

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A MEDIDA DA PROVA NOS CRIMES
CULTURALMENTE MOTIVADOS

—

DINA JOSÉ FERREIRA MARCELINO

TESE DE MESTRADO EM DIREITO,
RAMO DE PRÁTICAS JURÍDICAS,
ESPECIALIDADE DE DIREITO PENAL

2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A MEDIDA DA PROVA NOS CRIMES
CULTURALMENTE MOTIVADOS

—

DINA JOSÉ FERREIRA MARCELINO

TESE DE MESTRADO EM DIREITO,
RAMO DE PRÁTICAS JURÍDICAS,
ESPECIALIDADE DE DIREITO PENAL

Tese orientada pelo Senhor Professor Rui Soares Pereira

2019

Agradecimentos

Agradeço em primeiro lugar aos meus pais, sem eles nada seria possível. Os valores, o apoio e a força que me transmitem, vão além do que as palavras conseguem expressar.

À minha irmã, por todo o apoio e paciência que para mim teve, e por todos os serões sentada a meu lado, em silêncio, a ver-me escrever.

À minha tia, por todo o carinho e compreensão que me deu. As palavras de apoio e incentivo foram para mim muito importantes.

Ao Professor Doutor Rui Soares Pereira, pelo incentivo e orientação que me foi dando ao longo do trabalho.

Ao Professor Doutor Augusto Silva Dias, pela disponibilidade e palavras de encorajamento que me concedeu.

Ao Doutor Fernando Bessa, pela disponibilidade e entusiasmo com que se ofereceu para me ajudar na revisão do texto. O seu contributo foi para mim bastante importante.

À Juíza Desembargadora Maria Eduarda Mendes, pelos seus preciosos ensinamentos, e pela sua dedicação e apoio constantes.

Ao Professor Doutor Paulo Sousa Mendes, pelo tempo e diretrizes que me concedeu.

Agradeço também à minha amiga Joana, pela crença que tem em mim, e por tornar os meus momentos de preocupação mais fáceis.

Por fim, agradeço aos meus amigos André e Bárbara, por me terem escutado, apoiado e incentivado desde o início.

Resumo

O presente estudo procura demonstrar primeiramente que o fenómeno do multiculturalismo trouxe consigo novos desafios para o direito penal, relacionados, com os crimes culturalmente motivados. A referência pela jurisprudência portuguesa aos crimes culturalmente motivados, mormente ao fator cultural, é relativamente escassa, ao contrário do que sucede nos EUA. Assim, iremos expor um caso da jurisprudência norte-americana, de uma mãe japonesa, que realizou a prática ancestral do *oyako-shinju*, ou suicídio conjunto de pais e filhos. Transportaremos posteriormente o caso para o Direito Penal português, confinando-lhe uma solução de acordo com o mesmo. Posteriormente, será apreciada a elaboração da prova cultural, tendo em conta os delitos onde estão em causa as convicções e as emoções dos arguidos forasteiros. Será definido o conceito cultura, e analisada a importância desta na construção da identidade pessoal dos seres humanos, evidenciando-se também a importância do reconhecimento do outro. Só assim se poderá demonstrar o modo como deve ser percecionado o indivíduo e as suas valorações culturais na produção da prova cultural, que deverá ser feita com recurso a meios de prova idóneos. Os estados subjetivos que desencadeiam determinadas práticas culturais não podem deixar de ser analisados pelo julgador.

Após a análise dos crimes culturalmente motivados, e da prova cultural, importa questionar qual o patamar de dúvida que uma defesa cultural, precisa de atingir na convicção do julgador, para que o mesmo absolva o arguido. Para tal enunciaremos que o conceito de medida da prova deve ser entendido nesta temática, na aceção de *standard* de prova, e não como grau de prova, ou como força probatória. Verificaremos que o *standard* de prova no processo penal é particularmente exigente, sendo que para haver uma condenação, tem de se alcançar um grau de certeza, para além de qualquer dúvida razoável, de que o arguido cometeu o facto. Portanto, para a plena eficácia de uma defesa cultural, e em particular para uma causa de exculpação ou atenuação da pena, subjacente ao tipo de ilícitos retratados, basta que seja criada uma dúvida razoável na convicção do tribunal.

Palavras-chave: crimes culturalmente motivados, motivação cultural, prova cultural, medida da prova, *standard* de prova.

Abstract

The present study firstly pursues to demonstrate that the multiculturalism phenomenon brought new challenges for the criminal law, related with culturally motivated crimes. The reference for the Portuguese jurisprudence related to the culturally motivated crimes, especially to the cultural factor, is relatively scarce, contrarily of what happens in the USA. As a result, we will present a case of a North American jurisprudence, of a Japanese mother that performed the ancestral act of *oyako-shinju* the conjoint act of the parents and sons suicide. We will then carry this case to the Portuguese Criminal Law system, providing a solution accordingly. Subsequently, the cultural evidence will be built, taking into account the offences that concern the convictions and emotions of the foreigners. The cultural concept will be defined and the important of the construction of personal identity by the human beings will be assembled, highlighting the importance of others' recognition. Only this way we will be able to demonstrate the method on how the individual and its cultural valuations must be perceived in the cultural evidence, that must be made using the suitable means of proof. The subjective situations that unleash certain cultural practices cannot be left to be examined by the judge.

After the analysis of the culturally motivated crime, the cultural evidence, it matters to inquiry which level of doubt that a cultural defense needs to achieve on the judge conviction, for the latter to absolve the accused person. To this end, we will enunciate that the concept of measure of proof should be construed on this thematic, in significance of standard of evidence and not as degree of proof or as probationary force. We will verify that the standard of evidence in the criminal process is particularly demanding, as a conviction is needed, and for there to be a conviction, a certain level of certainty has to be achieved, beyond any reasonable doubt that the accused person as committed the offence. Therefore, for the full effectiveness of a cultural defense, in particular for the cause of exculpation or sentence reduction, underlying the type of wrongdoing portrayed, it is sufficient that a reasonable doubt is created in the court's conviction.

Key-words: culturally motivated crimes, cultural motivation, cultural evidence, measure of evidence, standard of evidence.

Siglas e abreviaturas

als. – alíneas

art. – artigo

arts. – artigos

CC – Código Civil

CP – Código Penal

dez. – dezembro

Ed. – edição

EUA – Estados Unidos da América

LPR – Law, Probability & Risk

n.º – número

p. – página

ps. – Páginas

Op. cit. – obra citada

org., orgs – organizador, organização; organizadores

out. – outubro

RMP – Revista do Ministério Público

s. – seguinte

ss. – seguintes

v. – ver, veja-se

vs. – versus, contra

vol. – volume

Índice

Introdução	1
Capítulo I.....	5
1. Crimes culturalmente motivados: o caso <i>People vs. Kimura</i>	5
1.1 O multiculturalismo e os crimes culturalmente motivados	5
1.2. <i>Cultural offenses</i> ou crimes culturalmente motivados	7
1.2.1 A jurisprudência portuguesa e o fator cultural	9
1.3. O caso <i>People vs. Kimura</i> ,	13
1.3.1. Resolução do caso <i>Kimura</i> à luz do direito português	18
Capítulo II	22
1. A prova cultural.....	22
1.1. O conceito de cultura.....	22
1.1.1. Cultura e identidade pessoal.....	24
1.1.2. A diversidade cultural e o reconhecimento do outro.....	27
1.2. A prova cultural e a intervenção do Direito Penal	30
1.2.1. Identificação de um facto como culturalmente motivado	30
1.2.1.1. A motivação cultural	31
1.2.2. A produção da prova cultural	34
1.2.2.1. A prova dos estados subjetivos	37
Capítulo III.....	41
1. A medida da prova nos crimes culturalmente motivados.....	41
1.1. Enquadramento	41
1.1.1. O conceito de medida da prova	42
1.1.1.1. Existe uma coincidência entre os graus de prova e os <i>standards</i> de prova?	43
1.2. A medida da prova enquanto <i>standard</i> de prova.....	44
1.2.1. A justificação dos <i>standards</i> de prova	46
1.2.2. Os <i>standards</i> de prova no ordenamento jurídico português	47
1.2.2.1. Os <i>standards</i> de prova e o princípio do <i>in dubio pro reo</i>	48
1.2.2.2. Os <i>standards</i> de prova e as defesas culturais	50
Conclusões	53
Bibliografia	60

Introdução

A dissertação ora apresentada pretende determinar e analisar o patamar de convencimento que precisa de ser atingido pelo tribunal perante a apresentação em juízo de uma defesa cultural.

Perante a existência de um facto culturalmente motivado, qual é a medida de prova, e mais concretamente, o *standard* de prova, que as defesas culturais têm de atingir em juízo, para que o arguido possa beneficiar das mesmas?

Para resolvermos o problema jurídico supramencionado foi necessário, começar por evidenciar, no capítulo I, a origem do surgimento dos crimes culturalmente motivados ou *cultural offenses*.

O multiculturalismo trouxe novos desafios advertidos pela convivência entre grupos com ideologias culturalmente muito distintas, num mesmo espaço físico. Tal convivência pode gerar crimes culturalmente motivados, os quais podem assumir diferentes contornos, merecendo por isso a atenção do sistema jurídico-penal.

Os crimes culturalmente motivados são fenómenos típicos das modernas sociedades multiculturais, onde se incluí a sociedade portuguesa. Este novo tipo de conflito lança novos desafios às democracias, pondo em causa a sua capacidade de renovação e adaptação.

Em seguida, iremos aludir às referências realizadas pela jurisprudência portuguesa à temática dos crimes culturalmente motivados, mormente ao fator cultural, evidenciado que ao contrário do que se passa nos EUA, a jurisprudência europeia é relativamente recente.

Do leque de crimes culturalmente motivados, iremos incidir o nosso estudo em ilícitos motivados por emoções ou crenças culturais, que contendam diretamente com o núcleo essencial de direitos fundamentais, nomeadamente, com o direito à vida, à integridade física e à liberdade de autodeterminação sexual.

Devido à escassez de factualidade, pelo menos conhecida, na jurisprudência portuguesa, iremos recorrer a um caso ocorrido na jurisprudência norte-americana, julgado pela corte de Los Angeles, na Califórnia, no ano de 1985.

Exposto o caso da mãe japonesa, que executou a prática ancestral do *ayako-shinju*, ou suicídio conjunto de pais e filhos, passaremos a analisar as possíveis resoluções que o mesmo poderia ter no ordenamento jurídico português, demonstrando-se assim qual o acolhimento que a motivação cultural teria nos nossos tribunais.

Buscamos, então, no segundo capítulo, responder ao modo de elaboração da prova cultural, definindo-se no primeiro plano o conceito de cultura.

É necessário ter em conta, que o conceito de cultura é amplo, e quase indeterminável. Tal circunstância pode desencadear a uma caracterização desenfreada de factos como crimes culturalmente motivados, e por sua vez de *cultural defenses*, o que provocaria uma situação de insegurança jurídica e uma aplicação arbitrária da lei penal.

Assim, iremos adotar um conceito de cultura antropológico, e expor como é que a mesma se projeta na identidade pessoal do indivíduo.

Incutir a alguém, deveras influenciável que existe um espírito do mal, capaz de cometer atrocidades nada tem a ver com a influência que a cultura exerce sobre o indivíduo, pois está antes em causa a capacidade de persuasão de um, e a acreditação de um outro perante o primeiro. Este último é influenciável, fraco de mente, acreditando em algo mitológico independentemente da sua cultura.

Como denotaremos, a identidade pessoal de cada sujeito é construída pela interação que tem com os demais, no núcleo cultural em que se insere, mas também pelas escolhas que vai fazendo ao longo da vida. A influência que os usos, costumes e tradições têm em cada indivíduo não lhe retira a capacidade de fazer escolhas autónomas.

Ocorre que a diversidade cultural implica o reconhecimento do outro, como um ser humano igual, que encara o mundo de acordo com os valores culturais em que foi enraizado.

Percebe-se assim, o modo como podemos encarar o indivíduo na produção da prova cultural, onde existirá uma intervenção do Direito Penal.

Nesta intervenção do Direito Penal, começaremos por evidenciar a identificação de um facto como culturalmente motivado, passando depois à caracterização da motivação cultural.

Se, entretanto, não ficar comprovado que a ação foi desencadeada por um fator cultural, ficará precludida a viabilidade de o arguido vir a invocar em juízo uma defesa cultural.

Indicaremos que, para a realização da prova cultural é necessário identificar o grupo de pertença cultural do agente. Para além disso, é essencial comunicar com alguns membros do grupo etnocultural a que o agente pertence, sobretudo com pessoas que desempenhem papéis de destaque ou que ocupem posições de prestígio, e ainda, realizar uma perícia composta por peritos qualificados.

O contributo prestado pelos membros do grupo etnocultural de origem do agente, e pelos pareceres de peritos qualificados tem de ser carreado para o processo com recurso a meios de prova, sendo que evidenciaremos quais os meios de prova idóneos a concretizar a prova cultural.

Tendo em conta, o nosso *case study*, e a prática do *oayko-shinju*, destacaremos a relevância da prova dos estados subjetivos, conhecidos apenas por quem os experiencia, e impercetíveis para terceiros, mormente para o julgador.

Por fim, no terceiro capítulo da presente dissertação, demonstraremos qual a medida da prova, e concretamente o *standard* de prova que tem de ser alcançado para que o arguido possa beneficiar de uma defesa cultural.

Relativamente aos ilícitos que contendam diretamente com o núcleo essencial de direitos fundamentais, a possibilidade de ocorrer uma eficácia plena de uma defesa cultural, acontece apenas no que diz respeito à exculpação, e à atenuação da culpa, e não às restantes eximentes.

Será destacado o sentido de medida da prova enquanto *standard* de prova, em detrimento do sentido de força probatória, e de graus de prova. No entanto, consideramos pertinente estabelecer os traços que diferenciam os *standards* de prova, dos graus de prova.

Quanto aos *standards* de prova, veremos que existe uma justificação para a sua existência, sendo que os mesmos variam consoante estejamos no processo civil e no processo penal.

Demonstraremos a existência dos *standards* de prova no ordenamento jurídico português, e a sua diferenciação com o princípio do *in dubio pro reo*.

Por fim, designaremos qual o grau de dúvida que tem de existir, para que haja plena eficácia de uma defesa cultural.

Consideramos que, para haver absolvição num processo penal, o arguido tenha de criar no julgador um patamar de dúvida de pelo menos 10%, sendo que se não conseguir alcançar o mesmo, poderá ainda beneficiar do mesmo raciocínio quanto à atenuação da medida concreta da pena.

A importância do presente estudo reside, portanto, na análise do patamar de convencimento que é preciso ser alcançado por uma defesa cultural, e mais concretamente por uma causa de exculpação, para que um arguido consiga alcançar um estado de dúvida razoável, e consequentemente, ser absolvido. A escolha dos ilícitos de índole multicultural, que acarretam uma defesa cultural, está relacionada com a necessidade de compreensão da alteridade, e com a consciência da nossa incompletude cultural. Questões como estas têm cada vez mais significado para as sociedades contemporâneas, e nomeadamente para o direito, ao qual importa uma regulação equitativa e satisfatória da sociedade.

Capítulo I

1. Crimes culturalmente motivados: o caso *People vs. Kimura*

1.1. O multiculturalismo e os crimes culturalmente motivados

As sociedades atuais, nas quais se inclui a sociedade portuguesa são designadas como multiculturais. Estas sociedades contemporâneas, provenientes da evolução constante do mundo em que vivemos, fizeram surgir novos problemas, dos quais interessam particularmente para o presente estudo, os problemas trazidos à ciência do Direito Penal.

Nos últimos anos, a globalização tem-se tornado um fenómeno cada vez mais intenso, trazendo consigo repercussões nas esferas económica, política, social e jurídica, tendo em conta o crescente fluxo migratório de população entre sociedades com culturas diversas.

Como denota MAGLIE¹, vivemos atualmente num crescente intercâmbio cultural, formando-se assim sociedades ditas multiculturais, que fazem surgir questões derivadas do relacionamento de diversos ordenamentos jurídicos em simultâneo, a que subjazem diferentes normas, mas também diferentes costumes, valores, crenças e tradições.

Assim, em razão da globalização, e dos movimentos migratórios, as sociedades modernas incorporam em si uma pluralidade cultural, tornando-se cada vez mais evidente a preocupação dos Estados em lidar com os desafios que as diferenças culturais lhes apresentam. São os Estados que têm o dever de atenuar o impacto de tais diferenças culturais, fazendo um esforço para interpretar a diversidade humana, e os seus modos de estar e pensar, modos esses que se refletem ulteriormente, diretamente nas ciências criminais.

Os fluxos migratórios incorporam forasteiros legais, mas também ilegais, distanciando-os das suas comunidades de origem, sendo que a distância entre determinadas práticas culturais e as valorações dos ordenamentos jurídicos pode evidenciar-se tão grande, que aquelas práticas podem ser encaradas como alienígenas ou até mesmo absurdas².

¹ V. CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p.18.

² V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes Culturalmente Motivados*, Almedina, 2017, p.9.

As distâncias que existem não estão associadas a fronteiras geográficas, que se encontram atualmente cada vez mais esbatidas, mas sim a valores e padrões comportamentais que se afiguram com dissemelhantes. Os processos de globalização, têm feito com que as fronteiras geográficas já não sejam percecionadas da mesma forma, sobretudo tendo em conta os aspetos positivos da globalização³, e em particular os avanços ocorridos nas tecnologias de comunicação, que têm contribuído para uma crescente interdependência de países e sociedades, e conseqüentemente para o aprofundamento do conhecimento e do diálogo entre culturas e civilizações⁴.

As interações realizadas entre as comunidades fizeram com que se perdessem as referências clássicas do espaço, visto que, em qualquer lado do mundo podemos encontrar culturas, gostos, gestos, saberes e tradições particulares de um outro ponto do planeta.

Porém, a globalização também trouxe consigo aspetos negativos, dos quais se destacam a uniformização dos modos de vida de acordo com um modelo hegemónico, o ocidental, e em particular, o norte-americano; o surgimento da crise do Estado de Direito e da democracia, perpetuados pelos abusos de poder; e a acentuação dos desequilíbrios económicos internacionais, dos quais se faz posteriormente aliada a exclusão social⁵.

Antes do aparecimento do fenómeno da globalização e do multiculturalismo, o mundo era concebido como um conjunto de espaços individualizados, onde habitavam comunidades com língua, costumes e tradições próprios. No entanto, a capacidade de mobilidade, conhecimento de outros modos de vida e a procuração de ambientes mais seguros e prósperos têm resultado em fluxos migratórios intensos, perpetrados sobretudo pelo alcance de melhores condições económico-financeiras, e conseqüentemente, melhores condições de vida.

Simultaneamente, com o aumento da pobreza pelo mundo, também é observado o aumento dos fluxos migratórios, dos quais se destacam os movimentos sul-norte, que espelham o agravamento do fosso entre países ricos e países pobres. Por vezes, os referidos movimentos sul-norte assumem contornos dramáticos, visto que, muitas das pessoas neles envolvidos chegam a perder a própria vida⁶, não alcançando o país de destino.

³ Aspetos esses que podem ser sumariamente encontrados em BHIKHU PAREKH, *A new politics of identity*, ed. Palgrave Macmillan, 2008, p. 182 e ss.

⁴ Sobre este ponto, v. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p. 11.

⁵ V. *Ibidem*, p.12.

⁶ V. *Ibidem*, p.12.

Porém, outros, que concretizam com sucesso as travessias, chegando aos países pretendidos, são rotulados pelos sistemas jurídicos como imigrantes ilegais ou clandestinos, sofrendo na pele os ditames da exclusão social e não dispendo de qualquer proteção por parte do Estado, acabando inúmeras vezes por serem expulsos do território⁷. As condições de precariedade, e de vulnerabilidade a que os imigrantes podem ficar expostos nos países de destino, podem aí desencadear microclimas de criminalidade.

Como cidadão do mundo, todo o imigrante é titular de alguns direitos consagrados em diplomas jurídicos internacionais, mas como cidadão pertencente a uma determinada comunidade detém uma cultura própria, pela qual se pauta, sendo que é comum que os imigrantes procurem reconstituir as formas de vida que conhecem nos países de destino, juntando-se a membros pertencentes à mesma cultura, reproduzindo assim as suas práticas tradicionais, muitas vezes quotidianamente. Por vezes, estes grupos chegam a formar verdadeiras sociedades paralelas, vivendo à parte da sociedade de destino e mantendo presentes os modos de pensar e de estar próprios da sua comunidade de origem⁸.

1.2. *Cultural offenses* ou crimes culturalmente motivados

O quadro normativo em que os estrangeiros se movem engloba normalmente as normas jurídicas do país de origem, bem como as normas jurídicas do seu país de acolhimento, situação esta que se afigura muitas vezes como propícia ao surgimento de conflitos normativos. Como refere SILVA DIAS⁹ podem surgir dois tipos de conflitos: “ou a norma jurídica impõe um comportamento que é interdito pelo código etnocultural que rege a comunidade do estrangeiro, ou proíbe um comportamento que é imposto ou tolerado por tal cânone”.

Os crimes culturalmente motivados, também designados por *cultural offenses*¹⁰ na terminologia anglo-saxónica, surgem quando o agente forasteiro resolve dirimir o

⁷ V. *Ibidem*, p.13.

⁸ V. *Ibidem*, p.14.

⁹ V. *Ibidem*, p.15 e ss.

¹⁰ Tal como faz a doutrina europeia, também usaremos os dois termos indiferenciadamente – v. JEROEN VAN BROECK, “Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offenses)”, in *European*

conflito normativo cumprindo as regras do código etnocultural do seu país de origem, ao invés de se pautar pelas normas jurídico-penais do país de destino, que é aquele onde se encontra¹¹.

Uma *cultural offense* é, de acordo com a definição de VAN BROECK¹² “um facto praticado por um membro de uma minoria cultural, que é considerado punível pelo sistema jurídico da cultura dominante. Esse mesmo facto é, no entanto, dentro do grupo cultural do infractor, tolerado ou aceite como comportamento normal, aprovado ou mesmo promovido e incentivado na situação concreta”.

Torna-se necessário denotar que, nem todos os crimes que envolvem indivíduos estrangeiros são motivados pelo reconhecimento identitário, ou pela afirmação de crenças e valores individuais. Como refere VAN BROECK¹³, na expressão “crimes culturalmente motivados”, o vocábulo “motivação” não significa que o agente esteja consciente de que existe um conflito cultural, mas tão somente que o facto praticado pelo agente está associado às vivências provenientes da sua cultura de origem.

Relativamente à compreensão dos crimes culturalmente motivados importa referir a distinção de ALFRED SCHÜTZ¹⁴ referente aos “motivos-para” e aos “motivos-porque”.

Enquanto que os primeiros têm a ver com um objetivo alcançável no futuro, os segundos estão ligados ao passado longínquo ou recente do agente, refletindo a sua decisão de agir¹⁵. Os “motivos-para” estão associados à finalidade da ação realizada, ou seja, aos objetivos que se pretendem obter com o desempenhar da conduta. Já os “motivos-porque” não são percebidos pela consciência do agente, mas tão somente por quem observa a sua ação. Se o indivíduo A, pobre, residente nos subúrbios de uma cidade, pertencente a uma família com vários filhos, desprovido de sustento para os mesmos, furta a carteira de B, indivíduo de boa aparência, por forma a ficar com o dinheiro que este último traz consigo, o “motivo-para” reside na finalidade de adquirir algum valor monetário por forma a assegurar o seu sustento e o da sua família, ao passo

Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, vol.9, 2001, n.º 1. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/eccc9&div=8&id=&page=&t=155858864>
3. Consultado em: 20 de novembro de 2018.

¹¹ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.16.

¹² V. JEROEN VAN BROECK, *Op. cit.*, 2001, p.5.

¹³ V. *Ibidem*, p.21.

¹⁴ V. ALFRED SCHÜTZ, *El problema de la realidad social*, 2.ª ed., Amorrortu Editores, 1995, p.88 e ss.

¹⁵ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.17.

que o “motivo porque” está associado às condições de vida do agente, que suponhamos, têm a ver com o ambiente em criminógeno, e de exclusão social em que cresceu e viveu.

SILVA DIAS¹⁶ refere que “por vezes o agente socializado numa cultura alheia prossegue a realização de uma tradição ou prática cultural, por exemplo, quando veste e exhibe no espaço público um hábito que inclui uma adaga, como o *kirpan* dos *Sikh*: desse modo, o sujeito não só pretende evidenciar a sua identidade cultural e religiosa, ostentando os símbolos que a caracterizam, como está muitas vezes ciente do conflito normativo que essa decisão provoca, designadamente com as normas legais que proíbem o uso de armas”.

O uso da adaga pelo agente está associado ao cumprimento de uma tradição cultural, que surge neste contexto como um “motivo-para” da conduta, tendo em conta o facto de o agente se encontrar socializado numa cultura alheia. A tradição cultural também é considerada como um “motivo-porque”, mas encontra-se, no entanto, atualizada na finalidade da ação, transformando-se por isso, num “motivo-para”. Quando as tradições culturais não são atualizadas na finalidade da ação, apenas servem para explicar o modo como o agente atuou, pois, a sua conduta padece de consciência cultural¹⁷.

Assim, para que um crime possa ser caracterizado como culturalmente motivado, basta que a conduta desenvolvida pelo agente desencadeie um conflito normativo em que a motivação cultural seja um “motivo-porque”, não atualizado na finalidade da ação¹⁸.

1.2.1 A jurisprudência portuguesa e o fator cultural

Chegados aqui, cumpre referir que a cultura importa para a justiça, na medida em que ajuda a concretizar esta última. Mas, em que termos deverá o sistema jurídico-penal das sociedades democráticas multiculturais, e em particular o sistema jurídico-penal português punir comportamentos cometidos por um estrangeiro, que atuou de acordo com as regras culturais que conhece, por forma a assegurar que a apreciação da sua

¹⁶ V. *Ibidem*, p.18.

¹⁷ V. *Ibidem*, p.18 e 19.

¹⁸ V. *Ibidem*, p.19.

responsabilidade cultural decorrerá dentro de parâmetros delimitados como equitativos, igualitários e justos.

Podem ser descritos inúmeros comportamentos onde está em causa o fator cultural, como por exemplo “o estrangeiro que no país de destino e seguindo as tradições e práticas ancestrais da sua comunidade, beija ou afaga as partes genitais do seu filho de tenra idade; circula de moto sem capacete de protecção porque usa um turbante que a sua cultura e religião impõe e impede que retire; abate animais para consumo próprio e alheio por meio de degolação com uma faca bem afiada e sangria completa do animal e sem o seu atordoamento prévio, de acordo com um ritual prescrito pela sua cultura e religião mas violador das normas jurídico-administrativas que regulam o exercício dessa actividade; promove ou realiza a circuncisão genital do filho menor de acordo com as prescrições e rituais da sua religião ou cultura; vive e mantém relações sexuais com rapariga menor de 16 anos, com consentimento desta, como é normal na sua forma de vida; rapta para casamento rapariga da mesma etnia e mantém com ela relações sexuais interpretando, em consonância com o próprio cânone etnocultural, a sua resistência como assentimento; corta ou amputa de forma ritual o clitóris de uma criança ou inscreve no seu corpo marcas ou sinais identitários por meio de facas ou outros instrumentos cortantes; mata a filha ou a irmã para “lavar” a mancha que o comportamento desviante desta deixa na honra familiar”¹⁹.

Este tipo de casos, e outros aqui não referidos, foram objeto de decisões judiciais quer nos EUA, quer em vários países europeus²⁰, desencadeando por sua vez controversas discussões doutrinárias. Na Europa, a jurisprudência e a doutrina referentes a crimes culturalmente motivados, são relativamente mais recentes que as norte-americanas, destacando-se a doutrina italiana, a britânica, a alemã, a suíça, a espanhola e a holandesa²¹.

Grande parte dos crimes culturalmente motivados é praticada por imigrantes, sendo que na maioria das vezes tanto o agente como a vítima são pessoas que estão

¹⁹ V. *Ibidem*, p.25 e 26, tomando em conta as notas de rodapé adjacentes aos exemplos transcritos.

²⁰ Pode ser encontrada uma síntese dos casos judiciais ocorridos até 2010 em FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il Diritto Penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, 2010, p.157 e ss.; CRISTINA DE MAGLIE, *Op. Cit.*, 2012, ps.34 e ss. e 73 e ss.

²¹ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.25.

socializadas de acordo com usos e costumes alheios à sociedade que os hospedou²². Também Portugal é considerado como um país de destino para imigrantes, que são na sua maioria provenientes de países da América do Sul, principalmente do Brasil, da Europa de Leste e da África, sobretudo dos países que têm o português como língua oficial²³. No entanto, mesmo sendo Portugal um país que integra movimentos migratórios desencadeados pela globalização, os crimes culturalmente motivados são ainda uma realidade mais sociológica do que propriamente judicial. Existem alguns trabalhos de investigação académicos referentes aos crimes culturalmente motivados, sendo que existem também relatos jornalísticos que expõem a prática dos mesmos entre nós, como é o caso da excisão clitoridiana. Contudo, os referidos casos não têm chegado ao conhecimento do Ministério Público, e quando chegam são arquivados, sendo que não existe conhecimento de nenhuma decisão de tribunais superiores que se tenha ocupado de crimes culturalmente motivados²⁴. Num artigo relativamente recente da Procuradora HELENA MARTINS LEITÃO²⁵ são mencionados três casos de excisão clitoridiana que chegaram ao conhecimento do Ministério Público, mas que foram arquivados após o inquérito. Em dois dos casos, houve arquivamento porque a perícia médico-legal considerou que a excisão não provocava nenhum dos efeitos do art. 144.º do Código Penal (doravante, CP): num deles considerou-se que o processo por ofensa corporal simples ou ofensa corporal simples qualificada já tinha prescrito, e no outro considerou-se que a lei penal portuguesa não era aplicável de acordo com o art. 5.º, n.º 1 al. b) e d) do CP, porque os autores não eram cidadãos portugueses, e não existiu uma ofensa corporal grave contra menor, respetivamente. Relativamente ao terceiro caso, o mesmo foi arquivado por falta de indícios suficientes quanto à autoria da excisão²⁶.

SILVA DIAS²⁷ refere ainda que teve acesso a informação policial sobre um caso de abate ritual clandestino, em que a carne do animal se destinava ao consumo público, que se encontrava em fase de investigação, o qual não foi possível conhecer o desfecho. Para além destes casos, a jurisprudência nacional regista de vez em quando crimes

²² V. AUGUSTO SILVA DIAS, “A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural”, in *Julgar*, Coimbra Editora, 2015, n.º 25, (janeiro-abril), p.96.

²³ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.26 e 27.

²⁴ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.27; AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2015, p.96.

²⁵ V. HELENA MARTINS LEITÃO, “A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português”, in *RMP*, n.º 136, 2010, p.114 e ss.

²⁶ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.27; AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2015, p.97.

²⁷ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.27.

cometidos por pessoas de etnia cigana²⁸, onde a motivação cultural ou foi invocada, ou poderia tê-lo sido. Nestes casos não estão englobados aqueles respeitantes ao tráfico de estupefacientes, visto que neles a motivação cultural está ausente ou muito esbatida, mas sim os crimes sexuais contra menores²⁹.

Assim sendo, tendo em conta o panorama da jurisprudência nacional, podemos afirmar que a presença de *cultural offenses* é escassa, sobretudo nos tribunais superiores, podendo afirmar-se também que existe indiferença perante a motivação cultural que pode estar por detrás de determinados comportamentos praticados por imigrantes, e até mesmo por agentes nacionais pertencentes a minorias étnicas.

Cumprir referir que apenas estamos a ter em conta os delitos que chegam ao conhecimento do Ministério Público. No entanto, não podemos obstar à existência de cifras negras, que detorçam ou escondem o número real de casos em que os comportamentos podem estar associados a motivações culturais.

As chamadas cifras negras tendem a comportar casos que ou são totalmente desconhecidos quando praticados em núcleos marginais e/ou de minorias étnicas, ou em que a investigação nunca se inclina para a existência de fatores culturais influenciadores de certas formas de estar e pensar enraizadas nos agentes, muitas vezes em resultado da falta de conhecimento técnico neste âmbito de motivação.

A escassez de factualidade, pelo menos conhecida, faz com que se tenha de recorrer a casos ocorridos na jurisprudência norte-americana e europeia, analisando-os como se tivessem ocorrido em Portugal e lhes fossem aplicadas soluções compatíveis com o ordenamento jurídico português. Apenas desta forma se consegue estudar a problemática dos crimes culturalmente motivados à luz do sistema jurídico-penal português. Não nos podemos esquecer de que a sociedade portuguesa faz parte das

²⁸ Destacando-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de junho de 2010, Processo n.º 703/08.1JDLSB.L1.S1., disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/db47a262d16866ad80257759004f7eac?OpenDocument>, e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17 de outubro de 2012, Processo n.º 297/11.0JAPRT.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/0298A0EEBB5F4ACC80257AAD005379E6>, o primeiro respeitante a um caso de abuso sexual de criança cigana, e o segundo respeitante a atos sexuais com adolescentes, onde os tribunais se aperceberam da presença de uma certa motivação cultural do agente, mas não lhe atribuíram relevância devida, nem aquando da determinação da responsabilidade criminal, nem aquando da determinação da medida concreta da pena.

²⁹ V. AUGUSTO SILVA, *Op. cit.*, 2015, p.97.

sociedades contemporâneas multiculturais, tal como outros países europeus³⁰, e que por isso não pode deixar de se preocupar com os novos desafios que a diversidade cultural traz consigo. O Direito não pode ficar indiferente à diversidade cultural, sendo necessário uma abertura das normas, valores e institutos jurídicos por forma a que exista um reconhecimento do “outro”³¹.

Assim, de entre vários crimes culturalmente motivados iremos expor e analisar um caso ocorrido na jurisprudência norte-americana por forma a demonstrar qual a resolução que lhe foi conferida, e qual seria aquela que o ordenamento jurídico-penal português lhe poderia conferir.

1.3. O caso *People vs. Kimura*

Um dos casos mais paradigmáticos associado às *cultural offenses* é o caso de Fumiko Kimura³², julgado pela corte de Los Angeles, na Califórnia, no ano de 1985.

Kimura, uma mulher japonesa, com 32 anos de idade, era imigrante residente na Califórnia, onde morava com o marido, também ele japonês, e com os dois filhos de ambos, de 4 anos e 6 meses. Todavia, Kimura descobriu que o seu marido mantinha uma

³⁰ V. PAUL KELLY, *Introduction: Between Culture and Equality*, in *Multiculturalism Reconsidered*, Edited by Paul Kelly, Polity Press, 2002, p.2. Disponível em: <http://www.urbanlab.org/books/Paul%20Kelly.%20Multiculturalism%20reconsidered%201.pdf>. Consultado em: 10 de março de 2019.

³¹ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.46.

³² Sobre o caso v. AUGUSTO SILVA DIAS, *Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais*, in *Emoções e Crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*, Almedina, 2013, p.57 e ss.; AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.217 e ss.; ALISON RENTELN, *The cultural defense*, Oxford University Press, 2004, p.25; MALEK-MITHRA SHEYBANI, *Cultural defense: one person's culture is another's crime*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol.9, 1987, p.760 e ss. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol9/iss3/8/>. Consultado em: 16 de fevereiro de 2019; DORIANE COLEMAN, *Individualizing justice through multiculturalism: the liberal's dilemma*, in *Columbia Law Review*, vol.96, 1996, n.º 5, p.1110 e s. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1123402?seq=1/subjects>. Consultado em: 15 de fevereiro de 2019; FABIO BASILE, *Op. cit.*, 2010, p.274 e s.; CRISTINA DE MAGLIE, *Op. cit.*, 2012, p.79 e ss.; MARK TUNICK, *Can culture excuse crime? Evaluating the inability thesis*, in *Punishment & Society*, vol.6, 2004, p.396 e ss. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1462474504046120>. Consultado em: 26 de março de 2019; MASAMI USUI, *Creating a feminist transnational drama: oyako-shinju (parent-child suicide) in Velina Hasu Houston's Kokoro (True Heart)*, in *The Japanese journal of american studies*, n.º 11, 2000, p.173 e ss. Disponível em: <http://www.jaas.gr.jp/jjas/PDF/2000/No.11-173.pdf>. Consultado em: 15 de janeiro de 2019; RASHMI GOEL, “Can I call Kimura crazy? Ethical tensions in the cultural defense”, in *Seattle Journal of Social Justice*, vol.3, 2004, p.443 e ss. Disponível em: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1561&context=sjsj>. Consultado em: 9 de fevereiro de 2019.

relação extraconjugal, e perante esta situação de desonra e humilhação, no dia 29 de janeiro de 1985 decidiu pôr fim à sua vida, e à vida dos seus filhos, entrando nas águas de uma praia em Santa Mónica, em Los Angeles, com o objetivo de levar adiante uma prática da cultura japonesa, denominada *oyako-shinju*, ou suicídio conjunto de pais e filhos.

De referir que o *oyako-shinju* é um uso ancestral japonês que se destina a redimir situações de vergonha e humilhação, por forma a salvar a face perante a sociedade e a demonstrar amor, afeto e preocupação com os filhos³³. Na cultura japonesa a morte não é encarada como um estágio final, mas sim como uma viagem espiritual, que volta a unir pais e filhos numa outra vida³⁴. O vínculo imaginário entre pai e filho é inquebrável, sendo que o filho é encarado como uma extensão do pai, existindo uma espécie de bloqueio inconsciente sobre o processo de separação-individualização pessoal³⁵. Os psiquiatras Yoshimoto Takahashi e Douglas Berger dizem que alguns casos de *oyako-shinju* podem ser encarados como uma forma de vingança perante o comportamento de infidelidade do marido, mas na maioria dos casos a mãe encara os filhos como uma extensão de si mesma³⁶.

Acontece, no entanto, que através da ação de socorristas Kimura sobreviveu, ao contrário dos seus dois filhos que tiveram morte imediata. Foi então acusada de duplo homicídio do primeiro grau, punível com pena de morte, prisão perpétua ou pena de prisão não inferior a 25 anos, de acordo com o disposto no art. 190.º do Código Penal da Califórnia³⁷.

Quando foi interrogada, Kimura relatou a infidelidade do marido, contando que tinha sabido da traição pela própria amante, a qual lhe expôs todos os pormenores dos quase três anos de relação. Kimura alegou que sentiu um total fracasso como pessoa, sentindo humilhação e vergonha pelo que acontecera, pois não tinha sido capaz de conquistar o marido e ser para ele boa esposa, sendo que em consequência disso não tinha sido também boa mãe para os seus filhos, não lhe conseguindo proporcionar o devido

³³ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2013, p.59.

³⁴ V. MASAMI USUI, *Op. cit.*, 2000, p.178 e 179.

³⁵ V. YOSHIMOTO TAKAHASHI/DOUGLAS BERGER, *Cultural dynamics and the unconscious in suicide in Japan*, in LEENAARS/LESTER (eds.), *Suicide & the unconscious*, Jason Aronson, 1996, p.250 e s. Disponível em [https://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Cultural Dynamic and the Unconscious in Suicide in Japan.pdf](https://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Cultural%20Dynamic%20and%20the%20Unconscious%20in%20Suicide%20in%20Japan.pdf). Consultado em: 13 de março de 2019.

³⁶ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2013, p.60, nota 4.

³⁷ V. CRISTINA DE MAGLIE, *Op. cit.*, 2012, p.112 e s.

ambiente familiar esperado. O *oyako-shinju* surgiu como uma forma de apaziguar o seu espírito angustiado e fortemente marcado pelo fracasso que sentia como esposa, mãe e pessoa³⁸.

Da factualidade do processo consta que Kimura havia vivido completamente isolada do contexto social americano, sendo que não falava bem inglês, não conduzia, não trabalhava, ficando somente em casa, não estava ocorrente dos negócios do marido, e não ocupava o seu tempo com qualquer tipo de atividades de tempos livres. Apesar de viver já há 14 anos em Los Angeles, Kimura não estava integrada nos modos de vida americanos e/ou ocidentais, permanecendo com “traços de uma identidade coletivista própria da sua origem asiática”³⁹. De ter em conta que, existem culturas coletivistas e individualistas, sendo que da existência destes dois modelos não decorre que há apenas dois modos de vivenciar emoções, nem que todas as pessoas que pertencem a um mesmo modelo cultural sentem e agem da mesma forma⁴⁰. Tais modelos constituem antes formas de contextualização e de diferenciação de determinadas formas de estar e pensar dos indivíduos.

SILVA DIAS⁴¹ faz um elenco das principais características apontadas às culturas coletivistas, nomeadamente: “1. Tendência para a percepção da realidade, inclusive para a caracterização de emoções, considerando as reacções e expressões dos outros, principalmente dos membros do mesmo grupo; 2. Incentivo à conformidade com as regras culturais do grupo e prescrição de sanções que reforçam essa conformidade e representam o custo do dissentimento; 3. Fomento do sentimento de pertença, designadamente através da promoção de emoções envolventes (*engaging*), que facilitam a coesão e a harmonia do grupo, e desincentivo de emoções dissolventes (*disengaging*), que ameaçam a coesão do grupo; 4. Desenvolvimento de um maior número de emoções negativas do que positivas nos contactos com outros grupos, o que cria simultaneamente maior distanciamento em relação aos grupos alheios e maior reforço da identidade interna do próprio grupo; 5. Predominância da vergonha como emoção moral, judicativa, na vida emocional dos membros do grupo e maior interferência na experiência desta emoção de factores colectivos, como a honra da família ou do grupo e a sorte de entes queridos, etc.; 6. Tendência para o processamento ritual das emoções”.

³⁸ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2013, p.58.

³⁹ V. *Ibidem*, p.64.

⁴⁰ V. *Ibidem*, p.62.

⁴¹ V. *Ibidem*, p.62.

Como denotam, Takahashi e Berger, apesar de Kimura residir nos EUA há já algum tempo, permanecia dentro da cultura japonesa no seu estilo de vida e forma de pensar, não tendo contato com a cultura americana, e vivendo consignada a uma espécie de bolha patriarcal que o marido montara⁴².

A todos os fatores acima referidos, de acrescentar também que Kimura não tinha familiares nos EUA ou outras pessoas com quem pudesse falar, de forma a conseguir apaziguar o que sentia e a reabilitar-se face ao fracasso que a assombrava como esposa e mãe⁴³. Faltou-lhe o contacto com o outro, com pessoas de referência (*significant others*), que a poderiam ter ajudado na recuperação da sua autoestima, atenuando assim o risco de cometer suicídio⁴⁴. Isto também explica a incapacidade de Kimura de gerir as suas emoções de outro modo, e a adesão ao *oyako-shinju*. A decisão tomada reflete o modo como encara o seu papel de mãe, não podendo deixar para trás os seus filhos que encara como uma extensão de si mesma, e que por isso devem partilhar de um destino comum. A humilhação e vergonha sentidas pela mãe estendem-se aos filhos, que padeceriam então de desonra e discriminação social. Daí que aqueles devessem partir com Kimura, que tentaria dessa forma redimir o seu papel de fracasso, protegendo-os e poupando-os do pudor social.

Claro que de acordo com o Direito Penal da Califórnia a atitude de Kimura é censurável, não sendo concebível o facto de uma mãe não reconhecer os seus filhos como sujeitos autónomos, dotados de vidas próprias, que mereciam viver, independentemente das dificuldades pelas quais pudessem passar. O comportamento devido e esperado por Kimura teria sido o de a mesma não implicar os seus filhos na decisão de suicídio, deixando-os para trás, respeitando assim o seu estatuto de indivíduos autónomos, mesmo que no seu entender ficassem à mercê de uma vida miserável⁴⁵.

A história de Kimura acabou por se espalhar por toda a comunidade japonesa que residia nos EUA, provocando uma reação de mobilização a seu favor. E em poucos dias foi feita uma petição com cerca de 25.000 assinaturas, apelando-se às autoridades judiciárias de Los Angeles para não perseguirem Kimura criminalmente pois a mesma apenas se tinha limitado a sentir e a reagir de acordo com um código cultural diverso

⁴² V. YOSHIMOTO TAKAHASHI/DOUGLAS BERGER, *Op. cit.*, 1996, p.252.

⁴³ V. *Ibidem*, p.64.

⁴⁴ V. YOSHIMOTO TAKAHASHI/DOUGLAS BERGER, *Op. cit.*, 1996, p.254.

⁴⁵ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2013, p.65 e s.

daquele que integra a sociedade norte-americana⁴⁶, sendo que no Japão o *oyako-shinjo* constitui um comportamento honroso que deve ser julgado com clemência⁴⁷.

Como já fora referido, Kimura foi acusada de duplo homicídio do primeiro grau, sendo que o seu advogado alegou a forte influência da bagagem cultural da jovem, e o profundo significado do *oyako-shinju*, mas não podendo valer-se apenas do argumento cultural, por este não conseguir afastar a conduta voluntária de homicídio, debateu-se para demonstrar também semi-imputabilidade de Kimura, invocando que a mesma atuou sob *temporary insanity*, uma *defense* que está prevista no ordenamento jurídico norte-americano, e em particular no Código Penal da Califórnia⁴⁸. O objetivo do advogado passava por demonstrar que a pressão exercida pela cultura de origem de Kimura, e a dificuldade em superar a angústia e a desonra que a assombravam, foram tão fortes a ponto de lhe criar um intenso desequilíbrio emocional. E esse transtorno foi por sua vez de tal ordem, que alterou profundamente as faculdades mentais da agente no momento da tomada de decisão pela prática da ação.

No caso, nove psiquiatras atestaram que Kimura padecia de *psycotic depression and delusions*, retirando tais conclusões nos sentimentos de frustração, de fracasso e perda de autoestima, bem como na incapacidade de conseguir distinguir a sua vida, da vida dos seus filhos, encarando-os como uma extensão de si mesma⁴⁹.

A estratégia montada pelo advogado acabou por vingar em sede de *plea bargaining*⁵⁰ e a imputação foi alterada de *murder* para *voluntary manslaughter*, acabando Kimura por ser condenada numa pena de 1 ano de prisão, que havia cumprido durante o tempo que aguardava julgamento, e em 5 anos de *probation* com a obrigação de se submeter a tratamento psiquiátrico⁵¹.

O advogado teve sobretudo em conta o interesse de Kimura de modo a que a mesma não sofresse uma punição grave, sendo que o recurso à *temporary insanity*

⁴⁶ V. *Ibidem*, p.58.

⁴⁷ V. FABIO BASILE, “Diritto penale e società multiculturale: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell’ordinamento statunitense”, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in *Rivista telemática*, 2009, (julho), p.6. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277850072_Diritto_penale_e_societa_multiculturale_teoria_e_prassi_della_cd_cultural_defense_nell'ordinamento_statunitense. Consultado em: 12 de fevereiro de 2019.

⁴⁸ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2013, p.57 e s.

⁴⁹ V. *Ibidem*, p.58.

⁵⁰ Instituto que teve na Common Law e que consiste numa negociação operada entre o representante do Ministério Público e o acusado, onde este último apresenta informações importantes de forma a que o primeiro possa até deixar de o acusar formalmente.

⁵¹ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2013, p.58.

permitiu alcançar uma solução mais favorável que evitasse causar mais dor e sofrimento à mãe que tinha fracassado o seu suicídio e perdido os seus dois filhos. A condenação atribuída permitiu ainda dar resposta aos anseios da comunidade japonesa residente nos EUA, que apelava pela condescendência no julgamento da imigrante.

Aquando desta decisão, importa referir que o tribunal não se preocupou em dirimir muitas questões. Não se preocupou em saber o porquê de uma relação extraconjugal, situação quotidiana na maioria das sociedades ocidentais, ter levado Kimura a sentir uma vergonha e humilhação tão profundas, ou em saber o porquê de ter decidido levar os seus filhos consigo, ou ainda em saber qual seria a lógica interna que estaria por detrás dessas reações e decisão⁵². O tribunal não se preocupou em saber se a filiação cultural da imigrante japonesa poderia explicar o seu modo de sentir e de reagir. O patrocínio pela defesa de uma demência acidental, que foi corroborada pelos relatórios psiquiátricos, e por fim adotada na sentença pelo tribunal, não explicou um aspeto preponderante para compreender a reação emocional de Kimura e o seu posterior comportamento, nomeadamente a sua identidade cultural. A supressão deste fator na sentença demonstrou uma clara incomunicação intercultural, que mesmo sendo algo recorrente, é inaceitável perante sociedades multiculturais, visto que a dimensão identitária do individuo é ignorada. Tal situação desencadeia uma incorreta realização da justiça, pois que em termos processuais “constitui uma grave omissão de pronúncia”⁵³.

1.3.1. Resolução do caso *Kimura* à luz do direito português

É comumente aceite que as pessoas não crescem e vivem em mundos uniformes, mas sim em mundos com modos de vida muito distintos, sendo que esta distância cultural gera bloqueios e distorções na apreciação, pelo julgador, das ações do agente.

No entanto, a incomunicação entre culturas não pode fazer dispensar a apreciação da mundividência singular de cada agente, respeitante ao caso concreto. E a isto acresce o facto de que, nem toda a gente que está socializada segundo o mesmo código cultural, pensa e reage, da mesma forma. Destarte, a pertença de Kimura à cultura japonesa não

⁵² V. *Ibidem*, p.59.

⁵³ V. *Ibidem*, p.59.

explica por si só, necessariamente, a morte dos seus dois filhos, visto que, muitas mães japonesas que passam por situações semelhantes não recorrem ao *oyako-shinju*, divergindo ou mesmo rompendo com os imperativos da própria cultura⁵⁴.

Daqui surge a questão de saber, se não era exigível a Kimura que fizesse o mesmo, gerindo e canalizando as suas emoções de outra forma, sobretudo porque já vivia nos EUA há 14 anos. Em causa está a apreciação das significâncias e das experiências de vida da agente, e em particular, o contacto com a cultura norte-americana, substancialmente diferente da sua. É necessário atender ao grau de integração de Kimura na sociedade de destino, verificando-se também, quais as oportunidades de integração que esta lhe proporcionou⁵⁵. Analisando-se estes fatores podemos compreender quais seriam as resistências que Kimura podia auferir para combater a vergonha e humilhação sentidas pela traição do marido.

Como já foi mencionado, apesar de Kimura viver nos EUA há algum tempo, permanecia japonesa no seu modo de pensar e no seu estilo de vida, estando isolada do contacto com a realidade norte-americana, introduzida numa “jaula” patriarcal montada pelo marido⁵⁶, sem trabalhar, nem conduzir, sem falar bem inglês, sem amigos e fora do seu suporte familiar que pudesse tê-la detido da prática do *oyako-shinju*.

Kimura permanecia emocionalmente integrada na sua cultura de origem, sendo por isso que a sua ação foi culturalmente motivada, caindo sobre a alçada do Direito Penal, a apreciação da sua responsabilidade criminal.

Independentemente do ordenamento jurídico que esteja em causa, quer o japonês, quer o norte-americano, não se discute se Kimura tem o direito de envolver os seus filhos na sua decisão pelo suicídio. O que está em causa é saber se de acordo com a sua filiação cultural, as suas significâncias pessoais, a sua conceção de boa mãe, pode Kimura ser censurada por tal decisão⁵⁷.

Sabemos que na qualificação de um facto como crime, há um confronto entre um determinado facto concreto e as características gerais dos crimes, sendo que, num primeiro confronto consideramos estar em causa o homicídio privilegiado, do art. 133.º do CP.

⁵⁴ V. *Ibidem*, p.66.

⁵⁵ V. *Ibidem*, p.67.

⁵⁶ V. YOSHIMOTO TAKAHASHI/DOUGLAS BERGER, *Op. cit.*, 1996, p.252.

⁵⁷ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2013, p.68.

A ação praticada por Kimura não releva em termos de discussão da exclusão da ilicitude, no entanto, SILVA DIAS⁵⁸ refere que poderá admitir-se um estado de necessidade existencial, por analogia com o art. 35.º, n.º 2 do CP, que poderia gerar a dispensa ou a atenuação especial da pena se se comprovasse que Kimura não tinha condições de se pautar pelas determinações do Direito, resistindo à prática cultural do *oyako-shinju*.

É necessário ter em conta que a constatação de que os códigos culturais interferem fortemente no funcionamento psicológico dos agentes, sobretudo naqueles que têm uma significância cultural fechada, não implica que o julgador tenha de encadear a decisão num sentido desculpante ou atenuante da culpa. Tanto a exculpação como a atenuação da culpa têm por base a intensidade dos motivos, e a pressão emocional que impeliram o agente a agir, mas também a sua compreensibilidade face à situação interpessoal ou social em causa. Aquilo que tem de ocorrer é a ponderação pelo tribunal da origem e identidade cultural estrangeiras do agente, aquando da sua punição.

A pressão para agir, reflexa do sentimento de desonra, é claramente mais intensa no grupo cultural de origem da agente, de acordo com a sua estrutura coletivista e patriarcal, do que na cultural norte-americana, sendo que esse aspeto tem importância na hora de graduar a culpa. No entanto, a motivação cultural neste caso concreto nunca terá importância ao ponto de tornar a atitude da agente socialmente aceitável. A motivação cultural de Kimura revela apenas elementos de compreensibilidade, que têm por base a factualidade indagada, pois tratava-se de uma mãe devotada à educação, à saúde e ao bem-estar dos seus filhos, que decidiu perpetrar o *oyako-shinju* de forma a evitar que os mesmos sofressem de orfandade e ostracismo. Apesar da ação desenvolvida ser claramente ilícita, a mesma revela ainda um sentido humano, de preocupação e afeto com os filhos, sendo que a sobrevivência de Kimura foi para ela a penitência mais severa que poderia padecer. Por isso, tais fatores fazem com que seja possível considerar a motivação cultural como atenuante da culpa ou como desculpante, tal como referimos supra, visto estar em causa uma solução, que tal como também refere SILVA DIAS⁵⁹, tem fundamento no Direito Penal da culpa.

Em suma, a solução apresentada atenta na diferença requerida pela ética cultural aquando da apreciação da responsabilidade jurídico-penal do forasteiro, sendo claro que

⁵⁸ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.443.

⁵⁹ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2013, p.80.

a motivação cultural não conduz direta ou necessariamente a uma solução de atenuação da culpa ou de exculpação do agente. Em causa estará a atendibilidade ética da regra cultural realizada pelo agente, e ainda a pressão que o seu código cultural de origem exerce sobre si, tendo em conta todas as significâncias de vida por ele experienciadas.

Capítulo II

1. A prova cultural

1.1. O conceito de cultura

Quanto mais amplo e indeterminado for o conceito de cultura adotado, mais fácil será classificar determinados factos como crimes culturalmente motivados, e mais fácil será também para os arguidos invocar as chamadas *cultural defenses*, como argumentos de defesa baseados na pertença cultural do indivíduo. No entanto, esta situação pode desencadear insegurança jurídica, conduzindo a uma ampliação arbitrária da lei penal, e a uma colisão com as exigências de prova e de formação da convicção do juiz no processo penal⁶⁰.

O vocábulo cultura apresenta uma vasta variedade semântica, servindo usualmente para designar tudo o que é expressão artística, literária, musical, desportiva, gastronómica, etc., de um universo mais ou menos vasto de pessoas unidas por laços históricos e linguísticos, podendo abranger também a religião e o modo de ser, organizar e manifestar de determinados grupos ou comunidades⁶¹.

O significado de cultura necessita de ser clarificado sobretudo tendo em conta que um arguido forasteiro pode afirmar em juízo que a prática de um facto penalmente relevante teve por base a exigência ou a permissão dos usos, práticas e tradições do grupo cultural a que pertence.

Tal como a maior parte da doutrina penal, também por nós será adotado um conceito de cultura antropológico. Assim sendo, a cultura é entendida como um “complexo simbólico”⁶², “um fundo acumulado de símbolos significantes”⁶³, composto por usos, costumes, crenças, tradições e língua, pertencente a um grupo de indivíduos que pode ser mais ou menos vasto. Este grupo de indivíduos identifica-se e compreende-se mutuamente, interpretando o mundo da mesma forma, comunicando entre si e mantendo uma coesão interna que perdura no tempo.

⁶⁰ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.99.

⁶¹ V. *Ibidem*, p.99.

⁶² V. *Ibidem*, p.101.

⁶³ V. CLIFFORD GEERTZ, *The interpretation of cultures*, ed. Basic Books, 1973, p.43 e ss.

As regras que ditam uma certa cultura, aprovam, reprovam, impõem ou toleram determinados comportamentos e modos de vida, através de sanções e recompensas, sendo que o estado psíquico dos indivíduos, nomeadamente as suas emoções, intelecto e valorações, também são substancialmente importantes. No entanto, o estado psíquico dos indivíduos apenas consegue operar através traços gerais dotados de significado. É fácil comprovar que um indivíduo saiu de casa, caminhou pela rua e furtou uma carteira de uma senhora que ali passava, já não é tão fácil assim, comprovar que aquele indivíduo praticou aquela ação movido pelo medo, pelo desespero, ou até mesmo por estar transtornado. Mas os estados psíquicos, internos e subjetivos dos indivíduos são especialmente importantes para compreender a motivação cultural e o modo como a mesma pressiona e influência o agente a praticar o facto⁶⁴.

É muito usual utilizar-se os termos cultura e religião de forma indiferenciada para explicar determinados comportamentos, no entanto, importa referir que cultura e religião não são o mesmo, pois que a religião passa pela interpretação de escrituras ou textos sagrados, que são depois articulados de forma transcendente e enfatizados com devoção e fé. Em termos de escolha do ser humano, é mais fácil escolher uma determinada religião, do que propriamente uma determinada cultura.

Podemos verificar que cada país tem uma cultura diferente, e que mesmo dentro das suas fronteiras podem existir inúmeras e variadas culturas. Se pensarmos de uma forma bastante condensada, podemos dizer que a cultura é o conjunto de informações e de conhecimentos adquiridos por aprendizagem social. A cultura não é algo congénito, mas sim algo que se aprende, pois podemos nascer programados para aprender, mas não nascemos na posse de um conjunto de informações e conhecimentos a que chamamos cultura. A aquisição de uma determinada cultura acontece quando alguém é instruído e educado por outras pessoas, que por sua vez já foram instruídas e educadas de acordo com essa mesma cultura, visto que a transmissão cultural é um processo social, precisando-se uns dos outros para aprender.

Aquilo que é expetante é que os indivíduos se pautem pela cultura onde nasceram, e onde ficaram inseridos. Mas o mesmo pode não acontecer, sendo possível a renúncia a tais padrões culturais por razões variadas, como por exemplo a sua identificação com

⁶⁴ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.103; JAMES DONOVAN, *Legal Anthropology: an introduction*, AltaMira Press, 2008, p.226 e s.

outros tipos de padrões culturais⁶⁵. Apesar do ser humano ser programado para aprender, adquirindo assim que nasce um conjunto de comportamentos de base instintiva e estereotipada, criando a nefasta possibilidade de agir de acordo com normas e padrões de comportamento aprendidos, pode sempre vir a modificar as aprendizagens já efetuadas – está aqui em causa a capacidade de adaptação cultural dos indivíduos.

Existe possibilidade de escolha entre diversas culturas pois não existe uma cultura universal. O que existe em todo o lado são traços culturais, nomeadamente valores e crenças, sendo que podemos somente dizer que existem entidades humanas universais presentes em todas as culturas, tal como é a alimentação ou o casamento.

Em suma, a definição do conceito de cultura permite obter um instrumento de trabalho que possibilita a identificação da motivação cultural que está por detrás de qualquer situação da vida, havendo no entanto espaço para discutir cada caso de forma singular⁶⁶.

1.1.1. Cultura e identidade pessoal

Esclarecido o conceito antropológico de cultura, importa agora estabelecer uma interligação entre a cultura e a identidade pessoal, sobretudo tendo em conta o papel que aquela desempenha na formação desta.

A identidade de algo ou de alguém passa pelo conjunto de elementos que o constituem, e que por isso o singularizam e diferenciam perante os demais. Apontamos como elementos constituintes da identidade pessoal o corpo vivo, a consciência de si-mesmo e a capacidade de comunicação social com os outros⁶⁷. O conceito de identidade pode abranger além do indivíduo, também os grupos, correspondendo neste caso ao modo como os grupos se definem e posicionam reciprocamente no processo de interação social. É através da identidade, e dos seus elementos que cada grupo, enquanto unidade social,

⁶⁵ Entenda-se por padrões culturais o conjunto de comportamentos relativamente estáveis que caracterizam os membros de uma determinada cultura. Estes permitem estabelecer alguma previsibilidade nos comportamentos esperados dos indivíduos enquanto membros de uma determinada sociedade.

⁶⁶ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.112; JEROEN VAN BROECK, *Op. Cit.*, 2001, p.9 e 10.

⁶⁷ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. Cit.*, 2017, p.114.

protagoniza a relação nós/eles⁶⁸. Nos grupos existe uma interação de pessoas regulada por determinados valores e normas, assegurados por uma relativa estabilidade, coesão e permanência, orientada por aspirações, sentimentos e objetivos comuns que permitem a cada membro referir-se aos outros como “nós”.

A cultura não é uma entidade inflexível e estática, mas sim uma realidade dinâmica que assiste a contínuas alterações, marcadas por permanentes processos de construção, destruição e reconstrução, que são impulsionados pelos contactos externos e pelo confronto com os ideais internos. É claro está que os elementos que constituem a identidade também não são estáticos, sendo construídos ao longo do tempo através de uma dialética constante de autodefinição conjugada com atribuição alheia. A interação social entre os indivíduos faz com que os mesmos se influenciem e sejam influenciados uns pelos outros, através de ligações sociais que se estabelecem entre grupos de natureza étnica, religiosa, profissional, etc. A influência social ocorre quando acontecem modificações comportamentais suscitadas pela pressão de determinados agentes sociais, sendo que este processo é sempre individual. Temos de ter em conta que, se determinados modos de agir e de pensar podem alterar o nosso comportamento, também “nós” podemos provocar alterações de comportamento nos outros. Como denota VINCENT DE GAULEJAC⁶⁹ o desenvolvimento da identidade individual ocorre entre a sujeição a fatores de ordem social e genética e a autonomia de escolhas do “eu” enquanto delineador da sua vida. A formação da identidade não é explicada apenas com base num só fator, como seria por exemplo, o fator educativo ou o fator genético, sendo que muitas vezes é a forma como o indivíduo anseia ser, e como interpreta as situações por si vividas que dita o seu modo de reagir e de pensar. Isto quer dizer que existe um fator subjetivo, baseado na autonomia e na liberdade de escolha dos indivíduos, que faz com que num mesmo contexto social existam diversas formas de ser, estar e pensar.

É necessário esclarecer que os grupos identitários não têm todos o mesmo tipo de influência perante a identidade individual, daí que não deva existir desprezo ou indiferença pela apreciação do ser humano em si, para além do grupo cultural onde se insere. O uso de estereótipos os preconceitos acabam por colocar todos os indivíduos dentro de uma mesma bolha, sem sequer lhes ser conferida a hipótese de interpretação do seu modo de pensar e de reagir. Os estereótipos são a base dos preconceitos, onde

⁶⁸ V. DENYS CUCHE, *A noção de cultura nas ciências sociais*, Fim de Século, 1999, p.124.

⁶⁹ V. VINCENT DE GAULEJAC, *Qui est 'je?', du Seuil, 2009.*

formamos ideias simplistas acerca de determinadas pessoas, que podem mesmo conduzir a discriminações individuais, e em último caso de determinados grupos. De referir que mesmo que nem todos os estereótipos sejam negativos acabam sempre por conduzir a distorções da realidade, visto que, ignoram a diversidade existente no seio dos grupos sociais, promovendo perceções incorretas dos indivíduos que os integram. Existe um impedimento à consideração dos membros de grupos diversos do nosso, enquanto singulares, tratando-se cada elemento como se fosse mais uma reprodução das características do grupo. Em suma, os estereótipos acabam por limitar excessivamente as nossas expectativas quanto às atitudes dos membros do grupo estereotipado, sendo que tal ocorre frequentemente perante os forasteiros.

Muitos dos agentes de crimes culturalmente motivados dos casos que analisámos, vivem no país de destino já há algum tempo e muitos deles pertencem a uma socialização em comunidades coletivistas, patriarcais, onde existe uma acentuada desigualdade entre homem e mulher e onde se reproduzem várias regras e práticas culturais ancestrais, sendo que quanto menor for o contacto com as vivências da sociedade de destino, menor será o espaço de manobra em que as escolhas individuais podem operar, menor será a capacidade crítica de as analisar e menor será o controlo individual sobre a própria identidade cultural⁷⁰. No entanto, não nos podemos esquecer que a cultura não existe por ela própria. A mesma é influenciada por estratégias políticas e económicas, fatores estes que condicionam os seres humanos, e que fazem com que a cultura perca a autonomia e o poder de ser causa determinante das ações dos indivíduos. Além do mais cada cultura inclui diversas correntes de pensamento, por vezes até conflitantes, e está sujeita a interpretações divergentes, sendo que por isso nunca é confrontada pelos seus membros de forma homogénea e coesa. Portanto, é deixado espaço aos indivíduos para lhe resistirem, e não serem por ela esmagados⁷¹.

Em suma, a pertença a um grupo identitário fomenta e condiciona as escolhas individuais, mas não retira a capacidade aos indivíduos de questionarem e refletirem essa filiação. No entanto, a autonomia e o exercício da capacidade crítica dependem das características dos grupos de pertença, da sua menor ou maior abertura à mudança, das experiências singulares de cada um, da existência de constrangimentos sociais, das

⁷⁰ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. Cit.*, 2017, p.122.

⁷¹ V. BHIKHU PAREKH, *Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory*, 2ª ed., Palgrave Macmillan, 2006, p.157.

oportunidades de integração que as sociedades de destino proporcionam, etc., fatores estes que nem sempre se encontram na disponibilidade dos indivíduos. Tudo isto demonstra que é necessariamente obrigatório analisar e interpretar o caso singular e a pessoa do agente⁷². A identidade pessoal constrói-se a partir da realidade social vivenciada, e essa realidade social é integrada pela cultura, no sentido antropológico atrás referido, sendo que é a partir dela que vão surgindo os processos de identificação e diferenciação típicos da identidade cultural⁷³.

1.1.2. A diversidade cultural e o reconhecimento do outro

Alguns dos anseios de uma sociedade multicultural estão ligados com o respeito à diversidade, ao alcance da equidade e ao reconhecimento do outro, como um indivíduo igual com particularidades na sua forma de encarar o mundo. A globalização tornou o mito de um Estado culturalmente homogêneo ainda mais irreal, forçando as nações a tornarem-se mais abertas ao pluralismo e à diversidade⁷⁴. Numa sociedade democrática multicultural interagem identidades individuais e coletivas que procuram a coesão e a cooperação no respeito pelas diferenças de cada ser humano, mas também por valores e normas comuns⁷⁵. Como refere DWORKIN⁷⁶ o princípio da igualdade implica que se trate igual aquele que é igual, mas tratar outro como igual pode implicar o respeito pela sua diferença, sobretudo quando o tratamento diferenciado é fundamental para que aquele outro seja colocado em plano de igualdade para com os demais.

As relações de reconhecimento do outro podem assumir socialmente várias formas, como as relações cara-a-cara, no amor, na amizade, nos encontros pessoais, ou as relações entre contemporâneos, como as que ocorrem nas relações jurídicas, onde os

⁷² V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. Cit.*, 2017, p.123; JERÓNIMO CUNHA, *Das leis, dos tribunais e das diferenças culturais*, in Cunha (org.), *Do crime e do castigo – temas e debates contemporâneos*, Mundos Sociais, 2015 p.12 e s.

⁷³ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. Cit.*, 2017, p.127; DENYS CUCHE, *Op. cit.*, 1999, p.128.

⁷⁴ V. WILL KYMLICKA, *Ciudadania multicultural: una teoria liberal de los derechos de las minorias*, Barcelona: Paidós, 1996, p.9.

⁷⁵ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.135.

⁷⁶ V. RONALD DWORKIN, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1977, p.277.

papéis e as identidades desempenham uma importante função comunicativa⁷⁷. O reconhecimento assenta na reciprocidade, sendo que o modo como as pessoas se autocompreendem é fortemente influenciado pelo modo como os outros os veem e tratam. Quando um determinado grupo ou indivíduo não afigura o devido reconhecimento e é discriminado, humilhado ou desonrado através de uma expressão tem tendência a interiorizar uma imagem correspondente a essas palavras, a perder autoestima, a desenvolver uma identidade negativa, que pode causar ressentimentos contra o grupo dominante, e em casos extremos a desenvolver comportamentos de identidade hostis⁷⁸. A frustração e o ressentimento das vítimas faz com que não se alcance uma convivência pacífica entre os vários indivíduos ou grupos integrantes da sociedade.

Quando um estrangeiro chega ao país de destino traz consigo as formas de vivência da sua comunidade de origem, sendo que o esquema compreensivo que dispõe é inadequado para interpretar a realidade distinta subjacente à sociedade de destino. O forasteiro não consegue converter todas as coordenadas de uma sociedade para a outra, acabando por lhe provocar situações de confusão e desorientação, que serão tanto maiores quanto maior for a distância entre as duas sociedades. Os membros da sociedade de destino não passam por este sistema de compreensão e interpretação visto que se encontram integrados nas normas e valores pelas quais a sua sociedade se rege. Já os estrangeiros acabam por viver na fronteira entre dois modelos de vivência diversos, tornando-se híbridos culturais⁷⁹. E se às dificuldades de percepção e adaptação à nova sociedade juntarmos as dificuldades económicas e sociais com que se vão deparar, podemos verificar um quadro de desigualdade visível para quem vem pedir acolhimento⁸⁰.

Em termos de uma postura cívica e multicultural o reconhecimento implica que os membros da sociedade recetora tenham a hospitalidade e o cuidado de tentar compreender os usos, as crenças e as tradições nas quais o forasteiro se filia e com as quais se identifica, procurando estabelecer um diálogo intercultural de compreensão e discussão de vivências. E implica ainda que exista um cuidado em perceber quais são as

⁷⁷ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.138; ALFRED SCHÜTZ, *The phenomenology of the social world*, Northwestern Uni. Press, Evanston (Illinois), 1967, p.181 e ss.

⁷⁸ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.138; CHARLES TAYLOR, *The politics of recognition*, in AMY GUTMANN (ed.), *Multiculturalism and 'the politics of recognition'*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1992, p.64 e s.; DENYS CUCHE, *Op. cit.*, 1999, p.136.

⁷⁹ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.140; ALFRED SCHÜTZ, *The stranger: na essay in social psychology*, in *Collected Papers, II – Studies in Social Theory*, Martinus Nijhoff, 1976, p.99 e ss.

⁸⁰ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.141.

condições de vida a que o forasteiro esteve sujeito, bem como quais as condições com que o mesmo se irá deparar, pois é comum, que no país de destino muitos deles enfrentem situações de pobreza e exclusão, sendo que estas situações conduzem à negação do reconhecimento e conseqüentemente à não realização pessoal⁸¹.

Mas claro que o forasteiro também tem de estar disposto a integrar-se, pois o reconhecimento é recíproco, tendo de existir um esforço da sua parte para se incluir socialmente no país de destino. No fundo, deverá ser desenvolvida uma aprendizagem da língua, das tradições, da história, de modo a que se viabilize o conhecimento dos modos de vida do país de acolhimento. Não se trata de uma forma de imposição de valores e costumes, mas sim de uma forma de promover e facilitar a integração e o desenvolvimento de melhores condições de vida.

Em suma, uma sociedade democrática impele um sistema em que haja a “inclusão do outro”, não podendo de forma alguma ficar cega perante desigualdades sociais e diferenças culturais. Os estados recetores devem proporcionar aos forasteiros garantias que lhe permitam exercer os seus direitos livremente, sem discriminações de raça, sexo, língua e religião. E não podemos esquecer que todos nós nascemos, crescemos e vivemos inseridos em redes que influenciam ampla e diretamente o nosso modo de agir e pensar, sendo que o indivíduo que vem de fora e desconhece os modos de vida do país de destino não pode ser tratado como estranho, nem como idêntico, tendo antes de fazer parte de uma política de reconhecimento e integração. Tal como refere KÖHLER⁸² o estrangeiro deverá respeitar as regras jurídicas constitutivas da sociedade liberal e a sociedade tem de se pautar por uma maior tolerância religiosa e cultural⁸³.

⁸¹ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.141.

⁸² MICHAEL KÖHLER, *Strafrecht, AT*, Springer, 1997, p.435.

⁸³ Sobre a tolerância V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.160 e ss., onde se evidencia o papel da mesma no reconhecimento recíproco, como expressão da atitude de quem suporta uma situação com a qual discorda, ou que considera condenável, tendo-se sempre por presente que/ não significa o apreço ou a aceitação de uma cultura diversa.

1.2. A prova cultural e a intervenção do Direito Penal

A pena é aplicada pelo tribunal como reação a um dano. E quanto mais grave for esse dano, mais elevado será o limite máximo da moldura penal e mais grave será tendencialmente, e apenas tendencialmente por razões que têm a ver com a culpa, a pena concretamente aplicada. Nem todos os comportamentos danosos praticados com culpa coadunam na atribuição de uma pena. No plano aplicativo pode haver crime e culpa sem pena, mas já não pode haver pena sem crime e culpa. A condenação existe como forma de reação ao dano causado pelo crime na vítima e na sociedade, advertindo ao agente uma censura e transmitindo a mensagem à coletividade de que a conduta negativa por aquele praticada não vingará.

Práticas como a mutilação genital feminina praticada sobre uma criança, ou como homicídio da mulher, filha ou irmã por motivo de honra familiar embora sejam determinados pela identidade cultural do agente são claramente comportamentos intoleráveis, pois produzem um dano grave em bens jurídicos como a liberdade sexual, a integridade física, e a vida⁸⁴.

O reconhecimento recíproco estabelece os limites da tolerância perante as práticas culturais dos estrangeiros, reconstitui o dano penal causado e correlativamente, as funções da pena, e estabelece os limites da atribuição da responsabilidade penal⁸⁵. Aquando do apuramento da responsabilidade, a desconsideração do fator cultural que conduziu à prática do facto faz com que o agente não seja respeitado como pessoa jurídica. Se o fator cultural que foi motivo para agir, e que explica a ação realizada, não for tido em conta na apreciação da punibilidade as legítimas expectativas de reconhecimento serão defraudadas⁸⁶. Logo, a decisão penal deve observar os princípios da igualdade e da justiça individualizada⁸⁷, considerando assim a diferença cultural do agente.

⁸⁴ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.171.

⁸⁵ V. *Ibidem*, p.187.

⁸⁶ V. *Ibidem*, p.188.

⁸⁷ Nomeadamente uma justiça que tem em consideração as particularidades do caso concreto, v. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.188, e em particular a nota 512.

1.2.1. Identificação de um facto como culturalmente motivado

Na qualificação de um facto como crime exige-se o confronto entre um determinado facto concreto e as características gerais dos crimes⁸⁸. No entanto, aquando da identificação de um crime como culturalmente motivado está ultrapassada a questão de estarmos perante uma conduta penalmente relevante ou não.

Já sabemos que existe fundamento para a ação punitiva, pois existe um dano penal, ou seja, uma afetação grave de um bem jurídico dotado de referente pessoal, e existe também culpa penal, que se traduz no juízo de censura pessoal do agente.

Portanto, o que interessa então saber é se a ação desencadeada pelo agente pode ser ou não qualificada como culturalmente motivada.

1.2.1.1. A motivação cultural

Tendo em conta a natureza da justiça penal individualizada existe a necessidade de contextualização e comprovação da ocorrência de um facto culturalmente motivado. Trata-se de uma consequência do carácter pessoal da responsabilidade penal, e das exigências de culpa, que se refletem desde logo na recolha e caracterização dos factos que serão objeto do processo, e sujeitos a análise dogmática. Para tal qualificação o aplicador deve ter em conta todos os aspetos e elementos relevantes do caso concreto⁸⁹.

Aquilo que intérprete/aplicador deve começar por comprovar é a existência de uma *cultural offense* ou facto culturalmente motivado, para que depois possa projetar tal conclusão na análise e valoração da conduta do agente.

Primeiramente deve ser identificado o comportamento penalmente relevante como culturalmente motivado, ou seja, desencadeado por um uso, costume ou tradição enraizado nos hábitos de vida do agente. Não está em causa ainda a relevância penal do

⁸⁸ V. MARIA FERNANDA PALMA, *A teoria do crime como teoria da decisão penal e o Direito da Investigação Criminal*, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Almedina, 2014, p.20.

⁸⁹ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.192.

comportamento, mas sim a sua identificação como *cultural offense*⁹⁰. Têm de ser apurados os moldes em que a motivação cultural pode revelar no comportamento lesivo ocorrido. Devemos ter em conta que os motivos são o que move o indivíduo, ou seja, a razão ser do seu comportamento, sendo que a motivação é um processo dinâmico constituído por um conjunto de fatores ou motivos que ativam, sustentam e dirigem o comportamento para um determinado objetivo, que está ligado à satisfação das necessidades do agente. E é nesse conjunto de fatores que serão incluídos também os fatores culturais.

Se, entretanto, não ficar comprovado que a ação foi desencadeada por um fator cultural, ficará precluída a viabilidade de o arguido vir a invocar uma *cultural defense*⁹¹.

É necessário ter em conta que para a verificação da existência de uma efetiva motivação cultural, aquando da prática do facto, dever-se-á averiguar se o agente é membro de um grupo etnocultural, e se o uso, costume ou tradição que serviu de base à sua motivação faz parte da cultura desse grupo. Portanto, é necessário relacionar a motivação com a cultura que o agente reivindica⁹². Não está em causa uma avaliação do mero estado psicológico do agente adjacente à vontade e aos motivos que o orientarem, mas sim uma avaliação do seu comportamento de forma global, tendo-se em conta as suas atitudes e as circunstâncias em que atuou⁹³.

De seguida importa comunicar com alguns membros do grupo etnocultural a que o agente pertence, sobretudo com pessoas que desempenhem papéis preponderantes ou ocupem posições de prestígio. Desta forma será possível perceber se os membros desse grupo etnocultural consideram ou não culturalmente vinculante o uso, costume ou tradição desenvolvido pelo agente. Só desta forma se conseguirá verdadeiramente aceder ao *background* cultural do agente, de forma a poder perceber o que o levou a agir⁹⁴.

⁹⁰ V. *Ibidem*, p.188.

⁹¹ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.30.

⁹² V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.189; ALISON RENTELN, *The use and abuse of the cultural defense*, in FOLETS/RENTEN (ed.), *Multicultural jurisprudence: comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford and Portland Oregon, 2009, p.64; JEROEN VAN BROECK, *Op. cit.*, 2001, p.23.

⁹³ V. CRISTINA DE MAGLIE, *Premesse ad uno studio su società multiculturali e Diritto Penale*, in HASSEMER/KEMPF/MOCCIA (Hrsg.), *In dubio pro libertate – Festschrift für Klaus Volk*, Beck, 2009, p.144 e s.

⁹⁴ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.190; JEROEN VAN BROECK, *Op. cit.*, 2001, p.23; CRISTINA DE MAGLIE, *Op. cit.*, 2009, p.144 e s.

Para além disto, é fundamental solicitar a realização de uma perícia, composta a título de exemplo, por peritos qualificados, nomeadamente intérpretes, antropólogos, etnólogos, psicólogos, psiquiatras, etnopsiquiatras, de forma a conseguir indagar os modos de vida subjacentes à cultura de origem do agente, e a possibilitar uma interpretação do seu modo de pensar e agir⁹⁵.

Destarte, o testemunho prestado por membros do grupo que ocupem uma posição preponderante e de prestígio, e a opinião dos peritos qualificados são instrumentos fundamentais para o esclarecer se o grupo etnocultural impõe, aprova ou desconsidera a ação praticada pelo agente⁹⁶. Se os membros do grupo etnocultural a que o agente pertence não compreenderem a ação por ele praticada, não parece haver fundamento para aclamar a um crime culturalmente motivado.

Alguma doutrina⁹⁷ refere ainda que devemos ter em conta o grau de divergência entre a cultura do agente e a cultura dominante subjacente ao país de acolhimento. No entanto, não nos parece que o maior ou menor distanciamento relativamente às valorações da ordem jurídica de destino deva ser tido em conta na verificação da existência de um crime culturalmente motivado, sendo antes um elemento importante para ter em conta aquando da graduação da responsabilidade do agente⁹⁸.

SILVA DIAS⁹⁹ faz referência a um outro critério que permite verificar se o facto foi ou não cometido de acordo com uma motivação cultural, nomeadamente a verificação da tentativa de integração do agente no país de acolhimento, que evidência qual a pressão

⁹⁵ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.190 e s.

⁹⁶ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.191; MICHAEL KARYANNI, “Adjudicating culture”, in *Osgoode Hall Law Journal*, 47, 2009, p.382 e s. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1153&context=ohlj>. Consultado em: 25 de março de 2019. Neste artigo é feita uma referência a um inquérito realizado em 2005 junto dos membros da minoria árabe residente em Israel sobre vários temas, entre os quais os chamados homicídios por motivos de honra. Relativamente ao homicídio de mulheres realizado por motivo de honra constatou-se que 25,1% dos homens expressam “compreensão” e 12,8% “forte compreensão”, e que 13% das mulheres expressam “compreensão” e 9,1% “forte compreensão”. Portanto, esmagadora maioria das pessoas inquiridas não compreende o motivo dessa espécie de homicídio.

⁹⁷ V. JEROEN VAN BROECK, *Op. cit.*, 2001, p.23; TOM FRISCHKNECHT, “Kultureller Rabatt”: *Überlegungen zu Strafausschluss und Strafermässigung bei kultureller Differenz*, Haupt, 2009, p.261; CRISTINA DE MAGLIE, *Op. cit.*, 2009, p.144 e s.; CRISTINA DE MAGLIE, *Società multiculturali e scriminanti*, in DONINI/ORLANDI, *Il penale nella società dei diritti*, Bononia University Press, 2010, p.81; CIRO GRANDI, “A proposito di reati culturalmente motivati”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011, (3 ottobre), p.13 e ss. Disponível em <https://www.penalecontemporaneo.it/d/897-a-proposito-di-reati-culturalmente-motivati>. Consultado em: 17 de fevereiro de 2019.

⁹⁸ Neste sentido, v. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.191 e s.

⁹⁹ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.192; TOM FRISCHKNECHT, *Op. cit.*, 2009, p.349; CRISTINA DE MAGLIE, *Op. cit.*, 2010, p.83 e 84.; CIRO GRANDI, *Op. cit.*, 2011, p.13 e ss.

que a regra cultural, do país de origem, continua a exercer sobre ele. No entanto, consideramos que também aqui, estão em causa fatores a ter em conta aquando da graduação da medida da pena, tal como acontece, com o tempo de permanência do agente no país de destino, a profissão que lá exerce, o contacto com pessoas dessa comunidade, o maior ou menor domínio da língua lá falada, entre outros.

1.2.2. A produção da prova cultural

Para densificar e aumentar o grau de convicção da prova cultural, as autoridades judiciárias europeias e norte-americanas valem-se frequentemente das declarações de membros do grupo cultural de origem do agente, bem como de pareceres de peritos qualificados. Mas, o contributo destas pessoas tem de ser carreado para o processo em termos de prova, nomeadamente em termos de prova cultural.

A invocação pela defesa do arguido, que o facto concreto é culturalmente motivado tem como propósito o tratamento penalmente favorável do agente, afastando ou atenuando a sua responsabilidade. E importa desde já referir que a efetivação de tal propósito só se verificará através do recurso a meios de prova idóneos.

Tendo sempre por base o princípio da legalidade da prova, previsto no art. 125.º do CPP (doravante CPP), consideramos que os meios de prova idóneos para fazer valer a prova cultural são a prova pericial, art. 151.º e ss. do CPP, e a prova testemunhal, art. 128.º e ss. do CPP.

Podem ser inquiridas como testemunhas, por exemplo, os membros do grupo etnocultural do agente que ocupem uma posição de prestígio, mas também familiares e outras pessoas com quem aquele mantenham algum tipo de convivência, e que possam contribuir para traçar quer o seu perfil, quer os seus hábitos de vida. Através dos princípios da imediação e do contraditório, o julgador poderá testar a fiabilidade daquilo que está a ser comunicado pelas testemunhas, de forma a tentar compreender qual a motivação cultural que esteve por detrás do comportamento do agente.

Quanto à perícia, podemos dizer que está em causa uma perícia cultural¹⁰⁰. Para ser possível indagar os modos de vida do grupo cultural a que o agente pertence, são necessários conhecimentos especiais, os quais poderão ser trazidos ao processo através de peritos qualificados. A opinião de antropólogos e etnólogos com investigações realizadas no grupo de pertença do agente tem grande utilidade para perceber de que forma é que o fator cultural o pressionou a agir. Peritos como intérpretes, antropólogos, etnólogos, não são intervenientes habituais no processo penal português, sendo que o regime da prova pericial dos arts. 151.º e ss do CPP não foi concebido a pensar neles¹⁰¹, mas de acordo SILVA DIAS parece-nos que nada neste regime impede que os mesmos assumam o estatuto processual de peritos¹⁰². O regime legal da prova pericial será idóneo naquelas situações em que a prova carece de conhecimentos específicos, que pela sua particularidade estão fora do domínio cognitivo comum do julgador. E tendo em conta a sua natureza específica, a apreensão e perceção de conhecimentos das áreas da antropologia, psicologia, e de outras áreas das ciências sociais serão uma tarefa idoneamente incumbida à prova pericial¹⁰³.

¹⁰⁰ Sobre a perícia cultural v. GORDON WOODMAN, *The culture defense in English common Law: the potential for development*, in FOLETS/RENTELN (ed.), *Multicultural jurisprudence: comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford and Portland Oregon, 2009, p.32 e 33; ALISON RENTELN, *Op. cit.*, 2009, p.81 e 82; JOHN CAUGHEY, *The anthropologist as expert witness: the case of a murder in Maine*, in FOLETS/RENTELN (ed.), *Multicultural Jurisprudence: comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford and Portland Oregon, 2009, p.321 e ss.; TOM FRISCHKNECHT, *Op. cit.*, 2009, p.259 e ss., que tende a limitar a função dos pareceres antropológicos como complemento dos pareceres psiquiátricos; AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2014, p. 101 e ss.; ANTHONY GOOD, “Cultural evidence in courts of law”, in *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 2008, p.547 e ss. Disponível em: <https://rai.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9655.2008.00492.x>. Consultado em: 10 de fevereiro de 2019 ; JAMES CONNELI, III, *Using cultural experts*, in RAMIREZ (ed.), *Cultural issues criminal defense*, 2ª ed., Juris Publishing, Inc., 2007, p.468 e ss.; CHRISTIAN GIORDANO, *Las infracciones penales y las lógicas culturales: el antropólogo en los tribunales*, in *Anuario de Derecho Penal*, 2010, p.357 e ss. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-infracciones-penales-y-las-logicas-culturales-el-antropologo-en-los-tribunales/>. Consultado em: 15 de fevereiro de 2019; OLIVIER THORMANN, “El peritaje judicial: reflexiones en el context del Derecho Penal y de las culturas”, in *Anuario de Derecho Penal*, 2010, p. 312 e ss. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/research/el-peritaje-judicial-reflexiones-en-el-contexto-del-derecho-penal-y-de-las-culturas/>. Consultado em: 21 de fevereiro de 2019; ESTHER SANCHEZ BOTERO, *El peritaje antropológico: justiça en clave cultural*, GTZ, 2010; MANUEL JESÚS MOREIRA, “La perícia antropológica en los conflictos judiciales de los pueblos originários”, in *Voces en el Fénix*, n.º 25, 2013, p.56 e ss. Disponível em <http://www.vocesenelfenix.com/content/la-pericia-antropol%C3%B3gica-en-los-conflictos-judiciales-de-los-pueblos-originarios>. Consultado em 23 de março de 2019; BALDASSARE PASTORE, *Identità culturale, conflitti normativi e processo penale*, in PASTORE/LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, 2008, p.34 e ss.; JERÓNIMO CUNHA, *Op. Cit.*, 2015, p.13.

¹⁰¹ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2015, p.105.

¹⁰² V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2015, p.105; AUGUSTO SILVA DIAS, *O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências*, in BELEZA/CAEIRO/PINTO (orgs.), *Multiculturalismo e Direito Penal*, Almedina, 2014, p.27 e 28.

¹⁰³ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2015, p.105; CHRISTIAN GIORDANO, *Op. Cit.*, 2010, p.360 e 361.

A convocação de antropólogos, etnólogos, psicólogos, incluindo psicólogos transculturais, psiquiatras¹⁰⁴, etnopsiquiatras, entre outros, permitirá ao “juiz leigo” munir-se de conhecimentos específicos que o tornem num “juiz estrangeiro”. A imputação requer que haja um processo comunicativo entre as valorações de Direito e as significações que levaram o agente a agir, sendo que quando estão em causa factos culturalmente motivados é necessário atenuar as distâncias significativas, pois o julgador embora esteja perante um agente com uma cultura distinta da sua, continua a atuar dentro do registo de significâncias culturais que conhece. Mas, se o agente do caso concreto é um forasteiro, o julgador pode ficar exposto a uma situação de total incompreensão de comportamentos, incompreensão esta que se manifesta frequentemente no erro de projeção¹⁰⁵. Este erro funda-se em dois requisitos, nomeadamente a constatação de que o comportamento do forasteiro se assemelha de alguma forma com comportamentos praticados por pessoas da cultura do intérprete/julgador, e o desconhecimento da motivação cultural que levou o forasteiro a agir¹⁰⁶. O erro de projeção ocorre quando se tem em conta as similitudes externas das ações, descurando-se as diferenças internas dos agentes provenientes de códigos culturais diversos.

É necessário ter em conta que, considerando o perfil médio dos juízes, é pouco provável que os mesmos tenham adquirido, por experiência própria ou através de formação profissional, conhecimentos específicos suficientes que os tornem juízes capazes de vencer a distância e a estranheza que a cultura do agente representa para si.

Assim, de forma a restabelecer o processo comunicativo do “juiz leigo” com as representações culturais do agente, deve munir-se o aquele de uma “competência intercultural”, sendo que tal ocorrerá através da prova testemunhal e da prova pericial, que permitirão ao juiz compreender até que ponto a motivação cultural invocada pelo agente influenciou a sua ação, ou ao invés, não passa de um engenho ardiloso para tentar alcançar a absolvição ou uma punição menos severa¹⁰⁷.

Em suma, a prova cultural é fundamental para permitir a realização da justiça penal, tendo sobretudo em conta os princípios da igualdade e da culpa, princípios estes que obrigam à realização da prova testemunhal e da prova pericial de forma a dotar o juiz

¹⁰⁴ Sobre a perícia psiquiátrica v. FABIO BASILE, *Op. Cit.*, 2010, p.192, nota 62.

¹⁰⁵ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2015, p.102 e 103.

¹⁰⁶ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2015, p.102 e 103; JOHN COOK, *Morality and cultural differences*, Oxford University Press, 1999, p.89 e ss.

¹⁰⁷ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2015, p.103.

de conhecimentos específicos e especializados sobre o modo de pensar e de agir subjacente à realidade cultural pela qual o agente se pautou¹⁰⁸. Estes meios de prova possibilitarão ao juiz dissipar o seu estado de incompreensão face à motivação cultural do agente, tornando-o num juiz munido de competências interculturais, necessárias para a correta interpretação e resolução do caso concreto.

1.2.2.1. A prova dos estados subjetivos

Se tivermos em conta práticas culturais como o *oyako-shinju*, subjacente ao caso de estudo de Kimura, observamos que a prova da motivação cultural, passa pela prova de um estado subjetivo vivenciado pelo agente.

A jurisprudência norte-americana resolveu o caso Kimura tendo em conta a possibilidade de um transtorno mental total ou parcial da mãe japonesa, no entanto, retratar estes agentes como doentes mentais, significa degradar e menosprezar as suas convicções e crenças¹⁰⁹.

Do ponto de vista dogmático, mas também em termos sociais e democráticos, um comportamento ditado por motivos de consciência ou de tradição, não pode ser tratado como anomalia psíquica permanente, pois essa anomalia iria impedir que o agente compreendesse a ilicitude do facto que praticou. Um agente que atua de acordo com as suas tradições e crenças não pode ser equiparado a um enfermo mental de forma automática e sem mais. Muitos dos agentes de práticas culturais, não atuam tendo em conta fatores psíquicos internos, mas sim porque estão a agir ao abrigo do cumprimento dos seus costumes e tradições.

Reconduzir as *cultural offenses* a uma causa de inimputabilidade, é exprimir algo contrário aos princípios que infundem o Direito Penal, e um Estado de Direito Democrático. Incidir os fatores socioculturais como causa da inimputabilidade de um agente, de forma a poder ocorrer a exclusão da sua culpa, propicia a uma interpretação contrária ao princípio da legalidade, visto que, os costumes e as tradições dos grupos

¹⁰⁸ V. *Ibidem*, p.107.

¹⁰⁹ V. CRISTINA DE MAGLIE, *Op. Cit.*, 2012, p.238 e s.

étnicos minoritários não têm como ser equiparados a anomalias psíquicas ou incapacidades mentais¹¹⁰.

Não é erróneo excluir ou atenuar a culpabilidade de alguém que cresceu e viveu num contexto social onde os valores sociais distintos daqueles que conhecemos. O problema está antes em fundamentar essa exclusão ou atenuação.

As máximas da experiência vivenciadas pelo agente funcionam como leis gerais base dos diversos estados de coisas, ou seja, as significâncias que cada ser humano aprendeu ao longo da vida funcionam como padrão de normalidade. Como supra mencionamos, de forma a serem obtidos conhecimentos técnicos sobre modos de vida diversos daqueles que conhecemos torna-se fundamental recorrer à prova pericial.

Os estados de alma que podem estar por detrás de um tipo de crime, sendo insuscetíveis de qualquer demonstração exterior, só poderão ser associados aos comportamentos penalmente relevantes através de conhecimentos técnicos sobre a cultura de origem do agente. E como sabemos a decisão do julgador deve espelhar uma convicção objetivável, motivável e apreensível pelos destinatários, que não deixei de fora da fundamentação a importância dos estados subjetivos no desencadear da ação do agente.

Importa referir que é entendimento comum que o direito se interessa apenas pelos atos exteriorizados, tendendo a considerar juridicamente irrelevantes os estados subjetivos que podem estar na origem desses comportamentos exteriores¹¹¹.

Muitas vezes o desinteresse do sistema jurídico pelos estados subjetivos está intimamente relacionado com a incapacidade do direito para conseguir conhecer dos mesmos. No entanto, numa ação exteriorizada, pode interessar, e muito, ao direito, qual a interioridade que lhe deu origem, ou seja, quais as intenções, representações e emoções que impeliram o agente a agir.

Se as motivações e os pensamentos não passarem do plano interno, então aí podemos afirmar a sua irrelevância para a ordem jurídica, mas, no momento em que passa a existir uma conduta humana, então existe uma realidade unitária, constituída por atos externos e internos. Quando esteja em causa uma motivação cultural, como aquela que antecede a prática do *oyako-shinju*, não podemos deixar de olhar para aqueles últimos,

¹¹⁰ V. ANTONIA MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Barcelona: Bosch Penal, 2008, p.71

¹¹¹ V. CLÁUDIA TRINDADE, *A prova dos estados subjetivos no Direito Civil Português*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, p. 27.

sob pena de deixar de fora elementos essenciais de compreensão e valoração da conduta do agente.

Compreende-se que o direito não regule ou não deva regular estados subjetivos, como faz com os comportamentos exteriores, visto que o direito não pode proibir ou fomentar uma emoção, mas isso não quer dizer que o julgador não tenha em consideração o estádio interior em que se encontrava o agente, sobretudo no momento de graduação da medida concreta da pena.

Os estados subjetivos não são suscetíveis de apreensão direta por terceiros, mas apenas por quem os sente, no entanto, não podemos afirmar que o sistema jurídico não possua meios probatórios capazes de conhecer e compreender as emoções interiores dos sujeitos. Claro que, devido ao facto de não serem diretamente percecionáveis por quem não os experiencia, os estados interiores não podem ser conhecidos com o recurso a prova direta ou mediata¹¹². Mas, em matéria de Direito Penal, podem ser conhecidos e demonstrados através de um meio de prova específico, nomeadamente a prova pericial.

Sendo o juízo do julgador um juízo respeitante a factos passados, que não são diretamente percecionados pelo próprio, é necessário recorrer a um meio de prova apto a descodificar as intenções e emoções sentidas pelo agente no momento da prática do facto. Esta descodificação irá posteriormente possibilitar a valoração da censura pessoal do agente de forma mais ponderada e assertiva.

Através da participação de peritos no processo, por exemplo, psicólogos, psiquiatras e antropólogos, é possível conhecer a emoção vivida pelo agente e interpretá-la. Será possível ao julgador inteirar-se no modo de pensar do agente e consignar os motivos que o levaram a praticar a ação.

Em suma, o tribunal não pode reconduzir uma prática cultural, que expressa tradições e usos ancestrais, a uma doença do foro mental, e tratar o agente como se o mesmo padecesse de uma alteração ou anomalia psíquica permanente. Aquilo que deve ocorrer, é uma tentativa de perceção das intenções e emoções que desencadearam o comportamento do sujeito, tendo sempre em conta as circunstâncias do caso concreto. Através da prova pericial, peritos como por exemplo psicólogos, psiquiatras, antropólogos e etnólogos poderão trazer ao processo o estado subjetivo adjacente à ação perpetrada. Em crimes que não estejam em causa a afetação de bens jurídicos

¹¹² V. CLÁUDIA TRINDADE, *Op. cit.*, 2013, p. 36.

fundamentais, como a vida, a integridade física e a liberdade sexual a percepção das emoções, enquanto motivação cultural poderá levar mesmo a exclusão da culpa do agente. Já quando estejam em causa valores fundamentais, muito dificilmente poderá ocorrer uma exculpação, mantendo-se antes a possibilidade, mais assertórica, de atenuação da culpa, que se irá refletir aquando da graduação da medida concreta da pena.

Capítulo III

1. A medida da prova nos crimes culturalmente motivados

1.1. Enquadramento

A função da prova não é tão somente a demonstração da veracidade de um facto, mas sim a evidência do grau de convicção de uma determinada afirmação, no sentido dessa afirmação ser convincente ou verídica. Não está já em causa o problema de os factos que são trazidos a juízo serem ou não reais.

A prova visa a conceção e a formação de um estado de crença ou convicção no seu destinatário, nomeadamente no juiz, visto que é quem vai ter de tomar uma decisão sobre a prova.

A atividade probatória não pode depender da subjetividade do julgador, devendo antes centrar-se na demonstração de que existem boas razões para justificar essa subjetividade. A necessidade de fundamentar as opções que vão sendo tomadas, acompanha o julgador ao longo de todo o processo, fazendo com que deva existir uma determinada ponderação na formação da sua convicção.

Existe um fascínio dos juristas pela ideia de verdade, e pela sua ligação com a prova. No entanto, não encontramos referências, nem no Código de Processo Civil (doravante CPC), nem no CPP à ideia de verdade. Se por exemplo, uma decisão condenar o arguido pela prática de um crime, e depois se vier a demonstrar que o arguido não cometeu o crime, ou seja, que a decisão exprimiu um juízo falso, não será a falsidade que vai ser fundamento do recurso de revisão. O que vai ser fundamento do recurso de revisão é a injustiça da decisão. Portanto, o que está em causa não é uma ideia de verdade, mas sim de alcance da justiça no caso concreto.

Mesmo no que respeita à ideia de verdade, não interessa uma verdade absoluta, mas tão somente uma verdade relativa, pois estamos a lidar com uma falta de certeza lógica, ou seja, com uma impossibilidade de alcançar verdades absolutas. Temos de ter em conta que, mesmo as verdades científicas não são verdades absolutas, sendo que a ciência tem o seu tempo, e nós temos apenas o tempo que o processo nos concede. Assim, existe a necessidade de formular decisões que assentem sobretudo num alto grau de probabilidade face às necessidades práticas da vida, não tendo de se proferir uma decisão

que seja verdadeira no sentido de haver uma integral correspondência dos factos, até porque a decisão é construída no âmbito de um processo de formação de convicção de acordo com aquilo que é trazido ao julgador, nomeadamente afirmações, alegações e representações. E serão os meios de prova que irão provocar uma mediação, pois o julgador não tem acesso imediato às coisas, visto que não se consegue andar com o tempo para trás.

Em suma, através de uma medida da prova, pretende-se criar no julgador um estado de convicção baseado numa certeza relativa do facto, ou alcançar uma justificação de aceitabilidade da decisão daquele. E não tem de ocorrer um processo de explicação de uma determinada realidade, pois o processo não é um laboratório, tendo antes de ser tomada uma decisão com um determinado grau de contingência.

1.1.1. O conceito de medida da prova

A expressão “medida da prova” pode ser entendida com vários significados. Pode ser entendida como a medida da convicção para que uma afirmação de facto possa ser dada como provada, ou seja, no sentido de graus de prova, sendo que, como veremos, são distinguidos três graus de prova, nomeadamente o princípio de prova, a mera justificação e a prova *stricto sensu*.

Depois também pode ser entendida num sentido de força probatória, ou medida necessária para a impugnação, estando em causa a prova bastante ou suficiente, a prova plena e a prova pleníssima.

E por último, a expressão “medida da prova” pode ter ainda um outro sentido, que é o chamado *standard* de prova, onde está em causa a construção da convicção global do julgador perante um caso concreto. Um *standard* é uma espécie de padrão, modelo ou referência de prova, e por isso, se falarmos em *standards* normativos estamos a falar de padrões normativos.

Portanto, se dermos à expressão “medida da prova” uma noção suficientemente ampla, podemos abranger as três realidades de significado.

Contudo, importa referir que, no presente trabalho não iremos preocupar-nos com o sentido de força probatória ou medida necessária para a impugnação, mas apenas com os restantes dois significados, destacando-se o *standard* de prova.

1.1.1.1. Existe uma coincidência entre os graus de prova e os *standards* de prova?

No processo civil a expressão medida da prova está relacionada com os graus de prova, sendo que TEIXEIRA DE SOUSA¹¹³ distingue três graus de prova.

Em termos de medida de convicção para que um determinado facto possa ser dado como provado, num primeiro patamar está o princípio ou começo de prova. Neste nível mínimo, a prova em causa não é sequer suficiente para formar uma convicção, no entanto, se for coadjuvada com outro elemento que a corrobore, pode servir para o julgador formar alguma convicção. Daí que se diga que o princípio ou começo de prova possa relevar somente para corroborar os resultados obtidos por outros meios de prova.

Num segundo nível ou patamar encontramos a mera justificação, em que a convicção do julgador se basta com a mera verosimilhança ou plausibilidade, ou seja, basta uma convicção sobre a probabilidade do facto.

A mera justificação só é aplicável nas situações expressamente previstas na lei, como é por exemplo o caso dos procedimentos cautelares, onde a prova basta ser sumária, constituindo um juízo de verosimilhança¹¹⁴. No entanto, temos de ter em conta que, mesmo que o grau de convencimento do julgador não tenha de ser o máximo, as decisões ao nível dos procedimentos cautelares são sempre provisórias. Em causa estão as razões de celeridade que presidem a estes procedimentos, e que não são compatíveis, nem com uma verificação exaustiva da prova sobre a existência do direito invocado pelo requerente, nem com a existência de um contraditório pleno. O julgador tem então de se contentar com uma prova incipiente, de modo a poder ter em consideração a necessidade urgente de tutela.

¹¹³ V. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p.200 e ss.

¹¹⁴ V. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, II Vol., Coimbra Editora, 2008 p.35.

Por último, num terceiro nível temos a prova *stricto sensu*, que corresponde ao grau de prova mais exigente, onde a convicção do julgador tem de atingir um determinado patamar.

Assim, enquanto nos graus de prova está em causa a medida da convicção para que certo facto possa ser dado como provado, nos *standards* de prova está em causa a formação de uma convicção geral, sobre um conjunto de circunstâncias atinentes ao caso concreto. Nos *standards* de prova, mesmo que se confira cada facto individualizadamente, posteriormente, a soma de todos os factos, tem de atingir um determinado patamar de convicção globalmente considerado. Portanto, podemos concluir que não existe uma total coincidência entre os graus de prova e os *standards* de prova.

1.2. A medida da prova enquanto *standard* de prova

Como supra mencionamos, entendemos que o *standard* da prova pode ser definido como o patamar de convicção global do julgador perante um caso concreto.

Nos *standards* de prova estamos a perspetivar o sistema “de fora”, verificando se existe ou não um limiar de convicção que tem de ser ultrapassado, sob pena de não poder haver um juízo afirmativo sobre a responsabilidade de um determinado agente.

É necessário ter em conta que subjacente a qualquer decisão existe uma necessidade de fundamentação da mesma. Portanto, é necessário que o juiz consiga transmitir qual foi o percurso de formação da sua convicção, e qual o patamar de certeza que foi atingido.

Atinente a este tema está a necessidade de concretização dos parâmetros de apreciação da prova, evidenciando assim mecanismos de articulação entre “ferramentas da Inteligência Artificial e a argumentação jurídica”¹¹⁵.

O tema dos *standards* de prova é um problema típico dos sistemas anglo-saxónicos, no entanto, cremos que existem motivos para adequar esta realidade ao sistema

¹¹⁵ V. MAFALDA MELIM, “Standards de prova e grau de convicção do julgador”, in *Revista de Concorrência e Regulação* 16, 2013 (out. – dez.), p.145.

jurídico português, enquanto adequação do direito às vivências sociais de cada momento histórico¹¹⁶.

Os anglo-saxónicos afirmam que uma decisão só pode ser tomada quando atinge um determinado limiar, sendo que esse limiar pode ser definido através de um balanceamento de probabilidades, que varia consoante estejamos no processo civil ou no processo penal.

Tradicionalmente podemos falar em três tipos ou modalidades de *standards* de prova que advém dos sistemas anglo-saxónicos. Primeiramente temos a *preponderance of evidence* ou prova preponderante, que exige que seja mais provável a ocorrência de um determinado evento, do que a sua não verificação (*more likely than not*). Depois temos *clear and convincing evidence* ou prova clara e convincente, reclamando que a hipótese exposta seja muito mais provável do que improvável (*much more likely than not*). E em terceiro lugar temos a *beyond reasonable doubt* ou prova para além de qualquer dúvida razoável, que representa o patamar de convicção mais exigente, impondo que não se verifique uma dúvida razoável quanto à responsabilidade penal do arguido.

Alguns autores¹¹⁷ levantam depois a questão de os *standards* de prova serem quantificados em termos de percentagem, sendo que a prova preponderante equivaleria a uma probabilidade superior a 50%, a prova clara e convincente a uma probabilidade superior a 75%, e a prova para além de qualquer dúvida razoável a uma probabilidade superior a 90%, evidenciando assim o patamar mais exigente.

Importa referir que o assinalar de uma determinada percentagem, não é indiferente para o raciocínio dos jurados no sistema norte-americano, visto que os mesmos se sentem, individualmente mais confortáveis, com uma sinalização quantitativa que lhes permita encadear e concretizar a convicção atingida.

No processo penal o limiar que tem de ser atingido para haver condenação, tem de ficar muito próximo da certeza, visto que, de acordo com o princípio da presunção de

¹¹⁶ V. MAFALDA MELIM, *Op. cit.*, 2013, p.144.

¹¹⁷ V. HENRY PRAKKEN/GIOVANNI SARTOR, “On modelling burdens and standards of proof in structured argumentation”, in *Proceedings of JURIX 2011: The Twenty-fourth annual conference on legal knowledge and information systems*, Amsterdam, IOS Press, p.83-92. Disponível em: <http://www.cs.uu.nl/groups/IS/archive/henry/jurix11.pdf>. Consultado em: 27 de março de 2019; PETER TILLERS/JONATHAN GOTTFRIED, “Case comment – United States v. Copeland, 369 F. Supp.2d 275 (E.D.N.Y. 2005): A Collateral Attack on the Legal Maxim That Proof Beyond a Reasonable Doubt is Unquantifiable?” in *LPR*, 5, p.135-157. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2015/6.html>. Consultado em: 11 de abril de 2019.

inocência, na dúvida devemos sempre absolver o arguido. No entanto, já não é assim no processo civil, pois se o juiz acha que a versão do autor é mais provável ter ocorrido, do que não ter ocorrido, pode julgar a ação procedente sem grandes problemas.

Os juristas anglo-saxónicos têm consagrado como *standard* base no Direito Penal, a prova para além de qualquer dúvida razoável, ou seja, além dos 90%, sendo que no Direito Civil, normalmente, bastará uma prova preponderante, ou seja, acima dos 50%¹¹⁸.

Relativamente à justiça criminal está em causa a “máxima de que mais vale um culpado solto do que um inocente preso”¹¹⁹, sendo que uma condenação injusta é considerada nove a dez vezes pior, do que uma absolvição injusta¹²⁰.

No processo penal exige-se que a culpabilidade do agente seja demonstrada além de qualquer dúvida razoável, sendo que julgador terá de comprovar a existência de uma probabilidade muito alta da prática do facto pelo arguido, de forma a que o mesmo possa ser declarado como culpado. Desta forma, reconhecesse que não é possível alcançar uma certeza absoluta, pelo que, exigir essa certeza plena originaria um aumento imprudente e irracional do número de absolvições.

1.2.1. A justificação dos *standards* de prova

Podemos afirmar que os *standards* de prova são o resultado de uma determinada ponderação tendo em conta o custo esperado do erro judiciário, que é inevitável. E visto que o erro judiciário ocorrerá sempre, é necessário encontrar mecanismos para o minimizar¹²¹.

Sobretudo em matéria criminal, o processo nunca consegue atingir uma certeza absoluta, fazendo com que seja necessário ter em conta diversos patamares do erro

¹¹⁸ V. JOSÉ MOURAZ LOPES, *A fundamentação da sentença no sistema penal português – Legitimar, Diferenciar, Simplificar*, Coimbra, Almedina, 2011, p.236.

¹¹⁹ V. PAULO SOUSA MENDES, *Causalidade Complexa e Prova Penal*, Almedina, 2018, p.412.

¹²⁰ V. DAVID HAMER, “Presumptions, standards and burdens: Managing the cost of error”, in *LPR* 3-4, 2014, p. 221 e s. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/274150937_Presumptions_standards_and_burdens_Managing_the_cost_of_error. Consultado em: 21 de março de 2019.

¹²¹ V. PAULO SOUSA MENDES, *Op. cit.*, 2018, p.411.

judiciário. Como já referimos supra, nos sistemas anglo-saxónicos esses patamares são expressos através de referências quantitativas, nomeadamente através de percentagens, sendo que no caso criminal, os patamares de convencimento são sempre mais elevados, adotando valores acima dos 90%, que vão variando subjetivamente de juiz para juiz.

Estas referências quantitativas podem trazer consigo uma visão instrumental do direito, na medida em que as mesmas têm como objetivo a minimização do erro judiciário, sendo que, quem não aceite uma perspetiva instrumentalista do direito, tenderá a não aceitar a lógica dos *standards* de prova. No entanto, podemos asseverar que aquelas facilitam o tratamento dos casos em que se apura a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, havendo uma diferenciação entre os patamares de ambos. Enquanto que nos casos que envolvem responsabilidade civil as exigências são menores, ou seja, o julgador não tem de ser particularmente exigente na aceitação de que certos pressupostos se encontram verificados, na responsabilidade penal, o julgador é consideravelmente mais exigente, tendo de existir uma prova individualizada de cada um dos elementos do crime, ou seja, do facto, típico, ilícito, culposo e punível.

Portanto, atinente à ideia de justificação dos *standards* de prova surge a relevância da análise económica do direito. Os ordenamentos jurídicos exprimem indireta ou implicitamente *standards* de prova, ou seja, vão definir limiares que tem de ser ultrapassados, por forma a que possa operar a redução do erro judiciário que, como já referimos, é inevitável.

Em suma, existe de facto um patamar que tem de ser ultrapassado para que seja tomada uma decisão, mas, muitas das vezes, esse patamar é imposto pelo sistema de acordo com uma lógica de análise custo-benefício.

1.2.2. Os *standards* de prova no ordenamento jurídico português

Em Portugal, o tema dos *standards* de prova não faz parte dos tópicos preferenciais abordados pela doutrina. No entanto, não podemos afirmar que não exista qualquer referência aos *standards* de prova no ordenamento jurídico português, pois o regime antidoping, Lei n.º 38/2012, no seu art. 9.º, n.º 2 refere que “a prova é considerada

bastante para formar a convicção da instância se permitir formular um juízo de probabilidade preponderante, ainda que tal juízo possa ser inferior a uma prova para além de qualquer dúvida razoável”. Portanto, em termos de legislação, o ordenamento jurídico português conta com esta referência clara aos *standards* de prova.

No referente à perspectiva perfilhada pela jurisprudência, a temática tem sido introduzida de forma morosa. Mas, independentemente da “apreensão” da abordagem dos *standards* de prova pelos tribunais, pudemos observar já, algumas referências aos patamares de convencimento do julgador¹²².

No entanto, é notória a maior referência, nossa jurisprudência, à medida da prova enquanto graus de prova, ou seja, enquanto medida de convicção que permita configurar um determinado facto como provado. Mas, como já referimos, a designação de graus de prova, é diversa daquela que subjaz aos *standards* de prova, prosseguindo finalidades distintas.

É ainda importante referir que a temática dos *standards* de prova não se pode confundir com o princípio do *in dubio pro reo*, visto não estarem em causa temas equivalentes. O facto de a jurisprudência tomar em consideração o princípio do *in dubio pro reo*, não significa que esteja implicitamente a ter em conta um patamar de convencimento para além de qualquer dúvida razoável.

1.2.2.1. Os *standards* de prova e o princípio do *in dubio pro reo*

O princípio do *in dubio pro reo* interessa nos casos em que existam situações de incerteza, pois que numa situação de incerteza devemos sempre decidir em benefício do arguido. Como no ordenamento jurídico português vigora a presunção de inocência, não é de ânimo leve que o tribunal condena alguém pela prática de um crime.

¹²² V. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 6 de dezembro de 2011, Processo n.º 6/10.1 GARMZ.A.E1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/17392dbec3c9ba7a80257de10056f7f0?OpenDocument>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de dezembro de 2011, Processo n.º 1839/06.9TBMTS.P1.S1, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/287792/details/maximized>.

Ora a prova para além de qualquer dúvida razoável não se pode confundir com o princípio do *in dubio pro reo*, visto que, equiparar um *standard* de prova com o referido princípio, seria incidir num imenso reducionismo. O princípio do *in dubio pro reo* não é capaz de oferecer garantias suficientes ao arguido relativamente à solidez de uma convicção que sustente uma condenação. Dito de outra forma, do simples entendimento de que a dúvida beneficia o arguido, não se consegue deduzir a exigência de uma maior convicção probatória para o condenar do que para o absolver.

Assim, se persiste uma dúvida razoável em relação à prova da culpabilidade do arguido, então, este tem direito a beneficiar da presunção de inocência e a ser absolvido. Já de acordo com o *standard* da prova admitido em processo penal, como não vai ser escolhida a hipótese mais provável de ter ocorrido, tal como acontece em processo civil, é necessário afastar qualquer dúvida razoável de que o arguido seja inocente, de forma a efetivar uma condenação justa e equitativa.

Conforme refere GUSTAVO BADARÓ¹²³, o princípio do *in dubio pro reo* impõe ao julgador um caminho a seguir, caso o mesmo se depare com um estado de dúvida razoável quanto a um facto relevante para a decisão do caso concreto. Portanto, a dúvida deverá sempre reafirmar a condição de inocência do arguido, mas isso não explica a exigência de uma prova para além de qualquer dúvida razoável subjacente a uma condenação penal.

De acordo com FEDERICO STELLA¹²⁴ a exigência de uma prova para além de qualquer dúvida razoável, apenas pode ser entendida como a substância concreta da presunção de inocência, pois que um *standard* de prova “além da dúvida razoável” constitui uma barreira destinada a impedir que a formação do livre convencimento, se transforme em “íntima convicção”.

¹²³ V. GUSTAVO BADARÓ, *Ônus da Prova no Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.294 e s.

¹²⁴ V. FEDERICO STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano: Giuffrè, 2003, p.154.

1.2.2.2. Os *standards* de prova e as defesas culturais

Como já referimos supra, o *standard* de prova no processo penal, é particularmente exigente, remetendo para um grau de convicção do julgador para além de qualquer dúvida razoável, ou seja, acima dos 90%.

Será que o sistema exige ou deve exigir um patamar de convencimento para além de qualquer dúvida razoável idêntico quando o arguido apresenta em juízo uma defesa cultural? Qual é o grau de dúvida que levará à plena eficácia de uma defesa cultural em juízo?

De uma forma geral, numa defesa cultural, poderia admitir-se tudo o que fosse causas de justificação, e de exculpação. No entanto, é importante sublinhar que, na presente dissertação apenas estamos a retratar das causas de exculpação, e que por isso, está em causa o patamar de dúvida que o arguido tem de alcançar em juízo para conseguir beneficiar de uma causa de exclusão da culpa, e assim ser absolvido.

O sentido característico atribuído às *defenses* nos países anglo saxónicos é um sentido eminentemente processual, porém nada impede que se tenha uma visão processual das próprias causas de justificação e exculpação.

Podemos dizer que em termos de raciocínio, se o Ministério Público tem de provar, ou de certa forma convencer, para além de qualquer dúvida razoável, de que o arguido deve ser culpado, então, para que este último possa beneficiar de uma causa de exclusão da culpa, também terá de provar para além de qualquer dúvida razoável que está inocente.

No entanto, o *standard* de prova é significativamente mais baixo quando estão em causa eximentes de responsabilidade¹²⁵, sendo que a mesma coisa sucede quanto aos pressupostos de que depende a punibilidade.

Se tivermos em conta que o *standard* de prova no processo penal, é quantificado acima dos 90%, então, tal significa que, uma causa de exculpação que cause uma dúvida além dos 10% já faz com que o arguido tenha de ser absolvido pelo tribunal. Dito de outra

¹²⁵ V. PAULO SOUSA MENDES, *Op. cit.*, 2018, p.412.

forma, se o julgador atingir um patamar de convencimento que fique abaixo dos 90%, devido à dúvida instaurada por uma prova cultural, então o arguido irá ser absolvido

E será que o mesmo raciocínio pode funcionar também para a atenuação da pena? Achamos que não existe nenhuma razão para que tal raciocínio não funcione também para a atenuação da pena.

No ordenamento jurídico português, o princípio da legalidade impõe que perante a prática de um ilícito tenha de ocorrer a absolvição ou a condenação do sujeito. Contudo, é também o princípio da legalidade que obriga à concretização da medida da pena.

Sempre que considerarmos que existe algo que possa funcionar em benefício do arguido para atenuar a sua pena, então o princípio da legalidade também impõe que esse benefício seja tomado em consideração.

Se existir uma condenação do arguido, para além de qualquer dúvida razoável, pode ainda assim, ser gerado no tribunal um patamar de dúvida que possibilite que a medida da pena seja atenuada, sendo que consideramos que esse patamar de dúvida se basta também com 10%.

Destarte, o *standard* de prova para a defesa cultural não deve coincidir com a prova dos elementos constitutivos do crime, visto que está em causa a lógica de que, basta conseguir fomentar a dúvida razoável, nomeadamente os 10%.

Se nos reportarmos ao caso de Fumiko kimura, a aceitação da defesa cultural poderia gerar um estado de dúvida de pelo menos 10%, e assim causa a absolvição da mãe japonesa. E neste caso estaríamos a pensar na admissão de um estado de necessidade existencial¹²⁶, por analogia com o art. 35.º, n.º 2 do CP, o qual poderia gerar a dispensa da pena caso se comprovasse que Kimura não tinha condições de se pautar pelas determinações do Direito, optando pela prática cultural do *oyako-shinju*.

No entanto, se a defesa cultural apresentada por Kimura não conseguisse gerar no tribunal um patamar de dúvida de pelo menos 10%, que possibilitasse a sua absolvição, poderia sempre ser alcançada a dúvida razoável ao nível das atenuantes da pena, que funcionariam em benefício da agente.

¹²⁶ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Op. cit.*, 2017, p.443.

Pelo art. 35.º, n.º 2 do CP, Kimura poderia ainda beneficiar de uma atenuação especial da pena, tendo em conta o seu estádio emocional e as circunstâncias de vida a que se encontrava sujeita.

Se, por outro lado, a solução do tribunal fosse a opção pelo homicídio privilegiado, do art. 133.º do CP, a agente apenas precisava de criar no julgador uma dúvida razoável de pelo menos 10% para beneficiar de uma atenuação da culpa, que se refletiria na medida concreta da pena.

Em suma, para que um arguido consiga obter a plena eficácia de uma defesa cultural, e evitar a sua condenação, basta criar no julgador um estado de dúvida de 10%. E, ao admitirmos que a dúvida razoável é um *standard*, não apenas para a condenação, mas também para a atenuação da pena, então basta também ser criada a dúvida, de pelo menos 10% para que um agente responsabilizado possa beneficiar de uma atenuante, sendo que no caso de Fumiko Kimura, conseguir-se-ia, porventura, fomentar essa dúvida razoável, caso a solução não fosse a de absolvição.

Conclusões

Se nos debruçarmos sobre a diversidade humana, iremos deparar-nos com uma multiplicidade de culturas, sendo que foi através do fenómeno da globalização, que os fluxos migratórios se intensificaram, dando origem a sociedades multiculturais.

As sociedades modernas, na qual se incorpora a portuguesa, são atualmente qualificadas como multiculturais. Destas advém novas questões propiciadas pelo convívio de diversos ordenamentos jurídicos em simultâneo, nos quais coabitam diferentes normas, mas também diferentes usos, costumes, tradições e crenças.

É visível que os valores assentes num ordenamento jurídico podem ser bastante disparees face a determinadas práticas culturais que ali chegam, podendo estas últimas ser encaradas como paradoxais, ascendendo facilmente à categoria de crime.

Em razão da pluralidade cultural das sociedades modernas, torna-se cada vez mais evidente a preocupação dos Estados em lidar com os desafios que as diferenças culturais implicam. São os Estados que têm o papel de atenuar o impacto de tais diferenças, fazendo um esforço para interpretar a diversidade humana, e os seus modos de estar e de pensar.

O quadro normativo em que os forasteiros se encontram abrange as normas jurídicas do país de origem, bem como as normas jurídicas do país de acolhimento, situação esta que é propícia ao surgimento de conflitos normativos. Daqui, podem surgir dois tipos de conflitos, pois que, ou a norma jurídica impõe um comportamento que é proibido na comunidade de origem do estrangeiro, ou proíbe um comportamento que é imposto ou permitido por esta última.

Quando o forasteiro resolve cumprir as normas jurídico-penais do país de origem, em detrimento daquelas que operam no país de destino, incorre num crime culturalmente motivado, ou *cultural offense*.

Claro que nem todos os factos que são cometidos por sujeitos estrangeiros, são motivados por crenças, valores e tradições enraizadas nos países de onde provêm.

Para que um ilícito possa ser qualificado como culturalmente motivado, o agente que o praticou tem de revelar uma motivação conexa com as vivências que experienciou na sua comunidade de origem.

Os casos reportados a crimes culturalmente motivados, têm gerado discussões da jurisprudência norte-americana, sendo um fenómeno mais recente na jurisprudência europeia.

Em Portugal, a realidade das *cultural offenses* assinalada, é praticamente insignificante, denotando-se alguma indiferença por parte da jurisprudência, relativamente à motivação cultural que pode estar por detrás de certos comportamentos desencadeados por forasteiros.

No entanto, a sociedade portuguesa, enquanto sociedade contemporânea multicultural, não pode deixar de se preocupar com os novos desafios trazidos pelo convívio de diversas culturas num mesmo espaço físico.

O Direito não pode continuar indiferente à diversidade cultural, sendo necessário implicar o reconhecimento do outro nas nossas normas, valores e institutos jurídicos.

No case study analisado, a prática ancestral do *oyako-shinju* pela mãe japonesa Fumiko Kimura, surgiu como solução de amparo para a traição perpetrada pelo marido.

O *oyako-shinju*, ou suicídio conjunto de pais e filhos, possibilitaria restabelecer a honra, e ultrapassar a vergonha e humilhação sentidas por Kimura. No entanto, este tipo de práticas ancestrais, são vistas como estranhas, e em certos casos, até como absurdas perante o modo de vida ocidental.

Se tal comportamento tivesse ocorrido no ordenamento jurídico português, parece-nos que seria enquadrado no homicídio privilegiado, do art. 133.º do CP, sendo que de probática mais difícil, mas não impossível, seria também a admissão um estado de necessidade existencial, por analogia com o art. 35.º, n.º 2 do CP.

Quer ocorra a dispensa, ou a atenuação especial da pena, seria necessário comprovar que Kimura não tinha condições de se pautar pelas determinações do Direito, resistindo à prática cultural do *oyako-shinju*.

Em causa está a apreciação da intensidade dos motivos e da pressão emocional que desencadearam o comportamento do agente, bem como a compreensão das circunstâncias de vida em que se encontrava.

Os sentimentos de desonra e humilhação, são sentidos de forma mais intensa na cultura japonesa, tendo em conta a sua estrutura coletivista e patriarcal, do que na cultural norte-americana, sendo que esse aspeto releva na hora de graduar a culpa.

O desconhecimento de certos usos, costumes e tradições não pode significar a sua ignorância pelo julgador. Antes pelo contrário, este deve munir-se de percepções à cerca da origem e identidade cultural estrangeiras do agente, aquando da sua punição.

Para tal, deve ser elaborada uma prova, que densifique a motivação cultural subjacente ao comportamento do agente. Nesta prova cultural, deve ter-se por assente um conceito de cultura antropológico, estreitando-se aquilo que pode ser percebido como intuito de um forasteiro.

A cultura influencia a formação da identidade pessoal dos seres humanos, através dos valores, costumes e tradições que lhes dá a conhecer e lhes trespassa.

É expetável que os indivíduos pautem as suas condutas de acordo com os valores culturais onde nasceram e foram enraizados. No entanto, o ser humano é dotado de capacidade de aprendizagem e adaptação, nomeadamente, a outros modos de vida.

Por isso, também é expetável que através da interação social de um estrangeiro com os padrões culturais do país de destino, o mesmo conheça e aprenda novos hábitos de vida, podendo inclusive alterar a percepção que auferia sobre a sua cultura de origem.

Pese embora a cultura dite grande parte da identidade pessoal de cada um, não faz com que os sujeitos percam a sua autonomia e capacidade de escolha.

Na produção da prova cultural é preciso interligar o respeito pela diversidade, com a equidade e o reconhecimento do outro, enquanto indivíduo igual com particularidades na sua forma de encarar o mundo.

Uma postura dita multicultural, implica que os membros da comunidade recetora tentem pelo menos compreender os usos, costumes e tradições que pautam as condutas dos forasteiros. E implica ainda, ter em atenção quais são as circunstâncias de vida a que o estrangeiro esteve sujeito no seu país anterior, e quais aquelas a que está vinculado no país de acolhimento.

Sublinhe-se que, muitos dos emigrantes enfrentam no país recetor, situações de exclusão social e pobreza, que são por sua vez propicias ao surgimento de conflitos.

Porém, o reconhecimento é recíproco, pelo que, aos estrangeiros também são exigidos esforços de integração social na comunidade recetora. Não está em causa a

imposição de valores e costumes, mas sim a promoção da integração dos indivíduos, bem como o desenvolvimento de melhores condições de vida.

Aquando da elaboração da prova cultural, importa saber se a ação desencadeada pelo agente pode ser entendida como culturalmente motivada, sendo que estão em causas exigências do caráter pessoal da responsabilidade e da culpa.

O intérprete/aplicador deve começar por comprovar a existência de uma *cultural offense*, de modo a projetar tal conclusão na análise e valoração da conduta do agente. Através de tal comprovação, o comportamento, para além de ser penalmente relevante, passará também a ser culturalmente motivado.

Claro que se não ficar comprovado, que está em causa um fator cultural, ficará precludida a possibilidade de o arguido vir a apresentar uma defesa cultural em juízo.

Para a verificação da existência de uma motivação cultural, dever-se-á averiguar qual o grupo etnocultural a que o agente pertence, e se o uso, costume ou tradição que serviu de base àquela, integra a cultura desse grupo.

Também se pautará necessário aceder ao *background* do agente, de forma a perceber o que levou a agir. E para isso, importa comunicar com membros do grupo etnocultural a que o agente pertence, sobretudo com pessoas que ocupem posições de prestígio. Só assim será possível perceber se o uso, costume, ou tradição perpetrada pelo agente é ou não, imprescindível e vinculante, para a sua cultura.

Figura-se também como necessário, solicitar a realização de uma perícia composta por peritos qualificados, referindo-se a título de exemplo, antropólogos, etnólogos, psicólogos, psiquiatras e etnopsiquiatras. Estes irão ajudar a perceber o modo de vida, e o tipo de mentalidade subjacente à cultura do forasteiro.

O testemunho prestado por membros do grupo que ocupem uma posição preponderante, e a opinião de peritos qualificados são instrumentos fundamentais para perceber se o grupo etnocultural impõe, aprova ou desconsidera a ação praticada pelo agente.

Aspetos como, o maior ou menor grau de divergência entre a cultura do agente e a cultura do dominante, o tempo de permanência do agente no país de destino, a profissão que lá exerce, o contacto com pessoas dessa comunidade, o maior ou menor domínio da

língua lá falada, deverão antes ser tidos em conta aquando da graduação da responsabilidade do arguido.

O testemunho dos membros do grupo do agente, e o contributo prestado pelos peritos qualificados, será depois carreado para o processo em termos de prova cultural, através de dois meios prova idóneos para esse fim, nomeadamente da prova testemunhal e da prova pericial.

Através dos princípios da imediação e do contraditório, o julgador poderá testar a fiabilidade daquilo que será comunicado pelas testemunhas, tentando assim compreender qual a motivação cultural que esteve por detrás da ação do agente.

Quanto à perícia cultural, a mesma possibilitará indagar os modos de vida atinentes ao grupo etnocultural do agente, percebendo-se assim de que forma é que o fator cultural o pressionou a agir.

O regime legal da prova pericial é idóneo nestas situações, pois permite alcançar conhecimentos específicos, que pela sua particularidade estão fora do domínio cognitivo comum do julgador.

O “juiz leigo” deve munir-se de conhecimentos específicos que o tornem num “juiz estrangeiro”, dotando-se de uma “competência intercultural”, possibilitada pela prova testemunhal e pela prova pericial.

Será a prova cultural que possibilitará o acesso aos estados subjetivos vivenciados pelo agente, e desconhecidos por terceiros, onde se inclui o julgador.

Um comportamento ditado por motivo de crença ou convicção não pode ser encarado como anomalia psíquica. Uma prática ancestral, como o *oyako-shinju*, não pode ser tratada por um tribunal como uma doença mental, sendo que se tal ocorrer, estarão a ser degradadas e menosprezadas as convicções e crenças de outros grupos étnicos.

Reconduzir as *cultural offenses* a uma causa de inimputabilidade, exprime algo contrário aos princípios do Direito Penal, e de um Estado de Direito Democrático.

Não é erróneo excluir ou atenuar a culpabilidade de um agente que cresceu e viveu num contexto social com valores sociais distintos daqueles que conhecemos. O problema reside antes em fundamentar essa exclusão ou atenuação.

Assim, mesmo que aparentemente, seja impossível para o direito, conseguir perceber as emoções e as intenções dos arguidos forasteiros, para uma decisão justa e equitativa é importante tentar compreender tais estados subjetivos.

Interligando depois, os crimes culturalmente motivados e a prova cultural, com a medida da prova, interessa fundamentalmente ter em conta a aceção de *standards* de prova.

Para o processo interessa sobretudo uma ideia de verdade relativa, tendo em conta a necessidade de formular decisões que assentem sobretudo num alto grau de probabilidade face às necessidades práticas da vida.

A decisão será sempre construída no âmbito de um processo de formação de convicção, de acordo com aquilo que é trazido ao julgador, através de meios de prova, visto que o tribunal não tem acesso imediato aos acontecimentos passados.

Através de uma medida da prova, pretende criar-se no julgador um estado de convicção baseado numa certeza relativa do facto, ou alcançar uma justificação de aceitabilidade da decisão daquele.

O *standard* da prova pode ser definido como o patamar de convicção global do julgador perante um caso concreto. Existe um limiar de convicção que tem de ser ultrapassado, sob pena de não poder haver um juízo afirmativo sobre a responsabilidade de um determinado arguido.

Com recurso à fundamentação, o juiz irá transmitir qual foi o patamar de convicção que atingiu, de forma a condenar ou absolver o agente.

No processo penal o *standard* de prova é particularmente exigente, tendo de existir uma certeza de que o arguido é culpado, para além de qualquer dúvida razoável, ou seja, acima dos 90%.

Em termos de justificação, os *standards* de prova são o resultado de uma determinada ponderação tendo em conta o custo esperado do erro judiciário, que é inevitável. O patamar de convicção do julgador é imposto pelo sistema de acordo com uma lógica de análise custo-benefício.

A temática dos *standards* de prova não se confunde com o princípio do *in dubio pro reo*, pois que tomar em consideração este princípio, não significa que esteja

implicitamente a ter-se em conta um patamar de convencimento para além de qualquer dúvida razoável.

O princípio do *in dubio pro reo* não oferece garantias suficientes ao arguido relativamente à solidez de uma convicção que sustente uma condenação, sendo que, do simples entendimento que a dúvida beneficia o arguido, não consegue deduzir-se a exigência de uma maior convicção probatória para o condenar, do que para o absolver.

Por último, quando o arguido apresenta em juízo uma defesa cultural o sistema não deve exigir um patamar de convencimento para além de qualquer dúvida razoável. Para que o agente forasteiro consiga a plena eficácia de uma defesa cultural, basta causar no tribunal, um estado de dúvida de 10%, que afete o patamar de 90% subjacente ao processo penal.

O arguido pode beneficiar de uma causa de exclusão da culpa, sem provar para além de qualquer dúvida razoável que está inocente, sendo que o mesmo raciocínio funciona também para a atenuação da pena.

Se porventura o arguido for condenado, para além de qualquer dúvida razoável, pode ainda assim, ser gerado no tribunal um patamar de dúvida além de 10% que possibilite que a medida da pena seja atenuada.

Bibliografia

BADARÓ, Gustavo

- Ônus da Prova no Processo Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BASILE, Fabio

- “Direito penal e sociedade multicultural: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell’ordinamento statunitense”, in “Stato, Chiese e pluralismo confessionale”, in *Rivista telemática*, 2009, (julho). Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277850072_Diritto_penale_e_societ%C3%A0_multiculturale_teor%C3%ADa_e_prassi_della_cd_cultural_defense_nell%27ordinamento_statunitense. Consultado em: 12 de fevereiro de 2019.
- *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il Diritto Penale nelle società multicultural*, Giuffrè, 2010.

BOTERO, Esther Sanchez

- *El peritaje antropológico: justiça en clave cultural*, GTZ, 2010.

CAUGHEY, John

- *The anthropologist as expert witness: the case of a murder in Maine*, in FLOBLETS/RENTELN (ed.), *Multicultural Jurisprudence: comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford and Portland Oregon, 2009.

COLEMAN, Doriane

- “Individualizing justice through multiculturalism: the liberal’s dilemma”, in *Columbia Law Review*, vol.96, 1996, n.º 5. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1123402?seq=1/subjects>. Consultado em: 15 de fevereiro de 2019.

CONNELI, III, James

- *Using cultural experts*, in RAMIREZ (ed.), *Cultural issues criminal defense*, 2^a ed., Juris Publishing, Inc., 2007.

COOK, John

- *Morality and cultural differences*, Oxford University Press, 1999.

CUCHE, Denys

- *A noção de cultura nas ciências sociais*, Fim de Século, 1999.

CUNHA, Jerónimo

- *Das leis, dos tribunais e das diferenças culturais*, in Cunha (org.), *Do crime e do castigo – temas e debates contemporâneos*, Mundos Sociais, 2015.

DIAS, Augusto Silva

- *Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais*, in *Emoções e Crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*, Almedina, 2013.
- *O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências*, in BELEZA/CAEIRO/PINTO (orgs.), *Multiculturalismo e Direito Penal*, Almedina, 2014.
- “A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural”, in *Julgar*, Coimbra Editora, 2015, n.º 25, (janeiro-abril).
- *Crimes Culturalmente Motivados*, Almedina, 2017.

DONOVAN, James

- *Legal Anthropology: an introduction*, AltaMira Press, 2008

DWORKIN, Ronald

- *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1977.

FERNÁNDEZ, Antonia Monge

- *El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Barcelona: Bosch Penal, 2008.

FRISCHKNECHT, Tom

- “*Kultureller Rabatt*”: *Überlegungen zu Strafausschluss und Strafermässigung bei kultureller Differenz*, Haupt, 2009.
- FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil Anotado*, II Vol., Coimbra Editora, 2008.

GAULEJAC, Vincent de

- *Qui est 'je?*, du Seuil, 2009.

GIORDANO, Christian

- “Las infracciones penales y las lógicas culturales: el antropólogo en los tribunales”, in *Anuario de Derecho Penal*, 2010. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-infracciones-penales-y-las-logicas-culturales-el-antropologo-en-los-tribunales/>. Consultado em: 15 de fevereiro de 2019.

GOEL, Rashmi

- “Can I call Kimura crazy? Ethical tensions in the cultural defense”, in *Seattle Journal of Social Justice*, vol.3, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1561&context=sjsj>. Consultado em: 9 de fevereiro de 2019.

GOOD, Anthony

- “Cultural evidence in courts of law”, in *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 2008. Disponível em: <https://rai.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9655.2008.00492.x>. Consultado em: 10 de fevereiro de 2019.

GRANDI, Ciro

- “A proposito di reati culturalmente motivati”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011. Disponível em <https://www.penalecontemporaneo.it/d/897-a-proposito-di-reati-culturalmente-motivati>. Consultado em: 17 de fevereiro de 2019.

HAMER, David

- “Presumptions, standards and burdens: Managing the cost of error”, in *LPR* 3-4, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/274150937_Presumptions_standards_and_burdens_Managing_the_cost_of_error. Consultado em: 21 de março de 2019.

MAGLIE, Cristina de

- *Premesse ad uno studio su società multiculturali e Diritto Penale*, in HASSEMER/KEMPF/MOCCIA (Hrsg.), *In dubio pro libertate – Festschrift für Klaus Volk*, Beck, 2009.

- *Società multiculturali e scriminanti*, in DONINI/ORLANDI, *Il penale nella società dei diritti*, Bononia University Press, 2010.
- *Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

MOREIRA, Jesús Manuel

- “La pericia antropológica en los conflictos judiciales de los pueblos originários”, in *Voces en el Fénix*, n. ° 25, 2013. Disponível em <http://www.vocesenelfenix.com/content/la-pericia-antropol%C3%B3gica-en-los-conflictos-judiciales-de-los-pueblos-originarios>. Consultado em 23 de março de 2019.

KARYANNI, Michael

- “Adjudicating culture”, in *Osgoode Hall Law Journal*, 47, 2009. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1153&context=ohlj>. Consultado em: 25 de março de 2019.

KELLY, Paul

- *Introduction: Between Culture and Equality*, in *Multiculturalism Reconsidered*, Edited by Paul Kelly, Polity Press, 2002. Disponível em: <http://www.urbanlab.org/books/Paul%20Kelly.%20Multiculturalism%20reconsidered%201.pdf>. Consultado em: 10 de março de 2019.

KÖHLER, Michael

- *Strafrecht, AT*, Springer, 1997.

KYMLICKA, Will

- *Ciudadania multicultural: una teoria liberal de los derechos de las minorias*, Barcelona: Paidós, 1996.

LEITÃO, Helena Martins

- “A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português”, in *RMP*, n.º 136, 2010.

LOPES, José Mouraz

- *A fundamentação da sentença no sistema penal português – Legitimar, Diferenciar, Simplificar*, Coimbra, Almedina, 2011.

MELIM, Mafalda

- “Standards de prova e grau de convicção do julgador”, in *Revista de Concorrência e Regulação* 16, 2013 (out. – dez.).

MENDES, Paulo Sousa

- *Causalidade Complexa e Prova Penal*, Almedina, 2018.

PALMA, Maria Fernanda

- *A teoria do crime como teoria da decisão penal e o Direito da Investigação Criminal*, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Almedina, 2014.

PAREKH, Bhikhu

- *Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory*, 2ª ed., Palgrave Macmillan, 2006.

- *A new politics of identity*, Palgrave Macmillan, 2008.

PASTORE, Baldassare

- *Identità culturale, conflitti normativi e processo penale*, in PASTORE/LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, 2008.

PRAKKEN, Henry/SARTOR, Giovanni

- “On modelling burdens and standards of proof in structured argumentation”, in *Proceedings of JURIX 2011: The Twenty-fourth annual conference on legal knowledge and information systems*, Amsterdam, IOS Press. Disponível em: <http://www.cs.uu.nl/groups/IS/archive/henry/jurix11.pdf>. Consultado em: 27 de março de 2019.

RENTELN, Alison

- *The cultural defense*, Oxford University Press, 2004.
- *The use and abuse of the cultural defense*, in FOGLETS/RENTELN (ed.), *Multicultural jurisprudence: comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford and Portland Oregon, 2009.

SCHÜTZ, Alfred

- *The phenomenology of the social world*, Northwestern Uni. Press, Evanston (Illinois), 1967.
- *The stranger: na essay in social psychology*, in *Collected Papers, II – Studies in Social Theory*, Martinus Nijhoff, 1976.
- *El problema de la realidad social*, 2.^a ed., Amorrortu Editores, 1995.

SHEYBANI, Malek-Mithra

- “Cultural defense: one person’s culture is another’s crime”, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol.9, 1987. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol9/iss3/8/>. Consultado em: 16 de fevereiro de 2019.

SOUSA, Miguel Teixeira de

- *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995.

STELLA, Federico

- *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano: Giuffrè, 2003.

TAKAHASHI, Yoshimoto/BERGER, Douglas

- *Cultural dynamics and the unconscious in suicide in Japan*, in LEENAARS/LESTER (eds.), *Suicide & the unconscious*, Jason Aronson, 1996. Disponível em: https://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Cultural_Dynamic_and_the_Unconscious_in_Suicide_in_Japan.pdf. Consultado em: 13 de março de 2019.

TAYLOR, Charles

- *The politics of recognition*, in AMY GUTMANN (ed.), *Multiculturalism and ‘the politics of recognition’*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1992.

THORMANN, Olivier

- “El peritaje judicial: reflexiones en el context del Derecho Penal y de las culturas”, in *Anuario de Derecho Penal*, 2010. Disponível em:

<http://www.cervantesvirtual.com/research/el-peritaje-judicial-reflexiones-en-el-contexto-del-derecho-penal-y-de-las-culturas/>. Consultado em: 21 de fevereiro de 2019.

TILLERS, Peter/GOTTFRIED, Jonathan

- “Case comment – United States v. Copeland, 369 F. Supp.2d 275 (E.D.N.Y. 2005): A Collateral Attack on the Legal Maxim That Proof Beyond a Reasonable Doubt is Unquantifiable?” in *LPR*, 5. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2015/6.html>. Consultado em: 11 de abril de 2019.

TRINDADE, Cláudia

- *A prova dos estados subjetivos no Direito Civil Português*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013.

TUNICK, Mark

- “Can culture excuse crime? Evaluating the inability thesis”, in *Punishment & Society*, vol.6, 2004. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1462474504046120>. Consultado em: 26 de março de 2019.

USUI, Masami

- “Creating a feminist transnational drama: oyako-shinju (parent-child suicide) in Velina Hasu Houston’s Kokoro (True Heart)”, in *The Japanese journal of american studies*, n.º 11, 2000. Disponível em: <http://www.jaas.gr.jp/jjas/PDF/2000/No.11-173.pdf>. Consultado em: 15 de janeiro de 2019.

VAN BROECK, Jeroen

- “Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offenses)”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol.9, 2001, n.º 1. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/eccc9&div=8&id=&page=&t=1558588643>. Consultado em: 20 de novembro de 2018.

WOODMAN, Gordon

- *The culture defense in English common Law: the potential for development*, in FOLETS/RENTELN (ed.), *Multicultural jurisprudence: comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford and Portland Oregon, 2009.