturalismo e direito penal: BALDINI, Vincenzo (org.). *Multiculturalismo*; PAROLARI, Paola. *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*.

objective imputation – undergoing by all considerations on the cultural error, including causes of non-verification of culpability.¹¹⁰

Por conseguinte, e em constante ponderação com a percepção multicultural dos fenômenos, não se olvida a noção primeira do Direito Penal vocacionado ao provincialismo, ou seja, o Direito Penal é um direito local por excelência. É concebido para valer numa específica referência espacial geográfica. A disciplina penal varia, por isso, significativamente de país para país, com maior ou menor intensidade de acordo com o tema de que se trata. Um exemplo clássico é a idade fixada como lícita para relações sexuais com menores. Essas diferenças são estabelecidas localmente, quase sempre influenciadas por critérios culturais, mas sempre se vinculando à eficácia em determinado território.

É comum, pois, a variação da tipologia dos delitos de acordo com as variantes territoriais. Porém, como adverte Fabio Basile, o Direito Penal não é culturalmente neutro.¹¹¹ Há um núcleo comum em que se sobrepõem normas culturais e normas penais. E nessa zona de contraposição há vários conceitos normativos cujo referencial valorativo se compreende a partir de determinada concepção cultural. E esses conceitos normativos frequentemente integram a tipicidade, como elementos normativos do tipo.

Deve-se considerar, aqui, a advertência de Silva Dias:

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.¹¹²

A mesma preocupação é apresentada por Alison Renteln:

When individuals commit culturally motivated acts that clash with the law, they may ask courts to consider the cultural imperatives that inspired the actions in question. When they advance arguments of this sort, they usually wish to introduce expert testimony into court to underscore the validity of their claims. Unfortunately, judges are often disinclined to allow the presentation of such evidence and exclude it as “irrelevant.” Their refusal to permit cultural evidence is unfortunate because it can result in a miscarriage of justice. My view is that the cultural defense should be established as official public policy as long as safeguards are put in place to prevent its misuse.

¹¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Multiculturalism and criminal law: the brazilian case*.

¹¹¹ BASILE, Fabio. *Il diritto penale nella società multiculturale*. (Comunicação oral)

¹¹² SILVA DIAS, Augusto. *A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural*, p. 101.

[...] The premise of the cultural defense argument is that culture exerts a strong influence on individuals, predisposing them to act in ways consistent with their upbringing. The theoretical basis for a cultural defense hinges on the idea that individuals will think and act in accordance with patterns of culture.¹¹³

Este raciocínio se aplica inclusive em relação à própria dimensão que se tem dos “atos sexuais”. A compreensão do que é sexualmente relevante em matéria penal não pode prescindir da referencia dos costumes e da representação que se tem do comportamento sexual num determinado momento histórico.

Assim, crimes contra a liberdade ou contra a dignidade sexual podem ser invariavelmente inseridos no elenco de crimes culturalmente motivados, de que nos ocupamos neste trabalho.

3.1.1 Multiculturalismo: tolerância e reconhecimento das minorias identitárias

Radica no princípio da territorialidade a afirmação do Direito Penal como expressão de “localismo”. Nesse sentido, um Direito Penal local é reflexo de uma determinada cultura, pretensamente unívoca ou homogênea. Num segundo momento, afirma-se com proeminência a tese de que o Direito Penal não deve atrelar-se, em sua fundamentação, a componentes de caráter culturalista, ou seja, os valores que informam a ordem jurídico-penal se sustentam a partir de legislação democrática que se apoiaria numa tendencial sobreposição à rediscussão da pauta cultural. Silva Sánchez, nesse aspecto, defende que a supranacionalidade das ciências penais, no plano dogmático e na política criminal, não se deve confundir com supraculturalidade, muito embora reconheça que a dogmática, em sua representação mais generalizada, não se reduz a espaços lógicos estruturais, mas engloba questões de conteúdo das quais é impossível excluir a valoração ou, em todo caso, sua vinculação com uma determinada visão de mundo.¹¹⁴

O grau de aceitação das diferenciações identitárias, outrossim, será variável de acordo com a postura que o arcabouço constitucional comportar, como adverte Alison Renteln:

In liberal democratic systems, governments generally allow individuals to follow their own conceptions of the good life. Governments are not supposed to legislate morality; even if individuals choose ways of life that seem ill advised, it is not considered appropriate for the state to exercise its power to intervene. Choice is a supreme value guaranteed in systems of this kind. When, however, choices are made that appear to challenge other core values,

¹¹³ RENTELN, Alison Dundes. *The use and abuse of the cultural defense*, p. 47-48.

¹¹⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal*, p. 26.

the government is faced with a dilemma. The question then becomes: how much intolerance should be tolerated? What are the limits of tolerance? Because they fear the consequences of intolerance, many theorists underscore the importance of protecting minorities within minorities. Frequently, this means protecting women and children from seemingly oppressive traditions, sometimes by arguing for a right of exit from their cultural communities. Tolerance, as a concept, is somewhat unappealing, however, because it is predicated on the notion that those who are tolerating are having to put up with things they do not like. The word has distinctly pejorative connotations. Nevertheless, it stands to reason that liberal democracies, if they are true to their own principles, should tolerate a great deal. The notion that tolerance is a corollary of liberty is often expressed under the rubric of cultural rights. This formulation means that, in general, ethnic minorities have a right to follow their traditions.¹¹⁵

Necessário ampliar, aqui, o estudo do dogma do direito penal como direito local (localismo como expressão soberana da territorialidade). Advoga-se, noutra vertente, a ampliação dos espaços normativos de incorporação da diversidade, no plano cultural, para projeção jurídica do pluralismo. Na perspectiva de uma hermenêutica intercultural possível, o magistério de Eleonora Gola:

Il pluralismo giuridico è una delle sfide più impegnative che le società multiculturali si trovano a dover affrontare. La complessità di tale fenomeno coinvolge una molteplicità di fattori che richiedono di essere tenuti in debita considerazione nel momento in cui i pubblici poteri si accingono a farvi fronte. Le tensioni sociali che si agitano nella realtà multiculturale conducono a scontri difficili da dirimere; ad essi spesso le società multiculturali rispondono attingendo agli strumenti propri del diritto penale. È necessario che il diritto, come accade nelle delicate questioni attinenti al campo della bioetica, abbandoni quell'aura di purezza che lo caratterizza per sapersi confondere con la realtà, combinandosi con altre discipline e fornendo risposte che siano il frutto di un dialogo tra esse; se l'apporto dell'antropologia e della sociologia si rivela necessario nella predisposizione di strumenti giuridici efficaci, imprescindibile è l'apporto della giurisprudenza e della medicina per l'attenzione all'individualità dei soggetti che caratterizza il loro operato. Spesso si dimentica che al di là del contesto in cui è inserito l'individuo, uomo o donna, appartenente o meno a una minoranza culturale, immigrato o autoctono, è una persona, difficilmente imbrigliabile in categorie standardizzate.[...]

Il diritto penale nel contesto di una società multiculturale richiede un'opera di reinterpretazione dei suoi stessi istituti; i reati culturalmente motivati creano tensioni nella tradizionale dottrina penalistica, in particolare sul piano dell'elemento soggettivo del reato. Rilevante anche la discrasia che spesso si viene a creare sul piano della pratica del diritto: il giudice, nella valutazione del caso concreto, potrà giungere a conclusioni che collidono con l'intento della norma voluta del legislatore. [...]

Questi due elementi, il passaggio da una politica di criminalizzazione ad una di prevenzione e il margine di libertà dell'organo giudicante nell'affrontare questioni eticamente e culturalmente sensibili, sono, a nostro avviso,

¹¹⁵ RENTELN, Alison Dundes. *The cultural defense*, p. 211-212.

essenziali per un corretto uso del diritto penale in una società multiculturale. [...] Concludendo, le tensioni che si vengono a creare nella pratica dei diritti all'interno di una società multiculturale possono risolversi senza sfociare in conflitti; è auspicabile una rivitalizzazione in senso antipaternalista e multiculturale del diritto, che si mostri aperto alla convivenza tra le diverse culture. Come afferma Alessandra Facchi, le ambizioni universalistiche, per essere compatibili con il pluralismo culturale, devono realizzarsi attraverso il dialogo interculturale: (5) [...] per affrontare istituti e pratiche discriminatorie è necessario individuare percorsi interni alle culture, evitando imposizioni dall'alto che spesso conducono ad effetti contrari a quelli auspicati, relegando le minoranze in condizioni di maggiore isolamento che le indurrà a perpetrare clandestinamente i comportamenti proibiti. Nei confronti della diversità culturale "non è ammissibile né il paternalismo né l'indulgenza, ma la critica rispettosa" (6) delle pratiche seguite da un gruppo minoritario che si pongono in collisione con i principi e i valori promossi dalla cultura maggioritaria. Un approccio multiculturale al pluralismo normativo deve mostrarsi attento e sensibile, nella pratica del diritto, alle minoranze etniche presenti all'interno della società; la cultura giuridica deve sapersi mettere in gioco di fronte alla complessità del tessuto sociale impregnato di culture, religioni e tradizioni altre alimentate dagli inarrestabili flussi migratori, lasciando spazio a un atteggiamento non ostile al dialogo interculturale e rispettoso delle diversità. Ciò implica adottare soluzioni normative non meramente repressive che sfocino inevitabilmente in un conflitto senza via d'uscita tra le norme poste in essere dall'ordinamento giuridico vigente e quelle ritenute vincolanti all'interno di una data minoranza culturale, accettando soluzioni graduali e progressive che rappresentino quella ricercata armonia cui possono dar vita istanze dissonanti.¹¹⁶

A tolerância à diferença, por outro lado, incorporada como argumento absoluto, pode conduzir ao aniquilamento de direitos fundamentais/elementares e, pois, da própria dignidade humana, com grave sacrifício de bens personalíssimos impostos a sujeitos que se encontram em contextos culturais onde, internamente, não lhes é possível alternativa autônoma.

3.1.2 Assimilacionismo: intolerância e integração de sujeitos culturalmente diversos

Clifford Geertz aponta como a característica fundamental da humanidade o fato de que somos, todos, diferentes.¹¹⁷ Ser diferente é um direito fundamental reconhecido por diversas fontes normativas. Porém, para que seja efetivo, devemos procurar compreender quais são suas condicionantes e implicações, do ponto de vista dos limites de sua tutela. Nesse sentido, como lembra Paola Parolari, é necessário não perder de vista o contexto em que os estados constitucionais são chamados a conferir concretude e proteção efetiva ao *direito à diversidade cultural*.¹¹⁸

¹¹⁶ GOLA, Eleonora Ghizzi. *Multiculturalismo e diritti delle donne*.

¹¹⁷ GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*, p. 67.

¹¹⁸ PAROLARI, Paola. *Culture, diritto, diritti*, p. XI.

A principal objeção que se apresenta aos crimes culturalmente motivados é a que demanda a plena e incondicionada vigência aos direitos humanos. A essência do Direito Penal está radicada na tutela de valores e garantias fundamentais, em cujo âmbito se incluem os direitos básicos da pessoa. Há contingências que interferem na eleição de determinados bens jurídicos e na maneira como se explicitam a relevância social e a justificação moral de determinados comportamentos que afetam os bens jurídicos guarnecidos pela tutela penal.

Portanto, pode-se objetar a relevância do fator cultural na apreciação da conduta com os argumentos da democracia representativa, expressão da própria soberania local, e da universalidade dos direitos humanos. Já do ponto de vista da filosofia do direito, deve-se indagar: por que obedecer à norma jurídico-penal? Como argumenta De La Fuente, a resposta a esta indagação está vinculada, em parte, aos critérios de justificação das decisões públicas e, portanto, da própria legitimidade da justiça.¹¹⁹

Sendo assim, os crimes culturalmente motivados radicam na discussão sobre o alcance da incriminação e sobre os métodos de fundamentação das decisões judiciais em matéria criminal. Sobretudo em torno dos valores a serem sopesados na interpretação da lei penal. Haveria espaços diversos de argumentação, pautados no respeito ao direito positivo (argumento democrático), na transgressão de um direito natural (argumento jusnaturalista), desrespeito à moral social (moralismo jurídico) ou, finalmente, por uma questão de contrariedade a um direito humano fundamental (argumento de universalidade).¹²⁰

É claro que, do ponto de vista da representatividade democrática, o estabelecimento do rol de crimes (e, com ele, o rol de justificantes) é tarefa que compete ao parlamento como vetor de uma determinada opção de política criminal. Com isso, reconhece-se ao legislativo um amplo poder de decisão acerca de múltiplas exigências de tutela, influenciadas por várias concepções ideológicas que refletem um relativo consenso em torno dos valores culturais inclusive.

O argumento humanitário como obstáculo à aferição concreta do aporte cultural sobre o comportamento, a seu turno, engloba as características de universalidade, definitividade e inalienabilidade. Isso implica, como lembra De La Fuente, um “esfuerzo de justificación metaética que puede recibir una crítica sobre el mecanismo de abstracción de las circunstancias contextuales”.¹²¹ Nessa mesma dimensão se podem apresentar as objeções de matriz ideológica feminista, de que nos ocuparemos mais adiante.

¹¹⁹ DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Delitos culturalmente motivados*, p. 67.

¹²⁰ TAVARES, Sandra. *Multiculturalismo* (Comunicação Oral).

¹²¹ DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Idem. Ibidem*.

De plano, a ideia do universalismo dos direitos humanos, tal qual o concebemos na concretização dos diplomas internacionais que se sedimentaram sobre a matéria, sempre trará consigo o contraponto do etnocentrismo, dada sua origem ou invocação a partir de uma inevitável visão de mundo ocidental e cristã. Sempre haverá, neste senso, uma discussão sobre a legitimidade de interpretações jurídico-penais que prescindam da contextualização cultural, sob pena de se incorrer num juízo amoral, “apolítico” e, como resultado, *a-jurídico*, num espectro plural e globalizante. Há, no assimilacionismo, uma certa e declarada dose de intolerância a um modelo de vida culturalmente divergente, que é confrontado no contexto territorial e, portanto, vinculado à soberania local, com as regras que se afirmam pela representatividade democrática.

O desafio, no plano hermenêutico, é revalidar o argumento pragmático e também a interpretação intercultural sobre a universalidade dos direitos humanos. Do ponto de vista da pragmática, aduz-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que remonta ao final da década de 1940, está já consolidada com adesão de um grande número de Governos, com representações geográficas, sistema políticos e, portanto, manifestações culturais das mais variadas do globo.¹²² Há, pois, um consenso global histórico que legitimaria o universalismo praticamente absoluto dos direitos humanos, positivados em um compromisso internacional de validez intercultural global: uma expressão de “direito natural positivado”.

Ainda que se oponha à defesa cultural a universalidade dos direitos humanos, poder-se-ia falar numa interpretação intercultural dos direitos humanos (entre as diversas culturas), o que implicaria uma via de relativização de determinados preceitos básicos, como a vida, a liberdade ou a segurança das pessoas, em favor de determinadas tradições rituais ou culturais de uma maneira geral.

Os espaços discursivos feministas são, de início, antagônicos à lógica da defesa cultural, em matéria penal, aplicada aos crimes sexuais violentos, na medida em que se conferiria ao multiculturalismo uma dimensão histórica autoritária, por sobreposição a garantias básicas como a segurança jurídica e igualdade de todos perante a lei, o que poderia repercutir inclusive em posturas comunitárias xenofóbicas. Haveria, ainda, um senso de nacionalidade que reclamaria uma progressiva homogeneização dos valores, gradativamente incorporados nas relações que se estabelecem entre pessoas de referências culturais diversas.

¹²² DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Delitos culturalmente motivados*, p. 68.

Um dos predicados fundantes do Estado de Direito é a segurança jurídica. A publicidade e clareza dos tipos de delito conferem aos concidadãos uma expectativa de que comportamentos proibidos serão sancionados. Há um certo nível de legitimidade jurídica intrínseca nessa tutela estatal, em cujo ambiente a lei deve ser a mesma para todos, como expressão de determinados valores, inclusive culturais, compartilhados pela comunidade num determinado núcleo que os sintetiza na expressão da própria democracia. O Direito Penal, nessa visão típica do centralismo jurídico em que radica nossa tradição, é um conjunto de normas que aspira à uniformidade. Não há um mal em si, expresso no crime, mas um mal proibido, expresso na norma. Admitirem-se delitos culturalmente motivados implicaria desequilibrar a certeza sobre a própria eficácia jurídica do ordenamento, criando-se um direito de exceção para estrangeiros ou minorias fora das compreensões excepcionadas pelas próprias referências legais e constitucionais.

Não se poderia “culpabilizar” quem adquiriu escravos no Brasil, no tempo da escravidão negra, porque isso era expressão da própria concepção de mundo naquele momento histórico. Dessa forma, como explica De La Fuente, as culturas estabeleceriam os “horizontes de significación” que permitem orientar-se moralmente aos indivíduos, que não deveriam, portanto, ser julgados pelos horizontes de significação de outra cultura.¹²³ Existe outra objeção importante ao pluralismo jurídico como decorrência do multiculturalismo, radicada na falibilidade do determinismo cultural. Com efeito, essa vertente induz que os valores e crenças de uma cultura determinam o comportamento de seus integrantes, de tal forma que não poderiam ser responsabilizados nem sancionados por ações correspondentes a esses valores. Porém, esse argumento de determinismo cultural sucumbiria frente a autonomia e a liberdade individual, capazes de transcender os marcos culturais e adaptar-se a novos. Logo, desde já se percebe que, no tema dos delitos culturalmente motivados, deve-se sempre confrontar o nível ou grau de “compulsoriedade” ou vinculação que determinado modelo de comportamento imprime na ação individual concreta, como expressão dessa mesma cultura original a que se encontra ligado. Haveria, assim, uma margem para se indagar sobre a “aptidão” concreta do indivíduo para resistir a um determinado esquema cultural, em relação a marcos de razoabilidade próprios da compreensão dos direitos e liberdades fundamentais. Esses fatores propiciariam a análise do grau de adesão e vinculação, em termos compulsórios de uma pessoa a uma norma cultural determinada, confrontada com uma incriminação, expressão de outros valores culturais. Haveria limitações importantes ao reconhecimento do

¹²³ DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Delitos culturalmente motivados*, p. 76.

pluralismo cultural, que, em termos locais e territoriais, consagraria uma perspectiva de assimilação de valores culturais próprios e hegemônicos do local onde a pessoa escolhe viver e estabelecer seus laços sociais, ainda que por contingências de sobrevivência ou realização de atividades de trabalho.

De toda sorte, uma postura assimilacionista, radicada na intolerância à diversidade, poderia conduzir a posicionamentos nacionalistas artificiais e/ou radicais, aniquilando o respeito ao pluralismo cultural, com sacrifício ao direito à própria cultura – ou, em última escala, ao próprio pluralismo.

Parece-nos interessante, então, no confronto dual entre multiculturalismo e assimilacionismo, reproduzir a percepção de Eleonora Gola sobre a tendência conciliatória do constitucionalismo italiano:

Nel novembre 2008 la Cassazione penale ha valutato il ricorso di un cittadino straniero, condannato dal Tribunale di Torino (con sentenza confermata dalla Corte di Appello di Torino) per il reato di maltrattamenti in famiglia, sequestro di persona e violenza sessuale in danno della moglie e violazione degli obblighi di assistenza familiare; il ricorrente lamentava che il giudice della condanna avesse "applicato schemi valutativi tipici della cultura occidentale [...] senza pesare, nella condotta del reo, la diversità culturale e religiosa che ha improntato le azioni da lui compiute e ritenute illecite". La sentenza, che rigetta il ricorso, tratta ampiamente del fenomeno dei reati culturali, con note di diritto comparato per prendere coscienza del delicato e inedito ruolo del giudice in tali ambiti. Prendendo le distanze sia da un approccio assimilazionista "alla francese", che persegue l'inserimento dello straniero nel tessuto nazionale controbilanciato da una sostanziale rinuncia al suo bagaglio culturale, sia da quello multiculturalista "all'inglese", che prospetta una società costituita da identità culturali molteplici con eguale diritto di riconoscimento, l'Italia si posiziona su un piano intermedio, talvolta considerando la specificità culturale della persona straniera immigrata meritevole di maggior tutela (venendo configurata come circostanza aggravante la "finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso"), talvolta reprimendo penalmente una determinata condotta culturalmente orientata poiché in contrasto con i principi cardine dell'ordinamento italiano. [...]. Secondo la Cassazione, tipizzando la condotta e gli altri elementi del reato, in particolare l'elemento soggettivo, il legislatore scavalca la valutazione del giudice circa la sussistenza del dolo. Se questo venisse meno, sull'assunto che la condotta non era finalizzata a ledere il bene giuridico protetto, la norma si svuoterebbe del suo senso. Il giudice, laddove il legislatore ha ritenuto inevitabile criminalizzare una data condotta pur consapevole del fatto che essa venga posta in essere non con l'intenzione di ledere un bene giuridico, ha un ampio margine di discrezionalità limitato nella valutazione dell'elemento soggettivo del reato: non potrà escludere il dolo sull'assunto che l'imputato ha agito in osservanza di un dettame culturale poiché la ponderazione operata dal legislatore nel bilanciamento degli interessi ha ritenuto superiore, nel rispetto dei principi cardine che stanno alla

base dell'ordinamento giuridico italiano, l'integrità del bene giuridico leso dalla condotta culturalmente orientata.¹²⁴

Se no panorama continental central, no âmago de comunidades relativamente homogêneas, a matéria é problemática, no contexto latino-americano a compreensão do fenômeno multicultural revela-se ainda mais tormentosa.

3.2 Peculiaridades do multiculturalismo brasileiro

A doutrina penalística italiana, ao se dedicar ao estudo dos crimes culturalmente motivados, apoia-se invariavelmente num ponto de partida fluido; pressupõe a Itália como uma sociedade “cada vez mais” multicultural, como decorrência da recente intensificação dos fluxos migratórios espontâneos ou por refugiados originários da Arábia e da África. Ou seja, o conceito prévio se baseia na crença de que os imigrantes estão transformando a sociedade italiana numa sociedade multicultural. Essa concepção é relativamente artificial e limitada. Ela se baseia na ausência de questionamento das raízes culturais do Direito e, especialmente, numa compreensão mítica e romântica, fundada no nacionalismo e na unidade cultural italiana; mais problemática, por certo, se comparada ao mesmo pressuposto referido, incorporado também na doutrina portuguesa, em atenção à sua própria realidade, certamente mais homóloga, no caso lusitano, do ponto de vista consuetudinário.

A unidade cultural, do ponto de vista sócio-jurídico, é, paradoxalmente, uma construção cultural própria do pensamento moderno sobre o Estado Nacional. É uma convenção, é uma concepção contratualista em maior ou menor medida. A teoria do Direito relegou o aspecto cultural a um papel secundário como decorrência da necessidade convencional de afirmação da própria dimensão jurídica do Estado. Mas se se pretender resgatar, seriamente, o arcabouço cultural para o espaço que lhe pertence na teoria do conhecimento (inclusive jurídico) e na teoria da sociedade, deve-se romper ou criticar o dogma da unidade cultural, colocando-o seriamente à prova (no mínimo para enfrentar as realidades culturais divergentes, expressas por minorias étnicas e contingenciais, como os povos ciganos v. g.).

De outro norte, pode-se discutir também, já agora com foco na “sociedade brasileira”, até que ponto existe uma “cultura brasileira”, pautando-se nas mesmas bases de discussão que resultam da indagação sobre representar, a nossa sociedade, desde sempre uma sociedade multicultural. Restaria, num segundo plano, questionar os limites do

¹²⁴ GOLLA, Eleonora Ghizzi. *Multiculturalismo e diritti delle donne*.

reconhecimento jurídico-constitucional da multiplicidade como decorrência da diversidade intrínseca à sua própria conformação – antropológica, sociológica e política.¹²⁵

Temos uma população indígena (multi)diferenciada inclusive na perspectiva dos povos autóctones do continente americano vislumbrado em seu conjunto. Seu *status* jurídico-constitucional de cidadania é peculiar, e muitas são ainda as dúvidas sobre os limites da autotutela dessas comunidades, o que implicaria um sistema jurídico plural, em compasso com o pluralismo cultural, característico do culturalismo multinacional.

Luís Brodt nos lembra que o Código Penal, mesmo com a reforma de 1984, não fez referência expressa ao modelo de responsabilização dos indígenas:

Na exposição de motivos do Código Penal de 1940, dizia o Ministro *Francisco Campos* que prevalecera na comissão encarregada de sua elaboração o entendimento de que a expressão “desenvolvimento mental incompleto” dispensava alusão expressa aos [...] silvícolas inadaptados, “pois o termo *mental* é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral”. Considera-se, ainda hoje, na doutrina e na jurisprudência nacional, que, de acordo com o maior ou menor grau de aculturação, deve-se dispensar ao silvícola (ainda não completamente adaptado) o tratamento reservado aos inimputáveis ou semi-imputáveis, por “desenvolvimento mental incompleto”.

Já que não se pode, no caso dos silvícolas, falar-se, propriamente, num verdadeiro “desenvolvimento mental incompleto”, entendemos que melhor seria tratar os casos de crimes por eles cometidos, em consequência da diversidade de seus costumes e valores, no âmbito do erro de proibição.¹²⁶

A questão penal deve ser debatida oportunamente. Por ora, serve o registro de que, ainda hoje, as hipóteses que ensejam a *cultural defense* são tratadas na perspectiva da culpabilidade, comumente na disciplina analítica do conhecimento da proibição, ou no pressuposto biopsicológico da imputabilidade. Com efeito, continua válido, em certa medida, o raciocínio apresentado pelo Professor Brodt em sua consagrada dissertação de 1996, a respeito do modo de vida e da situação jurídico-penal do índio brasileiro:

[...] quando este se encontra em vias de adaptação, isso [suas ideias, seus instintos, sua concepção de vida, sua norma habitual de conduta] não é suficiente para considerá-lo inimputável ou semi-imputável, porém basta para, por vezes, criar no agente uma falsa convicção sobre a ilicitude. Pois os costumes e os hábitos que praticam, baseados em normas de cultura próprias, podem impedir ou fazer desaparecer o conhecimento da valoração que a ordem jurídica faz a respeito de determinada conduta.

¹²⁵ Sobre os traços peculiares do multiculturalismo brasileiro, embora sem preocupação classificatória, e sua relação com o sistema jurídico-penal: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Multiculturalism and criminal law: the brazilian case*.

¹²⁶ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*, p. 72-73.

Assim, por exemplo, o comportamento sexual mais liberal que entre eles se costuma verificar pode impedir que (*in concreto*) o agente compreenda a ilicitude de condutas tipificadas como crime de estupro ficto (art. 213, parágrafo único, do CP) e de sedução (art. 217 do CP). Já a tradição imemorial pode motivar um erro sobre a ilicitude em relação ao crime de curandeirismo (art. 284 do CP) nos indivíduos que, nas tribos, dedicam-se à cura e ao tratamento dos demais.¹²⁷

Pode haver, de fato, desconhecimento ou deficiência de motivação em função do ilícito penal, de acordo com o grau de imposição dos valores culturais hegemônicos em detrimento de sua forma de vida original. Mesmo na Itália, Fabio Basile destaca que, para numerosos casos de crimes culturalmente motivados, quando a “*motivazione culturale*” diz respeito à possibilidade de conhecer a norma penal violada, o instituto da ignorância inevitável da proibição se mostra capaz de oferecer uma adequada e correta explicação jurídica.¹²⁸ Fala-se, ainda, no contexto latino-americano, de *erro de compreensão culturalmente condicionado*, quando se pretende fornecer solução para crimes culturalmente motivados praticados por indígenas.¹²⁹

Mas neste trabalho pretendemos sobrelevar outro aspecto, a este conexo, como inexoravelmente vinculadas de fato são, ilicitude e conhecimento da ilicitude. Cuidamos do direito de viver de acordo com a própria matriz cultural¹³⁰, e dos reflexos jurídicos advindos do reconhecimento constitucional dessa pluralidade cultural. Então, o âmbito em que se insere prescinde a análise do conhecimento do ilícito numa etapa analítico-argumentativa que lhe antecede, vale dizer, na extensão da zona do ilícito.

Paulo Queiroz salienta que a tendência atual é reconhecer-se, em prejuízo do direito oficial, a autonomia e a validade do direito penal indígena¹³¹, isto é, o direito traduzido nos usos, costumes e tradições dos povos indígenas, com respaldo constitucional expresso no art. 231 da Constituição de 1988: “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que

¹²⁷ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*, p. 73.

¹²⁸ BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, p. 404-405.

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*, p.763.

¹³⁰ O modelo multicultural colombiano oferece-nos emblemático exemplo de pluralismo jurídico, reconhecendo-se já a tendência da jurisdição constitucional em consagrar a autonomia jurídica (direito de autodeterminação) dos povos indígenas, inclusive com refinada hermenêutica multiculturalista. Veja-se, a respeito, decisão em que convalidou julgamento realizado no interior da própria comunidade étnica, cassando-se sentença condenatória pelos crimes de sequestro e lesões agravadas, disponível em: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/06/Fallo.pdf>.

¹³¹ Sobre o tema, com ênfase no fator cultural e formas de incapacidade penal de minorias culturais, v. BERNARDI, Alessandro. *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, p. 67-72.

tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”¹³²

Em posicionamento interessante, defende que a imunidade em relação à jurisdição penal oficial implica a atipicidade dos fatos praticados, ainda que coincidentes com os modelos de conduta que o Código Penal prevê:

[...] a responsabilidade penal do índio pressupõe o cometimento de infração penal (crime ou contravenção) com todos os seus elementos constitutivos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Trata-se, porém, de um processo de imputação (objetiva e subjetiva) que, além de considerar a singularidade da cultura indígena, terá de levar em conta a especificidade do tratamento constitucional e legal, notadamente o estatuto do índio.

Justamente por isso, não há, em princípio, fato típico quando o agente pratica conduta de acordo com suas tradições, costumes e crenças. Assim, por exemplo, não existe estupro de vulnerável (CP, art. 217-A) no âmbito de certas comunidades indígenas onde o acasalamento ocorre antes de 14 anos de idade. Cuida-se de fato atípico. [...]

A atipicidade decorre da circunstância de o índio não poder figurar como sujeito ativo/passivo desses delitos, por força do tratamento jurídico especial que lhe é dado. Mas outras soluções dogmáticas são igualmente admissíveis: ausência de dolo etc. [...]

O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para a verificação da ilicitude e da culpabilidade, as quais, além de exigirem a presença de todos os pressupostos e requisitos legais, devem ser valoradas de acordo com as peculiaridades da cultura indígena.¹³³

Percebe-se que o Professor da Universidade de Brasília concentra suas atenções menos nas repercussões do pluralismo jurídico na teoria do delito, mais no problema central da sujeição ao regime jurídico-penal hegemônico, próprio do constitucionalismo. De toda sorte, não lhe escapa a percepção do essencial:

Naturalmente que essa relação entre proteção de direitos fundamentais e respeito à diversidade étnica e cultural – a refletir diretamente sobre a definição social e legal de crime – é das mais tensas e problemáticas, razão pela qual suscitará, frequentemente, questões de constitucionalidade. Basta lembrar que a prática do infanticídio ou homicídio [...], motivado pelas mais diversas razões (deficiência física ou mental, gêmeo, filho de mãe solteira etc.), tem sido registrada em diversas etnias. [...]

No entanto, ao contrário do que pretende a doutrina, a imputabilidade penal do índio não depende do grau de integração à cultura dominante. Como escrevem Ela Wiecko de Castilho e Paula Bajer Costa, “no paradigma da plurietnicidade o grau maior de integração do indígena à sociedade nacional não o descaracteriza como indígena, tampouco exclui a imputabilidade penal”.¹³⁴

¹³² QUEIROZ, Paulo. *Jurisdição penal indígena*.

¹³³ QUEIROZ, Paulo. *Jurisdição penal indígena*.

¹³⁴ QUEIROZ, Paulo. *Ob. cit.*

Das questões próprias da teoria do delito, especialmente da ilicitude penal, cuidaremos mais adiante.

Por agora, volvemos à constatação de que o Brasil que conhecemos ou construímos foi inventado pelos portugueses há meio milênio. O nosso Direito, portanto, é um dos produtos deste processo histórico de invasão, exploração e domínio cultural. O Brasil é um país mestiço, dir-se-á! Seguiram-se fluxos migratórios problemáticos, com maior ou menor confinamento populacional em determinados territórios. Gente de toda parte do mundo.

A esse primeiro prisma identitário, confluência do encontro entre povos autóctones, invasores e migrantes, somou-se a tormentosa, violenta e não resolvida incorporação da matriz africana escravizada, cujo projeto abolicionista não logrou reconhecer as necessárias reparações a um gigantesco contingente populacional, formalmente emancipado, mas ainda não reconhecido, à integralidade, na institucionalização da cidadania. Sobre os problemas não resolvidos da identidade cultural dos negros do Brasil, com foco na religião, discorre :

Devemos lembrar-nos que as religiões afrobrasileiras são religiões que aceitam o mundo como ele é. Este mundo é considerado o lugar onde todas as realizações pessoais são moralmente desejáveis e possíveis. O bom seguidor das religiões dos orixás deve fazer todo o possível para que seus desejos se realizem, pois é através da realização humana que os deuses ficam mais fortes e podem assim mais nos ajudar. Esse empenho em ser feliz não pode enfraquecer-se diante de nenhuma barreira, mesmo que a felicidade implique o infortúnio do outro. De outro lado, o código de moralidade dessas religiões, se é que é possível usar aqui a idéia de moralidade, estabelece uma relação de lealdade e reciprocidade entre o fiel e suas entidades divinas ou espirituais, nunca entre os homens como comunidade solidária. (Prandi, 1991) Na própria constituição dessas religiões no Brasil, o culto dos ancestrais (egunguns) como a dimensão religiosa controladora da moralidade, tal como na África de então e sobretudo nas regiões de cultura iorubá, foi, em grande parte, perdido, primeiro porque a moralidade no mundo escravista estava sob o controle estrito do mundo do branco, com sua religião católica, esta sim a grande fonte de orientação do comportamento; segundo porque a escravidão desagregava a família e destruía as referências clânicas e tribais, essenciais no culto do ancestral egungun. Vingou, das religiões negras originárias, o culto dos orixás (e voduns e inquices, estes diluídos e substituídos pelos orixás), centrado na pessoa e na idéia já contemporânea de reforçamento da individualidade através do sacrifício iniciático, no candomblé, e depois pela troca clientelística, na umbanda. De fato, as religiões afro-brasileiras espelham muito as condições históricas de sua formação: religiões de subalternos (primeiro os escravos, depois os negros livres marginalizados, mais tarde os pobres urbanos), que se formam também como religiões subalternas, isto é, no mínimo, religiões tributárias do catolicismo, que até hoje, em grande medida, aparece como a religião que dá identidade ao seguidores dos cultos afro-brasileiros. Quando as religiões dos orixás e voduns eram religiões de grupos

negros isolados (mais ou menos até quarenta ou cinquenta anos atrás), o catolicismo-além de ser a face voltada para o mundo branco exterior, dominante e ameaçador, era ainda o elemento que, tendo o sincretismo como instrumento operador, rompia com esse isolamento sócio-cultural para fazer de todos, mais que negros, participantes de uma identidade nacional: ser brasileiro. Mais tarde, quando as religiões afro-brasileiras romperam com as barreiras de cor, geografia e origem, produzindo-se suas novas modalidades de caráter universalizado, agora religiões para todos, independente de cor e geografia (Prandi, 1991), ainda que esse "todos" refira-se majoritariamente aos pobres, a persistência do sincretismo católico passou a indicar uma dependência estrutural dessas religiões para com as fontes axiológicas mais gerais referidas à sociedade brasileira. Ainda é o catolicismo que diz o que é certo e o que é errado quando se trata de pensar a relação com o outro. Quando se busca, contudo, romper momentaneamente com o código do que é certo e errado, as religiões afro-brasileiras não têm objeção a apresentar, desde que se preservem as prerrogativas das divindades. Mas a ruptura só pode ser momentânea e em casos particulares, mesmo porque qualquer ruptura definitiva acarretaria uma separação não somente no âmbito da religião, como no domínio mais geral da vida em sociedade.

[...]Mas se, formalmente, a umbanda separou o mundo dos "demônios", ela nunca pôde dispor deles nem trata-los como entidades das quais só nos cabe manter o maior afastamento possível, sob pena de perdição e danação eterna. Porque a umbanda nunca se cristianizou, ao contrário do que pode fazer entender a idéia de sincretismo religioso: ela reconhece o mal como um elemento constitutivo da natureza humana e o descaracteriza como mal, criando todas as possibilidades rituais para sua manipulação a favor dos homens.

Por tudo isso, diz-se que as religiões afrobrasileiras são religiões de liberação da personalidade, pois não faz parte nem de seu ideário nem de suas práticas rituais o acobertamento e o aniquilamento das paixões humanas de toda natureza, por mais recônditas que elas sejam. Isso é exatamente o oposto do que pregam e praticam as religiões pentecostais, que são o grande antagonista do candomblé e da umbanda nos dias de hoje, aponto de declararem a estas uma espécie de guerra santa que pervade, com intransigência e uso freqüente da violência física, as periferias mais pobres das grandes cidades brasileiras. (ver Fry, 1975)

Mas se as religiões afro-brasileiras são, nesse sentido, liberadoras do indivíduo, o fato de sobrevalorizarem a relação homem-entidade e darem pouca importância aos valores de solidariedade é justiça social faz com que dotem seus seguidores de uma especial abordagem mágica e egoísta do mundo, desinteressando-os da possibilidade de ações no sentido de transformação do mundo é de uma conseqüente participação política importante, num contexto como o brasileiro, para a promoção de qualquer idéia mais sólida e solidária de liberdade. (Prandi, 1993)

Na luta dos homens e mulheres brasileiros que procuram o mundo dos Exus para a realização de seus anseios mais íntimos – homens e mulheres que são em geral de classes sociais médias, baixas e pobres, quase sempre de pouca escolaridade e reduzida informação e para quem as mudanças sociais têm trazido pouca ou nenhuma vantagem real na qualidade de suas vidas –, dona Pombagira representa sem dúvida uma importante valorização da intimidade de cada um, pois para ela não existe desejo ilegítimo ou aspiração inalcançável ou fantasia reprovável. Como se existisse um mundo de

felicidade, cujo acesso ela controla e governa, que fosse exatamente o contrário do mundo frustrante do nosso cotidiano.¹³⁵

A questão indígena no Brasil não é menos dramática, profundamente marcada pela luta territorial e, reflexamente, pela violência, incompreensão e racismo, conforme expõe Assis da Costa:

No cenário demográfico atual, tais questões são ainda mais prementes, haja vista a constatação do Censo de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) de que em 80,5% dos municípios brasileiros reside pelo menos um indígena autodeclarado (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2012), sendo que 46% do quantitativo populacional indígena é constituído por crianças (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2015), ou seja, dos 896 mil indígenas, nada menos que 414 mil crianças.

Logo, as situações de atendimento pela rede de proteção possuem uma tendência de crescimento relacionada ao aumento demográfico dos povos indígenas e ao esgarçamento territorial de suas presenças, cada vez mais voltada para o espaço urbano, para além da existência nas terras indígenas e espaços rurais. Na temática da violência sexual, a problemática torna-se ainda mais tensa de ser abordada, pois se trata de uma forma de violência ainda pouco conhecida em sua repercussão e dinamicidade no contexto indígena, cujas formas de intervenção institucional costumam desconsiderar os direitos e as realidades indígenas ante o intento da rapidez do atendimento e da pressão midiática. [...]

De maneira predominante, apresenta-se a ocorrência de situações classificadas por “abuso sexual intrafamiliar” em algumas aldeias indígenas, envolvendo indígenas crianças ou jovens, mas sempre como algo interno da comunidade, e que por diferentes motivações se tornam públicas ou conseguem ser comunicadas aos órgãos indigenistas.

Por outro lado, a faceta da “exploração sexual” estaria relacionada às relações interculturais entre indígenas e não indígenas, com graus de inserção e/ou vulnerabilidades sexuais estabelecidos de acordo com o tempo de contato dos povos com a sociedade não indígena. Desse modo, assevera-se a afirmação de Cohn: “[o]u seja: não há prostituição nas aldeias indígenas, do modo como é entendido, praticado e regulado para os não-indígenas. E isso torna as meninas indígenas [...]. Assim como as mulheres indígenas mais vulneráveis à exploração sexual por não-indígenas. Por exemplo, os Xikrin [do Bacajá] não conhecem o problema da prostituição entre eles. Isso coloca as meninas em situação de maior vulnerabilidade quando em contato com não-indígenas, pela diferença de percepção sobre a relação sexual, pois quando se envolvem em situações de exploração sexual, os significados que adquirem para elas são outros” [Cohn, C. *Violência sexual e crianças indígenas nos contextos de megaempreendimentos*. In: PINHO, V. A. & OLIVEIRA, A. C. (orgs.) *Direitos infanto-juvenis e violência sexual em contexto de grandes obras*. Belém: GTR, 2014, p.130]¹³⁶

Quando se refere à questão indígena no Brasil, costuma-se incorrer em equívoco metodológico primário, consistente em considerar a população autóctone como um

¹³⁵ PRANDI, Reginaldo. *Pombagira dos candomblés e as faces inconfessadas do Brasil*.

¹³⁶ OLIVEIRA, Assis da Costa. *Violência sexual, infância e povos indígenas: resignificação intercultural das políticas de proteção no contexto das indígenas crianças*, p. 1179-1181.

contingente homogêneo e à margem da cidadania brasileira. A realidade das etnias é profundamente complexa e variante, tanto do ponto de vista antropológico quanto da realidade histórica do processo de aculturação. Há, por exemplo, comunidades que preservam seu modo de vida tradicional, em hábitos e costumes. Sobre o povo Kalapalo, composto por aproximadamente 700 membros que vivem no Mato Grosso, colhe-se o seguinte registro:

Há uma distinção cultural fundamental na vida *kalapalo* entre homens e mulheres. Essa oposição se dá tanto no plano das relações psicológicas, sociais e econômicas, como também se manifesta na configuração espacial da aldeia, na gestão dos assuntos internos da casa e, mais dramaticamente, na vida ritual da comunidade.

No centro de toda aldeia alto-xinguana, costuma haver uma construção (designada *kwakutu* pelos Kalapalo) em que são guardadas flautas que os Kalapalo chamam de *kagutu*, as quais são tocadas exclusivamente pelos homens. As mulheres não podem nem olhá-las, pois poderiam ser estupradas. O *kwakutu* serve de armazém para guardar os apetrechos utilizados pelos homens em performances rituais e, sobretudo, é o lugar onde os homens se juntam para trabalhar, para fofocar, para pintarem-se uns aos outros antes das cerimônias e para receber pagamentos em ocasião de performances cerimoniais. A presença de *kagutu* impede a entrada das mulheres no *kwakutu* e ao mesmo tempo leva os Kalapalo a pensar a praça como "posse dos homens". Espacialmente, a aldeia é concebida em termos de uma oposição entre a praça masculina, esfera da atividade pública, e o círculo das casas, espaço feminino, esfera da atividade doméstica.

Embora sejam os instrumentos proibidos às mulheres, a linguagem usada pelos Kalapalo para falar sobre as flautas *kagutu* é caracterizada por metáforas de sexualidade feminina. Mitologicamente, as flautas são descritas como fêmeas. Descobertas em uma rede para peixes junto a uma flauta menor chamada *kuluta* e outro instrumento chamado *meneuga*, não mais fabricado, *kagutu* é designada como a "irmã mais nova". Sua forma e aparência são semelhantes às do órgão sexual feminino: sua boca é chamada de vagina (*igidi*) e quando são guardadas no alto das vigas, durante períodos em que não são tocadas, diz-se que estão "menstruando". Além disso, muitas das canções acompanhadas por *kagutu* são femininas, inventadas por mulheres no passado e, em outras ocasiões, cantadas por mulheres no presente (mas elas não podem cantar enquanto as flautas estão sendo tocadas). Tais canções refletem claramente um ponto de vista feminino, pois se referem a tabus alimentares que as mulheres devem seguir quando suas crianças estão doentes, às relações com seus amantes e maridos, bem como a rivalidades femininas.

Já no ritual feminino conhecido como *Yamurikumalu* - semelhante ao *kagutu* em muitos aspectos -, mulheres decoradas com ornamentos de penas e chocalhos nos tornozelos, que normalmente são usados por homens, entoam canções nas quais se referem à sexualidade masculina. Há vários tipos diferentes de canções, algumas mencionam os eventos de origem dessa cerimônia, muitas reproduzem a estrutura das performances masculinas com as flautas *kagutu*, e outras simulam explicitamente a sexualidade agressiva dos homens diante de certas mulheres.

A origem mitológica do *Yamurikumalu* descreve como as inventoras originais da música adquiriram pela primeira vez o pênis, a destreza para atrair outras mulheres e a habilidade para controlar o poder sobrenatural por meio da aplicação de várias substâncias masculinas em seus corpos. Essas "mulheres monstruosas", como são designadas, transformaram-se em seres poderosos

que, depois de rejeitar seus papéis femininos (sedutoras de homens, provedoras, guardiãs e pagens de crianças), tocam as flautas proibidas, caçam e pescam como homens e, geralmente, exibem emoções e vocações que são masculinas.

Os atributos sexuais aos quais se refere esse ritual são aqueles considerados repelentes e perigosos para pessoas do sexo oposto. Para os homens, são esses os órgãos femininos insaciáveis e seus processos menstruais misteriosos e temerosos (inclusive, as mulheres seguem vários tabus menstruais, incluindo a evitação da carne de peixe e a preparação de alimentos cozidos.) Para as mulheres, perigos masculinos estão presentes na forma de uma substância seminal potencialmente perigosa (a quantidade excessiva de sêmen advinda de um grande número de homens pode apodrecer no interior de uma mulher e torná-la seriamente doente, pois não é possível aglutiná-la para formar uma criança), e, ainda pior, a sexualidade agressiva masculina é uma ameaça que pode se transformar em estupro.

Assim, nos rituais, representantes de cada gênero encenam as qualidades perigosas de um modelo imaginado de sexualidade do sexo oposto, que incluem sentimentos sexuais incontroláveis, substâncias sexuais venenosas e sentimentos que emergem no curso da vida social (ciúme, modéstia excessiva, medo do sexo oposto, paixões absurdas).¹³⁷

Contingentes de outras etnias, entretanto, migraram (ou “foram migrados”) para a periferia de centros urbanos e incorporaram toda sorte de mazelas próprias das condições territoriais degradadas, num desastre civilizatório, como sucede nas aldeias do Jaraguá, no Estado de São Paulo, que mais se assemelham às favelas das cidades que à organização ancestral das tribos. Com *uma* realidade “identitária nacional” assim complexa e fluida, defendemos que o caso brasileiro é de *multiculturalismo radical*, ou seja, uma “modalidade” de multiculturalismo que pode ser classificada a partir do reconhecimento que se confunde essencialmente com a própria constituição do povo. Um “multiculturalismo heterólogo”, por assim dizer, ao mesmo tempo poliétnico e multinacional.

Em termos de compreensão e de aplicação do Direito e, assim, do Direito Penal, isso implicaria a necessidade de se recorrer, em cada caso em que o fator cultural fosse apresentado como motivador da prática do fato típico, à análise concreta dos critérios e mecanismos que fossem admitidos como legítimos para a discussão jurídica sob o signo da cultura. Ressaltando a heterogeneidade da conformação multicultural brasileira, escreve Renato Silveira:

In 2005, De Maglie, when writing on the situation of multiculturalism in the North-American reality, observed that “the United States is a multicultural society par excellence”; that “is a heterogeneous society”; a “glorious mosaic”; and that the United States has been long considered “the land of emigrants”. In a certain way, the same can be said about Brazil. It should be taken into account that, although the country was colonized by Portugal, similarly to the United States, there are a greater

¹³⁷ ISA - Instituto Sócio Ambiental. Povos indígenas no Brasil. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/povo/kalapalo/301>. Acesso em 12.09.2017.

number of immigrants from other European, Asian, and African countries. Not to mention a certain miscegenation with the indigenous population. In essence, Brazil is a reality of many cultures, even though many of them are still too diluted. Even with these considerations, it is not possible to recognize, directly, a sensitive concern with the issue of multiculturalism.

This reality, present in Latin America as a whole, is accentuated through gestures of recognition of indigenous rights, maybe the main focus of the multicultural concern. But this is not everything. Brazil has regional cultures that are broadly different. The southern region has very strong German, Italian, and Portuguese influences. Brazilian southeast is a kaleidoscope of cultures. Brazilian northern region is strongly indigenous. Therefore, the problem must be seen from different angles.¹³⁸

Na perspectiva normativista do Direito Penal, também essa constatação justifica nossa adesão, como principal marco teórico de referencia, às concepções de Mayer em torno das normas jurídicas e normas de cultura, que abordaremos na compreensão da *cultural defense* como um problema centrado especialmente na ilicitude – e não na tipicidade (dolo ou bem jurídico) ou na culpabilidade (conhecimento do ilícito).

¹³⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Multiculturalism and criminal law: the brazilian case*.

4 MULTICULTURALISMO E FEMINISMO(S): DA ANCESTRALIDADE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER AOS MOVIMENTOS EMANCIPATÓRIOS CONTEMPORÂNEOS

Incorporando o feminismo como referencial ético, podemos concebê-lo, sem maiores pretensões metodológicas ou preocupações político-ideológicas, como as múltiplas ideias que se apresentam numa determinada perspectiva crítica diante de quaisquer manifestações de subordinação das mulheres em razão das distribuições de papéis sociais simbólicos, no discurso de gênero. Até que ponto se poderia admitir, em homenagem à tolerância a determinadas práticas culturais diversificadas, a relativização de direitos fundamentais subjacentes à igualdade e decorrentes da luta com base na identidade? A própria admissibilidade dos delitos culturalmente motivados praticados em detrimento de mulheres implicaria o reconhecimento da discriminação (portanto inaceitável) de mulheres em outros referenciais culturais, revelando uma dupla vulnerabilidade. Ou seja, nesse caso, teríamos que admitir que nas minorias culturais as mulheres são vitimizadas tanto pela identidade quanto pelo gênero.

Parece que, nesse caso, deveríamos diferenciar as hipóteses em que a visão de gênero ocidental se apresente como expressão de superioridade no espectro civilizatório supostamente linear dos casos em que os delitos baseados no fator cultural ofendem bens jurídicos numa escala de importância fundamental, como por exemplo a liberdade e a dignidade sexuais. Parece possível, assim, estabelecer uma certa escala argumentativa capaz de conciliar as duas perspectivas, sem se aniquilar, de plano, qualquer possibilidade de consideração às minorias culturais, numa universalização extrema e uniformizadora da compreensão da dimensão dos direitos fundamentais. Na outra face do problema, não se pode olvidar que muitas dessas práticas sedimentadas, reforçadas ou não contrapostas culturalmente tendem a perpetuar códigos de honra e de moral que, de fato, representam o controle da sexualidade das mulheres por seus pais, familiares e maridos, chegando ao ponto extremo de incorporarem no discurso pretensamente justificante a conduta violenta do agressor, conforme o caso. Em situações extremas, a aceitação desse padrão cultural aniquilaria por completo a própria dignidade da vítima e sua condição de pessoa ou de sujeito. Como diz De La Fuente citando Coleman:

el interés del acusado de utilizar pruebas culturales que incorporan normas y comportamientos discriminatorios debe ser ponderada contra los intereses de

las víctimas y potenciales víctimas en obtener protección y desagravio a través de una aplicación no discriminatoria del Derecho Penal.¹³⁹

Fica evidenciada a tensão entre reconhecer direitos coletivos de minorias culturais frente a pretensão punitiva do direito penal local e os riscos desse reconhecimento nos crimes contra as mulheres, em reforço da desigualdade de gênero em desfavor delas.¹⁴⁰

4.1 A violência como comportamento natural radicado na brutalidade e sua construção cultural simbólica como instrumento de poder

A ideia que se tem a partir do vocábulo “violência” deriva do latim *vis*, exprimindo o sentido de “vigor”, “força”, para designar a conduta humana de “caráter irascível e brutal”.¹⁴¹ Violência, em sentido estrito do termo, assim, significa uma relação de força empregada para submissão do outro.

À mercê do contexto histórico ocidental, compreendeu-se a violência positiva ou negativamente, do ponto de vista da sua legitimidade, para denunciar ou justificar ações particulares ou validar reações coletivas marciais, especialmente no panorama dos períodos que antecederam a primeira metade do século XX. A União Europeia se vangloria, neste contexto, após séculos de resistência ao Islã, invasões e devastações e guerras internas entre Estados, de se erigir como “o único conjunto do globo a erradicar no seu território a pena de morte por qualquer crime”¹⁴², tomando por consideração a vida humana como um valor *quase-sagrado*, não obstante o histórico de atrocidades derivadas de uma “cultura de guerra”, inclusive nas suas próprias investidas colonizadoras.

Essa cosmovisão, assentada numa ética viril que ergueu a força brutal a modelo de comportamento preponderante da Idade Média ao Antigo Regime, consolidou para a mulher desarmada um papel débil, dependente da proteção de varões, que ansiavam pela perpetuação de sua linhagem e negavam-lhe a autonomia do próprio prazer.¹⁴³ Nas palavras de Muchembled:

Nobres ou plebeus, poderosos ou fracos, todos os homens são educados no quadro de uma “cultura de violência” assente na necessidade de defender a honra masculina contra os concorrentes. A brutalidade das relações humanas consiste numa linguagem social universal considerada normal e necessária no Ocidente, pelo menos até ao [sic.] século XVII. Antes de se ver lentamente monopolizada pelo Estado e pela nação, a violência molda a personalidade

¹³⁹ DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Delitos culturalmente motivados*.

¹⁴⁰ Para o aprofundamento da temática sexista, no que diz respeito à perspectiva de gênero, vide: TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

¹⁴¹ MUCHEMBLED, Robert. *Uma história da violência*, p. 17.

¹⁴² MUCHEMBLED, Robert. *Idem. Ibidem*.

¹⁴³ MUCHEMBLED, Robert. *Ob. cit.*, p. 18.

masculina segundo o modelo nobre da virilidade e do virtuosismo no uso das armas exigido a todo o aristocrata, esboçando em traços gerais, por oposição, o modelo da mulher fraca.¹⁴⁴

Robert Muchembled se interessa ainda pela discussão sobre a conformidade inata ou cultural da violência, bem como pela clivagem econômica, social e cultural observada no processo gradativo de construção dos comportamentos violentos por meio da educação, da moral e da religião, em processo iniciado desde o século das luzes. Defende, nessa perspectiva, que a agressividade, que seria uma “potencialidade da violência”, a par de representar característica inata ao ser humano, pode ser inibida por constrangimentos morais e éticos derivados da “proibição de verter sangue humano”, que as instâncias de socialização procuram introjetar.¹⁴⁵

A percepção empática do ser humano como essencialmente bom pode derivar, porém, de uma herança humanista advinda da conjugação da visão de mundo cristã e de sua complementação iluminista. A agressividade costuma, em contraponto, ser associada à estrutura basilar da *psique* humana. Nesse sentido, Freud opõe à pulsão de vida (*eros*) a pulsão de morte (*tanatus*).¹⁴⁶

Há, por outro lado, reações contundentes a concepções teóricas que admitem o “instinto agressivo” como “princípio organizador das sociedades humanas”, baseando-se, ao revés e irreconciliavelmente, nos primados da cooperação e da solidariedade. De toda sorte, esta parece ser daquelas questões irrespondíveis pela ciência. Como resquício empírico, por outro lado, da dimensão histórica da violência:

os séculos passados nos legaram uma dupla concepção da violência, legítima quando é implementada por instituições, como os Estados que decidem a guerra ou como as Igrejas que decretam perseguições contra os “heréticos”, ilegítima se exercida individualmente contra as leis e contra a moral. Esta ambiguidade fundamental traduz o facto de a violência humana vir ao mesmo tempo do biológico e do cultural. Mesmo se a busca do domínio sexual, necessária à reprodução da espécie, disfarça de maneira inconsciente e automática o “reflexo agressivo milenar”, este está oculto, reprimido, pelas regras e interdições parentais e sociais. Impostas a todos desde a infância, estas provocam automatismos no sentido de assegurar a sobrevivência e a proteção da coletividade.¹⁴⁷

¹⁴⁴ MUCHEMBLED, Robert. *Uma história da violência*, p. 18.

¹⁴⁵ MUCHEMBLED, Robert. *Ob. cit.*, p. 20.

¹⁴⁶ Para um aprofundamento sobre as teorias psicológicas e psicanalíticas sobre violência, especialmente violência sexual, desde Freud, passando pela propensão humana à tortura por prazer, em Erich Fromm, vide: MORETTI, Barbara. *La violenza sessuale tra conoscenti: analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*.

¹⁴⁷ MUCHEMBLED, Robert. *Ob. cit.*, p. 22.

Essa constatação nos permite aderir à análise de determinadas manifestações da violência como transgressões por um indivíduo das normas que a cultura decreta, em condições que dependem das oportunidades de êxito que lhe concede de fato. De reminiscência biológica, mas plástica e culturalmente modificada segundo os tempos, os lugares e os valores dominantes numa sociedade, a regulação de várias circunstâncias pode ampliar as significações e interpretações do comportamento humano, adquirindo um importante papel nas interações agressivas.¹⁴⁸

As teorias mentalistas não esgotam a explicação da violência. Qualquer ato de violência é assim apreendido numa relação complexa de interação com o outro, imediatamente com a vítima e mediatamente com a coletividade exprime nos comandos normativos capazes de expressar e medir suas formas, consequências e importância, para assim, conforme o caso, reprimi-la ou aceitá-la. Há, entretanto, limites valorativos que demarcam a tolerância da violência.¹⁴⁹

Esses limites normativos variam de uma cultura para outra – e no interior de uma mesma cultura, notadamente em função de diferentes grupos sociais em sociedades marcadas pela heterogeneidade.

O que se pode apontar como signo relativamente uniforme é, segundo Muchembled, que “a agressividade destruidora é [...] uma coisa de homens”.¹⁵⁰ Mas o próprio historiador esclarece, nessa afirmação, a hegemonia do fator cultural:

Seria tentador reportar esses factos para invariantes da natureza humana, opondo-se a doçura feminina à brutalidade viril. Mas as explicações ligadas às hormonas masculinas, em particular ativadas pelo clima, sobretudo pelo calor, tornam-se rapidamente curtas. As que invocam a agressividade predatória induzida pela necessidade de assegurar a sobrevivência da espécie, inscrita nos genes do caçador macho, levando-o a destruir os seus concorrentes e a fecundar o máximo de parceiras, constituem afirmações perentórias [sic] impossíveis de verificar [...]. [...] o essencial está do lado da construção do ser humano pela sua cultura. A ligação primordial não se estabelece entre a violência e a masculinidade, porque esta é um dado biológico. Liga-se com a virilidade, uma noção definida por cada sociedade no quadro da determinação dos “gêneros” sexuais da qual reconhece a existência. Até época recente, o Ocidente apenas admitia dois e estabelecia entre eles uma grande desigualdade funcional.¹⁵¹

¹⁴⁸ MUCHEMBLED, Robert. *Uma história da violência*, p. 23.

¹⁴⁹ Robert Muchembled refere-se às narrativas do jesuíta português Luís Fróis sobre as diferenças culturais na percepção de atos violentos no Japão, datadas de 1585, em comparação com o panorama ibérico. Vide FRÓIS, Luís. *Tratado das contradições e diferenças de costumes entre a Europa e o Japão*, apud MUCHEMBLED, Robert. *Ob. cit.*, p. 25.

¹⁵⁰ MUCHEMBLED, Robert. *Idem. Ibidem.*

¹⁵¹ MUCHEMBLED, Robert. *Ob. cit.*, p. 26.

Essa contundente afirmação de Muchembled nos servirá de mote para outras considerações, mais adiante. Por ora, convém registrar que as condições econômicas, apesar de exercerem algum papel específico na modulação da agressividade humana, na medida em que o advento da economia de mercado e o fluxo urbano nas cidades exigem uma certa pacificação de comportamentos, não constituem um fator isolado capaz de conter a propulsão da agressividade como potência, e da violência como ato. Como registra Muchembled, desde o *Leviatã* de Hobbes, passando por Norbert Elias e suas ideias sobre o lento processo de civilização dos costumes no Ocidente a partir do século XVI, até os pensadores das Luzes, à semelhança de Adam Smith, tem-se discutido, sem conclusão definitiva, a respeito da influência de um Estado mais ou menos central, bem como da relação de suas autoridades e a sociedade civil, no lento processo de regressão do comportamento violento¹⁵² por jovens masculinos no contexto europeu. E adverte:

As explicações sociais ou políticas, incluindo a engenhosa teoria de Norbert Elias, revelam-se insatisfatórias, tornando-se necessário acrescentar aqui uma dimensão cultural no sentido amplo do termo. O problema apenas ganha magnitude se tentarmos compreendê-lo em relação ao conjunto da civilização que o sustenta. Como a morte ou o cemitério, a violência está no centro da vida antes da sua criminalização progressiva a partir do século XVII. [...]

A passagem da regulação da violência pelas famílias para um sistema controlado pelos Estados, mas também pelas Igrejas, realiza-se no quadro dos progressos da “disciplina social” e foi amplamente debatida pelos historiadores alemães da Reforma. [...] A vigilância dos comportamentos, particularmente os excessos cometidos pelos jovens masculinos, intensificasse, tanto em terras protestantes como católicas. O efeito não é evidentemente nem imediato nem completo, porque surgem fortes resistências no mundo real e entre cidadãos pobres. Os filhos de boas famílias, alvo dos pedagogos dos dois campos e de uma vigilância moral acentuada, são envolvidos muito cedo. Educados de modo diferente do que no passado, foram também objeto de uma nova aprendizagem das relações sociais através de códigos de boas maneiras que desenvolvem o modelo do “homem honesto”, a partir de 1630, por exemplo em França. [...]

Até aqui, os confrontos juvenis têm lugar num sistema de relações [...] assente em códigos sociais precisos. [...]

O essencial anda à volta da defesa da honra. Num universo em que qualquer indivíduo tem algo que lhe pertence – e não apenas os nobres – isto está diretamente ligado ao sexo, ao estatuto e à idade. Exprime também valores coletivos, ao contrário das culturas de culpabilidade pessoal que se desenvolveram posteriormente. Cada um é vigiado de perto pelos seus concidadãos e é desvalorizado aos olhos de todos se não age como deveria.[...]

Nesse contexto, a violência é, ao mesmo tempo, legítima e obrigatória para escapar à vergonha.¹⁵³

¹⁵² Aqui, mais uma vez, Muchembled se baseia na drástica redução histórica dos índices de homicídios no decorrer dos séculos em Europa. MUCHEMBLED, Robert. *Uma história da violência*, p. 40.

¹⁵³ MUCHEMBLED, Robert. *Ob. cit.*, p. 43-44.

Depois desse período, gradativamente, promove-se a substituição de um sistema coletivo baseado na honra e na vergonha por um modelo centrado na responsabilidade e culpabilidade do indivíduo. Essa transição, porém, não foi tranquila, como demonstra a invenção, manutenção e disciplina do duelo, como mecanismo de combate igualmente mortal, porém “nobre”, embora a morte de um homem por outro se tornasse cada vez mais intolerável, conferindo-se ao Estado o domínio dos instrumentos da morte justa (guerra etc.).

Para o presente trabalho, deve-se adotar um conceito restrito de violência como evento positivo (ação/comissão) lesivo, sem se olvidar que a manifestação de violência, no plano coletivo/social repercute como instrumento de poder.¹⁵⁴ Há uma relação, nesse sentido, entre a violência física individual e a violência estrutural, no campo próprio da filosofia do poder.

Além disso, não obstante derivada de reminiscências inatas e antropologicamente primitivas, quase no nível mesmo do instinto, o que interessa é toma-la como fenômeno dado, contrastável com a realidade e, portanto, passível de compreensão cultural. Isso permite prescindir da discussão neurobiológica da violência e enfrenta-la na perspectiva da construção cultural dos comportamentos sexuais violentos e, fundamentalmente, a maneira como a cultura reage à sua manifestação coletiva, universal e transversal.

O ato de estupro é sempre igual em si mesmo. Dependendo do ponto de vista, cada estupro é diferente entre si. É diferente por quem o pratica e por quem a ele se submete (ou é submetido): é um história que envolve sentimentos, sensibilidade, comportamentos, modos de entender a vida e as próprias relações sociais concretas. No decorrer do tempo constata-se um lento, porém constante e inacabado, processo de modificação do modo de pensar comum sobre o fenômeno da violência contra a mulher, ciente da cruel vitimização de mulheres que, ofendidas, eram ainda impiedosamente devassadas em sua própria reputação, quando se rebelavam e pretendiam a punição de seus agressores.¹⁵⁵

4.2 Da diferenciação biológica à construção cultural da violência contra a mulher

4.2.1 O estabelecimento patriarcal de papéis sociais

Temos aqui duas premissas: a) com o domínio do patriarcado, há lugares diferentes para o homem e para a mulher; b) o lugar concedido à mulher, em troca da promessa de proteção, é o lugar da submissão.

¹⁵⁴ Quanto às relações entre violência e poder: STOPPINO, Mario. *Potere e teoria politica*, p. 8.

¹⁵⁵ CICONTE, Enzo. *Storia dello stupro e di donne ribelli*, p. 20.

Do ponto de vista histórico-antropológico, no período paleolítico a sociedade humana estava estruturada sob o matriarcado. As comunidades eram pacíficas e cooperativas, não obstante os inevitáveis conflitos internos. Homens e mulheres exerciam atividades parecidas e sem definição precisa. No neolítico, porém, as principais tarefas passam a ser feitas pelos homens e as tarefas domésticas são atribuídas às mulheres. A distinção se faz por atividades econômicas em função do sexo, inicialmente por um dado biológico, que se reafirma e se realimenta sistematicamente como um padrão cultural que perdura até os nossos dias. A discriminação de papéis e a atribuição de tarefas secundárias teria principiado, nesse período, nos primórdios da diferenciação das tarefas econômicas e da noção de riqueza. O poder econômico passa a projetar guerras e sintetiza o poder na sociedade. Erige-se e arregimenta-se a casta de guerreiros, e com a guerra o poder passa ao varão. As mulheres teriam sido, assim, por um critério inicial de força biológica, aliado à maternidade, alijada da competição. As sociedades neolíticas gradativamente tendem à guerra, e o poder se concentra na hierarquia marcial. Na antiguidade, os instrumentos usados para o cultivo nos períodos de paz vão se adaptando para a luta nos tempos de guerra.¹⁵⁶

Num apanhado sociológico, podemos fazer comparação entre os delitos dos quais são vítimas os homens e as mulheres: os homens têm probabilidade maior de serem vítimas nos conflitos armados e também nos crimes de sangue; as mulheres, a princípio, têm menor probabilidade. Mas a probabilidade se inverte quando se trata de uma violência proveniente de um homem próximo. É no ambiente doméstico e familiar que se incrementam as possibilidades de que a mulher seja vítima de uma violência.¹⁵⁷

A violência contra a mulher é um fenômeno coletivo e sistemático. É um modo de difundir para as mulheres a desonra pública e impedir a expansão da consciência feminina de seu protagonismo na vida, seja política, seja cotidiana, restringindo seus espaços a papéis sociais subalternos. Não há, nesse aspecto, lugar no mundo onde haja sido eliminada ou satisfatoriamente reduzida a violência contra a mulher.

4.2.2 A violência contra a mulher como referencial antropológico da dominação pela força

O jovem varão aspira à maturidade e às vantagens da vida adulta. Nessa transição, a sociedade o obriga a definir-se em relação a uma “ética de virilidade” e, paradoxalmente, exige-lhe que mantenha equilíbrio e autocontrole, ao proibir-lhe, em certa medida, o emprego

¹⁵⁶ ESBORRAZ, David. *A luta contra a violência de gênero no sistema interamericano de direitos humanos*. (Comunicação oral)

¹⁵⁷ ESBORRAZ, David. *Idem*. Ver, neste aspecto, os escritos de Engels sobre as origens do patriarcado.

da violência física ilegítima. Por outro lado, pretende estimular o jovem adulto, em alguns contextos, a engajar-se na disponibilidade para a violência justa em defesa do bem comum, como nos casos de guerra etc. A brutalidade física, assim, está codificada como anormal, funcionando como severo obstáculo ao êxito social, com maior repercussão pejorativa quando a agressividade está ligada ao comportamento dos marginais, dos “perdedores do sistema” em geral, estigmatizados pelas autoridades e pelos meios de comunicação.¹⁵⁸

A violência, assim, passa a afirmar-se como tabu, destinado a corroborar, por outro lado, o monopólio estatal da força legítima (seja na guerra, seja no discurso ou aplicação da morte como pena). Assim, “a domesticação da agressividade viril ganha lugar num conjunto muito mais amplo, a saber, o pacto social e cultural que funda o Estado e o conjunto da civilização ocidental.”¹⁵⁹

De algum modo, historicamente se produziu sociabilidade a partir de um elemento instável, que é a “sexualidade dos jovens varões”, implementando-se uma progressiva disciplina da masculinidade, mas também “uma reformulação dos papéis femininos” em favor dos machos.¹⁶⁰ Sobre o assunto, Muchembled leciona:

Até às [sic] mutações registradas no fim do século XX, a posição do homem, fosse qual fosse o seu estatuto social, está fortemente correlacionada com a afirmação da sua heterossexualidade, mas muito menos do que antes à necessidade de a meter violentamente em cena no teatro da vida cotidiana. Quanto às mulheres, devem permanecer no seu lugar para confirmar o homem enquanto tal. Essa passividade exigida pelas normas culturais traça a mulher como um ser doce e desarmado, normalmente incapaz de violência [...].

[...]

Há grandes diferenças sociais, no entanto, na prática, porque o processo de moderação dos costumes e de redefinição dos papéis masculinos e femininos não penetra em todas as camadas sociais com a mesma intensidade nem com a mesma velocidade. [...]

A nossa civilização já não quer pôr a questão da violência das mulheres e provavelmente subestima o que elas sofrem. Desde há muitos séculos, prefere meter à frente a figura da “mulher civilizadora” cuja missão é, ao mesmo tempo, moderar os costumes, afastar o homem da violência e conter a brutalidade dos seus desejos sexuais.¹⁶¹

A violência sexual é a violência emblemática de subjugação e humilhação, construída simbolicamente como máxima expressão da desonra.

¹⁵⁸ Embora Muchembled desenvolva esse raciocínio tendo em conta a ocorrência de homicídios, essa lógica se aplica em medida mais enfática aos atos de violência sexual. MUCHEMBLEDE, Robert. *Uma história da violência*, p. 33.

¹⁵⁹ MUCHEMBLEDE, Robert. *Ob. cit.*, p. 34.

¹⁶⁰ MUCHEMBLEDE, Robert. *Idem. Ibidem.*

¹⁶¹ MUCHEMBLEDE, Robert. *Ob. cit.*, p. 35.

O estupro se configura como um ato de prepotência que exprime uma vontade de poder e de domínio do homem sobre a mulher. O ato é o mesmo, com poucas variantes, e se repete continuamente *ad infinitum* desde os primórdios da humanidade. E se renovam, sem solução de continuidade, em todas as sociedades e épocas históricas. Inclusive desde a antiguidade se concluíam as guerras com o estupro das mulheres dos vencidos,¹⁶² profanando-se o corpo feminino como se queimavam as casas e se confiscavam as terras dos derrotados: um modo simbólico e definitivo para decretar-lhes a humilhação e a decadência.¹⁶³

Somos conduzidos a repensar, a partir dessa constatação, o proclamado caráter cultural da violência contra a mulher. Até a década de 1980, por exemplo, previa-se no Código Penal italiano uma atenuante genérica em favor daqueles que praticavam crimes contra a mulher em função da honra, quando seu comportamento “desonroso” justificava relativamente sua “correção”.¹⁶⁴ De outro lado, tem-se notícia de jurisprudência europeia reconhecendo a menor reprovabilidade de determinadas condutas violentas praticadas por estrangeiros em ambiente doméstico, a pretexto de divergências culturais, baseadas em textos religiosos radicais, sem o devido cuidado de cotejar-se inclusive a legislação positiva do próprio país de origem da pessoa, que invariavelmente consagra a reprovação desse comportamento.

Enzo Cicone propõe uma guinada na perspectiva metodológica dominante sobre a temática, no que se refere à maneira como estamos habituados a pensar a estupro, com foco nas próprias mulheres; sejam as mulheres que já sofreram a violência, sejam todas as outras que potencialmente podem ser violentadas. Entretanto defende que a questão deve ser enfrentada em termos radicalmente diversos, o que conduziria à reconstrução da história comportamental em novos termos, propondo que se indague sobre o comportamento do homem agressor, e não da vítima. O fenômeno que se pretende analisar, assim, diz respeito à sexualidade masculina, à compreensão que o homem tem de sua própria sexualidade e à maneira em que a experimenta, tendo em conta os modelos culturais subjacentes às relações entre homens e mulheres.¹⁶⁵ E na premissa de suas pesquisas, insere:

È necessario intrufolarsi nei meandri delle concezioni culturali maschili per cogliere, attraverso e ben oltre gli atti di violenza, la visione che l'uomo aveva della donna e le ragioni profonde che hanno spinto taluni a usare metodi brutali; e successivamente la concezione e il modo di pensare rispetto ala

¹⁶² CICONTE, Enzo. *Storia dello stupro e di donne ribelli*, p. 18-19.

¹⁶³ TOMAZONI, Larissa. *Estupros em tempos de guerra e o papel do direito internacional*.

¹⁶⁴ CICONTE, Enzo. *A violência contra as mulheres: uma visão histórica comparada*. (Comunicação oral)

¹⁶⁵ CICONTE, Enzo. *Storia dello stupro e di donne ribelli*, p. 25.

donna che aveva subito una violenza. Com'era considerata prima e cosa è diventata dopo la violenza dinnanzi agli occhi degli uomini?
 Bisognerà occuparsi, oltre che dei violenti, anche di altri uomini, di quei magistrati – tutti di sesso maschile – che scrivevano le sentenze per cercare di catturare, tra un articolo di codice e un termine giuridico, la loro cultura, il loro modo di pensare sul fatto che stavano giudicando e per valutare come veniva sanzionato penalmente. E bisognerà parlare anche di altri uomini. Come si comportavano gli uomini delle donne violentate? I loro padri, i loro mariti, i loro fratelli, i loro fidanzati? La gamma dei comportamenti è varia, ma non c'è solo una reazione violenta come ci si aspetterebbe e come siamo abituati a credere.¹⁶⁶

A individualização de um fator específico que se reconheça como predominante na etiologia do comportamento sexual desviante tem se mostrado um desafio para a ciência, que, comumente, na busca por uma explicação unifatorial, tem insistido em explicações que colocam em relevo um certo componente patológico na conduta sexualmente abusiva, a fim de classificar seu autor como doente e, assim, projetar possibilidades de tratamento. Por outro lado, como adverte Barbara Moretti, essa tendência traria como consequência a exclusão das análises de outros fatores relevantes, consistentes em elementos sociais, políticos e culturais.¹⁶⁷

Porém, de antemão se pode afirmar que a especificação de características gerais de autores de crimes sexuais é tarefa provavelmente inatingível, dada a multiplicidade de comportamentos sexuais que se podem apresentar, a variada gama de aspectos relativos à vitimização e a complexidade dos fatores envolvidos em determinados costumes relacionados à sexualidade e todas as suas possibilidades de variações e tendências, não obstante a insistência em vinculá-la dicotomicamente à aparência biomorfológica (macho ou fêmea).

A estas se soma uma decisiva circunstância problemática, consistente na necessidade de definição prévia de um comportamento sexual que sirva de parâmetro como atividade sexual “normal”, o que sempre implicará a incorporação, na definição, de padrões próprios da valoração moralista ou eticizante. Há então uma fronteira nebulosa entre crime, comportamento sexual anômalo ou patologia sexual, ainda com consideráveis variantes quanto ao ponto de vista jurídico-penal, sociológico, psicológico ou médico-psiquiátrico.¹⁶⁸

É compreensível, entretanto, que comportamentos considerados perversões ou parafilias na perspectiva médico-biológica sejam indiferentes penais. Por outro lado, para os casos de crimes sexuais, haverá sempre espaço para se indagar acerca de sua etiologia multifatorial, sendo terreno propício aos estudos multidisciplinares. Cuida-se de

¹⁶⁶ CICONTE, Enzo. *Storia dello stupro e di donne rebelli*, p. 25.

¹⁶⁷ MORETTI, Barbara. *La violenza sessuale tra conoscenti*, p. 96.

¹⁶⁸ MORETTI, Barbara. *Ob. cit.*, p. 96.

comportamentos passíveis de apreciação por seus aspectos individuais, familiares, ambientais e sociais e culturais heterogêneos.¹⁶⁹

Em todo caso, e com foco na violência sexual contra a mulher particularmente, a violência é um ato de poder. Como tal, apresenta dimensões subjetivo-psicológicas, culturais e políticas. Sua explicação pode variar de acordo com o parâmetro explicativo que se estabelecer como pressuposto. Pode-se afirmar, porém, a partir de sua constatação como fenômeno social universal, em alguma medida atrelado à agressividade biológica e à projeção de reminiscências primitivas, próprias da ancestralidade animal do homem, que a maneira como se reage, individual e socialmente, à violência (tomada como realidade cultural), também se reconhece como realidade social e culturalmente construída.

4.2.3 A violência sexual como símbolo da brutalidade idiossincrática contra a mulher

Os estudiosos procuram explicar ou compreender o comportamento sexual desviante a partir de alguma orientação básica, ora de cunho biológico, ora psicológico (analítico ou cognitivo-comportamental) ou social (com especial ênfase nos vínculos familiares).

As primeiras teorias a respeito se basearam no paradigma biológico, e podem ser agrupadas na perspectiva lombrosiana do final do século XIX. Segundo o próprio Lombroso, cujo pensamento era compartilhado por outros biólogos positivistas da época, a presença de determinadas características fisiológicas particulares determinava a propensão para condutas sexuais abusivas, conformando a categoria do “violentador psicossomático”, cuja origem estava vinculada à epilepsia e ao atavismo. Posteriormente, no curso do século XX, alguns autores investigaram a determinação biológica para a violência sexual a partir de anomalias cromossômicas e genéticas, especialmente relacionadas a algumas síndromes, como a síndrome XYY e a síndrome de Klinefelter.¹⁷⁰ Ocorre que nem as teorias biológicas propriamente ditas, nem as sociobiológicas da escola evolucionista darwiniana, baseadas em esquemas cerebrais (estrutura mental) predispostos e modelos genéticos programados a escolhas de machos viris capazes da proteção da prole, de um lado, e mulheres férteis e sensuais, de outro, conseguiram firmar-se em bases empíricas satisfatórias, capazes de explicar a determinação de distúrbios da orientação e do comportamento sexuais.¹⁷¹

¹⁶⁹ MORETTI, Barbara. *La violenza sessuale tra conoscenti*, p. 97.

¹⁷⁰ Com relação ao estudo empírico decorrente dessas variantes, o que se costuma reconhecer é não é propriamente a maior tendência a delinquir, mas a imaturidade e consequente dificuldade de relacionamento afetivo, especialmente com o gênero feminino. MORETTI, Barbara. *Ob. cit.*, p. 98-99.

¹⁷¹ MORETTI, Barbara. *Ob. cit.*, p. 100.

Ainda no plano biológico, mas com maior prestígio, citam-se ainda as teorias que se referem a anomalias endocrinológicas e que sugerem uma relação entre a produção do hormônio masculino (testosterona) e certos níveis de hormônio luteinizante (LH) e comportamentos sexualmente desviantes, com foco na estimulação erótica projetada pelas funções hormonais: trata-se de estudos muito incipientes no que se refere às conclusões de seu grau de determinação no nível da agressividade associada à atividade sexual.¹⁷² O último nível desses estudos, ainda no plano biológico, vem representado por investigações sobre a hipotética correlação entre disfunções neurológicas e comportamentos sexuais agressivos, focadas na região do cerebelo, lobos frontais e temporais (cuja atividade teria grande influência no comportamento sexual do indivíduo).¹⁷³ Já se sabe que alguns neurotransmissores e neuromoduladores podem ter seus influxos alterados por causas naturais como estados patológicos de natureza traumática, vasculares, tumorais ou degenerativas, assim como também pela administração de drogas, que provocam maior desinibição sexual, com influência na cognição e na gestão das emoções.¹⁷⁴ Porém, o que se pode concluir é que nenhuma teoria biológica é suficiente para estabelecer inexoravelmente um nexos etiológico entre alguma anomalia natural e comportamentos sexualmente desviantes, embora se possa atribuir a este aspecto um impacto significativo no espectro de uma compreensão multifatorial que a delinquência sexual desafia.

Por isso se desenvolvem, ainda e sempre, teorias radicadas no paradigma psicológico. As teorias psicanalíticas têm sua referência teórica desenvolvida a partir do conceito freudiano de *perversão* (1905), concebida a partir de atos desviantes do padrão sexual considerado “normal” (penetração vaginal pela pessoa do sexo oposto).¹⁷⁵ Freud construiu, todavia, o conceito de perversão a partir da categorização de “pulsões parciais” relacionadas a objetos e a escopos do prazer, focando o desenvolvimento da percepção de natureza sexual em confronto com as ideias de fixação e regressão: sua hipótese era escalonada em cada fase de desenvolvimento da personalidade sexual, em graus progressivos de maturidade que se projetavam na sucessiva, caso o indivíduo não completasse adequadamente o percurso de maturação, que, dessa maneira, concretizava formas de fixação como estágios precoces de desenvolvimento ou particulares facilidades de regressão a formas imaturas de sexualidade, entre elas a agressividade.¹⁷⁶ A sexualidade pervertida seria, assim,

¹⁷² MORETTI, Barbara. *La violenza sessuale tra conoscenti*, p. 101.

¹⁷³ MORETTI, Barbara. *Ob. cit.*, p. 102.

¹⁷⁴ MORETTI, Barbara. *Idem. Ibidem.*

¹⁷⁵ MORETTI, Barbara. *Ob. cit.*, p. 103.

¹⁷⁶ MORETTI, Barbara. *Ob. cit.*, p. 104.

uma expressão por regressão da sexualidade infantil e imatura. A agressividade constituiria nesse contexto uma particular inclinação do instinto sexual, como aspecto inato da *psique* humana, coexistindo inexoravelmente impulsos agressivos e impulsos libidinosos. Haveria, assim, uma permanente contraposição entre pulsões e sua antítese que determinaria a violência como expressão da agressividade ou, quando menos, a conduta perversa (ou pervertida).¹⁷⁷ Outros teóricos da psicanálise comungam da ideia da agressividade como aptidão inata, com maior ou menor relação com o processo de maturação da sexualidade, como Melanie Klein (*The importance of symbol formation in the development of the ego*, 1930) e Erich Fromm (*The anatomy of human destructiveness*, 1973). Importantes, ainda, as investigações sobre o processo de ruptura com estereótipos culturais ligados à identificação de meninos com a própria mãe, apontando a perversão como um defeito das defesas psicológicas envolvidas nesse processo, como defende Robert Stoller (*The erotic form of hatred*, 1975).¹⁷⁸

Condensando a perspectiva psicanalítica, Nicholas Groth (*The psychology of the offender*, 1979) sustenta que nos casos mais comuns de violência sexual a conduta se relaciona com o desejo do sujeito de demonstrar poder, autoridade e controle no confronto com a vítima, utilizando a violência como instrumento de compensação dos próprios sentimentos profundos de insegurança e inadequação familiar ou social.¹⁷⁹ Ou seja, o fundamento generalizante se desvincula do suporte erótico, próprio da orientação sexual, e se liga aos conflitos existenciais não resolvidos. Também Claude Balier recorre a uma certa “carga destrutiva inconsciente” do indivíduo que, no ato sexual violento, encontra uma momentânea descarga e um temporário alívio da própria angústia (ou pulsão) de morte, cuja gênese estrutural se instala ainda na infância, em virtude da angústia derivada da problemática admissão de que a mãe o exclui em favor de outro homem.¹⁸⁰

O questionamento fundamental que se pode apresentar às teorias psicanalíticas é que todas elas, desprezando a particularidade de cada comportamento individual e seu contexto social específico, tendem a teorizar genericamente a partir da dicotomia comportamento normal/patológico, mitigando a compreensão histórica e cultural que permeia o emprego da violência como mecanismo de poder, simbólico, erótico ou simplesmente oportunista, mitigando as discussões sobre as possibilidades de utilização consciente das pulsões eróticas pela via política da violência, como expressão individual ou coletiva.

¹⁷⁷ MORETTI, Barbara. *La violenza sessuale tra conoscenti*, p. 104.

¹⁷⁸ Sobre as teorias psicanalíticas que associam agressividade e sexualidade: MORETTI, Barbara. *Ob. cit.*, p. 108-113.

¹⁷⁹ MORETTI, Barbara. *Ob. cit.*, p. 114.

¹⁸⁰ MORETTI, Barbara. *Ob. cit.*, p. 115-116.

Há, como efeito, estudos centrados nos aspectos de exteriorização e observação dos atos sexuais violentos, mais que nos componentes psicodinâmicos ou estruturais da personalidade profunda.

A estas se somam, finalmente, teorias cognitivo-comportamentais, que projetam a atenção do estudo, transversalmente, no comportamento da própria vítima e nos mecanismos de vitimização primária.

Aqui, para além das tentativas de construção teórica do ramo psicológico que tenham por objetos o agressor e/ou seu comportamento funcionalmente reconhecido como “violência” – no plano comportamental vislumbramos a violência sexual como subtipo de orientação sexual –, aderimos à dimensão sociológica do comportamento como dado social e, pois, cultural, passível de constatação empírica e análise discursiva em confronto com a realidade, bem como de compreensão sócio-jurídica no paradigma dos direitos fundamentais positivados nas Constituições locais.

O estupro praticado com violência real é agressão sexual especialmente particular pela produção de efeitos diretos e indiretos, imediatos e futuros, temporários e permanentes. Todas as consequências nocivas se projetam sobre a mulher violentada, e lamentavelmente por uma ação por ela não desejada, antes recusada e contrastada. O ponto fulcral da violência sexual reside exatamente nas dramáticas sequelas de variada ordem que a mulher é forçada a suportar. O estupro absorve um bem material constituído do próprio corpo da mulher, mas ao mesmo tempo ultraja um bem incorpóreo, impalpável, imaterial: a dignidade e a própria personalidade da mulher. E nisso reside a essencial particularidade e especificidade dessa violência.¹⁸¹

A violência contra as mulheres no ambiente familiar é igualmente exponencial e parece disseminar-se progressivamente, inclusive em lugares onde são razoáveis os indicadores econômicos e sociais.¹⁸² Isso nos faz reclamar a revisão urgente do debate sobre as relações privadas entre homem e mulher, bem como sobre a própria noção de família. O homem sempre foi retratado historicamente como forte, capaz de defender sua comunidade honrosamente na guerra, e prover o sustento e guarda da família em tempos de paz. Logo, ao homem se associou a imagem de força, de resistência. Mas o que se está revelando, no curso das mudanças históricas, é um homem frágil, inseguro e desequilibrado. Incapaz de lidar com perdas, repúdios e abandonos, recorrendo à violência em compensação à imaturidade estrutural e em contramedida à rejeição feminina.

¹⁸¹ CICONTE, Enzo. *Storia dello stupro e di donne ribelli*, p. 79.

¹⁸² CICONTE, Enzo. *A violência contra as mulheres: uma visão histórica comparada*. (Comunicação oral)

O Professor Enzo Cicone, outrossim, recorre a referências psicológicas dessa envergadura para referir-se ao comportamento sexual violento, como o estupro, por exemplo. Isso porque na relação entre um homem e uma mulher, quando duas pessoas se encontram, o recurso natural seria a sedução, a peleja da conquista por meio de elementos sensíveis. Nessa relação comunicativa, havia um tempo em que para a mulher não era permitido o “primeiro passo”, restringindo-se culturalmente o gestual que despertasse a atenção do homem, de quem se esperava a iniciativa. À mulher se reservava, pois, o sim ou o não. A violência (ou a força) é o contraponto insensível ao “não”. Mas a conquista pela violência, segundo Cicone, é a demonstração do fracasso da conquista¹⁸³, um comportamento compensatório da derrota pela força.

A violência, também aqui, seria uma demonstração paradoxal da fraqueza, canalizada pela força bruta, como instrumento de domínio, submissão, uma tentativa de restabelecer à mulher um papel secundário e subserviente. Nessa perspectiva, mesmo a violência brutal reproduziria uma relação típica de exercício do poder. Para Enzo Cicone, então, o estupro se explica pela “convicção da posse”, e não por uma paixão sexual ou fetiche deturpado. Para o professor da Calábria, é uma expressão masculina de “vontade de domínio, comando, submissão”.¹⁸⁴ Logo, nenhum estupro seria determinado porque uma mulher apresenta certo comportamento ou se veste de tal ou qual maneira, ou pela incapacidade do homem de determinar-se em atenção a certos pulsos eróticos. Caso contrário, toda relação entre homem e mulher seria violenta, o que em realidade não se observa.

À vitimização primária soma-se a violência estrutural-institucional. Conta-se um episódio interessante passado num processo judicial, em que se julgava uma imputação de estupro: o advogado teria oferecido ao juiz uma agulha e uma linha, instigando-o a transpassá-la, contando obviamente com a falta de habilidade do juiz para a costura. A suposição, que se pretendia levar ao magistrado, é que um homem não conseguiria estuprar uma mulher, se esta resistisse minimamente, bastando que não ficasse parada.¹⁸⁵ O exemplo é emblemático para demonstrar que, além da violência propriamente dita, a mulher vítima de violência sexual é constantemente vítima de uma cultura que procura justificar e tolerar essas práticas. Nesse segundo momento, institucional, fala-se em vitimização secundária. O momento em que, para além da violência física, real, remanesce a violência da cultura, no que se refere à maneira como comunidade enfrenta a notícia da violência. E todas as mulheres

¹⁸³ CICONTE, Enzo. *A violência contra as mulheres: uma visão histórica comparada*. (Comunicação oral)

¹⁸⁴ CICONTE, Enzo. *Idem*.

¹⁸⁵ CICONTE, Enzo. *Idem*.

sofrem a violência cultural, que é cotidiana e estrutural, mesmo as que não foram vítimas da violência física.

Partindo dessa assertiva, Enzo Cicone dedicou-se à pesquisa de mais de dois mil processos de estupro, segundo ele similares aos que ocorrem por toda parte.¹⁸⁶ As suas conclusões pretendem desmitificar vários preconceitos. O primeiro é o que diz que a mulher violentada não reage e não denuncia. Depois, a falsa ideia de que a mulher, no fundo, dá seu consentimento, quer ser violentada. Terceiro, que a mulher provoca a ação do homem, sendo igualmente responsável pela deflagração do comportamento reativo do homem, que, incapaz de governar os próprios instintos, a violentaria. Enzo Cicone defende então que não é assim que acontece, que ocorre uma inversão da realidade. Ele tem seu foco na observação do comportamento masculino. Para tanto, analisa estupros ocorridos entre 1800 e 1900, quando era disseminada a “cultura da honra”, época em que predominava ainda a “cultura da virgindade” feminina, sinônimo de pureza e honestidade. A mulher tinha que chegar virgem ao matrimônio, tinha de fazer de tudo para vigiar a própria virgindade, para protegê-la, pois era o único e maior bem que ela possuía como próprio.¹⁸⁷ A virgindade era sinal da honra feminina; portanto, uma mulher que era violentada era uma mulher sem honra, destinada a suportar um processo de vergonha social. Além de perder sua honra e afrontada em sua dignidade, a vítima era condenada socialmente a “vivenciar o estupro como uma vergonha”,¹⁸⁸ como se fosse ela própria, desafortunadamente, a culpada. Na própria tradição católica, era o bem supremo que mostrava, no plano matrimonial, que a mulher respeitava os valores familiares, à projeção da família divina e da figura de Maria – a mãe imaculada do próprio filho de Deus, concebido sem relação sexual precedente.¹⁸⁹

Então a mulher tinha que proteger sua virgindade. Caso contrário, ela ficava desonrada. E isso não só porque ela, por própria vontade, decidia livremente perder a virgindade. Ela era também desonrada se a virgindade lhe fosse violentamente retirada. Nesse

¹⁸⁶ Refere-se, especialmente, às conclusões similares a que teriam chegado Joanna Bourke e Georges Vigarello ao analisarem casos no Reino Unido, França e Estados Unidos. CICONTE, Enzo. *Storia dello stupro e di donne ribelli*, p. 19.

¹⁸⁷ CICONTE, Enzo. *Ob. cit.*, p. 79.

¹⁸⁸ CICONTE, Enzo. *Ob. cit.*, p. 82-83.

¹⁸⁹ Enzo Cicone ensina que nem sempre foi assim. Antes do Concílio de Trento, a igreja católica não se intrometia nas coisas pessoais do casal. Mas nesse conselho se estabeleceu algo muito simples: que apenas o matrimônio católico, diante de um padre com duas testemunhas, se regulava a relação entre uma mulher e um homem. Antes, nos costumes locais, era possível que um homem e uma mulher decidissem conviver sem criar escândalo ou vergonha. Mas depois de Trento incutiu-se a ideia de que a virgindade era o bem supremo. Cf. CICONTE, Enzo. *A violência contra as mulheres: uma visão histórica comparada* (Comunicação oral). Do homem, portanto, esperava-se que matasse quando fosse ferida a honra, dele ou da própria mulher de sua família. Como se comportava? Ele matava por vingança ou escolhia outra alternativa? Essa análise dialoga com as pesquisas empreendidas por Muchembled sobre a violência masculina, e já referidas no corpo deste trabalho.

limite sutil e dramático entre vontade e violência o mundo mudava para uma mulher. Enquanto uma mulher virgem caminhava com cabeça erguida na sociedade e era respeitada e reverenciada por todos, a mulher deflagrada antes do casamento angariava a desestima social. Isso explica porque em muitos casos de violência a mulher se calava. Não falava porque, se falasse, perdia sua dignidade familiar e social. Estabelecia-se uma contradição: a mulher ficava calada e quem falava era o homem/abusador. Por quê? Porque ao propalar o próprio ato violento o homem se reafirmava em sua virilidade masculina, angariando prestígio junto aos que compartilhavam o mesmo código de valores. A violência era tida como sinal de triunfo, a conquista violenta como afirmação da virilidade sobre a resistência feminina. A mulher/vítima se calava; e o homem/agressor se gabava do abuso perpetrado. O silêncio era uma estratégia de autodefesa da vítima, que teria de suportar a objeção e a censura sociais, não bastasse a violência já suportada. A mulher tentava se proteger no silêncio, aspirando ao silêncio dos homens. Mas se o fato chegasse ao conhecimento alheio, se o silêncio fosse rompido, a mulher verbalizava o ocorrido. No momento em que a voz comum comenta o ocorrido, a mulher sente-se compelida a noticiá-lo e reclamar providências. Em outros casos, elas eram violentadas no campo, em lugar aberto, contando o que aconteceu à primeira pessoa que encontravam quando voltavam para casa, porém na expectativa de que o conhecimento permanecesse restrito. Então, durante o processo, a violência e o silêncio serão sempre avaliados nesse contexto cultural.¹⁹⁰ Isso é muito importante para compreender a reação da mulher ainda em nosso tempo.

Depois do Concílio de Trento, porém, as leis do Estado tentam proteger as mulheres. Uma delas tinha impacto pragmático muito significativo: *aut nubat aut dotet*¹⁹¹. Este princípio se aplicava se uma mulher tivesse sido deflorada, independentemente de a relação ter sido consensual ou com violência. O importante é que não havia mais virgindade. A mulher ia perante um juiz e contava o fato, indicando o homem que tirou sua virgindade. O juiz condenava esse homem a uma pena, à sua própria escolha: ou se casava com a mulher ou lhe dava um dote, neste caso representado por recursos que compensariam a mulher, na contingência de não se casar por não ser mais virgem, renovando suas possibilidades

¹⁹⁰ CICONTE, Enzo. *A violência contra as mulheres: uma visão histórica comparada*. (Comunicação oral)

¹⁹¹ A obrigação de reparar o dano causado à mulher vítima de estupro com o casamento ou com o dote patrimonial, segundo as posses do sujeito, deriva do Direito mosaico, depois incorporada no direito canônico e finalmente trasladada para os ordenamentos jurídicos dos antigos estados italianos. CICONTE, Enzo. *Storia dello stupro e di donne ribelli*, p. 28-30.

matrimoniais em função do dote patrimonial. Essa era a realidade na Itália e em boa parte da Europa em torno de 1700.¹⁹²

Essa regulação, porém, trouxe consequências: famílias de mulheres pobres praticamente as ofereciam para um homem que tinha dinheiro, como forma de garantia de casamento ou patrimônio. Quando se tratava de um jovem homem, de origem aristocrática burguesa, normalmente se optava pelo ressarcimento pecuniário, pois a sociedade da época repudiaria o casamento com uma moça pobre, oriunda de família sem tradição. Os casos se repetiam com tal constância que a burguesia influenciou a alteração da lei. A relação consensual é então excluída do juízo penal. Atribui-se à mulher a culpa pelo consentimento. Logo, perdendo a virgindade, restaria à mulher a proteção em caso de violência sexual. A mulher denunciava o homem por violência sexual, então, inclusive para garantir o casamento e, com ele, evitar a desonra social. O problema surgia quando o homem era casado, em união que não admitia dissolução, e não tinha posses. Nesses casos, entendia-se que a mulher tinha uma razão válida para denunciar o homem e, costumeiramente, o juiz condenava o homem com base na palavra da vítima, mesmo na ausência de outras provas circunstanciais. Isso porque, ao denunciar um homem, a mulher perdia sua reputação, honra, que era tudo que ela tinha. A lei se referia à moral como objeto da tutela penal. As penas não eram severas, mas eram penas, cuja intensidade variava no tempo. Mas a pena nunca foi fator de prevenção geral nesse caso.¹⁹³

Podemos extrair desse período a ideia que se reforçou, de que as mulheres precisam ser vigiadas exatamente para evitar que percam a virgindade, o capital mais importante para concorrer ao casamento. Com isso, as mulheres foram gradativamente impedidas de caminharem pelas ruas, saírem de casa sozinhas, tinham que tomar cuidado com as companhias masculinas ou mesmo evita-las, permanecendo em casa enquanto aos meninos se ofereciam as experiências da vida livre. As mulheres eram induzidas a ter vergonha. E havia até mesmo a concepção de que a mulher casada (que naturalmente se presumia que perdeu a virgindade), se denunciava qualquer violência, era desprestigiada, aos olhos da comunidade e do marido, obviamente quando não era este o próprio agressor.

Ocorrido o estupro, a mulher o levava ao conhecimento do juiz. Como se comportava o denunciado? Às vezes tentava reparar o dano causado e daí se iniciava o que Enzo Ciconte denomina “mecanismo reparador”: os parentes do estuprador, seus pais, procuravam os pais da mulher violentada, oferecendo-lhe o dote ou até o casamento em como

¹⁹² CICONTE, Enzo. *A violência contra as mulheres: uma visão histórica comparada*. (Comunicação oral)

¹⁹³ CICONTE, Enzo. *Idem. Ibidem*.

forma de compensação, caso a mulher desistisse da notícia que apresentara ao magistrado. Quando estuprada por vários homens em grupo, convidava-se a mulher a escolher um dos violentadores para se casar. Ou ainda todos pagariam o dote e um deles se casaria. Estabeleceu-se, a partir daí, um retorno ao *aut nubat aut dotet*, porém como decorrência de uma negociação privada, e não mais como imposição judicial. De acordo com o Professor Enzo Cicone, algumas mulheres aceitaram, subjugadas pela condição de pobreza do campesinato e pela falta de perspectivas sociais fora do casamento. Porém, muitas não aceitavam, nem dinheiro nem casamento. Pretendiam a condenação do agressor, desejavam sua prisão. Consignavam o repúdio à união a quem lhes desrespeitou a dignidade, forçando o ato sexual não consentido.¹⁹⁴ São os primeiros registros de atos civilizatórios, próprios de uma cultura de resistência, com esses discursos das vítimas!

Havia casos em que o jovem agressor, apaixonado pela mulher, mas contando com resistência da moça ou da própria família, raptava-a e a violentava, depois fazia saber a todo mundo o ocorrido, para que fosse deflagrada a obrigação de com ela se casar. E invariavelmente a família da jovem sugeria o casamento como meio de compensação do dano já concretizado. Mas em muitos casos essas mulheres recusavam ainda assim o casamento. Enzo Cicone frisa que, aqui, o que estava em jogo não era a relação de amor ou de sexo, mas a resistência a uma prática de domínio e submissão.¹⁹⁵

O casamento ou o dote não funcionavam como pena propriamente. Em caso de condenação, aplicava-se pena privativa de liberdade, por período relativamente breve. O matrimônio era uma espécie de ressarcimento pela virgindade perdida. Em termos práticos, o casamento era uma alternativa à punição. Se a mulher recusava o casamento compensatório, o caminho remanescente era o processo penal. Não é fácil imaginar como eram as práticas processuais relativas a crimes sexuais nos idos de 1800-1900, um momento histórico muito peculiar.

Enzo Cicone relata que, denunciada a violência sexual, a mulher era submetida a perícia médica para constatação do dano, com toda a defasagem da arte médica rudimentar da época. Há, nos processos, o registro de práticas terríficas, com visitas médicas e práticas invasivas que se repetiam várias vezes. Em defesa, o acusado alegava desde a incoerência do fato, incapacidade de entender e de querer e, frequentemente, que se encontrava bêbado no momento da relação; alegava que foi dominado pelo diabo, ou dizia que foi seduzido pela própria vítima, a quem se atribuía a pecha da prostituição, pois a pena para quem violentava

¹⁹⁴ CICONTE, Enzo. *A violência contra as mulheres: uma visão histórica comparada*. (Comunicação oral)

¹⁹⁵ CICONTE, Enzo. *Idem*.

uma prostituta era reduzida de metade.¹⁹⁶ Procurava-se ainda provar que a vítima já não era virgem, pois esse era o objeto fundamental da tutela penal. Outra tese peculiar consistia em negar a penetração total, admitindo embora a parcial. E quantos centímetros eram necessários para determinar se houve estupro? Isso conduzia invariavelmente a uma oitiva com dano renovado para a vítima, interrogada em tribunal público, perante camponeses, com questionamentos relativos, por exemplo, ao nível de penetração a que teria sido submetida. Perguntava-se isso para decidir se houve ou não estupro, ou se se tratava de “estupro parcial”. Isso significava expor uma mulher, muitas vezes uma camponesa humilde, ao espetáculo público. Constam dos processos perguntas relativas a “quantos centímetros” de penetração, bem como “se a mulher sentiu prazer ou não”, embora se tratando de perseguição de crime violento. Se a vítima admitia o prazer, não obstante a prática de ato sem seu consentimento inicial, o acusado devia ser absolvido.¹⁹⁷

Como normalmente não havia testemunhas presenciais, o objeto de prova recaía sobre a reputação pessoal da vítima. Fazia-se, pois, um juízo moral sobre o comportamento da vítima. Se saía de casa, se andava com homens, se lhes dava confiança, e até se dançava em público, especialmente com homens. Logo, o objeto da causa se deslocava, passando à vítima a obrigação de defender a própria reputação. Portanto, noticiar a violência sofrida era, por si só, um ato de extrema bravura e coragem. A denúncia colocava a vítima no Tribunal em confronto com seus amigos e inimigos, parentes e toda a comunidade a que pertencia.¹⁹⁸

Deve-se ressaltar que se trata de casos ocorridos na vida comunitária, pois, na época, não havia espaço para rebelar-se contra a violência familiar. A cultura da época não admitiria, por exemplo, a alegação da mulher de que fora estuprada pelo próprio marido, ou por ascendente ou parente próximo. Era relativamente comum a substituição da mulher pela filha jovem no leito familiar, em eventuais ausências sazonais da esposa.¹⁹⁹

Não é difícil concluir que, ao absolver os homens, os juizes defendiam a si mesmos, dentro de um padrão comportamental próprio de seu tempo e de seus anseios de moralidade. Era comum, nas sentenças, o questionamento sobre a ausência de reação da mulher. O argumento principal residia na ausência de reação física ou mesmo por meio de

¹⁹⁶ CICONTE, Enzo. *A violência contra as mulheres: uma visão histórica comparada*. (Comunicação oral)

¹⁹⁷ CICONTE, Enzo. *Idem*.

¹⁹⁸ CICONTE, Enzo. *Idem*.

¹⁹⁹ CICONTE, Enzo. *Idem*.

gritos por socorro: não se concebia que a mulher, diante de uma agressão, pode reagir de maneira diversa, sucumbindo à opressão violenta em silêncio.²⁰⁰

Mas já se verificava também a presença de outra postura a cargo de alguns juízes que se sensibilizavam com a situação das mulheres, condenando o homem a penas graves e com argumentação robusta. Era um comportamento avançado para a época, que respeitava a liberdade comportamental da mulher: reconheciam o direito dela, antes da violência, comportar-se como queria. Se dançava, se já tivera relação com outros homens, isso não autorizava que fosse submetida à violência sexual. Já conferiam proeminência, em termos probatórios, à existência ou não do consentimento para o ato sexual, independentemente de sua virgindade.²⁰¹

Na segunda parte de sua pesquisa, Cicone mira os casos do início de 1800 a 1965. Esse período coincide com um dado importante: a chegada das mulheres à magistratura. Essa é uma circunstância que deve ser levada em consideração, porque o ponto de vista da magistratura muda e, com ele, o discurso de gênero gradativamente se edifica.

4.3 A emancipação da mulher como instrumento cultural de reação ao domínio da violência diante das capacidades limitadas do Direito Penal

Segundo Laraia, ressalvadas algumas sociedades africanas, nas quais as mulheres desempenham papéis importantes na vida ritual e econômica, na maior parte das culturas os indivíduos do sexo masculino têm uma participação na vida cultural mais ampla.²⁰² Paradoxalmente, casos dramáticos de violência contra a mulher ocorrem com significativa frequência naquelas comunidades, eventualmente perpetrados pelas próprias mulheres em sequência a tradições ritualísticas, como se dá no fenômeno da mutilação genital feminina, de incidência constante na África subsaariana.

²⁰⁰ Também usavam o “discurso de Ovidio, *vis grata puellis*”. No fascismo planteou-se o mito do homem forte, do macho latino, que resolvia tudo com força e violência. Ali se teorizou que a mulher não consentia porque dela se esperava a “falsa resistência”, como sinal de que era honesta. Diante do assédio ou oferta do homem, ela tem que dizer que não, pois se estiver prontamente disponível será considerada prostituta. Logo, o “não” é um “sim mascarado”, e por isso o homem deve insistir, estando autorizado a usar alguma força para convencimento; a força é integrada no “jogo da sedução”, tal qual o não inicial da mulher. Logo, se se provasse algum nível inicial de relacionamento entre homem e mulher, o agressor restava absolvido, ainda que tivesse empregado violência para a prática sexual afinal. Em Ovidio isso é poesia. Mas os juízes recorriam a essa lógica para absolver os homens. Era comum, nesse contexto, os juízes fundamentarem que bastaria a mulher desvincular-se ou fechar as pernas se quisesse impedir. Não importa se o homem é mais forte que ela. Se há um consentimento inicial para a prática de atos preliminares, a absolvição se impõe, pois se espera do homem que prossiga, ainda que com o emprego de força para afastar uma “falsa resistência”. Cf. CICONTE, Enzo. *A violência contra as mulheres: uma visão histórica comparada*. (Comunicação oral)

²⁰¹ CICONTE, Enzo. *Idem*.

²⁰² LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, p. 80.

A primeira diferenciação da vida humana se baseia anatômica e fisiologicamente no dimorfismo sexual, o que instiga o questionamento sobre as diferenciações comportamentais entre homens e mulheres para o campo do determinismo biológico, não obstante, antropologicamente, serem múltiplos os exemplos de atividades atribuídas indistintamente a homens e mulheres de acordo com a variação da cultura dos povos, em todas as épocas e lugares de que se tem notícia. Assim, como registra Laraia, a verificação dos mecanismos de divisão sexual do trabalho mostra que sua atribuição predomina em razão de fatores culturais, com extrema preponderância sobre uma suposta racionalidade biológica, ainda que se discutam os papéis e expectativas sociais a partir das diferenças decorrentes do aparelho reprodutor humano.²⁰³ O comportamento de homens e mulheres, nessa perspectiva, é decorrência de uma realidade construída por meio do aprendizado (endoculturação) e, assim, na dimensão social em que se pretende analisar a questão, a divisão do poder e o acesso aos mecanismos de fruição das vantagens comunitárias estão diretamente relacionados a um modelo de educação diferenciada entre meninos e meninas.

Numa importante vertente da sociologia do conhecimento, a que aderimos, a realidade é socialmente construída. Nesta afirmação, podemos definir “realidade” como uma qualidade pertencente a fenômenos que reconhecemos terem um ser independente de nossa própria volição, sendo impossível, assim, “desejar que não existam”; e “conhecimento” como a certeza de que os fenômenos são reais e possuem características específicas.²⁰⁴ Com este raciocínio Berger e Luckmann sintetizam o problema fundamental da sociologia do conhecimento, com pretensão de validade para o “homem da rua” e para o filósofo. Assim, a sociologia do conhecimento, referindo-se à análise da construção social da realidade, “trata das relações entre o pensamento humano e o contexto social dentro do qual surge”.²⁰⁵

A sociologia do conhecimento, ademais, declara-se imediatamente influenciada por três concepções que lhe serviram de antecedentes referenciais. A primeira é a declaração marxista de que a consciência do homem é determinada por seu ser social. Em igual medida, os conceitos de “ideologia” (ideias que servem de armas para interesses sociais) e “falsa consciência” (pensamento alienado do ser social real do pensador). A segunda é a perspectiva de Nietzsche sobre o pensamento humano como instrumento na luta pela sobrevivência e pelo poder. De certo modo, a sociologia do conhecimento é uma releitura específica do que

²⁰³ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, p. 19.

²⁰⁴ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, p. 11.

²⁰⁵ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *Ob. cit.*, p. 15.

Nietzsche chamava de “arte da desconfiança”.²⁰⁶ A terceira e última se assenta no historicismo de Wilhelm Dilthey, no sentido da relatividade de todas as perspectivas sobre os acontecimentos humanos, isto é, “da inevitável historicidade do pensamento humano”.²⁰⁷

Essas influências reconhecidas explicitamente por Berger e Luckmann permitem entender melhor como os componentes ideológicos se entrelaçam na sociologia do conhecimento com a compreensão de que não há pensamento humano que seja imune às influências ideologizantes de seu contexto social. É neste panorama que Berger e Luckmann estruturam seu método:

*A sociologia do conhecimento deve ocupar-se com tudo aquilo que é considerado “conhecimento” na sociedade. [...] O pensamento teórico, as “idéias”, Weltanschauungen não são tão importantes assim na sociedade. Embora todas as sociedades contenham estes fenômenos, são apenas parte da soma total daquilo que é considerado “conhecimento”. [...] Exagerar a importância do pensamento teórico na sociedade e na história é um natural engano dos teorizadores. Isto torna por conseguinte ainda mais necessário corrigir esta incompreensão intelectualista.*²⁰⁸

A sociologia do conhecimento, tratando da construção social da realidade, deve ter seu foco central no “conhecimento” do senso comum. Nesse processo, quanto aos pressupostos sócio-psicológicos, especialmente importantes para a análise da interiorização da realidade social, recorrem ao interacionismo simbólico, com destacada referência a George Herbert Mead:

O malogro em fazer a conexão entre a psicologia social de Mead e a sociologia do conhecimento, por parte dos interacionistas simbólicos, relaciona-se [...] com a limitada “difusão” da sociologia do conhecimento nos Estados Unidos, mas seu fundamento teórico mais importante tem de ser encontrado no fato de Mead e seus adeptos posteriores não terem criado um conceito adequado da estrutura social. Precisamente por esta razão, pensamos, é tão importante a integração das abordagens de Mead e de Durkheim.[...] Há uma considerável ironia no fato de ultimamente os teóricos neomarxistas estarem procurando uma ligação com a psicologia freudiana (fundamentalmente incompatível com as premissas antropológicas do marxismo), esquecendo completamente a existência da teoria de Mead sobre a dialética entre a sociedade e o indivíduo, que seria imensamente mais compatível com sua própria abordagem.²⁰⁹

Enquanto a mulher sucumbe à violência, submetendo-se à autoridade social masculina, colabora para a sua perpetuação e amplia as possibilidades de sua própria

²⁰⁶ Os conceitos são extraídos da vida “mundana”, não de uma contemplação transcendental por filósofos “iluminados”. NIETZSCHE, Friedrich. *Ouvres philosophiques*, p. 215.

²⁰⁷ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, p. 19.

²⁰⁸ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *Ob. cit.*, p. 29.

²⁰⁹ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *Ob. cit.*, p. 32.

vitimização em relação a crimes mais graves. Deve-se romper a banalização da violência e os discursos de sua justificação sociológica. A violência é uma forma contínua de dominação e posse do homem sobre a mulher. Porém uma forma de dominação difundida também entre as próprias mulheres, realidade que se reconstrói socialmente em ciclos geracionais sucessivos.

Portanto, a única fórmula de rompimento com um processo ancestral de dominação pela violência é a elaboração de estratégias radicais de emancipação da mulher. A primeira e óbvia condição, dentro de uma perspectiva culturalista, passa dialogicamente pela educação e pela prevenção, confrontando a realidade com a disseminação das ideias de “não violência”: direcionadas à educação dos meninos! Mas essas medidas não são suficientes. Deve-se estimular a agregação das mulheres em movimentos coletivos sociais, institucionalizados ou não, que lhes deem voz e força, inclusive ampliando-se as possibilidades efetivas de experimentação da violência defensiva. Isso permitiria o desvelamento da inefetividade das providências jurisdicionais de proteção e de assistência (social, psicológica etc.) à mulher vítima de violência individual.

Vimos, desde as retrospectivas históricas sistematizadas por Muchembled, que a normatização informal machista assentou-se social ou culturalmente na valoração positiva da agressividade, ainda que relativizada (ou “até certo ponto”), como realização enfática da virilidade. Haveria, assim, um código social em favor da virilidade masculina, como projeção aceita da agressividade antropológica. O próprio estabelecimento de uma relação inexorável entre virilidade e violência parece preservar, com exclusividade, a violência como fenômeno tolerável (e até desejável) no universo masculino, negando-se a expressão fática da agressividade às mulheres e, assim, garantindo-se sua sujeição à virilidade-violência masculina.

A violência, então, é expressão física brutal que decorre da virilidade, característica que se atribui à masculinidade. A contenção da violência, pois, passaria pelo desenvolvimento do autocontrole e do controle intergeracional, sempre em atenção ao homem como exclusivo protagonista da violência. Esta percepção revela ainda o paradoxo de se atribuir, na maior parte das sociedades, a educação dos meninos de tenra idade à mãe, reservando-se ao pai o exercício de autoridade e de afirmação do protagonismo machista no interior da família.

No plano da violência sexual, a justificação biológica ou antropológica passaria, neste senso, exclusivamente pela “domesticação dos fenômenos biológicos” derivados da ancestralidade animal a partir da força liberatória do orgasmo. Sempre, nessa visão, uma ideia

de compreensão legitimadora da violência como fenômeno ínsito aos jovens do sexo masculino, como expressão natural de sua virilidade.

Outrossim quanto às limitações intrínsecas do Direito Penal para a afirmação das lutas feministas, convém não perder de vista as conclusões de Mariana Bueno, em reflexiva dissertação de mestrado orientada pelo Professor Renato de Mello Silveira:

[...] O movimento feminista oficial tem apoiado e incentivado essa expansão do Direito Penal, integrando o grupo de gestores atípicos da moral. O principal argumento feminista para essa busca do Direito Penal encontra-se no seu poder simbólico, capaz de aumentar a percepção social da gravidade das violências perpetradas contra as mulheres.

[...] Algumas feministas, contudo, advertem quanto aos riscos que envolvem a associação do movimento feminista com o Direito Penal, especialmente aqueles advindos da transformação de um problema social, em um problema de controle de delito. Com isso, o que era percebido como um complexo fenômeno social de desigualdade de gênero acaba sendo reduzido a um ato concreto de violação entre indivíduos determinados.

[...] Nesse contexto, a intervenção do Estado por meio do Direito Penal assume contornos paternalistas e alimenta a percepção da mulher como vítima, como ser frágil e indefeso. Por outro lado, diante da característica do Direito Penal de reprodutor das discriminações de gênero, a mulher que se submete ao sistema penal sofre uma dupla vitimização, na medida em que as instituições públicas reproduzem os preconceitos, discriminações e estereótipos impregnados na sociedade.²¹⁰

Nesse panorama, defendemos que novas formas de controle e educação serão sempre limitadas, se não incluírem possibilidades concretas de redistribuição dos comportamentos violentos que admitam a canalização da agressividade em contraposição defensiva exercida pelas mulheres. Esse é o principal dado a ser incorporado nos contextos educacionais de crianças para além de uma política escolar baseada em igualdade de gênero. Não se trata de igualdade artificial, que aniquile as peculiaridades e os espaços normativos próprios das relações familiares e sociais, no aspecto cultural; mas igualdade de oportunidades sociais que confirmem autonomia, voz e participação nas decisões político-econômicas às mulheres, nos ambientes familiar e social. Há estreitíssima vinculação entre a psicologia do conhecimento e a compreensão cultural do comportamento, mimeticamente construído, reproduzido e reforçado culturalmente.

Não se pode também, sob pena de desaguarmos em utópico romantismo, prescindir do poder de neutralização inerente ao Direito Penal, em casos de graves e violentas lesões à liberdade e à dignidade sexual femininas.

²¹⁰ BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. *Feminismo e Direito Penal*, p. 169-170.

Por outro lado, a invenção da adolescência como categoria geracional, conquista histórica recente, demonstra que é possível construir novas concepções que incorporem possibilidades de rupturas, mas também que realizem uma intermediação não violenta nos processos emancipatórios.

Não se trata aqui, especificamente, de questões relacionadas ao “encontro entre culturas diversas”. Mas de um caminhar da afirmação universal de valores e atitudes emancipatórias que são próprias dos movimentos feministas. A cultura se incorpora às explicações das manifestações toleráveis da violência na medida em que se modelam pelos processos históricos que influenciaram o desenvolvimento de determinadas comunidades. É importantíssimo, também, lembrar que não há linearidade no desencadeamento da evolução dos costumes nas sociedades nacionais. Deve-se, portanto, encarar a violência contra a mulher não como algo cultural, nem biológico inato. Mas como a apropriação cultural pelos homens dos espaços de legitimação do exercício da violência, inclusive no confronto com as justificações oficiais da violência gradativamente monopolizada, supostamente(!), pelo Estado (das sanções corporais ao homicídio – inclusive oficial, como pena ou em decorrência de guerra).

Não é o caso, noutro prisma de observação, de um processo exclusivamente cultural e de complexidade transversal. É um problema humanitário, não apenas no sentido do reconhecimento universal de direitos, mas ligado à expressão da ancestralidade animal da raça humana, em cuja estrutura psíquica convivem pulsões de docilidade e de agressividade, de vida e de morte. A violência, assim, como brutal realização física da agressividade, deve ser rediscutida também democraticamente quanto à sua disponibilidade social em favor das mulheres, e eventualmente exercida por elas próprias em mecanismos de autodefesa. Há que se romper, talvez aqui, ainda que num sentido limitado, no campo das significações simbólicas, o mito do monopólio estatal da violência. O processo em curso de aniquilamento das possibilidades de violência privada, que se contraporia ao “emprego da força legítima” pelo Estado, um tipo especial de violência pública lícita, revitimiza a mulher ao privá-la do desenvolvimento de resistências coletivas agressivas/violentas, embora evidentemente incapaz de prevenir o emprego sistemático e universal (em maior ou menor escala) da violência machista.

O problema da violência contra a mulher não pode ser resolvido com base exclusivamente no Direito Positivo, e muito menos no Direito Penal. Partindo-se dessa premissa, da qual se deve ter clara consciência, o movimento emancipatório tem por mote o rompimento da lógica de que, para que a mulher seja respeitada pelo homem, deve manter-se

submissa às regras e papéis familiares e sociais que lhe são impostos. Essa limitação da tutela penal não passou despercebida a Eleonora Gola, em assunto dramático:

La delicatezza e la complessità delle questioni che ruotano attorno alle Mutilazioni Genitali Femminili è data dall'incontro di molteplici fattori tra cui: i (diversi) connotati simbolici della pratica, la natura culturale della norma che la prevede, la minore età delle bambine ad essa sottoposte, le conseguenze sanitarie, l'eterogeneità delle posizioni delle donne e degli uomini appartenenti alle culture che la praticano, la condanna unanime a livello internazionale ed europeo, le difficoltà degli Stati nazionali a darvi attuazione, i dibattiti concernenti l'opportunità delle medicalizzazione e le proposte di riti simbolici alternativi. Abbiamo rilevato come i Paesi Europei di immigrazione di cui ci siamo occupati ritengano meritevole di condanna penale la pratica delle MGF, talvolta ricondotta alle fattispecie di reato già esistenti (Francia), talaltra costitutiva di un'autonoma fattispecie di reato (Italia, Spagna ed Inghilterra). La strada della criminalizzazione rischia di dimostrarsi inefficace sul piano della pratica del diritto e non si rivela adeguata nella prospettiva di un superamento a lungo termine del radicato rito tradizionale.

La politica del diritto da seguire nell'ottica di un superamento delle pratiche di MGF dovrà *in primis* essere di natura preventiva piuttosto che punitiva. Il percorso da affrontare è quindi molto più lungo e impegnativo e impone una considerazione globale del fenomeno in questione. Tra le misure che si inseriscono in questa strategia, di fondamentale importanza: il riconoscimento del diritto d'asilo alle donne e alle madri che fuggono dal proprio territorio per il fondato timore che esse o le figlie vengano sottoposte all'infibulazione o altra forma di mutilazione genitale, misure concrete per favorire *l'empowerment* delle donne immigrate, specialmente laddove appartenenti a culture minoritarie che le relegano a una condizione di subalternità [...] e il sostegno alle Organizzazioni non governative che operano nei Paesi in via di sviluppo per la realizzazione di campagne di sensibilizzazione e di progetti di cooperazione internazionale in ambito sociale e sanitario. Tali misure devono essere volte a instaurare un processo di interiorizzazione del cambiamento che possa portare ad un definitivo superamento del rito tradizionale, in quanto condiviso all'interno del gruppo.²¹¹

Conclui-se, então, que na pós-modernidade, quando as funções socioeconômicas se distribuem com maior proeminência em função do conhecimento, mais que em retribuição ao trabalho implementado pelos atributos físicos, a *conditio sine qua non* para a implementação de circunstâncias emancipatórias é o amplo acesso de meninas à instrução formal, acompanhada de uma ampliação gradativa da igualdade de oportunidades na educação familiar; e comunitária, de uma maneira geral.

Em segundo plano, o estímulo à reação das mulheres, coletivamente, inclusive com a reapropriação de seus próprios e inatos espaços de agressividade, capazes de lhes propiciar a reocupação de espaços de voz e de poder, como protagonistas da própria história de emancipação e libertação do domínio da violência.

²¹¹ GOLA, Eleonora Ghizzi. *Multiculturalismo e diritti delle donne*.

O Direito Penal, nesta quadra, é reposicionado (ou reconhecido) como mero instrumento simbólico e, portanto, limitado (posto que relevantíssimo), de contenção discursivo-normativa da violência. Da violência contra a mulher de uma maneira geral, e da violência sexual de uma maneira particular. Não há, nessa constatação, apologia ao uso simbólico do Direito Penal, mas posicionamento político que se constrói a partir da identificação de sua funcionalidade simbólica.

E é exatamente nesse complexo de diferenças antropológicas, seja de base biológica ou cultural, que a violência se apresenta como expressão fática irrefutável e de incidência universal. A violência sexual como a autêntica violência contra a mulher, no sentido de que se exerce como a máxima expressão de submissão e reforço de posições sociais subalternas e, ao mesmo tempo, dependentes da proteção e reconhecimento masculino, como condicionantes do respeito e como aniquiladoras da liberdade (a partir dos homens de sua ascendência familiar no modelo patriarcal até o marido que realimenta os processos discriminatórios violentos). Sob a significação das práticas culturais socialmente construídas, portanto, reafirmam-se as relações de domínio machista que são garantidos pela violência (ou pelo medo da violência e pseudonecessidade de proteção masculina).

Pode-se afirmar que a violência sexual contra a mulher não é exclusivamente cultural, mas há uma cultura de reforço, em maior ou menor medida dependendo do tronco religioso e das experiências históricas vivenciadas pelas comunidades.

O culturalismo, a rigor, surge para subtrair de determinados atos a sua essência violenta, seu caráter de agressividade brutal. Isso se aplica desde as práticas de mutilação genital no âmbito familiar e pretenderia, sob o escudo da “prática cultural”, justificar atos sexuais pela força contra mulheres adultas, em contextos variados.

A descaracterização da violência em atos sexuais sensivelmente violentos é o mais perverso dos mecanismos de submissão da mulher, reposicionando-a numa engendrada circularidade dos papéis que lhe são atribuídos socialmente, invariavelmente submissos e dependentes da tutela masculina.

Fundamental, por isso também, a rediscussão constante dos papéis sociais no plano da sociologia do conhecimento e, com ela, a ampliação dos discursos coletivos de variadas simbologias. Assim tem sido, por exemplo, o progresso ocidental das “ondas dos feminismos”, em todas as suas fases temporais e com diversos níveis de institucionalização. Mas é necessário ir além, no ambiente da argumentação culturalista, no sentido de se questionarem as possibilidades de tolerância a manifestações privadas de violência. Questioná-las para propiciar o reposicionamento das mulheres como titulares de sua própria

agressividade, que não deveria ser reprimida sistematicamente já nos primeiros níveis de formação da personalidade, individualmente considerada. Questioná-las para confrontar a violência machista supostamente legitimada por critérios culturais, postando-o defronte a pretensão de universalidade dos direitos fundamentais.

Entendemos necessário o questionamento sobre as chances reais de convivência com determinadas violências sem a retribuição com novos atos de violência, a partir da percepção de que as violências não se equivalem sempre, mas também a constatação de que a violência estatal, especialmente por intermédio do Direito Penal, não é eficiente para contrapor-se aos casos concretos de violência sexual que vitimizam sistematicamente mulheres nos quatro cantos do mundo.

Enzo Cicone nos conta que se impressionou, em sua pesquisa já mencionada, com a uniformidade na reação das mulheres nos casos de estupro ocorridos do norte ao sul da Calábria, nas pequenas e nas grandes cidades, como se houvesse mecanismos de comunicação entre elas.²¹² Em alguns lugares do mundo essa discussão ainda é tabu. As mulheres ainda vivem tragicamente o fato de serem mulheres. E o homem que diz que a mulher é um perigo porque o induz em tentação, é um homem fraco na sua humanidade. É ele que não tem capacidade de vivenciar sua masculinidade.

Isso contribui para entender porque, até 1981, havia no Código Penal italiano a atenuante genérica para os “crimes de honra” em favor dos homens que praticavam crimes contra mulheres; e porque só em 1996 a violência sexual deixa de ser um crime contra a moralidade e passa a ser um crime contra a liberdade sexual. Esse processo de transformação foi similar ao que se verificou na legislação penal brasileira. No Brasil, até o advento da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, o casamento do autor de estupro com a vítima (e até mesmo o casamento da vítima com terceiros, em alguns casos) era expressamente previsto como causa de extinção da punibilidade.

4.4 O sistema latino-americano de enfrentamento à violência contra a mulher

Podemos dizer que a violência de gênero é forma agravada de violência e, por isso, pode coincidir com outros tipos, como tortura e desaparecimento forçado. A violência pode se manifestar em diferentes formas. O problema da violência é universal e transversal, pois diz respeito aos padrões culturais da humanidade. Mas o problema da violência de gênero na América Latina tem suas peculiaridades, não só na vida privada como no ambiente público. Os casos mais importantes, paradigmáticos, de violência que chegam à Corte

²¹² CICONTE, Enzo. *A violência contra as mulheres: uma visão histórica comparada*. (Comunicação oral)

Interamericana de direitos humanos são casos no âmbito público, de violência que vem das forças de segurança, da polícia militar, do Estado enfim. Essa é uma particularidade latino-americana. Na Europa hodierna também temos casos e violência de gênero, mas são geralmente casos de âmbito doméstico e/ou privado.

A correlação entre homicídios e feminicídios é expressiva e coloca a América Latina entre as regiões do mundo onde as mulheres são mais vitimizadas. Todavia, encontramos muitos avanços nos últimos anos, alcançados pelo trabalho executado por diversos órgãos, entre eles os do sistema interamericano dos direitos humanos (a comissão e a corte). Uma particularidade do sistema americano, ao contrário do Europeu, é a seguinte: a sentença da Corte é obrigatória não só para o Estado que foi condenado, mas vincula também os demais países que fazem parte do sistema, pois todos estão obrigados a exercer o controle de convencionalidade. E o bloco de convencionalidade está composto pelos tratados internacionais e também por convenções setoriais que fazem parte do *corpus iuris* internacional, nesse caso na proteção contra a violência de gênero. Dele também fazem parte as interpretações que a corte faz desses instrumentos internacionais.²¹³

Mas o *corpus iuris* não só é composto por esses tratados que são regionais, mas também pelos tratados sobre direitos humanos universais, aqueles celebrados pela Organização das Nações Unidas. A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, nada fala sobre as mulheres; até o final do século XIX, admitiam-se ainda, nos Estados Unidos, castigos corporais impostos pelo homem à mulher.²¹⁴ O problema da violência contra as mulheres, no araboço internacional, começou a ser tratado com particular atenção nos idos de 1975, o ano internacional da mulher, com uma conferência mundial sobre as mulheres realizada no México. O problema principal ali enfrentado foi o da igualdade entre mulheres e homens.²¹⁵ Em 1979 a ONU aprova aquela que foi chamada a Carta dos Direitos Humanos da Mulher: a convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres. ou, na abreviação do inglês, CEDAW. A preocupação aqui não é mais a igualdade, mas um conceito próximo: a discriminação. A convenção proíbe a discriminação das mulheres, baseada no sexo, nos termos da disposição de seu art. 1º. Em 1982 foi criado um Comitê para verificação de sua efetividade. A carta dos direitos humanos da mulher nada diz sobre violência. Então esse comitê, através de uma recomendação, fez uma interpretação do art. 1º sobre o que se devia entender por discriminação e diz, na recomendação n. 19, que este é o

²¹³ ESBORRAZ, David. *A luta contra a violência de gênero no sistema interamericano de direitos humanos*. (Comunicação oral)

²¹⁴ GARCIA, Emerson. *Proteção e inserção da mulher no Estado de Direito: a Lei Maria da Penha*, p. 183.

²¹⁵ A segunda foi em Nairobi, 1985.

novo problema que a comunidade internacional deve resolver e define, como forma de discriminação, a violência de gênero, aquela que a vítima sofre por ser mulher ou que afeta a mulher de forma desproporcional. Aqui se incluem atos relativos ao sofrimento psicológico e sexual, coação, formas de privação de liberdade etc. A violência baseada no gênero passa a se aplicar por interpretação extensiva, pois admite-se o uso da convenção sobre discriminação contra as mulheres para enfrentar também a violência. E a mais importante, a conferência de Pequim,²¹⁶ que inaugurou um novo espectro de tutela feminina: já no preâmbulo declara-se como direito peculiar da mulher o direito de viver uma vida livre de violência.

Um texto semelhante já constara na declaração de Viena... Em 1993 temos a Conferência Mundial de Direitos, na Áustria, na qual se faz uma afirmação emblemática sobre os direitos das mulheres: que os direitos das mulheres são direitos humanos. Posteriormente, em 1995, a declaração de Pequim o reafirma.²¹⁷ Então violar os direitos das mulheres implica violação dos direitos humanos. No mesmo ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova uma declaração sobre a necessária eliminação da violência contra as mulheres. É muito importante essa declaração que vai servir como modelo para a convenção interamericana contra violência de gênero, a de Belém do Pará. Aqui, pela primeira vez, diz-se que violência não é só a doméstica, mas também a pública. Por outro lado, aparece a partir dessa definição a obrigação do Estado de adotar medidas para evitar que as mulheres sofram violência. E isso também é muito importante, pois até então, por questão cultural, a violência é vista como um caso privado: a violência é problema do homem e da mulher e o Estado não deveria se intrometer.

Desde a Conferência de Pequim de 1995, que se encerrou com uma declaração e com um plano de ação, introduziram-se, então, três conceitos. O primeiro foi o de gênero, afirmando-se que a discriminação não deve ser enfrentada sob um ponto de vista biológico, baseado em lei da natureza. É evidente que existem diferenças naturais entre mulheres e homens, mas não faz sentido falar de discriminação baseada no sexo: então, se gênero é um conceito cultural, pode ser redefinido. A segunda ideia é que o problema da violência de gênero é transversal, ligado à construção cultural do gênero. Por isso, o texto da conferência deve ser considerado por todos os poderes do Estado. Isso faz com que, num caso concreto, os

²¹⁶ Porém, se conferimos as datas, percebemos que a América Latina foi pioneira: a convenção de Belém do Pará é de 1994. ESBORRAZ, David. *A luta contra a violência de gênero no sistema interamericano de direitos humanos*. (Comunicação oral)

²¹⁷ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade*, p. 19. Os Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil seja signatário, por acordo firmado após a Emenda Constitucional n. 45, têm status constitucional, desde que aprovados pelo Congresso, em cada casa e em dois turnos, por três quintos dos votos.

funcionários de todas as esperas tenham que analisar se está presente a questão generacional e resolver os problemas a partir dessa lógica particular.

O problema da violência de gênero na América Latina é crítico, e muito importante para o devido enfrentamento a compreensão do sistema interamericano. Isso engloba a contextualização da institucionalização da Corte, da influência dos Tratados e das decisões internacionais nas legislações internas, e da incorporação da técnica do controle de convencionalidade que os juízes, difusamente, devem empreender no âmbito dos ordenamentos jurídicos dos Estados soberanos.

Diferenciam-se violência contra as mulheres e violência de gênero. A convenção de Belém do Pará, que é a Convenção interamericana de direitos humanos que visa a prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres, fala em “violência contra as mulheres”. A violência contra as mulheres por excelência é a que se pratica por meio da violência sexual. O estupro, por vezes, pode configurar caso de tortura, o que daria ensejo, ainda, à incidência da convenção interamericana para prevenção e punição da tortura (1985). A Convenção de Belém do Pará prevê, em seu art. 6º, que a mulher tem direito à não discriminação, à valorização e à educação. Dispõe ainda, no art. 8º, que os Estados signatários se comprometem a adotar medidas específicas e programas para superação dos padrões estereotipados para o homem e a mulher, rompendo-se conceitos de inferioridade de gênero e subordinação no desempenho de papéis sociais. Os direitos de igualdade e de não discriminação estão previstos desde a Convenção da ONU (1979). Sim, os latino-americanos fizemos uma convenção especial para as mulheres, mas ela se liga à convenção geral de direitos humanos, em que se prevê a competência da Corte.²¹⁸

É interessante analisar os casos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos que se debruçaram sobre situações de violência sistemática contra as mulheres. Num caso de 2006, julgou-se um massacre de presas no setor feminino de uma grande prisão peruana operado por militares.²¹⁹ Este foi o primeiro caso a que se aplicou a convenção. As mulheres, antes de serem mortas, foram estupradas. Há uma sentença de 2009, tratando de um caso de massacre de todo um povoado na Guatemala, praticado por milhares: “o massacre dos dois erres” (1982).²²⁰ Lá todos foram mortos, homens e crianças também, mas as mulheres, antes de serem assassinadas, foram estupradas. Até poucos anos os tribunais internacionais não faziam diferenciação. Mas aqui reconheceu-se que as mulheres tiveram um sofrimento

²¹⁸ ESBORRAZ, David. *A luta contra a violência de gênero no sistema interamericano de direitos humanos*. (Comunicação oral)

²¹⁹ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf.

²²⁰ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf.

maior. A Corte não tratou especificamente a violência de gênero, embora se referindo à matéria em relação a algumas vítimas. O estupro naquele contexto foi utilizado por militares como forma de especial castigo, porque elas não colaboraram dando informações. Nessa sentença a corte ainda aplicou a convenção de prevenção à tortura, além da convenção que cuida da violência de gênero.

Para nós, o caso emblemático em que se enfrentou propriamente a questão da violência de gênero, nessa perspectiva, foi o Maria da Penha.²²¹ Antes de chegar lá temos uma série de procedimentos de desenvolvimento dos direitos. Mais que desenvolvimento, uma tomada de consciência da problemática.

Começou-se a falar, nos fóruns internacionais, sobre a violência contra as mulheres. Primeiro se afirmou como direito da mulher a igualdade entre os dois sexos. Ao lado do conceito de igualdade, há dois conceitos também essenciais: direito ao desenvolvimento e direito de viver em paz.

4.4.1 O sistema brasileiro de reação à violência contra a mulher

O Brasil, após adesão inicial com reservas²²², aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 26, de 22 de junho de 1994, a Convenção Internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979, sendo promulgada pelo Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002, com hierarquia de norma supralegal, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.²²³

Por seu turno, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher foi assinada na 34ª sessão da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, de 6 de setembro de 1994, sendo aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 107, de 31 de agosto de 1995, e promulgada pelo Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.²²⁴

Vimos que essa convenção trouxe importantes conceitos e implicações. Primeiro, define a violência contra a mulher como violência “baseada em gênero”. Segundo, declarou que a violência engloba manifestações físicas, psicológicas e de natureza sexual. Por fim, delimitou seu campo de abrangência de maneira ampla, para abarcar os contextos pessoal, comunitário e público.

²²¹ Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

²²² Convém notar que, no sistema do Código Civil de 1916, a mulher casada, na constância da sociedade conjugal, era relativamente incapaz para os atos da vida civil.

²²³ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha*, p. 19.

²²⁴ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Ob. cit.*, p. 23.

Costuma-se afirmar que a Lei Maria da Penha é uma marco na história do Direito brasileiro, porque, rompendo com postulados tradicionais do processo penal, dotou o sistema de instrumentos especiais de proteção à mulher, estabeleceu princípios de superação do ciclo de violência contra a mulher, inclusive com vistas à atenção do agressor.²²⁵ Com isso, embora não preveja um crime próprio para a violência doméstica, nem trace um procedimento específico, estabeleceu regras importantes para a criação de um modelo de justiça protetiva, mais próxima do conhecimento multidisciplinar com anseios de efetividade, em que a visão tradicional do conhecimento jurídico se mostra insuficiente para o enfrentamento à violência.²²⁶

4.4.2 A violência contra a mulher na legislação penal brasileira

No Brasil, por mais de quinhentos anos, desde as Ordenações Filipinas até o Código Penal de 1940, consagram-se em relação às mulheres os crimes de natureza sexual. Não propriamente para proteção da mulher, mas de sua honra ou da sua família, a pretexto de protegê-la. No Código Criminal do Império, de 1830, o estupro era um crime contra a “segurança da honra”; no Código de 1890 foi considerado um crime contra a “segurança da honra e honestidade das famílias”; até que em 1940 se firmou como um crime contra os “costumes”.²²⁷

As Ordenações Filipinas do Reino vigoraram no Brasil desde a época colonial até 1832²²⁸, influenciadas por uma visão de mundo patriarcal, religiosa e moralista. Os tipos relacionados à mulher protegiam sua religiosidade, posição social submissa de mãe e esposa, castidade e sexualidade, em situação compatível com a negação da plena capacidade jurídica, prevendo-se inclusive a elevação da pena de acordo com a classe social dos envolvidos.²²⁹

Tipificava-se o estupro, sob cominação de pena de morte, no Título XVIII (“Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della ou a leva per sua vontade), nos seguintes termos: “Todo homem, de qualquer stado ou condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morre por ello.” Interessante notar que se punia o estupro mesmo contra prostitutas ou escravas e

²²⁵ Pode-se pesquisar, no sítio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a estrutura do sistema interamericano e o caso Maria da Penha, o que permite questionar, no contexto brasileiro, em que medida ainda se reproduz o lugar da mulher como um lugar de submissão, numa determinada estrutura patriarcal de raízes latinas.

²²⁶ FERNANDES, Valeria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha*, p. 1-2.

²²⁷ FERNANDES, Valeria Diez Scarance. *Ob. cit.*, p. 5.

²²⁸ PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*, p. 70.

²²⁹ FERNANDES, Valeria Diez Scarance. *Idem. Ibidem.*

não se admitia, à época, o casamento reparador. Por outro lado, o homem casado estava praticamente autorizado a matar a mulher surpreendida em adultério.²³⁰

Com o advento do Código Criminal do Império, de dezembro de 1830, previa-se como agravante (art. 16, §6º): “Haver no delinquente superioridade em sexo, forças ou armas, de maneira que o offendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellar a offensa”. Não se executava pena de morte em mulheres grávidas e às mulheres não se imporia mais a pena de galés. Aboliu-se a autorização para que o homem matasse a mulher por adultério, embora com a previsão de atenuante caso o crime fosse cometido em retorsão a alguma injúria ou desonra contra si ou seus parentes (art. 18, §4º).²³¹ Em termos práticos, porém, admitia-se com tranquilidade a legítima defesa da honra, nesses casos.

No tratamento dos crimes sexuais, previa-se o matrimônio reparador como extintivo da punibilidade (art. 225), bem como a compensação dotal (acompanhada da pena de desterro ou prisão). O crime de estupro (arts. 219 a 225) constava do rol “dos crimes contra a segurança da honra”, juntamente com o rapto (art. 226), calúnia e injúrias (arts. 229 a 246). Os tipos relacionados ao estupro faziam referência a “mulher virgem” (art. 219), “mulher honesta” (arts. 222 e 224) e “prostituta” (art. 222), neste caso para atenuação da pena.²³²

Logo, a preocupação do legislador era a honra da mulher honesta, recatada sexualmente, que, se desonrada, estava inapta para o casamento. Por outro lado, o casamento reparava a mácula em sua honra, inibindo a atuação do Direito Penal. A tutela estava voltada claramente, assim, para a moralidade sexual, não para a liberdade ou dignidade da própria mulher.

Já na República, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, aprovado pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, trazia no Título VIII, à margem “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor” (arts. 266 a 282), a tipificação dos crimes de estupro, rapto, lenocínio, adultério ou infidelidade conjugal e o ultraje público ao pudor, com presunção de violência quando a vítima era menor de 16 anos (art. 272). A pena era diferenciada caso a mulher fosse honesta (art. 268) ou prostituta (art. 268, §1º).²³³

Quanto ao Código Penal de 1940, instituído na Era Vargas pelo Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, cuja parte geral foi reformada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984 e ainda hoje em vigor, convém uma análise mais detida.

²³⁰ FERNANDES, Valeria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha*, p. 8.

²³¹ FERNANDES, Valeria Diez Scarance. *Ob. cit.*, p. 10.

²³² FERNANDES, Valeria Diez Scarance. *Ob. cit.*, p. 10.

²³³ FERNANDES, Valeria Diez Scarance. *Ob. cit.*, p. 13.

Os crimes sexuais, reformados em meados de 2009, continuam dispostos na parte especial do Código Penal, cujo Título VI trata dos “crimes contra a dignidade sexual”, divididos em quatro capítulos: a) “dos crimes contra a liberdade sexual” (estupro, violação sexual mediante fraude, assédio sexual); b) “dos crimes sexuais contra vulnerável” (estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável); c) “dos lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual” (mediação para servir a lascívia de outrem, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, casa de prostituição e rufianismo); e d) “do ultraje público ao pudor” (ato obsceno e escrito ou objeto obsceno). Com olhar crítico sobre a sistematização operada pela legislação pátria, temos o magistério de Luís Brodt:

O abandono do surrado jargão, “dos crimes contra os costumes”, é bem-vindo. Entretanto, a nova expressão, “dos crimes contra a dignidade sexual”, não é merecedora dos mesmos aplausos.

Nelson Hungria explica que o vocábulo “costume” foi empregado para “significar (sentido estrito) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplinas sexuais. O que a lei penal se propõe tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais”. [...]

A alusão à “dignidade sexual” parece-nos, entretanto, também indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada previstas no art. 5º, X da CF, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual.

Pois, somente o emprego de coação física, grave ameaça ou abuso da imaturidade ou déficit de desenvolvimento psicológico dos menores ou dos incapazes, conduz a prática sexual ao campo dos comportamentos que estão a exigir repressão penal. [...]

Nesse aspecto, a referência à dignidade sexual permite a extensão da intervenção penal além dos limites inerentes ao direito penal construído sob a égide do princípio constitucional da intervenção mínima.

Note-se que, o nosso legislador não chegou ao ponto de criminalizar manifestas violações da moralidade como o homossexualismo entre adultos, troca de casais e o bestialismo, ao contrário do que historicamente se tem verificado em legislações estrangeiras, notoriamente, na Alemanha.

Entretanto, [...] segue-se criminalizando comportamentos que não afetam diretamente ou de maneira suficientemente grave a liberdade ou autodeterminação em matéria sexual, a exemplo da violação sexual mediante fraude e a intermediação para a satisfação da lascívia de outrem (mesmo que praticada sem intuito de lucro)²³⁴

²³⁴ BRODT, Luís Augusto. *Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora*.

De toda maneira, deve-se considerar um certo avanço na novel legislação, inclusive quanto ao estabelecimento de um marco etário fixo para que o consentimento à prática sexual seja legítimo, substituindo-se o critério anterior cuja sistematização previa caso de presunção de violência. Obviamente, numa ordem jurídica complexa, a realidade desafiará o intérprete diante de casos concretos em que será razoável a discussão quanto à peremptoriedade do critério de vulnerabilidade sob a égide exclusiva da idade cronológica. Não nos convence, porém, a objeção de que a dignidade sexual não expressaria o *status* suficiente para reconhecer-se como bem jurídico apto à tutela penal legítima, ante o argumento incontornável de que, para além de expressão do moralismo, os crimes contra a dignidade sexual dialogam com um padrão ético comportamental como expressão da própria liberdade, num viés indisponível da dignidade humana, cujos contornos culturais são dimensionáveis no panorama normativo imposto pela Constituição.

Entre os “crimes contra a dignidade sexual”, não há qualquer tipo que exija, como qualidade especial do sujeito passivo, que seja mulher, havendo apenas uma majorante (aumento de metade da pena) no caso de gravidez resultante da prática do crime (art. 234-A, III). Por outro lado, no rol das circunstâncias agravantes (alterado pela Lei Maria da Penha), na parte geral do Código Penal, incluem-se o cometimento de crime com prevalência de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher, nos termos da legislação específica (art. 61, II, “f”), e a prática de contra “mulher grávida” (art. 61, II, “g”), desde que tais circunstâncias não sejam, antes, elementares da figura típica (inclusive qualificada) ou majorantes específicas.

Na antiga redação dos incisos VII e VIII do art. 107, até o advento da Lei n. 11.106, de 2005, constituíam casos de extinção da punibilidade, nos “crimes contra os costumes” então definidos nos capítulos I, II e III do Título VI da parte especial do Código: a) o casamento do agente com a vítima; b) o casamento da vítima com terceiro, se o crime fosse cometido sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não solicitasse o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias contado da celebração.

Na própria Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, conceitua-se:

Art. 5º [...] configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
I - no âmbito da unidade doméstica [...]
II - no âmbito da família [...]

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

E nos dispositivos seguintes, reforça-se a violência doméstica contra a mulher como forma especial de violação dos direitos humanos (art. 6º) e se define, entre as formas de violência, a violência sexual:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

[...]

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

Portanto, temos, em nosso direito positivo, um conceito dogmático amplo de violência sexual, que serve de referência não apenas aos casos de violência doméstica, mas a qualquer caso de violência contra a mulher. Não temos, *v. g.*, um tipo de injusto específico para a mutilação genital feminina²³⁵, mas, nos termos do art. 7º, III, *in fine*, da Lei Maria da Penha, o crime previsto no art. 129, 2º, IV, do Código Penal (lesões corporais gravíssimas por deformidade permanente) pode ser considerado como caso de violência sexual.

O propósito primeiro da Lei Maria da Penha é estruturar um sistema de proteção no âmbito das relações domésticas e familiares, que, interferindo na dinâmica das relações de intimidade e afetividade, projetem mudanças nas relações estabelecidas com as mulheres no plano coletivo. Não temos, como Portugal *v. g.*, um tipo de injusto específico para a violência doméstica. Nossa lei é instrumental no sentido da articulação e da aplicação de especiais medidas de proteção a mulheres vítimas de violência, inclusive sexual, no âmbito doméstico ou familiar. Porém, ao definir violência sexual, permite a compreensão adequada de vários tipos de injusto como tal, mesmo fora dos casos dos crimes sexuais específicos, previstos no Título VI do Código Penal.

²³⁵ Na Itália, por exemplo, o art. 583 bis, do Código Penal, introduzido pela Lei n. 7/2006, prevê duas modalidades de crime: a mutilação e a lesão do órgão genital feminino. No mesmo sentido, o art. 144-A, do Código Penal de Portugal incrimina a mutilação genital feminina: “clitoridectomia, [...] infibulação, [...] excisão ou [...] qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas”.

5 ILICITUDE E *CULTURAL DEFENSE*: CRIMES SEXUAIS CULTURALMENTE MOTIVADOS E EXCLUSÃO DA ILICITUDE

5.1 O insuperável dilema em torno da tipicidade e da ilicitude no plano do injusto

No que se refere à ilicitude penal, não é de se estranhar que seu estudo como categoria genérica (estática, mera antinormatividade penal) e abstrata restou superado diante de novos modelos que vinculam, especialmente, dogmática e política criminal. Importante reconhecer à ilicitude penal uma dimensão hermenêutica mais densa, no âmbito de seu conteúdo “material”, sempre no confronto de um “exercício de um direito”, à luz de critérios como “necessidade e proporcionalidade de uma justificação”, que emergem apenas quando se evidencia o “particular desvalor” ínsito na realização de um fato penalmente típico.²³⁶ Embora essa tendência seja atual, não é nova, recuperada na perspectiva da política criminal, na linha concebida por Claus Roxin e desenvolvida, na Itália, por Francesco Schiaffo. Defende-se, com efeito, uma concepção de ilicitude orientada para além das finalidades político-criminais, abrindo possibilidades em relação à “gradação do ilícito”, ou diferentes níveis de ilicitude, por assim dizer, viabilizando a revisão crítica de alguns dogmas próprios da doutrina consagrada sobre a ilicitude como “categoria classificatória”, bem como a discussão em torno de hipóteses “quase descriminantes”.²³⁷ Sobre o tema, adverte Cavaliere:

In effetti, la dottrina ancor oggi dominante in Italia, nell’ambito della concezione tripartita del reato [...], concepisce l’antigiuridicità come qualificazione generica, unitaria, derivante dall’intero ordinamento e perciò non orientata a principi specificamente penalistici, ovvero “neutra” dal punto di vista politico-criminale. A ciò fa da *pendant* una concezione bipartita che, dissolvendo il giudizio di antigiuridicità nella contrarietà all’imperativo, preclude un’adeguata comprensione delle valutazioni sottese alle distinte qualifiche di tipicità ed antigiuridicità e riduce l’analisi delle scriminanti ad un problema di limiti o “eccezioni” della norma o di concorso di norme. Siffatte posizioni impediscono un adeguato sviluppo delle implicazioni teleologiche del giudizio di antigiuridicità, che si inserisce pur sempre nel quadro di una selezione dei presupposti non per un semplice giudizio di liceità/illiceità, ma per un intervento punitivo statutale [...].²³⁸

Vale também discutir até que ponto conceber a ilicitude como categoria teleologicamente orientada é ponto de partida inexorável para a recuperação da doutrina da ilicitude material, como “instrumento metodológico necessário à aferição dos fundamentos da justificação de um fato penalmente típico.”²³⁹ De certa forma, prefere-se uma reconstrução da

²³⁶ CAVALIERE, Antonio. *Verso un “nuovo volto” della teoria dell’antigiuridicità*, p. 338.

²³⁷ CAVALIERE, Antonio. *Ob. cit.*, p. 339.

²³⁸ CAVALIERE, Antonio. *Idem. Ibidem.*

²³⁹ CAVALIERE, Antonio. *Ob. cit.*, p. 341.

ilicitude como expressão material da “danosidade social”, própria do discurso neokantiano. Essa abertura possibilitaria uma indagação sobre “princípios materiais da justificação”, redefinindo-se o ilícito a partir de valorações concretas e abertas, por tipos, acerca da incidência de “singoli momenti di valore all’interno delle scriminanti”.²⁴⁰

Na ciência penal contemporânea, a compreensão da tipicidade material afirmou-se como o principal referencial hermenêutico para o Direito Penal.²⁴¹ É necessário, então, compreender como essa tendência, se por um lado conforma o injusto penal num núcleo valorativo superior que englobaria a própria ilicitude penal, por outro lado tem criado restrições ao próprio desenvolvimento teórico da ilicitude penal, ao projetar a antecipação do processo de imputação, em vários aspectos, para o plano da tipicidade. A confusão conceitual entre tipicidade e ilicitude é incompreensível, contrariando a máxima filosófica parmenídica e, a um só tempo, as questões da epistemologia científica...

É preciso, então, resgatar, em breves linhas, como esse ciclo teórico tem-se consolidado como dogma. A evolução das ideias penais erigiu a legalidade como enunciado basilar do sistema jurídico-punitivo. Ocorreu que, sobretudo após a segunda Grande Guerra, a legalidade angariou contornos substanciais de garantia, suplantando a mera concepção formal e atrelando seu conceito aos direitos fundamentais; daí a materialização, nas Constituições democráticas que nasceram sob a égide da declaração das Nações Unidas sobre direitos humanos (universalização dos direitos e garantias fundamentais), do princípio da legalidade penal (e de seus desdobramentos), com vistas à promoção da dignidade humana. Evitando-se, aqui, maior digressão sobre o histórico do ideário iluminista²⁴² que projetou um modelo de intervenção estatal garantista,²⁴³ ainda em construção, sobretudo no contexto complexo da pós-modernidade, cumpre observar que a tipicidade, como aspecto dogmático (“elemento”) do crime, é fruto de construção teórica relativamente recente, cuja sistematização se atribui a Beling,²⁴⁴ nos primórdios do século passado, no contexto cultural e ideológico do positivismo clássico (avalorativo-negativista e cientificista).

Antes de Beling, convém lembrar, o crime era vislumbrado num desenho dicotômico: parte objetiva (*imputatio facti*), parte subjetiva (*imputatio juris*). Deve-se ao causalismo clássico (Liszt-Beling-Radbruch) a superação, por assim dizer, dessa visão pouco esquemática, em favor de elaboração teórico-abstrata que desdobra o crime em aspectos

²⁴⁰ CAVALIERE, Antonio. *Verso un “nuovo volto” della teoria dell’antigiuridicità*, p. 343.

²⁴¹ IENNACO, Rodrigo. *A compreensão da tipicidade material como principal (e inacabado) referencial hermenêutico do Direito Penal*.

²⁴² BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*.

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Teoria do garantismo penal*.

²⁴⁴ BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo*.

analítico-dogmáticos.²⁴⁵ O fato é que, desde Beling, a legalidade penal é uma legalidade peculiar, ou melhor, uma *legalidade típica*.

Costuma-se afirmar que o tipo, da maneira como o concebeu Beling, era um “tipo neutro”, *acromático*.²⁴⁶ O tipo (*tatbestand, fattispecie*) é o modelo descritivo da infração penal; a tipicidade, a adequação do fato (ôntico) ao modelo legal. Para bem compreendermos o sistema de Beling, imprescindível situá-lo no contexto do causalismo clássico, em que o dogma “científico” era a causalidade (empirismo); e o paradigma, o positivismo. Nesse cenário, a ação – pedra-base em que se apoia, desde então, a teoria geral do delito²⁴⁷ – era conceituada como “movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior”.²⁴⁸ Logo, foi inevitável a construção de um conceito de *tipo* “livre-de-valor”, ou seja, infenso a aspectos axiológicos (o tal “negativismo-avalorativo-positivista”).

O tipo se faz como um modelo de conduta “a-normativa”, englobando em sua estrutura intrínseca (e subjacente): ação – nexos de causalidade – resultado naturalístico (oposição à compreensão metafísica no direito). A subsunção conforma e encerra o juízo de tipicidade (formal).

A filosofia neokantiana oferece-se como refinamento ou tentativa de superação do dogma causal-positivista, tentando conferir uma “renormatização” à ciência jurídica, ganhando especial realce a dicotomia “*ser e dever-ser*”. Assim, a partir do neokantismo (Mayer-Mezger-Frank), procuram-se reintroduzir nas categorias jurídicas características próprias das ciências humanas (culturais), de acordo com os *fins* e *valores* que iluminam, numa pauta apriorística (elementos categóricos), o sistema jurídico, eminentemente axiológico (juízos de valor que recaem sobre as estruturas ônticas), portanto. Embora mantendo incólume, como “bloco errático” fundante, o dogma causal (daí causalismo neokantiano), o causalismo neoclássico, nessa conjuntura, faria desabrochar o vínculo indissociável entre a tipicidade e as demais características do crime (ilicitude e culpabilidade). Assim, toda ação típica é ilícita, exceto quando as ações típicas são justificadas. Em especial no que se refere à ilicitude, com raízes nos estudos de Ihering e Merkel, passa-se a investigar a natureza e o grau de intensidade do vínculo entre tipo e antijuridicidade, reunidos numa concepção mais rica e mais “colorida”: o *injusto*.²⁴⁹

²⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 149.

²⁴⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 127.

²⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ob. cit.*, p. 82.

²⁴⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*, p. 198.

²⁴⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 147.

Assim, gradativamente, a tipicidade é vista sob o aspecto material, não sendo as categorias dogmáticas do crime “compartimentos estanques”. O tipo, pois, é um *tipo de injusto*, ou um modelo de conduta *proibida*. Decorre daí uma concepção mais “radical”, aglutinadora, que vislumbra os casos de exclusão da ilicitude como “elementos negativos do tipo”,²⁵⁰ acabando por concluir que o ato lícito é, antes, “atípico”, na perspectiva de um “injusto total”. Haveria, para essa peculiar doutrina, elementos que positivam o tipo e elementos que o negativam (excludentes de antijuridicidade).

Com o neokantismo, assim, o causalismo sofreu acentuado “desgaste”, mas não foi definitivamente abandonado, sobrevivendo como dogma. Coube ao finalismo, sobretudo com a obra de Welzel e posteriores contribuições de A. Kaufman, ancorada no ideário ontofenomenológico, a partir de um novo conceito de ação, conferir também nova dimensão à tipicidade, que, de certa forma, ainda sobrevive com proeminência – ao menos na operação pragmática dos crimes dolosos comissivos.²⁵¹ Para Welzel, ação é atividade finalisticamente orientada. O homem, apropriando-se do saber causal (“a causalidade cega”), planeja e executa suas ações de maneira “final” (“a finalidade é vidente”), num raciocínio, por assim dizer, biocibernético (plano mental, avaliação antecipada do resultado, escolha dos meios, análise dos efeitos concomitantes, execução da atividade necessária à consecução do evento visado).²⁵²

O finalismo, partindo de tal concepção de “ação”, deslocou o dolo (orientador da vontade final) da culpabilidade para o tipo. Disso decorre a existência de uma tipicidade dolosa ou de uma tipicidade culposa, de acordo com a estrutura do modelo de conduta edificado na lei e da modalidade de comportamento que se quer repreender (ou determinar), numa perspectiva *ex ante* (desvalor da ação). Se o dolo integra o tipo, sendo ingrediente intrínseco e indissociável da “ação final”, tem-se o tipo (ou a tipicidade) apreciado(a) sob dois ângulos: tipicidade objetiva e tipicidade subjetiva; preponderando, no finalismo, dado seu substrato filosófico ôntico, a ideia da tipicidade como *ratio cognoscendi* (indício, não concretização) da ilicitude.

Modernamente, sobretudo após a década de 70 do século passado, ganham realce as teorias de corte funcionalista, podendo-se mesmo afirmar a tendência de retorno ao normativismo (teleológico) próprio do neokantismo, porém sob nova roupagem, ou substrato,

²⁵⁰ VARGAS, José Cirilo. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 229.

²⁵¹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*.

²⁵² WELZEL, Hans. *Idem*.

sobretudo numa visão sociológica de sistema comunicativo.²⁵³ Com efeito, desde o causalismo neoclássico, reconhece-se ao tipo grande carga material (inclusive com a dimensão revelada dos “tipos abertos” – e elementos normativos), no sentido de que a função desempenhada pelo tipo encerra a própria proibição da normatividade penal. Sendo assim, para além de um simples exercício de subsunção (adequação formal do fato ao tipo) – que não pode, por óbvio, ser suplantado – deve-se perquirir a função desempenhada pela proibição, que nasceria sempre limitada por princípios penais de garantia. Tais princípios exerceriam forte papel limitador (ou redutor) e/ou revelador da legitimidade da intervenção do Direito Penal. Tipicidade é mais compreensão que subsunção.

Nesse particular, procura-se conferir à tipicidade autêntica “função redutora”, no sentido de que somente poderiam ser típicas (materialmente, sobretudo) condutas efetivamente danosas (lesividade concreta) a bens jurídicos determinados (função protetora). Ou melhor, a tipicidade seria precedida de uma análise sobre a ofensividade de condutas relacionadas a bens jurídicos que, apenas pela norma penal, poderiam ser tutelados (intervenção mínima, *ultima ratio*).

Desse modo, sob a égide do funcionalismo (teleológico de Roxin,²⁵⁴ sistêmico ou radical de G. Jakobs,²⁵⁵ ou mesmo “reducionista” de Zaffaroni²⁵⁶ – este, no caso, formulando seu pensamento na perspectiva da sociologia do conflito, em vez da teoria dos sistemas), as funções político-criminais do sistema, a partir da própria concepção dos fins da pena e função da penalização ou da punição, irradiam-se e “contaminam”, por força de expressão, toda a estrutura analítica (dogmática) do crime, inclusive, no que mais de perto nos interessa, a ilicitude material.

A “tipicidade funcionalizada” se estrutura rica em conteúdo – diríamos, para compará-la ao tipo de Beling, dito “acromático”: uma “tipicidade arco-íris”. Ora, se a tipicidade deve ser orientada, inclusive com vistas à legitimidade da intervenção do poder punitivo, como limite e instrumento de materialização de um direito penal democrático (garantista ou redutor; ou até “antiexpansionista”), a tipicidade não é um modelo frio e descritivo de uma conduta avalorada, mas a realização do fundamento político do próprio direito penal (poder punitivo) num viés intrinsecamente constitucional (ou garantista, caso se queira prestigiar a concepção jurídico-social de Ferrajoli, em expressão levemente

²⁵³ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*.

²⁵⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*.

²⁵⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*.

²⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*.

desgastada em meio a rotulagens ideológicas contraditórias, à minha de uma pauta consensual para a política criminal no Brasil).

O tipo, nesse sentido (ainda não exaurido pela doutrina em sua dimensão, abrangência e possibilidades), é um tipo construído (criminalização primária) e executado em sua *seletividade* (criminalização secundária). Portanto, para não ser instrumento de reprodução da estigmatização sistemática de vulneráveis sociais (art. 3º, CR/88), deve ser um tipo com “as cores” da “normativização principiológica constitucional”. A base humanística, governada por princípios penais de garantia, constituiria a única técnica para edificação de um sistema penal minimamente ético. Não se trata, aqui, à luz dos direitos fundamentais, de uma ética tradicional que fundamenta, a partir do livre arbítrio, a culpabilidade pautada no dever moral de comportamento médio, ordeiro e pacífico, nem de uma ética utilitarista de conversão maquiavélica em favor da felicidade geral.²⁵⁷ Cuida-se de uma concepção ética iluminada pelos princípios constitucionais, aptos à promoção da dignidade humana e à superação de desigualdades históricas na distribuição das oportunidades sociais e mecanismos de exercício do poder, no marco axiológico da pluralidade.

A função que o tipo desempenha, entretanto, mesmo numa visão que se declara restrita, reticente às possibilidades de rendimento conceitual da teoria do bem jurídico-penal, é um ponto de partida válido para a exegese (corretiva, reducionista da própria tipicidade, sobrepondo-se à subsunção formal).

Paradoxalmente, não podemos perder de vista que um funcionalismo radical, pautado acriticamente numa concepção autopoietica²⁵⁸ de sistema social informacional,²⁵⁹ poderia projetar exatamente o caminho oposto, ou seja, uma trajetória de expansão atuarial²⁶⁰ da punição e do encarceramento em razão do medo e das incertezas da sociedade pós-moderna complexa e fluida,²⁶¹ sendo necessária a reflexão em torno do papel a ser desempenhado pelo poder punitivo na era da sociedade reflexiva.²⁶² Ou seja, a expansão dos direitos fundamentais de índole coletiva revela a necessária reavaliação do alcance do poder punitivo, como forma de melhor distribuição da punição (seletividade invertida), sobretudo das condutas e atividades desempenhadas na “sociedade de risco”, mirada com responsabilidade.

²⁵⁷ MILL, J. Stuart. *Utilitarismo*.

²⁵⁸ MATURANA, Humberto. *Ontologia da realidade*.

²⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*.

²⁶⁰ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*.

²⁶¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*.

²⁶² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*.

Esse caminho, se por um lado poderia ser trilhado de forma a desatar o nó garantista que perpetua(ria) a distribuição desigual da punição,²⁶³ por outro produziria, segundo alguns críticos, um direito penal “administrativizado” (Direito Penal secundário).²⁶⁴ De toda sorte, para salvaguarda dos autênticos direitos coletivos, protegidos com especial realce no nível constitucional, a intervenção preventiva do sistema penal (criminalidade ambiental, econômica, de trânsito etc.) parece traduzir a única possibilidade de redistribuição democrática da punição, inclusive com a aplicação da pena privativa de liberdade para condutas tradicionalmente imunes ao sistema punitivo. A outra face da moeda aponta no sentido de que a expansão do poder punitivo para outras searas, numa tutela pretensamente inibitória dos riscos, traria consigo a “perigosidade” do próprio sistema, que estaria legitimado a conceber, idealizar e realizar uma pseudoproteção de interesses estatais de controle em desrespeito ao conteúdo (lesividade, ofensividade) do tipo material, ampliando-se a previsão de figuras (formalmente) típicas de defesa (ou evitamento) do perigo abstrato (presumido *jure et jure*), extrapolando a disciplina dos casos que, pela natureza das coisas, exige a técnica antecipatória da tutela. Em suma, o principal risco que um sistema assim concebido ofereceria repousa na expansão do Direito Penal tradicional, ancorado no discurso estruturado para o Direito Penal secundário.

O fato é que, a par de um movimento expansionista de fortalecimento das estruturas punitivas oficiais, geridas em níveis econômicos de eficiência comunicativa (midiática e empresarial)²⁶⁵ ou de restrição de garantias processuais nos casos de ameaças graves internas (inteligência policial, segurança nacional, direito penal do inimigo), a natural conclusão que se extrai, em relação a um arcabouço teórico funcional-teleológico que parte de um sistema jurídico-penal (constitucionalizado) democrático, consolida a técnica da correção do alcance do tipo formal com o cinzel do critério material. Em qualquer diretriz, teremos uma tipicidade com respaldo normativo (e hermenêutico) constitucional, sobretudo no que se refere à característica fragmentária do Direito Penal (lesividade, *ultima ratio* etc.) e, numa perspectiva discursiva²⁶⁶ ou conflitiva²⁶⁷ da ética democrática (jamais neutra ou avalorada, sempre

²⁶³ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Manuale di Diritto Penale*: parte generale.

²⁶⁴ Cf. TIEDEMAN *apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: parte geral.

²⁶⁵ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a gestão da miséria nos Estados Unidos; GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea.

²⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa, I*: racionalidad de la acción y racionalización social; *Teoria de la acción comunicativa, II*: crítica de la razón funcionalista.

²⁶⁷ DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno*: um ensaio sobre a política da liberdade..

socialmente orientada), à constatação da atuação eminentemente seletiva do sistema penal. Também será assim em grau de expectativas sociais.²⁶⁸

Não por outra razão, Zaffaroni, ao distinguir as tarefas do Direito Penal como ciência jurídica e as funções do poder punitivo, defende que cabe àquele (sobretudo via judiciário) reduzir, operacionalmente, por critérios racionais sociológicos, a seletividade (*labelling approach*) dos mecanismos oficiais de execução do poder punitivo.²⁶⁹ Daí, enfim, a defesa de princípios constitucionais com aptidão para a vedação de punição de condutas (formalmente típicas) inofensivas (“crimes” de bagatela ou insignificância), ou de critérios corretores da dimensão material ou do alcance do tipo, alçados como referenciais hermenêuticos em termos principiológicos, com pretensão normativa de contenção da realização do poder punitivo (pretensão de legitimidade da incriminação).

Realizada a devida digressão histórica, que esboça inúmeras discussões quanto à teoria do delito na pós-modernidade (ou sociedade contemporânea pós-industrial), algumas questões de caráter técnico-jurídico ou dogmático ainda merecem menção. Adote-se qualquer concepção, apenas ações (ou omissões) típicas serão relevantes para o direito penal, limitado o legislador em sua atividade primária criminalizante pelo conteúdo constitucional (ou direito constitucional penal) que se pode imprimir à própria tipicidade penal. Isso descortina a circunstância de ser a tipicidade instrumento político de criminalização seletiva e indica a prevalência da análise da tipicidade em relação aos demais “elementos” do conceito analítico (ilicitude e culpabilidade) – quanto mais em relação às condições objetivas de punibilidade, que, assim como a punibilidade considerada em si mesma, funda-se em critérios de necessidade/possibilidade de aplicação de pena.

No âmbito da moderna teoria do delito, no plano do injusto, somente a ação típica poderá ser ilícita; somente o “injusto”, que encerra em si uma censura, poderá ser aferido como objeto de um juízo de censura (culpabilidade).²⁷⁰ Essa precedência axiológica conferida à tipicidade no interior da arquitetura do injusto confunde-se com (e revela) a própria essência da exigente e peculiar legalidade penal-constitucional: lembremos que a legalidade penal é uma legalidade típica ou, noutra ideia, revelada por peculiar técnica normativa (desde a sistematização de Binding) de tipificação (preceito primário da norma penal incriminadora) e “sancionamento” (preceito secundário), variando, estruturalmente, conforme se trate de

²⁶⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*.

²⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca de las penas perdidas*.

²⁷⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*.

comandos positivos ou negativos (ação x omissão) ou imperativos de dever de cuidado (tipos de imprudência).

De toda sorte, o conteúdo é material, substancialmente orientado pelo discurso argumentativo (constitucional), restrito, pois, em sua legitimidade (função redutora do alcance ou abrangência da tipicidade) no que se refere aos tipos de injusto próprios do Direito Penal tradicional.²⁷¹

Desde Mayer, afinal, debate-se em torno desse vínculo imanente que une tipicidade e proibição. Entre nós, Nelson Hungria chegou a defender a incongruência em se preverem, na legislação, o cumprimento (estrito) de um dever e/ou o exercício (regular) de um direito como excludentes da ilicitude, por lhe parecer supérfluo frisar o óbvio, ou seja, numa interpretação tradicional sistemática, o exercício de um direito ou o cumprimento de um dever exprimem uma normatização incompatível com a proibição penal (direito penal como ramo sancionador subsidiário).²⁷²

O mesmo raciocínio, transposto para um conceito mais elaborado de antinormatividade, é usado para a elaboração de uma ideia “conglobante” de tipicidade,²⁷³ que remete, para o terreno da tipicidade, questões normalmente analisadas no campo da ilicitude, a partir da distinção normativa entre meras autorizações, de um lado, e determinações ou fomentos, de outro (hipóteses, as duas últimas, que conduziriam à atipicidade conglobante). As consequências práticas, convenhamos, são parcas, ao menos na perspectiva da punição.

Se o neokantismo abriu as janelas do tipo para a aferição material (sem olvidar a técnica dos elementos normativos, tipos penais em branco etc., com a polêmica que encerram); se o finalismo conferiu-lhe nova roupagem a partir da revelação de uma vontade vidente (dolo, tipicidade subjetiva), o funcionalismo, em especial no que se refere à concepção moderna da imputação objetiva,²⁷⁴ tem agora, finalmente, a pretensão de enriquecer a tipicidade objetiva, de acordo com as “tipologias estruturais” decorrentes do critério da “criação de um risco juridicamente desaprovado (não tolerado) que se materializa no resultado”, aferindo, em suma, o nexo de causalidade numa perspectiva axiológica,

²⁷¹ Defendemos, ainda, uma diferenciação, do ponto de vista técnico – ou teórico mesmo – entre atipicidade e exclusão da tipicidade. É que a expressão “atipicidade” fala por si, é autossuficiente, revelando a negação da tipicidade. Isso equivale à ausência de subsunção (juízo formal *sine qua non* e perene). Por outro lado, exclusão da tipicidade pressupõe tipicidade, ao menos formal. Assim, causas que excluem tipicidade (não catalogadas pela maior parte das classificações sobre normas penais não incriminadoras) repousam, semântica e essencialmente, numa perspectiva material de tipicidade, que admite a “exclusão”: o retorno axiológico e epistemológico ao plano da indiferença penal, não obstante a positivação da aferição da tipicidade formal. Sobre o tema, vide o nosso: IENNACO, Rodrigo. *Causas especiais de exclusão do crime*, p. 138.

²⁷² MAGALHÃES, Delio. *Causas de exclusão do crime*, p. 78.

²⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, p. 456.

²⁷⁴ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*.

aproximando-se, com isso, o direito penal da ciência quântica (o princípio da incerteza enfim desmistificou a pretensa qualidade absoluta e imutável da causalidade...).

Pode-se mesmo afirmar que os dilemas e desafios do Direito Penal contemporâneo não se referem à técnica, mas à legitimação dos instrumentos de intervenção estatal punitiva, confrontados com os direitos fundamentais, na tentativa de inauguração de uma obra humanística inacabada, cujo batismo da pedra fundamental coube ao iluminismo. Nesse contexto, a questão da criminalização primária de condutas não deve ser confundida com os programas políticos de segurança pública.²⁷⁵ O Estado Democrático se baseia no respeito aos direitos fundamentais e na proteção da pessoa humana, portanto um direito penal democrático se limita, no exercício do poder punitivo e na implementação de políticas de segurança pública, por uma concepção de tipo que se relaciona, ainda que numa medida limitada, devemos reconhecer, com a proteção de bens jurídicos. A interpretação do limite e alcance dos tipos, da mesma forma, deve partir do prisma da fiscalização e do controle da atuação do poder de polícia, e não da visão do Direito Penal como mais uma agência seletiva dos sujeitos merecedores de pena – em favor de postulados de securitização, o que é pior.

Por outro lado, os dilemas próprios da sociedade pós-moderna devem propiciar um reaparelhamento do Estado em favor da punição de condutas tradicionalmente imunes à pena privativa de liberdade, como forma de distribuição democrática da punição e preservação de direitos fundamentais de natureza coletiva, especialmente nos contextos de riscos especiais.

O tema “tipicidade”, assim como a própria teoria da ação (e geral do delito), está longe de um “razoável fim pacífico”²⁷⁶ ou de um estágio de acomodação. Embora consagrada a própria tipicidade (reserva legal e desdobramentos) como princípio de garantia (ainda que dissecado progressivamente na seletividade, ofensividade, lesividade, determinação, certeza, taxatividade, anterioridade etc.), há sempre o risco de retrocesso quando se clama por contenção de ameaças reais ou midiáticas excepcionais, inerentes ao mundo pós-globalização.

Sobre a problemática relação que se pretende compreender no interior do injusto, posiciona-se Paulo Busato:

[...] essa dimensão não visa afirmar a pretensão de ilicitude, mas sim, antes, afirmar a pretensão de relevância, sob a forma de uma subpretensão: a subpretensão de ofensividade [...]

À dimensão objetiva da pretensão de ilicitude se reserva a análise prospectiva de normas permissivas em face do caso concreto.

Essas normas permissivas, não obstante, não se limitam às chamadas causas legais de justificação, tal como tradicionalmente se procede no âmbito da

²⁷⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 201.

²⁷⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 95-97.

doutrina [...], senão que compreendem [...] causas legais de justificação (sob a forma de permissões fortes) e causas legais de exculpação e causas supralégais de justificação e exculpação (sob a forma de permissões débeis ou fracas).²⁷⁷

E sustenta o Professor paranaense a defesa de um sistema significativo radicado na filosofia da linguagem, em que a discussão a respeito da sede da dimensão material do injusto se dissipa completamente, firmando posição conclusiva quanto à inclusão já na tipicidade de uma dimensão material, referida ao bem jurídico e, que, ademais, deve corresponder à expressão do princípio da *ultima ratio*.²⁷⁸

De notar-se que os crimes sexuais violentos situam-se na última fronteira da órbita do Direito Penal tradicional, porém, a um só tempo, o confronto de sua sistematização clássica com os desafios impostos pela hermenêutica do multiculturalismo (fala-se em hermenêutica intercultural) se traduz na necessidade de argumentação em novos paradigmas de compreensão dos direitos fundamentais e, sendo assim, na rediscussão dos valores básicos do Direito Penal, desde sua metodologia (com suas imbricadas dúvidas metadogmáticas) até as funções que efetivamente pode desempenhar no contexto dos mecanismos de controle social. Cuida-se, assim, de uma nova e autêntica linha de investigação que se deve construir por postulados próprios e, posto que não originais (Mayer), no mínimo inovadores ou inventivos na sua releitura.

5.2 As normas culturais em Max Ernst Mayer como um marco teórico revisitado

Sobre a imbricada posição do culturalismo, no paradigma metodológico neokantiano em que se situam os estudos jurídico-penais de Mayer, prefacia Gusmán Dálbora:

Mayer [...] emplaza desde un principio lo irrepitible y único de la cultura en el centro de su investigación, y a las normas que fluyen de ella, en el lugar destinado a la justificación del Derecho y el fundamento de la obligatoriedad de las leyes. Cuando define la norma de cultura como “*un nombre genérico para la totalidad de aquellos mandatos y prohibiciones que se dirigen al individuo como exigencias religiosas, morales, convencionales, de tráfico y de profesión*” y afirma, al concluir sus notas, que dichas normas “*preceden lógica y cronológicamente al precepto penal, [...] que no el Estado, sino la cultura que rechaza el comportamiento antisocial, es quien instituye la antijuridicidad de los actos*”, se nos muestra de cuerpo entero el neokantiano sudoccidental, atento, de suyo, a la Filosofía de los valores y la medida en que éstos condicionan la existencia y materia de los objetos de estimación en la norma jurídica, pero, además, una vía mucho más determinada y practicable que la del intelectualismo unilateral de Stammler para remontar

²⁷⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, p. 469-470.

²⁷⁸ BUSATO, Paulo César. *Ob. cit.*, p. 469.

la trampa del positivismo legalista e esclarecer con mejor asidero la sustancia y naturaleza de lo antijurídico, así como el sentido y los límites de la culpabilidad en la disciplina de los delitos y las penas.²⁷⁹

Mayer faleceu no outono de 1923, com menos de 50 anos de idade. Em 31 de julho de 1900, no auge da juventude, obtém sua habilitação em Direito Penal e Filosofia do Direito, em Estrasburgo, com sua obra *Normas jurídicas e normas de cultura*. De 1906 a 1915 dedica-se ao estudo do Direito Penal vigente e de sua reforma, retomando ainda estudos de Filosofia do Direito; finaliza seu Tratado da Parte Geral do Direito Penal em 1915, e abandona na sequência a vida acadêmica universitária.²⁸⁰ Entre nós, suas referências tem-se limitado, com raras exceções, à menção da celeuma sobre a intensidade da relação entre tipicidade e ilicitude no plano do injusto penal. Passa despercebida, porém, a coerência da doutrina penalística de Mayer com sua concepção jusfilosófica, radicada na fundamentação concreta do Direito como expressão cultural nacional, ligada a uma Filosofia social e política fundada nos valores da liberdade e da humanidade.²⁸¹

Mayer foi um dos pioneiros no pensar o Direito a partir do culturalismo e alguns de seus postulados podem ser resgatados em contribuição à compreensão sistemática e adequada dos crimes culturalmente motivados, aderindo-se, declaradamente, a um marco normativista para a reelaboração de categorias analíticas do delito, com especial interesse na ilicitude penal. É preciso refazer essa trajetória, em nova, porém breve, digressão.

Vejamos. Ao situar o delito na categoria dos fatos jurídicos, Assis Toledo defende o acerto do legislador da reforma da parte geral do Código Penal brasileiro (1984), que preferiu falar em “ilicitude” (arts. 21 e 23 do CP), o que evitaria contradições de ordem terminológica e melhor expressaria o conteúdo do instituto: contrariedade ao direito (*Rechtswidrigkeit*), não ao jurídico. Ilicitude é, pois, algo que se afirma do fato típico penal, diante da ordem jurídica.

Com efeito, o termo *ilicitude*, como “propriedade” que se atribui ao fato típico, exprime a ideia de contradição, de antagonismo, de oposição ao direito.²⁸² O juízo de ilicitude do fato é uma operação negativa: praticado um fato típico, será aferida a ilicitude a partir da verificação da não-ocorrência de uma causa de *justificação* (permissão forte). Isso ocorre

²⁷⁹ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 14.

²⁸⁰ HASSEMER, Winfried. *Juristen an der Universität Frankfurt am Main*, p. 84, *apud* MAYER, Max Ernst. *Ob. cit.*, p. 33.

²⁸¹ HASSEMER, Winfried. *Idem*, p. 34.

²⁸² JESCHEK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 175, *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Ob. cit.*, p. 161, nota 6.

porque, em certas circunstâncias, o sistema jurídico autoriza ou permite que comportamentos típicos, a princípio proibidos pelo ordenamento jurídico-penal, sejam realizados.

Assis Toledo define a ilicitude a partir de uma concepção unitária substancial (material): “relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado.”²⁸³ No dizer de Cirino dos Santos, ilicitude “é uma contradição entre a ação humana e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões”, em que as proibições são os tipos penais (descrições de ações proibidas) e as permissões são as causas de justificação (situações especiais que excluem a proibição).²⁸⁴

Ilicitude e antijuridicidade²⁸⁵ são termos sinônimos. Numa primeira ideia, ilícito é o fato que contraria o ordenamento jurídico. Essa concepção formal de ilicitude coincide, ainda, com a *antinormatividade*, embora haja quem a diferencie e a vincule, em antecipação, à própria tipicidade.²⁸⁶ Porém, quando se põe em destaque a *ilicitude material*, escreve Luciano Lopes:

ao se destacar o conteúdo material da ilicitude, há um afastamento dessa identificação entre antinormatividade e ilicitude. A ideia é determinar que a ofensa ao Direito (bens jurídicos) é o elemento que completa o conceito de ilicitude, afastando-o da mera antinormatividade.
[...] a antinormatividade não encerra o conceito de ilicitude, que não pode ser considerada meramente formal.[...]
Apesar de sua natureza sancionatória, o sistema penal tem autonomia na escolha do objeto de suas proibições, diante das possibilidades valorativas apresentadas pela Constituição [...].²⁸⁷

Quanto à sua evolução conceitual, os estudos sobre a ilicitude não se desenvolvem concomitantemente ao de tipicidade. Realmente, até o final do século XVIII, desconhecia-se um conceito geral e diferenciado de ilicitude, normalmente confundida com a ideia de culpabilidade. Quando muito, apenas eram destacadas as causas de justificação mais conhecidas, como legítima defesa e estado de necessidade, assim mesmo atreladas ao homicídio apenas.²⁸⁸ Na mesma esteira, Luciano Lopes registra que o conceito de ilicitude surgiu no Direito Penal moderno para caracterizar a contrariedade objetiva do fato às normas

²⁸³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 8.

²⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 148.

²⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 160.

²⁸⁶ Sobre a diferenciação (Welzel, Zaffaroni) ou a identificação (Fernández, Luciano Lopes) conceitual entre ilicitude formal e antinormatividade: LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal*, p. 15-17.

²⁸⁷ LOPES, Luciano Santos. *Ob. cit.*, p. 18.

²⁸⁸ RÜPING, Hinrich. *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, p. 44, *apud* TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 146, nota 269.

positivadas, ao passo que a censurabilidade subjetiva (“querer se conduzir contrariamente à norma”) ficava adstrita à culpabilidade.²⁸⁹ Logo, no primeiro momento, o fundamento da ilicitude surge pela necessidade de diferenciá-la da culpabilidade. Essa tarefa é cumprida, na teoria do Direito, com incursões de Ihering no direito civil, no final do século XIX, bem como nas concepções pioneiras de Luden.²⁹⁰ Essas concepções foram sucedidas, no âmbito penal, pelos estudos de Merkel (para quem ilicitude era a “lesão de um mandato ou uma proibição do Direito”, sem distingui-la propriamente da culpabilidade),²⁹¹ Binding (teoria da norma penal) e von Liszt.²⁹² Então a ilicitude objetiva era constituída pela lesão ao direito (norma), estando a punição na dependência da verificação da culpabilidade subjetiva.

Atribui-se a von Liszt, no âmbito do causalismo clássico, a consolidação da ilicitude como categoria autônoma do delito. Na citação de Tavares:

como injusto, o crime, do mesmo modo que o ilícito civil, é antijurídico ou, por outros termos, é a violação de uma norma do Estado, de um preceito proibitivo ou impositivo da ordem jurídica, de tal modo que só excepcionalmente e por causas especiais é lícita a lesão de interesses juridicamente protegidos.²⁹³

Depois, o próprio von Liszt enunciaria o conceito de ilicitude material: antijurídico é o fato que ofende ou põe em perigo um bem jurídico. E anota Luciano Lopes, quanto a esta concepção:

o ato é formalmente contrário ao Direito enquanto é transgressão de uma norma estabelecida pelo Estado, de um mandato ou de uma proibição de ordem jurídica. O ato é materialmente ilegal enquanto significa uma conduta contrária à sociedade (anti-social).²⁹⁴

Lembre-se que só em 1906, já conhecida a dicotomia ilicitude objetiva/culpabilidade subjetiva, Beling sistematizou o conceito de tipo penal.

Sob a influência do neokantismo, o tratamento até então conferido à matéria sofre profunda inovação, sobretudo com os estudos de Max Ernst Mayer e E. Mezger, com especial atenção voltada para a relação tipicidade-ilicitude.²⁹⁵ Na concepção de Mayer, tomado o tipo

²⁸⁹ LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal*, p. 9.

²⁹⁰ FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad penal y sistema del delito apud* LOPES, Luciano Santos. *Idem. Ibidem*.

²⁹¹ LOPES, Luciano Santos. *Ob. cit.*, p. 10.

²⁹² TAVARES, Juarez. *Ob. cit.*, p. 147.

²⁹³ LISZT, Franz von. *Leherbuch des deutschen Strafrechts*, §22, *apud* TAVARES, Juarez. *Ob. cit.*, p. 148.

²⁹⁴ LOPES, Luciano Santos. *Ob. cit.*, p. 18.

²⁹⁵ Para aprofundamento do estudo sobre a relação tipicidade-ilicitude: LOPES, Luciano Santos. *Ob. cit.*; FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *A adequação social da conduta no direito penal: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, p. 425 e segs.

como indício (*ratio cognoscendi*) da ilicitude, tipo e causas de justificação se contrapõem sob o binômio regra/exceção. Já para Mezger, a antijuridicidade assume a característica especial de uma *antijuridicidade típica*, passando a ser o elemento principal do delito (tipo como *ratio essendi* da ilicitude).²⁹⁶ A partir daí, a lesão de bem jurídico, que fundamentava a ilicitude tal qual a concebera von Liszt, assume o papel de conteúdo material do próprio tipo de injusto, numa etapa antecipada de aferição. Essa é uma contradição lógica ainda não superada ou suficientemente esclarecida na teoria do delito, havendo uma certa coincidência paradidática na sistematização do conteúdo material do injusto (ora radicado no conceito de tipicidade, ora na concepção da ilicitude), contrária a lógica parmenídica (pois uma coisa não pode ser outra sem deixar de ser ela mesma).

Resumindo, a ilicitude, entendida como relação de contrariedade entre o fato e a norma jurídica, é conceito qualificado como objetivo-formal. Porém, desde von Liszt se verifica um esforço no sentido de desenvolver uma concepção mais enriquecida, quanto ao conteúdo, de ilicitude. Cabe a indagação: a “essência substancial da ilicitude” se esgotaria na verificação de a transgressão da norma lesar ou colocar em risco “bem jurídico” por ela protegido? Na base de distinção entre ilicitude formal e material²⁹⁷ estão as noções do injusto (e da relação com a tipicidade). Vimos que a ilicitude formal exprime a contradição do comportamento concreto com o conjunto das proibições e permissões do ordenamento jurídico, portanto seria “qualidade invariável de toda ação típica e antijurídica”. Já a ilicitude material, indicando lesão socialmente danosa (ao bem jurídico, se se preferir), aparece como “dimensão graduável do conteúdo de injusto das ações típicas e antijurídicas”. Em suma, a ilicitude representa uma qualidade da ação típica, expressa naquela relação de contradição. O injusto, ao contrário, não é uma simples qualidade da ação típica, mas a própria ação típica e ilícita concretizada (realização não justificada de um comportamento típico). É a extensão variável da danosidade social que determina diferentes conteúdos de injusto e, portanto, diversas “ilicitudes materiais”. O conceito de injusto, então, engloba, axiologicamente, a ação típica e ilícita.

Igualmente, na visão primeira do finalismo, o tipo constitui indício de ilicitude, confirmado definitivamente com a ausência de qualquer causa de justificação. O injusto deve

²⁹⁶ Juarez Tavares salienta que, com essa posição, Mezger reconheceu que o delito comporta um juízo objetivo (norma de determinação objetiva, cuja violação implica a ilicitude) e outro subjetivo (norma de determinação subjetiva, deduzida da primeira e que fundamenta a culpabilidade); o juízo de antijuridicidade deve ser efetuado objetivamente, já a imputação pessoal é questão a ser decidida na culpabilidade (cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 150).

²⁹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 163; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 149-150; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 241-242).

ser atribuído a determinada pessoa, com prevalência ao *desvalor da ação*. Tal assertiva fortalece, como salienta Tavares, a subjetivação da ilicitude: o importante é o modo e a forma de execução da conduta proibida pelo agente, que demonstram o sentido de sua atividade e assinalam o desvalor do ato. Na “subjetivação do injusto”, o finalismo inova em dois aspectos: *a)* subordina a estrutura do injusto ao conceito final (ontológico) de ação, anterior a qualquer formulação e cujo conceito essencial – a *finalidade* – aparece como verdadeiro dogma; e *b)* no campo político, confere à norma penal a função primária de proteção dos valores ético-sociais, elegendo o sentido da própria ação (em vez do resultado) como o elemento essencial à configuração do injusto.²⁹⁸

A abordagem funcionalista da ilicitude traz em si a problemática das perspectivas da norma penal (vinculação entre delito e necessidade de pena). A propósito, Amelung, citado por Tavares, afirma que a função da teoria do injusto não é identificar condutas proibidas, mas condutas merecedoras de pena.²⁹⁹ Para Jakobs, a ilicitude deve ser entendida de acordo com um processo de imputação, pelo qual se estabelecem os fundamentos da punição, com vistas à estabilidade e à validade da norma: o injusto se conforma na própria realização do tipo, quando inexistentes as causas justificantes.³⁰⁰ Ausentes estas, conferir tratamento autônomo à ilicitude seria equívoco.³⁰¹ Já o sistema funcional de Roxin admite que a realização do tipo indicia a antijuridicidade, caracterizando a ilicitude como uma qualidade da ação típica: o fato está em contradição com as proibições ou determinações do Direito Penal.³⁰² Após analisar *ação e tipicidade* como categorias funcionais do delito, escreve Roxin:

“Neste terceiro nível do delito, deve-se falar em ‘injusto’, e não só em ‘antijuridicidade’. Pois assim como o tipo carrega em seu bojo a ação [...], assim também a ação e o tipo estão contidos no injusto: só ações típicas podem ser injustos jurídico-penais. A antijuridicidade, pelo contrário, não é uma categoria especificamente do Direito Penal, mas do ordenamento jurídico

²⁹⁸ Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 150-151. É interessante registrar que tal subjetivação do injusto, no campo da ilicitude, enfrenta críticas quanto às “justificantes incompletas”, ou seja, nos casos em que, embora presentes os elementos objetivos das justificantes, faltam-lhes o elementos subjetivos de justificação.

²⁹⁹ AMELUNG, Knut. Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin. In: *Grundfragen der modernen Strafrechtssysteme*. Berlin-New York, 1984, p. 85, *apud* TAVARES, Juarez. *Ob. cit.*, p. 153-154.

³⁰⁰ Percebe-se, aqui, que as causas justificantes cumpririam a função de congregar os elementos negativos do injusto. O mesmo raciocínio é esposado por Bernd Shünemann, ao identificar no injusto a função de assinalar as condutas socialmente nocivas (elementos positivos do tipo), enquanto, numa reprodução de Merkel, as causas de justificação (e as excludentes, por ele diferenciadas das justificantes quanto à gravidade da conduta) seriam seus elementos negativos. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 155.

³⁰¹ Jakobs reproduz, com nova roupagem, a lição de Mezger: o tipo como *ratio essendi* da ilicitude. Mezger, porém, vincula o injusto a uma regra de valor, ao passo que Jakobs o associa a um programa de imputação, em que as causas justificantes representam motivos de tolerabilidade social de condutas típicas em contextos específicos. TAVARES, Juarez. *Ob. cit.*, p. 154.

³⁰² Embora Claus Roxin admita a coexistência de uma ilicitude civil e outra penal, sem que isso importe em quebra da unidade da ordem jurídica.

como um todo: comportamentos podem ser antijurídicos em face do Direito Civil ou do Direito Público, e ainda assim carecerem de relevância para o Direito Penal; assim também, as causas de justificação têm sua origem em todos os ramos do direito, o que é importante para determinar os pontos de vista orientadores decisivos no plano do injusto [...]. Aquele que, em um tal conflito de interesses, lesa um bem penalmente protegido sem estar acobertado por uma causa de justificação, realiza um injusto. Dito materialmente: seu comportamento é intoleravelmente lesivo para a sociedade. [...] ... ao valorar o injusto levando em conta causas de justificação de toda espécie, provenientes da totalidade do ordenamento jurídico, considera o Direito Penal os interesses de outros ramos do direito, garantindo, assim, a unidade e a inexistência de contradições do ordenamento jurídico. [...] Por um lado, as causas de justificação, em sua maioria, não estão reguladas no Direito Penal, e sua força justificante vale não só para o Direito Penal. [...] Só é possível sistematizar as causas de justificação na medida em que elas se possam compreender como combinação de diversos princípios de ordenação social (princípio da ponderação de bens, princípio da defesa, princípio do prevalectimento do direito, princípio da autonomia etc.). Estes princípios, orientando-se segundo diversas considerações político-criminais, decidem sobre a utilidade ou lesividade social de um comportamento, e, por conseguinte, sobre a licitude ou ilicitude de uma intervenção típica”³⁰³

Entretanto, cumpre-nos aprofundar o estudo da ilicitude na perspectiva culturalista (Mayer)³⁰⁴ para, após, estabelecer os limites da exclusão da ilicitude com base no fator cultural divergente. Isso exige, inclusive, a rediscussão do liame entre ilicitude material e tipicidade, bem como entre ilicitude e pressupostos da culpabilidade, em sua concepção normativa pura.

Mayer, na estrutura de sua teoria, opõe-se às concepções positivistas de Binding sobre as regras jurídicas (normas e leis penais). Para Binding, as normas: a) são regras de Direito Público (não do Direito Penal especificamente); b) são ordens que exigem a obediência do povo diante do poder Estatal; já as leis penais: a) não são normas, mas regras jurídico-penais; b) não são ordens, mas regras que autorizam/determinam o Estado a punir. Mayer, por outro lado, estrutura sua teoria das normas na dicotomia *normas de cultura x normas jurídicas*. Para Mayer, as normas de cultura: a) não são regras jurídicas; b) são ordens que exigem do povo a conduta (social) devida; as normas jurídicas: a) são normas e, ao mesmo tempo, regras jurídicas (jurídico-penais); b) são ordens dirigidas aos órgãos do Estado.³⁰⁵ O próprio Mayer, não obstante, esclarece o ponto de convergência entre as duas teorias:

³⁰³ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 235-240.

³⁰⁴ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*.

³⁰⁵ MAYER, Max Ernst. *Ob. cit.*, p. 167.

La coincidencia yace en el reconocimiento de que, junto a la ley penal, otros preceptos (en Binding, las “normas”; aquí, las “normas de cultura”) tienen una importancia capital para la teoría y práctica del Derecho Punitivo.

[...] Apenas querría aún destacar expresamente la diferencia principal: según Binding, las “normas” son reglas jurídicas; conforme a este estudio, ellas son normas de cultura.³⁰⁶

Porque Mayer entende as normas jurídicas como normas de cultura reconhecidas pelo Estado, a consciência da ilicitude abarcaria a antisociabilidade ou a imoralidade do comportamento, ou, noutra ideia, a dimensão das “condições existenciais da sociedade”, para usar uma expressão de Aníbal Bruno.³⁰⁷ Logo, seria decorrência da concepção culturalista admitir-se que “o conhecimento das normas de cultura resulta o das normas jurídicas e, por conseguinte, o da ilicitude”.³⁰⁸ Luís Brodt registra a superação, nos nossos dias, do debate entre as concepções formal e material da ilicitude, salientando seu dúplice aspecto: “a solução material não pode ser aceita porque transfere a questão para um plano metajurídico” (a ordem social ou moral); “à consciência da ilicitude exige-se que o agente perceba o desvalor jurídico do comportamento, a contrariedade da conduta à ordem jurídica”.³⁰⁹ E conclui:

Assim, basta que o agente intua a partir da reprovação social do comportamento que o mesmo deve estar proibido pela ordem jurídica. Por outro lado, não se exige mais que o conhecimento do sentido de desvalor jurídico do comportamento, não sendo necessário que o agente conheça o tipo penal ou que esteja convencido da utilidade social da proibição.³¹⁰

A posição intermediária em comento, posto ultrapasse a vertente sistematizada por Mayer, põe em relevo a prevalência do aspecto material da ilicitude, além disso, pontua a diferenciação entre o conhecimento da proibição e o objeto do conhecimento da proibição, ou seja, a própria ilicitude penal como categoria que lhe precede no processo de verificação racional da responsabilidade criminal (ou processo de imputação, se se quiser prestigiar a terminologia funcional). Logo, a teoria de Mayer não pode ser refutada quanto aos crimes culturalmente motivados, porque não se trata, propriamente, da aferição do conhecimento do ilícito, mas a compreensão da ilicitude mesma, na dimensão em que o ordenamento jurídico-constitucional reconhece o direito de viver de acordo com suas próprias tradições e costumes, ou seja, até que ponto o direito à própria identidade cultural autoriza ou tolera a prática de atos típicos. Cuida-se de situações em que as normas de cultura, precedentes aos comandos

³⁰⁶ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 167

³⁰⁷ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*, p. 23 e 25.

³⁰⁸ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Ob. cit.*, p. 26.

³⁰⁹ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Ob. cit.*, p. 28.

³¹⁰ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Idem. Ibidem.*

jurídico-legais, exercem uma influência especialmente significativa no agir humano, tomado como exteriorização da personalidade, sobrepondo-se à declaração formal do poder estatal, quiçá em situação de indiferença ao direito penal positivo.

Espera-se, com tais argumentos, esclarecer a razão pela qual reduzir-se a questão da *cultural defense* ao espectro do conhecimento do ilícito e, portanto, à zona da culpabilidade, é esvaziar a discussão sobre os reflexos da admissão do multiculturalismo e de seu reconhecimento pelo sistema jurídico-constitucional. Logo, a *defesa baseada no fator cultural*, a despeito de dialogar com a tipicidade subjetiva, com o conhecimento do ilícito e com a gradação da culpa (para mitigá-la) no decorrer do juízo sobre a imputação, traduz-se num problema essencialmente radicado no plano da ilicitude penal – especificamente na acepção da ilicitude material (e sem se confundir com os juízos de tipicidade material que lhe precedem).

Alessandro Bernardi, competente sistematizador da matéria, aponta a relevância do fator cultural em duas frentes. A primeira, relacionada ao exercício da interpretação judicial das categorias do delito, por ocasião dos julgamentos de casos concretos.³¹¹ A segunda, revelada já no plano do direito positivo, no plano das normas incriminadoras, construídas sobre bases referenciais culturalistas. Considerado circunstancialmente ligadas às normas incriminadoras, o fator cultural pode ser um momento de gradação da ilicitude e da pena em relação a tipos específicos, uma própria causa de exclusão da ilicitude, uma circunstância atenuante ou agravante.³¹² Porém, além da arquitetura normativa, interessa-nos sobrelevar a atitude fundada no fator cultural como o referencial básico da ilicitude penal, o que explica, como consequência, ao menos a sua propensão para atenuar a culpabilidade (permissão fraca) do autor do fato.³¹³

Focamos nossa atenção no plano normativo. Mayer já acentuava a preocupação com o conteúdo material da norma, ou com o objeto da tutela penal, vinculando-o à teoria dos direitos subjetivos. E é enfático na crítica à concepção positivista de Binding: “*la tarea de demostrar y formular las normas como reglas jurídicas es el niño mimado y, a la vez, el infante terrible de la teoría de las normas*”.³¹⁴ Respondendo à indagação sobre serem os direitos subjetivos (ou os bens jurídicos) o objeto do injusto, Mayer se opõe ao pensamento de Binding, que designava como objeto afetado do delito “o direito de obediência às ordens do Estado” (muito embora admitindo que o mandamento estatal está limitado pelos bens

³¹¹ BERNARDI, Alessandro. *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, p. 94-107.

³¹² BERNARDI, Alessandro. *Ob. cit.*, p. 72-80.

³¹³ BERNARDI, Alessandro. *Ob. cit.*, p. 80-88.

³¹⁴ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 168.

jurídicos tutelados, bem jurídico seria “tudo o que, ainda que em si mesmo não o possua, tenha valor ante os olhos e segundo a opinião do legislador como condição para a vida sana da comunidade jurídica”).³¹⁵ Na vertente mayeriana, o delito é o “direito estatal à coerção” e a cada direito subjetivo corresponde uma forma de injusto; a fim de construir o objeto afetado do injusto punível, as normas devem ser concebidas, demonstradas e justificadas como regras jurídicas. E prossegue:

Sin embargo, prescindase un momento de la opinión de que todo delito se dirige contra el derecho subjetivo estatal al sometimiento, y entonces desaparecerá la necesidad de emplazar junto a las leyes penales una segunda clase de reglas jurídicas, y las reglas que Binding llama normas aparecerán en su verdadero aspecto, como normas de cultura. Para elaborar los derechos y deberes se precisa reglas jurídicas; Binding necesita de sus normas; en cambio, los intereses (bienes) y deberes presuponen normas de cultura. [...] se puede suministrar la prueba de que las normas (en el sentido de Binding) no existen como tales *reglas jurídicas*. Si es de la esencia de las normas jurídicas impartir órdenes a los *órganos del Estado*, las reglas que reclaman de los *súbditos* alguna conducta no pueden ser normas jurídicas.³¹⁶

Mayer argumenta que um dos ensinamentos fundamentais de Binding, no sentido de que todo delito é uma violação de um mandato que existe fora da ameaça penal e a precede em sentido lógico, é uma ideia muito importante que nos aclara a *antijuridicidade* do delito, que necessariamente deve ter existência anterior à ameaça penal e, por conseguinte, não pode vir criada apenas pela lei; e pontua: “*esta fundamentación autónoma de la antijuridicidad resulta capital para toda la teoría de la culpabilidad en el Derecho punitivo, así como, en general, para la ciencia jurídico-penal.*”³¹⁷

Situa-se neste marco teórico, então, a razão do nosso alinhamento ao culturalismo-normativista, de viés constitucional plural, reforçando a tese de que o problema argumentativo central reclamado pela *cultural defense* radica na compreensão material da ilicitude:

[...] si se hace derivar toda orden en su grave dependencia de la moral, las costumbres, los usos de clase o de profesión, etcétera; si se las concibe como el producto de intereses sociales, como exigencias de la cultura, entonces resultará palmario que preceden lógica y cronológicamente al precepto penal, amén de que no el Estado, sino la cultura que rechaza el comportamiento antisocial, es quien instituye la antijuridicidad de los actos – entonces la sustancia valiosa de esta enseñanza fundamental de la teoría de las normas queda libre de accesorios perturbadores. [...] “el capital defecto de la teoría de las normas está en la concepción puramente formal del delito como una violación del deber de obediencia, en tanto que queda del todo relegada a segundo término la tendencia del crimen

³¹⁵ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 168.

³¹⁶ MAYER, Max Ernst. *Ob. cit.*, p. 169.

³¹⁷ MAYER, Max Ernst. *Ob. cit.*, p. 170.

contra las condiciones de vida de la comunidad humana jurídicamente organizada” (v. Liszt, Tratado, p. 67). [...] hay que plantear a la teoría de las normas la siguiente alternativa: o bien pretende descubrir mediante el concepto de norma y la suposición de un derecho estatal al sometimiento, la razón de la cual depende la antijuridicidad de los actos. Luego, está justificado caracterizar el bien jurídico como un objeto secundario de afectación; pero entonces se contrae con ello, también, el rendimiento del concepto de la norma a la insípida enseñanza de que son antijurídicos aquellos actos que se oponen a las normas.

O bien la teoría pretende más [...], quiere fundar la teoría del injusto y ser la base de todo el edificio del Derecho penal.

Luego, es imposible concebir el bien jurídico como objeto afectado *secundario*. “Puesto que, en realidad, el carácter de un delito se determina, en *primer término*, mediante el valor del interés vulnerado y la modalidad de la vulneración” [Liepmann, *Introducción al derecho penal*, 1900]. El criminalista que pretenda ofrecer algo más que la explicación jurídico-formal del concepto de la antijuridicidad, debe emprender el trabajo que Binding desearía endosar al sociólogo, o sea, la tarea de “determinar el delito de modo distinto que con ayuda de la ley.

[...] si en lugar de las normas que aparecen como reglas jurídicas, se coloca las normas de cultura, entonces resulta ineludible poner el acto antinormativo en la relación más estrecha con los mandatos y prohibiciones que valoran o reprueban según los intereses del Estado, la sociedad y el individuo”³¹⁸

Afinal, desde o neokantismo a ilicitude penal sofreu profunda transformação, como registram Jescheck e Weigend:

Si hasta este momento y por influencia de *Binding* la antijuridicidad era entendida como quebrantamiento formal de una norma jurídica, ahora se dedujo de la finalidad específica de las disposiciones penales que el injusto *material* debe ser comprendido como *dañosidad social*. El punto de vista material abrió la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la infracción del interés. Si en la realidad no concurre lesión alguna de aquél, el hecho tampoco puede ser antijurídico. De este modo, con ayuda de la teoría material de la antijuridicidad, se logran desarrollar nuevas causas de justificación que van más allá de aquellos casos que poseen un reconocimiento legal [...]³¹⁹

Com efeito, ou se reduz a ilicitude ao espectro da tipicidade, num tipo total de injusto, ou se confundem tipicidade material e ilicitude material, na unicidade ambígua da lesão ao bem jurídico, ou se resgata, como preferimos, a dimensão sociocultural, constitucionalizada, da ilicitude, redescoberta como categoria substancial do delito, dotada de autonomia institucional e hermenêutica.

³¹⁸ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 171-172.

³¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*, p. 221-222.

5.3 *Cultural offence* e repercussão político-criminal no modelo de reação social

Alessandro Bernardi, seguindo na linha argumentativa da personalização da ilicitude penal, fundamenta a atualidade e a necessidade de aprofundamento do debate penalístico sobre o fator cultural:

il tema della rilevanza penale della motivazione culturale presenta un fascino dovuto non solo alla ricchezza di implicazioni filosofiche, ideologiche, politiche, sociologiche del tema in questione; ma anche alla propensione di quest'ultimo a coinvolgere un cospicuo numero di categorie penali. In particolare, in un precedente lavoro, mi sono soffermato su come il "fattore culturale" possa rilevare in sede di antigiuridicità, imputabilità, inesigibilità, colpevolezza, punibilità. Ancor più numerosi sono poi gli istituti e le norme penali sostanziali e processuali [...], ricchi di possibili ricadute sui reati culturali.

[...] Intendo quindi collocare il discorso su un piano più generale, per sottolineare come la lenta ma progressiva valorizzazione del ruolo assunto dal motivo culturale in sede penale costituisca una particolare espressione del processo di soggettivizzazione dell'illecito penale, con tutti i pregi e i rischi che tale processo comporta.³²⁰

Aderimos, *mutatis mutandis*, a uma definição de crime culturalmente motivado tomando-o como um comportamento realizado por um membro pertencente a uma cultura de minoria (não apenas o imigrante recente ou o autóctone), considerado como crime no ordenamento jurídico penal dominante e, quando praticado, "justificado" pelo seu autor como expressão de sua identidade cultural.³²¹ Logo, pode-se partir de uma definição do ato em si, conforme se tem afirmado na doutrina europeia continental. Fala-se, assim, em *cultural offence* ou crime culturalmente motivado. No outro norte, na família da *common law*, prefere-se um conceito baseado na alegação do imputado, que invoca o fator cultural como explicação para sua conduta: aplica-se, aqui, a expressão *cultural defense*, ou "defesa cultural", que aspira à negação ou, quando menos, à mitigação da responsabilidade criminal.³²²

A discussão sobre as consequências da *cultural defense* quanto aos reflexos nas categorias tradicionais do crime representa um dos pontos centrais das discussões do culturalismo, em confronto com as temáticas penalistas consolidadas.

Por ora, importa salientar que nos crimes culturalmente motivados estamos tratando de fenômenos que traduzem, para o plano penal, as dificuldades argumentativas próprias do pluralismo (inclusive jurídico). Deve-se questionar até que ponto, nesse ambiente,

³²⁰ BERNARDI, Alessandro. *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, p. 58.

³²¹ BASILE, Fabio. *Il diritto penale nella società multiculturale* (Comunicação oral); na mesma linha de Van Broeck, citado ao final da introdução deste relatório de pesquisa.

³²² DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Delitos culturalmente motivados: diversidad cultural, derecho e inmigración*, p. 66.

os vários grupos normativos influenciam ou determinam o comportamento individual, numa situação conflitiva em que se deve avaliar o ato como expressão mesma da personalidade do sujeito acusado da prática de um crime. Há, nesse campo, um multifacetado prisma valorativo que subjacente aos grupamentos que, ainda que em tempos mais remotos, tenham experimentado fluxos migratórios intensos, como é o caso do Brasil no início do século passado. Obviamente esta situação não é a mesma nas populações colonizadas e propriamente em relação àqueles imigrantes de primeira geração; mas até que ponto poderia ser desconsiderada, no plano do direito interno, para aferição concreta e justa dos comportamentos, tendo por base um padrão cultural uniforme e homogêneo que a todos vincularia?

Haverá sempre uma dúlice via de análise. Uma, conferir à unidade e à territorialidade valores que concretizam o postulado básico da igualdade perante a lei e, com ele, o da segurança jurídica. Outra, baseada na ideia de que a diversidade cultural é um dado real, irrefutável e consagrado constitucionalmente em respeito às diferenças, concebendo-se uma hermenêutica mais rica frente ao localismo e à não neutralidade cultural do Direito Penal. Em que circunstâncias se viabilizaria um modelo de direito penal sensível às diferenças culturais?

A doutrina tradicional costuma abordar esse tema de maneira superficial, relegando-o ao panorama subterrâneo da motivação para o conhecimento da lei, restringindo-o à retórica defensiva da alegação de não culpabilidade pelo desconhecimento da proibição³²³. Porém, esperamos, a essa altura, ter deixado claro que a *cultural defense* (ou a alegação de defesa baseada no fator cultural) não se confunde com o grau de conhecimento do ilícito, referindo-se à prática consciente de atos coincidentes com suas próprias identidades culturais, e que encontram repercussão na ordem das proibições típicas. Ou seja, o que está em jogo é o direito de viver de acordo com as suas tradições: uma extensão excepcional da “ordem do lícito” (ou compreensão ampliada da ilicitude), baseada no fator cultural, redimensionada a partir do reconhecimento constitucional do pluralismo cultural e, como consequência, da pluralidade de ordens jurídicas convivendo no interior do mesmo sistema jurídico.

Conforme ensina Figueiredo Dias, no âmago das concepções materiais, os sentidos e os valores são decisivos.³²⁴ Em sua tese de doutoramento na Universidade de Coimbra, refere-se à “falta de consciência da ilicitude no contexto de uma culpa da vontade”,

³²³ No mesmo sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Multiculturalism and criminal law: the Brazilian case*.

³²⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, p. 197.

para defender que o dogma da culpa da vontade não se afirma unitariamente no pensamento jurídico-penal, conduzindo a três modos fundamentais de consideração do conteúdo material da culpa: a) decisão consciente da vontade pelo ilícito (que compreenderia o *dolus malus* referido ao ilícito-tipo); b) capacidade de motivação de acordo com a norma (contraste entre o comportamento contra o dever e uma vontade potencial que teria podido dirigi-lo no sentido do dever); c) culpa da vontade referida materialmente à condução ou decisão da vida, ao caráter ou personalidade do agente (e não ao ilícito-típico praticado).³²⁵ A culpa material, ou a concepção material da culpabilidade, assim, é expressão de uma categoria axiomática pautada no poder agir de outro modo, ora agregada ao conteúdo da vontade (e assim do tipo), ora associada ao plano do ilícito e da possibilidade de seu conhecimento. Essa percepção revela uma tendência de aproximação entre ilicitude e culpabilidade, consolidando a culpa como expressão do próprio delito e não da resposta penal pela sua prática. De todo modo, o que pretendemos reforçar, é que o fator cultural, apresentado como defesa consciente para a justificação do ato, não deve ser tratada como critério de correção da tipicidade e, menos ainda, no último estágio da reprovabilidade pessoal baseada no conhecimento da proibição³²⁶, mas na consciente determinação para o comportamento típico como expressão de cultura divergente. Ou seja, pode ou não haver conhecimento de que o ato que se pratica é em tese proibido (e portanto típico), sendo a elementar fundamental do fator cultural a prática do ato como materialização de um comportamento consciente e próprio de seu padrão comportamental, como elemento característico de sua comunidade e, assim, normalmente fator de sua própria identidade cultural, com reflexos mais ou menos compreensíveis na ordenação jurídico-constitucional. Como leciona Sandra Tavares, o que está em debate na *cultural defense*, sem que se exclua a possibilidade de enfrentamento de eventual alegação de desconhecimento da proibição, é a arguição do direito de viver de acordo com as próprias tradições, ainda que minoritárias.³²⁷ Portanto, cuida-se de desvelar o alcance da norma proibitiva e dos limites da contradição com um comportamento dotado de características peculiares.

As possibilidades efetivas de reconhecimento de eficácia jurídica justificante à *cultural defense* dependerão, assim, do nível de aceitação constitucional dos efeitos jurídicos das divergências culturais e do pluralismo, e do alcance que se pretenda conferir,

³²⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*.

³²⁶ Apresentando *cultural defense* na perspectiva do conhecimento do ilícito, temos: VALE, Ionilton Pereira do. *A defesa cultural no âmbito do Direito Penal e Processual Penal: uma visão do direito comparado como paradigma para aplicação no direito brasileiro*.

³²⁷ TAVARES, Sandra. *Multiculturalismo*. (Comunicação Oral).

juridicamente, ao modo de vida culturalmente minoritário ou divergente. Ou seja, o paradoxo inevitável é a autonomia jurídica e a autodeterminação de acordo com o fator cultural e a gradação de valor que se estabelece ou se admite em homenagem ao poder jurídico como faceta do poder político. Noutras palavras, até que ponto os direitos fundamentais, com pretensão de universalidade ou de universalização, convivem com o reconhecimento do direito à própria identidade cultural minoritária.

5.4 O fator cultural nos crimes sexuais violentos: casuística

A violência sexual é fenômeno ancestral e universal. O que se constrói culturalmente é a maneira como se reage à violência sexual, com base numa pauta de valores e símbolos assimilados por determinada comunidade, em certo espaço geográfico e durante algum período histórico. Esse processo não é linear nem homogêneo. Os casos que são transcritos a seguir são exemplificativos, com mera função ilustrativa. Alguns são relatos conhecidos, compartilhados na doutrina alienígena que aborda os crimes culturalmente motivados. Outros apresentamos a partir de breve e superficial pesquisa, apenas para confrontação da dimensão local do instituto no Brasil, com os argumentos que costumam acompanhar essas narrativas já consagradas na literatura estrangeira, notadamente nos Estados Unidos e na Itália, onde o tema tem sido estudado com progressiva curiosidade ou entusiasmo.

5.4.1 Mutilação genital feminina

De acordo com o Fundo das Nações Unidas para a infância (UNICEF), mais de 200 milhões de meninas já foram submetidas à mutilação genital em mais de 30 países,³²⁸ desde o centro-norte da África até a Colômbia (onde a prática é tradição entre os indígenas da etnia Emberá).³²⁹

A mutilação genital feminina, em qualquer das suas formas, é o caso mais emblemático de violência sexual motivada culturalmente contra as mulheres. O fato, como fenômeno de significação cultural, independe da existência, no Direito Penal positivo, de tipificação específica, e na prática são poucos os casos que chegam ao conhecimento dos Tribunais, não obstante o contingente de imigrantes que os realizam, especialmente entre os que migraram para a Europa.

³²⁸ Organização das Nações Unidas, 2016. Disponível em: https://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD.pdf

³²⁹ Organização das Nações Unidas, 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/em-dia-internacional-onu-pede-mais-esforcos-pelo-fim-da-mutilacao-genital-feminina/>

Fabio Basile apresenta dois casos que foram submetidos à apreciação judicial na Itália, ambos anteriores à tipificação específica da mutilação genital feminina como crime (art. 583 *bis*, inserido pela Lei n. 7/2006).³³⁰ O primeiro trata de um casal de nigerianos residentes em território italiano que, em viagem ao país de origem, submeteu a filha de seis meses de idade à ablação parcial dos pequenos lábios e do clitóris.³³¹ O segundo caso, mais grave, envolve um imigrante egípcio, que, também de férias na terra natal, submeteu a filha de dez anos, nascida do casamento com uma italiana, a procedimento de extirpação do clitóris e infibulação.³³²

Ainda na Itália, em março de 2006, a nigeriana Gertrude Obaseki foi presa quando iniciava a execução de uma intervenção cirúrgica nos genitais de uma jovem púbere, com a ciência dos pais. A mulher estava envolvida, segundo investigação realizada com interceptações telefônicas produzidas em seu desfavor, em vários casos de mutilação genital de meninas de origem nigeriana radicadas na Itália. Foi denunciada, em concurso com os familiares da vítima, pela prática de *mutilazioni genitali femminili* na modalidade tentada, nos moldes da *novatio legis* incriminadora advinda à época (art. 583 *bis*), além de exercício ilegal da medicina – e dos crimes congêneres relativos a outros menores.³³³

³³⁰ BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, p. 224-225

³³¹ O Tribunal de Torino, em julho de 1997, convalidou arquivamento da investigação que cuidava de lesões corporais gravíssimas ao argumento de que a intervenção, realizada em hospital público da Nigéria, consistia em “práticas de mutilação genital plenamente aceitas pelas tradições locais do país de origem” BASILE, Fábio. *Ob. cit.*, p. 225.

³³² O Tribunal de Milão, em 25 de novembro de 1999, condenou o pai por lesões corporais graves (art. 583, *comma* 1, do CP italiano) a uma pena relativamente pequena: dois anos de reclusão, suspensa condicionalmente e aplicada em rito abreviado e negocial (“patteggiamento”). BASILE, Fabio. *Ob. cit.* p. 225.

³³³ O Tribunal de Verona, em decisão de 14 de abril de 2010, dedica especial atenção à prova pericial médica, quanto à dimensão e natureza do dano (na perspectiva da lesão ao bem jurídico) e às consequências projetadas para a vida sexual e reprodutiva da mulher. Da constatação de que “la lesione ai genitali è stata minima e superficiale, tanto che è guarita in pochi giorni cicatrizzandosi, e che, dalla stessa, verosimilmente, non conseguirà alcun danno alla sensibilità clitoridea della bimba e della futura donna”, o Tribunal concluiu que “l’incisione [...] abbia anche una valenza di controllo della sessualità femminile”, que configuraria o “dolo específico”. Porém, enfrentando o tema que mais de perto nos interessa, o Juiz relator afirma que não se pode excluir a subsistência do elemento subjetivo do tipo “sulla base del fatto che la condotta è stata posta in essere in forza di una presunta necessità di adeguarsi alle proprie tradizioni culturali e abitudini antropologiche, perché un’interpretazione del genere finirebbe di fatto con lo svuotare il senso della norma e col rendere vane le ragioni della sua introduzione nel nostro ordinamento”, anzi, continua, “il fatto di realizzare una condotta obbedendo ad una propria tradizione culturale, non accettabile alla luce dei valori e dei principi del nostro ordinamento, lungi da costituire una scriminante costituisce proprio la ragione della incriminazione e della punizione”. O Tribunal de Verona, assim, sustentou a ocorrência do dolo específico (exigido pelo art. 583 *bis*, *comma* 2), afirmou a legitimidade constitucional da *cultural offence* e afastou também alegação de erro de proibição, embora reconhecendo a atenuante da natureza leve da lesão concretamente produzida na vítima. No juízo de gradação da culpabilidade, considerou-se em favor dos acusados “motivazioni culturali e di rispetto delle tradizioni che li hanno spinti ad agire” e “le ragioni della condotta (posta in essere sulla base di forti spinte culturali e radicate tradizioni etniche)”. Obaseki foi condenada a 1 ano e 8 meses de reclusão; os genitores a 4 e 8 meses de reclusão. GOLA, Eleonora Ghizzi. *Multiculturalismo e diritti delle donne*.

5.4.2 Virgindade feminina e “teste de disponibilidade” para o casamento

Em junho de 2005, na Alemanha, dois jovens imigrantes curdos, parentes colaterais, formalizaram o noivado entabulado pelas respectivas famílias, celebrado na comunidade *Yazidi*³³⁴ a que pertenciam. Porém, a moça já possuía, em segredo, outro pretendente, e nos meses sucessivos tentou romper o noivado. Movido pelo compromisso e pela promessa solene entre as famílias, o noivo decide levar a jovem para lugar distante, a pretexto de convencê-la a esposá-lo. Mantendo-a sob seu domínio e vigilância, o rapaz alterna entre persuadi-la quanto ao compromisso empenhado e ameaçá-la de morte. Intimidada, a moça promete honrar com a palavra familiar empenhada. Ele, porém, exige uma “prova de disponibilidade” para o matrimônio, consistente na consumação de relações sexuais cujo objetivo é marcar, sobre um “lençol nupcial”, os vestígios da ruptura himenal, como um símbolo da união dos dois, de acordo com as “tradizioni della loro comunità religiosa”. Voltando ao convívio dos pais, a jovem pede acolhimento, mas o rapaz mostra o lençol, provocando nos familiares (da moça inclusive) as congratulações pela consumação da união conjugal. Ela, porém, preferindo ainda o amparo de seu secreto companheiro, aciona as autoridades públicas germânicas.³³⁵

5.4.3 Culto à virgindade feminina e casamento cigano

Outra situação problemática envolvendo divergências culturais e relações sexuais diz respeito aos casamentos ciganos. Em Portugal, em 16 de junho de 2010, o Superior Tribunal de Justiça, em voto relatado por Armindo Monteiro, julgou um caso em que um adulto, cigano, havia se casado com uma menina, da mesma etnia, que contava menos de 14 anos de idade.³³⁶ O Tribunal, no caso, reconheceu “uma certa idiossincrasia cultural do

³³⁴ Religião sincrética ligada ao Islamismo.

³³⁵ Na primeira instância, o jovem curdo foi condenado por sequestro e violência sexual a 2 anos de reclusão, com suspensão condicional. Entretanto, em fevereiro de 2007, o Tribunal nega provimento a recurso do Ministério Público, que pretendia uma pena mais severa. Segundo a instância revisora, “o juiz de mérito podia legitimamente valorar em favor do réu, entre outros fatores, a circunstância de que a sua conduta se destinava à satisfação da expectativa de iminente matrimônio, resultante no âmbito familiar por causa da promessa que os dois jovens, solenemente proclamaram em cerimônia de noivado; sendo assim, ‘il vero autore morale’ da conduta incriminada não era ele mesmo, mas a sua família [...], tanto que o próprio jovem sequer se preocupou em prosseguir com o ato sexual até a satisfação do seu próprio prazer, conforme se comprovou com o depoimento da vítima” [Trad. livre]. E conclui o Tribunal que o juiz andou corretamente ao reconhecer em favor do acusado a circunstância de que autor e vítima eram provenientes de *um outro ambiente cultural (aus einem anderen Kulturkreis)*. BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, p. 181-182.

³³⁶ De interessante dissertação sobre os casamentos ciganos, extraem-se e destacam-se as seguintes conclusões: “7. Os casamentos com crianças de etnia cigana, sobretudo quanto aos seus rituais da “prova da virgindade”, é paradigmático da colisão que ocorre entre os direitos da criança - a sua liberdade de autodeterminação sexual e a sua integridade física - e os direitos culturais. 8. Neste grupo étnico, a criança aparece ainda associada a ideais de submissão, sendo muitos dos seus comportamentos ditados por decisões dos adultos. 9. Prova disso são os “casamentos prometidos”, que são “agendados” entre os pais dos dois nubentes com o fim último da proteção e reprodução da espécie. 10. Tais casamentos acompanhados das práticas da virgindade constituem uma limitação

agente”, mas não aprofundou este aspecto, nem lhe conferiu a devida relevância, quer no plano da determinação da responsabilidade criminal, quer no plano da medida da pena (pelo menos expressamente).³³⁷

De novo na Itália, uma menina sérvia de etnia cigana foi prometida em casamento como tratativa de negócios econômicos entre as famílias, ainda no seu país de origem. Chegando a Itália clandestinamente, casam-se, com celebração própria e típica de seus costumes. Com menos de 13 anos de idade, a menina resta grávida ainda nas primeiras semanas em que o matrimônio se consolida. O fato só vem a conhecimento das autoridades italianas quando é atendida na maternidade para o parto, ocasião em que se descobre que a menina jamais fora consentido ir à escola, instruir-se, ter qualquer tipo de convivência fora do ambiente doméstico. O marido e os genitores da adolescente, acionados perante as autoridades públicas italianas, alegam em defesa que se trata de um modo de vida peculiar, inerente à essência cultural gitana.³³⁸

A situação no Brasil não é diversa, sendo comuns casamentos de meninas ciganas, da etnia Calon, em torno dos 12 ou 13 anos de idade, mediante uniões “arranjadas” pelos familiares e cultuadas sob a preservação da virgindade feminina para o marido.³³⁹

5.4.4 Casamento por rapto/captura

Em 1985, nos Estados Unidos, Kong Moua (21), membro da tribo Hmong do Laos, raptou uma jovem (Xieng Xiong, 18) da mesma etnia nas proximidades de seu local de

à liberdade de escolha do nubente, à autodeterminação sexual e uma ofensa à integridade física da mulher/adolescente. 11. Não podemos esquecer que estamos perante crianças/adolescentes que não têm ainda capacidade de compreender o alcance das suas decisões de modo que, a simples imposição destas tradições lhes limita um são desenvolvimento da sua personalidade. 12. Atendendo a estas dimensões e à importância do bem jurídico protegido, entendemos que nenhuma justificação se mostra adequada para que se limite a proteção da infância e a liberdade de autodeterminação sexual das crianças em benefício de direitos culturais, que neste caso, constituem verdadeiras intromissões na vida da criança. 13. Cremos que em nome da dignidade da pessoa humana, haverá que fazer-se uma ponderação, onde a prevalência tem de ser assumida em favor dos direitos da criança e não dos direitos a uma cultura diferente.” SILVA, Cátia Daniela Ferreira da. *Diferenças culturais e abuso sexual: reflexão acerca dos casamentos com meninas de etnia cigana*, p. 49-50.

³³⁷ Segundo Silva Dias, esses casos são normalmente arquivados e poucas são as estatísticas ou estudos sobre a questão, que se encontra encoberta pelas tradições de povos que preservam costumes e hábitos de vida marginais: “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.” SILVA DIAS, Augusto. *A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural*, p. 97.

³³⁸ O marido foi condenado pela prática de crime de redução à escravidão, absorvido o delito relativo aos atos sexuais com menor; os pais da menina restam condenados por introdução clandestina de estrangeiros na Itália. No julgado, o Tribunal de Brescia (22 de julho de 2009) refuta a alegada influência atenuante das tradições sociais e culturais ciganas, argumentando que nenhuma tradição pode se sobrepor aos direitos fundamentais da pessoa humana, em particular ao direito da mulher à saúde e à liberdade pessoal e sexual, ou mesmo ao direito dos menores, com maior amplitude constitucional, ao adequado desenvolvimento psíquico-físico. Cita-se, ainda, precedente da Corte de Cassação no mesmo sentido (25 de janeiro de 2007). Cf. BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, p. 210-211.

³³⁹ QUEIROZ, Nana. *Das bonecas ao altar: por que há tantos casamentos infantis entre os ciganos brasileiros*.

trabalho (o *campus* do *Fresno City College*), levando-a para sua casa, onde manteve com ela relações sexuais durante dias, mesmo diante de sua recusa e protestos. Acionada a polícia, a vítima teria hesitado em representar contra o raptor, apontando-o como seu marido e manifestando à polícia o desejo de permanecer na sua companhia, ante a consumação fática da união. Dias depois, a vítima aciona a autoridade pública, denunciando-o por violência sexual e sequestro.³⁴⁰ Em sua defesa, Kong Moua alega uma tradição tribal: o matrimônio por captura (*zij poj niam*)³⁴¹. De acordo com essa prática ritualística, um homem sequestra uma mulher e a leva para sua casa, onde se consuma o matrimônio,³⁴² esperando-se mesmo que a mulher proteste e inicialmente resista às investidas sexuais do pretendente, como testemunho de sua virtude (“*illibatezza ed integrità morale*”), ao que o homem deve responder com a insistência, como prova de que é valoroso, apaixonado e viril.³⁴³

5.4.5 Casamento infante-juvenil e violência sexual presumida

No final da década de 1960, o jovem nigeriano Alhaji Mohamed (26) tinha recebido em casamento, no país de origem, uma menina de 13 anos de idade, Rabi Mohamed Musi. Ambos eram muçulmanos pertencentes à tribo Hauçá e domiciliados na Nigéria onde o casamento foi celebrado e considerado válido de acordo com a lei africana. Em abril de 1967, eles se mudaram para a Inglaterra, onde o homem foi completar seus estudos, tendo o caso chegado ao conhecimento da polícia depois que Alhaji visitou um médico em Londres, para tratamento de doenças venéreas, e trouxe com ele a menina, a quem apresentou como uma de suas esposas. Ocorre que, segundo as leis inglesas, ela não tinha idade para o casamento. Ela foi retirada de sua casa, cinco meses após a sua chegada, por um despacho do Norte

³⁴⁰ BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, p. 301.

³⁴¹ Em sede de *plea bargaining*, Kong Moua reconhece-se culpado de uma forma mais branda de privação da liberdade pessoal (*false imprisonment*), em troca do arquivamento da acusação original, sendo condenado a 90 dias de prisão e ao pagamento de 1.000 dólares, dos quais 900 destinados à vítima, como forma de reparação. Cf. BASILE, Fabio. *Ob. cit.*, p. 301. A imprensa noticiava, à época, uma pena de privativa de liberdade de 120 dias (Disponível em: http://articles.latimes.com/1988-07-15/news/mn-7189_1_cultural-defense). Para o aprofundamento das questões problemáticas que se colocaram ao judiciário estadunidense neste caso, em especial quanto à interpretação do consentimento da vítima: REUTELN, Alison Dundes. *The cultural defense*, p. 127. É interessante lembrar que até o advento da Lei n. 11.106/2005, havia no Brasil uma minorante para o crime de rapto (hoje revogado), se este era praticado com o objetivo de casamento: “**Rapto violento ou mediante fraude** Art. 219- Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso: Pena- reclusão, de dois a quatro anos. **Rapto consensual** Art. 220- Se a raptada é maior de catorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento: Pena- detenção, de um a três anos. **Diminuição de pena** Art. 221- É diminuída de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitue [sic] à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família.”

³⁴² Relatam-se casos de casamento por captura entre originários do Laos na Califórnia, Colorado, Minnesota e Wisconsin. RENTELN, Alison Dundes. *The cultural defense*, p. 126.

³⁴³ DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Delitos culturalmente motivados: diversidad cultural, derecho e inmigración*, p. 82. No mesmo sentido: BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, p. 301.

Southwark, o Tribunal de Menores. Uma policial feminina chamada Knott apresentou uma denúncia nas seções 2 e 62 do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1933 (*Children and Young Person's Act of 1963*), alegando que a menina, não estava recebendo cuidados, proteção, e orientação e foi exposta ao perigo moral.³⁴⁴

No Brasil: em meados de 2013, no norte de Minas Gerais, com o consentimento familiar recíproco, R.R.S. (21) iniciou namoro com uma adolescente de 12 anos, sendo advertido pela genitora da menina quanto à sua inexperiência e imaturidade, próprias da infância, apesar do porte físico desenvolvido para a idade. Não obstante, iniciado entre os namorados relacionamento íntimo de junho a setembro de 2014, a adolescente engravidou, chegando assim o fato ao conhecimento das autoridades, sendo o namorado processado pela prática de estupro de vulnerável (art. 217-A, do CP). No processo³⁴⁵, ambos admitiram o

³⁴⁴ Os juízes do *Southwark North Juvenile Court* concluíram que a menina deveria ser colocada numa instituição como “uma pessoa em formação.” A decisão foi baseada em dois fundamentos: primeiro, sendo o casamento potencialmente poligâmico, ele não poderia ser reconhecido na Inglaterra, e na ausência de casamento, ela foi exposta ao perigo moral no relacionamento; segundo, mesmo se o casamento fosse válido, seria errado deixar a menina em tal circunstância: “Em nossa opinião, a continuação de tal associação, não obstante o casamento, seria repugnante para qualquer inglês decente, homem ou mulher. Nossa decisão reflete a repugnância.” Porém, o recurso de Alhaji para o Tribunal Divisional teve êxito. O órgão recursal considerou que o fato do casamento ser potencialmente poligâmico não implicava, necessariamente, que este não poderia ser reconhecido na Inglaterra. O fato é que a menor era uma mulher tanto na Inglaterra quanto na Nigéria. O tribunal decidiu também que não havia motivos para manter qualquer restrição em relação à menina. A real fonte da divergência era a existência de uma lei acerca dos delitos sexuais, o *Act* de 1956, que proibia relações sexuais com meninas menores de dezesseis anos de idade. Mas o Tribunal decidiu que a relação sexual dentro do casamento é legal, não importa a idade do cônjuge. Um dos juízes, Lord Parker, rejeitou completamente a visão de primeira instância que a relação era ofensiva. Citando o caso *Baindail v. Baindail*, (1946) ele rejeitou a ideia de que a menina estava em perigo moral, argumentando que era inadequado entender o que seria repugnante para um homem inglês, ante a relatividade da cultura: “Eu não posso me valer do modo de vida inglês, percebendo o modo de vida em que esta menina foi educada, e inevitavelmente dizer que isso é repugnante. É certamente natural para uma menina se casar com essa idade. Elas se desenvolvem mais cedo, e não há nada de abominável em seu modo de vida, razão pela qual uma menina de 13 anos pode se casar com um homem de 25 anos.” A lei de imigração Inglesa foi alterada em 1986, para que as noivas menores de dezesseis anos pudessem entrar no Reino Unido, delimitando-se então em dezesseis anos a idade mínima para o consentimento em relações sexuais lícitas e para o casamento. Em um retrocesso legal, no ano de 2008, aumentaram para 21 anos a idade legal para o casamento, para que o visto de casamento seja mantido no Reino Unido. Contudo, a Suprema Corte do Reino Unido derrubou lei que impedia que estrangeiros menores de 21 anos ou casados com menores de 21 anos tivessem o direito de morar no país. Cf. VALE, Ionilton Pereira do. *A defesa cultural no âmbito do direito penal e processual penal: uma visão do direito comparado como paradigma para aplicação no direito brasileiro*.

³⁴⁵ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, processo n. 0161563-06.2015.8.13.0433: A justiça local absolveu o rapaz, ao fundamento de que, não obstante “indiscutível [...] a objetividade jurídica da norma penal, consistente na proteção da dignidade e da liberdade sexual do menor, bem jurídico de enorme relevância e que justifica a tutela jurídica severa por parte do Ordenamento penal”, não seria possível desconsiderar a dinâmica das relações sociais, tendo em vista que os fatos se deram em uma “sociedade em que a sexualização precoce se revela uma triste realidade, mormente em determinadas camadas sociais, sendo que é nesse contexto que os fatos se inserem e a partir do qual devem ser analisados”. Embora reconhecendo que a vítima era inexperiente em matéria sexual, inclusive virgem, a sentença que “as peculiaridades que envolvem o fato possibilitam a relativização da vulnerabilidade sexual prevista no art. 217-A do Código Penal” brasileiro. Não obstante, registrou-se no decisum com “tristeza a lamentável precocidade sexual das crianças e dos adolescentes, fomentada com a contribuição dos pais e a convivência da mídia, com a conseqüente supressão de uma fase tão importante da vida do ser humano, que é a infância”. O Ministério Público embargou a sentença, como providência preliminar ao apelo, invocando ofensa a entendimento consolidado em Recurso Repetitivo n.

relacionamento íntimo, sempre com o consentimento da menina e ciência da própria família, que inclusive a teria orientado ao uso de método contraceptivo.

5.4.6 Violência sexual ritualística(?) e religiões afro-brasileiras

D.S.B. foi denunciado perante a justiça criminal do Estado de Goiás porque, num “ritual de magia negra”, teria ministrado significativa quantidade de cachaça a uma jovem de 19 anos, a ponto de embriagá-la, em seguida praticando com ela relações sexuais não consentidas, com agressividade tal que lhe causou, inclusive, lesões corporais leves. Apurou-se que os tios da jovem, que cuidavam de sua educação, estavam insatisfeitos com seu comportamento, levando-a à presença de D.S.B., pai-de-santo, que providenciou o ritual necessário “à cura” da moça, para livrá-la da influência de espíritos malignos. Interrogado por carta precatória na Comarca mineira de Sete Lagoas³⁴⁶, o acusado disse que não poderia ser responsabilizado pela prática de estupro, porque todo o ocorrido foi solicitado pelos tios da jovem, e com anuência dela própria, todos cientes de que se tratava de ritual umbandista, da religião que professavam. Dizia, inclusive, que após a ocorrência de fatos da mesma natureza em que agia sob desígnios de entidades espirituais (Exu e Pomba Gira),³⁴⁷ converteu-se ao

1.480.881, no espectro do Superior Tribunal de Justiça, que diz: “Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência de crime.” Era essa a movimentação procedimental em 06.09.2017.

³⁴⁶ A recuperação dos dados relativos a este caso se baseou nas informações constantes das precatórias 067209406890-1 e 067209344830-1, oriundas da 8ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia/GO. Não foi possível obter informações sobre o desfecho do caso na origem, por se tratar de hipótese legal de segredo de justiça, nos termos do art. 234-B, do Código Penal.

³⁴⁷ Para o aprofundamento da compreensão dos papéis dessas entidades nos cultos do Candomblé, da Umbanda e de outras religiões de matriz africana no Brasil: PRANDI, Reginaldo. *Pombagira dos candomblés e as faces inconfessas do Brasil*. Registre-se, desde já, com Reginaldo Prandi, que “Dona Pombagira, que tem um lugar muito especial nas religiões afro-brasileiras, pode também ser encontrada nos espaços não religiosos da cultura brasileira: nas novelas de televisão, no cinema, na música popular, nas conversas do dia-a-dia. Por influência kardecista na umbanda, Pombagira é o espírito de uma mulher (e não o orixá) que em vida teria sido uma prostituta ou cortesã, mulher de baixos princípios morais, capaz de dominar os homens por suas proezas sexuais, amante do luxo, do dinheiro e de toda sorte de prazeres. No Brasil, sobretudo entre as populações pobres urbanas, é comum apelar-se à Pombagira para a solução de problemas relacionados a fracassos e desejos da vida amorosa e da sexualidade, além de inúmeros outros que envolvem situações de aflição. Estudar os cultos da Pombagira permite-nos entender algo das aspirações e frustrações de largas parcelas da população que estão muito distantes de um código de ética e moralidade embasado em valores da tradição ocidental cristã. Pois para dona Pombagira qualquer desejo pode ser atendido: não há limites para a fantasia humana. Embora conserve do candomblé a veneração dos orixás, a umbanda, religião que desenvolveu e sistematizou o culto à Pombagira como entidade dotada de identidade própria, é uma religião centrada no culto dos caboclos e pretos velhos, além de outras entidades. Embora o candomblé não faça distinção entre o bem e o mal no sentido judaico-cristão, uma vez que seu sistema de moralidade se baseia na relação estrita entre homem e orixá, relação essa de caráter propiciatório e sacrificial, e não entre os homens como uma comunidade em que o bem do indivíduo está inscrito no bem coletivo [...], a umbanda, por sua herança kardecista, preservou o bem e o mal como dois campos legítimos de atuação, mas tratou logo de os separar em departamentos estanques. A umbanda se divide numa linha da direita, voltada para a prática do bem e que trata com entidades “desenvolvidas”, e numa linha da “esquerda”, a parte que pode trabalhar para o “mal”, também chamada quimbanda, e cujas divindades,

cristianismo evangélico e abandonara os cultos religiosos de matriz africana, para não se envolver em problemas com a justiça.³⁴⁸ Consignou-se ao final do depoimento, porém, que D.S.B. usava um colar de contas vermelho e branco, informando, ele próprio, que se tratava de uma necessidade na prisão: a proteção de Ogum.

Noutro caso, em julho de 2010, a imprensa brasileira noticiou que um casal foi preso em Botucatu, a 226 km de São Paulo, acusado de abusar das próprias filhas, de 13 e 19 anos de idade. O pai, J.F.A., em sua defesa alegou que era pai-de-santo e na sua casa funcionava um terreiro de Umbanda. Para convencer as filhas à conjunção carnal, o pai dizia que recebia um espírito e estava possuído por “forças do mal”, ameaçando as vítimas ao argumento de que ficariam aleijadas se não cedessem ao seu desígnio. A mãe das meninas, S.F.O. (54), também foi presa, por não impedir a ocorrência das relações sexuais entre pai e filhas.³⁴⁹

Em 2014, noticiou-se caso semelhante ocorrido no Rio Grande do Sul, em que, sob a alegação de domínio por uma entidade espiritual (“Exu Rick”), um homem praticara estupro contra menores, inclusive violentando a própria filha.³⁵⁰

5.4.7 Violência sexual e tradição dominial machista sobre a mulher

À época Maurizio Pusceddu era um jovem italiano, nascido em Cagliari em 1938; emigrou para a Alemanha, onde mantinha relacionamento com uma jovem lituana. No ano de 2005, suspeitando de sua infidelidade, durante três semanas a manteve em cárcere privado,

"atrasadas" ou demoníacas, sincretizam-se com aquelas do inferno católico ou delas são tributárias. Essa divisão, contudo, pode ser meramente formal, como uma orientação classificatória estritamente ritual e com frouxa importância ética. Na prática, não há quimbanda sem umbanda nem quimbandeiro sem umbandista, pois são duas faces de uma mesma concepção religiosa. [...]Nos terreiros de umbanda e nos candomblés que cultuam as formas umbandizadas de exu, a concepção mais generalizada de Pombagira é de que se trata de uma entidade muito parecida com os seres humanos. Ela teria tido uma vida passada que espelha certamente uma das mais difíceis condições humanas: a prostituição. Mas é justamente essa condição que lhe permitiu total conhecimento e domínio de uma das mais difíceis áreas da vida das pessoas comuns, que é a vida sexual e o relacionamento humano fora dos padrões sociais de comportamento aceitos e recomendados. Assim, acredita-se que Pombagira é dotada de uma experiência de vida real e muito rica, que a maioria dos mortais jamais conheceu, e por isso seus conselhos e socorros vêm de alguém que é capaz, antes de mais nada, de compreender os desejos, fantasias, angústias e desesperos alheios. Para Monique Augras, Pombagira representa uma espécie de recuperação brasileira de forças e características de divindades africanas que, no Brasil, no contato com a civilização católica, teriam passado por um processo de "cristianização". Ela está se referindo às Grandes Mães, as poderosas e temidas Iyami Oshorongás dos Ioruba, quase esquecidas no Brasil, e Iemanjá, que ao se aclimatar no Novo Mundo perdeu muitos de seus traços originais, modelando-se a um sincretismo com Nossa Senhora que a tornou uma mãe quase assexuada, muito diferente da figura africana sensual, envolvida em casos de paixões avassaladoras, infidelidade, incesto e estupro. (Augras, 1989)”

³⁴⁸ D. S. B. era acusado, ainda, de outros crimes da mesma natureza e da participação em homicídios relacionados a trabalhos espirituais, comumente relatados nas peças processuais como casos de “magia negra”.

³⁴⁹ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/pai-de-santo-presos-acusados-de-abusar-das-filhas-de-13-19-anos-em-botucatu-sp-2979346>.

³⁵⁰ Superior Tribunal de Justiça; Recurso em *Habeas Corpus* n. 55742-RS (2015/0008643-0), Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

submetendo-a a intensa violência física e psicológica, maus-tratos e humilhações de singular crueldade, com sucessivos estupros. Avaliando o contexto probatório, o Tribunal de Bückeberg reconhece em favor do acusado atenuante de motivação cultural, ao argumento de que se deviam levar em consideração “impronte culturali ed etniche” do acusado, tendo em vista sua origem sarda. Segundo o Tribunal germânico, Maurizio Pusceddu se comportou no de modo consentâneo com as relações entre homem e mulher próprias de seu contexto cultural de origem; ou seja, agiu como era de se esperar do comportamento de um homem da Sardenha, movido pelo ciúme, incapaz de controlar os excessos. Ou seja, para o Tribunal alemão, a cultura sarda é marcadamente patriarcal e um pouco primitiva; e em seu interior a condição da mulher é de forte submissão à autoridade masculina, que se pode reafirmar inclusive pela violência.³⁵¹

Noutro caso, tio e sobrinho paquistaneses, radicados na Itália, encontram casualmente uma jovem estudante pela rua e violentamente a estupram. A defesa alega que se deveriam tomar em conta as “condições particulares de vida, individuais, familiares e sociais” dos acusados, considerando-se que no padrão cultural de origem não se atribuem ou não se reconhecem às mulheres similar dignidade e direitos, submetidas que estão, “naturalmente”, à autoridade masculina, razão pela qual os autores do estupro foram determinados culturalmente a um comportamento de cuja gravidade não podiam ter plena consciência,³⁵² ante a “disponibilidade da vítima” que circulava sozinha pela via, em local ermo.

5.4.8 Violência sexual contra mulheres indígenas

De acordo com o relatório sobre a violência contra os povos indígenas, organizado pelo Conselho Indigenista Missionário, organismo católico vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, durante o ano de 2015 foram registrados nove

³⁵¹ Estimando-se uma pena entre 2 e 15 anos, o Tribunal de Bückeberg reconheceu atenuante cultural em favor de Pusceddu e o condenou a 6 anos de reclusão. Divulgada a notícia da sentença na Itália, com sua apresentação ao Tribunal de Cagliari, segue-se na Itália comoção social e revolta do povo sardo, com refutação à ignorância ao racismo imputados à justiça germânica. De notar-se, porém, que a justiça alemã apresenta, já desde os anos 70 do século passado, tendência a referir-se e conferir-se relevância jurídica aos fatores culturais. PAROLARI, Paola. *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, p. 531-533.

³⁵² Em 30 de novembro de 2006, o Tribunal de Bolonha afasta a defesa cultural, ao argumento de que “non è possibile rapportare la valutazione di disvalore di una singola condotta ai parametri vigenti nell’ambiente del soggetto autore di reato”; “chi proviene ‘da uno Stato straniero in cui vigono regole ordinamentali e comportamentali inconciliabili con quelle del nostro Paese, è comunque tenuto ad osservare la nostra legge penale’”. Restam condenados sem atenuação da pena. Noticiam-se, ainda, casos na Suíça (Bundesgericht, 16 de janeiro de 1991) em que um imigrante turco alega o fator cultural como justificante/atenuante num estupro praticado contra uma prostituta; e na Alemanha (*Bundesgerichtshof*, 22 de dezembro de 1998), em que um imigrante do Cazaquistão aduz em sua defesa, para fins de atenuação da pena, “uma diferente imagem da mulher” (como “objeto sexual”) em seu contexto cultural de origem (o Tribunal alemão negou a atenuante, ao argumento de que essa alegação seria incabível mesmo se submetida a julgamento perante os tribunais do país de origem do acusado). BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, p. 217-218.

casos de violência sexual praticada contra mulheres indígenas nos estados do Amapá (1), Mato Grosso (1), Mato Grosso do Sul (3), Rio Grande do Sul (1), Roraima (2) e São Paulo (1).³⁵³ Desses, alguns merecem destaque:³⁵⁴

Em agosto, foi noticiado anonimamente à Polícia Civil de Roraima que no município de Alto Alegre, fazendeiros da região estariam organizando festas com bebidas alcoólicas e filmes pornográficos, cooptando a participação de crianças e adolescentes Wapixana, de comunidade limítrofe, fatos circunstanciadamente comprovados, inclusive com o encaminhamento de vítimas ao Instituto Médico Legal.³⁵⁵

Em setembro, uma adolescente Guarani Kaiouwá foi vítima de estupro coletivo praticado por pistoleiros que invadiram o território indígena Iguatemipeguá, em Pyellito Kue/MS. A comunidade foi invadida para desocupação forçada do território, com ataques de armas de fogo, queima de moradas etc., sendo a jovem indígena capturada e estuprada quando tentava fugir pelo mato.³⁵⁶

Em novembro, no município de Oiapoque/AP, território indígena Uaçã do povo Karipuna, o pai, o não indígena, foi acusado de estuprar as cinco filhas; o fato foi noticiado pela mãe, indígena.³⁵⁷

Nas aldeias Tekoha Ytu, Tekoha Pyau e Itakupè, colheram-se relatos de que mulheres (crianças, adolescentes e adultas) do povo Guarani estariam sendo violentadas sexualmente por membros da própria etnia, na localidade paulista de Jaraguá.³⁵⁸ Em outubro, uma criança Kaingang residente na Aldeia Coqueiro, município de Estrela/RS, foi atacada e estuprada, igualmente por integrante da própria comunidade indígena, quando apanhava frutas no pomar da aldeia.³⁵⁹ No mesmo período, em Douradina/MS, uma criança Guarani Kaiowá residente na Aldeia Bororó do território indígena de Dourados foi atendida para vacinação num posto de saúde, constatando-se que estava grávida do pai, também indígena.

³⁵³ RANGEL, Lúcia Helena (org.). *Relatório: violência contra os povos indígenas no Brasil*, p. 117-118.

³⁵⁴ Como se depreende dos relatos que se seguem, os casos não são propriamente de *crimes culturalmente motivados*, mas casos em que conflitos históricos no contexto do aniquilamento da cultura indígena, a partir da invasão e da expulsão territorial, repercutem na maior vulnerabilidade das mulheres indígenas no processo de vitimização sexual. O fenômeno se revela nas relações extra e intracomunitárias, à medida em que o processo de aculturação violentamente se impõe.

³⁵⁵ RANGEL, Lúcia Helena. (org.). *Ob. cit.*, p. 118.

³⁵⁶ RANGEL, Lúcia Helena. *Idem. Ibidem.*

³⁵⁷ O genitor foi preso e as crianças indígenas permaneceram na custódia da mãe. RANGEL, Lúcia Helena. *Ob. cit.*, p. 117.

³⁵⁸ Nas terras do Jaraguá ainda hoje não se fala o português fluente, o que dificulta o atendimento das vítimas das comunidades Guarani. Há relatos de uso abusivo de álcool e outras drogas nas aldeias. A investigação, neste caso, começou por notícia formal do Conselho Tutelar Pirituba/Jaraguá encaminhada ao Ministério Público Federal, no sentido de que uma adolescente Guarani havia sido estuprada e temia voltar à aldeia e sofrer represálias. RANGEL, Lúcia Helena (org.) *Relatório: violência contra os povos indígenas no Brasil*, p. 118.

³⁵⁹ RANGEL, Lúcia Helena. *Ob. cit.*, p. 118.

5.5 Critérios constitucionais da eficácia justificante da *cultural defense*

A Carta Universal de Direitos Humanos principia por declarar que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, dotados de razão e consciência, devendo comportar-se fraternalmente uns com os outros. Não se pode desconsiderar, no espectro da liberdade, que a dignidade é um valor (objetivo) a ser moralmente protegido; o seu *status* de cidadania lhe atribui uma dignidade individual, cujo projeto de vida deve ser levado em conta na sociedade, no sentido de que a mulher tem direito a viver sua vida em paz, incólume, livre de ofensas (como repercussão subjetiva, sofrimento, dor, sentimento negativo). A distinção é usada por Jeremy Waldron e importa para ele na discussão sobre discurso de ódio: a legislação deve proteger a dignidade, não a ofensa - claro, um ataque à dignidade geralmente repercute também na esfera subjetiva, mas não necessariamente, e o ponto é que o mero atentado à dignidade reclama proteção. A percepção da proibição de tratamento desumano ajuda a identificar os casos em que a violência não é percebida por um indivíduo em situação de minoria, ou em que uma ação contra a violência não é reclamada.

Segundo De La Fuentes, os argumentos que resistem ao incremento das justificantes pautadas no fator cultural definem-se suficientemente no paradigma da dignidade, não se podendo desconsiderar o histórico de submissão das mulheres e todo o esforço empreendido para sua desconstrução cultural. Assim, mesmo que se admita a interpretação intercultural dos direitos humanos, constatando-se que os crimes culturais de natureza sexual trazem os resquícios dos delitos de honra, há limites que se impõem inclusive para o alcance dessa interpretação, que não pode esvaziar o núcleo central da dignidade reconhecida – ou em processo de afirmação. O conteúdo essencial dos direitos humanos impede que se ampliem as discriminações em razão do gênero – salvo para mitigar processo de submissão histórica. O reconhecimento de direitos coletivos de minorias culturais reforça, nesse aspecto, a própria necessidade de afirmação dos direitos de igualdade das mulheres, vitimizadas em aspecto fundamental de sua personalidade.

Em contraponto, Silva Dias sustenta que, alegada ou revelada a *cultural defense*, sua apreciação dialógica, para fins de aferição da responsabilidade criminal é garantia fundamental do imputado:

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 da Constituição [da República Portuguesa] e o segundo decorrente do princípio da dignidade da pessoa (art. 1º da CRP) e do direito à liberdade (art. 27, n. 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 [*A matter of principle*, ed. Clarendon Press, 1985, p. 229], 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 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 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. [...]

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.³⁶⁰

Podem-se estabelecer, então, alguns critérios argumentativos, em construção constitucional, para se definir o nível de aceitação do fator cultural como justificante em matéria criminal.

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à liberdade, nos termos dos direitos individuais que enumera (art. 5º, *caput*) e dos direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que adota, bem como dos Tratados que subscreve na ordem internacional (art. 5º, §2º), notadamente os que versam sobre direitos humanos, que se incorporam ao sistema pátrio com envergadura constitucional (art. 5º, §3º). Na ordem internacional, preza pela prevalência dos direitos humanos e pela autodeterminação dos povos (art. 4º, II e III). Um de seus fundamentos democráticos é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); e dentre seus objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre e solidária, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem ou sexo, ou qualquer forma de discriminação (art. 3º, I e IV), sendo mulheres e homens iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I). Os direitos e

³⁶⁰ SILVA DIAS, Augusto. *A responsabilidade criminal do "outro": os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural*, p. 99-100.

deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, §5º).

A proteção à infância é direito social (art. 6º), determinando-se punição severa ao abuso, à violência e à exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, §4º) e a proteção a todos os integrantes das famílias contra as formas de violência no âmbito de suas relações (art. 226, §8º).

A intimidade e a vida privada são invioláveis (art. 5º, X). A lei deve punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). A liberdade de consciência e de crença está associada ao livre exercício dos cultos religiosos e litúrgicos (art. 5º, VI). A todos é garantido o pleno exercício dos direitos culturais (art. 215). Serão protegidas as manifestações das culturas, leis populares, indígenas e afro-brasileiras, e as de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (art. 215, §1º). Será objeto de proteção legal planejada a valorização da diversidade étnica e regional (art. 215, §3º, V), com respeito ao modo de vida e às referências à identidade (art. 216, II), que integram o patrimônio cultural brasileiro. Reconhece-se e fomenta-se a produção e o conhecimento de valores culturais (art. 216, §3º).

Aos índios, especialmente: reconhecem-se sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre seus territórios tradicionais, que são bens da União (art. 20, XI; art. 231, *caput*). Protegem-se suas terras tradicionais para que se preservem os recursos necessários a sua reprodução cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (art. 231, §1º). A defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas é função institucional do Ministério Público (art. 129, V), órgão constitucional incumbido da defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*), sendo os próprios índios e suas comunidades co-legitimados à defesa de seus direitos e interesses em juízo (art. 232).

A ponderação sobre a aptidão, idoneidade ou legitimidade da *cultural defense* passa pela aferição de determinados postulados discursivos que se devem compreender à luz deste específico e peculiar panorama normativo constitucional, acima transcrito, complexo em suas normas e principiologia, sem que se possa inferir exclusiva e diretamente, a partir das normas expressas, a dimensão sistemática de seu alcance.

A primeira tarefa hermenêutica, portanto, segundo leciona Silva Dias, seria identificar se se trata ou não de um delito culturalmente motivado, independentemente dos

critérios para aferição da responsabilidade criminal, de que seria sucedâneo; e propõe, na esteira do pensamento de Renteln:³⁶¹

A conclusão de que o factor cultural invocado pelo agente como explicação para a realização do facto deve ser atendido pelas autoridades judiciárias 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 judiciárias 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?

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.³⁶²

E advoga, então, como antecedente necessário de uma hermenêutica intercultural, o adequado aparelhamento institucional para uma realização da justiça penal em sintonia com os princípios da igualdade e da culpa, obrigando a convocação de intérpretes, antropólogos, etnólogos e etnopsiquiatras com conhecimentos especializados e/ou trabalho realizado junto do respectivo grupo (etno)cultural, sob pena de tomar-se como deficiente a prova cultural, e inútil para dissipar o estado de incompreensão em que o juiz se encontra em relação ao fator cultural alegado ou revelado.³⁶³ Afirmada tal premissa, podem-se desenvolver critérios hermenêuticos voltados à aferição da responsabilidade criminal e, enfim, à pretensão justificante da *cultural defense*, propostos nos seguintes contornos.

Afirmado que se trata de motivação cultural para a prática do ato desviante, deve-se indagar sobre a legitimidade abstrata da tipificação do injusto. Nesse contexto, Roxin advoga a tese, na linha de Schünemann, de que se deve preservar a posição central do conceito de bem jurídico na dogmática penal, mas que também se desenvolva

³⁶¹ RENTELN, Alison Dundes. *The cultural defense*, p. 207.

³⁶² SILVA DIAS, Augusto. *A responsabilidade criminal do "outro": os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural*, p. 101.

³⁶³ SILVA DIAS, Augusto. *Ob. cit.*, p. 107.

verdadeiramente a teoria do bem jurídico. Roxin parte da premissa de que “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma *função social* do Direito Penal”. O que está além dessa função não é objeto do Direito Penal, na perspectiva do Estado de Direito democrático.³⁶⁴

A função do Direito Penal seria “garantir a seus cidadãos uma *existência pacífica, livre e socialmente segura*”, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetam em menor medida a liberdade dos cidadãos. Essa tarefa se legitima, historicamente, desde o pensamento jurídico-racional da ilustração que serve de base à forma de Estado democrático, desde a concepção ideológica do contrato social. Deve-se, pois, desde então, buscar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil: garantir a cada um a proteção estatal necessária e a liberdade individual possível, sob a garantia de todos os direitos humanos. A ideia é a de que, por isso, o Estado deve garantir, com instrumentos jurídico-penais, as condições individuais necessárias para uma coexistência em situações de proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação etc., mas também as instituições estatais adequadas para este fim, sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor. Todos esses objetivos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições são tidos por Roxin como bens jurídicos³⁶⁵. Assim, embora esses elementos sejam circunstâncias reais, integrantes da realidade empírica, não é necessário que possuam realidade material, podendo-se considerar bens jurídicos, por exemplo, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião ou religiosa etc. Então, tomando-se a concepção roxiniana de bem jurídico “como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseie nestes objetivos”, ou seja, um conceito de bem jurídico *pessoal* e crítico poderíamos adotar o ponto de partida para uma razoável expressão de um Estado de Direito que posiciona a liberdade no ápice valorativo da democracia. Um conceito “crítico” porque pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. Contrapõe-se, assim, a uma visão “metódica” do bem jurídico, que o compreende apenas em atenção ao fim das normas positivadas (*ratio legis*)³⁶⁶.

³⁶⁴ Roxin, por exemplo, parte da ideia de que o Direito Penal deveria proteger somente bens jurídicos concretos, e não concepções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas ou sentimentos, ou seja, a ideia de proteção de bens jurídicos é desenvolvida com a pretensão de restringir a intervenção jurídico-penal. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*.

³⁶⁵ ROXIN, Claus. *Ob. cit.*

³⁶⁶ ROXIN, Claus. *Ob. cit.*

Esse raciocínio coincide, até certo ponto, com a defesa que já fizemos³⁶⁷ de uma concepção normativista não radical (ou social, apoiada no pressuposto da conduta pré-típica) de delito, mas sobretudo de cunho exegético apoiada na hermenêutica da linguagem, na busca de superação de dificuldades epistemológicas e operativas derivadas de concepções finalistas ou funcionalistas (conceitos ético-constitucionalmente orientados com vistas à legitimidade de figuras típicas específicas). O *desideratum* da teoria do bem jurídico não difere, em substância, das tentativas de delimitação do poder punitivo, em nível constitucional ou para o juízo da legitimidade, por outros postulados argumentativos, como assinala Mata y Martín, citados por Busato:

A construção dogmática do injusto tendo como base o bem jurídico traz como consequência a *despenalização das condutas fundamentadas na expressão de ideais morais, religiosas, políticas ou ideológicas*. Seria inadmissível uma reforma penal que pretendesse impor ordens éticas que não sejam as inevitavelmente derivadas da proteção aos bens jurídicos que a sociedade plural reconheça. Assim, por exemplo, se exclui a mera imoralidade, como a “homossexualidade entre adultos” ou “a difusão de pornografia”.

Por outro lado, tampouco o Direito pode constituir-se em um fator de *standardização ideológica*. Uma vez que o bem jurídico constitui um limite ao poder punitivo do Estado, o nível de importância que se lhe assinale na construção do injusto evidencia o propósito dos legisladores.³⁶⁸

A nosso sentir, enfim, a teoria da ofensividade, com raiz constitucional, dialoga com concepções normativistas da dogmática penal, à semelhança do que pretendiam os teóricos da ação social (e do que hoje não discrepam os funcionalistas teleológicos). Esse parâmetro permite identificar, *ab initio*, diferentes níveis axiológicos da tutela penal, à luz da proporcionalidade, diferenciando-se, por exemplo, a mera defesa da moralidade (tipificação de ato obsceno) da proteção da liberdade/dignidade sexual (incriminação do estupro).

5.5.1 ofensividade hipotética (gravidade abstrata)

No plano abstrato, deve-se indagar o nível de dignidade do bem jurídico confrontado com o *status* dos direitos humanos.

Mayer aderiu à defesa de von Liszt sobre a relevância capital do conceito de bem jurídico para a doutrina jurídico-penal, salientando: “os bens jurídicos são interesses juridicamente protegidos”, não obstante, “é incorreto ver na frase [...] uma definição do bem jurídico”.³⁶⁹ E conecta sua teoria ao pensamento de von Liszt:

³⁶⁷ IENNACO, Rodrigo. *Bem jurídico e perigo abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade*.

³⁶⁸ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*, p. 42.

³⁶⁹ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 108.

las infracciones jurídicas son ofensas de bienes o interés que son creados por la vida y reconocidos por las normas jurídicas. La norma de cultura ordena al pueblo no ofender esos bienes o intereses; la norma jurídica ordena al juez subsanar o castigar la ofensa a los bienes jurídicos. La función del ordenamiento, pues, es solamente la de convertir bienes en bienes jurídicos y garantizar la tutela de éstos.

“La protección de intereses es la esencia del Derecho” (von Liszt).³⁷⁰

Quanto maior o nível de correspondência a um preceito fundamental, de reconhecimento constitucional vinculado a princípios humanitários radicados na dignidade, menor a eficácia justificante do fator cultural invocado pelo imputado. Nesse sentido, indaga-se sobre a titularidade, natureza e gradação do bem jurídico numa determinada escala de valores fundamentais. Quanto maior envergadura do bem lesado, no panorama dos direitos fundamentais, menor a tolerância do comportamento culturalmente divergente. Há uma escala valorativa prévia, abstrata, à luz da proporcionalidade: não se equiparam, *ex ante*, a posse de um canivete, a detenção de um pássaro da fauna silvestre, a mutilação genital feminina realizada pela mãe na filha (de geração em geração) ou o ato sexual consentido entre um adulto e uma adolescente (mormente com pequena diferença no nível de maturidade) a um ato sexual violento praticado contra qualquer mulher (estupro), independente de sua idade.

Aqui, a principal referência para a gradação (pretensão de gravidade) da conduta é o direito positivo. Quanto mais grave a conduta, maior a pena máxima cominada em abstrato, menor a possibilidade de obtenção de benefícios processuais e materiais; quanto mais grave a conduta, no parâmetro dos direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento constitucional penal, mais acanhada (permissão fraca) a pretensão de justificação (ou eficácia justificante) da *cultural defense*.

5.5.2 ofensividade concreta (gradação do dano)

Na análise do caso concreto, deve-se perguntar: está claramente identificada e comprovada a efetiva lesão a direito de terceiro ou a interesse social relevante do ponto de vista constitucional? Qual o nível de violência e de ofensa à dignidade sexual feminina? Quanto maior a concretização da ofensividade na significação do comportamento objeto da censura, menor a tolerância e, pois, menor a possibilidade de reconhecimento de relevância jurídica/legitimidade à *cultural defense*. A gradação do dano se baseia no princípio da *justiça do caso concreto*, ou seja, por mais previdente que seja o legislador, o tipo é um modelo abstrato e frio da realidade, cuja subsunção pouco revela. Mais que subsunção, adequação

³⁷⁰ MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 108.

típica é um juízo de compreensão hermenêutica. Entre fatos consubstanciados no mesmo tipo, há “fatos e fatos”, de acordo com as peculiaridades de todas as circunstâncias nele envolvidos. Tratando-se de casos de violência sexual, quanto maior o nível de agressividade e de consequências da ofensa, na pauta dos direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico, mais fraca a pretensão de justificação da *cultural defense*; quanto mais intensa a ofensa à dignidade sexual, quanto mais degradante a conotação pornográfica e esdrúxula do abuso, menor a legitimidade da invocação da *cultural defense*. Ou seja, há determinados comportamentos de caráter libidinoso, dependendo da conotação cultural que lhe confere o esquadro comportamental hegemônico, que são menos graves que outros, em suas dimensões social, física e psicológica.

5.5.3 grau de vinculação à cultura de minoria

Para que se fale em *cultural offence*, não basta pertencer a um grupo étnico ou a uma comunidade identitária de minoria reconhecida; é necessário se indagar em que medida a pessoa se encontra adstrita às expectativas, ingerências ou determinações comportamentais coincidentes com os padrões ético-culturais desse contingente minoritário. Em que medida o comportamento individual coincide com a expressão (*standard*) comportamental projetado pelas normas de sua cultura original? O fator cultural em Direito Penal traduz-se numa aferição comparativa entre o nível de pertencimento e o comportamento representativo dessa identidade. Quando se fala em direito de viver de acordo com a própria cultura, trabalha-se com um cabedal argumentativo próprio do comportamento como expressão identitária da cultura, portanto uma concepção de ação como projeção do *eu essencial*, da personalidade e do nível de vinculação do homem com sua origem etnográfica, independentemente do critério espacial/territorial. Isso induz a maior tolerância quando os atos são praticados envolvendo exclusivamente pessoas pertencentes ao mesmo grupamento cultural. Quanto mais intensa a vinculação axiológica com a identidade minoritária (endoculturação), maior a carga justificante (permissão forte) da *cultural defense*, considerando-se, inexoravelmente, o nível de expressão do comportamento como projeção, na personalidade individual, do senso de pertencimento coletivo/comunitário.

5.5.4 grau de assimilação (e integração) da (na) cultura majoritária/hegemônica

Deve-se indagar o quanto o sujeito está integrado nas práticas culturais hegemônicas e, logo, distanciado de seu padrão original minoritário. Não se pode, aqui, estabelecer critérios intergeracionais limitativos de maneira apriorística. Isso é importante

para os reflexos que a imigração produziu na cultura no Brasil, na transição dos séculos XIX e XX, em atenção à construção de uma suposta “cultura nacional brasileira”, retomando-se a discussão no panorama dos novos fluxos migratórios latino-americanos.

É importante, nesse aspecto, a advertência de Silva Dias:

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 judiciárias 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.³⁷¹

Isso também repercutirá nas efetivas possibilidades de reconhecimento de autonomia jurídica e auto-regulação social a comunidades autóctones, no sentido de que, quanto mais afastado da cultura de origem ou mais integrado na cultura hegemônica (aculturação), menor a chance de se invocar com legitimidade constitucional a defesa baseada no fator cultural.

5.5.5 reciprocidade no Direito de origem

Como é concebido e interpretado o fato no Direito Penal da cultura de origem? Embora não haja, propriamente, no plano da soberania estatal, um direito de ser julgado conforme sua justiça de origem, se o comportamento nem na origem teria justificativa jurídico-penal no nível das permissões excepcionais para o cometimento de fatos típicos, ou seja, se até o ordenamento jurídico-penal da origem (consideradas sistematicamente todas as fontes do Direito) repele a permissão, inócua se torna, de plano, a *cultural defense*.

³⁷¹ SILVA DIAS, Augusto. *A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural*, p. 100.

5.5.6 amplitude da autonomia jurídica minoritária (reconhecimento constitucional do pluralismo jurídico)

A questão mais sensível, do ponto de vista constitucional, da tutela dos direitos fundamentais e do arcabouço jurídico-penal envolvendo *cultural offences* diz respeito ao *status* jurídico dos sujeitos autóctones e suas relações intracomunitárias (indígenas) e com o ambiente cultural externo/hegemônico. A Constituição brasileira agasalha, não temos dúvida, um modelo complexo de multiculturalismo, próprio dos Estados multinacionais estruturados na história recente da América Latina (Bolívia e Colômbia, para exemplificar). Na sistemática penal brasileira, à luz da Constituição em vigor, não cabe, outrossim, falar no indígena como inimputável. O problema se coloca no plano da imunidade de jurisdição, por critérios materialistas (no sentido histórico) e, principalmente, antropológicos – mas fundados no reconhecimento constitucional à vida de acordo com a própria matriz cultural.

Aos povos indígenas do Brasil está assegurada a “governança” do próprio “sistema jurídico” e da composição autônoma de seus conflitos internos, de acordo com as regras consuetudinárias de autoridade e dos próprios sistemas de controle social e de punição. Porém, tal princípio não pode ser absoluto e deve pautar-se numa aferição sensível dos níveis realísticos de tolerância ao direitos humanos basilares, que não podem ser aniquilados diante de cômoda e passiva convivência Estatal, ainda que complexos sejam os mecanismos de efetivação desse modelo de tutela, cuja ingerência deve ser excepcionalíssima. Mas em casos de violência sexual contra a mulher, a excepcionalidade pode se realizar.

CONCLUSÕES

Aos questionamentos pressupostos, formulados na introdução deste relatório de pesquisa, apresentamos respostas diretas, posto que relativamente abertas, todas passíveis de posteriores desdobramentos didáticos: a) a diversidade cultural, no caso brasileiro, não pode ser compreendida acriticamente na classificação dicotômica proposta para os tipos de multiculturalismo: poliétnico ou polinacional; b) há espaço, mesmo num Direito Penal pautado na territorialidade e na soberania local, para se ampliar o espectro da análise da relação de contradição entre comportamentos típicos motivados culturalmente e o ordenamento jurídico-penal, com reflexo em todas as categorias analíticas reconhecidas consensualmente na estrutura do delito; c) é necessário aprofundar ainda a compreensão dos critérios argumentativos, na pauta de valores constitucionais, para a solução de grupos de casos, de natureza conexa, radicados no conflito entre o pluralismo cultural e a proteção de direitos fundamentais de liberdade e dignidade individuais, especialmente em favor de vítimas vulneráveis; d) a admissibilidade da justificação cultural de atos sexuais não consentidos validamente pela mulher deve ser analisada em função da gradação de violência e das efetivas possibilidades de preservação da autonomia e da dignidade emancipatória da mulher, na perspectiva dos papéis sociais definidos politicamente por gênero e, assim, relevando a ética feminista.

Outras considerações podem ser apresentadas em resposta ao problema de pesquisa proposto.

O multiculturalismo brasileiro é radical; noutras palavras, ou para utilizar a nomenclatura consagrada, pode-se reconhecer no Brasil uma sociedade multicultural de tipo misto: multiétnica e multinacional. Nosso constitucionalismo alberga o reconhecimento jurídico dos valores multiculturais como expressão da tolerância à diversidade, havendo espaço para a hermenêutica jurídica circunscrita à argumentação culturalista (baseada no princípio da coexistência de valores culturais divergentes em reconhecimento ao pluralismo jurídico, ainda que relativo ou limitado, sob o primado da universalização de direitos fundamentais irrenunciáveis). Nessa matéria, é arriscada a importação acrítica da doutrina alienígena, sendo necessária mais que uma adaptação da realidade brasileira à categorização já difundida em outros países. É um erro conceber o multiculturalismo jurídico a partir da restrita e exclusiva reconstrução dos limites jurídicos do sistema normativo baseada no confronto da questão migratória com a concepção nacionalista (nacional x estrangeiro), sob pena de consagração artificial do mito da uniformidade cultural como dogma, desconsiderando-se a peculiaridade da sociedade brasileira, radicalmente heterogênea.

O percurso dessa temática principia no panorama geral da globalização, no diálogo entre sociedades plurais, diversidade, identidade, territorialidade e diversidade, para desaguar no embate entre pluralismo jurídico e universalismo dos direitos fundamentais no contexto das sociedades multiculturais.

O Direito Penal é o ponto nevrálgico dessa contenda dialógica. Revisitar categorias dogmáticas e rever a metodologia da própria sistematização da punição como ciência, na pauta de valores culturais, posto que não seja tarefa nova, é desafio incompleto na doutrina jurídico-penal.

O Direito Penal é expressão de cultura e, como tal, radicado na manifestação de fatores culturais hegemônicos. O fator cultural não pode ser desprezado na hermenêutica do Direito Penal. Reconhecê-lo e atribuir-lhe eficácia jurídica, por outro lado, impõem o resgate e o aprofundamento das concepções culturalistas a respeito das normas jurídicas, para situá-lo no contexto do normativismo penal. Este processo informacional, comunicativo ou argumentativo de reconhecimento é apenas uma das muitas facetas que se abrem para o Direito Penal na pós-modernidade, com o desgaste do ontologismo em que a doutrina finalista se apoia, independentemente do prognóstico que se pode fazer quanto aos rumos e o alcance que se imaginam para as doutrinas de corte funcionalista, em inegável ascensão.

A teoria do delito é um método, um modelo de sistematização e racionalização da responsabilidade penal. Seus limites não estão propriamente na ontologia do comportamento humano, mas na arquitetura abstrata dos valores constitucionais. Essa é a razão pela qual a dimensão da ilicitude penal compreende o reconhecimento do pluralismo cultural, no sentido de que a coletividade reconhece a diferença no plano sensível do sujeito, e não na expectativa objetiva da unicidade do ordenamento focada no território físico. Porém, isso não significa uma negação definitiva de referenciais ônticos pré-típicos, que limitam a ordenação jurídica.

O primado do Direito Penal como *ultima ratio* tem aptidão para funcionar como elemento categórico de consenso, como alternativa viável para a reconstrução de uma dogmática valorativa tendente à superação dos entraves que se vem apresentando pelas divergências decorrentes da alocação da política criminal como ponto central do sistema. O Direito Penal, assim, para além das discussões de suas funções e na incontestável concepção agnóstica sobre a privação da liberdade, reconhece-se no interior de um processo histórico-cultural como mecanismo político de contenção, próprio das forças institucionais e de seu imbricado cotejo com as liberdades individuais e públicas.

Um modelo de Direito Penal assim concebido é um modelo normativo por excelência, fundado na carga axiológica da Constituição e, portanto, a argumentação jurídico-

penal é um desdobramento dos valores constitucionais, e por meio deles se devem compreender as categorias teóricas elementares do delito.

Reconhece-se, nessa esteira, a classe dos delitos culturalmente motivados e, portanto, a defesa baseada no fator cultural, quando se está diante de um fato típico, frise-se, materialmente típico – portanto realizado com a positivação da legalidade típica, da atribuição do fato ao sujeito como obra sua e afirmada sua significação social ofensiva. E, portanto, nos delitos culturalmente motivados, o fator cultural não pode ser desprezado. Ao contrário, constitui um dos elementos argumentativos que deve ser integrado à fundamentação. Nem sempre será um argumento definitivo ou autossuficiente.

A admissibilidade ou a atribuição de eficácia justificante à *cultural defense* não é um problema que se esgota na discussão do bem jurídico, devendo-se estabelecer a argumentação sobre a ofensividade para além da tipicidade. A ideia de aferição da lesão ao bem jurídico, embora ponto de partida para a legitimidade da incriminação no plano hipotético, deve ser aperfeiçoada com a ponderação sobre a significação social do comportamento concreto, em atenção ao perfil constitucional quanto ao grau de aceitação da diversidade cultural, em homenagem à significação social do comportamento típico efetivamente realizado. A consagração constitucional da diversidade cultural e, portanto, do multiculturalismo, não pode aniquilar os direitos à liberdade e à dignidade sexual da mulher.

Os crimes sexuais violentos constituem graves afrontas a valores constitucionais. Valores consubstanciados em direitos e garantias fundamentais de *prima ratio*, atrelados à liberdade e à dignidade humanas. Se se reconhecesse hierarquia principiológica, estariam no ápice da pirâmide normativa. Praticados contra mulheres, reforçam especial carga negativa na balança axiológica da Constituição. E recomendam a conformação e compreensão de um subsistema de responsabilização, desde o plano metadogmático, passando pelos contornos da Ética Jurídica e do viés que a apresenta para conjugar-se com um projeto de Direito Penal segundo a Constituição, leia-se, limitado pela Constituição o poder punitivo, reservado, com efeito, para a contenção de casos limites, extremos.

A violência sexual contra a mulher é fenômeno universal; o que é cultural, com simbologia civilizatória/emancipatória, é a maneira de construir a reação contra a violência.

Nessa linha, a relativização da tutela penal, ao escudo do fator cultural, deve ser posta defronte aos valores constitucionais. A ética do Direito Penal, aqui, é uma ética de racionalização feminista, reparadora, reconstituente e compensadora de mecanismos sociais antropológicos ou históricos de exclusão e submissão. É uma ética plural, tal qual a da

diversidade cultural, que garante a um só tempo o reconhecimento do pluralismo cultural – e até jurídico –, mas o limita aos patamares universais de afirmação do humanismo.

Defende-se, concluindo, um Direito Penal não moralizante, notadamente na tutela da dignidade e da liberdade sexual, mas dotado de uma intrínseca e *mínima sustentação ética*, ou seja, o Direito Penal não é *a-moral*. A utilização do Direito Penal como “instrumento de contenção”, expressão máxima (ainda que simbólica e seletiva) do poder jurídico no Estado de Direito, em casos de crimes sexuais violentos contra a mulher, tem respaldo constitucional na esteira da universalização de direitos fundamentais elementares e, pois, harmoniza-se com o princípio da punição como *ultima ratio*. Tolera-se a diferença e reconhece-se o direito de viver a própria cultura; mas os valores constitucionais relativos à dignidade humana e à igualdade constitucional dos direitos das mulheres são limites sensíveis à diversidade, especialmente nos casos de violência sexual real, que não admitem relativização. Essa máxima é uma diretriz hermenêutica irrenunciável; mas nem todos os problemas nesta seara poderão ser resolvidos pelas funções limitadas e extraordinárias do Direito Penal – não obstante sua imprescindibilidade.

A perspectiva feminista, declaradamente apoiada num conceito sociológico (ético-social, não ideológico) de gênero, tem aptidão para desvelar os mecanismos sociais de construção da realidade comportamental, no plano coletivo com projeção no comportamento individual (em seus aspectos psíquicos e exteriores, considerados no paradoxo insuperável da ubiquidade). Nos crimes sexuais violentos contra a mulher, deve-se sobrelevar, como base apriorística ou fundamento radical, a dignidade da vítima, inclusive quando se tratar de crimes culturalmente motivados, vale dizer, em que a projeção comportamental reforça o fator do gênero como *locus* social que simboliza e retroalimenta a vitimização sistemática da mulher. Um Direito Penal multicultural inaugura uma “hermenêutica sensível”, mas encontra limites normativos na interpretação cultural dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS DO TEXTO

- APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia 1: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2005, p. 25
- BALDINI, Vincenzo (org.). *Multiculturalismo*. Lavis: CEDAM, 2012.
- BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati*. Il diritto penale nelle società multiculturali. Milano: Giuffrè, 2010.
- _____. Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati. In: *Rivista Ragion Pratica*. Numero 40. Bologna: Società editrice Il Mulino, giugno 2013, pp. 9-47.
- _____. *Il diritto penale nella società multiculturale*. Aula do curso de formação complementar em Direito Penal e violência doméstica: crimes de gênero e abusos contra crianças. Roma: Università degli studi di Roma – Tor Vergata, 11-10-2016 (Comunicação Oral).
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade, a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- _____. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Mursia, 1973.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.
- BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. La doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: El Foro, 2002.
- BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- BERNARDI, Alessandro. *Il “fattore culturale” nel sistema penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte geral. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BOAS, Franz. *Cuestiones fundamentales de antropología cultural*. 3ª ed. Tradução de Susana W. De Ferdkin. Buenos Aires: Epublibre, 2014.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. *Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora*. Disponível em: <http://esdp.net.br/dos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-a-nova-maquiagem-da-velha-senhora/>. Acesso em: 14.09.2017.

- BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. *Feminismo e Direito Penal* (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: www.teses.usp.br. Acesso em 05.09.2017.
- BURCHARD, Christoph. El principio de proporcionalidad en el ‘Derecho Penal Constitucional’, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. In: AMBOS, Kai e BÖHM, Maria Laura (org.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: 2012, p. 29-49.
- BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. *Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAVALIERE, Antonio. Verso un “nuovo volto” della teoria dell’antigiuridicità. (Francesco Schiaffo, le situazioni “quasi scriminanti” nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione, Jovene Editore, Napoli, 1998). In: *Rivista Critica del Diritto*, n. 2-3. Aprile-Settembre 1999. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane p. 338-346.
- CICONTE, Enzo. *Storia dello stupro e di donne ribelli*. Soveria Manelli: Rubbettino editore, 2014.
- _____. *A violência contra as mulheres: uma visão histórica comparada*. Aula do curso de formação complementar em Direito Penal e violência doméstica: crimes de gênero e abusos contra crianças. Roma: Università degli studi di Roma – Tor Vergata, 12-10-2016 (Comunicação Oral).
- DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade*. Tradução de Renato Aguiar e Marco Rocha. São Paulo: Edusp, 1992.
- DE LA FUENTE, Oscar Pérez. Delitos Culturalmente Motivados. Diversidad Cultural, Derecho e Inmigración. In: *European Journal of Legal Studies*, Vol. 5, 1 (Spring/Summer 2012), p. 65-95. Disponível em: <http://www.ejls.eu/10/126ES.pdf>. Acesso em 03.09.2017.
- DE MAGLIE, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados: ideologías y modelos penales*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.
- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2009.
- ESBORRAZ, David. *A luta contra a violência de gênero no sistema interamericano de direitos humanos*. Aula do curso de formação complementar em Direito Penal e violência doméstica: crimes de gênero e abusos contra crianças. Roma: Università degli studi di Roma – Tor Vergata, 13-10-2016 (Comunicação Oral).
- FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade*. São Paulo: Atlas, 2015.

- FERRAJOLI, Luigi. *Teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.
- _____. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.
- GARCIA, Emerson. Proteção e inserção da mulher no Estado de Direito: a Lei Maria da Penha. In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. N. 46, vol. 12. Rio de Janeiro: 2009, p. 182-188.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GEERTZ, Clifford. A transição para a humanidade. In: TAX, Sol (org.). *Panorama da antropologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- _____. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- GOLA, Eleonora Ghizzi. Multiculturalismo e diritti delle donne: Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitili femminili in Europa: casi giurisprudenziali e soluzioni normative. In: *L'altro diritto: centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*. 2012. Disponível em: <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/migranti/ghizzi/index.htm> . Acesso em 02.09.2017.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1987.
- _____. *Teoria de la acción comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus Humanidades, 1987.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *Law, liberty and morality*. Oxford: Oxford University Press: 1981.
- IENNACO, Rodrigo. *Causas especiais de exclusão do crime*. Porto Alegre: Safe, 2005.
- _____. A compreensão da tipicidade material como principal (e inacabado) referencial hermenêutico do Direito Penal. In: OLIVEIRA, Alfredo E. F. *Direito, hermenêutica e política*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 199-216.
- _____. *Bem jurídico e perigo abstracto: um desenho hermenêutico da ofensividade*. 2ª ed. Belo Horizonte, D'Plácido, 2017.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras et al. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- _____. *Ciência direito e ciência do direito penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5ª ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo III. Buenos Aires: Losada, 1951.

- LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 14^a ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.
- LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1989. 1t.
- LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal: a relação entre o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MAGALHÃES, Delio. *Causas de exclusão do crime*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 2^a ed. Padova: CEDAM, 2007.
- MATURANA, Humberto. *Ontologia da realidade*. Tradução de Cristina Magro et al. Belo Horizonte: UFMG, 1997.
- MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Tradução de José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- MAYORGA, Fernando. Estado plurinacional e democracia intercultural na Bolívia. In: *Revista brasileira de ciências sociais*. Vol. 32, n. 94, São Paulo: 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269092017000200301&lng=pt&nr=iso&tlng=es Acesso em: 03.09.2017.
- MILL, J. S. *Utilitarismo*. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORETTI, Barbara. *La violenza sessuale tra conoscenti: analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*. Milano: Giuffrè, 2005.
- MUCHEMBLED, Robert. *Uma história da violência: do final da Idade Média aos nossos dias*. Trad. Luís Felipe Sarmiento. Lisboa: Edições 70, 2014.
- MUSCO, Enzo. *Il diritto penale tra globalizzazione e postsecolarismo*. Aula inaugural do curso de formação complementar em Direito Penal: desafios de eficiência e de legitimidade. Roma: Università degli studi di Roma – Tor Vergata, 19-10-2015 (Comunicação Oral).
- NIETZSCHE, Friedrich. *Ouvres philosophiques*. Paris: Gallimard, 1970.
- OLIVEIRA, Assis da Costa. Violência sexual, infância e povos indígenas: ressigni cação intercultural das políticas de proteção no contexto das indígenas crianças. In: *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 14 (2), 2016, pp. 1177-1190. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v14n2/v14n2a21.pdf>.

- PAIM, Antonio. *Problemática do culturalismo*. 2ª ed. Coleção Filosofia. Porto Alegre: CEFIL-EDIPUCRS, 1995.
- PALAZZO, Francesco. *Corso di Diritto Penale. Parte generale*. 4ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.
- PAROLARI, Paola. *Culture, diritto, diritti: diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.
- _____. Reati culturalmente motivati: una sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali. In: *Rivista Ragion Prática*. Número 31. Bologna: Società editrice Il Mulino, dezembro 2008, pp. 529-557.
- PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo: Jalovi, 1983.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PRANDI, Reginaldo. Pombagira dos candomblés e as faces inconfessas do Brasil. In: *Revista brasileira de ciências sociais*. Vol. 9, n. 26, São Paulo: 1994. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_07.htm. Acesso em: 03.09.2017.
- QUEIROZ, Nana. *Das bonecas ao altar: por que há tantos casamentos infantis entre os ciganos brasileiros* (Jornalismo). Disponível em: <http://azmina.com.br/2017/06/das-bonecas-ao-altar-por-que-ha-tantos-casamentos-infantis-entre-os-ciganos-brasileiros/>. Publicado em 05.06.2017. Acesso em 11.09.2017.
- QUEIROZ, Paulo. *Jurisdição penal indígena*. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/jurisducao-penal-indigena/>. 09/01/2015. Acesso em: 03/08/2017.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
- RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. 5ª. ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.
- RANGEL, Lúcia Helena (org.). *Relatório: violência contra os povos indígenas no Brasil – 2015*. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Conselho Indigenista Missionário. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriodados2015.pdf>.
- RENTELN, Alison Dundes. *The cultural defense*. New York: Oxford University Press, 2004.
- _____. The use and abuse of the cultural defense. In: *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, 2005, Volume 20, no. 1, pp. 47-67. Disponível em: http://www.uvic.ca/victoria-colloquium/assets/docs/Cultural_Defense.pdf. Acesso em: 02/08/2017.

- RIBEIRO DE FARIA, Maria Paula Bonifácio. *A adequação social da conduta no direito penal: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Luis Callegari. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. *Politica criminal y sistema del Derecho Penal*. Tradução de Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- SARMENTO, José Augusto Nogueira. *Breves reflexões sobre a cultural defense*. Monografia de conclusão da disciplina Direito Penal. Universidade de Lisboa, 2013. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/3339/2398.
- SILVA DIAS, Augusto. A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural. In: *Revista Julgar*. Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n. 25, jan-abr. 2015. Coimbra: Coimbra Ed., p. 95-108.
- SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. In: ZAPATERO, L. Arroyo et ali. (Coords.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha, 2003.
- SILVA, Cátia Daniela Ferreira da. *Diferenças culturais e abuso sexual: reflexão acerca dos casamentos com meninas de etnia cigana*. (Dissertação de Mestrado) Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2013.
- SILVEIRA, Renato Jorge de Melo. Multiculturalism and criminal law: the brazilian case. In: *Revue Internationale de Droit Penale. Multiculturalisme, droits de l’homme, droit penal international*. 82º année. Nouvelle serie, 3º /4º trimestres, 2011, p. 507-522. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2011-3-page-507.htm#pa3>.
- STOPPINO, Mario. *Potere e teoria politica*. Milano: Giuffrè, 2015.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TAVARES, Sandra. *Multiculturalismo*. Aula do curso de formação complementar em Direito Penal: efetividade dos direitos fundamentais. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 18-07-2017 (Comunicação Oral).
- TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

- _____. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- TOMAZONI, Larissa. *Estupros em tempos de guerra e o papel do direito internacional*. Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/estupros-em-tempos-de-guerra-e-o-papel-do-direito-internacional>. Acesso em: 18.09.2017.
- TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- VALE, Ionilton Pereira do. *A defesa cultural no âmbito do Direito Penal e Processual Penal: uma visão do direito comparado como paradigma para aplicação no direito brasileiro*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br>. 07/09/2015.
- VAN BROECK, Jeroen. Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences). In: *European Journal of crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Vol. 9, n. 1, p. 1-32, 2001.
- VARGAS, José Cirilo. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2016.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sergio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WHITE, Leslie. The symbol: the origin and basis of humans behavior. In: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Otávio. *Homem e sociedade*. 5ª ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional: 1970.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La dogmática como racionalización peligrosa. In: VELÁSQUEZ V. et al. *Derecho Penal y crítica al poder punitivo del Estado*. Bogotá: Ibáñez/Universidad de los Andes, 2013, pp. 325-337.
- _____. *Em busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- _____. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1980
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

REFERÊNCIAS INDIRETAS (OBRAS CONSULTADAS)

- ADEODATO, José Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- AFONSO, Elza Maria Miranda. O direito e os valores: reflexões inspiradas em Franz Brentano, Max Scheler e Hans Kelsen. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena – CAAP*; Faculdade de Direito da UFMG, a. IV, n. 7, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 16^a. ed., Milano: Giuffrè, 2006.
- BALESTRA, Carlos Fontán. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Glem, 1966.
- BAUMAN, Zygmunt. *La cultura como praxis*. Tradução de Albert Roca Álvarez. Barcelona: Paidós, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. *Direito penal*. Belo Horizonte: Manuais da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1955.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2. ed., 1999.
- BATISTA, Nilo. Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. In: *Revista de ciências penais*. São Paulo, v. 1, p. 113-133, jul/dez 2004.
- BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos*. São Paulo: Cultrix/Ed. da Universidade de São Paulo, 1986.
- BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.
- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale*. 7^a ed. Padova: Cedam, 1969.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Tradução de Márcio Pugliese *et al.* São Paulo: Ícone, 1995.
- BOCKELMANN, Paul. *Direito Penal*. Belo Horizonte, Ed. Del Rey.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo. Direito penal, sociedade e constituição. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, p.157-194, 2007, v. 94.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte geral. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1.
- BURCHARD, Christoph. *Derecho Penal Alemán – parte general: la constitucionalización de los fundamentos del derecho penal*. Göttingen: Georg-August Universität, Escuela de Verano, 17.09.2013 (Comunicação oral).
- BURKE, Peter. *Hibridismo cultural*. Tradução Sandra Chaparro Martínez. Madrid: Akal, 2010.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3^a ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fund. C. Gulbenkian, 2002.
- CARVALHO, Maria Cecília. John Stuart Mill: sobre as conexões entre justiça e direito. In: OLIVEIRA, R. *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- CEREZO MIR, José. *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica: problemas fundamentales del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1982.
- CHAMON JÚNIOR, Lucio Antonio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre, Safe, 2004.

- DAHRENDORF, Ralf. *Ensaio de teoria da sociedade*. Rio de Janeiro/São Paulo: Zahar/Edusp, 1974.
- _____. *A nova liberdade*. Brasília: Editora da UnB, 1979.
- _____. *As classes e seus conflitos na sociedade industrial*. Brasília: Editora da UnB, 1982.
- _____. *moral, revolução e sociedade civil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*. Tradução de Pietro Sferraza Taibi. Montevideo-Buenos Aires: ed. B de f, 2009.
- DEL ROSAL, Juan. Reflexiones sobre el estudio de la parte especial del derecho penal. In: *Estudios penales*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1948.
- ENGELS, F.; GEERTZ, C.; BAUMAN, Z.; LEONTIEV, A.; MARCARIAN, E. *O papel da cultura nas ciências sociais*. Coleção rosa dos ventos, vol. 3. Porto Alegre: Villa Martha, 1980.
- ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1964.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *Retórica e ideologia democrática: A legitimação do discurso jurídico liberal*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra ed., 2000.
- FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.
- _____. O direito como um sistema de garantias. In: *O novo em direito e política*. Org. José Alcebiades de Oliveira Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 6ª. ed., São Paulo: Max Limonad, 1982.
- GARCIA MÃYNEZ, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrike. *O futuro do direito penal: tem algum futuro a dogmática jurídico penal?* Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.
- GRECO, Luis. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. (org.) *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013
- GRISPIGNI, Filippo. *Diritto penale italiano: la struttura della fattispecie legale oggettiva*. Milano: Giuffré, 1950. v. 2.

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro Ltda, 1989.
- HALL, Stuart; DU GAY, Paul (orgs.). *Cuestiones de identidad cultural*. Buenos Aires/Madrid: Amorrortu, 1996.
- HARRIS, Marvin. *Antropologia cultural*. Madrid: Alianza, 2001.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Tradução de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos *et al*. Porto Alegre: Safe, 2008.
- _____. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2005.
- HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal e Culzoni, 2004.
- HOLT, E. B. *The freudian wish and its place in ethics*. Nova Iorque: Holt, 1915.
- HUNT, Lynn. *A nova história cultural*. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- JAMESON, Frederic; ZIZEK, Slavoj. *Estudios culturales: reflexiones sobre el multiculturalismo*. Buenos Aires/Barcelona/México: Paidós, 1998.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El criminalista*. Buenos Aires: La Ley, 1944. v. 3.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *O problema da justiça*. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Safe, 1991.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal*. Parte general. Madrid: Editorial Universitas, 1996.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal; uma avaliação de novas tendências político criminais*. São Paulo: Ibccrim, 2005.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale*. 5ª ed. vol. 1. Bologna: Nicola Zanichelli ed., 1951.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 1.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, p. 802-820, lug/set, 1999.
- MARQUES, Daniela Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

- Mc V. HUNT, J. *Personality and the behavior disorders*. New York: The Ronald Impress Company, 1944. v. 2.
- MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A fenomenologia e a hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Fac. Direito da UFMG/Fundação Valle Ferreira, 2007.
- MENEZES, Djacir. *Premissas do culturalismo dialético*. Rio de Janeiro: Cátedra, 1979.
- _____. *O problema da realidade objetiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro/INL, 1971.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. *A estrutura do comportamento*. Belo Horizonte: Interlivros, 1975.
- MEZGER, Edmond. *Tratado de derecho penal*. Madri: Revista de derecho privado, 1955.
- MIRANDA ROSA, F. A. *Sociologia do Direito*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.
- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- MORENTE, Manuel García. *Lições preliminares de filosofia*. Trad. Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1964.
- MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. 2ª ed. Tradução Nurimar Falci. São Paulo: Fund. Petrópolis, 2000.
- MORO, Aldo. *La antijuridicidad penal*. Trad. Diego Santillan. Buenos Aires, 1949.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale*. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 1996.
- PASTOR, Pablo Cuesta. *Delitos obstacolo: tensión entre política criminal y teoria del bien jurídico*. Granada: Comares ed., 2002.
- PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Geison Pereira dos Santos. Porto Alegre: Safe, 1989.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galeão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERINI, Chiara. *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*. Milano: Giuffrè, 2010.
- PETROCELLI, Biagio. *L'antigiuridicità*. 3ª ed. Padova: Padova, 1951.
- PITIRIM, A. Sorokin. *Sociedade, cultura e personalidade: sua estrutura e sua dinâmica*. Sistema de sociologia geral. Trad. João Baptista Coelho Aguiar e Leonel Vallandro. Vol. 1. Porto Alegre: Globo, 1968.
- PRADO, Luiz Regis. Do deôntico ao razoável: ensaio de lógica jurídica. In: *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 1, 1999.
- _____. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- RAWLS, John. *Uma teoria sobre a justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Experiência e cultura: para a fundação de uma teoria geral da experiência*. Campinas: Bookseller, 2000.
- RECASÉNS SICHES, Luís. *Vida humana, sociedad y derecho*. 3ª ed. México: Porrúa, 1952.
- _____. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2ª ed. México: Porrúa, 1973.

- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: fundamentos; la estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peñã et al. Madrid: Civitas, 2000.
- _____. *La teoría del delito en la discusión actual*. Tradução Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijlei, 2007.
- RUSS, Jacqueline. *Pensamento ético contemporâneo*. Tradução de Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Paulus, 1999.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no direito penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2006, v. 848, p. 416-437.
- SALES, Sheila Jorge Selim de; PIRES, Ariosvaldo de Campos. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 2003, v. 42, p. 295-306.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- SANTOS, Mario Ferreira dos. *Filosofia e história da cultura*. São Paulo: Logos, 1962.
- SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.
- SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SIRVINSKAS, Luis Paulo. Teoria social da ação e teoria da imputação objetiva. In: *Revista jurídica*. Porto Alegre, n. 289, p. 77-83, nov. 2001.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino ed., 1947.
- SOBREVILLA, David. *Filosofia de la cultura*. Madrid: Trotta, 1998.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich. The constitutional deficiencies of the German *Rechtsgutslehre*. In: *Ultima Ratio, a principle at risk. European perspectives*. Oñati Socio-legal Series [on line], vol. 3, n. 1, 31-41, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2200870>.
- TAUBES, Jacob. *Messianismo e cultura: saggi di politica teologica e storia*. Ed. Garzanti, 2001.
- TOURAINÉ, Alain. *The voice and the eye: an analysis of social movements*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.
- VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de filosofia: ética e cultura*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 1993.
- WAGNER, Roy. *A invenção da cultura*. Tradução de Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. São Paulo: Cosacnaify, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Tradução de Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964
- WESSELS. *Direito Penal: aspectos fundamentais*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Safe, 1976.

WILLIAMS, Bernard. *Moral: uma introdução à ética*. Tradução Remo Mannarino Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Ethics and the limits of Philosophy*. London: Fontana, 1985.