



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

E se Temis não for cega?

A consideração da cultura nos crimes culturalmente motivados

Beatriz Alves Santos

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

E se Temis não for cega?

A consideração da cultura nos crimes culturalmente motivados

Beatriz Alves Santos

Orientador: Professor Doutor Pedro Freitas

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

Amor são duas palavras, duas pessoas, o mesmo abraço.

Para vocês, Mamã e Papá.

I've been a sinner, I've been a saint
A little bit of both every single day
I've been lost, but somehow I've been found

Never Been a Moment

Porque a Bia, a Jurista e a aspirante a Mestre são todas a mesma pessoa e porque este corpo pequeno carrega um coração grande cheio de bocadinhos de pessoas que me ensinaram a ser justa, sem perder a empatia.

Porque a Bia que sou hoje é um pedacinho de amor de mãe, pai e manas;

é um pedacinho de amor do melhor abraço;

é um pedacinho de amor de uma família que a adora;

é um pedacinho de amor de amigas e amigos de ouro;

é um pedacinho de um Deus de amor.

O Obrigada da minha vida a todos

Resumo

O texto desbrava caminho pela tutela que é oferecida à Cultura pelo Direito. Se, por um lado, aquela se vê constitucionalmente protegida, por outro, o Direito Penal é pressionado a desconsiderá-la quando arguida como defesa.

Este confronto Direito-Cultura orientará o trabalho a seguir redigido. A título exemplificativo abordar-se-á a MGF, o seu contexto legal, as suas motivações, o índice de praticabilidade, e a forma como o tribunal encara estas circunstâncias, a nosso ver, instigadoras. Esta prática é particularmente sigilosa e sai, muitas vezes, impune, talvez pela ignorância ou, quem sabe, pela desconsideração que se lhe oferece. Muitas outras vezes é também ridicularizada, criminalizada à letra da lei, sem qualquer tipo de abébia. Importa, no entanto, alertar que será escrutinada neste trabalho e casuisticamente analisada de forma a entender como lida o Direito com ela.

Paralelamente, far-se-á um estudo mais aprofundado sobre as motivações culturais que antecedem a prática de um crime como o da MGF, colocando-se a questão de saber se se pode falar numa *cultural defense* que, impedida, alevanta a questão da preferência cultural.

Finalmente, conclui-se uma discrepância entre os diplomas, o que traduz a frieza do Direito por dimensões que desconhece. Há uma clara violação do Direito à Cultura e do próprio Direito a uma defesa que considere a pessoa na sua totalidade. A cultura é claramente desconsiderada, renegada e até intencionalmente rebaixada pela Lei. Talvez a Justiça não devesse ser tão cega quanto sempre se quis que fosse.

Palavras-chave: Cultura, Mutilação Genital Feminina, Direito à Cultura, Crime culturalmente motivado, Cultura como Defesa, Convenção de Istambul

Abstract

The text paves the way for the tutelage offered to Culture by Law. If, on the one hand, it is constitutionally protected, on the other, Criminal Law is pressured to disregard it when raised as a defence.

This Law-Culture confrontation will guide the work written below. As an example, FGM will be discussed, its legal context, its motivations, the practicality rate, and the way the court faces, in our view, these instigating circumstances. This practice is particularly secretive and often goes unpunished, perhaps due to ignorance or, who knows, the disregard around it. It is often ridiculed, literally criminalized, without any sort of assumption. However, it is important to warn that it will be scrutinised and analysed on a case-by-case basis in order to understand how the Law deals with it.

At the same time, a more in-depth study will be carried out on the cultural motivations that precede the practice of a crime such as FGM, raising the question of whether we can speak of a cultural defence that, if prevented, raises the issue of cultural preference.

Finally, there is a discrepancy between the diplomas, which reflects the coldness of the Law in dimensions that are unknown. There is a clear violation of the Right to Culture and the Right to a defence that considers the person as a whole. Culture is clearly disregarded, denied and even intentionally degraded by the Law. Perhaps Justice should not be as blind as it has always intended to be.

Keywords: Culture, Feminine Genital Mutilation, Right to Culture, Cultural motivated crime, Cultural Defense, Convention of Istanbul

Índice

Lista de siglas e abreviaturas	10
Introdução.....	11
1. Estudo de caso: MGF/C.....	12
2. A Convenção de Istambul	15
3. A MGF/C na 1.ª pessoa.....	17
4. Criminalização em Portugal	19
4.1. O bem jurídico	19
4.2. O art. 144.º-A CP	21
5. Por detrás da MGF/C	23
5.1. Portugal é sensível ao fanado?.....	25
5.2. Direito e Cultura de mãos dadas.....	27
6. Cultura vs. Direito.....	28
6.1. Justiça Restaurativa – uma hipótese virada para o indivíduo	29
6.2. A mediação sociocultural.....	31
7. Da legislação à aplicação prática	33
8. A Convenção de Istambul – problema da prevenção especial.....	36
8.1. “Era crime? Desculpa, enganei-me”	38
8.2. Crime culturalmente motivado	40
9. <i>Cultural defense</i>	40
10. Há lugar para uma solução diferente?	42
11. Crítica.....	44
Apreciação final.....	47
Bibliografia	49
I. Suporte bibliográfico.....	49
II. Recursos audiovisuais	53

Lista de siglas e abreviaturas

Al(s).	Alínea(s)
CEDH	Carta Europeia dos Direitos do Homem
CI	Convenção de Istambul
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DL	Decreto-Lei
CRGB	Constituição da república da Guiné-Bissau
CRP	Constituição da República Portuguesa
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
L	Lei
MGF/C	Mutilação Genital Feminina/Corte
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
P.	Página
PP.	Páginas
SS	Seguintes

Introdução

O tema que se traz à colação conta a história de muitas mulheres, não a minha – Graças a Deus! –, mas a de muitas mulheres à volta do mundo.

Vem-se colocar a proteção oferecida ao Direito à Cultura e, para isso, far-se-á uma abordagem incisivo-explicativa em quanto respeita à MGF/C para que a explanação seja o mais autêntica possível. Para isso cumpre-se abordar o que é a MGF/C, quais os índices geográficos da sua prática e, acima de tudo, quais os seus porquês.

Desde logo, a MGF/C é um tema que surge a par da qualificação de Portugal como um país de destino, onde a nação se vê confrontada com uma panóplia cultural mais do que diversificada e, por isso, capaz de esgotar a própria essência lusitana, nomeadamente enquanto Estado de Direito Democrático alicerçado naquilo que crê serem os princípios basilares – os quais não parecem ir de encontro às identidades estrangeiras no que a este tema concerne.

Este fluxo migratório acarreta um “processo de transformação intercultural”¹ que expõe e abala a própria conceção de Direito. A Cultura é, sem dúvida, das temáticas mais polémicas, e deixa a questão de saber até que ponto a cultura nacional é lesada pelos hábitos culturais forasteiros – já que a própria CRP prevê um Direito à Cultura no seu art. 78.º (“Fruição e criação cultural”).

Dessarte, dois pontos orientarão o texto que se segue. Por um lado, saber se a Convenção de Istambul contraria o Direito à Cultura que é tutelado pela CRP, impondo uma cisão cultural quando certa pessoa se apresenta ao Direito – o que coloca em causa a credibilidade da tutela da Cultura. Por outro, averiguar a hipótese de uma *cultural defense*, oferecendo essa defesa lugar a uma eventual atenuação da pena – algo que, como deixa claro a CI no seu art. 38.º, não é possível, de momento.

Questionam-se os motivos culturais que subjazem à prática do crime e que se têm mantido, conscientemente, na penumbra, mas que serão essenciais para a história do caso, máxime, do agente.

Coloca-se em causa a justeza de um Direito cego que, se por um lado está virado para as pessoas, por outro condena as características mais humanas do indivíduo.

¹ GRUPO DE JURISTAS AI PORTUGAL, (2008), *cit.* p. 1.

1. Estudo de caso: MGF/C

O texto parte da dúvida sobre a (im)possível contemporaneidade dos valores basilares do nosso Estado de Direito e da MGF/C, cuja existência em Portugal é incontestável, mas que ainda é mantida em segredo, dada a inocência, ou ignorância que se lhe abraça.

Posto que tal, a Mutilação Genital Feminina é considerada pela OMS como “qualquer procedimento que inclua a lesão e/ou remoção total ou parcial dos genitais femininos externos por razões culturais”². Realça-se ainda que existem vários tipos de MGF/C consoante a parte do órgão em que se interfere e/ou o procedimento exato que se procura – clitoridectomia, excisão, infibulação, e outros que, apesar de não especificamente denominados, abrangem aqueles procedimentos que não são medicamente sugeridos dado o cariz nocivo para a saúde da mulher/jovem/criança³.

Uma breve nota antes de se ser exaustivo na exposição das várias modalidades desta prática sobre a designação *MGF*⁴ a qual, por si, levanta o problema de a sua denominação excluir, ou desconsiderar, outros atos que se possam colocar fora do âmbito da “mutilação”. Ora, precavendo desentendimentos denominativos com a palavra “circuncisão” – já que está fortemente enraizada na cultura de grupos religiosos muçulmanos e judaicos – optou-se pela “mutilação”. Todavia, para afastar qualquer tipo de discriminação ou de intenção valorativa, algumas agências das Nações Unidas⁵ terão sugerido a sigla *MGF/C*, englobando todos os procedimentos que incluam remoções parciais ou totais dos genitais externos femininos e/ou lesões por motivos culturais. Desta maneira, evitam-se casos de discordância e/ou implicância pela tão-só denominação da prática que se pretende ser o foco. Dessarte, ao longo desta dissertação optar-se-á por esta última sigla.

A título explicativo, clitoridectomia diz respeito à remoção total ou parcial do clitóris e/ou da pele que cobre o clitóris; a excisão passa pela remoção total ou parcial do clitóris e dos lábios menores, com ou sem excisão do lábio maior; quando a intervenção passa pelo estreitamento do orifício vaginal com criação de um selo de cobertura através do corte e aposição do lábio menor e/ou do lábio maior, com ou sem excisão do clitóris já se classifica como infibulação. À

² A este respeito CUNHA, *vd.* p. 838. GRUPO DE JURISTAS AI PORTUGAL (2008) *vd.* p. 4.

³ Pretende-se com estes três conceitos realçar as várias faixas etárias que são atingidas pela prática da MGF/C.

⁴ ALVES (2022), p. 13.

⁵ CUNHA, p. 839.

semelhança do que foi dito o quarto tipo de MGF/C abarca os demais procedimentos nocivos para os órgãos genitais femininos que não têm razão médica⁶.

Destaca-se a infibulação. Nesta, os pequenos lábios são excisados e os grandes lábios unidos por sutura, de tal modo que o tecido cicatrizado venha a cobrir a entrada da vagina. Crê-se que desta maneira a pureza, se mantém intacta, servindo como prova irrefutável da virgindade da mulher aquando do casamento⁷. Para que a menina possa recuperar “devidamente” desta intervenção é obrigada a permanecer de cama, com as pernas atadas durante semanas. Caso dúvidas houvesse, as próprias meninas mutiladas relatam que é uma intervenção extremamente dolorosa, bem como a sua recuperação.

Note-se que a MGF/C é fortemente levada a cabo no continente africano, mas o problema alcança Portugal quando o fenómeno da migração aumenta o número de potenciais vítimas, isto é, pessoas que já não vivendo no seu país de origem, acabam por realizar viagens com o objetivo clandestino de submeter os seus à MGF/C. Uma particular ressalva para o facto de as estatísticas não passarem disso mesmo, estimativas, pois que o problema que mais assola esta temática passa pelo silêncio que a envolve⁸. Ademais, esclarece-se que, sabendo da criminalização da MGF/C, são raras as pessoas que denunciam os familiares e, mais penosamente, os últimos não denunciarão aqueles que executaram o ritual do fanado⁹.

Em termos estatísticos¹⁰, sabe-se que no ano de 2022, terão sido registados 190 casos de MGF/C na Plataforma, verificando-se um aumento de 27,4% em relação ao ano anterior. Dentro daquela amostra de 190, 160 foram registados como tendo existido intervenção dos profissionais de saúde ao nível do esclarecimento sobre os direitos da mulher “numa perspetiva educativa e preventiva”¹¹. Ademais, registaram-se complicações de saúde em 100 mulheres, que rondam as áreas psicológica, obstétrica, uro-ginecológica e sexual.

⁶ Esta é a classificação oferecida pela OMS que distingue os 4 tipos de MGF.

⁷ Pereira (2016), p. 72.

⁸ Pertinente será o título do artigo sensacionalista escrito pela jornalista Sofia Branco, com o título “O Holocausto silencioso das mulheres a quem continuam a extrair o clitóris”.

⁹ Sobre este ritual, *vd.* DIAS, (2006). O fanado é o ritual de passagem que, através da circuncisão (versão masculina) e da excisão (versão feminina) assinala a passagem à vida adulta e a integração na comunidade como jovem adulto(a) pronto(a) a casar, procriar e participar na vida daquela comunidade. As fanatecas são as mulheres capacitadas a realizar a intervenção, que possuem a experiência para levar a cabo a operação. Sobre o ritual do fanado e as fanatecas, *cfr.* DIAS, (2006), pp. 6 e ss

¹⁰ Informação partilhada no *site* SNS e adquirida através da DGS, através de uma publicação feita no âmbito do Dia da Tolerância Zero à Mutilação Genital Feminina – 06.02.2023.

¹¹ *Site* SNS.

Estima-se que em 2023 foram submetidas a esta prática 4.3 milhões de meninas – informação prestada no site da ONU aquando da celebração do dia 6 de fevereiro: *Dia Internacional da Tolerância Zero à Mutilação Genital Feminina*.

A OMS conclui que entre 100 a 140 milhões de mulheres e raparigas terão sido sujeitas à MGF/C e cerca de 3 milhões estão em iminência de ser sujeitas a esta prática¹². Auxiliando noutras pesquisas¹³ e conjugando o saber, tem-se que habitam Portugal mais de 18 mil guineenses, mais de 8 mil do sexo feminino. Ora, entre 2018 e 2021 mais de 60% dos casos registados de MGF/C foram praticados na Guiné-Bissau estimando-se que Lisboa será o concelho com maior percentagem de casos de MGF/C.

Sendo tão invasiva e íntima é natural que esta prática acarrete uma série de riscos que extravasam a mera superficialidade – muitas vezes a consequência passa pela morte da mulher que a ela foi sujeita, entre outras implicações ao nível do foro psicológico e físico¹⁴ que acabam sempre por surgir, fruto das dores e da brutalidade da intervenção. Aliás, em grande parte das vezes os utensílios usados nas várias mutilações são reutilizados, aumentando as já prováveis infeções que conduzem a sépsis, e à morte. Não há dúvida, a MGF/C não traz qualquer benefício a nível da saúde, bem pelo contrário¹⁵

*A MGF é praticada de mulheres para mulheres.*¹⁶

Traduzindo-se numa prática iminentemente cultural, as excisoras, comumente conhecidas por fanatecas¹⁷, e também sobreviventes, são quem procede ao corte¹⁸. Não terão qualquer formação médica – gozam apenas da idade e da experiência de já terem assistido à operação o que lhes cabe este título¹⁹. Ademais, as fanatecas saem, normalmente, impunes, pois que, por crenças iminentemente culturais os pais não revelam a sua identidade. Sem denúncia, estas autoras acabam por passar despercebidas aos olhos da lei, não sendo punidas, ou sequer indiciadas. Assim, apesar de os familiares envolvidos serem penalizados nada impede que estas experientes perpetuem a prática.

¹² GRUPO DE JURISTAS AI PORTUGAL (2008) cfr. p. 5 para outros dados estatísticos.

¹³ Nomeadamente, ALVES, (2022).

¹⁴ Destacam-se as intensas dores, danificação de órgãos, infertilidade, anemia, infeções, etc.

¹⁵ OMS apresenta mesmo o título *No health benefits, only harm* – WHO (2019).

¹⁶ SANTOS (2016), *cit.* p. 3

¹⁷ O termo fanateca provém de *fanado*, palavra do crioulo guineense que respeita ao ritual de iniciação que aqui se trata.

¹⁸ Estando presentes no ritual outras familiares para auxiliar na imobilização da menina excisada.

¹⁹ ALVES (2022), p. 14.

2. A Convenção de Istambul

A Convenção do Conselho da Europa sobre a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, conhecida como *Convenção de Istambul*, representa um marco essencial na promoção dos direitos das mulheres e na erradicação da violência baseada no género. Esta Convenção, assinada em Istambul, no ano de 2011, e em vigor desde 2014, estabelece um conjunto abrangente de medidas para prevenir, combater e eliminar diversas formas de violência contra as mulheres. Entre os temas cruciais abordados, a MGF/C emerge como um problema global que desafia os direitos humanos²⁰ e exige uma resposta internacional coordenada, já que se trata de uma prática cultural profundamente enraizada em algumas comunidades.

Ora, deste modo, a Convenção atenta a MGF/C como uma forma de violência de género, e aborda a sua gravidade e urgência na busca por medidas concretas para erradicá-la. Portugal, como signatário, assume o compromisso inequívoco de a combater. Ao incorporar os princípios da Convenção na sua legislação, reforça a necessidade de uma abordagem holística na prevenção e no combate desta prática. A MGF/C é um problema atual – é imperativo agir.

Sabe-se ainda que as razões por detrás são complexas e têm fundamento em tradições culturais, normas sociais e até crenças (quem sabe) equivocadas. Destarte, o presente Diploma oferece uma estrutura para abordar essas questões, reconhecendo que a erradicação da MGF/C requer uma abordagem multifacetada que abrange não apenas a legislação, mas também a sensibilização, a educação e a mudança de normas sociais.

Aquilo que se vem verificando é que a violência contra as mulheres, na vertente da MGF/C é frequentemente alimentada por desigualdades de género fortemente consolidadas – a Convenção de Istambul procura colmatar essas desigualdades, oferecendo importância a medidas preventivas e de consciencialização dirigidas a promover uma mudança cultural duradoura. Ora, isso implica uma preocupação pelas causas subjacentes ao ritual do fanado, até porque o dito público alvo serão as comunidades aderentes à prática – há uma preocupação em zelar pela saúde das meninas e mulheres mutiladas.

Ademais, destaca a necessidade de uma resposta judicial eficaz e adequada para combater a impunidade em casos de MGF/C, a qual, infelizmente, ainda se verifica a grande escala. Ao incorporar esses princípios, Portugal fortalece o seu sistema legal para responsabilizar aqueles

²⁰ LEITÃO (2013), pp. 100 e 101.

que praticam, ou facilitam, a MGF/C, marcando a sua intolerância através de uma legislação robusta²¹ que garanta que as vítimas recebem justiça e que a prática é *eficazmente* desencorajada.

O Direito de pouco serve se for desacreditado, o que intensifica a profundidade desta questão – é preciso ir além, porque punir quem não entende o sentido da criminalização não a dissolverá (nem a outros), gerando reincidências gravosas.

Conclui-se assim que a MGF/C é um problema a ser combatido através da consciencialização global sobre os direitos das mulheres, pois que se mantém devido à resistência a mudanças culturais profundas e à falta de compreensão sobre as implicações nefastas da MGF/C. Esta prática deixa de constituir apenas uma violação dos Direitos Humanos, para passar a ser também uma prática que perpetua a desigualdade de género.

Importa salientar que a criação do tipo do art. 144.º-A, CP, está iminentemente ligada à CI, que lhe serve de fundamento. E aquilo que se pretende antes de mais com a autonomização é passar a mensagem que esta conduta não se tolera.

Engane-se quem pensa que está em causa uma desconsideração pela cultura alheia – mas antes uma questão de defesa dos direitos das mulheres, máxime, direitos humanos.

Recorde-se que as comunidades que hoje habitam em Portugal e vivem sob as suas normas também perpetuam esta prática. Muitas vezes aproveitam férias escolares para levar as filhas ao país de origem com o intuito de as submeter a esta prática, pelo que a criminalização não impede estes núcleos de engendrem escapes além-fronteiras. Ressalve-se, no entanto, que o art. 5.º CP determina uma aplicação extraterritorial da lei penal portuguesa – ainda que o facto tenha ocorrido fora do espaço português é, uma vez preenchidos os pressupostos do n.º 1, al. c), punível²². Os arts. 4.º e 5.º, CP, previnem as situações que envolvem deslocação interterritorial de má-fé, mas não se bastam por aí. Evidenciam também o “carácter supranacional de certos bens jurídicos”²³ que carecem de uma proteção mais ampla o que, no caso da MGF/C, se traduz na Convenção de Istambul²⁴.

²¹ Impõe-se destacar a dimensão internacional da CI, qual vem ressaltar a importância da cooperação entre os Estados signatários para que a lei e o Direito sejam coesos, credíveis e respeitáveis. Portugal, ao comprometer-se com esta Convenção, faz parte de uma rede global de países que partilham a responsabilidade de combater a violência de género em todas as suas formas, no caso, em particular, a MGF/C.

²² Esta alínea foi corrigida na sequência do aditamento do art. 144.º-A, CP, no cumprimento do espírito da Convenção de Istambul.

²³ DIAS (2016), *cit.* p. 265.

²⁴ Figueiredo Dias (2016) reforça esta exigência – *vd.* p. 265.

Mas as questões acumulam-se: para uma erradicação da MGF/C bastarão abordagens punitivas?

Daí que a Convenção de Istambul²⁵ mereça um capítulo à parte, pois que a discussão que se apronta parte exatamente daquilo que esta dita – que a cultura não é causa de justificação pelos crimes abrangidos pelo diploma.

3. A MGF/C na 1.^a pessoa

*Se a minha filha não vai ao fanado, depois não consegue ter marido. Homem não gosta. Homem não vai buscar aquela mulher para casa, para levar para casa*²⁶.

A conclusão da MGF/C passa pela premissa de que um homem não quererá uma mulher que não tenha sido mutilada. Como se tem vindo a analisar, a excisão transmite a ideia de castidade e de pureza símbolos de uma mulher intocada²⁷. A reportagem em causa, realizada na Guiné Bissau vem relatar que as comunidades islamizadas eram quem seguia esta prática. Existia a crença de que o Alcorão determinava o fanado e, por isso, havia que cumprir as escrituras, pelo que as mulheres e meninas muçulmanas já sabiam que o seu dia acabaria eventualmente por chegar.

Vem-se também a desvendar que nunca o Alcorão menciona a excisão, tanto que o Islão é posterior a ela. Destarte sobreviventes e contemporâneos do ritual destacam a ignorância das escrituras do Alcorão – é urgente uma sensibilização não apenas ao nível da interpretação da Palavra, mas também ao nível das consequências da MGF/C que até então passavam despercebidas. Testemunhos de sobreviventes relatam que sabem da existência da prática, mas que não a imaginam como ela realmente é, tampouco têm noção das implicações para o resto da vida. Só o facto de as meninas serem *apanhadas* e levadas ao encontro da fanateca demonstra o carácter mais agressivo de um momento que é anterior à própria brutalidade do corte. Ademais, crianças, filhas de fanatecas, acabam por ser envolvidas nestas intervenções desde cedo²⁸ para que ganhem experiência para a sua futura função.

²⁵ Cumpre destacar que muitos documentos abordam o tema da mutilação, seja a nível nacional, internacional e europeu. No entanto, dada a brevidade das páginas e o foco primordial deste texto, cinge-se a estes, já que o que se procura estudar é a prática da MGF/C em Portugal.

²⁶ RTP (2017) *Episódio n.º 10 – Príncipes do Nada*.

²⁷ *Vd.* PEREIRA (2016), p. 70.

²⁸ No mesmo episódio há um testemunho de uma ex-fanateca que revela que com apenas 10 anos já auxiliava na apreensão das meninas e assistia ao corte.

A população alvo deste documentário reporta que a sensibilização é um passo muito importante e impactante para o abandono do fanado. Há uma explanação de conhecimento que até então era negado ou desconhecido e que conduz a uma atitude mais apreensiva quanto a esta prática já antiga, nomeadamente, ao nível da reutilização dos instrumentos de corte propulsores de doenças infecciosas como a SIDA. Reconhecem, no entanto, que mudar as mentalidades leva tempo, mas que no fundo os familiares têm a culpa, pois já têm um tipo de conhecimento que as meninas não têm – *Os pais têm culpa. Eu não sabia de nada*²⁹.

Em julho de 2011 a prática da excisão torna-se crime público na Guiné-Bissau e determina-se, desta maneira, o abandono das práticas tradicionais nefastas à saúde da mulher e da criança, impondo o mote de que “as tradições devem ser respeitadas desde que não se violem os direitos humanos”³⁰. Esta criminalização, com a entrada em vigor da Lei n.º 14/2011, de 6 de julho, surge como fruto da concretização de princípios constitucionais da própria Lei Fundamental³¹ e de pressão de algumas ONG’s. Na verdade, a entrada em vigor deste diploma suscitou reações perigosas por parte da comunidade, que tinha o fanado como uma prática ancestral o que conduziu a várias condenações incompreendidas pela comunidade que as considerava injustas³².

PEREIRA (2016) realça este fenómeno:

partirmos da ideia de que as leis oficializam como obrigatórias ou proibidas condutas previamente entendidas como tal pela comunidade a que se destinam melhor se compreende que a criminalização de um comportamento sem o prévio reconhecimento do seu desvalor pela comunidade potenciará o desrespeito pela lei, cumprindo-se, então, o que passará a ser um costume contra legem.

Nem por isso esta prática entrou em decadência. Assiste-se continuamente a casos de MGF/C pelo mundo fora, talvez mais camuflados, mas nem por isso erradicados.

²⁹ Testemunho de uma sobrevivente.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Vejam-se os arts. 24.º, 25.º, 37.º, 38.º da CRGB, que estabelecem que cada cidadão na sua pessoa goza da sua inviolabilidade, ou seja, a sua integridade moral e física é inviolável e não podem ser submetidos a tratamentos cruéis desumanos e degradantes. Além disso, todos os cidadãos são iguais perante a lei, não se distinguindo pela raça ou sexo, pelo que homem e mulher são também iguais em todos os domínios da vida política, económica, social e cultural.

³² Antes da entrada em vigor desta Lei, já o CP guineense previa a criminalização da excisão no seu art. 117.º, mas o seu incumprimento era desvalorizado e, por isso, chegou-se a falar de uma “legislação/lei simbólica”, pois na verdade não era sequer posta em prática – o que permitiu a contínua prática da MGF/C de forma isenta.

4. Criminalização em Portugal

Em causa está a criação do tipo do art. 144.º-A do CP, que determina a criminalização da MGF/C, quem a pratique e/ou quem a fomente e o art. 38.º da Convenção de Istambul que ressalva essa mesma tipificação.

A fim de colocar em prática o espírito da Convenção, Portugal elabora o art. 144.º-A, CP, qual vem concretizar plena e indubitavelmente os ideais daquela. Este aditamento vem preencher quaisquer lacunas que o já existente art 144.º CP pudesse abrigar, daí a necessidade de autonomização do tipo.

4.1. O bem jurídico

Note-se, desde já que esta prática não é aceitável em muitas jurisdições por contender com direitos supra fulcrais consagrados na DUDH, como a integridade física e sexual da jovem/mulher. Acima de tudo, aquilo que se almeja é a erradicação desta prática com recurso, no caso, à prevenção geral negativa³³, dissuadindo os agentes de realizarem este facto punível.

Aquilo que vem sendo entendido é que esta prática ultrapassa a dimensão do bem jurídico³⁴ enquanto mera integridade física, isto é, algo exterior. Há quem considere mesmo “um ato de opressão e de negação de algo que faz parte da essência do ser humano”³⁵, pelo que é ofensivo sequer compará-la a uma banal ofensa corporal – entende-se que apenas a autonomização do tipo alcançaria a dimensão substancialmente mais grave e qualitativamente autónoma daqueles comportamentos que lesam bens jurídicos como a integridade física. Daí que se dediquem uns parágrafos à questão do bem jurídico em causa.

A respeito da Dignidade da Pessoa Humana enquanto bem jurídico, tema que alevanta algumas opiniões, sabe-se que constitui, além de um direito fundamental o princípio que enforma o manual jurídico. Mas, havendo a remota possibilidade de ser considerado bem jurídico, há que dedicar-lhe algum mérito, pois que todos, sem exceção, procuram a tutela da própria dignidade humana. Nesta senda, poder-se-ia dizer que sendo espírito e fundamento, de bens jurídicos, seria de considerar que os atos que atentassem contra uma vida humana condigna

³³ Note-se que neste âmbito se seguem os ensinamentos de TAIPA DE CARVALHO – CARVALHO (2008), pp. 65 e ss.

³⁴ SANTOS (2019), pp. 73 e ss.

³⁵ PEREIRA, (2016), *cit.* p. 146.

constituiriam factos típicos dignos de tutela penal. Aquilo que se observa na MGF/C é, como vem sendo dito, um atentado à própria vida “natural” de cada um.

Ora, o bem jurídico traduz, segundo FIGUEIREDO DIAS, “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”³⁶ Este autor chama a atenção para o facto de o bem jurídico ser um elemento fulcral na dogmática penal, porquanto serve tanto de fundamentação como de limitação ao direito de punir do Estado. Por isso, o bem jurídico é o que fundamenta a criminalização das condutas tipificadas e da imposição das suas respetivas sanções. Recordar-se que o Estado deve ter intervenção mínima nos direitos e liberdades de cada pessoa, e apenas o absolutamente indispensável ao funcionamento da comunidade que rege.

A tarefa, porém, de definir perfeitamente o conceito é árdua e, como tal, já foram oferecidas várias teorias, as quais contendem com todo o processo de elaboração dos tipos penais bem como com a interpretação e aplicação das normas pelos tribunais.

Dessarte, tem-se entendido que a conceção teleológico-funcional e racional do bem jurídico será a mais indicada. Segundo esta teoria o bem jurídico só o é desde que respeite uma “série mínima, mas irrenunciável de condições.”³⁷ Ora, deve o conceito revelar um conteúdo material, isto é, deve ser “substanciável”, não bastando que se identifique apenas com as normas penais que pretende traduzir. Deve ainda servir como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir para que alcance o nível de critério legitimador para criminalizar/descriminalizar. Por fim, deve ser político-criminalmente orientado, o que significa que tem de servir as finalidades criminais de forma fiel e harmoniosa com o sistema jurídico-constitucional.

Feita esta breve análise teórica note-se que a noção de bem jurídico é um desafio para os próprios juristas, aos quais cabe a penosa tarefa de determinar que valores merecerão esta denominação de modo a proteger e preservar a sociedade através, nomeadamente, de um ramo do Direito que apenas deve ser tido em conta em *ultima ratio*³⁸.

³⁶ DIAS (2019), *cit.* p 130.

³⁷ *Idem cit.* p. 132.

³⁸ Uma breve nota para enaltecer as decisões jurisprudenciais que nada mais revelam a evolução e atualização da sociedade permitindo que também o Direito se ajuste a ela, aos seus desafios, são seus valores emergentes. Muitas vezes, são esclarecedoras na interpretação e compreensão do próprio bem jurídico *in casu*.

4.2. O art. 144.º-A CP

Na medida em que o art. 144.º CP já assegurava as ofensas à integridade física vem-se entender que está este tipo aquém das necessidades penais que o crime de MGF/C exige, conduzindo à criação legislativa em causa – o art. 144.º-A, CP. É importante ressaltar que a MGF/C não passou a ser criminalizada apenas com o aditamento do tipo, e elevando-se à dimensão de crime de género dado o cariz especialmente revelador de insensibilidade com a humanidade considerou-se que o crime exigia uma autonomização, até porque condutas há que, dado o grau de intervenção ao nível do corpo da mulher não seriam sequer qualificadas como crime antes da autonomização do tipo em questão, deixando escapar impunes muitos dos seus agentes.

No fundo, o art. 144.º-A vem colmatar as insuficiências do art. 144.º, CP, cumprindo agora, de forma mais exata, as exigências oferecidas pela sociedade contemporânea, num “reforço da tutela jurídico penal”³⁹.

Ora, os factos que constituem a prática deste tipo consubstanciam mais do que uma ofensa à integridade física especialmente grave. Está-se perante atos que conduzem a um sofrimento tal que atenta contra a vida⁴⁰ e contra a dignidade da pessoa humana⁴¹ pois que viola padrões universais de defesa de DH.

No caso, o tipo objetivo traduz-se na lesão, total ou parcial, do aparelho genital feminino de outra pessoa. Da redação constata-se três meios concretos de lesão exemplificativos, já que o legislador salvaguardou outras práticas que não coubessem nas primeiras, mas que fossem igualmente suscetíveis de censura. Portanto, o agente *escolhe* mutilar – isto é, opta por desfigurar, lesar, eliminar uma parte, ou partes, da íntima da mulher. Já quanto respeita ao agente a norma não exige que seja uma pessoa específica e/ou com certa aptidão, pelo que se trata de um crime comum.

O que para o caso importa, acima de tudo, centra-se na imputação subjetiva, qual se traduz no facto de o crime do art. 144.º-A CP ser um crime doloso, o qual nem admite a forma

³⁹ MONTE (2016), *cit.* p. 84.

⁴⁰ Naturalmente, nem todas as intervenções MGF/C são mortais, mas acarretam variados, e prováveis, riscos para a saúde da excisada. Os riscos podem advir tanto das interferências ao nível do corpo, como do local onde é a excisão realizada, como dos instrumentos utilizados que, por vezes, não são saneados de menina para menina.

⁴¹ Em PADILHA (2016), o conceito é definido como a “qualidade intrínseca de cada pessoa e que deve ser observado o contexto de acordo com o histórico de cada grupo de seres humanos, respeitando as dimensões culturais”, *cit.* pp. 98 e 99. Donde se retira que esta noção pode ser valorada conforme a dimensão cultural que assiste a determinado indivíduo, além das esferas moral, religiosa e até filosófica, como realçam as autoras nas suas considerações finais.

negligente⁴² – “o dolo do tipo é este conhecimento e vontade de realizar esse conjunto de circunstâncias que acabam por corresponder aos diversos elementos constitutivos de um tipo incriminador”⁴³. Mas ser-lhe-ia (ao agente) exigível que agisse de outro modo?

*O teor dos depoimentos processuais colhidos em casos de MGF revela que, geralmente, a intenção dos agentes ao realizarem as referidas práticas é de seguir o costume, a tradição e não de fazer as vítimas sofrerem, ou de as mutilar (...) geralmente acreditam estar a agir no melhor interesse das mulheres, raparigas e crianças, e portanto, atuam sem a consciência e vontade de as mutilar, diante do específico contexto cultural em que se materializam tais práticas. Essa ordem de considerações desautoriza, então, em muitas situações concretas, a configuração do dolo específico exigido pelo tipo penal.*⁴⁴

Note-se o enquadramento do tipo do art. 144.º-A CP – ao se integrar nos crimes contra a integridade física parece que a intenção do legislador é tutelar esse bem jurídico. Há, no entanto, quem entenda que o crime de MGF/C não se esgota nesse bem jurídico, como já se referiu – autores como MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA entendem que estarão em causa também a sua liberdade sexual e igualdade perante homens do seu grupo⁴⁵. Na mesma senda, MÁRIO FERREIRA MONTE⁴⁶, elucida que se o bem jurídico fosse apenas a integridade física se bastaria o tipo do art. 144.º CP, pelo que, havendo um tipo autónomo da MGF/C há outros interesses a tutelar – entende este autor que essa seja a razão da autonomização do tipo, contemplando assim a integridade psíquica, mental e sexual das vítimas e a igualdade. Estes autores acreditam que a redação do legislador, apesar de não ser explícita, será uma clara manifestação de que algo difere do art. 144.º para o art. 144.º-A, CP, desde logo porque se espera uma sanção mais grave perante a censura que, também, se agravou.

Foi desta maneira que o legislador conseguiu traduzir o espírito da já mencionada Convenção de Istambul. Ao autonomizar o tipo intensifica-se a necessidade de prevenção geral que esta prática atualmente exige.

Destarte, uma vez que a dignidade da pessoa humana transcende todos os bens jurídicos poder-se-á afirmar, neste entender, que também ela se vê aqui ameaçada.

⁴² V.g. art. 13.º CP qual determina que o crime seja doloso quando a negligência não se encontre prevista no tipo.

⁴³ PEREIRA, (2016), *cit.* p. 155.

⁴⁴ DELGADO (2022), *cit.* pp. 275 e 276.

⁴⁵ FARIA (2016), *vd.* pp. 120 e 121.

⁴⁶ Cfr. MONTE (2016), pp. 75 e 76.

5. Por detrás da MGF/C

*Com as tradições adquirem-se hábitos que são passados pelas várias gerações, tornando-se parte identitária de uma comunidade.*⁴⁷

Até aqui entende-se não haver qualquer justificação para tamanha atrocidade. O desinteresse pela cultura que trespassa a MGF/C dá o primeiro passo para a ignorância e este texto pretende desbravar pela descoberta do móbil – “trata-se de caracterizar e compreender um fenómeno – não no sentido de torná-lo justificável ou tolerável, mas de torná-lo inteligível”⁴⁸. O esforço para entender as razões que conduzem uma comunidade a sujeitar as suas meninas e mulheres à MGF/C passa por entender esta tradição.

Definir exatamente o que se entende por cultura acaba por ser fundamental, pelo menos para saber de que forma terá o impacto que tem na própria prática da MGF/C. AUGUSTO DIAS define as culturas como “sistemas de significado, partilhados pelos membros de um grupo e transmitidos através de gerações, que coordenam o comportamento, contribuem para a formação da identidade pessoal e asseguram a coesão coletiva”⁴⁹. No fundo, o conceito reflete essa dinâmica de partilha de valores, aproxima a própria comunidade e distingue-a de outras, acaba por ser um elemento identificador – manifesta-se pelos hábitos, rituais, crenças, na própria alimentação, na música, na forma como se relacionam, nos marcos históricos.

Note-se, aliás que a cultura é ditada pelo próprio grupo, e é sempre “produto da vontade humana”⁵⁰. E esta ideia de o indivíduo pertencer a uma comunidade, faz parte da sua identidade – cultural, diga-se – regendo todos os seus comportamentos. É, até, a maior característica do Homem como ser gregário, o *pertencer*, que não é sequer característica hereditária. A própria pessoa (e, por conseguinte, a comunidade) vai alcançando o seu espaço e determinando a sua conduta, a sua interpretação, a sua maneira de socializar e de se integrar.

A MGF/C é uma prática cultural com raízes antigas e varia conforme as diferentes comunidades⁵¹. A história por detrás é complexa e multifacetada, tal como as razões para a sua prática que variam por fatores culturais, sociais, económicos e religiosos⁵².

⁴⁷ SANTOS (2016), *cit.* p. 4.

⁴⁸ CUNHA, *cit.* p. 836.

⁴⁹ “Acidentalmente Dementes? Emoções e Culpa nas Sociedades Multiculturais” in *Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, Coord. MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS, PAULO DE SOUSA MENDES, Coimbra, Edições Almedina S.A, 2013 *apud* PEREIRA (2016), *cit.* p. 17.

⁵⁰ PEREIRA (2016), *cit.* p. 20.

⁵¹ ALVES (2022), pp. 16 e ss.

⁵² WHO (2019), p. 2 sobre estes motivos. Alerta ainda sobre a enorme pressão social a que estas comunidades estão sujeitas, o que motiva a perpetuação da prática.

Muitas vezes tem que ver com o controlo da sexualidade e da pureza garantindo a castidade da mulher para o futuro marido⁵³. Crenças religiosas e sociais assumem o seu papel, já que algumas comunidades acreditam que a prática é necessária para a aceitação social ou para cumprir preceitos religiosos específicos⁵⁴. Certo é que ainda se pode falar na perpetuação de normas culturais, constituindo uma parte intrínseca e obrigatória da identidade cultural, que tem como refém a exclusão social⁵⁵ - na verdade, o casamento é “entendido como a sobrevivência da mulher, que por esta via garante alimento, aceitação social e integração, não sendo ostracizada”⁵⁶. Há ainda comunidades praticantes que creem que a criança (menino/menina) possui, biologicamente, características de ambos os sexos – onde os órgãos sexuais femininos estão representados no homem pelo prepúcio; e os órgãos sexuais masculinos estão representados nas mulheres pela parte externa do clítoris. Daí a importância da sua remoção – uma vez retirados, afirma-se a sua identidade sexual, permitindo-lhes alcançar o estatuto de adulta(o)⁵⁷.

Importa destacar que há, sim, comunidades, onde o sentido da prática se esgota na diminuição da libido, servindo o propósito da submissão da mulher ao homem – é apenas um exemplo. É bastante óbvia a emoção associada a este tema, o que torna mais fácil a sua ostracização, pois dificilmente algo o justifica. É, no entanto, inaceitável que se queira permanecer iletrado num assunto que tem mais que se lhe diga. Concentrar a razão da MGF/C naqueles motivos é cair numa generalização simplificadora. Até a MGF/C é *suis generis*. Por um lado, podemos ter razões de diferenciação de género numa relação de dominação/subordinação; por outro, há mulheres que admitem obter mais prazer com a excisão do clítoris, sendo esse órgão um entrave a uma relação sexual mais prazerosa (afastam-se estes testemunhos daqueles mediatizados⁵⁸ sobre o sofrimento, opressão e subjugação da mulher).

Um apontamento contrapõe a intervenção/cirurgia genital, hospitalar, corretiva daquelas intervenções que, conotadas pelas motivações culturais, têm o mesmo propósito: estético e de correção de anomalia. Deste ponto de vista, a autorização pelos pais a menores sobre piercings e tatuagens alevanta questões complicadas. São, todas, práticas nocivas, que lesam a integridade

⁵³ PEREIRA (2016), p.71.

⁵⁴ Isto significa que o modelamento do corpo pode ter que ver com “acertos na biologia” - CUNHA, *cit.* p. 838.

⁵⁵ WHO (2019), p. 2.

⁵⁶ PEREIRA (2016), *cit.* p. 71.

⁵⁷ OMS, *cf.* *Female Genital Mutilation*.

⁵⁸ Com mediatizados refere-se a célebre biografia de Waris Dirie, uma modelo somali sujeita à MGF/C aos 4 anos de idade e que se destacou pela sua perceção (tardia) dos efeitos que tal intervenção acarreta e, por isso, se dedica à erradicação da prática. É, atualmente, embaixadora da ONU.

física. Há que tentar perceber se não há uma tendência a condenar mais rapidamente as intervenções de outras culturas exatamente por serem estrangeiras, quando também aqui se permitem e banalizam práticas que, no fundo, ferem o corpo, a integridade⁵⁹.

Esquecer a história por detrás da MGF/C é desconsiderar vidas que se orientaram por uma cultura a que, supostamente, tinham direito⁶⁰.

5.1. Portugal é sensível ao fanado?

Porque Portugal é um país de destino, fruto dos fluxos migratórios e aliado à sua ligação às ex-colónias, é perceptível não tenha passado despercebido ao fenómeno da MGF/C, qual passou a ser notado com mais afinco em 2002. No entanto, por ser uma prática pouco estudada a tentativa da sua criminalização bastou-se por um esforço imaturo que acabou mal sucedido. Em 2003, no II Plano Nacional contra a Violência Doméstica (2003-2006)⁶¹, especificamente no ponto 6 relativo às “Mulheres imigrantes” estabelecem-se as primeiras linhas de combate à MGF/C – mencionam-se estudos sobre a prática, a sua criminalização e sensibilização. Ao invés da temática continuar a ser desenvolvida no âmbito deste Plano mais específico, a segunda vez que foi escrutinada foi já na dimensão da Igualdade, Cidadania e Género⁶², com o objetivo de autonomizar esta prática oferecendo o Direito a sua devida atenção e elaborando o primeiro rascunho de combate à MGF/C especializado unicamente nesta prática – I Programa de Ação para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina, fruto de uma pressão coligada de órgãos da AP e organizações intergovernamentais que já trabalhavam o sentido da erradicação da prática, despoletando atividades que iam desde folhetos informativos a ações de formação, essencialmente no seio das comunidades praticantes. Já aqui se mostravam alternativas à mera intervenção penal.

Entra em cena o II Programa de Ação para a Eliminação da MGF⁶³, que vem dar continuidade ao trabalho desenvolvido, promovendo os direitos à saúde, à integridade física, à

⁵⁹ Não se pretende comparar, ao mesmo nível, estas práticas, mas cabe levantar a querela, sobre se algo mais discriminatório é o que está em causa. Um piercing genital ou uma tatuagem, consentidas, estão também no campo do órgão genital feminino e, são distinguidas das práticas de mutilação. Sobre este assunto, veja-se FARIA (2016), pp. 120 e 121.

⁶⁰ Não se pretende apoiar esta prática! Apenas zelar para que seja entendida e devidamente explicada, com as suas consequências, a quem apenas conhece aquela realidade. «A simples criminalização de condutas, quando não precedidas da necessária compreensão e interiorização dos juízos de censurabilidade, dão lugar a “condenações surpresa” pela dificuldade em se atingir a ilicitude da conduta.» - PEREIRA (2016), *cit.* p. 184.

⁶¹ Especificamente no ponto 6 – “Mulheres imigrantes”

⁶² No III Plano Nacional para a Igualdade, Cidadania e Género (2007-2010)

⁶³ Integrado no IV Plano Nacional para a Igualdade – Género, Cidadania e Não Discriminação (2011-2013).

não sujeição a nenhuma forma de tortura ou tratamento cruel, intensificando a promoção dos Direitos Humanos. O III Programa de Ação para a Prevenção e Eliminação da MGF⁶⁴ já se revela mais específico e prevê a adoção de 42 medidas estruturadas em torno de 5 dimensões: prevenção, integração, formação, conhecimento e cooperação. Ademais, com este Plano foi possível aferir com mais exatidão como está a MGF disseminada em Portugal.

Ora, estas foram as medidas que foram sendo tomadas ao longo dos anos e que se destacaram por serem redigidas *para* a MGF/C, de forma cada vez mais minuciosa. No entanto, esta prática era já conhecida e, apesar de não chamar tanto à atenção, era considerada nalguns diplomas, nomeadamente ao nível da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo⁶⁵ qual prevê que as comissões de proteção de menores devem detetar e intervir em situações de MGF/C. Também o diploma que rege a Concessão de Asilo ou Proteção Subsidiária⁶⁶ estabelece que esta prática serve de fundamento para a concessão de asilo. De forma mais óbvia, e recente, a autonomização da criminalização desta prática é o exemplo mais pragmático desta intenção de zelar por estas meninas e mulheres – tanto que reflete as intenções da Convenção.

Portugal acaba por assumir com a CI um compromisso externo a nível internacional, pressionando-o a assumir algumas rédeas sobre o assunto.

Os anos voltam-se e a Convenção surte efeito. Com a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto de 2015 foi aprovada a alteração ao Código Penal Português onde se autonomizava, e acrescentava, o crime de mutilação genital feminina – art. 144.º-A – demarcando a opinião forte da intolerância e rejeição do nosso país frente à MGF/C, pois considerava-se que o crime de ofensas à integridade física graves não era suficiente para colmatar esta questão.

Dessarte, como bem esclarece o Relatório Explicativo da Convenção de Istambul no seu art. 38.º, a intenção passa pelos efeitos altamente nocivos do Corte, qual causa danos irreparáveis, duradouros e irremediáveis. Esta pretensão assevera-se a partir do momento em que o ritual é realizado a menores que não prestaram (até porque não o conseguem prestar) consentimento.

A mensagem passa pela intolerância da prática, quer-se a dissuasão dos possíveis agentes, ainda que o legislador condene uma prática que não compreende. Ressalve-se, no entanto, que

⁶⁴ Que passa a fazer parte do V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género (2014-2017).

⁶⁵ Lei n.º 147/99, de 1 de setembro.

⁶⁶ Lei n.º 27/2008, de 30 de junho.

não se procura discordar da criminalização da MGF/C, mas questionar se se entendem as razões que lhe estão subjacentes e averiguar se cumprem a derradeira função.

Entende-se que o Direito entra numa dimensão cultural que não entende completamente, ou que entende, mas escolhe ignorar.

5.2. Direito e Cultura de mãos dadas

A relação entre Direito e Cultura é já antiga, tendo vindo a ser moldada ao longo do tempo. Desde logo, a primeira, influencia diretamente a maneira como as leis são formuladas, interpretadas e aplicadas, ao passo que o Direito desempenha um papel na formação e transformação das normas culturais.

As crenças, os valores e as tradições de uma sociedade enformam as políticas e legislações adotadas pelos órgãos governamentais. Por exemplo, as leis que regem o casamento, a família, a religião, a educação e as práticas tradicionais são fortemente influenciadas pela cultura de um determinado grupo ou nação e essas leis refletem os padrões morais, éticos e sociais estabelecidos pela cultura dominante.

Naquilo que concerne à interpretação das leis, também a cultura desempenha o seu papel. Quem de Direito é influenciado pelas suas próprias perspetivas culturais ao interpretar e aplicar as leis, pelo que as normas culturais subjacentes podem afetar (aliás, afetam) as decisões judiciais, levando a diferentes interpretações e aplicação das leis em contextos culturais diversos, o que conduz a recorrentes ambiguidades. A perceção de justiça, igualdade e liberdade pode variar significativamente entre diferentes culturas, resultando em abordagens distintas para as mesmas questões legais.

A unidade de valores que identifica determinada cultura pauta a comunidade que se rege por ela e é absolutamente “fundamental para o grupo a que se destina, não só porque facultam modos de atuação, mas também porque define o papel de cada indivíduo na sociedade”⁶⁷. Aliás, é através desta lealdade que uma cultura consegue permanecer ao longo da História.

Da mesma forma, também o Direito vai moldando a Cultura – as leis podem servir como instrumentos de mudança social, ao promover a igualdade, a justiça e os direitos humanos.

⁶⁷ PEREIRA (2016), cit. p. 216.

Veja-se, as leis que proíbem a discriminação com base no género, raça, religião ou orientação sexual têm o potencial de desafiar e transformar normas culturais prejudiciais encaminhando para uma sociedade mais justa e igualitária.

No entanto, é importante reconhecer que o Direito nem sempre reflete as normas culturais de forma precisa ou justa⁶⁸. Em algumas situações, como é o caso, as leis podem entrar em conflito com as tradições e valores culturais, conduzindo a tensões e desafios legais. É o que acontece em contextos multiculturais, ou das minorias, nomeadamente. Estas situações são difíceis de gerir porquanto Cultura e Direito não estão exatamente de acordo e, no fim, perpetuará aquele com que a pessoa, individualmente, mais se identificar.

A Cultura exerce, sim, uma influência profunda no Direito. Compreender essa relação complexa é essencial para promover sistemas jurídicos justos, inclusivos e sensíveis às diversidades culturais dentro de uma sociedade globalizada.

O desafio surge quando as influências se opõem: a comunidade tem hipótese de escolha.

6. Cultura vs. Direito

*Esta prática cultural não deve ser normalizada em prol do relativismo cultural.*⁶⁹

*(...) seriam válidos quaisquer valores e defensáveis quaisquer práticas – “tradições” – desde que tivessem sentido nas e para as comunidades que os perfilham.*⁷⁰

É intrínseca, como se viu, esta relação, e difícil, pois reflete a busca constante pelo equilíbrio entre preservação da identidade cultural e evolução de normas legais. Contudo, é crucial examinar se há momentos em que o Direito pode, de alguma forma, desligar-se ou desconsiderar a Cultura.

À semelhança do que a CRP designa, supõe-se que o Direito respeita a cultura, máxime, a diversidade de expressões culturais. É sua função assegurar que as manifestações culturais

⁶⁸ Mas nem por isso se esqueça, como diz PEREIRA (2016), p. 218, que “A cultura não é uma fatalidade, é sim uma identidade que deverá ser cumprida enquanto dela resultar a plena satisfação de todos os membros da comunidade”. A autora adverte ainda que nem por isso se exclui a possibilidade de o indivíduo se abster de determinados mandamentos culturais quando com eles não concorde – a essa faculdade dá-se o nome de *exit rights*.

⁶⁹ GRUPO DE JURISTAS AI PORTUGAL (2008), *cit.* p. 5.

⁷⁰ CUNHA, *cit.* p. 836.

locais sejam valorizadas e protegidas, promovendo a diversidade como um componente enriquecedor da identidade nacional.

No entanto, não há como negar que a evolução das próprias normas pode gerar desafios ao nível daqueles direitos que se procuram tutelar. Pressões sociais, mudanças demográficas e avanços tecnológicos podem influenciar a dinâmica cultural, levando a debates sobre como o Direito se deve adaptar e atualizar. Em situações de conflito entre práticas culturais e direitos humanos fundamentais, como a igualdade de género, o Direito pode ser desafiado a encontrar um equilíbrio onde aquela promessa ceda – a dinâmica legal pode colocar a hipótese de um desvínculo temporário de certas expressões culturais. Isso pode ocorrer, p.e., em casos de revisão legislativa, em ordem a adequar as normas à evolução social.

Assim, o Direito desempenha um papel central na preservação, promoção e estímulo à expressão cultural, reconhecendo-a na Lei Fundamental como um elemento vital da identidade nacional. Apesar dos desafios e dilemas que possam surgir, a abordagem legal destaca a importância de conciliar tradição e evolução, garantindo que o Direito esteja alinhado com os valores culturais e os princípios fundamentais que norteiam a sociedade.

Mas o que acontece à relação Direito-Cultura quando se opõem?

A verdade é que, apesar de constitucionalmente protegida, a Lei oferece alguns *senões* às práticas culturais – no caso da MGF o maior revés, pois proíbe-a terminantemente. Coloca-se a questão da viabilidade desta relação que, em alguns casos parece não existir.

Mas se é verdade que o Direito muito surgiu das culturas contemporâneas, é igualmente verdade que ignorá-las acarreta uma ingratidão estrondosa, o que pode conduzir a um sistema injusto⁷¹, daí que se abordem eventuais soluções.

6.1. Justiça Restaurativa – uma hipótese virada para o indivíduo

Em termos penais, o Sistema Penal Clássico é o sistema vigente. Prima pela condenação face à violação dos direitos da vítima – apenas – o que significa que em relação a esta existe uma distância que o Direito não parece conseguir colmatar. A Justiça Restaurativa desempenha

⁷¹ *Without an adequate consideration of the implications that arise as a result of the increasing diversity of the United States population, and the changing needs of our society, the justice system may prove to be “injust” – KIM (1997), cit. p. 138, situação contemporânea de Portugal.*

um papel, quem sabe complementar⁷², à desenvoltura do modelo atual para lidar com o crime – tem em conta o agente e a vítima⁷³.

Se o foco passa pelo autor do crime e pela sua punição o conceito de Justiça Restaurativa vem colmatar esta falha lembrando que existe um lesado. Concede à vítima a possibilidade de intervir, ativamente, no processo o que não oferece apenas benefícios a si, mas a todo o litígio e, quem sabe, ao próprio agente do crime^{74 75}. Poder-se-ia ir além da privação da liberdade, alcançando um método tão ou mais impactante que fosse além do receio de ser punido – entender o porquê da punição. A consequência da punição alcança uma dimensão que não se concentra em elementos dissuasores, mas educa e, assim, previne o mal, nomeadamente, a reincidência. FIGUEIREDO DIAS, nomeadamente, sobressai quando reclama a importância deste tipo de propósito nas atuais finalidades criminais⁷⁶.

Óbvio será que a Justiça Restaurativa se revela pouco mais do que um fracasso dado o descrédito que se lhe abraça. É pouco requisitada e até desconsiderada por alguns instrumentos normativos que quando não a sugerem, também a impedem⁷⁷. Ademais, quem se opõe a este tipo de intervenção baseia-se na fraca estruturação que o sistema restaurativo ainda oferece, e na discrepância que pode existir face a dois modelos de justiça distintos⁷⁸. É por isso de salientar que este conceito não está unanimemente definido ou sequer é aceite.

Esta discussão conduz ao art. 40.º, CP, pois a eficácia da prevenção geral acaba por impedir a aplicação universal destas técnicas. É relativamente simples entender que a prevenção especial pode ser alcançada por métodos como a mediação, mas para a comunidade (que traduz a prevenção geral) esta solução pode ficar aquém daquilo que aquela deseja e a que obriga.

Este tipo de vantagens prioriza, e pode alcançar, a prevenção especial⁷⁹, mas deixa a prevenção geral numa posição não tão desejável, *à mercê* de cada um dos indivíduos que

⁷² *Vd.* SANTOS (2014).

⁷³ Este subcapítulo beneficiou da participação numa Conferência, concretamente na apresentação da Doutora Joana Rodrigues no âmbito do IV Seminário Internacional, Justiça Restaurativa nos países e regiões de língua portuguesa (26, 28 e 30 outubro e 3 e 5 de novembro, 2020).

⁷⁴ NASCIMENTO (2021), *vd.* pp. 55 e 56.

⁷⁵ SANTOS (2014), pp. 304 e 305.

⁷⁶ DIAS (2019), pp. 67 e ss.

⁷⁷ Não se quer com isto dizer que há lugar à Justiça Restaurativa sempre e perante qualquer litígio, mas persegue-se um ideal de supletividade desta ao Sistema Penal Clássico se lhe for dado mérito.

⁷⁸ PALERMO, p.e., como bem refere em Santos (2014), p. 24.

⁷⁹ Aqui se destaca a prevenção especial positivamente, mais direcionada para o agente no sentido da sua reeducação – não se desconsiderando o efeito dissuasor que também se pretende que a consequência jurídico-penal desempenhe.

constituem a comunidade e determinam a paz social. É estruturalmente desequilibrado atender às necessidades do agente sem considerar a comunidade onde este, futuramente, se reintegrará.

Descurando a opinião a respeito destas perspectivas restaurativas, aquilo que se destaca tem que ver com a abordagem que pode, e deve, ser feita a alguns casos que comportem determinadas características. Estes instrumentos estão à disposição como uma forma de escape à lógica punitiva que tanto caracteriza o DP e que parece não surtir sempre o efeito desejado. É por isso, uma opção, uma abordagem além-jurídica, que pode contornar a tenacidade do Direito sem com isso o desautorizar.

Hipótese disso mesmo é a mediação sociocultural.

6.2. A mediação sociocultural

Esta mediação traduz uma abordagem dinâmica e inclusiva que visa promover a participação ativa e o desenvolvimento comunitário. Fundamentada em princípios de igualdade, diversidade e diálogo, atua como ponte entre grupos sociais, culturais e geracionais diferentes, fortalecendo laços de pertencimento e solidariedade dentro das comunidades e destas à comunidade em geral.

Os mediadores desempenham um papel fundamental na facilitação de espaços de encontro e aprendizagem, onde as pessoas podem acabar por partilhar experiências, conhecimentos e habilidades. Há uma variedade de contextos, incluindo escolas, centros comunitários, museus e projetos sociais, mas a peculiaridade é que a mediação sociocultural tem a capacidade de adaptar as suas intervenções de acordo com as necessidades e características específicas do público-alvo. Assim, permite-se um empoderamento individual e coletivo, capacitando as pessoas a serem agentes ativos de mudança nas comunidades que são tão suas. Ao valorizar a diversidade cultural, há um respeito pelas culturas e uma educação que até então podia ser desconhecida e que pode impactar mais do que a *mera* pena de prisão, p.e. Desempenha, por isso, um papel vital na construção de sociedades mais justas, democráticas e solidárias, onde todos têm a oportunidade de participar ativamente na construção do seu próprio futuro.

Intervenções de ONG's, instituições de saúde, entre outros, podem integrar mediadores socioculturais nas suas estratégias de prevenção da MGF/C. Esses acabam por trabalhar

diretamente com as comunidades afetadas pela prática, facilitando diálogos estes que se querem *obrigatoriamente interculturais*.

Mas as benesses deste mediador vão além da prevenção, porquanto podem intervir ao lado de sobreviventes, fornecendo assistência emocional e/ou encaminhando para serviços de saúde e apoio jurídicos. Desta forma, há ainda uma preocupação pós-fanado, o que contribui para a reintegração dessas meninas e mulheres na comunidade em geral e, particularmente, nas suas comunidades.

Apesar de não haver muitos indícios da implementação da mediação sociocultural na abordagem da MGF/C em Portugal há que admitir que os seus princípios se coadunam com as intenções, nomeadamente, da Convenção de Istambul – pretender uma sociedade bem informada e livre de preconceitos de género.

A Lei n.º 105/2001, de 31 de agosto vem estabelecer o estatuto legal do mediador sociocultural e logo o seu art. 1.º aborda a temática do diálogo intercultural e o conceito de coesão social. Se essencialmente, ao redor da MGF/C existe uma neblina de incompreensão também o art. 2.º vem reforçar a pertinência de um mediador deste cariz. O maior problema está na ignorância da justificação por detrás do fanado, ou tão só na desconsideração do crime pelas comunidades que são praticantes, o que facilmente seria desmistificado por uma conversa educacional, tanto de uma parte como da outra.

O que se procura é eliminar o estereótipo antagónico cultura *versus* cultura – “Cada cultura vê-se confrontada com outras formas de viver, que são expressões de outras tantas culturas que reclamam o seu espaço”⁸⁰ – promovendo antes uma possível compatibilidade intercultural. Oferece-se uma alternativa à brutalidade da disputa e do litígio tornando-se mais humana, porquanto envolve diretamente os indivíduos lesados e lesantes, estimulando a sua participação. Ora, se às próprias partes é possível intervir ativamente abre-se espaço para um diálogo informado, que promoverá uma prevenção especial efetivamente eficaz que não se funde somente na fuga à pena, e que pode continuar a constituir Direito Penal.

Dessarte, parece ser perspicaz a utilização desta ferramenta para combater a epidemia de casos de MGF/C que ainda se faz sentir numa nação que se pauta pela abolição desta prática. A título de exemplo, o DL n.º 41/2023, de 2 de junho, a respeito da relação entre a Administração Pública e os estrangeiros que com ela entram em contacto convida, entre as suas normas, à

⁸⁰ OLIVEIRA e FREIRE (2009), *cit.* p. 13.

mediação intercultural/sociocultural com vista ao adequado acolhimento e eficaz funcionamento desta entidade. Expressões como “diálogo intercultural e inter-religioso” estão entre o texto da norma corroborando o espírito de inclusão. Nota-se, por isso, que a temática da diversidade cultural é transversal a toda a política de uma comunidade, a todos os seus ramos, sem exceção e se neste âmbito se recorre à mediação sociocultural parece existir a hipótese de o DP também a considerar entre os seus atritos quando combate áreas criminais onde a cultura, máxime, está em conflito.

Lidar com práticas como o fanado de forma imparcial e distante cria um fosso entre as comunidades minando a credibilidade do Direito. Se o DP intervém em *ultima ratio*, esforços no sentido de uma atuação mais branda e pessoal virada diretamente para as comunidades praticantes parece uma (boa) opção. Ao que parece a intenção dessas intervenções esgotou-se.

7. Da legislação à aplicação prática

A tarefa de legislar é facilitada quando vê as pessoas – criar uma norma sem o contacto com o agente e com os demais envolvidos não acarreta metade do cuidado do que criá-la para o papel. Talvez por isso aplicar a lei seja mais difícil, já que a sentença é lida pessoalmente. Do *criar* ao *aplicar* há uma significativa pessoalização inegável que, por vezes, pode suscitar dúvidas ao aplicador. Repete-se, mais do que tratar de Justiça, o Direito lida com pessoas e, por isso, traz-se à colação um acórdão datado de 14 de julho de 2021⁸¹ para uma melhor exemplificação daquilo que vem sendo discutido⁸².

É indiscutível que ao art. 144.º-A, CP subjazem razões culturais e não se procura também discutir sobre a existência e/ou validade do consentimento, porquanto ele não releva caso seja contrário aos bons costumes portugueses – tal como dispõe o art. 38.º/1, *in fine*, CP. Questiona-se, no entanto, como aferir estes bons costumes naqueles casos em que as práticas estão associadas aos costumes da comunidade onde se pratica.

A MGF/C constitui um tipo legal de crime que tem na sua origem razões culturais e, por isso nas comunidades onde ainda se pratica é vista como socialmente adequada e culturalmente imposta – cultura esta que é juridicamente censurada, em parte porque dizemo-lo “desnudados

⁸¹ Ac. TRL de 14 julho, 2021.

⁸² DELGADO (2022) também oferece as suas considerações sobre o acórdão, iniciando os seus trabalhos com ele – *vd.* pp. 162 e ss.

de quaisquer convicções religiosas, ideológicas”⁸³. Uma vez mais não se questiona a ilicitude da prática, mas, de acordo com os efeitos e finalidades do Direito Penal plasmados no art. 40.º, CP, é relevante se o agente do crime se conforma ou não com a ilicitude e com o juízo de censura do mesmo, quanto mais não seja por uma questão de reincidência.

O Acórdão em causa traduz o recurso de uma pena de prisão efetiva de 3 anos com que a recorrente foi sentenciada e com a qual não vem concordar trazendo, entre outros factos, a questão da sua idade jovem (19 anos), da sua cultura (nascida e criada na Guiné-Bissau), e sendo ela mesma vítima e sobrevivente do ritual do fanado, bem como as suas familiares meninas e mulheres. A fundamentação do recurso baseia-se sobretudo nas finalidades do Direito Penal, com ênfase nas necessidades de prevenção geral, mais do que nas de prevenção especial, especialmente no contexto cultural em que a arguida foi educada e formada⁸⁴.

A bem ver, há uma circunstância de especial vulnerabilidade a que o DP não pode deixar de entender – desde logo em quanto respeita à história da mãe, uma vítima do fanado criada no seio da religião muçulmana, com as suas irmãs (também elas sobreviventes). Este limbo entre permissão e proibição existe, porquanto a arguida, sabendo que a MGF/C é criminalizada em Portugal, viajou para a Guiné para proceder à mesma.

Sem muitas delongas que se encontram minuciosamente descritas no Douo acórdão, há uma série de manifestações⁸⁵ por parte de elementos da comunidade portuguesa – nomeadamente Sónia Duarte Lopes⁸⁶, exímia nesta matéria – que se destacam pela crítica à desproporcionalidade da pena efetiva que está prevista para este tipo legal de crime em casos com circunstâncias deste tipo. Não se pode ignorar que sendo a arguida uma mãe de 19 anos, ela própria sobrevivente, não está preparada para resistir à tradição familiar e às normas sociais que regem a sua comunidade de origem⁸⁷. Comunidade esta sob a qual foi criada e até submetida à MGF/C. É manifestamente impensável que os Tribunais optem por desconsiderar o contexto que mulheres nestas situações enfrentam diariamente, em destaque a sensação de pertença a uma comunidade onde se desenvolveram e à qual devem certos comportamentos

⁸³ MONTE (2016), *cit.* p. 11.

⁸⁴ Em CHIU (2006), pp. 1323 e ss. alerta para o que será esta “cultural defense”, definindo esta como aquelas situações em que o réu advoga com base na sua personalidade cultural.

⁸⁵ Ac. TRL de 14 julho, 2021, *vide* pp. 3 e ss.

⁸⁶ Membro da Direção da “End FGM EU”

⁸⁷ “Se tomarmos como exemplo a realização da MGF no país de origem, onde se vive num contexto culturalmente intenso, onde a pressão social ainda impõe a MGF e a mulher vive sob o ascendente masculino, que hipóteses tem a mãe de optar por um comportamento diferente?”. PEREIRA (2016), *cit.* p. 177.

culturalmente impostos por aquela⁸⁸. Daí que os próprios apologistas desta abordagem mais social se tenham manifestado em casos específicos como este, defendendo outro tipo de soluções que creem ser mais eficazes.

Instrumentos alternativos à típica intervenção penal traduzem-se na capacitação de profissionais capazes de informar as comunidades para as consequências nefastas dos seus comportamentos. Os testemunhos refletem uma urgência em trabalhar de perto com estas aquelas e de criar condições lhes permitam resistir às normas sociais que lhes são impostas. *In casu*, o que desencadeou o propósito da viagem por parte da mãe foi apenas e tão só consequência da pressão coletiva da comunidade. Não há qualquer intenção, nem indício, que sugerisse que levava uma vida desviada dos ditames sociais e legais portugueses, bem pelo contrário e sabe-se que mantinha ligação com a família residente na Guiné-Bissau com o objetivo de manter o vínculo afetivo.

Note-se que o caso não é tão linear como a lei quer fazer parecer e aparenta servir de incentivo ao abandono desta prática. Porém, não pode o Direito querer ser eficaz atendendo a uma finalidade geral, diga-se assim, se não considerar o caso concreto, algo que parece ter acontecido, visto que houve uma aplicação pura da norma objetivamente considerada – naturalmente não se pode dizer que a aplicação é errada, mas pode-se questionar a proporcionalidade quanto ao caso e às circunstâncias em concreto. Apelar a uma leitura sócio cultural é apelar a uma maior inclusão, a uma reeducação que não passa pelo encarceramento solitário da recorrente que não atinge a razão de ser da condenação.

E destas diferentes perspetivas culturais quanto legais reconhece-se que há um desentendimento entre culturas que é difícil colmatar: cada um é pela sua.

Destarte, os próprios comentadores deste caso manifestaram-se num sentido bastante próximo ao da mediação sócio cultural, já que além de considerarem a pena de prisão efetiva desproporcional também a tiveram como ineficaz – tanto casualmente, como no sentido da prevenção geral. Há um reconhecimento cabal sobre a ignorância dos agentes ao ponto de não entender e não se conformar com a ilicitude do facto e, como tal, com a censura do facto, por isso, nunca as finalidades da intervenção penal estariam cumpridas.

⁸⁸ Quase que se poderia falar num tipo de coação, pois que no caso a exclusão social poderia, a nosso ver, constituir um mal importante com o qual a agente se sentisse ameaçada. Tal parece ser o caso quando a jovem não tem métodos de reação que a permitam impor-se a uma cultura milenar.

Daí que o acórdão coloque em causa a pena que, *ab initio*, foi aplicada à ora recorrente – desde logo, exprimindo-se pela desproporcionalidade da mesma.

Note-se até que em alguns países se considera que estes agentes (a jovem mãe, *in casu*) agem sob determinados estados e sugerem situações de *erro de compreensão culturalmente condicionado*⁸⁹. Outra hipótese traduz aqueles casos em que a conduta do(s) agente(s) seria necessária para evitar marginalização social, expulsão da própria comunidade e, por isso, desculpava o sacrifício da vítima – *estado de necessidade desculpante*. Como já foi aqui referido, também há quem sugira a possibilidade de atenuação especial da pena, prevista no art. 72.º, CP, e que permite a atenuação quando haja motivos notórios que pudessem “diminuir a ilicitude, a culpa do agente ou a necessidade da pena”⁹⁰.

Desta forma, há lugar a uma ponderação atenta que respeite as circunstâncias do caso, v.g. outro género de intervenção penal que extravase a típica pena de prisão. Poderia haver lugar a uma defesa parcial ou, quem sabe, a uma atenuação da pena⁹¹?

8. A Convenção de Istambul – problema da prevenção especial

A Convenção de Istambul, só por si, é um grito de guerra à situação que hoje se vive em Portugal – a desigualdade entre homens e mulheres e a violência, de qualquer tipo, contra as mulheres. Acarreta, por isso, uma série de normas, que se adequa terminantemente ao tema aqui discutido: MGF/C, cujo espírito Portugal também adotou com a adesão à Convenção. Tem-se ainda que aquela prática em particular é tida como um *crime culturalmente condicionado* porquanto o comportamento do agente se deve, em parte pelo menos, ao contexto cultural em que a sua personalidade se desenvolveu⁹². E se assim é como aferir a culpa do agente que além de não ver outro modo de agir não tem o comportamento como errado?

A jovem mãe do acórdão supracitado é o exemplo perfeito para demonstrar que o seu discernimento (e, por conseguinte, os seus comportamentos) foi toldado pelo ambiente em que cresceu, pelas crenças e motivos culturais sob que foi educada e, por isso, essas influências⁹³

⁸⁹ Tese que não é pacífica, porquanto alevanta incertezas que poderiam minar o campo do Direito Penal. V.g. MONTE (2014).

⁹⁰ Sobre esta hipótese de atenuação especial da pena, DIAS (2006), pp. 39 e 40.

⁹¹ Atualmente, a disposição do art. 72.º, CP, não contempla expressamente circunstâncias como aquelas que aqui se creem que pudessem justificar uma atenuação.

⁹² V.g. PEREIRA (2016), pp. 176 e 177.

⁹³ *Idem*, p. 176, a autora utiliza a expressão “perturbações invencíveis” para demarcar a impossibilidade de o agente agir de outro modo (o modo que a nós nos é exigido cultural e legalmente).

podem perturbar e impedir “o apelo normativo e a capacidade de o agente se autodeterminar ou motivar de acordo com a norma jurídica, ou no respeito pelos bens jurídicos em causa”⁹⁴. Pode então alevantar-se a questão de saber até que ponto este agente terá culpa. Se não poderia ter agido de outra forma, não parece haver lugar a censurabilidade da ação, e sem esta não haverá culpa, o que, por conseguinte, elimina a pena, porque a pena não pode exceder a medida da culpa (à luz do n.º 2 do art. 40.º, do CP) e como não existe culpa, não poderá também existir pena. Uma conceção deste tipo⁹⁵ afastaria a culpa e a punibilidade da conduta neste e em tantos outros casos, servindo como válvula de escape a uma possível condenação – seria desculpa para uma panóplia de crimes e isentaria muitos que, talvez de má fé, se viessem a servir dela como defesa, bastando ao arguido dizer que não poderia ter agido de modo diferente⁹⁶ – este é o discurso que se entende da Convenção de Istambul, bem como de outros autores que cegamente a sustentam. Discurso esse, diga-se, errado, porquanto o comportamento que se diz culturalmente motivado/diferente é também ele minuciosamente estruturado, não implica que se possa partir diretamente para atos violentos⁹⁷.

No entanto não parece, nem é este, o espírito da lei quanto a este tema. Aliás, é precisamente essa a discussão, há uma total desconsideração por estes elementos exógenos e endógenos que moldam a personalidade do agente e, consecutivamente, os seus comportamentos, no caso, criminosos. Em Portugal, e como traduz o suprarreferido acórdão o contexto cultural foi primeiramente ignorado, quanto mais não seja porque a própria letra da lei não permite que essa circunstância seja tida em conta, desde logo pelo Código Penal português, no art. 144.º-A, fruto do espírito da Convenção de Istambul. Ademais, o próprio art. 42.º da Convenção exclui explicitamente a cultura como causa de justificação do ato criminoso, o que parece não deixar lugar a uma possível desculpação baseada na religião, cultura, que se traduzisse numa atenuação da pena.

Retomando o ponto da mediação, há que admitir que a “intensidade cultural é tanto maior quanto mais nos afastarmos das cidades e nos deslocamos para o interior rural, onde a comunicação e informação chegam com muita dificuldade”⁹⁸ e, por isso, carece de um conhecimento alguém que vive num ambiente mais letrado já possui desde cedo.

⁹⁴ PEREIRA (2016), cit. p. 176. A autora refere-se a essas crenças como as perturbações endógenas, e caracteriza como exógenas a pressão social da comunidade e a necessidade de pertença e aceitação dentro do próprio grupo.

⁹⁵ Atente-se que já por si é uma prova difícil de demonstrar o que acarretaria sérios problemas ao nível da apreciação da prova – vide art. 127.º, CPP.

⁹⁶ *Vd.* CHIU (2006), pp. 1373, *in fine*, e 1374.

⁹⁷ Em BROECK (2001), p. 17, chama-se a atenção para esse preconceito infundado.

⁹⁸ PEREIRA (2016), cit. p. 177.

Parece difícil chegar à frente e afirmar com toda a certeza que estas circunstâncias em que uma jovem é criada – no seio de uma comunidade que exige certos comportamentos para se manter incluída – não determinam o seu grau de culpabilidade, pois esta é uma culpa que se revela fruto do contexto cultural em que ocorre, já que “estando em causa experiências acumuladas, a cultura transmite-se por via de um processo de socialização que se inicia com o nascimento, e que continua durante toda a vivência do indivíduo, quer esta ocorra no seio da comunidade original, ou fora dela”⁹⁹.

O caso em análise suscita uma dúvida que importa destacar: é que a jovem mãe afirmava viver sob os princípios e sob o espírito da lei portuguesa, pelo que não lhe eram alheias as regras comportamentais que Portugal determina. Aliás, para que o ritual do fanado se pudesse realizar havia a perceção de que não podia ser realizado neste território porquanto constituiria crime – qual se determinava pelo tempo que a arguida já tinha neste País¹⁰⁰, como a sua apreensão dos valores que aqui vigoram. Nesse caso, já seria passível de admitir um juízo de censura quando a imigrante, estando a par da divergência de culturas, e da própria criminalização (amplamente falada e discutida em vários seios), opta por violar a lei. Ainda assim parece duvidosa esta censura se se partir do entendimento que a agente não tem como resistir ao que lhe é culturalmente imposto, como se a esse comportamento fosse coagida.

8.1. “Era crime? Desculpa, enganei-me”

Segundo o art. 17.º, CP, o erro sobre a ilicitude não censurável exclui a culpa, deixando, aparentemente, a tarefa de aferir sobre censurabilidade ou não deste erro. FIGUEIREDO DIAS¹⁰¹ já se debruçou afincadamente sobre o assunto¹⁰², referindo especialmente que esta desculpa se traduz numa *facticidade que está fora do âmbito de atuação do ser-livre, que antes o limita e não pode por isso ser, enquanto tal, imputada ao agente como culpa*¹⁰³ e deixando à disposição algumas considerações sobre este critério da não censurabilidade e quais os seus limites.

⁹⁹ PEREIRA (2016), *cit.* p. 201.

¹⁰⁰ Entenda-se, Portugal.

¹⁰¹ Em DIAS (2019), pp. 624 e ss e pp. 733 e ss.

¹⁰² Também TAIPA DE CARVALHO se afirmou. *O erro sobre a ilicitude será censurável, ou não, consoante ele próprio seja, ou não, revelador e concretizador de uma personalidade (de uma atitude ético-pessoal jurídica) indiferente perante o dever-ser jurídico penal* – CARVALHO (2008), pp. 485 e 486.

¹⁰³ *Idem, cit.* p. 735.

Para este autor¹⁰⁴ é necessário que a questão da ilicitude se revele *discutível e controvertida*. Assim, considerar-se-ia, estar em causa um *ponto de vista de valor juridicamente reconhecido*, capaz de moldar a consciência por detrás do comportamento ilícito, o que revela a *atitude geral de fidelidade a exigências do direito*. Por fim, é necessário que o propósito do agente tenha sido o de *corresponder a um ponto de vista de valor juridicamente relevante*.

Em contexto de sociedades multiculturais, esta norma apresenta especial relevância – sabe-se que não há lugar à negligência, pois que o agente quer a realização do facto e, como tal a conduta será sempre dolosa. Repare-se que o art. 144.º-A também não prevê que a conduta seja negligente, o que corrobora o vem ser dito, mas levanta a hipótese de haver um erro sobre a ilicitude que, não censurável, afastaria a culpa do agente e, conseqüentemente a necessidade da intervenção penal. No entanto, este tipo de erro sobre a ilicitude não parece ter cabimento quando tanto no país de origem, como no de acolhimento a prática é criminalizada, pelo que será diabólica a prova sobre o desconhecimento da ilicitude¹⁰⁵.

Parece, no entanto, um pouco imprópria a desconsideração do meio envolvente quando este tem impacto direto no comportamento do agente – e quando se diz direto queira-se entender *devido, obrigatório*, já que agir de outro modo iria contra um ideal de cultura milenário. Não é um caso de discordância entre duas pessoas, mas de contradição e desafio entre uma pessoa e uma comunidade. Não fossem as circunstâncias circundantes e/ou a ignorância do agente sobre determinado assunto e suas conseqüências e talvez fosse exigido outro tipo de comportamento, quiçá, conforme os ditames legais.

Daí que se venha a discutir a possibilidade de classificar o tipo legal do art. 144.º-A, CP, como crime culturalmente condicionado – claro está que tal só será possível se se puderem admitir estes tipos de crimes. Existindo essa possibilidade abrem-se portas para uma defesa que se pudesse *apoiar*¹⁰⁶ na cultura.

O art. 17.º, CP, revelando pela não censurabilidade do desconhecimento da ilicitude poderia sim constituir uma circunstância suscetível de excluir ou atenuar a culpa nos termos do art. 72.º, CP.

¹⁰⁴ De seguida, *idem, cit.* p. 744.

¹⁰⁵ Talvez fosse possível admitir este erro sobre a ilicitude do art. 17.º, CP quando no país de origem a prática da MGF/C é admitida (ainda), mas mesmo assim seria controverso, pois ao agente seria exigido que questionasse a possibilidade da ilicitude do facto que pratica, já que por si é um comportamento relevante e invasivo.

¹⁰⁶ Quem diz apoiar não quer dizer justifica, mas oferecer hipótese na defesa das(os) arguidas(os). Não se quer excluir a responsabilidade sobre o agente, mas quem sabe, atenuá-la.

8.2. Crime culturalmente motivado

A noção de crime culturalmente motivado descreve aqueles comportamentos que estão tipificados como criminosos na legislação, mas que para determinados agentes pertencentes a certas comunidades culturalmente padronizadas não entendem os seus comportamentos como crime¹⁰⁷. Trata-se de um confronto entre condutas motivadas por padrões culturais que são tipificados como crime pela lei penal vigente¹⁰⁸ o que traduz o conflito entre Cultura e Direito (Penal).

É evidente que a MGF/C é uma prática cultural e, por isso, o tipo do art. 144.º-A, CP, é indubitavelmente um crime, qual é motivado pela cultura, que é o mesmo que dizer que se trata de um crime culturalmente condicionado – ou antes, um *costume contra legem*.

Dada a sua importância para o trabalho desenvolvido, esta temática será abordada de seguida num capítulo autónomo.

9. Cultural defense

Esta categorização abre espaço para a questão de saber motivações culturais podem servir de causa de desculpação ou atenuação aquando da defesa da(o) arguida(o), isto é, uma defesa apoiada no conceito de *cultural defense*, definido por FUJISHIMA (2014):

*A razão de ser deste tipo de defesa é baseada no argumento de que o comportamento de um indivíduo é influenciado fortemente pela sua cultura, que dá forma às percepções dos indivíduos e influencia as suas ações, predispondo-os a agir conforme sua educação.*¹⁰⁹

Ao longo da tese nunca foi opinião que a tipificação do art. 144.º-A, CP, não fazia, no seu todo, sentido – não parecem existir motivos que permitam uma exclusão da culpa – há, porém, a crítica sobre a concreta redação do tipo legal, quando não permite que se atendam a circunstâncias como as do meio envolvente, no caso, culturais e até sociais, porquanto a inclusão na comunidade depende da concreta vivência sob os parâmetros da cultura que a rege.

¹⁰⁷ Entendem-se aqui circunscritas as noções de crime culturalmente condicionado, motivado pela cultura.

¹⁰⁸ Dedicadamente a este respeito, DIAS (2018).

¹⁰⁹ FUJISHIMA (2014), *cit.* p. 126.

Parece, por isso, que a invocação das *cultural defenses* pudesse vir a assumir relevância numa fase de determinação concreta da pena, para uma eventual atenuação da mesma.

Ora uma solução deste cariz não retira a seriedade que o tipo legal oferece, porquanto afasta a possibilidade de exculpação do agente que, de qualquer modo, continua a preencher o tipo legal e a carecer da ação da intervenção penal; por outro lado, num âmbito de prevenção especial há lugar a uma preocupação que não se subsume ao carácter dissuasor. Note-se que se a MGF/C surge da vontade humana e da forma como o Homem a representa, então é esta representação que se pretende moldar – não se olvide nunca que esta é uma vontade interna.

Claro está que esta possibilidade não se quer aberta a discricionariedade, porquanto funcionaria como válvula de escape a quem se quisesse isentar da culpa. Haveria de ser minuciosamente estudada e redigida para que não houvesse lugar a diferenças de interpretação – ou, pelo menos, se reduzisse essa eventualidade.

No fundo, a *cultural defense* poderia permitir a impunidade do facto típico, ou teria impacto ao nível da graduação da culpa do agente e, conseqüentemente, na determinação da medida da pena que lhe caberia. Trata-se de uma estratégia legal que usa a cultura do arguido como defesa, para negar ou mitigar a sua responsabilidade criminal¹¹⁰.

Note-se que esta é a opinião que no trabalho prevalece, uma vez que jamais se colocou em causa a importância do tipo legal, nomeadamente a sua autonomização, tão-só se abre a possibilidade de o tipo constatar uma *lacuna insensível*¹¹¹ no que concerne ao agente que não vê coagido ao comportamento criminoso. Daí que, como alerta AUGUSTO SILVA DIAS, haja uma necessidade de aferir casuisticamente, se este argumento da defesa cultural faz sentido, tendo de se averiguar “se o agente, a vítima, ou só aquele, são membros de um determinado grupo étnico, se esse grupo possui a tradição ou prática que o agente alega ter concretamente seguido e se o agente foi efetivamente influenciado por essa prática ou tradição quando atuou”^{112 113} – pode até haver situações em que o caso concreto exija, de facto, uma censurabilidade acrescida e onde não haja lugar sequer a uma atenuação da culpa do agente.

Uma chamada de atenção (que se corrobora) por parte deste último autor que adverte para a inaptidão do comum dos juízes de aferir sobre estes supracitados aspetos. À partida, e

¹¹⁰ KIM (1997), pp. 102 e 103.

¹¹¹ Expressão pessoal para caracterizar o sentido intransigente e, quem sabe, cruel desta desconsideração pela formação deste homem médio típico das comunidades adeptas da MGF/C.

¹¹² DIAS, AUGUSTO (2014), *cit.* p. 28.

¹¹³ Esta é uma tarefa difícil, daí que seja também evitada com frequência – *vd.* SAMS (1986), pp.352 e ss.

nomeadamente o juiz português, não estará por dentro da cultura que motiva o ritual do fanado e, portanto, não estará apto a realizar este juízo de prognose, pois desconhece (e dificilmente entende) as razões por detrás do comportamento do agente. Daí que AUGUSTO DIAS sugira a intervenção de um perito para aferir sobre a credibilidade da vivência e dos impulsos da(o) arguida(o)¹¹⁴.

Da mesma forma que se referiu que as práticas culturais surgem fruto da vontade humana, talvez a solução passe pela alteração dessa mesma vontade.

10. Há lugar para uma solução diferente?

É relativamente simples ponderar um cenário deste tipo, não fosse a própria Convenção de Istambul quebrá-lo em algumas das suas disposições. Imediatamente no art. 12.º determina que “a cultura, os crimes, a religião (...)” não podem servir de justificação para os atos criminosos abrangidos pela Convenção (v.g. MGF/C – art. 38.º, CI refletido no art. 144.º-A, CP) e, no seu art. 42.º, reitera que aquelas são justificações inaceitáveis – não deixando qualquer margem para a hipótese equacionada nos últimos capítulos.

Parece, e é o que se tem entendido, que o quadro cultural que rodeia o agente do crime em nada pode influenciar a concreta intervenção penal, pelo menos beneficentemente. As conjeturas sobre uma eventual atenuação da pena, ou desculpação são rapidamente descartadas – o próprio agente não merece uma análise casuística e esta desconsideração do contexto de formação da personalidade do agente será, no mínimo, criticável. Mesmo a disposição do art. 71.º, CP elucida sobre a impertinência do contexto cultural, pois que não atende a este como ao contexto, por exemplo, socioeconómico. Mas se as hipóteses sugeridas estão em consonância com necessidades de ressocialização do agente, e se a dimensão monetária do agente entra em jogo, por que não poderá também considerar-se a tradição que ao sujeito subjaz?

Desta feita, a intolerância de razões culturais ao nível do art 144.º-A, CP¹¹⁵ colide com a proteção constitucional do Direito à Cultura do art. 78.º, CRP.

¹¹⁴ Óbvio será que o juízo efetuado pelo perito estará também viciado pela sua experiência mundana e pelo seu conhecimento específico a respeito desta cultura, no entanto, é um risco viável, pois será sempre alguém mais informado do que o comum juiz que preside ao caso. Ademais, nos termos do art. 163.º, CPP, o juiz deverá considerar o juízo do perito ou, caso assim não seja, deverá fundamentar a sua divergência.

¹¹⁵ Qual reflete o espírito da Convenção que, por sua vez, despreza móbeis fundados em costumes tradicionais. Ou seja, com o aditamento do tipo ao CP também este diploma partilhará das restantes normas que a este tema concernem, nomeadamente, ao afastamento de defesas culturais.

Também a Lei n.º 21/2007, de 2 de junho vai na mesma senda. Não permite que haja lugar à mediação penal nos casos em que o tipo legal de crime preveja uma pena de prisão superior a 5 anos¹¹⁶ - e, uma vez que o art 144.º-A, CP, prevê uma pena de prisão que pode ir dos 2 aos 10 anos, então automaticamente está excluído do âmbito deste diploma, não podendo a resolução do caso servir-se deste método de resolução de litígio.

Um outro caminho talvez consiga inviabilizar o que até aqui foi dito. Segundo o n.º 1 do art. 48.º da Convenção “As Partes deverão adotar medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para proibir os processos alternativos de resolução de conflito *obrigatórios*, incluindo a mediação (...)”. Ora, nunca o art. 144.º-A, do CP, sugeriu a obrigatoriedade da mediação penal, até porque não a menciona, de todo, na sua disposição e, deste modo, não parece impossível a possibilidade da mesma. E se, por sua vez, a Convenção de Istambul afasta a obrigatoriedade da mediação, o mesmo não acontece com a sua possibilidade no que respeita ao fórum criminal quando, por exemplo, a pena não vai surtir o efeito que se deseja. Isto significa que, abrindo-se a hipótese à vítima de enveredar por um meio alternativo como o da mediação penal, desde que este não seja obrigatório e ela assim o queira, encontram-se cumpridas as exigências da Convenção de Istambul, ou antes, não existe qualquer incumprimento das suas disposições.

Esta opção pela mediação penal reflete a essência da Justiça Restaurativa – uma justiça que olha mais àquilo que poderá satisfazer a vítima e que será mais benéfico para o perpetrador do crime.

¹¹⁶ Tal como dispõe o art. 2.º, n.º 3, al. a), da Lei da Mediação Penal. Exclui outros tipos legais, mas esta é aquela que para o caso interessa.

11. Crítica

Ora, à parte desta hipótese, num cenário ideal, a Cultura é protegida pelo Direito na medida em que podem coexistir sem cedências de nenhum lado. Já no cenário atual, parece que a balança tende para o segundo lado, oferecendo-se primazia à Lei. O problema surge exatamente deste confronto que opõe duas forças marcadamente intensas e vincadamente reguladoras de uma determinada comunidade.

E, em boa verdade, se ao indivíduo está assegurado o seu Direito à Cultura, então quando este é suprimido há uma clara violação daquelas que seriam as suas legítimas expectativas, porquanto além de ser um direito que a ele lhe cabe, é um direito categorizado como constitucionalmente protegido. Consequentemente, o indivíduo abraça um descrédito pelo Direito que o faz duvidar de tudo o que terá, à partida, como garantido, mas que jamais arriscará (pelo menos que se tome conhecimento), porquanto é aparente.

Repare-se que, quando Portugal define que a prática da MGF/C é ilegal, uma vez que esta é marcadamente típica da Guiné-Bissau está a proferir um juízo de desvalor sobre uma cultura que não profetiza ou sequer conhece o suficiente. Aliás, o homem médio de cada comunidade é distinto, pois que, não partilha, nem é capaz de partilhar, dessas crenças. Assim, pode-se cair no erro de insinuar que há uma hierarquização de culturas, onde o Homem (e um juiz) penderá pela sua, daí que muitos autores se oponham a *justificações culturais*.

Alerte-se, contudo, para o facto de o reconhecimento de determinados direitos impactar determinadas tradições culturais, não porque objeto às suas crenças, mas porque aquelas pecam ao subsumir-se a certas práticas que se consideram violadoras e injustificadas, e por isso violadores de direitos fundamentais. Ou seja, não se vai contra a cultura, mas sim contra certos comportamentos que, por mero acaso, podem enquadrar-se em determinados seios culturais e, nesse sentido, vai-se contra essa comunidade. A batalha está automaticamente perdida para quem se baseia na Cultura e automaticamente ganha para quem estiver do lado do Direito. Em jeito nu e cru, não há sorte para quem está do lado “errado”.

Casuisticamente falando, por mais que motivações culturais tenham estado na base da conduta do agente, não há disposições normativas que permitam que aquelas sejam tidas em conta e, como tal, são categorizadas da mesma forma aqueles agentes que agiram de má fé, daqueles que não censuram sequer os seus comportamentos e, talvez, não tivessem outra opção de comportamento.

Não se pode deixar de mostrar desagrado por esta atitude da própria Lei¹¹⁷ – que, sendo criada para o Homem, conota um total desprezo pelas marcas absolutamente humanas que o caracterizam, como os sentimentos, emoções, sentimento de pertença e crenças pessoais.

Retomando o acórdão que serviu de exemplo, parece desadequado que não se distingam as situações conforme a *intensidade* da culpa, diga-se assim, ou antes conforme as intenções que predeterminaram o comportamento.

O que temos então em Portugal? O Direito Penal pode até considerar o elemento cultura na avaliação de um caso, mas não pode permitir, ou sensibilizar-se a que esta seja usada como defesa, parcial ou de absolvição direta. Então, este contexto cultural terá uma abrangência que se subsume a uma eventual compreensão do comportamento do acusado, ajudando a interpretar as suas ações e servindo de suporte exemplificativo das circunstâncias em que o agente cometeu o crime – porém, esta pertinência basta-se na aquisição destas situações, pois que não impactará tampouco a responsabilidade penal que ao agente couber.

Posto isto, situações há em que o agente não configura a conduta como criminosa porque desconhece a criminalização da prática¹¹⁸, pratica-a sem qualquer desvalor sobre esse comportamento, e/ou não observa sequer alternativa àquele comportamento que crê ser obrigatório. Este é o panorama geral, aliado ao facto de a disposição do art. 144.º-A não fazer qualquer referência a motivações culturais ou, tampouco, a inconsciências do ilícito.

Uma eventual solução talvez pudesse passar pelo art 17.º, CP, qual já se aferiu não parece ser solução mais indicada, ao passo que nem sequer se lhe oferece muita aplicabilidade, porquanto *in casu* os países objeto de estudo criminalizam ambos a prática da MGF/C. Além do mais, coloca o problema de aferir da censurabilidade desse desconhecimento¹¹⁹ - Arbitrariamente? Geraria, de imediato, uma série de interpretações consoante o juiz que estivesse a presidir ao caso.

Talvez se pudesse equacionar uma reconfiguração do art. 144.º-A, CP¹²⁰, que determinasse como aferir da defesa baseada na cultura e quem a essa faculdade não terá direito

¹¹⁷ Contudo, ressalve-se que esta é a posição tradicional no que concerne às “cultural defenses”. Não pode haver justificações baseadas na ignorância da Lei/criminalização, tampouco em razões culturais forasteiras (ou não) – v.g. SHEYBANI (1987), pp. 780 – 782 e SAMS (1986), pp.339 e 340.

¹¹⁸ Que constitui uma defesa difícil de prova, ou até, impossível.

¹¹⁹ Deixa-se, no entanto, claro que autores de renome como FIGUEIREDO DIAS e TAIPA DE CARVALHO sugeriram critérios para aferir desta censurabilidade, como consta do capítulo 9.1.

¹²⁰ A redação do art. 144.º-A CP já é alvo de crítica noutros trabalhos pela visão universal quanto às modalidades da MGF/C. Estas discriminadamente consideradas no artigo são indistintamente observadas, porquanto todas se situam nos mesmos limites abstratos da pena de prisão definida. Em DELGADO (2022), p. 279, o autor chama a

– aliás, nem se fala de uma consciência cultural ao executar o comportamento, mas antes de uma ativa provocação culturalmente provocada¹²¹. Certo é que essa análise tem de ser realizada casuisticamente¹²², porque se o for de forma arbitrária, além de perder o caráter excepcional torna justificável qualquer conduta do perpetrador desculpável por qualquer motivo que se mostre *suis generis*. Daí que factos como o comportamento ser criminalizado tanto no país de acolhimento como no de origem, ou saber há quanto tempo reside no país de acolhimento, aferir da concreta vivência sob os ditames culturais que o agente diz que rege a sua comunidade sejam alguns dos temas essenciais de que o juiz deve ter conhecimento¹²³ afim de aplicar a lei respeitando todos os princípios legais – constitucionais, penais, nacionais e internacionais.

atenção para a incoerência do nosso tipo legal, ao resumir os tipos de MGF/C numa só sanção penal, revelando uma despreocupação pela graduação da pena conforme os casos. Sabendo que o objetivo não é exatamente este, não é demais saber que há outros aspetos da nossa ordem jurídica que chamam a atenção, pela negativa.

¹²¹ *V.g.* BROECK (2001), p. 21

¹²² *Idem*, *vd* pp. 21- 26.

¹²³ Tal como sugerem FERREIRA (2017), pp. 36 e 37, BROECK (2001), p. 17 e FUJISHIMA (2014), p. 128. E, como bem recorda FUJISHIMA, o juiz não está obrigado a aceitar a cultural defense, mas não pode ignorar os contornos culturais que assistem ao caso – p. 129.

Apreciação final

Pelo facto de a própria Convenção de Istambul recusar qualquer justificação baseada em motivos culturais é perentória a sua posição relativamente à influência que esta poderia, eventualmente, ter. Como tal, parece poder-se concluir por uma evidente discordância entre aquela e a CRP – pois que ao passo que uma determina a tutela pelas motivações culturais, a outra já condena um caso onde estas sejam tidas em consideração, o que aliás, acaba por desacreditar o próprio vigor da Constituição, abrindo precedente para que outros direitos fundamentais sejam preteridos independentemente da sua suposta salvaguarda.

Apesar deste apontamento nada indica, porém, que tenha havido uma intenção maliciosa de contornar um direito que se diz fundamental. Contudo, não pode o Direito acomodar-se perante uma discrepância deste cariz, que descredibiliza *todas* as normas que o compõem. Crê-se haver um defeito quando a própria Lei “dá” um direito num diploma e o “retira” noutro, lacuna essa que carece de ser tratada. Talvez se possa falar num descuido –eliminar a Cultura como possível meio de defesa seria mais simples do que legislar no sentido de a incluir, pois que teria a norma que dispor sobre qual o impacto desta e qual a sua possível valorização. Ninguém disse que criar Lei era fácil, mas ainda que inocentemente, é um desleixo infeliz.

Posto que tal, admite-se que a hipótese de uma defesa parcial com conseqüente atenuação da pena é de considerar desde que esta não seja arbitrária o que, necessariamente, obriga a uma redação *perfeita* de como esta análise casuística deve ser realizada, motivo pelo qual o legislador possa ter preferido eliminar hipóteses de *cultural defense*, porquanto a mais pequena lacuna seria capaz de conduzir a casos que seriam, desde logo, indefensáveis, mas onde os perpetradores pudessem tentar servir-se¹²⁴.

Nem por isso se acredita que esta seja a solução mais adequada.

Um Direito que é para as Pessoas e não as considera; um Direito que para evitar um mal perpetua outro; um Direito que se contradiz, é um Direito preguiçoso. É um Direito em que não se confia. É um Direito que vira Não-Direito. É um Direito que, com certeza, desmorrará.

Talvez seja de equacionar uma Justiça de olho aberto, atenta às peculiaridades da nação que serve, isenta de parcialidade, mas nem por isso totalmente desumana.

¹²⁴ Seria, nomeadamente, o caso da violência doméstica, qual se crê não ser justificável. Uma abrangência descabida conduziria a uma purga de casos extremos à qual a Justiça não conseguiria dar conta. Não pode o aditamento apresentar qualquer sinal de ambigüidade, caso contrário, abre-se um precedente perigoso.

Esta é a posição que aqui se vem defender. Uma comunidade que evoluiu desde os primórdios da Lei de Talião e que desde aí se mantém intolerante ao desconhecido, ignorante sobre aquilo que não defende e passiva quanto à injustiça é uma comunidade sem ambição, ou antes, regrada por um Direito desmotivado.

O facto de este Direito se poder subverter numa defesa baseada em argumentos culturais é apenas *uma* reflexão daquele, pois que o direito à cultura encontra aplicação em muitos outros âmbitos. Constata-se, porém, que a *cultural defense*, alicerçada num direito a uma defesa, obriga o Estado a reconhecer um Direito à Cultura e só com uma formalização adequada este fica garantido.

Havendo um Direito à Cultura constitucionalmente consagrado, ele tem de valer em qualquer dimensão e não apenas naquelas situações que ao Direito aprouver. Cabe abrir o olho à Justiça e averiguar o que deve ser pesado na balança.

Um Direito sem empatia está aquém das necessidades que hoje se lhe impõem.

Bibliografia

I. Suporte bibliográfico

ALVES, RAQUEL VAREDA DOS SANTOS (2022), *Mutilação Genital Feminina nos cuidados de saúde primários: conhecimentos, perceções e experiências dos médicos e enfermeiros do ACES Lisboa Norte*, Dissertação de Mestrado, Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, novembro.

BELEZA, TERESA/ PEDRO CAEIRO/ FREDERICO PINTO (Org.s), *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2014.

BROECK, JEROEN VAN (2001), “Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9/1, pp. 1-32.

CARVALHO, AMÉRICO TAIPA (2008), *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.^a edição.

CHIU, ELAINE M. (2006), *Culture as Justification, Not Excuse*, St. John’s Law Scholarship Repository.

CUNHA, MANUELA IVONE, “Género, cultura e justiça: A propósito dos cortes genitais femininos”, *Análise Social*, 209, XLVIII (4.º), pp. 834-856.

CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA (coord.), *Combate à Violência de Género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Universidade Católica Editora, Porto, 2016.

DELGADO, VLADIMIR CHAVES (2022), *A criminalização da “Mutilação Genital Feminina”:* *etnicidade, cultura e gênero no tratamento jurídico-penal das práticas de modificação genital in AdC*, Vol. 16, pp. 161- 303.

DIAS, AUGUSTO SILVA (2006), *Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana*, 21 de março.

DIAS, AUGUSTO SILVA (2018), *Crimes culturalmente motivados: o direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas*, Coimbra, Almedina.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO (2019), *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Gestlegal, Coimbra, outubro, 3.^a edição.

FARIA, MARIA PAULA RIBEIRO DE (2016), “A Convenção de Istambul e a Mutilação Genital Feminina” in CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA (coord.), *Combate à Violência de Género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Universidade Católica Editora, Porto, 2016.

FERREIRA ELISABETE/ CATARINA SANTOS BOTELHO/ LUÍS HELENO TERRINHA (Eds.), *Law and Interculturalism*, Porto, Universidade Católica Editora, junho, 2018, pp. 29-37.

FERREIRA, MARIA ELISABETE (2017), “Criminalization of domestic violence and interculturalism” in FERREIRA ELISABETE/ CATARINA SANTOS BOTELHO/ LUÍS HELENO TERRINHA (Eds.), *Law and Interculturalism*, Porto, Universidade Católica Editora, junho 2018, pp. 29-37.

FUJISHIMA, SAYURI ARAGÃO (2014), «A exceção cultural (“cultural defense”) como escusa criminal: argumentos a favor e contra a sua formalização», *Revista Onis Ciência*, Braga, Vol. II, Ano II, n.º 7 – Tomo I, pp. 123- 131.

GRUPO DE JURISTAS AI PORTUGAL (2008), *Mutilação Genital Feminina, A questão da tipificação penal*, Lisboa, abril de 2008.

JERÓNIMO, PATRÍCIA (coord.), *Igualdade de Género: Velhos e Novos Desafios*, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (CIIDH), Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019.

KIM, NANCY S. (1997), “The cultural defense and the problem of cultural preemption: A framework for analysis”, *New Mexico Law Review*, Vol. 27, pp. 100- 139.

LEITÃO, HELENA MARTINS (2013), “A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal Português: da necessidade de alteração do seu regime legal”, *Revista do Ministério Público* 136, pp. 99- 121.

MONTE, MÁRIO FERREIRA (2016), “Mutilação Genital, Perseguição (*Stalking*) e Casamento Forçado: Novos tempos, novos crimes”, *Revista Julgar*, n.º 28.

NASCIMENTO, GUSTAVO MIGUEL BRANDÃO DO (2021), *Justiça Restaurativa: Parte da solução ou parte do problema? Net-Widening e Mediação Penal*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra.

O PÚBLICO (2002), *O holocausto silencioso das mulheres a quem continuam a extrair o clitóris*, por Sofia Branco, 4 de agosto. Disponível para consulta em: [O holocausto](#)

[silencioso das mulheres a quem continuam a extrair o clítoris | Portugal, 2002 | PÚBLICO \(publico.pt\)](#). Data de consulta: 18 abril, 2024.

OLIVEIRA, ANA e ISABEL FREIRE (2009), “Sobre...a mediação Sócio-Cultural”, *Cadernos de apoio à formação:3*, Lisboa, Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas.

OMS, *Female genital mutilation*, 5 de fevereiro de 2024. Disponível para consulta em: [Female genital mutilation \(who.int\)](#). Data de consulta: 18 abril, 2024.

PADILHA, ELISÂNGELA e CARLA BERTONCINI (2016), “A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional”, *Revista de Direito Brasileira*, Vol. 13, n.º 6, pp. 95-110.

PEREIRA, ANA PAULA FEITAL DE JESUS PEREIRA (2016), *Os crimes culturalmente condicionados e a sua punibilidade: o crime de mutilação genital feminina*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa.

PIORRO, ALEXANDRA SANTOS (2019), *O Crime de Mutilação Genital Feminina: Considerações sobre a sua Autonomização no Código Penal*, Dissertação de Mestrado, Universidade Nova de Lisboa, junho.

SAMS, JULIA P. (1986), “The availability of the Cultural Defense as an excuse for criminal behavior”, *Georgia Journal of International & Comparative Law* Vol. 16, pp. 335- 354

SANTOS, CLÁUDIA CRUZ (2014), *A justiça restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra, Coimbra Editora.

SANTOS, HELENA ANDREIA MARTINHO DOS (2016), *A Mutilação Genital Feminina em Portugal e a sua Proteção Jurídica – O debate político e a criminalização da prática*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, Braga, abril.

SANTOS, MARGARIDA (2019), *Implicações da Convenção de Istambul para o ordenamento jurídico-penal português: algumas reflexões a propósito dos novos tipos legais de crime de mutilação genital feminina, casamento forçado e perseguição* in JERÓNIMO, PATRÍCIA (coord.), *Igualdade de Género: Velhos e Novos Desafios*, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (CIIDH), Escola de Direito da Universidade do Minho.

SHEYBANI, MALEK-MITHRA (1987), “Cultural Defense: One person’s culture is another’s crime”, *Loylona of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 9, pp. 751- 783.

SNS, *Mutilação Genital Feminina*, 6 de fevereiro de 2023. Disponível para consulta em: [Mutilação Genital Feminina – SNS](#). Data de consulta: 18 abril, 2024.

WHO, *Female genital mutilation, Evidence brief*, de 11 de novembro de 2019. Disponível para consulta em: [Female genital mutilation: Evidence brief \(who.int\)](#). Data de consulta: 18 abril, 2024.

II. Recursos audiovisuais

RTP (2017) *Episódio n.º 10 – Príncipes do Nada*, Emissão da RTP de 27 de março, 2017. Disponível em: [Episódio n.º10 - Príncipes do Nada - Documentários - RTP](#). Data de consulta: 18 abril, 2024.