



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

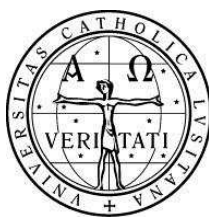
A Importância dos Fatores Culturais no Enquadramento dos Crimes de Género

Catarina Sofia Machado Tasca

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2025



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Importância dos Fatores Culturais no Enquadramento dos Crimes de Género

Catarina Sofia Machado Tasca

Orientadora: Professora Doutora Maria Paula
Ribeiro de Faria

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2025

“Cultural influences are so deep that even the behavior of the insane reflects them strongly.”

*RALPH LINTON,
Tree of Culture*

Agradecimentos

Chegar até aqui não foi um caminho solitário. Pelo contrário, cada passo dado foi sustentado pelo apoio, pelo carinho e pela força daqueles que sempre acreditaram em mim.

À minha família, o meu refúgio e a minha maior fonte de motivação, deixo uma gratidão que as palavras dificilmente conseguem traduzir. Aos meus pais, por cada gesto de amor, por cada sacrifício feito em silêncio e por nunca deixarem que eu duvidasse das minhas capacidades. Obrigado por serem o meu porto seguro e por me ensinarem, com o vosso exemplo, o verdadeiro significado da dedicação e da resiliência. Ao meu irmão, Duarte, companheiro de vida e de desafios, agradeço por cada palavra de incentivo, por cada momento de leveza e pelo apoio incondicional que me fez seguir em frente nos dias mais difíceis.

Aos meus amigos, pela presença, pelo incentivo, o meu sincero obrigada. Foram as conversas, as partilhas e os pequenos momentos de descontração que trouxeram equilíbrio a esta jornada.

À minha orientadora, Doutora Paula Faria, um agradecimento especial pela orientação incansável, pela paciência e pela confiança que sempre demonstrou em mim. O seu conhecimento e a sua dedicação foram essenciais para que este trabalho tomasse forma, e sou profundamente grata por ter tido a oportunidade de aprender consigo.

Este percurso não foi apenas académico; foi também um processo de crescimento pessoal. E, se hoje chego ao fim desta etapa com um sentimento de realização, é porque nunca caminhei sozinha. A todos os que fizeram parte desta jornada, os meus mais sinceros agradecimentos.

Resumo

A crescente diversidade cultural resultante da migração no Ocidente, coloca desafios significativos ao sistema de justiça penal, sobretudo no que concerne à ponderação dos fatores culturais na determinação da responsabilidade criminal. A defesa cultural, enquanto argumento jurídico, distingue-se consoante a sua utilização como fundamento autónomo ou como elemento integrador das defesas tradicionais. No presente estudo, optamos por centrar a nossa análise na segunda hipótese, explorando de que modo a cultura pode ser um fator relevante na avaliação da culpabilidade. Para tal, analisamos três crimes de género, avaliando o tratamento jurisprudencial nacional e internacional quanto à admissibilidade de tais fatores na decisão judicial. Defendemos que, embora a defesa cultural possa ser considerada como uma atenuante na avaliação da culpabilidade, ela deve sempre ser limitada pela proteção dos direitos humanos, princípio universal que consubstancia o pilar de qualquer sistema de justiça penal justo e equitativo.

Palavras- Chave: Diversidade Cultural; Responsabilidade Criminal; Defesa Cultural.

Abstract

The growing cultural diversity resulting from migration in the West poses significant challenges to the criminal justice system, particularly with regard to the consideration of cultural factors in determining criminal responsibility. Cultural defense, as a legal argument, is distinguished by its use either as a freestanding defense or as an element to buttress one of the traditional defenses. In the present study, we choose to focus our analysis on the latter approach, exploring how culture can be a relevant factor in the assessment of culpability. To this end, three gender-based crimes are discussed evaluating both national and international jurisprudential treatment concerning the admissibility of such factors in judicial decision-making. We argue that, while cultural defense may be considered as a mitigating factor in the assessment of culpability, it must always be constrained by the protection of human rights, a universal principle that must serve as the cornerstone of any fair and equitable criminal justice system.

Keywords: Cultural Diversity; Criminal Responsibility; Cultural Defense.

Índice

Agradecimentos	5
Resumo	6
Abstract	6
Índice.....	7
Lista de Siglas e Abreviaturas.....	9
Introdução	10
1.Casos Jurisprudenciais	13
1.1.A Violência Doméstica e os Fatores Culturais na Jurisprudência	13
1.1.1.Caso 1: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de outubro de 2017 (Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1)	13
1.1.2.Caso 2: R. v. Ahluwalia (Reino Unido, 1992).....	14
1.2.MGF e os Crimes de Género: Uma Interseção Cultural.....	15
1.2.1. Abordagem Jurídica em Portugal: O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de julho de 2021 (Proc. n.º 2701/19.0T9AMD.L1-3).....	16
1.2.2. Abordagem no Quênia: Kamau v. Attorney General & 2 others; Equality Now & 9 others (Interested Parties).....	17
1.3.Casamento Forçado e Etnia Cigana em Portugal	18
2.Enquadramento Jurídico dos Crimes de Género.....	20
2.1. Definição e Tipificação Legal.....	20
2.2.Interpretação Judicial	23
2.3. Tipicidade.....	25
2.3.1. Ação Socialmente Adequada	26
2.4.Erros.....	27
2.4.1.Erro sobre a Factualidade Típica	28
3. Causas de Justificação.....	30
3.1.Direito à Cultura e os seus Limites.....	30
3.2. “Cultural Defense”	32

3.3. Crimes Culturalmente Motivados.....	34
3.3.1.Possíveis Causas de Justificação destes Crimes	35
3.3.3.1.Consentimento da Vítima	35
3.3.3.2.Legítima Defesa.....	36
4.Culpa	38
4.1.Exclusão de Culpa	38
4.1.1.Erro sobre a Ilícitude	38
4.2.Censurabilidade	41
5.Punibilidade	43
5.1.Retribuição.....	44
5.2.Prevenção.....	44
5.3.Reabilitação	45
Conclusão.....	48
Bibliografia	50

Lista de Siglas e Abreviaturas

APMJ – Associação Portuguesa de Mulheres Juristas

CC – Código Civil

CEDAW - Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CIG – Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género

CNUDC - Convenção sobre os Direitos das Crianças

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

MGF – Mutilação Genital Feminina

MP – Ministério Público

OMS – Organização Mundial da Saúde

PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Político

PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Introdução

As sociedades contemporâneas debatem, de forma incessante, os desafios impostos pela diversidade étnica, cultural e religiosa. No entanto, parece-nos que uma questão fundamental permanece, insuficientemente, explorada: até que ponto as práticas culturais devem ser consideradas na valoração jurídico-penal dos crimes de género? A violência doméstica, a mutilação genital feminina e o casamento forçado, constituem fenómenos que ilustram, de forma inequívoca, a interseção entre desigualdades estruturais e valores culturais específicos. Mas poderá o direito penal, ao sancionar estas condutas, ignorar completamente os contextos socioculturais em que se inserem?

Como bem advertia SIMONE DE BEAUVOIR, "On ne naît pas femme: on le devient"¹. A condição feminina não resulta de uma essência natural, mas de uma construção social e cultural que, em diversas sociedades, perpetua desigualdades e legitima práticas atentatórias da dignidade humana. O Direito Penal, enquanto instrumento de regulação social, orienta-se pelo princípio basilar do *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* – não há crime ou pena sem prévia previsão legal. Através da punição, este ramo do direito não só retribui as condutas ilícitas, como se propõe à reabilitação dos infratores, preparando-os para a sua reintegração social. No entanto, constatamos que, com o avanço das sociedades multiculturais, o Direito Penal enfrenta desafios significativos, ao tentar conciliar valores universais, como os direitos humanos, com o respeito pelas especificidades culturais.

Neste contexto, surgem dois questionamentos centrais. Primeiramente, interrogamo-nos sobre aquilo que deve ser criminalizado: deverão os grupos minoritários ser isentos de leis que, de outro modo, proibiriam os seus costumes tradicionais?; Em segundo lugar, devemos ponderar se os membros dessas minorias podem invocar uma “defesa cultural” como fator atenuante, com vista à diminuição da sua responsabilidade criminal?

Embora interligadas, reconhecemos que estas problemáticas apresentam naturezas distintas. A primeira remete-nos à avaliação das práticas e costumes que podem ser tolerados ou restringidos pelo ordenamento jurídico. Para AUGUSTO SILVA DIAS, o desafio do direito penal é estabelecer um equilíbrio entre a proteção dos valores essenciais da sociedade e o respeito pelas práticas culturais minoritárias². Já a segunda, por sua vez,

¹ BEAUVOIR, S. (1949). *Le Deuxième Sexe*.

² DIAS, A. S. (2015). A responsabilidade criminal do 'Outro': Os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural. *Julgar*, (25), 25-40.

orienta-nos para a questão da responsabilização individual: a imputação penal e punição espelham, de forma justa e adequada, a culpabilidade do agente face à conduta concretizada. Poderemos, então, sustentar que um indivíduo imerso numa cultura que normaliza determinada prática possui um grau de culpa idêntico ao de quem, num contexto diverso, age com plena consciência da ilicitude de tal comportamento?

A experiência internacional oferece-nos exemplos paradigmáticos sobre a complexidade deste problema. Nos Estados Unidos, a Lei da Liberdade Religiosa dos Nativos Americanos (1978) permitiu exceções à proibição do consumo de peiote – um cato com propriedades alucinogénias – em cerimónias religiosas indígenas, apesar das restrições federais sobre narcóticos, demonstrando que, em determinados contextos, o direito reconhece a necessidade de acomodação cultural³. Contudo, poderemos transpor essa lógica para crimes de género? Poderemos aceitar, por exemplo, que um membro de uma comunidade cigana invoque a sua cultura para justificar um casamento forçado? Ou que um arguido alegue desconhecimento da ilicitude da mutilação genital feminina, por ser uma prática comum no seu país de origem?

Se, por um lado, não podemos permitir que o relativismo cultural sirva de pretexto para a violação de direitos fundamentais, por outro, ignorar completamente a relevância dos fatores culturais poderá conduzir a uma aplicação mecanizada da norma penal, desprovida de sensibilidade às particularidades do agente. ALISON RENTELN sublinha que os fatores culturais não podem justificar uma violação de direitos fundamentais, mas podem influenciar a interpretação da culpabilidade e a proporcionalidade da pena⁴. Aceitar esta premissa não significa comprometer a universalidade do direito penal⁵, mas antes reconhecer que a justiça exige contextualização e equidade no juízo sobre o agente.

A presente dissertação visa analisar, de forma aprofundada e sistemática, a relevância dos fatores culturais na apreciação dos crimes de género no direito penal português. No Capítulo I, partimos da análise de diversos casos jurisprudenciais nacionais e internacionais relacionados a crimes como violência doméstica, MGF e casamento forçado, particularmente no contexto da etnia cigana. O nosso objetivo é compreender de que modo os tribunais têm lidado com a tensão entre a salvaguarda dos direitos fundamentais e a invocação de práticas culturais como uma defesa legítima.

³ RENTELN, A. D. (2004). *The cultural defense*. Oxford University Press.

⁴ RENTELN, A. D. (1993). A justification of the cultural defense as partial excuse. *Southern California Review of Law and Women's Studies*, 2, 437.

⁵ DEMIAN, M. (2008) *Fictions of Intention in the "Cultural Defense"*. *American Anthropologist*.

No Capítulo II, avançamos para o enquadramento jurídico desses crimes, interpretando de forma detalhada duas das decisões judiciais previamente mencionadas, com a intenção de entender, a fundamentação dos tribunais e a forma como esses têm ponderado a relevância dos fatores culturais na sua decisão. Para além disso, dedicámo-nos à análise da tipicidade enquanto requisito da infração penal, sublinhando que a existência de erro sobre os elementos objetivos do tipo legal podem, em determinadas circunstâncias, conduzir à exclusão da tipicidade. O Capítulo III dedica-se às causas de justificação, analisando as defesas tradicionalmente aceites no ordenamento jurídico português e explorando os diferentes mecanismos através dos quais, as questões culturais têm sido – ou poderiam vir a ser – introduzidas no processo judicial. Neste contexto, discutimos a defesa cultural enquanto conceito, ponderando as dificuldades e os desafios inerentes à sua eventual consagração como uma defesa autónoma no direito penal português.

No Capítulo IV, centramos a nossa análise na culpa e na sua relevância no direito penal, refletindo sobre a censurabilidade do comportamento do arguido à luz da sua integração sociocultural, e considerando de que forma os tribunais ponderam (ou deveriam ponderar) tais fatores na formação do juízo de culpa. Por fim, no Capítulo V, abordamos a questão da punibilidade e das finalidades da pena: retribuição, prevenção e reabilitação, discutindo a justiça restaurativa como um modelo complementar ao direito penal tradicional.

Ao longo desta dissertação, procuramos, assim, demonstrar que a interseção entre cultura e direito penal não se resolve com respostas simplistas. Se, por um lado, a universalidade dos direitos humanos deve permanecer inegociável, por outro, a justiça penal não pode ignorar o contexto sociocultural do agente. Entre a rigidez do positivismo jurídico e o risco do relativismo excessivo, o desafio reside na construção de um modelo que compatibilize a proteção das vítimas com um juízo equitativo sobre a responsabilidade individual.

1.Casos Jurisprudenciais

Para efeitos do presente capítulo, entendemos por “fatores culturais” os elementos que emergem das crenças, valores, práticas sociais e normas de conduta que caracterizam e influenciam uma comunidade ou grupo social⁶. Reconhecemos que a cultura não é um elemento alheio ao Direito Penal, mas antes um dado essencial para a formação da vontade do agente e para a adequada compreensão da sua conduta. Assim, considerando que poderão existir circunstâncias em que a atuação de um arguido possa ser parcial ou totalmente desculpabilizada pelo seu enquadramento cultural, impõe-se, em seguida, a análise de como a informação cultural tem sido integrada, no plano jurisprudencial, enquanto elemento relevante numa estratégia de defesa.

1.1.A Violência Doméstica e os Fatores Culturais na Jurisprudência

A violência doméstica constitui uma das manifestações mais expressivas dos crimes de género, transversal a diversas culturas e sociedades, refletindo dinâmicas de poder e controlo que perpetuam a desigualdade.

1.1.1.Caso 1: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de outubro de 2017 (Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1)⁷

Neste caso, o arguido, após suspeitar de adultério por parte da sua esposa, agrediu-a violentamente com uma moça, provocando-lhe ferimentos graves. A defesa, num esforço para atenuar a gravidade do ato cometido, argumentou que o adultério da vítima deveria ser considerado como uma circunstância atenuante, justificando, assim, uma pena menos severa. Por outro lado, a acusação, com firmeza, sustentou que a gravidade das agressões perpetradas pelo arguido configuravam um ato de violência doméstica, reafirmando que

⁶ PALMA, M. F., Dias, A. S., & Mendes, P. de S. (Eds.). (2013). *Emoções e crime: Filosofia, ciência, arte e direito penal* (pp. 57-80). Edições Almedina S.A.

⁷ Tribunal da Relação do Porto. (11 de outubro de 2017). Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 355/15.2GAFL.P1 (Relator: Joaquim Neto de Moura). <https://www.jusnet.pt/Content/DocumentMag.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbH1CjUAAmNTMwfTc7WyIKLizPw8WyMDQ3NDA0NDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAGfNJecIAAAWKE>, consult. em 5/jan/2025.

ainda que o comportamento da vítima fosse comprovado, isso não deveria ser usado para desvalorizar a gravidade do ato nem para justificar a conduta criminosa.

Ao analisarmos a decisão do Tribunal supramencionado, constatamos que esse, de forma surpreendente, considerou o suposto adultério da vítima como uma circunstância atenuante. Tal fundamentação gerou, sem dúvida, fortes críticas de organizações como a APMJ, que alertaram para a culpabilização implícita da vítima e o reforço de estereótipos que, em última análise, não apenas procuram justificar a violência⁸, mas também desvirtuam uma análise objetiva e isenta dos factos.

Além disso, o recurso a um "contexto de adultério" como fator atenuante reflete a persistência de narrativas de honra profundamente enraizadas em concepções patriarcais, que associam a masculinidade à capacidade de controlar e disciplinar a conduta feminina. Neste contexto, o adultério é percebido como uma afronta à honra do homem, o que, de forma implícita, acaba por justificar reações violentas. Esse raciocínio, além de prejudicar a vítima, perpetua uma visão distorcida da violência doméstica. "The decisions emphasise how the law is sex-biased and based on male understandings and experiences of the world."⁹.

1.1.2.Caso 2: R. v. Ahluwalia (Reino Unido, 1992)¹⁰

O caso de Kiranjit Ahluwalia, uma mulher de origem indiana, foi condenada pelo assassinato do seu marido, Deepak Ahluwalia, em 1989, após uma longa história de abusos físicos, psicológicos e emocionais. Numa noite, após mais um episódio de ameaças e violência, a arguida ateou fogo ao marido enquanto esse dormia, provocando a sua morte. A defesa inicial baseou-se na doutrina da "provocation defense"¹¹, que exigia uma reação imediata à provocação sofrida. Contudo, o tribunal rejeitou tal argumento,

⁸ Associação Portuguesa de Mulheres Juristas. (2018). *Relatório sobre decisões judiciais e igualdade de género*, p.45. Lisboa: APMJ.

⁹ MENTON, N. R. M. (1993). *R v Ahluwalia: The vindication of battered women*. *National Law School Journal*, 5(1), 173–176. <https://repository.nls.ac.in/cgi/viewcontent.cgi?article=1132&context=nlj>, consult. em 12/jan/2025.

¹⁰ TRUPTHI, C. (2018). *Case analysis: R v. Ahluwalia [1992] 4 All ER 889*. *International Journal of Legal Developments and Allied Issues*, 4(5), 404–406. <https://thelawbrigade.com/wp-content/uploads/2019/05/Trupthi-C.pdf>

¹¹ A doutrina procura justificar uma redução da responsabilidade criminal de homicídio simples para homicídio negligente no caso de um homicídio intencional que tenha sido uma reação a uma provocação. ROSENBERG, R. M., *Human Dignity and the Doctrine of Provocation: A New Approach* (August 20, 2020). 34 NOTRE DAME JOURNAL OF LAW, ETHICS & PUBLIC POLICY 281 (2020), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3678075>, consult. em 10/jan/2025.

considerando que a preparação dos meios para o ato – o uso de gasolina e fósforos – configurava premeditação. Destarte, a arguida foi condenada a prisão perpétua por homicídio simples.

O recurso apresentou um novo enquadramento jurídico, sustentado no conceito de "*Battered Woman Syndrome*" (Síndrome da Mulher Maltratada), argumentando que o abuso prolongado alterou a percepção de Ahluwalia sobre o perigo iminente, levando-a a agir num estado de desespero extremo. Tal interpretação possibilitou a revisão da sentença, com a condenação a ser reduzida de homicídio simples para homicídio negligente, reconhecendo-se, ainda que, parcialmente, a sua vulnerabilidade.

Este caso trouxe à tona o papel das normas culturais e da imigração no reforço das relações abusivas. Na tradição indiana, onde os papéis de género são rigidamente definidos e a sacralidade do casamento é profundamente valorizada, a autonomia de Kiranjit, era fortemente limitada. Tal limitação foi agravada pela sua dependência económica e isolamento social a que estava submetida. A vulnerabilidade da arguida foi intensificada pelas ameaças de Deepak, que usava o medo da deportação e da separação dos seus filhos como instrumento de coerção, perpetuando uma relação abusiva sustentada não apenas na violência física, mas também no controlo psicológico.

1.2.MGF e os Crimes de Género: Uma Interseção Cultural

Tradicionalmente, a MGF é realizada num ambiente cerimonial, no qual uma jovem é submetida ao procedimento, juntamente, com outras meninas, frequentemente irmãs e parentes femininas¹². Esse procedimento consiste na alteração ou lesão dos órgãos genitais femininos por motivos que não envolvem razões médicas, podendo incluir desde a remoção parcial ou total dos órgãos genitais externos, como o clítoris, os lábios vaginais até mesmo a costura da vagina¹³. Trata-se de um ato de violência extrema, que reflete a tentativa de controlo sobre o corpo feminino que, infelizmente, afeta mais de 200 milhões de mulheres e meninas globalmente, principalmente na África, no Sul da Ásia e no

¹² GUNNING, I. R. (1992). *Arrogant perception, world-travelling, and multicultural feminism: The case of female genital surgeries*. Columbia Human Rights Law Review, 23(2), 189-219.

¹³ DIAS, A. S. (2006). *Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n.º 2, Coimbra, p. 8.

Oriente Médio, e tem atraído crescente atenção do direito penal e das instituições de proteção dos direitos humanos¹⁴.

1.2.1. Abordagem Jurídica em Portugal: O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de julho de 2021 (Proc. n.º 2701/19.0T9AMD.L1-3) ¹⁵

No presente processo, temos diante de nós, o caso de uma mãe de origem guineense, residente em Portugal, acusada de submeter a sua filha menor, de apenas dois anos, a um procedimento de MGF durante uma visita à Guiné-Bissau. O ato mencionado, classificado como tipo IV pela OMS¹⁶ foi identificado, após a criança regressar a Portugal, quando ao ser submetida a um exame médico, se confirmaram as lesões características da mutilação genital.

O Ministério Público, ao intervir, sustentou que o crime de MGF, previsto no artigo 144.º-A do CP, aplica-se mesmo quando o ato ocorre fora do território nacional, desde que envolva cidadãos ou residentes portugueses (art. 5.º do CP). A sua argumentação, a nosso ver, é clara e incisiva: independentemente de ser uma prática culturalmente enraizada, a MGF constitui uma violação grave da dignidade humana e da integridade física das vítimas, apresentando consigo consequências irreversíveis, como infeções, infertilidade, dores crónicas e traumas emocionais duradouros.

Por outro lado, a defesa, ao invocar fatores culturais, alegou que a mãe teria agido sob forte pressão comunitária e sem plena consciência da gravidade do ato, numa tentativa de garantir a aceitação social da filha na sua comunidade de origem. Contudo, na sua decisão, o tribunal rejeitou tais argumentos, enfatizando que a dignidade da pessoa humana é um valor absoluto e inalienável, que não pode ser relativizado por tradições ou costumes.

Contudo, ao refletirmos mais profundamente sobre o caso, devemos reconhecer que, embora a repressão penal seja necessária, por si só não é suficiente para erradicar práticas tão profundamente enraizadas em determinadas comunidades. A literatura especializada

¹⁴United Nations children's fund. Female genital mutilation/cutting: A global Concern. New York: UNICEF; 2016. <https://data.unicef.org/resources/female-genital-mutilationcutting-global-concern/>, consult. em 16/jan/2025.

¹⁵Tribunal da Relação de Lisboa. (2021, 14 de julho). *Acórdão de 2021-07-14* (Processo n.º 2701/19.0T9AMD.L1-3, Relator: Conceição Gonçalves). Diário da República, <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/2701-2021-190041775>, consult. em 13/jan/2025.

¹⁶World Health Organization. (n.d.). Types of female genital mutilation. World Health Organization. [https://www.who.int/teams/sexual-and-reproductive-health-and-research-\(srh\)/areas-of-work/female-genital-mutilation/types-of-female-genital-mutilation](https://www.who.int/teams/sexual-and-reproductive-health-and-research-(srh)/areas-of-work/female-genital-mutilation/types-of-female-genital-mutilation), consult. em 23/fev/2025.

como WILLIAMS-BREAULT enfatiza a importância de combinar medidas legais, intervenções educacionais e o envolvimento direto da comunidade para a erradicação de práticas culturais prejudiciais¹⁷.

1.2.2. Abordagem no Quênia: *Kamau v. Attorney General & 2 others; Equality Now & 9 others (Interested Parties)*¹⁸

No contexto queniano, a MGF persiste num rito de passagem profundamente enraizada em diversas comunidades, sendo vista como um marco essencial para a maturidade feminina. Contudo, a tensão entre tradições culturais e a proteção dos direitos humanos tornou-se cada vez mais evidente, culminando na decisão do Supremo Tribunal do Quênia a 17 de março de 2021. O caso teve origem na petição apresentada pela Dra. Tatu Kamau contra a *Prohibition of Female Genital Mutilation Act* de 2011, diploma que criminaliza a prática, independentemente da idade e do consentimento da vítima, introduzindo penas severas para os seus perpetradores.

A Dra. Kamau, médica queniana, defendeu que a proibição absoluta da MGF colidia com direitos fundamentais consagrados na Constituição do Quênia, sustentando que, quando realizada em mulheres adultas e com o seu consentimento livre e esclarecido, o Estado não deveria intervir para criminalizar tal prática. A questão central, portanto, não se limitava apenas à tradição cultural, mas também ao princípio da autonomia individual e da autodeterminação do corpo.

A argumentação revelou posições diametralmente opostas. Na visão da peticionária, a lei, ao proibir a prática de forma absoluta, estaria a violar os direitos das mulheres a decidirem sobre o próprio corpo e, que dentro de um enquadramento de consentimento informado, violava garantias de autodeterminação - artigos 19.º (direitos e liberdades individuais) e 32.º (liberdade de consciência). Além disso, comparava essa interdição com a permissão legal da circuncisão masculina, questionando a coerência da legislação sob a perspetiva da igualdade de género. Por outro lado, apelou ao direito à cultura, sublinhando

¹⁷ WILLIAMS-BREAULT, B. D. (2018, August 14). *Eradicating female genital mutilation/cutting: Human rights-based approaches of legislation, education, and community empowerment*. Health and Human Rights Journal. <https://www.hhrjournal.org/2018/08/14/eradicating-female-genital-mutilation-cutting-human-rights-based-approaches-of-legislation-education-and-community-empowerment/>, consult. em 17/jan/2025.

¹⁸ *Kamau v. Attorney General & 2 others; Equality Now & 9 others (Interested Parties)*. (2021). Supremo Tribunal do Quênia, Petição Constitucional n.º 244 de 2019.

que, em determinadas comunidades, a MGF possui uma relevância ritualística profunda (artigo 44.º - direito cultural).

Em contrapartida, os requeridos - nomeadamente o Procurador-Geral do Quênia e outros órgãos reguladores da prática médica - defenderam a constitucionalidade da *Prohibition of Female Genital Mutilation Act* de 2011, ao argumentarem que a prática não deveria ser protegida sob a égide da liberdade cultural, visto que as suas consequências para a saúde das mulheres são devastadoras e irreparáveis. Refletiram antes, sobre os direitos fundamentais à saúde (artigo 43.º) e à dignidade humana (artigo 28.º), ambos consagrados na sua Constituição, como pilares inalienáveis que a MGF compromete.

O argumento central do Estado assentava, pois, na ideia de que a proteção de grupos vulneráveis justifica restrições legais mesmo em contextos de consentimento individual. Ademais, recordaram a adesão do Quênia a diversos instrumentos internacionais que impõem a erradicação de práticas prejudiciais às mulheres como a CEDAW¹⁹, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e o Protocolo de Maputo, que impõem aos Estados a obrigação de eliminar práticas tradicionalmente nocivas, como a MGF, e proteger mulheres e meninas contra tais violações.

Ao decidir rejeitar os argumentos da petionária e reafirmar a constitucionalidade da lei de 2011, o Tribunal sublinhou que, embora a Constituição proteja a liberdade cultural, essa proteção não se estende a práticas que prejudiquem a dignidade humana, mesmo quando realizadas em mulheres adultas com o seu consentimento, sendo a restrição necessária e proporcional.

1.3.Casamento Forçado e Etnia Cigana em Portugal

*1.3.1. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proc. n.º 557/09.0JAPRT.C1, de 29 de setembro de 2010*²⁰

Os factos subjacentes ao acórdão remontam a abril de 2009, quando os arguidos, em comunhão de esforços, procederam ao rapto de uma menor, com o propósito de forçá-

¹⁹ United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). (2016). *General recommendation No. 31 on harmful practices*. New York: United Nations.

²⁰ Tribunal da Relação de Coimbra. (2010, 29 de setembro). *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 557/09.0JAPRT.C1*. Inclusive Courts. <https://inclusivecourts.pt/tribunal-da-relacao-de-coimbra-proc-557-09-0japrt-c1-29-09-2010/>, consult. em 20/jan/2025.

la a casar-se com um dos arguidos, em conformidade com os costumes da etnia cigana. A vítima foi submetida a um teste de virgindade invasivo e ao casamento forçado, agindo os arguidos contrariando a sua vontade explícita.

A comunidade cigana, historicamente marginalizada, encontra nas suas tradições um pilar identitário e um elemento de coesão social. O casamento, especialmente quando celebrado em idades precoces ou forçado, é visto como um mecanismo de preservação de alianças familiares e da continuidade cultural. No entanto, tal realidade não pode servir de justificação para a supressão de direitos fundamentais.

No caso em apreço, a acusação enfatizou que os atos praticados, longe de ser um simples ritual, representavam uma violação dos direitos da vítima, protegidos pelos artigos 25.º (direito à integridade pessoal) e 26.º (direito ao desenvolvimento da personalidade e à dignidade pessoal) da CRP. Destacou-se, em particular, o caráter profundamente invasivo do teste de virgindade, conduzido por uma “ajuntadeira” – mulheres mais velhas da comunidade responsáveis por verificar a integridade do hímen da menor antes do casamento.

Por seu turno, a defesa sustentou que os atos do arguido deveriam ser interpretados à luz das práticas culturais da comunidade cigana, invocando a existência de uma potencial colisão de culturas. Alegou-se que a norma penal aplicada não refletia a realidade sociocultural do arguido, que agira segundo os costumes do seu grupo, desconhecendo a ilicitude dos seus atos. Deste modo, defendeu-se a existência de erro sobre a ilicitude, na medida em que o arguido não possuía plena consciência de que a sua conduta era juridicamente censurável.

O Tribunal da Relação rejeitou tais argumentos e negou provimento ao recurso, mantendo a condenação do arguido. A decisão reforça a necessidade de um equilíbrio entre o respeito pela diversidade cultural e a aplicação intransigente dos valores constitucionais e internacionais.

2. Enquadramento Jurídico dos Crimes de Género

Neste capítulo, propomo-nos explorar as abordagens legais, relacionadas com os crimes de género. A evolução normativa nesta área, evidencia uma crescente consciencialização sobre a necessidade de proteger as vítimas e combater a impunidade. Este compromisso com a defesa dos direitos humanos reflete-se na harmonização da resposta penal com os instrumentos internacionais que visam erradicar a violência de género.

No entanto, ao refletirmos sobre a problemática, devemos reconhecer que as normas culturais dos grupos minoritários, assim como a sua "lei" costumária, muitas vezes, apresentam uma divergência substancial em relação à legislação do Estado. Essa discrepância é fundamental, pois revela a complexidade de um sistema jurídico que, ao tentar manter a coesão e ordem social, pode inadvertidamente desconsiderar as realidades culturais das comunidades que não partilham das mesmas referências normativas.

2.1. Definição e Tipificação Legal

No ordenamento jurídico português, os crimes de violência doméstica, MGF e casamento forçado encontram-se tipificados como infrações de elevada gravidade, refletindo o compromisso inabalável do Estado, na salvaguarda dos direitos fundamentais. Contudo, a mera incriminação dessas práticas não basta para assegurar uma proteção efetiva das vítimas. Importa, pois, que essas assumam igualmente uma dimensão preventiva.

A violência doméstica, infelizmente, continua a ser a expressão mais recorrente dos crimes de género. Entre nós, este crime encontra-se tipificado no artigo 152.º do CP, definindo-se como um conjunto de comportamentos abusivos, no âmbito de relações familiares, conjugais, ou pessoa particularmente indefesa, por razões de idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica. O legislador, consciente da particularidade destas situações, estabeleceu um quadro sancionatório que pode variar entre um e cinco anos de prisão, prevendo-se agravamento em função da severidade dos factos e da vulnerabilidade da vítima.

A Lei n.º 7/2000, de 27 de maio, veio reforçar este entendimento ao qualificar a violência doméstica como crime público, impedindo que a persecução penal fique

condicionada à vontade da vítima. Esta alteração legislativa não é despicienda, pois visa evitar situações em que pressões familiares ou socioculturais possam perpetuar a impunidade. No entanto, coloca-se a questão: estará o sistema de justiça preparado para acolher e proteger devidamente as vítimas? Paralelamente a Lei n.º 112/2009, reforçou as disposições de segurança e medidas de afastamento do agressor, incluindo mecanismos de vigilância eletrónica para prevenção de novos atos de violência.

Em harmonia com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado Português, cumpre salientar a ratificação da Convenção de Istambul²¹, em 2013, que qualifica a violência doméstica como uma violação dos direitos humanos, estabelecendo medidas para a prevenção, proteção das vítimas e punição dos agressores.

No que concerne à MGF, a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, autonomizou a sua criminalização através da introdução do artigo 144.º-A do CP. Esta prática, frequentemente sustentada por fatores culturais e crenças ancestrais, tem sido reconhecida internacionalmente como uma forma de tortura, desumana e degradante, violando os direitos fundamentais das mulheres e meninas²². A norma prevê penas de dois a dez anos de prisão para quem total ou parcialmente remova ou altere os órgãos genitais externos de uma pessoa do sexo feminino, sendo a tentativa igualmente punível. Tal inclusão traduziu-se, igualmente, na revisão do artigo 5.º do CP, que regula a aplicação da lei penal portuguesa a factos cometidos além-fronteiras, bem como nas disposições consagrada nos artigos 118.º, 145.º e 149.º do Código Penal. O agravamento das penas ocorre quando a vítima é menor ou quando a prática acarreta consequências graves para a sua saúde física ou psíquica.

O artigo 149.º do CP, com a adição do seu n.º 3, afirma a irrelevância do consentimento da vítima para a exclusão da ilicitude. TERESA QUINTELA DE BRITO critica este artigo, sustentando que o indivíduo não deve ser protegido contra si próprio, desde que a sua decisão seja livre e informada, devendo a sua vontade ser respeitada. Segundo a autora, a irrelevância do consentimento nega a autonomia da mulher e impõe uma visão ocidental sobre o corpo feminino, desconsiderando as realidades culturais em que tais práticas se inserem²³.

²¹ Convenção do Conselho da Europa sobre Prevenção e Combate à Violência Contra as Mulheres e à Violência Doméstica. (2011). *Convenção de Istambul*.

²² MACKINNON, C. (2006). *Are Women Human? And Other International Dialogues*. Cambridge: Harvard University Press.

²³ BRITO, T. Q. – “Mutilação genital feminina: autoria e participação, crime culturalmente motivado, questões de consentimento” in *Prof. Doutor Augusto Silva Dias in Memoriam*, Catarina Abegão Alves et al. (coord.), Volume II. Lisboa: AAFDL Editora, 2022, pp. 229 a 231.

Embora possamos compreender as preocupações desta autora, discordamos da sua visão, pois as razões subjacentes à irrelevância do consentimento são fundamentadas na irreversibilidade e gravidade das lesões provocadas pela MGF, que não podem ser tratadas como uma mera escolha individual. Trata-se de uma prática, culturalmente opressiva, que muitas vezes, é imposta às mulheres sem o seu consentimento genuíno. A legislação visa, assim, assegurar que os direitos das mulheres prevaleçam, independentemente da pressão cultural.

No plano internacional, a criminalização da MGF segue as diretrizes da Convenção de Istambul, instando os Estados a adotarem medidas concretas para a criminalização desta prática e, similarmente, da CNUDC, ratificado por Portugal em 1990, assumindo o compromisso de proteger as crianças contra todas as formas de violência física e mental.

O crime de casamento forçado, por seu turno, encontra-se previsto no artigo 154.º-B do CP, também introduzido pela Lei n.º 83/2015, sancionando quem constringa outrem a contrair casamento ou união equiparável, prevendo penas de prisão até cinco anos. Tal incriminação traduz o reconhecimento de que o casamento forçado não constitui apenas uma violação dos direitos individuais, mas também uma forma de escravização moderna, associada a abusos físicos, psicológicos e sexuais, bem como à privação da autonomia da vítima.

A CRP, no artigo 36.º, protege o direito ao livre consentimento no casamento, reafirmando que nenhuma pessoa pode ser coagida a contrair matrimónio contra a sua vontade. Em consonância com as obrigações internacionais, tanto a CEDH (artigo 12.º) como a DUDH (artigo 16.º) reconhecem a liberdade de escolha no casamento como um direito inalienável.

A evolução legislativa nacional reflete a influência do direito internacional, materializando-se nas sucessivas reformas do Código Penal, para reforçar a proteção das vítimas. Contudo, a plena eficácia destas normas depende da sua correta aplicação pelos tribunais, e da existência de políticas públicas complementares que promovam a prevenção e o apoio às vítimas. Como sublinha ORTH, a legislação penal deve ser entendida como um instrumento de transformação social, que visa não apenas punir, mas também educar e prevenir²⁴.

²⁴ ORTH, U. (2003). Punishment goals of crime victims. *Law and Human Behavior*, 27(2), 173–186.

2.2. Interpretação Judicial

A análise das infrações penais não pode ser dissociada do contexto sociocultural em que ocorrem. O Direito Penal, enquanto reflexo dos valores fundamentais de uma sociedade, enfrenta o desafio de conciliar a universalidade dos direitos humanos com a diversidade de práticas culturais. As motivações e causas, implícitas ou explícitas, que conduzem um indivíduo à prática de uma infração revelam-se múltiplas e complexas. Fatores sociais e económicos podem estar em jogo, elementos culturais podem exercer uma influência determinante ou, mais frequentemente, verifica-se uma interseção entre estas diversas dimensões. Impõe-se, assim, a questão fundamental: até que ponto as ações do agente encontram respaldo na sua matriz cultural?

Do ponto de vista teórico, importa compreender a essência do conceito de infração cultural. A nosso ver, este núcleo essencial reside na relação intrínseca entre o comportamento do agente e o seu enquadramento sociocultural. Não se trata de uma mera invocação de identidade, mas sim da existência de umnexo direto e substancial entre a conduta ilícita e uma norma ou valor moral amplamente reconhecido no seio do grupo minoritário a que o agente pertence²⁵.

Neste contexto, debruçar-nos-emos sobre a análise de duas decisões judiciais emanadas da jurisprudência portuguesa, abordando, por um lado, o crime de violência doméstica e, por outro, a mutilação genital feminina. A seleção destes casos prende-se com a sua natureza paradigmática, proporcionando uma reflexão profunda acerca dos desafios inerentes à aplicação da lei penal nacional em contextos onde se cruzam fatores culturais e sociais.

A decisão do TRP, datada de 11 de outubro de 2017, relativo ao crime de violência doméstica, evidencia algumas fragilidades que merecem um comentário crítico. A forma como a vítima foi tratada ao longo do processo revela uma desvalorização da sua vulnerabilidade, com o Tribunal a focar-se no seu comportamento, atribuindo um peso indevido à sua “possível” relação extraconjugal, o que implicitamente conduziu a uma relativização da violência sofrida. Ademais, ao inserir considerações de moralidade religiosa baseadas em normas culturais ou pessoais para mitigar a culpa do agressor, o Tribunal incorre perpetuação de estereótipos de género. Tal abordagem acaba por esvaziar a função das penas e fragiliza o combate à violência de género, contrariando a evolução

²⁵ SHERMAN, S. (1985). Legal clash of cultures. *The National Law Journal*, 1(26-27).

normativa e jurisprudencial no sentido de uma repressão mais efetiva destes crimes²⁶, incluindo a Convenção de Istambul, que no artigo 12.º, n.º 5 estabelece que nenhuma cultura, tradição ou costume deve ser invocado para justificar a violência baseada no género²⁷.

Por sua vez, a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, relativa à MGF, evidencia uma abordagem mais ponderada e humanizada. Ao reformar a condenação da arguida e suspender a execução da pena de prisão, o Tribunal não se limitou a uma aplicação rígida da norma, antes reconhecendo a necessidade de um juízo de ponderação entre a proteção dos bens jurídicos em causa e os impactos sociais e familiares da sanção penal.

Ademais, a desproporcionalidade da pena inicialmente aplicada é também evidente. A privação da liberdade deve ser sempre uma medida de *ultima ratio*, especialmente quando se verificam alternativas mais adequadas à prevenção da reincidência e à reinserção social. A jurisprudência contemporânea insiste, pois, na necessidade de proporcionalidade entre a sanção, a culpa do agente e o dano causado²⁸. No presente caso, a arguida, sem antecedentes criminais e integrada socialmente, manifestava intenção de prosseguir os estudos e ingressar no mercado de trabalho. Assim, o encarceramento, longe de fomentar a reabilitação, apenas acentuaria a sua exclusão social.

Finalmente, no que respeita à incriminação da MGF, a sua tipificação penal representa um avanço na salvaguarda dos direitos das mulheres e meninas. Todavia, a sua aplicação não deve obedecer a um automatismo punitivo desprovido de uma compreensão mais ampla das dinâmicas culturais e sociais subjacentes. A doutrina penal moderna, incluindo os estudos de Clara Sottomayor, alerta para os perigos de um punitivismo excessivo que ignore a complexidade destas realidades. Portanto, a resposta do Estado deve centrar-se, antes de mais, na prevenção e na capacitação das comunidades envolvidas, promovendo a erradicação da prática sem agravar a marginalização das mulheres afetadas²⁹.

A questão da legitimidade para a invocação da defesa cultural assume particular relevância quando analisamos os dois casos em apreço. Uma das problemáticas centrais

²⁶ Público. (2017, 31 de outubro). *O que podemos aprender com o Acórdão da Relação do Porto*. Público. <https://www.publico.pt/2017/10/31/sociedade/opiniaio/o-que-podemos-aprender-com-o-acordao-da-relacao-do-porto-1790801>.

²⁷ Conselho da Europa. (2011). *Convenção sobre a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica*. <https://rm.coe.int/168046246c>, consult. em 17/jan/2025.

²⁸ BELEZA, T. P. (1990). *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa.

²⁹ SOTTOMAYOR, C. (2015). "A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género". *Ex Aequo*, 31.

reside, assim, na definição dos grupos que poderiam, de forma legítima, invocar a defesa cultural. Importa assegurar que esta prerrogativa seja reservada a grupos étnicos minoritários genuínos e não possa ser utilizada por subculturas cujo enquadramento não se distingue, de forma significativa, do restante tecido social. A razão pela qual as subculturas não deveriam ter o direito de recorrer à defesa cultural prende-se com o facto de a sua visão do mundo não divergir de forma substancial da ordem jurídica vigente, não podendo, por isso, justificar uma exclusão da ilicitude ou uma atenuação da culpa³⁰.

Importa, desde logo, destacar que, no caso da violência doméstica, não estamos perante uma prática cultural legitimada por tradições enraizadas em determinados grupos étnicos minoritários, mas antes diante de uma conduta universalmente reconhecida como criminosa, transversal a diferentes sociedades. Neste sentido, a invocação da defesa cultural carece de fundamento, uma vez que a prática da violência doméstica não decorre de um sistema de valores distintos que entre em conflito com o ordenamento jurídico português. Diversamente, a MGF, quando praticada por alguém oriundo de comunidades onde esta tradição persiste—como no caso de uma arguida nascida na Guiné-Bissau—, insere-se num quadro cultural específico, onde a prática é socialmente aceite e frequentemente incentivada. Tal enquadramento levanta a questão da aplicabilidade da defesa cultural.

Dessarte, para evitar abusos dessa defesa, seria prudente que a utilização de argumentos culturais fosse condicionada à obrigação do réu demonstrar a autenticidade da tradição em questão, ao provar que: o grupo ao qual pertence mantém um compromisso genuíno com a prática cultural em questão, e que a sua ação foi, realmente, motivada por essa tradição, influenciado, substancialmente, a sua conduta.

2.3. Tipicidade

Entre os atributos do facto punível, dois revelam-se especialmente adequados à consideração dos usos e costumes na aplicação do direito penal: a tipicidade e a culpa (assunto discutido ao longo do capítulo IV). A tipicidade, enquanto requisito essencial da infração penal, não admite que nenhuma conduta pode ser tida como criminosa sem que se revele típica. Para que, determinada ação ou omissão seja, juridicamente qualificada

³⁰ HAFFERTY, W. (1992). A deadly clash of cultures. *S.F. Focus*, 64.

como crime, deve necessariamente subsumir-se a uma das descrições legais previstas no Código Penal – princípio consagrado na máxima “*nullum crimen sine lege*”³¹.

2.3.1. Ação Socialmente Adequada

A ação socialmente adequada propicia “atender aos sentidos sociais e às valorações da comunidade relativamente à lesão dos bens jurídicos tutelados”³². Traduz-se, na exclusão do conceito de ilícito, as “as condutas que se movem funcionalmente dentro da ordenação historicamente desenvolvida da vida comunitária de um povo. Tais condutas são designadas lapidarmente como socialmente adequadas”³³. Trata-se de uma delimitação da conduta, que assenta na ideia de que nem toda a ação, aparentemente ilícita, carece de punição, sobretudo quando a própria sociedade, como um todo, a entende como natural ou necessária no contexto concreto³⁴.

Neste tema, coloca-se a problemática da comparação entre a circuncisão masculina e a MGF, sob a ótica do princípio da igualdade. Segundo o entendimento de AUGUSTO SILVA DIAS, a distinção entre essas práticas violaria o referido princípio³⁵, devendo ser, em vez disso, analisada com base na gravidade das lesões causadas. Conforme o autor, em situações de “excisão” menos intrusivas, poderia haver uma equiparação entre a MGF e a circuncisão masculina, considerando que ambas as práticas poderiam ser enquadradas no âmbito da ação socialmente adequada³⁶.

No entanto, não concordamos com esta equiparação, pois, embora o princípio da igualdade imponha um tratamento jurídico uniforme para situações semelhantes, é fundamental reconhecer que a MGF e a circuncisão masculina têm naturezas profundamente distintas, tanto nos seus efeitos físicos quanto no seu significado cultural e social. Enquanto a circuncisão masculina, na maioria dos casos, é uma intervenção cirúrgica realizada em condições médicas controladas, com riscos reduzidos e benefícios

³¹ Roxin, C. (1997). *Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos: la estructura de la teoría del delito* (L. Peña, M. Conlledo & J. Remesal, Trads.). Civitas, pp. 134 e ss.

³² FARIA, M. P. R. *A adequação social da conduta no Direito Penal*. Porto: Universidade Católica, 2005. pp. 31 e ss.

³³ WELZEL, H. (1939). *Studien zum System des Strafrechts*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 58, 491 e ss., p. 516.

³⁴ FARIA, M. P. R. (2005) *Op. cit.* pp. 816 a 817.

³⁵ DIAS, A. S. (2018). *Op. cit.* pp. 332 a 334; BRITO, T. Q. (2022). *Op. cit.* p.214. Mas discordando com esta argumentação FARIA, M. P. R. (2016). *Op. cit.* pp. 112 e 113.

³⁶ DIAS, A. S. (2018). *Op. cit.* pp. 332 e 333.

potenciais para a saúde, a MGF frequentemente configura uma mutilação realizada sem as devidas condições de segurança, acarretando danos físicos e psicológicos graves, além de comprometer a sexualidade e o bem-estar das vítimas.

Além disso, a MGF insere-se num contexto de dominação patriarcal, visando o controle da sexualidade feminina e perpetuando uma violação sistemática da dignidade humana - uma característica que a circuncisão masculina, no seu contexto mais comum, não incorpora. Portanto, uma interpretação adequada do princípio da igualdade não pode ser cega à realidade substancial das práticas em questão. Ao contrário, exige uma leitura contextualizada e ponderada, onde o princípio da dignidade humana deve ser o critério orientador. Assim, consideramos que a equiparação entre essas práticas, ao desconsiderar as diferenças substanciais que envolvem as lesões causadas e os contextos sociais, não se sustenta juridicamente.

Noutro prisma, no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2017, podemos inferir, a partir do discurso do magistrado, uma tentativa de transpor esta causa de justificação para o domínio da violência doméstica, com o intuito de mitigar a responsabilidade criminal do arguido. Ao recorrer a referências como a Bíblia, o magistrado tenta legitimar a conduta do arguido, apoiando-se numa moralidade religiosa que já não encontra respaldo no ordenamento jurídico português contemporâneo. Da mesma forma, ao citar o CP de 1886, que atenuava a pena de homicídio para o marido que matasse a mulher adúltera, procura trazer para a atualidade jurídica, uma normatividade desatualizada. Assim, o juiz constrói uma narrativa em que a agressão do arguido poderia ser interpretada como uma reação compreensível, segundo uma visão tradicional e conservadora da sociedade.

Portanto, a adequação social deve ser entendida como um conceito que reflete comportamentos alinhados com a consciência ético-social historicamente desenvolvida e amplamente aceita pela sociedade maioritária. Quando certos costumes ou práticas divergem dessa valoração comum, não podem ser considerados socialmente adequados. Nesses casos, a norma penal deve ser aplicada de forma a reavaliar a conduta à luz das leis penais³⁷.

2.4. Erros

³⁷ FARIA, M. P. R. (2005) *Op. Cit.* p. 818.

O artigo 13.º do Código Penal estabelece um princípio basilar do Direito Penal: apenas os factos praticados com dolo são suscetíveis de punição (sem prejuízo dos crimes negligentes, legalmente previstos). O dolo, enquanto elemento subjetivo do crime, apresenta uma dupla dimensão. Por um lado, compreende um elemento intelectual, correspondente ao conhecimento dos elementos objetivos do tipo legal. Por outro, envolve um elemento volitivo, traduzido na vontade de concretizar a infração penal. No presente contexto, impõe-se uma atenção especial ao primeiro destes elementos, uma vez que o desconhecimento ou a errada perceção dos elementos objetivos do tipo legal, no momento da ação, pode configurar um erro relevante, suscetível de excluir o dolo e, conseqüentemente, afastar a punição a este título³⁸.

2.4.1. Erro sobre a Factualidade Típica

Tal erro implica que o agente desconheça ou interprete de forma errada uma circunstância necessária para que a sua conduta seja considerada ilícita, o que resulta na exclusão do dolo, conforme o disposto no artigo 16.º, n.º 1 do CP. A este respeito, é relevante o acórdão do TRC, no qual a defesa alega que a vítima expressou o desejo de casar com o arguido R., o que poderia levantar dúvidas sobre o consentimento da vítima.

Quando subsistem dúvidas razoáveis quanto à existência de um consentimento livre da mulher, impõe-se, à luz do princípio *in dubio pro reo*, a absolvição do arguido. Neste cenário, a incerteza favorece sempre o arguido, reforçando o princípio da presunção de inocência. No entanto, se se verificar que, afinal, não existiu consentimento, estaremos perante um erro sobre a factualidade típica, dado que o agente atuou sob uma perceção errónea da realidade³⁹.

Deste modo, caso o agente acredite, erradamente, que o consentimento foi prestado, estaremos perante um erro sobre a existência do consentimento, o que, nos termos do artigo 16.º, n.º 1 do CP, conduz à exclusão do dolo. Considerando que os crimes de rapto e abuso sexual de menores (artigos 161.º e 171.º do CP, respetivamente) não admitem a punição por negligência, o agente acabaria por ser absolvido. Contudo, limitar

³⁸ CARVALHO, A. T. de. (2016). *Direito penal: Parte geral* (3ª ed.). Universidade Católica Editora, pp. 326 – 337.

³⁹ DIAS, Augusto Silva (2018). *Op. cit.* p. 372.

a análise a este ponto, conduziria a um resultado profundamente injusto para as vítimas, comprometendo a efetiva proteção dos seus direitos fundamentais.

In casu, ainda que o arguido acreditasse na livre aceitação por parte da vítima, poderíamos, então, atribuir validade jurídica a essa manifestação de vontade? O ordenamento jurídico português presume que a menoridade, por si só, implica uma incapacidade de compreender plenamente as implicações de uma união imposta (art. 1601.º, al. b) do CC), sobretudo num contexto de forte influência cultural, razão pela qual o consentimento prestado se revela juridicamente irrelevante. Como assinala CONCEIÇÃO CUNHA, o ordenamento jurídico recusa-se a atribuir validade à manifestação de vontade de quem ainda não tem “capacidade para formar livremente a sua vontade”⁴⁰.

O autor AUGUSTO SILVA DIAS⁴¹ admite que “se o agente pensa que a vítima, apesar de ter 12 anos, pode consentir na prática de atos sexuais, representação fundada numa conceção acerca das relações sexuais fortemente marcada pela sua cultura de origem, jamais acederá à ilicitude do facto”.

⁴⁰ CUNHA, M. C. F. (2003). Crimes sexuais contra crianças e jovens. In M. C. Sottomayor (Coord.), *Cuidar da justiça de crianças e jovens: A função dos juizes sociais. Actas do Encontro* (pp. 189-227). Coimbra: Almedina.

⁴¹ *Ibidem*, p. 360.

3. Causas de Justificação

Para que um indivíduo possa ser validamente condenado pela prática de um crime, impõe-se a demonstração de que este realizou a conduta típica, ou *actus reus*, e que atuou com o correspondente estado anímico, ou *mens rea*. Todavia, ainda que, tais elementos se encontrem provados, subsiste a possibilidade de o agente invocar razões que afastem a sua punibilidade. No âmbito do direito penal, identificamos duas grandes categorias que permitem, um arguido eximir-se da sua responsabilidade criminal: a justificação e a desculpa. A justificação opera nos casos em que a conduta, apesar de se subsumir formalmente a um tipo legal de crime, se revela, no contexto concreto, moralmente correta e socialmente adequada, afastando, por conseguinte, o juízo de ilicitude⁴². Mas será que todas as condutas justificadas se impõem, necessariamente, como moralmente irrepreensíveis? Ou será que, em determinadas situações, a sua aceitação jurídica não implica um consenso ético?

3.1. Direito à Cultura e os seus Limites

A cultura constitui, a nosso ver, um dos pilares fundamentais na construção da identidade humana, influenciando a maneira como concebemos o mundo, atuamos e interagimos com os nossos semelhantes. Mas até que ponto esse elemento identitário pode justificar determinados comportamentos? Será a cultura um fator absoluto, imune a qualquer escrutínio jurídico e ético?

Para além de um conjunto de tradições e práticas, a cultura configura-se como um bem inestimável, permitindo que os indivíduos façam escolhas ponderadas e se realizem tanto no plano pessoal quanto no social⁴³. Por essa razão, diversas constituições e convenções internacionais têm reconhecido e protegido o direito à cultura, garantindo que cada pessoa possa expressar e vivenciar a sua identidade de modo pleno e respeitoso.

No contexto português, a CRP consagra o direito à cultura no seu artigo 73.º e seguintes, estabelecendo um quadro normativo que visa proteger e promover a diversidade cultural. Para além da Constituição, instrumentos internacionais como o PIDCP (artigo 27.º), a Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 30.º), a Declaração sobre os Direitos das

⁴² CARVALHO, A. T. de. (2016). *Op. cit.* pp. 339 a 341.

⁴³ KYMLICKA, W. (1995). *Multicultural citizenship*. Oxford University Press, p. 105.

Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (artigo 2.º, n.º 1), a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (artigo 5.º) e a Declaração de *Friburg* Sobre os Direitos Culturais (artigos 3.º e 5.º) reforçam a importância da cultura como direito humano.

No âmbito deste debate, surge a noção de direito à cultura, em sentido negativo, ancorada na premissa de que os indivíduos, no seio de comunidades minoritárias, não devem ser compelidos a seguir as normas e tradições da comunidade em que nasceram, podendo afastar-se delas sem sofrer represálias, trata-se de um direito de não participação. Neste contexto, a interpretação de WILL KYMLICKA do artigo 27.º do PIDCP reforça esta ideia, uma vez que tal disposição impõe ao Estado um dever de não interferência, ou seja, uma obrigação de se abster de atos que comprometam a existência e o exercício dessas culturas⁴⁴. No entanto, um mero direito negativo de não interferência, não encontra total correspondência no atual quadro normativo nem nas exigências sociais contemporâneas. Consideramos que, se não houvesse uma dimensão positiva do direito à cultura, que consubstancia uma obrigação dos Estados adotarem medidas concretas para proteger e promover a diversidade cultural, este ficaria esvaziado de conteúdo, reduzindo-se a uma simples proteção passiva, incapaz de garantir a sobrevivência e o desenvolvimento das minorias culturais⁴⁵.

Destarte, consideramos que a cultura se configura como uma realidade dinâmica, orientando os indivíduos na construção da sua trajetória de vida e na definição da sua identidade⁴⁶. Neste sentido, pode ser compreendida como uma expressão “(...) do direito à identidade pessoal ou, mesmo, do direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1 da CRP) pois a pertença a um povo com uma identidade cultural comum [artigo 78.º, n.º 2, alínea c)] faz parte também da individualidade de cada pessoa”⁴⁷.

No entanto, importa refletir sobre o denominado “paradoxo da vulnerabilidade multicultural”, que revela uma contradição inerente às políticas de proteção das minorias culturais. Com efeito, a promoção da tolerância e do respeito pela diversidade, muitas vezes, assenta na abstenção de intervenção estatal em determinadas práticas culturais e na adoção de medidas destinadas a preservar as tradições dessas comunidades. Contudo,

⁴⁴ KYMLICKA, W. (2007). “Multicultural Odysseys” in *Ethnopolitics*, Volume 6, No 4, November 2007, pp. 592.

⁴⁵ DIAS, A. S. (2018). *Crimes Culturalmente Motivados. O direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas*. Lisboa: Almedina, pp. 240 a 242.

⁴⁶ APPIAH, K. A. (2005). *The ethics of identity*. Princeton University Press, p. 108.

⁴⁷ MIRANDA, J. (2006). “Notas sobre a cultura, constituição e direitos culturais” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLVII, No1 e 2, p. 40.

tal abordagem pode, inadvertidamente, perpetuar desigualdades dentro dos próprios grupos que se pretende proteger, afetando, em especial os seus membros mais vulneráveis, como mulheres, crianças ou indivíduos marginalizados.

3.2. “Cultural Defense”

Os fatores culturais podem exercer uma influência significativa no processo penal, manifestando-se, nomeadamente, na culpa (enquanto juízo de culpabilidade e/ ou critério de atenuação da pena)⁴⁸. No plano teórico, coloca-se a questão fundamental de saber se a denominada "cultural defense", conceito proveniente dos ordenamentos de tradição anglo-saxónica, poderá ser reconhecida como uma defesa autónoma no âmbito da responsabilidade penal.

O fundamento desta defesa assenta na ideia de que o sistema de justiça criminal deve admitir que os indivíduos de distintas tradições culturais possuam o direito de manifestar a sua identidade, através de práticas que podem refletir valores distintos daqueles predominantes na sociedade maioritária⁴⁹. No âmbito desta defesa, poderíamos excluir ou atenuar a responsabilidade penal do autor do crime, já que este, alicerça o seu ato numa legitimidade atinente ao contexto social em que se insere⁵⁰.

A defesa cultural poderá ser introduzida no julgamento, ao descriminalizar condutas que outrora seriam consideradas criminosas, uma vez que, o motivo subjacente à conduta *in casu*, assumirá um papel relevante. No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de julho de 2021 nunca se negou que a arguida (mãe) tenha praticado a MGF na sua filha menor, nem que tivesse a intenção de o fazer. Em vez disso, procurou introduzir como prova o costume guineense associado à realização desse ato, na tentativa de demonstrar que as forças prevalentes da sua enculturação influenciaram de forma razoável a sua decisão de agir. Assim, pretendeu-se argumentar, que a mãe não agiu com a intenção de prejudicar ou causar dano à filha, mas sim dentro de uma lógica cultural de "proteção" ou "preservação" da sua identidade cultural. Este caso ilustra uma maneira de usar, evidências culturais, no processo criminal. No entanto, quando esta defesa tem

⁴⁸ RENTELN, A. D. (2000). Raising Cultural Defenses. In *Cultural Issues in Criminal Defense*. Ed. J. G. Connell and R. L. Valladares, 7.1-7.43. Yonkers, N.Y.: Juris.

⁴⁹ LAM, A. T. (1993). Culture as a defense: Preventing judicial bias against Asians and Pacific Islanders. *Asian American Pacific Islander Law Journal*, 1, 49–51.

⁵⁰ LYMAN, J. C. (1986). *Cultural defense: Viable doctrine or wishful thinking?* *Criminal Justice Journal*, 9, 87–117.

sucesso, o que não ocorre com frequência, ela não exonerará completamente o arguido, mas antes desculpá-lo-á. As desculpas são contrastadas com as justificações, e estas transmitem uma mensagem moral diferente⁵¹, ponto que será densificado no decorrer deste estudo.

Entendemos as críticas da doutrina, de que a aceitação desta defesa, acaba, inevitavelmente, por enfraquecer os princípios estruturantes da ordem jurídica, ao abrir caminho para a aplicação diferenciada do direito penal com base na origem cultural do agente. Com efeito, o respeito pelas leis de um país só se impõe de forma eficaz quando estas são aplicadas de modo uniforme, independentemente, da nacionalidade ou pertença cultural do infrator. Logo, ao permitir que determinados arguidos sejam isentos de responsabilidade penal em função dos seus valores culturais, corre-se o risco de transmitir a ideia de que a legalidade pode ser relativizada e que o sistema de justiça criminal tolera condutas que, de outro modo, seriam severamente punidas⁵².

Ainda assim, refletimos, paralelamente, que o reconhecimento das minorias culturais não configura uma isenção perante o sistema penal do Estado⁵³. Se o motivo é, de facto, relevante para a determinação da culpa, torna-se difícil sustentar que a consideração do motivo cultural deva ser excluída, especialmente quando tal exclusão pode levar o arguido a ser submetido a uma punição mais severa. A defesa cultural, em tais circunstâncias, deve ser tratada como uma desculpa parcial, sendo apreciada de forma casuística, conforme as especificidades de cada caso. A reflexão central aqui recai sobre a teoria retributiva da punição, cuja base se funda na proporcionalidade, tópico abordado no capítulo V. Assim, a punição, para ser justa, deve corresponder à gravidade do crime. Ainda e, embora, a defesa cultural, por si só, não implique uma atenuação da pena, entendemos que, seria interessante que, ao surgirem estes casos, o magistrado, ao analisar a punibilidade do agente, recorresse ao artigo 72.º, n.º 2 do CP. Este preceito, ao não ser taxativo, concede uma margem interpretativa ao juiz, permitindo-lhe considerar circunstâncias particulares que envolvem tanto a personalidade do agente como o contexto cultural no qual o ato se inseriu.

⁵¹ HOROWITZ, D. (1986). Justification and excuse in the program of the criminal law. *Law and Contemporary Problems*, 49(2), 109-127.

⁵² SAMS, J. P. (1986). *The availability of a "cultural defense" as an excuse for criminal behavior*. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 16, 335.

⁵³ WALDRON, J. (2002). One law for all? The logic of cultural accommodation. *Washington and Lee Law Review*, 59, 3-47.

Nesse enquadramento, entendemos que o desiderato de erradicar o preconceito e a intolerância não deve conduzir à negação das especificidades culturais nem à imposição de uma neutralidade artificial que ignore a diversidade inerente à condição humana. A justiça, verdadeiramente individualizada, exige que se considere o quadro cultural do agente, sob pena de se incorrer numa aplicação meramente formal da lei, alheia às circunstâncias concretas do caso.

Todavia, reconhecemos que a *cultural defense* não poderá, em circunstância alguma, operar como uma causa de exclusão total da responsabilidade penal, mas apenas como um elemento passível de influenciar a aferição da culpa e, conseqüentemente, a medida da pena. Tal limitação revela-se essencial para evitar que a invocação da cultura se transforme num argumento permissivo que legitime práticas violadoras de direitos fundamentais, em particular quando estejam em causa sujeitos vulneráveis, como mulheres e crianças.

Ademais, devemos salientar que o direito penal já se confronta, de forma recorrente, com desafios interpretativos complexos, designadamente no que respeita à aferição da inimputabilidade por anomalia psíquica ou à determinação do nexos causal. Não vislumbramos, assim, qualquer motivo que justifique a suposição de que a prova cultural seja, por natureza, mais difícil de avaliar do que outros elementos probatórios. Afigura-se-nos evidente que, sempre que a alegação cultural apresentada, se revele desprovida de fundamento, deverá ser afastada, garantindo, deste modo, que a diversidade cultural não se converta num subterfúgio para a impunidade.

Não obstante, podemos concluir que, embora as defesas culturais possam desempenhar um papel significativo quando utilizadas em conjunto com as desculpas tradicionais e as considerações relativas à pena, não deveríamos admitir uma defesa cultural autónoma e obrigatória⁵⁴.

3.3. Crimes Culturalmente Motivados

Procurámos adotar uma abordagem ilustrativa para evidenciar alguns exemplos de crimes culturais. Contudo, reconhecemos que a mera exposição de casos concretos não

⁵⁴ Augusto Silva Dias admite também a facultatividade da “cultural defense” na lógica do art. 72.º do CP. DIAS, A. S. (2018). *Op. cit.* pp. 552 e 553.

se revela suficiente para a devida compreensão do fenómeno; impõe-se, pois, uma definição rigorosa.

VAN BROECK define “*cultural offenses*” como o “um facto praticado por um indivíduo pertencente a uma cultura minoritária, o qual é considerado ilícito pelo ordenamento jurídico da cultura dominante. Não obstante, no seio do grupo cultural a que o agente pertence, essa mesma conduta pode ser tolerada, aceite como prática habitual e, em determinadas circunstâncias, até legitimada ou incentivada”⁵⁵.

3.3.1. Possíveis Causas de Justificação destes Crimes

3.3.3.1. Consentimento da Vítima

O consentimento da vítima pode funcionar como causa de justificação quando recai sobre bens jurídicos disponíveis e não ofenda os bons costumes (art. 38.º CP). Contudo, a aplicabilidade desta justificação não é irrestrita, uma vez que determinados bens jurídicos, como a vida e, em certos casos, a integridade física, são considerados indisponíveis pela ordem jurídica.

No caso *Kamau v. Attorney General & 2 others*, a petionária, Dra. Tatu Kamau, tentou utilizar o consentimento da vítima como causa de justificação para a prática da MGF. A sua argumentação baseava-se na ideia de que mulheres adultas, ao consentirem voluntariamente, deveriam ter o direito de participar em práticas culturais, como a MGF, sem que isso fosse considerado crime. Segundo essa linha de raciocínio, de forma similar AUGUSTO SILVA DIAS⁵⁶ e TERESA QUINTELO DE BRITO⁵⁷, o consentimento seria suficiente para legitimar a prática, desde que fosse dado de forma informada e consciente pela vítima, cessando a ofensa aos bons costumes. Aqui, embora o consentimento seja dado pela vítima, ele não pode legitimar um ato intrinsecamente prejudicial, que

⁵⁵ Van Broeck, J. (2001). Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9(1), 1–32.

⁵⁶ DIAS, A. S. (2018). *Op. cit.* pp. 337 e 338.

⁵⁷ BRITO, T. Q. (2022). *Op. cit.* P. 233.

cause um dano irreversível à saúde física e psicológica da mulher, pois coloca em risco bens jurídicos fundamentais como a integridade física⁵⁸.

A problemática que se coloca diante de nós é profundamente ligada à arbitrariedade da autonomia individual. Mesmo em situações em que a mulher possui a idade legal para consentir, existem contextos em que o seu consentimento não é verdadeiramente livre, mas sim condicionado por fatores externos, como a pressão da comunidade, normas culturais ou até o medo de ser marginalizada. Com efeito, à luz do que previamente sustentámos, compreendemos a salvaguarda estabelecida pelo artigo 149.º, n.º 3 do CP, pois não vislumbramos de que modo se poderia conceber o mero arbítrio de uma vontade que, admite a lesão grave ou irreversível dos próprios bens jurídicos⁵⁹.

3.3.3.2. Legítima Defesa

Emergem questões complexas ao analisarmos situações de homicídio não confrontacional perpetradas por mulheres vítimas de violência doméstica, como no caso R. v. Ahluwalia, no qual a ofendida atenta contra a vida do agressor enquanto este dorme. Nestes cenários, impõe-se uma reflexão sobre a qualificação jurídica da conduta: poder-se-á afirmar que se trata de um ato justificado ou, na melhor das hipóteses, será este meramente desculpável?

O mais fundamental dos instintos humanos é o instinto de autopreservação. O direito penal reconhece este impulso inerente à natureza humana e consagra a sua legitimidade no ordenamento jurídico através da doutrina da legítima defesa (art. 32.º CP). Regra geral, a legítima defesa apenas será juridicamente reconhecida se o agente atuar com a convicção, fundada e objetiva, de que o recurso à força se revela necessário, atual e proporcional face à agressão sofrida.

AUGUSTO SILVA DIAS advoga que, neste contexto, em conformidade com os princípios da igualdade e da culpa, as influências culturais que moldam as perceções e ações dos agentes não podem ser ignoradas. Assim, independentemente do erro sobre a existência de uma agressão poder ou não ser racionalmente explicado, verifica-se, em qualquer caso, uma “tentativa impossível de justificação”, dado que inexistente a agressão

⁵⁸ FARIA, M. P. R. – “A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina” in *Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Maria da Conceição Ferreira da Cunha (coord.), Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 110.

⁵⁹ CARVALHO, A. T. de. (2016). *Op. cit.* pp. 450 a 454.

que o agente procura repelir, faltando, portanto, um elemento essencial para a exclusão da ilicitude⁶⁰.

Dado que no caso em apreço, não se verificam os requisitos clássicos da legítima defesa (art. 32.º CP), já que a agressão não foi imediata, torna-se essencial ponderar a sua configuração jurídica, aproximando-a, porventura, de argumentos mobilizados em sede de defesa cultural.

Para que a arguida pudesse invocar uma defesa consistente nestas circunstâncias, mostrar-se-ia imprescindível uma análise aprofundada do historial de abusos, do padrão de violência exercido e do impacto psicológico sofrido. Nesta linha de raciocínio, uma abordagem frequente passa pela invocação da "síndrome da mulher agredida", conceito desenvolvido para descrever o ciclo de violência e submissão que caracteriza relações abusivas. O tribunal, ao avaliar a questão, deveria, pois, aferir, se no contexto da violência doméstica e da referida síndrome, a mulher poderia razoavelmente acreditar que a sua vida se encontrava em perigo iminente.

Sem que nos caiba formular juízos definitivos sobre casos concretos, compreendemos que, no homicídio não confrontacional não estão preenchidos os requisitos necessários para se excluir a ilicitude, já que o agressor se encontra a dormir quando ocorre a agressão, desta forma, a conduta da vítima poderá ser enquadrada ao abrigo do artigo 16.º, n.º 2 do CP (que determina que se aplique ao erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, o mesmo que se aplica ao erro sobre os elementos do tipo objetivo - a exclusão do dolo). A convicção genuína de estar em perigo, aliada ao trauma acumulado, poderá ter levado a mulher a agir sob uma perceção distorcida da realidade. No entanto, reconhecer a justificação do ato implicaria validar moralmente a conduta como necessária ou adequada, o que exige uma análise criteriosa da proporcionalidade da reação e da adequação do recurso à violência letal.

⁶⁰ DIAS, A. S. (2018). *Op. cit.* pp. 382 a 384.

4.Culpa

A culpa, no domínio do direito penal, apresenta-se como um juízo de reprovabilidade dirigido ao agente pela prática de um facto típico e ilícito, partindo do pressuposto de que lhe era exigível conduta diversa⁶¹. Distingue-se da ilicitude, que exprime a desconformidade objetiva da conduta com a ordem jurídica, enquanto a culpa se projeta sobre a esfera subjetiva do agente, aferindo a sua censurabilidade pessoal. Neste contexto, assume especial relevo o conceito de *mens rea*, entendido como o estado mental do agente no momento da prática do facto, aferindo-se a sua intenção (dolo) ou a negligência do mesmo.

4.1.Exclusão de Culpa

Nestas causas, ao contrário das justificações, a conduta do agente mantém-se ilícita, mas, em face de uma peculiaridade inerente ao próprio ou às circunstâncias em que atuou, a sua responsabilidade é afastada ou atenuada, por não se afigurar totalmente censurável do ponto de vista moral e jurídico⁶².

4.1.1.Erro sobre a Ilicitude

A defesa mais comum invocada no contexto específico de crimes contra as mulheres, com base em fatores culturais é a defesa da ignorância da lei. Tal defesa sustenta que o réu não sabia, ou não poderia razoavelmente saber, que a ação em questão era considerada uma conduta típica⁶³. Geralmente, o réu é um imigrante e, na maior parte dos casos, não domina a língua local e desconhece a legislação em vigor. Além disso, a conduta em questão é frequentemente vista como uma prática aceitável e legal no seu país de origem. Questionamos, portanto, se esse argumento poderia ser rejeitado com base em fundamentos legais?

⁶¹ WELZEL, H. (1956). *Derecho penal: Parte general* (p. 148-149). Roque Depalma.

⁶² CARVALHO, A. T. de. (2016). *Op. cit.* p. 493.

⁶³ CARVALHO, A. T. de. (2016). *Op. cit.* pp. 331 e 332.

Imaginemos um agente que, alheio à norma proibitiva, desconheça que determinada conduta é juridicamente censurável. Poder-se-ia, então, afirmar que essa ignorância seria admissível à luz do princípio da legalidade e das exigências do devido processo? Se o conhecimento da lei penal fosse uma condição indispensável para a responsabilização criminal, seria difícil, na maioria dos casos, a aplicação efetiva da legislação penal. O Estado, assim, tem a responsabilidade de promulgar as leis, mas não necessariamente internalizá-las na consciência de cada indivíduo. Esse tem sido o entendimento geral a nível internacional desde os tempos antigos⁶⁴. O direito romano estabelecia que a ignorância da lei não constituía uma justificativa para violá-la – *ignorantia juris non excusat*⁶⁵. Tal regra baseava-se na divisão histórica entre as infrações *mala in se* e *mala prohibita*.

Uma das principais dificuldades desta distinção é a diversidade cultural. Crimes de género como a MGF tem sido considerado por séculos, pela sociedade ocidental como um crime *mala in se*, não sendo necessário uma lei específica para proibi-lo, pois, o consenso cultural na sociedade ocidental já estabelece que a MGF é uma atuação criminosa. No entanto, em países que reconhecem a prática, por exemplo, como uma tradição aceita, a situação é diferente, uma vez que, enquanto não existir uma proibição específica de MGF, nestas sociedades, este ato não é considerado proibido⁶⁶.

Suponhamos que uma mãe desconhecesse a ilicitude da MGF praticada na sua filha menor. Poderíamos, então, considerar que essa ignorância seria razoável? No caso jurisprudencial de MGF, em Portugal, a arguida (RD) sustentou que não tinha pleno conhecimento da ilicitude da sua ação, acreditando estar a realizar um ritual tradicionalmente aceite na sua cultura. Argumentou que, na sua herança cultural, a prática mencionada era comum, considerada necessária para a integração social e cultural da criança, particularmente dentro do seu grupo étnico. Dessa forma, RD agiu com uma crença razoável de que estava a praticar algo aceitável, mas que, devido a uma falha de compreensão⁶⁷, não sabia que estava, efetivamente, a cometer um crime.

Esse erro poderia ser considerado "honesto" caso a arguida acreditasse sinceramente que estava a realizar um rito culturalmente legítimo, mas também deveria ser

⁶⁴ WELZEL, H. (1956). *Op. cit.* p. 118.

⁶⁵ MOMMSEN, T., & Krueger, P. (Eds.). (n.d.). *Corpus juris civilis*. DIG. 22.6.9. "Juris quidam ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere."

⁶⁶ Dias, A. S. (2008). «*Delicta in se*» e «*delicta mere prohibita*». *Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Ed. pp. 49 e ss.

⁶⁷ DIAS, A. S. (2018). *Op. cit.* p. 462.

fundamentado e provado, que tal crença encontra respaldo na sua cultura. A argumentação poderia ser apoiada por evidências culturais, como testemunhos de especialistas em práticas culturais, por exemplo.

Assim, o erro revelar-se-á inevitável sempre que, considerando as faculdades individuais e intelectuais de cada ser humano, bem como as concepções valorativas que moldam a sua percepção do mundo, o agente não disponha de meios para reconhecer a ilicitude da sua conduta. Nestes casos, não nos será legítimo exigir-lhe uma atitude interna de censura ou reprovação em relação aos bens jurídico-penais envolvidos⁶⁸.

Todavia, nas situações em que os crimes culturalmente motivados se confundem com os *delicta mala in se*, entendemos não subsistirem dúvidas significativas quanto à possibilidade de o agente, mesmo inserido num determinado contexto cultural, compreender o desvalor da sua conduta. Aqui, o erro seria censurável, pelo que RD. responderia por crime doloso (art. 17.º, n.º 2 CP), mas a pena deveria ser objeto de atenuação especial, não só com base no artigo 17.º n.º 2, parte final, mas também por força do 72.º, n.º 1 e 2, al. b), parte final, ambos do CP.

Somos conscientes, de que aqueles que se instalam numa nova ordem jurídica, cientes das divergências entre os valores e costumes da sua cultura de origem e os princípios normativos do país de acolhimento, devem assumir o dever de se informarem acerca da conformidade legal das condutas que pretendem adotar. Reconhecemos, porém, que o fator cultural poderá, em determinados contextos, revestir-se de relevância para efeitos de atenuação da culpa e da pena, sem que isso implique, contudo, a exoneração plena da responsabilidade. “O agente pode saber que o facto é proibido, pode ter sido informado disso mesmo, mas se não entender o sentido da proibição, não conseguirá alcançar o respetivo desvalor, muito menos o carácter qualificado deste, indispensável para a formulação da censura de culpa jurídico-penal.”⁶⁹

É inegável que, em determinadas circunstâncias, nomeadamente no caso de uma primeira infração, os tribunais, por vezes, reconhecem a pertinência de considerar o fator cultural na apreciação da responsabilidade penal. Nesse contexto, o recurso ao elemento cultural poderá, numa fase inicial, ser entendido como uma desculpa parcial, servindo simultaneamente como um alerta dirigido ao grupo cultural em questão. A mensagem subjacente parece clara: a ordem jurídica admite, em certas situações, que um

⁶⁸ DIAS, A. S. (2018). *Op. cit.* p. 403.

⁶⁹ DIAS, A. S. (2006) *Op. cit.* pp. 221 e 222.

desconhecimento inicial possa mitigar a censura penal, mas não tolerará a perpetuação da prática com base nessa argumentação. Com efeito, após essa decisão judicial, o agente já não poderá alegar ignorância, sob pena de se comprometer a tutela dos bens jurídicos fundamentais.

4..2.Censurabilidade

Na jurisprudência penal, o papel da censurabilidade tem sido um tema amplamente debatido. Assim, a pergunta que se coloca é: até que ponto devemos considerar o motivo subjacente ao comportamento do arguido ao avaliar a sua culpa? Não podemos, em nome da justiça, ignorar as realidades culturais ou sociais que influenciam a ação humana. A lei, enquanto ferramenta de justiça, deve ser sensível à diferença entre culpa legal e culpa moral, reconhecendo que em alguns casos o comportamento do agente, ainda que ilícito, possa ser mais compreensível se contextualizado dentro das suas crenças culturais ou sociais⁷⁰.

Dessa forma, embora o direito penal exija uma aplicação rigorosa das normas, a lei deve reconhecer o papel fundamental do motivo na análise da responsabilidade do arguido, especialmente em casos de conflito cultural, como o da prática de MGF. Quando um indivíduo age em conformidade com tradições culturais, deve-se considerar que, em certos casos, a moralidade da conduta pode não ser tão clara e inequívoca. A consideração do motivo é, portanto, um passo essencial para garantir que a justiça seja verdadeiramente neutra e que a censurabilidade penal não seja medida de forma meramente abstrata, mas também de acordo com as realidades humanas e culturais do indivíduo.

No acórdão do TRL, deparámo-nos com a questão de a mãe ter submetido a sua filha menor a uma prática da MGF, sustentada na tradição cultural e religiosa da sua comunidade. A primeira reação, naturalmente, é a de repúdio, uma vez que tal ato nos parece, à primeira vista, uma violação flagrante dos direitos humanos e da dignidade da mulher. Contudo, a introdução da "defesa cultural" exige uma reflexão mais profunda, pois implica que a culpabilidade da arguida possa ser vista de forma mitigada.

Dessa forma, a defesa cultural cumpre um papel fundamental ao permitir um foco mais nítido na culpabilidade da arguida, o que possibilita que cada réu seja julgado de acordo

⁷⁰ HALL, J. (1952). *Science and Reform in Criminal Law*, 100 U. PA. L. REV. 787, 796.

com seu próprio grau de culpa, respeitando a individualidade do caso⁷¹. Este processo contribui para uma justiça mais personalizada, que vai além dos parâmetros rígidos de uma análise puramente legalista⁷². Ao adotarmos essa abordagem, não estamos, de forma alguma, a justificar o ato em si, mas sim procurando uma análise mais justa, que leve em conta as especificidades culturais de quem comete o crime.

Nas sociedades contemporâneas, nomeadamente as ocidentais, certos valores fundamentais, como liberdade e direitos humanos, estão no cerne da convivência social. Esses valores, embora não absolutos, devem prevalecer quando em confronto com outros que possam contradizer a essência da democracia. Nos diversos acórdãos mencionados ao longo da investigação, os arguidos violaram variados direitos humanos como o direito à integridade física e à liberdade de autodeterminação. Quando uma ação dessa natureza seja adotada, a apresentação de fatores culturais torna-se irrelevante, pois é imperativo que todos nós respeitemos um código de direitos humanos que se sobrepõe a quaisquer outras normas ou deveres. Desta forma, as crenças culturais, as normas e os costumes de cada indivíduo devem ceder, de maneira incondicional, às considerações que envolvem a ética fundamental.

⁷¹ DIAS, A. S. (2015) *Op. Cit.* p. 95.

⁷² CHIN, D. C. (1994). *The cultural defense: Beyond exclusion, assimilation, and guilty liberalism.* *California Law Review*, 82(5), 1053–1113.

5. Punibilidade

A reflexão em torno da punibilidade inscreve-se, frequentemente, na mais ampla indagação sobre a razão de ser do direito penal — deverá este, em primeira linha, exercer uma função repressiva, sancionando condutas moralmente censuráveis, ou, antes, assumir um papel educativo e dissuasor, orientado para a prevenção de comportamentos socialmente lesivos?

No ordenamento jurídico português, a pena cumpre uma função que transcende a mera punição do agente. Não se limita a sancionar a ilicitude do facto, mas visa, igualmente, reafirmar os valores fundamentais do Direito e contribuir para a sua eficácia social, conforme o artigo 40.º do CP. São três os objetivos centrais: a retribuição, a prevenção (geral e especial) e a reinserção social.

A retribuição desempenha, sem dúvida, um papel essencial, assegurando que a sanção imposta reflete a gravidade objetiva do facto e o grau de culpa do agente. No entanto, essa dimensão não se basta a si própria. A censura da conduta ilícita não se traduz, necessariamente, numa lógica de castigo absoluto, mas antes numa resposta que reforça a ordem jurídica e os bens jurídicos por ela protegidos.

A prevenção, por sua vez, assume um duplo propósito. A prevenção geral dirige-se à comunidade, reforçando a confiança na aplicação do Direito e dissuadindo eventuais transgressores. Mas será suficiente o receio da punição para impedir a prática criminosa? Acreditamos que não. Daí que se imponha, igualmente, uma vertente de prevenção especial, orientada para o próprio agente. Aqui, o objetivo não é apenas evitar a reincidência, mas promover a autodeterminação dentro dos limites normativos, reconhecendo, sempre que possível, a capacidade de mudança do indivíduo⁷³.

Por fim, não poderemos ignorar a função ressocializadora da pena. A sua aplicação não deve representar uma rutura definitiva com a sociedade, mas antes criar condições para que o infrator nela se possa reintegrar. Afinal, poderemos conceber um sistema penal verdadeiramente humanista sem que a reabilitação ocupe um lugar central? Entendemos que não. A pena, quando legitimamente aplicada, deve constituir um meio de transformação, permitindo que o agente reconheça a ilicitude do seu comportamento e adira aos valores essenciais da vida em comunidade⁷⁴.

⁷³ CARVALHO, A. T. de. (2016). *Op. cit.* pp. 72 a 80.

⁷⁴ CARVALHO, A. T. de. (2016). *Op. cit.* pp. 120 a 123.

5.1. Retribuição

A defesa cultural, em determinadas situações, pode ser um meio importante para determinar a severidade da pena. Em particular, nos casos onde o arguido não tem consciência de que está a cometer um crime, uma possível acusação pela autoridade competente (MP), quando alheia aos fatores culturais envolvidos, pode ser vista como injusta para o imigrante. Este, frequentemente, não teve a oportunidade de adaptar a sua conduta à lei vigente, uma vez que as suas ações estavam moldadas por normas culturais distintas das que regem o ordenamento jurídico do Estado de acolhimento.

O Direito, enquanto ferramenta de regulação social, não pode ser dissociado de valores fundamentais que o orientam, e é com base nesta interligação que a culpa como critério da graduação da pena (artigo 71.º do CP) deve, por vezes, considerar a realidade cultural do agente. Portanto, ao ponderarmos a adequação de uma defesa cultural, estamos, essencialmente, a desafiar a lógica tradicional da retribuição, que exige uma pena proporcional à ilicitude do ato. Quando alguém comete um ato que, enquanto sociedade, declaramos como errado, punimo-lo para que ele experimente a mesma medida de dano que causou a outrem. Essa é a teoria da retribuição. Contudo, reconhecemos que a complexidade das circunstâncias humanas exige uma abordagem mais sensível, que permita uma compreensão mais ampla do contexto cultural em que o crime foi cometido.

5.2. Prevenção

Poderá a atenuação da culpa com fundamento em fatores culturais comprometer a força normativa da lei e induzir perceções de impunidade? Se, por um lado, se teme que tal reconhecimento possa enfraquecer a resposta penal e criar desigualdades na aplicação da justiça, por outro, não se deverá ignorar a possibilidade de que a consideração do contexto cultural facilite a adaptação das comunidades imigrantes às normas vigentes.

Todavia, quando estão em causa violações graves de direitos humanos, esta perspetiva perde força. A ordem jurídica não pode admitir práticas que atentem contra valores fundamentais, sob pena de enfraquecer a própria essência do sistema de justiça. A aceitação da defesa cultural nestes casos poderia ser interpretada como uma legitimação indireta da violência, comprometendo a função pedagógica da pena.

A decisão do TRL, proferida em 14 de julho de 2021, ilustra esses desafios. No que concerne à função preventiva do direito penal, sustenta-se que o tribunal não deveria limitar-se a uma perspectiva retributiva estrita, uma vez que, a prevenção geral já se encontrava assegurada pelo impacto mediático do caso, o que reforça a condenação social da MGF e dissuade futuras práticas semelhantes dentro da sua comunidade. Por outro lado, a prevenção especial exige uma abordagem que vá além do encarceramento da arguida, entende-se que, quando um crime decorre de um erro de desconhecimento, o próprio processo judicial já permite ao arguido tomar consciência da desconformidade da sua conduta.

Neste domínio, reconhecemos o mérito da consagração de uma atenuação especial conforme o regime previsto do artigo 72.º do CP, desde que, possua uma natureza facultativa. Ao fazê-lo estar-se-ia a exigir do MP uma investigação mais sensível ao contexto cultural específico do agente e do facto e imporia ao juiz integrar essa dimensão no processo de decisão⁷⁵.

5.3.Reabilitação

O sistema de justiça penal tem por desiderato garantir que a pena não se limite a uma simples resposta punitiva, mas que constitua, sim, um instrumento efetivo de transformação do caráter do réu. No entanto, ao aplicarmos esse conceito aos casos de defesa cultural, deparamo-nos com uma dificuldade significativa. Para que o arguido fosse considerado reabilitado, seria necessário perder a identidade cultural pré-existente, algo que, numa sociedade pluralista, não podemos exigir.

Assim, quando aplicado a estes casos, a reabilitação, na sua essência, adquire um novo significado, de assimilação. Contudo, será justificável obrigarmos uma pessoa a alterar a sua identidade? Terá a punição capacidade de forçar a assimilação? Cremos que apenas se exige que o indivíduo se abstenha de uma prática que o sistema maioritário considere ofensiva, nomeadamente quando afronta os direitos humanos. Além disso, sendo a cultura algo preponderante na identidade cultural de um indivíduo, tão profunda que até o comportamento dos insanos reflete fortemente essas influências⁷⁶, consideramos que pode não ser possível transformar tais valores e crenças. Todavia, invés de forçarmos a

⁷⁵ DIAS, A. S. (2018) *Op. cit.* p. 552.

⁷⁶ LARNON, R. (1957). *The tree of culture* (3rd printing), p. 39.

assimilação dos “poucos” indivíduos do grupo minoritário que acabam por ser encarcerados, poderá ser mais eficaz promovermos uma campanha educacional.

A justiça criminal tem-se pautado, tradicionalmente, por uma lógica retributiva, segundo a qual a imposição de uma sanção ao infrator é vista como a necessária expiação da culpa e a reafirmação da ordem jurídica violada. Esta conceção assenta na ideia de que quem lesa outrem deve sofrer uma consequência proporcional ao dano causado, garantindo, assim, não só a punição do infrator, mas também a proteção da vítima e a manutenção da paz social⁷⁷. No entanto, questionamo-nos: será a retribuição suficiente para restaurar o equilíbrio quebrado pelo crime?

A justiça restaurativa, ao contrário da abordagem estritamente retributiva, propõe um modelo mais humanizado e dialógico, que não se limita à punição do infrator, mas visa, igualmente, reparar a rutura provocada pelo crime, tanto para a vítima quanto para a comunidade⁷⁸. O seu primeiro objetivo é o restabelecimento do equilíbrio emocional da vítima, permitindo-lhe alcançar um sentido de encerramento e recuperar a perceção de controlo sobre a sua própria vida e segurança. Com efeito, o crime não se limita a transgredir normas jurídicas abstratas, mas afeta, de forma concreta e profunda, a dignidade e o bem-estar daqueles que o sofrem. Assim, impõe-se uma resposta que vá além da mera punição do agente, possibilitando à vítima ser ouvida e, sempre que viável, participar ativamente na reconstrução do tecido social fraturado.

Do ponto de vista do infrator, a justiça restaurativa não elimina a necessidade de responsabilização, mas propõe uma abordagem complementar ao direito penal⁷⁹. Ao invés de reduzir a punição a um mecanismo de expiação, fomenta-se o reconhecimento do erro e o compromisso com uma mudança efetiva. Idealmente, o infrator não deve permanecer estigmatizado, mas antes ter a possibilidade de se reintegrar na comunidade e de contribuir ativamente para a sua regeneração. Ainda que a reconciliação entre vítima e agressor nem sempre seja possível, importa criar condições para que este último assuma a responsabilidade pelos seus atos de forma consciente e construtiva⁸⁰.

⁷⁷ MORRIS, A. (2005). Criticando os críticos: Uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In M. T. Bastos, C. Lopes, & S. R. T. Renault (Orgs.), *Justiça restaurativa: Coletânea de artigos*, pp. 440-457). MJ e PNUD.

⁷⁸ SANTOS, C. C. (2014). *A justiça restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como?* (1ª ed., pp. 41-57). Coimbra Editora.

⁷⁹ DIAS, A. S. (2006). *Op. Cit.* pp. 102 e 103.

⁸⁰ ZEHR, H. (2012). *Justiça restaurativa* (T. Van Acker, Trad.). Palas Athen, p. 88.

Contudo, podemos questionar: será que essa visão da justiça restaurativa, ao focar-se no processo de reconciliação e regeneração, é realmente capaz de sanar as feridas causadas por crimes profundamente enraizados em contextos culturais específicos?

MÁRIO FERREIRA MONTE, ao defender a possibilidade da justiça restaurativa como uma resposta mais adequada aos crimes culturais, coloca em evidência um ponto fundamental: o processo restaurativo exige o envolvimento ativo não apenas da vítima e do agente, mas também da comunidade na resolução do conflito. Essa abordagem, ao contrário de outras mais punitivas, apela essencialmente ao senso de responsabilidade do infrator, ao reconhecimento de sua cidadania e ao fortalecimento de laços de pertencimento a uma comunidade, ao invés de reforçar sentimentos de exclusão⁸¹.

A conferência restaurativa representa uma das abordagens inovadoras e significativas para lidar com os crimes culturais, sendo exemplo do que tem sido feito na Nova Zelândia, oferecendo uma alternativa ao modelo tradicional da justiça criminal⁸². Este mecanismo de resolução de conflitos foca na reintegração dos infratores, permitindo que estes, acompanhados das suas famílias, se encontrem com as vítimas e discutam, de forma concreta, o impacto de seus comportamentos e os danos que causaram. Essa prática não se limita a uma simples penalização, mas oferece uma oportunidade para uma reflexão profunda sobre a gravidade dos atos cometidos.

⁸¹ MONTE, M. F. (2014). Multiculturalismo e tutela penal: Uma proposta de justiça restaurativa. In *Multiculturalismo e direito penal* (p. 104). Almedina.

⁸² BLAGG, H. (1997). A just measure of shame: Aboriginal youth and conferencing in Australia. *British Journal of Criminology*, 37(4), 481-501.

Conclusão

Ao longo da investigação, procurámos compreender em que medida os fatores culturais devem ser considerados no âmbito do direito penal, particularmente nos crimes de género. Confrontámo-nos, assim, com um dilema antigo e ainda não plenamente resolvido: até que ponto a herança cultural de um arguido pode ser relevante para a compreensão das circunstâncias em que determinada infração foi cometida?

Seguindo o ensinamento de Montesquieu, para quem o direito reflete o espírito de um povo⁸³, torna-se inevitável reconhecer que a realidade multicultural das sociedades contemporâneas desafia a estabilidade dos seus sistemas jurídicos. Com efeito, a crescente diversidade cultural não pode deixar de influenciar a interpretação e aplicação das normas, exigindo do direito respostas adaptadas a novos paradigmas sociais. No domínio do direito penal, tal desafio assume especial relevância, dado o aumento das invocações de defesas culturais.

A questão que se impõe não se limita à admissibilidade da prova cultural no processo penal, mas antes ao impacto que esta poderá ter na punição do arguido. A ausência de diretrizes claras sobre o tratamento destas provas conduz a uma aplicação desigual do direito, permitindo que decisões judiciais variem significativamente de caso para caso e de tribunal para tribunal. No momento presente, embora a maior parte dos tribunais ainda resista à aceitação de provas culturais relacionadas com as crenças, dos réus, há, contudo, outros que têm vindo a permitir que os réus as apresentem, com o objetivo de elucidar os motivos que estiveram na origem dos seus atos. Este movimento, ainda que gradual, revela uma crescente abertura para compreender a complexidade das motivações subjacentes aos seus comportamentos.

Durante o desenvolvimento desta dissertação, defendemos o estabelecimento da defesa cultural como uma desculpa parcial no direito penal. Este argumento desafiou a interpretação tradicionalmente restrita de *mens rea*, evidenciando a relevância do motivo na determinação da culpa, com base no princípio da proporcionalidade, visando garantir que os réus sejam punidos de acordo com a sua responsabilidade. Admitir uma defesa parcial não compromete a objetividade da lei⁸⁴, assim como nenhuma outra causa de

⁸³ MONTESQUIEU, C. L. de Secondat. (1996). *O espírito das leis* (M. de Carvalho, Trad.). Fundação Calouste Gulbenkian.

⁸⁴ HALL, J. (1952) *Op. cit.*, pp. 787-796.

exclusão da culpa o faria. Desculpar não implica, em nenhum caso, que se esteja a criar uma exceção à norma que possa ser aproveitada por outros agentes. A lei continua a ser objetiva: o que o arguido fez é errado, mas as nuances da responsabilidade exigem uma apreciação cuidadosa das circunstâncias que envolvem o indivíduo.

No entanto, impõe-se a reflexão sobre os potenciais impactos da defesa cultural nos direitos das mulheres. Em primeiro lugar, é crucial que reconheçamos, que em determinadas situações, a mulher encontra-se imersa numa construção social que a leva a aceitar, e até a legitimar práticas que atentam contra a sua própria dignidade. A intensidade do seu processo de enculturação é tal que, muitas vezes, esta interioriza a crença de que merece aquilo que lhe é imposto. Assim, longe de interpretar tais condutas como agressões, encara-as como um dever em prol do bem-estar da sua família e da preservação dos valores religiosos e culturais que a moldaram. Consequentemente, em determinados casos, é a própria mulher quem perpetua tais práticas sobre si mesma, amparada pelo respaldo da sua comunidade.

Destarte, torna-se essencial destacar que, em determinados casos, como os de Ahluwalia, as mulheres beneficiaram substancialmente do abrimento dos Tribunais à consideração das especificidades culturais nos seus processos. A existência de uma defesa cultural garantiria, assim, uma análise mais cuidadosa e justa das reivindicações culturais, promovendo um tratamento mais equitativo e sensível às nuances de cada caso.

A proposta a que chegamos precisa ser cuidadosamente limitada para evitar que violações de direitos humanos sejam legitimadas como desculpas legais para quem as comete. Os direitos humanos, que têm as suas raízes na lei natural, afirmam-nos que certos direitos são intrínsecos à nossa condição de seres humanos, simplesmente pelo facto de nascermos. Assim como as violações de direitos humanos não podem ser justificadas politicamente, também não podem encontrar justificativa no nosso sistema jurídico. Os direitos humanos representam o alicerce essencial do nosso sistema jurídico, conferindo-lhe legitimidade e assegurando que a aplicação da norma não se afaste dos princípios éticos fundamentais. Sempre que uma norma, ou mesmo uma proposta legislativa, entre em conflito com os princípios estruturantes dos direitos humanos, impõe-se uma análise crítica quanto à sua legitimidade. *Lex injusta non est lex.*

Bibliografia

APPIAH, K. A. (2005). *The ethics of identity*. Princeton University Press, p.108.

Associação Portuguesa de Mulheres Juristas. (2018). *Relatório sobre decisões judiciais e igualdade de género*. Lisboa: APMJ.

BEAUVOIR, S. (1949). *Le Deuxième Sexe*.

BELEZA, T. P. (1990). *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa.

BLAGG, H. (1997). A just measure of shame: Aboriginal youth and conferencing in Australia. *British Journal of Criminology*, 37(4), 481-501.

BRITO, T. Q. (2022). “Mutilação genital feminina: autoria e participação, crime culturalmente motivado, questões de consentimento” in *Prof. Doutor Augusto Silva Dias in Memoriam*, Catarina Abegão Alves et al. (coord.), Volume II. Lisboa: AAFDL Editora.

CARVALHO, A. T. de. (2016). *Direito penal: Parte geral* (3ª ed.). Universidade Católica Editora.

CHIN, D. C. (1994). *The cultural defense: Beyond exclusion, assimilation, and guilty liberalism*. *California Law Review*, 82(5), 1053–1113.

CUNHA, M. C. F. (2003). Crimes sexuais contra crianças e jovens. In M. C. Sottomayor (Coord.), *Cuidar da justiça de crianças e jovens: A função dos juizes sociais. Actas do Encontro* (pp. 189-227). Coimbra: Almedina.

DEMIAN, M. (2008) *Fictions of Intention in the "Cultural Defense"*. *American Anthropologist*.

DIAS, A. S. (2006). Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 16(2), abril-junho. Coimbra.

_____. (2008). «*Delicta in se*» e «*delicta mere prohibita*». *Uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Ed.

_____. (2015). A responsabilidade criminal do 'Outro': Os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural. *Julgar*, (25), 25-40.

_____. (2018). *Crimes culturalmente motivados: O direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas*. Lisboa: Almedina.

Faria, M. P. R. (2005). *A adequação social da conduta no Direito Penal*. Porto: Universidade Católica.

_____. (2016). A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina. In M. C. F. Cunha (Coord.), *Combate à violência de género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Porto: Universidade Católica Editora.

GUNNING, I. R. (1992). *Arrogant perception, world-travelling, and multicultural feminism: The case of female genital surgeries*. *Columbia Human Rights Law Review*, 23(2), 189-219.

HAFFERTY, W. (1992). A deadly clash of cultures. *S.F. Focus*, 64.

HOROWITZ, D. (1986). Justification and excuse in the program of the criminal law. *Law and Contemporary Problems*, 49(2), 109-127.

HALL, J. (1952). *Science and Reform in Criminal Law*, 100 U. PA. L. REV. 787, 796.

KYMLICKA, W. (1995). *Multicultural citizenship*. Oxford University Press, p. 105.

_____. (2007). "Multicultural Odysseys" in *Ethnopolitics*, Volume 6, No 4, November 2007, pp. 592.

LAM, A. T. (1993). Culture as a defense: Preventing judicial bias against Asians and Pacific Islanders. *Asian American Pacific Islander Law Journal*, 1, 49–51.

LARNON, R. (1957). *The tree of culture* (3rd printing), 39.

LYMAN, J. C. (1986). *Cultural defense: Viable doctrine or wishful thinking?* *Criminal Justice Journal*, 9, 87–117.

MACKINNON, C. (2006). *Are Women Human? And Other International Dialogues*. Cambridge: Harvard University Press.

MENTON, N. R. M. (1993). *R v Ahluwalia: The vindication of battered women*. *National Law School Journal*, 5(1), 173–176.

MIRANDA, J (2006). Notas sobre a cultura, constituição e direitos culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 47(1–2), 40.

MOMMSEN, T., & Krueger, P. (Eds.). (n.d.). *Corpus juris civilis*. DIG. 22.6.9. "Juris quidam ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere."

MONTE, M. F. (2014). Multiculturalismo e tutela penal: Uma proposta de justiça restaurativa. In *Multiculturalismo e direito penal*. Almedina.

MONTESQUIEU, C. L. de Secondat. (1996). *O espírito das leis* (M. de Carvalho, Trad.). Fundação Calouste Gulbenkian.

MORRIS, A. (2005). Criticando os críticos: Uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In M. T. Bastos, C. Lopes, & S. R. T. Renault (Orgs.), *Justiça restaurativa: Coletânea de artigos* (pp. 440-457). MJ e PNUD.

ORTH, U. (2003). Punishment goals of crime victims. *Law and Human Behavior*, 27(2), 173–186.

PALMA, M. F., Dias, A. S., & Mendes, P. de S. (Eds.). (2013). *Emoções e crime: Filosofia, ciência, arte e direito penal* (pp. 57-80). Edições Almedina S.A.

RENTELN, A. D. (1993). A justification of the cultural defense as partial excuse. *Southern California Review of Law and Women's Studies*, 2, 437.

_____. (2000). Raising Cultural Defenses. In *Cultural Issues in Criminal Defense*. Ed. J. G. Connell and R. L. Valladares, 7.1-7.43. Yonkers, N.Y.: Juris.

_____. (2004). *The cultural defense*. Oxford University Press.

ROSENBERG, R. M. (2020), Human Dignity and the Doctrine of Provocation: A New Approach. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 34, 281-310.

ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos: la estructura de la teoría del delito* (L. Peña, M. Conlledo & J. Remesal, Trans.). Civitas.

SAMS, J. P. (1986). *The availability of a "cultural defense" as an excuse for criminal behavior*. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 16, 335.

SANTOS, C. C. (2014). *A justiça restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como?* (1ª ed., pp. 41-57). Coimbra Editora.

SHERMAN, S. (1985). Legal clash of cultures. *The National Law Journal*, 1(26-27).

SOTTOMAYOR, C. (2015). "A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de gênero". *Ex Aequo*, 31.

TRUPTHI, C. (2018). *Case analysis: R v. Ahluwalia [1992] 4 All ER 889*. *International Journal of Legal Developments and Allied Issues*, 4(5), 404–406.

VAN BROECK, J. (2001). Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9(1), 1–32.

WALDRON, J. (2002). One law for all? The logic of cultural accommodation. *Washington and Lee Law Review*, 59, 3–47.

WELZEL, H. (1956). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma.

_____. (1939). *Studien zum System des Strafrechts*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 58, 491 e ss.

WILLIAMS-BREAULT, B. D. (2018). *Eradicating female genital mutilation/cutting: Human rights-based approaches of legislation, education, and community empowerment*. Health and Human Rights Journal.

ZEHR, H. (2012). *Justiça restaurativa* (T. Van Acker, Trad.). Palas Athena. (p. 88).

Jurisprudência Citada

Kamau v. Attorney General & 2 others; Equality Now & 9 others (Interested Parties). (2021). *Supremo Tribunal do Quênia, Petição Constitucional n.º 244 de 2019*.

Tribunal da Relação de Coimbra. (2010, 29 de setembro). *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 557/09.0JAPRT.C1*. Inclusive Courts.

<https://inclusivecourts.pt/tribunal-da-relacao-de-coimbra-proc-557-09-0japrt-c1-29-09-2010/>

Tribunal da Relação de Lisboa. (2021, 14 de julho). *Acórdão de 2021-07-14 (Processo n.º 2701/19.0T9AMD.L1-3, Relator: Conceição Gonçalves)*. Diário da República.

<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/2701-2021-190041775>

Tribunal da Relação do Porto. (2017, 11 de outubro). *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 355/15.2GAFL.P1* (Relator: Joaquim Neto de Moura).

<https://www.jusnet.pt/Content/DocumentMag.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUAAmNTMwtTc7Wy1KLizPw8WyMDQ3NDA0NDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAGfNJec1AAAAWKE>

Outras Fontes

Conselho da Europa. (2011). *Convenção sobre a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica*.

<https://rm.coe.int/168046246c>

Convenção do Conselho da Europa sobre Prevenção e Combate à Violência Contra as Mulheres e à Violência Doméstica. (2011). *Convenção de Istambul*.

Público. (2017, 31 de outubro). O que podemos aprender com o Acórdão da Relação do Porto. *Público*.

<https://www.publico.pt/2017/10/31/sociedade/opiniaao/o-que-podemos-aprender-com-o-acordao-da-relacao-do-porto-1790801>

United Nations Children's Fund. (2016). *Female genital mutilation/cutting: A global concern*. UNICEF.

<https://data.unicef.org/resources/female-genital-mutilationcutting-global-concern/>

United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). (2016). *General recommendation No. 31 on harmful practices*. United Nations.

World Health Organization. (n.d.). *Types of female genital mutilation*. World Health Organization.

[https://www.who.int/teams/sexual-and-reproductive-health-and-research-\(srh\)/areas-of-work/female-genital-mutilation/types-of-female-genital-mutilation](https://www.who.int/teams/sexual-and-reproductive-health-and-research-(srh)/areas-of-work/female-genital-mutilation/types-of-female-genital-mutilation)

