

Faz sentido punir o ritual do *fanado* ? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana ¹

Augusto Silva Dias
Professor Auxiliar da
Faculdade de Direito de Lisboa

«A gente pega-se aos costumes
como os burros aos cabrestos»

Camilo José Cela,
A família de Pascoal Duarte

1. O problema

Cerca de dez anos e meio depois de ter deixado a Guiné-Bissau e de aqui ter realizado um estudo sobre o infanticídio ritual em certas etnias guineenses ², que foi precedido de um trabalho de campo

¹ O presente artigo constitui a versão desenvolvida da conferência proferida em Bissau, no dia 21 de Março de 2006, por ocasião das jornadas de comemoração dos 15 anos da Faculdade de Direito local. Dediquei a minha intervenção a duas entidades: ao Dr. Francisco Benante, com quem reparti noutra tempo a condução dos destinos da Faculdade de Direito de Bissau (doravante, FDB) e com quem integrei o grupo de investigação a que me refiro no texto, no qual ele desempenhou um papel central como intérprete e representante do grupo junto dos *garandis* das tabancas que visitámos; aos alunos da FDB, aos antigos e aos actuais, a quem me encontro ligado por laços académicos e afectivos muito profundos.

² Este estudo foi publicado na RPCC ano 6 (1996), p.209 e ss., com o título *Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau* e lançou a discussão do tema na doutrina jurídica portuguesa e guineense -v. FERNANDA PALMA, *Dolo eventual e culpa em Direito Penal*, in *Problemas fundamentais de Direito Penal: homenagem a Claus Roxin*, ed. Univ. Lusíada, 2002, p.64 e ss.; TAIPA DE CARVALHO, *Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal*, in *Direito e Justiça*, vol.XVI (2002), t.I, p.140 e ss.; GETÚLIO NEVES, *A aplicação da lei penal num ambiente*

desenvolvido por uma equipa constituída por quatro elementos, entre os quais o actual Director do INEP ³, o Dr. Mamadu Jao, e o Dr. Francisco Benante, então Director da FDB e actual Presidente da ANP ⁴, quero aproveitar este regresso para visitar a temática em que aquele trabalho se inscreveu: a dos desafios que a diversidade cultural coloca ao Direito Penal. Esses desafios não se limitam hoje, na era da globalização, a sociedades originariamente plurais, como as sociedades africanas e americanas, que mantiveram esse traço a despeito da criação de Estados nacionais, mas estendem-se a sociedades tradicionalmente mais homogéneas, como a sociedade portuguesa. Se é claro que a globalização, através do incremento dos fluxos migratórios ⁵, é responsável por uma nova coloração cultural do planeta e pelo surgimento, um pouco por toda a parte, de novos problemas políticos e jurídicos, ela não produziu, todavia, a uniformização desses problemas e muito menos das respectivas soluções. Uns e outras reflectem diferentes matizes consoante a natureza dos temas e os contextos geo-políticos e sociais em que são suscitados.

A revisitação que me proponho fazer é guiada pela mesma pergunta que norteou o meu estudo sobre o infanticídio ritual: como se determina a responsabilidade criminal do indivíduo que pratica um

multicultural: o caso do Estado do Espírito Santo, Lisboa, 2002, p.60 e ss. (tese de mestrado não publicada); RUI SANHÁ, *Infanticídio ritual no sistema jurídico-penal da Guiné-Bissau: uma abordagem na perspectiva do conflito entre o direito positivo e os costumes étnicos*, Lisboa, 1999 (tese de mestrado não publicada); v. também o interessante trabalho de MAMADU JAO, *Código Penal, infanticídio e rejeição: a prova do rio*, in Soronda, Dezembro de 2003, p.45 e ss., realizado numa perspectiva antropológica com base nos materiais recolhidos durante a investigação de campo referida no texto.

³ Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas.

⁴ Assembleia Nacional Popular.

⁵ A globalização está longe de ser um fenómeno unidimensional, de cariz económico, como certas perspectivas neo-liberais querem fazer crer. Sobre a multidimensionalidade da globalização, v. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Os processos da globalização*, in SOUSA SANTOS (org.) *Globalização: fatalidade ou utopia?*, ed. Afrontamento, 2001, p.31 e ss.; JOÃO ANDRÉ, *Diálogo intercultural, utopia e mestiçagens em tempos de globalização*, ed. Ariadne, 2005, p.116 e ss.; ANABELA RODRIGUES, *Criminalidade organizada – que política criminal?*, in *Globalização e Direito*, Coimbra Ed., 2003, p.191 e ss.; FARIA COSTA, *O fenómeno da globalização e o Direito Penal Económico*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Ed., 2001, p.533 e s. Interessam-me aqui sobretudo as dimensões cultural e da sociedade civil –sobre o tipo de questões que se colocam neste âmbito v. OTFRIED HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, ed. Suhrkamp, 1999, p.41 e s.

facto previsto como crime pela lei do Estado mas é tolerado, promovido, ou mesmo imposto pela comunidade étnico-cultural a que pertence? Como se resolvem, na perspectiva da atribuição da responsabilidade criminal, os conflitos entre as normas do Direito Penal e as normas étnico-culturais que são seguidas pelo agente pertencente a um círculo cultural alheio? Que relevância pode ter neste contexto uma *cultural defense*, isto é, o argumento de que o agente se limitou a seguir as regras da própria cultura? ⁶ E, por fim, que função pode desempenhar o Direito Penal no combate aos crimes culturalmente condicionados?

Duas diferenças essenciais separam, contudo, aquele estudo da exposição que me proponho apresentar. Por um lado, elejo agora como *case study* a mutilação genital feminina, conhecida também por excisão clitoridiana. Faço-o por três ordens de razões: porque seria fastidioso retomar o tema do infanticídio ritual, sobretudo para os que, entre vós, conhecem o meu estudo; porque a excisão traz novos dados para a análise das relações entre o Direito Penal e a diversidade étnico-cultural, que a enriquecem; e, não menos importante, porque a excisão é um problema muito actual, com sérias implicações ao nível dos direitos das crianças e das mulheres, que preocupa muitos países africanos, incluindo a Guiné-Bissau, países de destino de comunidades imigrantes que cultivam essa prática, certas organizações internacionais, como a OMS e a UNICEF, e diversas ONGs. Só para dar uma ideia, vários relatórios internacionais e a literatura sobre o tema apresentam a excisão como uma prática global, efectuada principalmente na África sub-sahariana e nordestina, e, em menor percentagem, na Europa, nos Estados Unidos,

⁶ Duas notas sobre o conceito de *cultural defense*. *Defense* significa todo o argumento invocável em juízo que possui força jurídica para obstar (ou atenuar) à condenação -v. JOSHUA DRESSLER, *Understanding Criminal Law*, 3ª ed., ed. LexisNexis, 2001, §16.01; DOUGLAS HUSAK, *On the supposed priority of justification to excuse*, in *Law and Philosophy*, vol.24 (2005), nº6, p.580 e s.; FERNANDA PALMA, *O princípio da desculpa em Direito Penal*, ed. Almedina, 2005, p.135, conferindo ao conceito um sentido «quase processual», «sem papel sistemático no conceito de crime». Com efeito, as *defense* tanto podem constituir causas de justificação como causas de desculpa - v. MARTIN GOLDING, *The cultural defense*, in *Ratio Juris*, vol.15 (2002) nº2, p.151; CRISTINA DE MAGLIE, *Multiculturalismo e Diritto Penale: il caso americano*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, nº1, p.195; DRESSLER, *ob.cit.*, §§.16.03 e 16.04. No que diz respeito às *cultural defense*, diga-se ainda que podem ser invocadas autonomamente ou diluídas noutra dirimente da responsabilidade neutral em relação aos temas da (multi) culturalidade - sobre este ponto v. ALISON RENTELN, *The cultural defense*, ed. Oxford Univ. Press, 2004, p.199 e ss.; GOLDING, *ob.cit.*, ps.148 e 151 e ss.; DE MAGLIE, *ob.cit.*, p.196 e s.

na Indonésia e na Austrália ⁷. Os números avançados são impressionantes e assustadores. Estima-se actualmente que entre 85 e 115 milhões de raparigas foram sujeitas a tal prática, situando-se o maior número precisamente em países africanos, à cabeça dos quais se encontram a Guiné-Conakry, Mali, Somália, Sudão, República Centro Africana e Costa do Marfim ⁸. Um pouco por toda a parte se condena a excisão e se tomam medidas para a combater entre as quais figura o recurso ao Direito Penal.

A outra diferença a que acima me refiro prende-se com a perspectiva que vou adoptar. Analisarei o problema da punibilidade da excisão na perspectiva do Direito Penal português e não na perspectiva do Direito Penal guineense. Não tenho acompanhado a posição do Estado guineense perante os diplomas e os *fora* internacionais que têm sido respectivamente publicados e organizados sobre o tema. Por outro lado, ao contrário do que sucedeu há dez anos, desta vez não tive oportunidade de fazer um trabalho de campo que me permitisse compreender de forma imediata o modo como esta prática é realizada e entendida em algumas etnias da Guiné, nem conheço a posição que as instâncias de administração da justiça penal guineenses, em particular os tribunais, têm tido sobre ela. Embora a excisão seja um comportamento punível nos Códigos Penais português e guineense e possa ser idêntica a posição dos dois Estados acerca das declarações e convenções internacionais que versam o problema, a apreciação da responsabilidade criminal não pode abstrair do contexto social em que o comportamento é praticado. Os Códigos Penais de ambos os países podem comungar do mesmo ideário de Estado de Direito e conter incriminações semelhantes, cunhadas por esse ideário, mas nem a situação da vida à qual se aplicam

⁷ V. MARTHA NUSSBAUM, *Judging other cultures*, in *Sex and social justice*, ed. Oxford Univ. Press, 1999, p.120; ALISON RENTELN, *The cultural defense*, p.51;

⁸ Neste sentido, v. MARTHA NUSSBAUM, *Judging other cultures*, p.120, baseando-se num relatório da OMS. Um Relatório elaborado pela UNICEF em 2005 não apresenta dados sobre a Guiné-Bissau e sobre o Senegal mas dá conta de que na Guiné-Conakry, em 1999, 99% das mulheres com idades entre os 15 e os 49 anos tinham sido excisadas e no Mali, em 2001, 91.6% das mulheres tinham conhecido igual destino -v. Digest Innocenti, *La pratique de l'excision/mutilation genitale feminine*, ed. Unicef, 2005, ps.12 e 15. A proximidade destes países faz supor que a situação na Guiné-Bissau não andarà longe destas taxas; sem indicar números o *Plano Nacional do Desenvolvimento Sanitário 1998-2002*, elaborado pelo Ministério da Saúde Pública da Guiné-Bissau, dá conta de índices preocupantes de excisão no país -v. ps. 3, 73 e 125.

é idêntica, nem idêntica é por isso a compreensão dos tipos incriminadores aplicáveis. Basta pensar que enquanto em Portugal, ou noutro país europeu, os autores da excisão (normalmente mulheres) surgem como pessoas socializadas numa cultura alheia, na Guiné-Bissau, ou noutro país africano, eles actuam no seu *tchon* (chão) ou lugar histórico. A relação entre as normas ancestrais –a que chamamos usos ou costumes, consoante os casos- que regem a vida destas comunidades e o Direito estatal não é a mesma num país europeu e num país africano. Na Europa a excisão é um fenómeno relativamente recente, ao passo que em alguns países de África perde-se na penumbra dos tempos, antecedendo em muito a constituição dos Estados nacionais. O seu enraizamento e a pressão para a sua realização é nestes últimos, sem dúvida, muito maior, aspecto que não pode ser ignorado na aplicação do Direito, por muito semelhantes que sejam as leis e o sistema de imputação pensado para as aplicar. Não estou a dizer –note-se- que a excisão é ou deve ser uma prática permitida ou tolerada em África e proibida na Europa, mas tão só que os termos em que a sua punibilidade deve ser apreciada não são idênticos à luz do Direito Penal de um país europeu e de um país africano. A vigência objectiva das normas penais, até pela relevância dos valores que tutelam, não pode em parte alguma depender dos sistemas de crenças dos destinatários, sob pena de tal relativização redundar em perda de função. Mas isso não significa que a sua aplicação deva ser cega perante a vida e as formas concretas da sua organização. Punir com fundamento tão só na preservação da vigência das normas, sem atender ou cuidar da sua ligação com o mundo da vida dos destinatários, representa afinal um eufeuadamento do Direito Penal a uma lógica funcionalista, auto-poiética, alheia à vivência normativa dos indivíduos, e por isso avessa a considerações de justiça. Se, como creio, as normas penais e as penas não devem abstrair do mundo da vida em que operam, sob pena de perda de validade, também a sua aplicação não pode ficar indiferente à maior ou menor cristalização histórica dos sistemas de valores étnico-culturais que com elas concorrem na orientação do comportamento, ou, se se preferir, pela maior ou menor consolidação de certas práticas culturais nas representações valorativas e na motivação para a acção dos destinatários.

Deparo, todavia, com um obstáculo. Não são conhecidos casos de excisão na jurisprudência dos tribunais portugueses, mormente nos tribunais superiores. A situação é neste aspecto muito parecida com a da

Holanda, onde se suspeita também da existência dessa prática sem existir qualquer registo judicial de casos ⁹. Para superar esta dificuldade irei buscar relatos à jurisprudência e doutrina francesa e americana. Sobretudo em França são abundantes as descrições de casos, de processos e condenações de africanos e africanas por ofensas corporais, em alguns casos, agravadas pelo resultado morte, decorrentes da excisão ¹⁰. Ao contrário do que sucede noutros países europeus, como a Inglaterra e a Suécia, que prevêm expressamente a mutilação genital feminina no elenco de incriminações, mas privilegiam a prevenção por via da informação e do diálogo, em França, devido talvez ao igualitarismo abstracto que caracteriza o ideário republicano, documentado entre outros no célebre caso do véu islâmico, optou-se pela via punitiva ¹¹.

Os casos decididos pelos tribunais franceses apresentam tipicamente os seguintes contornos. A excisão é realizada as mais das vezes em crianças de etnias Bambara (Mali), Dogon (Mali), Soninké (Mali/Senegal), e Malinké (Costa do Marfim) com idades compreendidas entre os 2 e os 12 anos, anteriores portanto à puberdade ¹², levadas pelos seus pais, especialmente pelas mães, à presença de

⁹ v. sobre a situação na Holanda, AYAAN HIRSI ALI, *Ich klage an: Plädoyer für die Befreiung der muslimischen Frauen*, ed. Piper, 2005, p.156. A autora explica a ausência de casos nos tribunais por uma atitude de tolerância dos órgãos de administração da justiça perante um crime de elevada gravidade.

¹⁰ v. o interessante trabalho de recolha e análise de casos de MARINE LEFEUVRE-DÉOTTE, *L'excision en procès: un différend culturel?*, ed. L'Harmattan, 1997, que tomarei aqui por base; NORBERT ROULAND, *Aux confins du Droit*, ed. Odile Jacob, 1991, p.151 e ss., onde descreve um caso judicial, que teve lugar na década de oitenta do século passado, e as motivações da sua recusa em participar no processo como defensor da arguida (a mãe da criança); v. também sobre a excisão em França, LUCIA BELLUCCI, *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, in *Sociologia del Diritto*, 2001, n^o3, p.137 e ss.; dá notícia de casos de excisão nos tribunais espanhóis RAQUEL FAJARDO, *Control penal y diversidad étnico-cultural*, in DIAZ-SANTOS/ZUÑIGA RODRIGUEZ/FABIÁN CAPARRÓS, *Conflicto social y sistema penal*, ed. Colex, 1996, p.77 e ss.

¹¹ Sobre o tema, colocando em confronto os modelos de integração francês e inglês com base no modo como lidam com o problema da excisão, v. LUCIA BELLUCCI, *Immigrazione e pluralità di culture*, ps. 132 e ss. e 143 e ss.; especificamente sobre o republicanismo francês v. RENAUT/TOURAINÉ, *Un débat sur la laïcité*, ed. Stock, 2005, p.11 e ss.

¹² Por vezes encontram-se relatos de excisões rituais realizadas em raparigas com idades superiores. É o caso de WAIRIMU NJAMBI, que num artigo muito interessante intitulado *Dualisms and female bodies in representations of african female circumcision: a feminist critique* e publicado em *Feminist Theory*, 2004, p.281 e ss., reflecte sobre a excisão com base na sua

mulheres das respectivas comunidades com experiência na operação, que denominarei excisoras ou *fanatecas* (termo do crioulo guineense para designar as mulheres «especialistas» em tal prática, oriundas normalmente da casta dos ferreiros)¹³, as quais não se fazem pagar por ela embora aceitem o que os pais da criança lhes quiserem ofertar. Os arguidos, que são os pais (em regra as mães) das raparigas¹⁴, pois as excisoras não são denunciadas, invocam quase invariavelmente a obediência à tradição e aos ensinamentos dos antepassados como um factor de preservação da identidade. Nos depoimentos processuais recolhidos por LEFEUVRE-DÉOTTE podem ler-se justificações do género, «é doloroso, mas é o costume que o impõe»¹⁵, «fiz excisar a minha filha ... não para a fazer sofrer, ou para a mutilar, ou para fazer tudo aquilo de que me acusam neste processo, mas porque é o meu costume, a minha tradição ...»¹⁶, «não quis fazer mal algum, é a minha tradição que me obriga e eu não conhecia a lei. Eu amo muito os meus

experiência pessoal de excisada aos 16 anos na (sua) etnia Gikuyu do Kenya. Agradeço à Professora Teresa Beleza a indicação deste artigo.

¹³ O termo *fanateca* provém de *fanado*, palavra do crioulo guineense, que figura no título deste artigo, e que designa precisamente o ritual iniciático (ou de passagem –v. *infra*, nota 26) que assinala a entrada na comunidade do jovem ou da jovem como membros de pleno direito, aptos a casar, procriar e participar nos destinos do grupo, ritual que inclui, na versão masculina, a circuncisão e, na versão feminina, a excisão. Há vários estudos sobre o *fanado*, sobretudo masculino, na Guiné-Bissau. Cito a título ilustrativo ANTÓNIO CARREIRA, *As primeiras referências escritas à excisão clitoridiana no ocidente africano*, in Boletim Cultural de Guiné Portuguesa (doravante, BCGP), nº70 (1963), p.309 e ss. e nº78 (1965), p.147 e ss.; MARTINS DE MEIRELES, *Mutilações étnicas dos Manjacos*, ed. Centro de Estudos da Guiné portuguesa, 1960, p.77 e ss.; JAMES PINTO BULL, *Subsídios para o estudo da circuncisão entre os balantas*, in BCGP, nº24 (1951), p.947 e ss.; ARTUR AUGUSTO SILVA, *Usos e costumes jurídicos dos Felupes da Guiné*, in BCGP, nº57 (1960), p.34 e s.; *Usos e costumes jurídicos dos Mandingas*, in BCGP, nº91-92 (1968), p.297 e ss., referindo-se muito brevemente ao *fanado* feminino entre os Mandingas, segundo o autor mais simples do que o masculino, resumindo-se praticamente à excisão e aos festejos subsequentes; MENDES MOREIRA, *Fulas do Gabú*, ed. Centro de Estudos da Guiné Portuguesa, 1948, p.194 e s., que descreve a excisão entre os Fulas da região em causa, imputando-a, no entanto, a motivações basto discutíveis.

¹⁴ Os pais podem realizar vários papéis de participante. Podem ser inclusive co-autores das excisoras quando levam a criança ao local do rito, pois possuem então o domínio de uma parcela da execução da ofensa corporal (al.c) do artº22 do Código Penal). Como lugar paralelo pode ser invocado o caso do indivíduo que atrai a vítima ao local onde sabe que um outro lhe montou uma cilada para a matar.

¹⁵ v. *L'excision en procès*, p.48.

¹⁶ *L'excision en procès*, p.51.

filhos. Uma mãe africana não é uma malfeitora. Eu não fiz mal, sou estrangeira, não conheço a lei. É o costume; entre nós, todas as mulheres são excisadas»¹⁷. Os processos terminam normalmente com a condenação das arguidas em penas até 5 anos de prisão, acompanhadas de *sursis*¹⁸, que corresponde à suspensão da execução da pena no sistema penal português¹⁹.

2. Formas, consequências e factores explicativos da excisão.

Sob a designação genérica de excisão são englobadas várias formas de mutilação de gravidade distinta. A clitoridectomia, que consiste na amputação de parte ou da totalidade do clitóris, cingindo-se por vezes a um corte longitudinal sem extracção do órgão; a excisão comum, que comporta a ablação do clitóris e dos lábios menores; e a infibulação, que, além dessa ablação, implica incisões nos *labia majora* de modo a criar uma superfície lisa²⁰. Esta última representa naturalmente a intervenção mais profunda e gravosa na integridade física da criança e é responsável por muitas sequelas, a mais grave das quais, embora não a mais frequente, é a morte. De entre as referidas sequelas destacam-se as infecções, hemorragias, dificuldades nos ciclos menstruais, dores durante as relações sexuais, infertilidade, complicações puerperais, e «stress» pós-traumático²¹.

¹⁷ *L'excision en procès*, p.142.

¹⁸ v. *L'excision em procès*, p.23 e ss.; NORBERT ROULAND, *Aux confins du Droit*, p.155.

¹⁹ Sobre o significado e a história do *sursis*, v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*, ed. Notícias, 1993, p.338 e s. A suspensão da execução da pena vem prevista em termos semelhantes aos do Código Penal Português, no artº57 e ss. do Código Penal guineense.

²⁰ v. LEFEUVRE-DÉOTTE, *L'excision en procès*, p.44 e s.; MARTHA NUSSBAUM, *Judging other cultures*, p.120; *La pratique de l'excision/mutilation genitale feminine*, p.10, onde são identificadas cinco modalidades de excisão.

²¹ v. LEFREUVE-DÉOTTE, *L'excision en procès*, p.55; MARTHA NUSSBAUM, *Judging other cultures*, p.120; *La pratique de l'excision/mutilation genitale feminin*, p.24 e s.; HIRSI ALI, *Ich klage an*, p.157, citando as conclusões de um relatório da Universidade Livre de Amesterdão; FRANÇOISE COUCHARD, *L'excision*, ed. PUF, 2003, p.81 e ss., desenvolvendo particularmente este ponto.

Apesar de muitas raparigas excisadas terem ascendência proveniente de países de maioria islâmica, entre as explicações usuais para a realização da excisão não consta a motivação religiosa. Por um lado, nada se encontra no Corão e nos textos sagrados do islão que abonem ou imponham tal prática ²². Por outro lado, não só há países islâmicos que não conhecem a excisão, como há registo da sua existência em certas comunidades animistas e cristãs minoritárias ²³. A excisão é um costume milenar para o qual são avançados dois factores explicativos principais: os supersticiosos e os rituais. Os primeiros prendem-se com certos poderes mágicos atribuídos ao clitóris, que remontam aos mitos andróginos ²⁴, como o de ferir ou mesmo matar o nascituro durante o parto ou o de crescer até atingir o tamanho de um pénis tornando a mulher sexualmente obcecada, e ainda com certas representações de higiene e de purificação ²⁵. Os factores rituais, não estando isentos de conotações mitológicas, são sem dúvida os mais apontados e interessantes dos pontos de vista antropológico e jurídico. A excisão não é uma prática avulsa, antes se insere e funciona como um ritual de passagem ou de agregação à comunidade ²⁶. O corpo não é uma superfície neutra, mas um território simbólico, um espaço de produção cultural. Desde épocas recuadas da história da humanidade, que o corpo

²² FRANÇOISE COUCHARD, *L'excision*, p.57 e s., dá notícia de referências à excisão e à circuncisão nos *hadiths* islâmicos, todavia como práticas meramente recomendadas e não obrigatórias, sendo mesmo proibida, no que toca à excisão, a ablação de todo o clitóris.

²³ v. LEFREVRE-DÉOTTE, *L'excision en procès*, p.59 e s.; MARTHA NUSSBAUM, *Judging other cultures*, p.125; MICHEL FOUCAULT, *Les anormaux*, ed. Gallimard, 1999, p.236 e ss. refere-se à excisão médica praticada na Europa no século XIX como meio de controlo da sexualidade feminina (uma espécie de castração).

²⁴ Sobre os mitos andróginos, presentes nas cosmovisões africanas, LEFREVRE-DÉOTTE, *L'excision en procès*, p.102 e ss.; FRANÇOISE COUCHARD, *L'excision*, p.61 e ss., sublinhando o carácter universal destes mitos.

²⁵ v. LEFREVRE-DÉOTTE, *L'excision en procès*, ps. 43 e s., 50 e 63; ALISON RENTELN, *The cultural defense*, p.52; FRANÇOISE COUCHARD, *L'excision*, p.59 e s.

²⁶ Neste sentido, v. VICTOR TURNER, *Das Ritual: Struktur und Anti-Struktur*, ed. Campus, 1989, p.128 e s., caracterizando os rituais de passagem como práticas geradoras de *comunitas* (vista como dimensão da sociedade na qual os indivíduos se encontram numa relação concreta e imediata); NIDA-RÜMELIN, *Über menschliche Freiheit*, ed. Reclam, 2005, p.143, onde qualifica estes rituais como «práticas constitutivas de comunidade» e acrescentando que aquele que os contesta coloca-se fora da comunidade; v. ainda sobre rituais de passagem, os trabalhos sobre o *fanado* (afinal um ritual desse tipo) citados *supra*, na nota 13.

serve de suporte a inscrições ²⁷. Muitas delas tinham e ainda têm a ver com a aquisição de um estatuto social ou de uma identidade sexual. A circuncisão masculina e a excisão feminina são exemplos disso. Nas comunidades de que falo a diferença biológica entre homem e mulher, visível aquando do nascimento, não basta para ter uma identidade sexual. Esta é socialmente atribuída através de uma inscrição no corpo. Crê-se nessas comunidades que o ser humano nasce sexualmente neutro e híbrido, isto é, que o homem é também mulher enquanto conservar o perpúcio e a mulher é também homem enquanto mantiver o clitóris. Para adquirir um género determinado e as funções sociais correspondentes cada um tem de ser sujeito a uma incisão genital. O género é definido através de um ritual que passa pela inflicção do golpe identitário e culmina em festejos colectivos ²⁸. O outro que o candidato traz consigo e que convém abandonar em benefício da perpetuação da comunidade é ali simbolicamente morto. A metamorfose opera-se sob os auspícios dos antepassados. O membro sexuado, diferenciado, está finalmente apto para casar e procriar. Uma das preocupações das mães arguidas nos processos em França era a de que se não cuidassem da excisão da filha esta nunca viria a ser aceite pela comunidade de origem. Ela careceria de identidade feminina, seria olhada sempre como um *alien*, nenhum homem da sua comunidade desejaria casar com ela ²⁹. Sendo assim, elas não cumpririam o seu dever de mães e de africanas, Bambara, Soninké, ou Malinké, se não submetessem as filhas ao ritual sangrento. Na verdade, este visa não só integrar o indivíduo no grupo como membro de pleno direito, mas também proteger o grupo do risco de dissolução. O ser sexualmente híbrido e indefinido constitui uma ameaça

²⁷ Sobre este ponto v. WAIRIMU NJAMBI, *Dualisms and female bodies*, p.290 e s., criticando a concepção do corpo como ente natural, biológico, separado da cultura, que considera própria de um dualismo cartesiano ultrapassado; v. ainda NORBERT ROULAND, *Aux confins du Droit*, p.152 e s.

²⁸ Entre os Gikuyu estes festejos incluem intensa actividade sexual dos novos membros com diversos parceiros do sexo oposto tendo em vista a exploração de sensações corporais -v. WAIRIMU DJAMBI, *Dualisms and female bodies*, p.296; fenómeno semelhante foi registado entre os Balantas da Guiné-Bissau por JAMES PINTO BULL, *Subsídios para o estudo da circuncisão*, p.950, que afirma, no entanto, que a orgia tem lugar nas vésperas da cerimónia da circuncisão masculina, como se de um derradeiro adeus à irresponsabilidade se tratasse.

²⁹ WAIRIMU DJAMBI refere que o insulto mais humilhante que um Gikuyu adulto pode sofrer é ser apelidado de homem ou mulher não circuncisado(a) -v. *Dualisms and female bodies*, p.295.

à comunidade pois permanece à margem e não lhe garante a continuidade. É importante pois inscrever no seu corpo a regra do grupo e, dessa forma, selar o compromisso, a pertença recíproca, e assegurar a perpetuação ³⁰.

3. Perspectivas de análise jurídica dos conflitos suscitados pela diversidade cultural.

Antes de responder às questões centrais deste trabalho acima formuladas convém clarificar a metodologia adequada para o fazer. É que são diversas as perspectivas metodológicas de tratamento e análise do problema das relações conflituantes entre regras étnico-culturais e normas estatais. Este problema é tradicionalmente colocado no âmbito da teoria geral do direito a propósito da relevância do desuso e do costume *contra legem*, ou seja, como uma questão de hierarquia das fontes de Direito ³¹. Discute-se aí qual das fontes em colisão deve prevalecer: se a que provém da autoridade do Estado e cuja pretensão de validade se estende a todo o território nacional, se a que emana das práticas tradicionais que regem efectivamente a vida das comunidades locais. O problema tem aqui uma dimensão externa, objectiva e a perspectiva indicada para o resolver é a do jurista-observador que analisa e descreve as relações entre a lei e o costume num dado sistema jurídico. Consoante a história das relações entre o Estado e as comunidades étnicas, a natureza constitucional do Estado e a espécie de lei em questão, assim se obterá uma resposta num sentido ou noutro.

A concentração hoje generalizada do poder punitivo nas mãos do Estado e a imposição, comum a qualquer Estado de Direito, da lei formal como única fonte de Direito Penal, não deixam dúvidas quanto ao afastamento do costume como fonte tanto de criação quanto de

³⁰ Para uma leitura antropológica da excisão v. LEFEUVRE-DÈOTTE, *L'excision en procès, passim*, em especial, p.111 e ss.; WAIRIMU NJAMBI, *Dualisms and female bodies*, em especial, p.290 e ss.; o clássico e indispensável livro de JOMO KENYATTA, *Facing mount Kenya: the tribal life of the Gikuyu*, ed. Vintage, 1965.

³¹ Para um tratamento do problema neste plano v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: introdução e teoria geral*, 13ª ed., ed. Almedina, 2005, p.269 e ss. Tem razão o autor quando na p.270 enfatiza a diferença entre costume *contra legem* e desuso: este último é uma grandeza negativa que apenas pode minar a eficácia da lei mas não a sua juridicidade formal.

eliminação de crimes e de penas nos modernos sistemas jurídico-penais. Segundo o entendimento de um sector da doutrina e da jurisprudência, mesmo para desqualificar um comportamento como crime ou uma sanção como pena é necessária a intervenção do legislador parlamentar ³². De acordo com esta interpretação maximalista da reserva de lei é vedado o recurso ao costume quer para criminalizar quer para descriminalizar (em sentido amplo, englobando também a despenalização). Note-se que a rejeição do costume como fonte não decorre da lei com a qual concretamente colide, mas da própria validade jurídico-penal, designadamente de um princípio estruturante do Direito Penal nas sociedades democráticas: o princípio da legalidade ³³.

Perante este quadro, quando se pergunta se podem o costume ou os usos sociais ³⁴ derogar a lei penal, o que se pretende saber não é se esses usos ou costumes podem revogar a lei ou impor *a* onde esta nada prevê ou prescreve *b*, mas se eles podem obstar ou condicionar a aplicação da lei, dito de uma outra forma, mais adequada aos nossos propósitos, se podem obstar ou condicionar a punição de certos comportamentos. Neste plano a resposta é afirmativa. Nos ordenamentos jurídico-penais de referente germânico, como são o português e também o guineense, o método de atribuição de responsabilidade consiste na utilização de um sistema de imputação mais ou menos consolidado, que designamos por teoria do facto punível (ou teoria do crime). Embora seja um sistema aplicativo, a teoria do facto punível louva-se nos princípios estruturantes do Direito Penal do Estado de Direito, desempenhando, entre outras, uma importante função de

³² Diverge desta posição, quando entendida como uma decorrência do princípio da legalidade (reserva de lei), FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG, I*, Coimbra Ed., 2004, p.171 e s.; defendem-na TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, PG - questões fundamentais*, ed. Univ. Católica, 2003, p.198 e s.; PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A adequação social da conduta no Direito Penal*, ed. Univ. Católica, 2005, p.803; FIANDACA/DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, ed. Jovene Editore, 2003, p.63 e s.

³³ Sobre a subordinação da lei e do costume aos princípios e valorações fundamentais que constituem a matriz referencial do Direito Penal democrático, v. AUGUSTO SILVA DIAS, *Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural*, p.214 e s.; considera também que a relação entre a lei e o costume se coloca não só no plano sociológico, da eficácia, mas ainda no plano normativo, da validade, TAIPA DE CARVALHO, *Direito à diferença étnico-cultural*, p.138.

³⁴ Sobre a diferença entre uso e costume, na qual não insistirei aqui, v. ASCENSÃO, *O Direito*, p.265 e s.; PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A adequação social*, p.815 e s.

garantia, já que introduz estabilidade na decisão de casos concretos e assegura a coerência dessa decisão com os fundamentos de validade do sistema penal ³⁵. Quando se exige que o comportamento seja típico, ilícito e culposo (é este o núcleo central da teoria do crime) para atribuir a alguém a prática de um crime, outra coisa se não faz do que dar realização, na aplicação do Direito Penal, respectivamente aos princípios da legalidade e da ofensividade, da prevalência do interesse superior à luz da ordem jurídica, e da culpa, enquanto decorrência do princípio da dignidade da pessoa. De entre os atributos do facto punível mencionados, dois avultam que são particularmente aptos para acolher os usos ou costumes em sede de aplicação do Direito Penal: a tipicidade, mediante o recurso interpretativo das acções socialmente adequadas ³⁶, e a culpa em sentido amplo, que abrange não só o momento da censura ou atribuição de um demérito pessoal ao agente, mas também a própria imputação subjectiva (a título de dolo ou de negligência).

Ao utilizar o sistema de imputação, por qualquer das vias referidas, o jurista muda de registo. A perspectiva adoptada não é já a do jurista-observador que descreve as fontes e a respectiva hierarquia num dado sistema jurídico, mas a do jurista-intérprete (ou aplicador) que pretende resolver a questão de como deve ser punido aquele ou aquela que pratica a excisão ritual numa criança para cumprir as tradições da sua comunidade de pertença. O conflito entre lei penal e costume (ou uso) assume agora uma dimensão interna, revestindo a forma de um conflito prático, centrado no agente, entre o dever legal de não ofender a vítima na sua integridade corporal e desenvolvimento sexual e o dever de seguir uma regra costumeira cuja força normativa e motivacional emana de hábitos ancestrais de uma dada forma de vida. Não se trata

³⁵ Sobre as funções da dogmática, referindo-se a esta função de garantia, v. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, ed. Suhrkamp, 1983, p.326 e ss.; BJÖRN BURKHARDT, *Geglückte und folgendelose Strafrechtsdogmatik*, in ESER/HASSEMER/BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, ed. Beck, 2000, p.118 e ss.

³⁶ TAIPA DE CARVALHO, *Direito à diferença étnico-cultural*, p.139, sugerindo esta via; PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A adequação social*, p.795 e ss., em especial, p.802 e s. (e 806 e s.). Defendo que a interpretação dos tipos legais não é prévia ou vestibular à realização dos mesmos. Ela é antes o instrumento indispensável para a comprovação da tipicidade (ou atipicidade) do comportamento, enquanto primeiro passo da análise do crime. É o comportamento e não a interpretação que realiza o tipo, mas não há modo de saber se um comportamento realiza ou não o tipo que não seja através da interpretação. Logo a actividade interpretativa é concomitante à análise do facto típico.

agora de um problema de fontes do Direito, designadamente de saber qual delas predomina, problema que nos modernos Estados de Direito é resolvido como referi, mas de indagar que relevância terá na punibilidade a prática de seguir um uso ou costume *contra legem* por pressão da comunidade, pressão essa que não raras vezes reveste a forma de coacção moral.

Seja qual for a resposta, que passará necessariamente, como veremos, pela aplicação do sistema de imputação mencionado, um ponto parece evidente desde já. Nesta dimensão interna do conflito, centrada no plano da acção e das motivações para agir, a norma penal não leva vantagem sobre os costumes ou usos tradicionais enraizados. Correcta se afigura neste capítulo a intuição de OLIVEIRA ASCENSÃO³⁷ de que ao contrário do que sucede com normas de outra proveniência, «a eficácia da regra costumeira está automaticamente assegurada». A este aspecto geral, relacionado com a diferente eficácia da regra legal e da regra costumeira, acresce um dado sociológico importante. Enquanto não ocorrer um certo nível de integração do imigrante na sociedade de destino, não é razoável esperar que a situação se inverta. A integração é um processo mais ou menos longo que significa não só inserção numa função social mas ainda compreensão de valores e normas que regem a vida pública na sociedade de acolhimento, mormente as normas e valores que formam a identidade normativa dessa sociedade e que, quando de uma sociedade democrática e diferenciada se trata, alguns pensadores denominam de «patriotismo constitucional»³⁸. Como documentam os casos judiciais em França atrás relatados, a norma penal aparece aos autores, as mais das vezes, como um dever exterior e

³⁷ v. *O Direito*, p.264.

³⁸ Sobre o significado de «patriotismo constitucional», uma ideia apresentada por DOLFF STERNBERGER na famosa *Historikerstreit*, que animou a segunda metade dos anos 80 do século transacto, retomada e difundida posteriormente por HABERMAS, v. HABERMAS, *Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*, in HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, ed. Suhrkamp, 1996, p.262 e ss. (artigo publicado pela primeira vez em CHARLES TAYLOR, *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, ed. Fischer, 1993); *Der gesplittene Westen (Kleine politische Schriften, X)*, ed. Suhrkamp, 2004, p.78 e ss.; JUSTINE LACROIX, *Patriotisme constitutionnel et identité postnationale chez Jürgen Habermas*, in RAINER ROCHLITZ (coord.), *Habermas: l'usage public de la raison*, ed. PUF, 2002, p.133 e s.; *L'Europe en procès: quel patriotisme au-delà des nationalismes?*, ed. Cerf, 2004, ps.29 e ss. e 145 e ss.; JEAN-MARC FERRY, *La question de l'État européen*, ed. Gallimard, 2000, p.166 e ss.; *Europe, la voie kantienne: essai sur l'identité postnationale*, ed. Cerf, 2005, p.207 e ss.

distante da comunidade a que pertence, cuja obrigatoriedade cede facilmente perante a força normativa e motivacional do dever étnico-cultural cimentada nos hábitos de conduta e na observância reiterada. Os autores tomam conhecimento do carácter proibido da excisão normalmente no decurso dos processos judiciais e, embora alguns digam que se tivessem conhecido a proibição não teriam seguido tal prática em França, a verdade é que não entendem como pode esta ser qualificada como uma cruel mutilação ou mau trato corporal infligido às próprias filhas. A maior parte deles tinha pisado solo gaulês pela primeira vez há pouco tempo e a sua integração estava longe de ser completa, a começar pelo parco domínio da língua e pela relação inexistente ou precária com o mercado de trabalho. A sua mundividência era ainda inteiramente cunhada pela socialização a que foram sujeitos na sua comunidade de origem. Esta situação perdura enquanto não se verificar o que alguns antropólogos e sociólogos franceses caracterizam como *l'entre-deux-culturel*, isto é, uma fase transitória de aculturação, na qual o imigrante se vai adaptando ao modo de vida da sociedade de acolhimento ³⁹. A identidade pessoal é, como diz SEYLA BENHABIB, definida através de muitas afinidades colectivas e de muitas narrativas ⁴⁰ e, por isso, é dinâmica e exposta à mudança, quase sempre lenta e feita de conflitos e angústias.

Esclarecido este aspecto metodológico urge então dar resposta ao problema que nos ocupa. Que importância pode ter na responsabilidade criminal o argumento de que a *fanateca* (ou os pais que levaram a criança até ela) se limitou a seguir uma regra costumeira da sua forma de vida, de que actuou dessa forma porque já os seus antepassados assim procediam? Pode uma «defesa cultural», concebida deste jeito, conduzir à impunidade de quem realiza tal facto? Face à ordem jurídica portuguesa que relevo pode ter na punibilidade uma tal «defesa cultural»? Por último, que papel cabe ao Direito Penal no combate à excisão nas sociedades europeias?

4. A punibilidade da excisão no Direito Penal português.

³⁹ Sobre este ponto v. LEFEUVRE-DÉOTTE, *L'excision en procès*, p.298 e ss.; sobre o (difícil) processo relacional do estrangeiro com a cultura da sociedade de destino v. a incontornável interpretação de ALFRED SCHÜTZ, *Der Fremde: ein sozialpsychologischer Versuch* (1966), in MERZ-BENZ/WAGNER (Hrsg.), *Der Fremde als sozialer Typus*, ed. UVK, 2002, p.80 e ss.

⁴⁰ v. *The claims of culture*, p.16.

4.1. Afastamento das soluções baseadas na exclusão da tipicidade e da ilicitude do facto.

A mutilação genital configura no sistema penal português um caso de ofensa corporal grave do artº144⁴¹ ⁴². Sobretudo nas modalidades de excisão propriamente dita e de infibulação⁴³, a mutilação priva a vítima de um importante órgão, isto é, de uma parte do corpo que cumpre um papel relevante no desempenho de uma função final do organismo: no caso, a função sexual⁴⁴. Trata-se de uma espécie de castração. A comunidade pode atribuir maior ou menor relevância à fruição plena da sexualidade pelos seus membros, que isso em nada altera a circunstância de que à criança excisada é negada a possibilidade de desfrutar no futuro essa experiência. As pessoas nascem e crescem em comunidade, forjam nela uma parcela da sua identidade, mas não são seus reféns, podendo ao longo da vida contactar com outras formas de vida e decidir seguir outros modos de pensar e de viver. Em tempos de globalização e de mestiçagem não posso deixar de concordar com a teoria liberal dos *exit*

⁴¹ Diferentemente dos casos de infanticídio ritual, nos de excisão não se colocam problemas ao nível da formação do dolo. Enquanto naqueles as autoras pensam que o ser engolido pelas águas do rio é um *ucó* (mau espírito) e se regozijam pelo regresso ao seu *habitat* natural (v. AUGUSTO SILVA DIAS, *Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural*, p.226 e ss.; MAMADU JAO, *Código Penal, infanticídio e rejeição*, p.56 e ss.), nestes as *fanatecas* sabem que cortam um pedaço do órgão sexual de uma criança.

⁴² O Código Penal guineense contém um tipo incriminador específico sobre a excisão e a circuncisão epigrafado de ofensa corporal privilegiada (artº117). Não querendo entrar aqui na sua análise, sempre adantarei que se trata de uma disposição confusa do ponto de vista da técnica legislativa e desaconselhável do ponto de vista político-criminal. Para uma crítica mais desenvolvida a esta incriminação, v. FREDERICO ISASCA, *Código Penal Guineense Anotado*, anot. artº117, ed. TIPS/USAID, 1997; ISABEL BORGES, *A protecção penal da criança no novo Código Penal*, in Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, nº4 (1997), p.51 e ss.

⁴³ Nos casos de clitoridectomia consistente num golpe ou no corte de uma pequena parte do clitóris poderá haver ofensa corporal grave (a título autónomo ou como resultado agravante, consoante haja dolo ou negligência em relação ao resultado) se ocorrer uma hemorragia ou infecção que ponha em perigo a vida da vítima -artº144 al.d).

⁴⁴ Sobre a definição de órgão, v. PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário Conimbricense*, §6 anot. artº144; AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes contra a vida e a integridade física*, ed. AAFDL, 2005, p.49; dá conta de que a jurisprudência dominante em Espanha qualifica o clitóris como órgão RAQUEL FAJARDO, *Control penal y diversidad étnico-cultural*, p.86.

rights ⁴⁵, isto é, do direito do indivíduo a escolher um modo de vida diferente do da sua comunidade de pertença. Neste quadro, a mulher excisada, que opte por uma concepção da sexualidade e do estatuto social da mulher diferente do da sua comunidade de origem, ficará privada da experiência dessa vivência. A comunidade inscreveu a regra no seu corpo de forma indelével e irreversível. Não faltam relatos depressivos a comprovar essa frustração existencial.

Pode perguntar-se se a observância de uma regra costumeira por parte da excisora e dos pais da criança não poderá configurar um caso de adequação social da acção. Segundo uma formulação antiga, que remonta ao pensamento de WELZEL e tem sido mantida desde então pela doutrina penal, uma acção é socialmente adequada quando, apesar de na sua exterioridade ou materialidade realizar os elementos do tipo incriminador, não é entendida, no seu significado mais profundo, como uma acção ofensiva de um bem jurídico ⁴⁶. Seguir uma regra costumeira ou um uso tradicional pode constituir um caso de adequação social. Um dos domínios de que este recurso interpretativo se nutre é o das tradições culturais. Sirvam de exemplo certas partidas carnavalescas como bater na cabeça com alhos-porros, atirar sacos de água, ovos etc., que não são compreendidas, durante o período do entrudo, como ofensas corporais. Penso, porém, que os costumes ou usos não podem produzir acções socialmente adequadas desligados de uma valoração global do facto ⁴⁷. Para essa valoração global concorrem, em meu entender, um sentido social e um sentido constitucional do facto

⁴⁵ Sobre os *exit rights*, v. SEYLA BENHABIB, *The claims of culture*, p.66, sublinhando que eles resultam da fundamentação, própria do liberalismo político, do direito à cultura no direito individual elementar de aceder ao maior leque possível de escolhas; HABERMAS, *Kampf um Anerkennung*, p.259 e ss.; LEO ZAIBERT, *Punishment, liberalism and communitarianism*, in *Buffalo Criminal Law Review*, vol.6 (2002), p.689.

⁴⁶ v. HANS WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11^a ed., ed. de Gruyter, 1969, p.55 e s.; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, PG, I, p.275 e ss.; PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A adequação social*, especialmente, ps.123 e s., 457 e s. e 1127 e ss.; AUGUSTO SILVA DIAS, *Protecção jurídico-penal de interesses dos consumidores*, 3^a ed., Coimbra, 2001, p.90 e s. (policopiado); «*Delicta in se*» e «*delicta mere prohibita*»: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, 2003, p.815 e s. (tese de doutoramento não publicada).

⁴⁷ Neste sentido, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A adequação social*, ps.807 e s. e 820.

realizado ⁴⁸. No que ao primeiro aspecto diz respeito, a excisão só é uma prática benéfica, útil à criança, na perspectiva das representações tradicionais da sua comunidade de origem, pois confere-lhe o certificado de membro de pleno direito e assegura simultaneamente a ordem e a continuidade da comunidade. Ao invés, num país europeu, mas certamente também em alguns países africanos, a maioria da população considera a excisão um comportamento intolerável, porque a vê como uma agressão brutal e dolorosa contra uma criança indefesa, a quem não é dada oportunidade para consciente e livremente a aceitar ou recusar. Não errarei se disser que a excisão é considerada pela esmagadora maioria dos europeus (e por muitos africanos) como um sacrifício da integridade física e do desenvolvimento da sexualidade de uma criança para perpetuação de um ritual colectivo anacrónico. A generalidade das pessoas que assim pensa não está contra o ritual em si, como é óbvio, mas contra o sangue e a dor que lhe estão associados. Este dado sociológico, que atesta a enorme distância entre distintas representações mundivivenciais acerca da excisão, impede que esta seja compreendida à luz de um ordenamento jurídico europeu como uma acção socialmente adequada. Tal conclusão é corroborada e reforçada por valorações de ordem constitucional alargada, que dizem respeito à protecção de direitos fundamentais das pessoas e das crianças reconhecidos, não só nas Constituições dos Estados de Direito, mas também em importantes Convenções internacionais. Não pode ser valorada como socialmente útil ou adequada uma acção que se traduz numa grave lesão da integridade física e do desenvolvimento imperturbado da sexualidade, objectos de direitos que densificam imediatamente a dignidade da pessoa e (por isso) ocupam lugar de destaque nos diplomas referidos. A posição contrária poria em causa a identidade normativa de sociedades que se revêem não só mas também nestes valores.

Fora de questão está igualmente o consentimento. Por duas razões essenciais, uma das quais precede a outra. Fazendo a excisão parte de um ritual de agregação à comunidade como membro apto para assumir o seu papel social, ela é cometida sobre uma criança de idade compreendida, como vimos, entre os 2 e os 12 anos. Não é reconhecida nas sociedades europeias a uma criança com esta idade competência

⁴⁸ Não acompanho PAULA RIBEIRO DE FARIA quando nessa valoração faz prevalecer o sistema jurídico-penal - v. *A adequação social*, p.827 e s.

para consentir em tão significativa lesão de bens tão importantes para o seu futuro. Esta posição não varia consoante o consentimento seja qualificado no quadro das ofensas corporais como causa de justificação, vinculada ao regime geral do artº38 do Código Penal, ou causa de afastamento da tipicidade, dependente do bem jurídico protegido e do contexto típico. No primeiro caso, o artº38 fixa a idade para consentir nos 14 anos. No segundo, a importância do bem jurídico e a gravidade da ofensa não permitem que se reconheça a alguém com aquelas idades competência para consentir no mau trato corporal implicado na excisão. A outra razão a que me referi tem a ver com o seguinte. Mesmo que à vítima fosse reconhecida competência para consentir em razão da idade, o que poderia suceder nos casos (raros) em que é adolescente ou adulta, um obstáculo se ergueria à solução do consentimento: a pressão efectiva da comunidade de origem para a sujeição ao ritual, respaldada por sanções informais aplicáveis à recusa, retiram o carácter livre ao consentimento. Muitos dos relatos na primeira pessoa de imigrantes excisadas ⁴⁹ confirmam a ideia de que a excisão está longe de ser vista pelas vítimas como a livre expressão e assunção de uma identidade cultural.

Mais duvidosa é a qualificação da excisão como facto contrário aos «bons costumes», tendo em conta o disposto no nº2 do artº149 do Código Penal português ⁵⁰, nomeadamente a amplitude previsível da ofensa ⁵¹. É

⁴⁹ Paradigmáticos a este respeito são os testemunhos auto-biográficos de FAUZIYA KASSINDJA (v. FAUZIYA KASSINDJA/LAYLI BASHIR, *Do they hear you when you cry*, ed. Delta, 1999; sobre a história desta togolesa, interpretando-a em sentidos diversos, v. MARTHA NUSSBAUM, *Judging other cultures*, p.118 e s.; WAIRIMU NJAMBI, *Dualisms and female bodies*, p.287 e ss.) e de MENDE NAZER (v. MENDE NAZER/DAMIEN LEWIS, *Escrava*, ed. D. Quixote, 2006, p.67 e ss.).

⁵⁰ Esta disposição não tem correspondente no Código Penal da Guiné-Bissau, o que não significa que os critérios do nº2 do artº149 do Código Penal português não possam valer no Direito guineense para apreciar a eficácia do consentimento.

⁵¹ Defende esta posição, expressamente, NIDA-RÜMELIN, *Über menschliche Freiheit*, p.142 e s., para quem a excisão é uma conduta humilhante e atentatória da dignidade humana mesmo que as crianças e os pais nela consintam. Creio ser este, aliás, o sentido útil do §90 nº3 do StGB austríaco (introduzido em 2001), segundo o qual «não releva o consentimento para a prática de uma mutilação ou outra lesão dos órgãos genitais que seja idónea para produzir uma lesão duradoura da sensibilidade sexual» -sobre o conteúdo e alcance desta disposição v. KIENAPFEL/SCHROLL, *Strafrecht, BT, I*, ed. Manz, 2003, §90 nº84 e ss., onde se lê que «o nº3 serve apenas para tornar claro que tais intervenções -puníveis desde sempre permanecem ilícitas mesmo que a mulher ou, no caso de menores, o representante legal nelas consintam». Posição diversa é a sustentada por CATRIONA MCKINNON, *Toleration: a*

certo que a ablação do clitóris, nas modalidades mais gravosas, constitui uma ofensa corporal irreversível, retirando à excisada a possibilidade de fruir plenamente da sua sexualidade no futuro, mas se a pessoa em causa for maior, consentir livremente no facto, e este for praticado em condições sanitárias minimamente aceitáveis (excluindo destarte os casos de exposição a um elevado perigo para a vida ou para a saúde), será talvez excessivo considerá-lo contrário aos «bons costumes». Se se interpreta esta expressão à luz de valorações constitucionais atinentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, com vista não só a despi-la de conotações moralizantes, mas também a restringir a sua (ampla) margem de indeterminação ⁵², então a valoração da excisão realizada nas circunstâncias descritas como contrária aos «bons costumes», pressupõe, antes de mais, a inclusão do prazer sexual no núcleo indisponível e irrenunciável da dignidade humana. Consequência deste entendimento é a ideia de que a pessoa não pode levar uma vida digna e plena de significado abdicando desse prazer e dos seus focos físicos ⁵³. Dá para questionar se por detrás de uma tal valoração não está a imposição paternalista de um ideal de excelência humana, de uma mundividência hedonista, aspecto relativamente ao qual qualquer ordenamento jurídico de cariz liberal deve permanecer neutro. O argumento de que a excisão cria uma situação de irreversibilidade que impede a pessoa de reassumir

critical introduction, ed. Routledge, 2006, p.110 e ss., que considera haver um fundamento liberal para aplicar o princípio *volenti non fit injuria* à excisão em mulheres com idade para consentir.

⁵² Liga também a cláusula dos bons costumes ao princípio da dignidade da pessoa humana, chegando embora a resultados discutíveis, EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT – Studienbuch*, 2ªed., ed. J.C.B. Mohr, 1984, p.118. Crítico desta orientação mostra-se ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, 3ª ed., ed. Beck, 1997, §13 n°39, afirmando que a dignidade humana não é um instrumento adequado para restringir a liberdade de decisão do titular do bem porque é nela que esta liberdade se funda. Não podendo entrar aqui nesta controvérsia direi apenas muito sucintamente que, se é certo que a liberdade de decisão é indispensável à realização da dignidade do indivíduo, não é menos certo que os dois planos se não confundem, mormente quando a escolha do indivíduo o degrada ao nível do que apenas tem valor de troca (socorro-me do léxico kantiano). Se um indivíduo decide ser transformado em cinzeiro (v. *infra*, nota 56) ou em animal de carga de outro, o facto, apesar da liberdade de decisão, não pode ser entendido como realização da dignidade humana.

⁵³ Uma discussão deste ponto pode ver-se em MARTHA NUSSBAUM, *Judging other cultures*, p.127 e s., onde a autora analisa a posição de YAEL TAMIR segundo a qual as mulheres não são apenas agentes sexuais e a sua realização como pessoas não depende apenas da natureza da sua vida sexual.

futuramente o prazer sexual, caso mude de ideias, não é aqui, em minha opinião, procedente, pois releva de uma concepção anti-liberal das relações entre o Estado e o indivíduo que encara este como um ser menor, carecido de protecção contra si próprio e incapaz de assumir a responsabilidade pelas suas decisões, mesmo quando plenamente informadas e tomadas em condições de liberdade. Tal argumento levaria também à negação do consentimento para a realização em adultos (ou em jovens adultos) de operações transsexuais ou de formas indeléveis de tatuagem, casos em que aceitamos sem esforço a eficácia dirimente daquela figura ⁵⁴. Exceptuando as situações em que o facto consentido coloca o anuente num estado de objectivação ou de degradação tal que o faz descer ao nível das coisas, não deve a construção da dignidade humana alhear-se da vontade e dos ideais de vida boa dos indivíduos concretos. Não custa imaginar casos em que esses ideais sejam afirmados por meio da privação física de fontes de prazer. Quando alguém competente para consentir se predispõe à mutilação genital, por exemplo, por um desejo sério de ascetismo, de celibato, de missionarismo, ou (porque não?) de pertença integral a uma certa comunidade, é ainda uma dimensão do humano que desse modo realiza. Na discussão acerca dos limites da renúncia à protecção jurídica da integridade corporal não deve, por isso, ser atribuído peso decisivo ou sequer predominante à irreversibilidade da lesão ⁵⁵, antes é necessário abrir espaço para a consideração de outros *topoi*, que relevam igualmente da dignidade da pessoa, como as opções do titular do bem jurídico relativamente à gestão do próprio corpo. O critério da gravidade e da irreversibilidade da lesão não garante *a priori* uma solução para o problema da conformidade ou contrariedade aos «bons costumes» ⁵⁶.

⁵⁴ Neste sentido, CATRIONA MCKINNON, *Toleration*, p.111.

⁵⁵ De modo diferente, concedendo primazia à lesão em si, v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, PG, I, p.449; COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, anot. artº149, §41.

⁵⁶ Pode aceitar-se que uma ofensa corporal grave indicia a existência e que, ao invés, uma ofensa corporal simples indicia a inexistência de contrariedade aos «bons costumes», mas nada mais do que isso. Com efeito, são pensáveis ofensas corporais graves que não contrariam os «bons costumes», como acontece com a cedência de órgãos para transplante, e ofensas corporais simples que os contrariam, como documenta o caso de escola do indivíduo que aceita, a troco de dinheiro, que lhe apaguem cigarros no corpo (sem que isso conduza a desfiguração grave e permanente).

Esta deve ser encontrada por via da confrontação argumentativa dos diversos *topoi* que o caso concreto permite convocar (alguns dos quais vêm descritos no n.º2 do art.º149), sempre orientada pela questão de saber se o facto consentido atenta contra ou realiza, na situação, a dignidade humana.

Pode colocar-se ainda a questão de saber se, apesar de o facto ser ofensivo da integridade física e do desenvolvimento sexual da criança, e portanto típico à luz do art.º144 al.a) (ou al.d), a respectiva ilicitude não será excluída ao abrigo do exercício de um direito: no caso, o direito à cultura, isto é, o direito de as minorias «terem a sua própria vida cultural», previsto no art.º 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e, no que à criança diz respeito, no art.º30 da Convenção dos Direitos da Criança (1989), diplomas que Portugal ratificou ⁵⁷. Antes de responder à questão faço notar que ela não se enquadra sistematicamente nas dirimentes da tipicidade anteriormente analisadas. Enquanto nestas estava em causa a apreciação da ofensa ao bem jurídico e do ilícito típico das ofensas corporais, quer no que toca à ponderação da utilidade ou adequação social do comportamento, quer quanto à admissibilidade da renúncia à protecção do bem jurídico, agora parte-se do dado de que há um dano efectivo na integridade física e o que se discute é se esse dano foi ou não produzido para salvaguarda de um interesse superior e, portanto, se pode ou não ser permitido pela ordem jurídica. Trata-se pois de um problema clássico de conflito de interesses, cuja resolução constitui o objecto da teoria da justificação ou da exclusão da ilicitude do facto ⁵⁸.

Posto isto, pode argumentar-se que a excisão cabe nesse direito de seguir a própria cultura, já que é uma prática cultural implicada no seu exercício. Esta argumentação tem do seu lado os defensores do

⁵⁷ Estabelece o art.º30 da Convenção dos Direitos da Criança que «nos Estados em que há minorias étnicas, religiosas ou linguísticas ou pessoas de origem indígena, a uma criança pertencente a essas minorias ou que é indígena não deve ser negado o direito de, em comunidade com outros membros do seu grupo, seguir a sua própria cultura, professar e praticar a sua própria religião ou usar a sua própria linguagem».

⁵⁸ Adere a esta distinção entre a adequação social e a justificação, TAIPA DE CARVALHO, *Direito à diferença étnico-cultural*, ps.138 e s. e 146; sobre a justificação como resolução de conflitos de interesses ou bens jurídicos, v. por todos, ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, §s. 7 n.º60 e 14 n.º40.

multiculturalismo extremo ⁵⁹, que rejeitam a distinção entre discurso moral (respeitante ao que é justo para todos considerados simplesmente como seres humanos) e ético-cultural, (respeitante ao que é bem para todos como membros de uma comunidade particular, com as suas tradições) ⁶⁰, negam o universalismo dos direitos e promovem o relativismo cultural. Cada cultura (e as pessoas que a integram) deve ser julgada segundo a sua própria normatividade. Nesta ordem de ideias, a universalização dos direitos mais não é do que uma manifestação de etnocentrismo ou eurocentrismo, uma forma de imperialismo cultural que uniformiza e nivela os seres humanos, ignorando as suas diferenças ⁶¹. O único direito neutro e capaz de dar relevo a essas diferenças é, nesta

⁵⁹ O multiculturalismo extremo coincide em grande medida com o comunitarismo, por isso que usarei os dois conceitos indiferenciadamente. Também o comunitarismo advoga o relativismo cultural e contesta qualquer lógica universalista. Seguindo a definição de TOURAINE, comunitarismo é a concepção que reclama para uma comunidade étnico-cultural o monopólio da gestão das relações entre os membros dessa comunidade e desta no seu conjunto com o Estado nacional ou mesmo com instituições internacionais. Deste modo, a pertença a uma comunidade étnica prevalece sobre a ligação a uma cultura política - v. RENAUT/TOURAINE, *Un débat sur la laïcité*, p.97 e s.; TOURAINE, *Un nouveau paradigme: pour comprendre le monde d'aujourd'hui*, ed. Fayard, 2005, p.281 e ss.

⁶⁰ Sobre a importância da distinção entre discurso moral e discurso ético-cultural na filosofia moral e política, v. SEYLA BENHABIB, *The claims of culture*, p.39 e ss.; TUGENDHAT, *Vorlesungen über Ethik*, ed. Suhrkamp, 1993, p.204 e s.; HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, ed. Suhrkamp, 1991, p.9 e ss.; RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, ed. Seuil, 1990, p.337; CHARLES TAYLOR, *Hegel*, ed. Cambridge Univ. Press, 1975, p.169 e s.; RÜDIGER BUBNER, *Moralité et «Sittlichkeit» -sur l'origine d'une opposition*, in RIPH n°166 (1988) n°3, p.341 e ss.; também DWORKIN, *Law's empire*, ed. Fontana Press, London, 1986, p.96 e ss., que diferencia a justiça, que se ocupa da melhor teoria sobre os direitos políticos e morais, e a «moral popular ou valores tradicionais», que consiste nas opiniões da maioria dos membros de uma comunidade sobre virtudes pessoais e políticas.

⁶¹ Critica a universalidade dos direitos, considerando-a «uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental», BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*, in SOUSA SANTOS (org.), *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, ed. Civilização Brasileira, 2003, p.438 e s. Como terei ocasião de referir em seguida, nem a universalidade é uma questão exclusiva da cultura ocidental, nem a universalidade dos direitos implica a generalização de uma ideia local, unilateral, eurocêntrica. Aliás, a «hermenêutica diatópica» defendida por SOUSA SANTOS não dispensa a ideia de universalidade, embora a compreenda, não num sentido forte de colonização e mimetismo cultural, mas no sentido de lugar de encontro de diferentes concepções sobre o homem e o mundo dialogicamente alcançado -v. *ob.cit.*, p.443 e ss. Se o diálogo intercultural não servir para mais do que a mera compensação da incompletude das várias culturas, nomeadamente, se não servir para a construção (sempre inacabada) de uma cultura cívica comum de direitos e deveres, indispensável à formação de uma cidadania multicultural, não passará de um exercício diletante de relativismo.

perspectiva, o direito à própria cultura. Titular deste direito seria a comunidade e não os seus membros individualmente considerados. Tal direito colectivo seria aliás oponível aos próprios membros em caso de ameaça de dissidência ou desagregação do grupo. Isto é, servindo-me das expressões de WILL KYMLICKA, esse direito não só asseguraria a protecção externa, nas relações do grupo com outros grupos, mas comportaria restrições internas, nas relações do grupo com os seus elementos ⁶². Estas restrições seriam indispensáveis para garantir a coesão e a subsistência da comunidade.

A posição exposta é inaceitável por três ordens de razões. Primeiro, porque é muito discutível que a defesa da universalidade dos direitos constitua uma manifestação de eurocentrismo. Segundo, porque o direito à própria cultura não é um direito absoluto que lhe confira prevalência sobre todos os direitos que com ele colidam. Terceiro, porque mesmo que atribuamos uma dimensão colectiva ao direito à cultura, não é aceitável que ele possa afirmar-se contra os seus membros, negando-lhes a possibilidade de criticar a sua cultura ou de escolherem outra (*exit right*). No que ao primeiro ponto diz respeito, não é exacto que os direitos fundamentais tenham tido origem na modernidade europeia. Tanto a ideia de direitos, como algo parecido com catálogos de direitos, podem ser encontrados em outros tempos e em outras latitudes. Sirvam de exemplo a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e a Declaração Geral dos Direitos Humanos no Islão ⁶³. Segundo OTFRIED HÖFFE, próprio da modernidade europeia são dois contributos históricos importantes para a consolidação dos direitos fundamentais: o seu carácter universal (não a própria ideia de universalização, que se encontra já na *Umma* muçulmana e na *Dharma* hindu ⁶⁴) e a cominação de consequências jurídicas para a sua violação ⁶⁵. Mas a universalidade dos direitos não tem de ser entendida – e por muitos não o é – com a

⁶² v. *Ciudadania multicultural*, ed. Paidós, 1996, p.58 e ss.

⁶³ v. sobre ambos os diplomas, HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, ps.51 e s. e 56.

⁶⁴ Sobre os *topoi* da *Umma* e da *Dharma*, v. SOUSA SANTOS, *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*, p.444 e ss. A cruzada deste autor contra a universalidade dos direitos humanos leva-o a considerar estes como correlativo daqueles conceitos ao nível da cultura ocidental. Em meu entender, esse correlativo é antes a noção de comunidade cristã, *rectius*, judaico-cristã.

⁶⁵ v. HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, p.54 e ss.

abstracção e o desprezo pelas diferenças que estão subjacentes à acusação de eurocentrismo. Isto porque a universalidade não tem de projectar um determinado catálogo de direitos ou uma certa imagem do homem (cristã, muçulmana, hindu, ou outra) mas apenas uma fenomenologia antropológica, constituída pela vulnerabilidade e pela demanda de reconhecimento do homem no seu mundo da vida ⁶⁶, e uma estrutura procedimental, de carácter deliberativo, que assegura aos cidadãos a possibilidade de participar na definição das necessidades humanas que traduzem aqueles dados antropológicos e na superação de conflitos sociais que surjam a esse respeito ⁶⁷. Toda a humanidade necessita de protecção perante a vulnerabilidade própria da sua condição e reclama reconhecimento para prosseguir com dignidade o seu destino e ninguém deve ser excluído de participar na definição do que isso seja e de como se realiza. Sem se fechar ao entendimento e à composição cultural acerca das situações que expressam em cada latitude a vulnerabilidade e a demanda de reconhecimento, por forma a evitar a tirania da uniformidade ⁶⁸ (veja-se a história das lutas pelo reconhecimento do direito à terra travadas por algumas tabancas da Guiné-Bissau), esta concepção permite avançar um núcleo mínimo de objectos valiosos que exprimem necessidades humanas básicas e podem servir como *conditions of agency* em qualquer lugar e que as Declarações e Convenções internacionais de direitos têm vindo a acolher e densificar. O direito à vida, à integridade corporal e à livre sexualidade fazem parte desse núcleo mínimo. Com efeito, estes direitos não só reflectem a condição -antropológica elementar- do homem como *zôa*, como ser animal com vida, corpo e sexualidade, mas funcionam como condições de possibilidade para qualquer pessoa se realizar individualmente e

⁶⁶ Neste sentido, HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, p.55 e s.; sobre a necessidade da convocação de elementos antropológicos para sustentar a universalidade dos direitos humanos fundamentais, v. NIDA-RÜMELIN, *Über menschliche Freiheit*, p.146 e s.

⁶⁷ Esta estrutura deliberativa provém da ideia kantiana de autonomia compreendida como autonomia pública. Sobre a democracia deliberativa naquela fundada e a sua relação com as reivindicações multiculturalistas, v. SEYLA BENHABIB, *The claims of culture*, p.114 e ss.

⁶⁸ HÖFFE fala a este respeito em universalidade moderada ou universalidade sem uniformidade -v. *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, p.96. Universalidade moderada significa não só pluricentralidade na génese dos direitos (sobre a melhor colocação de culturas menos individualistas do que a ocidental para a afirmação geral de direitos colectivos v. SOUSA SANTOS, *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*, ps.446 e s. e 451) mas ainda desenvolvimento e vivência diferentes dos mesmos direitos.

participar social e politicamente em qualquer lugar, nomeadamente como titular de um direito à própria cultura ⁶⁹. Eles tendem por isso a formar um núcleo duro dos direitos susceptível de ser reclamado por qualquer pessoa em qualquer latitude. Este entendimento, se nos leva a rejeitar as teses relativistas do multiculturalismo extremo, projecta-nos igualmente para muito longe do universalismo uniformizador e do imperialismo cultural.

Em segundo lugar, o direito à própria cultura é simultaneamente um direito individual e colectivo pois tanto pode ser reivindicado pelo indivíduo como membro do grupo como pelo próprio grupo perante políticas que o ameacem de desagregação ⁷⁰. Como qualquer direito, este não pode ter uma pretensão de validade absoluta perante outros direitos ou valores que com ele entrem em colisão, e quando estes são o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da sexualidade, a solução prática passa pela sua cedência. Quer na dimensão individual, quer na colectiva, o direito à cultura recua quando o seu exercício põe em causa estes direitos. Isto resulta não só do que disse acerca da relevância antropológica e deliberativa destes direitos, mas também das valorações que se podem extrair dos diplomas internacionais de direitos e das Constituições democráticas como a portuguesa e a guineense. A Convenção dos Direitos da Criança atrás mencionada consagra, a par do direito à cultura, o direito à saúde que, entre outros aspectos, exige aos Estados que adoptem «todas as medidas eficazes e adequadas com vista a abolir as práticas tradicionais prejudiciais à saúde das crianças» (artº24 nº3) ⁷¹ e o princípio do «superior interesse da criança» em todas as decisões que lhe digam respeito. Também a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação das Mulheres, obriga

⁶⁹ Neste sentido, v. HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, p.52 e s. Note-se que a conexão entre dignidade humana, direitos e existência biológica, animal, do homem permite romper de vez com o dualismo cartesiano. Essa ruptura assinala que a dignidade humana é a dignidade de um ser que é vulnerável e mortal.

⁷⁰ Em sentido idêntico, ALISON RENTELN, *The cultural defense*, p.212. Sublinham o lado individual dos direitos culturais, contra as tendências comunitaristas, TOURAINE, *Un nouveau paradigme*, p.236 e s.; RENAUT/TOURAINE, *Un débat sur la laïcité*, p.99 e ss.; HABERMAS, *Kampf um Anerkennung*, p.258 e ss.; *Zwischen Naturalismus und Religion*, ps.277 e 305 e ss., para quem apenas são admissíveis direitos colectivos como *derivative Rechte* (p.310) dos direitos culturais (individuais) dos membros do grupo.

⁷¹ Diz ALISON RENTELN, *The cultural defense*, p.216, que, apesar de esta disposição se aplicar a um grande número de costumes, ela foi elaborada pensando na excisão.

no artº2 al.f), os Estados signatários a tomar «todas as medidas adequadas, incluindo a legislação, para modificar ou abolir leis, regulações, costumes e práticas que constituem discriminação contra as mulheres».

A procedência de um direito à própria cultura para justificar a prática da excisão significaria a permissão de uma lesão irremediável da integridade física, porque a ablação do clitóris é irreversível, dos superiores interesses da criança, porque lhe é negada a oportunidade para manifestar mais tarde uma opinião livre e esclarecida sobre o assunto, e uma discriminação contra as mulheres, pois é-lhes vedada a livre fruição de uma parte da sexualidade. A importância dos valores que estão no outro prato da balança não permite conferir ao direito à cultura tamanha amplitude. De outro modo, direitos tão fundamentais e tão decisivos para o desenvolvimento da pessoa ficariam à mercê de toda a sorte de costumes e de tradições culturais deles lesivas. Isso implicaria, além do mais, que aqueles direitos seriam diferentemente protegidos pelo Estado consoante o género e a filiação cultural da pessoa. À criança membro da comunidade praticante da excisão seria negada a igual protecção dos seus direitos à integridade física e ao desenvolvimento sexual, isto é, seria recusada a protecção jurídica de que beneficiaria se não fosse membro daquela comunidade. Realizar-se-ia, deste modo, uma discriminação negativa em função do género e da origem ⁷². Por outro lado, não seria compreensível à luz do princípio do tratamento igual que a excisão fosse permitida a coberto do argumento cultural e proibida e punível quando realizada a descoberto daquele argumento (tratada então como um caso vulgar de castração). Por tudo isto, devo concluir que o direito à própria cultura não deve prevalecer sobre os direitos e valores sacrificados pela excisão, por isso que não conduz à exclusão da ilicitude da ofensa grave à integridade física desse modo perpetrada. A *cultural defense* não pode conduzir à formação de «nichos jurídicos» onde seja permitida a ofensa a bens jurídicos tão essenciais (ligados aos direitos em causa).

Algumas teses de filosofia política sobre o multiculturalismo e a natureza dos direitos colectivos permitem-nos reforçar esta conclusão.

⁷² Criticam as teses comunitaristas por promoverem o tratamento discriminatório em função destes dados, DORIANE COLEMAN, *Individualizing justice*, p.1137 e ss.; SEYLA BENHABIB, *The claims of culture*, p.88 e s. e 100 e s.

Refiro-me em particular ao pensamento de KYMLICKA, um autor que apesar de aceitar algumas posições comunitaristas, parte de uma perspectiva liberal na resolução destes problemas. Segundo ele, uma concepção liberal dos direitos não apoia a possibilidade de os grupos imporem restrições internas aos direitos dos seus membros, em nome da estabilização da identidade ou da sobrevivência cultural. A admissão de uma tal ideia representaria a atribuição aos grupos étnicos (nomeadamente às suas elites ou autoridades) de competência para restringir direitos fundamentais dos seus membros, o que conduziria não só à sua desprotecção ⁷³, mas ainda à balcanização ou fragmentação das sociedades ⁷⁴, na medida em que, consentindo na auto-regulação desses grupos, se abdicaria de qualquer ideia de integração política assente no já referido patriotismo constitucional. Estas consequências ditariam o fim de uma sociedade democrática, pois, além de tolerar a excisão nas comunidades que a praticam, também seriam admitidos casamentos através de rapto, uma tradição da etnia Hmong do Laos ⁷⁵, o canibalismo ou a morte da mulher adúltera por lapidação. Os direitos seriam sacrificados no altar de uma ética de não interferência, do «cada um com a sua verdade» ou do «vive e deixa viver» ⁷⁶.

⁷³ v. *Ciudadania multicultural*, ps.58 e ss. e 211 e ss. KYMLICKA admite contudo essas restrições em casos excepcionais, quando está em causa o risco de dissolução do grupo, ideia que não acolho; igualmente contra está HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion*, p.308 e ss., em particular, p.311 e ss., onde critica a «política da sobrevivência» de CHARLES TAYLOR.

⁷⁴ Neste sentido, TAIPA DE CARVALHO, *Direito à diferença étnico-cultural*, ps.148 e 154; HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion*, p.278, onde afirma que «a coexistência de formas de vida distintas, em condições de igualdade, não pode conduzir a uma segmentação. Ela requer a integração dos cidadãos - e o reconhecimento recíproco da sua pertença subcultural- no quadro de uma cultura política partilhada». A lógica de fragmentação está implícita no argumento multiculturalista radical segundo o qual cada um deve ser julgado segundo o Direito da sua comunidade - para uma crítica a este argumento, v. DORIANE COLEMAN, *Individualizing justice*, ps. 1119 e ss., 1123 e s. e 1125.

⁷⁵ Sobre este caso de jurisprudência americana, v. DORIANE COLEMAN, *Individualizing justice*, p.1106 e s.; MARTIN GOLDING, *The cultural defense*, p.148 e s.; CRISTINA DE MAGLIE, *Multiculturalismo e Diritto Penale*, p.186 e s.

⁷⁶ A última expressão é usada em sentido crítico por KYMLICKA, *Ciudadania multicultural*, p.214; Concluem no mesmo sentido do texto, TAIPA DE CARVALHO, *Direito à diferença étnico-cultural*, ps.148 e s. e 154; HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion*, p.278, para quem os argumentos culturais encontram o seu limite de validade nos fundamentos normativos da Constituição (nomeadamente no reconhecimento recíproco de todos como cidadãos livres e dotados de igual dignidade).

4.2. As soluções no plano da exclusão da culpa.

Excluída a relevância da *cultural defense* tanto no plano da exclusão da tipicidade como no da exclusão da ilicitude, resta saber se lhe pode ser atribuída alguma relevância no plano da culpa e, caso a resposta seja afirmativa, se o pode ser por si mesma enquanto argumento cultural ou associada a uma causa geral (e culturalmente neutra) de exclusão da culpa.

Diferentemente da exclusão da ilicitude, no âmbito da qual releva o modo como o conflito de interesse deve ser resolvido à luz das valorações últimas da ordem jurídica acerca do «recto» e do «torto», na culpa está em jogo a censurabilidade pessoal do agente. Uma vez comprovado que o facto é contrário à ordem jurídica, há que determinar, por razões que se prendem com o princípio da dignidade da pessoa humana, se e em que medida o agente se empenhou pessoalmente na prática do facto, isto é, se e em que medida se pode atribuir-lhe, por isso, um demérito pessoal ⁷⁷. Daqui resulta que enquanto o facto lícito o é em termos gerais, aproveitando a todos quantos nele participaram, o facto não culposo só diz respeito àquele relativamente a quem não pode ser endereçado um juízo de censura. Encontra-se nestas circunstâncias, desde logo, aquele que é inimputável nos termos dos arts.19 e 20 do Código Penal ⁷⁸ e aquele que actua com falta de consciência da ilicitude não censurável (artº17 nº1) ⁷⁹. Ao primeiro falta a capacidade para entender o significado desvalioso do facto que pratica; o segundo, embora tenha essa capacidade, não representa correctamente aquele desvalor, nem conseqüentemente se orienta por ele, em termos que lhe não são imputáveis e pelos quais não deve pessoalmente responder.

Algumas situações de excisão, sobretudo aquelas que são praticadas por pessoas que chegaram há pouco tempo ao país de destino e não tiveram ainda oportunidade de conhecer e compreender os valores pelos quais se rege aí a vida social, podem constituir casos de

⁷⁷ Sobre os fundamentos da culpa e a sua atribuição em sociedades multiculturais, v. KLAUS GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, ed. Klostermann, 2005, p.234 e ss.

⁷⁸ Correspondentes aos arts.10 e 13 do Código Penal guineense.

⁷⁹ Correspondente ao artº25 nº1 do Código Penal guineense.

erro sobre a ilicitude ⁸⁰. Não se pode ignorar a influência das regras costumeiras e dos imperativos tradicionais na formação da identidade dessas pessoas ⁸¹. É certo que as culturas não são estruturas totalistas, rígidas e monolíticas, que amarram as pessoas *ad eternum* ⁸², como pressupõem, em geral, os comunitaristas, e que, por isso, o contacto com a sociedade de destino, mormente quando é bem sucedido na interacção quotidiana, acaba por gerar fases de transição (*l'entre-deux-culturel*) e processos de reinterpretação que não raras vezes levam a pôr em causa práticas ou regras tradicionais que atentam contra direitos e bens de membros (no caso, as crianças) da comunidade de origem. Mas enquanto essa transição não decorre, e o seu decurso pode demorar anos como ilustram os estudos à volta dos casos judiciais ocorridos em França, podem os autores genuinamente pensar que lhes assiste o direito de seguir a própria cultura e assim de realizar a excisão no país de acolhimento ⁸³. A punibilidade dos autores pelo facto cometido dependerá então da questão de saber se esse erro corre ou não por sua conta, ou seja, se lhes era exigível ou não que representassem a ilicitude do facto. Detenhamo-nos um pouco mais no problema do erro sobre a ilicitude.

Importa clarificar desde já em que consiste a consciência da ilicitude. Num conhecimento da proibição formal ou, mais além, numa compreensão do desvalor do comportamento? A resposta à questão do grau de exigência da representação normativa necessário para a

⁸⁰ Também TAIPA DE CARVALHO, *Direito à diferença étnico-cultural*, p.149 e s., considera que, em geral, é este o plano dogmático adequado à resolução do problema; no mesmo sentido, CRISTINA DE MAGLIE, *Multiculturalismo e Diritto Penale*, p.196; RAQUEL FAJARDO, *Control penal y diversidad étnico-cultural*, p.89 e s.

⁸¹ Sobre a constituição cultural do espírito humano, v. HABERMAS, *Kampf um Anerkennung*, p.258; *Zwischen Naturalismus und Religion*, p.306.

⁸² Neste sentido, v. SEYLA BENHABIB, *The claims of culture*, ps.25, 86 e 89 e s., definindo as culturas como sistemas de significação e de acção híbridos, plurais, descentrados e fracturados; DORIANE COLEMAN, *Individualizing justice*, p.1163.

⁸³ São frequentemente referidas as viagens dos pais e das filhas, residentes num país europeu, aos países de origem, durante as férias escolares destas, para aí serem submetidas ao ritual -v. HIRSI ALI, *Ich klage an*, p.160 e s. Se é essa finalidade comprovada da viagem, dois aspectos convém realçar. Por um lado, o artº5 nº1 al.d) do Código Penal português permite aplicar a lei penal portuguesa à excisão realizada no estrangeiro nessas circunstâncias. Por outro lado, seria dificilmente sustentável num caso destes a defesa do erro sobre a ilicitude.

atribuição da culpa jurídico-penal tem muito a ver com a tolerância que o Direito consente numa sociedade multicultural às representações éticas particulares: rege-se o Direito exclusivamente por uma lógica universalista que prescinde da força motivadora das convicções ético-culturais e se basta com o conhecimento da norma, ou é sensível a essa força motivadora, sujeitando a punibilidade à compreensão da mensagem normativa? Acaso se pode motivar por esta quem não a compreende porque não se encontra suficientemente integrado no sistema de valores em que ela se louva?

Quanto maior for a diversidade étnico-cultural numa sociedade, mais a consciência da ilicitude será influenciada pela compreensão cultural e mais a motivação para agir será por ela determinada. Sê-lo-á em menor ou maior medida, como afirmei, consoante o nível de integração dos autores na cultura cívica da sociedade de acolhimento. A atribuição da consciência da ilicitude decorre de uma operação hermenêutica usualmente apelidada de «apreciação paralela na esfera do leigo», a qual visa comprovar se houve ou não correspondência entre as valorações do agente e as valorações daquela cultura cívica plasmadas na ordem jurídica ⁸⁴. Facilmente se depreende que quanto maior for o grau de integração do agente, nomeadamente quanto mais longo e intenso for o contacto com os valores que caracterizam e identificam a tal cultura cívica, mais fácil será estabelecer aquela correspondência. Ao invés, quanto menor for o grau de integração ou quanto maior for a distância entre as representações valorativas do mundo da vida do agente e as valorações da ordem jurídica em questão, mais difícil e moroso será o entendimento do significado destas e maior será o número de casos em que se terá de negar a dita correspondência.

⁸⁴ Sobre a «apreciação paralela na esfera do leigo», um recurso hermenêutico indispensável, em minha opinião, em toda a imputação subjectiva, v. AUGUSTO SILVA DIAS, *Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural*, p.227 e s., utilizado então a propósito da atribuição do dolo. Numa sociedade multicultural, a utilização deste recurso não está isenta de problemas, provocados desde logo pela distância cultural entre o mundo da vida do arguido e o mundo da vida do juiz. Muitas vezes esta distância dificulta (quando não impede) a adopção pelo juiz de um ponto de vista interno acerca da cultura alheia, indispensável para a apreciação paralela. Nestes casos esse ponto de vista pode (e deve) ser reconstruído (e aquela distância encurtada) com o auxílio de peritos (sociólogos, antropólogos e outros) – sobre este ponto v. ORLANDO SILVA/LÍDIA LUZ/MARIA HELM (orgs.), *A perícia antropológica em processos judiciais*, ed. UFSC, 1994.

A afirmação da consciência da ilicitude material não se basta, em meu entender, com o mero conhecimento do carácter proibido do facto, exigindo antes a compreensão do seu significado desvalioso. Não se trata - note-se - de um significado qualquer, pois a correspondência a que me referi como estando implicada na apreciação paralela na esfera do leigo não se estabelece a propósito de um qualquer desvalor, mas apenas e só de um desvalor qualificado, tipicamente penal ⁸⁵. Deste modo, o que releva para a atribuição da consciência da ilicitude não é saber se o agente está informado ou não acerca do carácter proibido do facto, mas se a informação que tem -quando a tem- lhe permite apreender o desvalor que está associado à proibição. Não estamos aqui no plano da informação mas no da representação normativa sobre o «recto» e o «torto» (qualificado) como referi. O agente pode saber que o facto é proibido, pode ter sido informado disso mesmo, mas se não entender o sentido da proibição, não conseguirá alcançar o respectivo desvalor, muito menos o carácter qualificado deste, indispensável para a formulação da censura de culpa jurídico-penal. Se o agente não compreende o significado e o alcance da proibição do facto, ou não os compreende ao nível qualificado, carece da orientação normativa necessária para aceder à ilicitude caracteristicamente penal. Ele não experimenta sequer o conflito interno entre a regra costumeira e proibição jurídico-penal que é pressuposto da formação da consciência da ilicitude em contextos multiculturais. Não pode neste caso ser afirmada, sem mais, a culpa jurídico-penal. Quem segue a regra costumeira, isto é, quem está habituado a valorar o facto ou interiorizou o seu sentido à luz dessa regra, cuja força motivacional é grande como vimos, terá dificuldade em apreender imediatamente, num tempo curto, o seu significado desvalioso ao nível penal.

Esta solução pode ser também fundamentada à luz da distinção, convocada para teoria da culpa por FERNANDA PALMA, entre uma ética de valores caracterizados como bens universais e uma ética

⁸⁵ Neste sentido, v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, PG, I, p.509 e s.; na doutrina alemã v. NEUMANN, *Nomos Kommentar zum StGB*, 2ª ed., 2005, §17 n°21; HARRO OTTO, *Gundkurs Strafrecht*, AT, 5ª ed., ed. de Gruyter, 1996, §13 n°41; LAUBENTHAL/BAIER, *Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung*, in GA, 2000, p.207 e ss., recordando que não é necessário o conhecimento das penas.

particular, cultural, adequada à prossecução de uma vida boa ⁸⁶. Esta última tem uma relevância maior no plano da motivação, nomeadamente no da motivação pelas normas jurídicas. A ética das emoções cria hipóteses de desculpa, entre outros, nos casos em que o agente não foi capaz de atingir as valorações mais abstractas, universais do Direito por força de um quadro ético-afectivo muito forte que ele não teve condições de modificar. É o que sucede com pessoas oriundas de culturas bastante diversas da cultura cívica que serve de base ao sistema jurídico em questão, que agem em erro sobre a ilicitude porque «não estão preparadas para entender e para se motivar por tais valores, não podendo eles interferir na sua decisão» ⁸⁷. Na mesma linha, defende LEFEUVRE-DÉOTTE que a força motivacional das regras costumeiras, associada à representação benéfica do facto, impede a correcta formação da consciência da ilicitude ⁸⁸.

A posição que defendo é documentada por alguns relatos de mulheres Soninké, Malinké ou Bambara acusadas da prática da excisão nos tribunais franceses. Muitas não falavam francês ao tempo da prática do facto, embora vivessem em França há (alguns) anos ⁸⁹ e algumas tinham obtido acidentalmente conhecimento de que a lei francesa proibia a excisão ⁹⁰. Mas justamente porque não associavam então à prática da

⁸⁶ v. *O princípio da desculpa*, p.208.

⁸⁷ v. *O princípio da desculpa*, p.208.

⁸⁸ v. *L'excision en procès*, p.285.

⁸⁹ Sobre a relevância do tempo de estadia e do domínio da língua do país de destino como factores de aquisição da consciência da ilicitude v. NEUMANN, *Nomos Kommentar*, §17, ns.8 e 31; LAUBENTHAL/BAIER, *Durch die Ausländereingenschaft bedingte Verbotsirrtümer*, ps.209, 213 e 221. O Tribunal Superior de Mannheim, numa decisão de 3 de Maio de 1990, absolveu um imigrante paquistanês da prática do crime de omissão de auxílio. Em termos sucintos, o Tribunal considerou que o arguido tinha agido em erro de proibição inevitável pois o dever de auxílio a um «infiel» (a vítima era no caso uma mulher embriagada e semi-nua) é rejeitado pela sua mundividência religiosa (correspondente à facção *Ahmadijja* do Islão), e tratava-se de um simples trabalhador, analfabeto, residente na RFA há pouco mais de um ano, mal falava alemão e vivia relativamente isolado, convivendo apenas com conterrâneos paquistaneses – para mais detalhes, v. NJW, 1990, n°35, p.2212 e s.

⁹⁰ Exemplar a este respeito é o caso relatado por NORBERT ROULAND, *Aux confins du Droit*, p.151 e s., em que a arguida, Fofana, vivia em França há cerca de quatro anos, não falava francês e tinha tomado contacto com a proibição da excisão através de uma informação que lhe foi prestada pela responsável de um centro de protecção materno-infantil e lhe foi traduzida para a sua língua natal, no momento, por uma amiga.

excisão qualquer mal ou desvalor (muito menos um desvalor qualificado), não compreendiam a mensagem normativa e por isso não entendiam nem o alcance nem as consequências da inobservância da proibição. A circunstância de se verem arguidas num processo penal era para elas motivo não só de surpresa, mas também de grande injustiça. Do seu ponto de vista, corriam o risco de ser condenadas simplesmente por serem Soninké, Malinké ou Bambara, isto é, simplesmente por pertencerem e viverem de acordo com as regras da sua comunidade. A punição aparecia a seus olhos como um acto hostil. Pode prosseguir fins de prevenção geral, mas não cumprirá seguramente qualquer fim de prevenção especial ressocializadora, nem –mais importante ainda– respeitará o princípio da culpa.

Se a atribuição de consciência da ilicitude através do processo de valoração paralela não se basta com a informação normativa (a qual possui apenas um valor instrumental da compreensão) também não exige a aceitação ou a interiorização da proibição como justa ou boa. O argumento multiculturalista extremo de que a excisão é um assunto próprio das comunidades que a praticam e por isso deve ser para elas relegado, além de objectivamente inaceitável por negar a importância da integração numa cultura cívica comum e conduzir à balcanização da sociedade, como vimos, quando assumido pelo agente, leva à afirmação da consciência da ilicitude. Com efeito, o argumento revela que o agente compreendeu o significado da prática à luz do ordenamento jurídico, simplesmente não o aceita, preferindo motivar-se pela regra particular da sua comunidade de pertença. O direito de seguir as regras da própria cultura não pode ser invocado para restringir os direitos à integridade corporal e ao desenvolvimento sexual dos membros da comunidade que, ou não querem seguir total ou parcialmente a sua cultura de origem, ou –como é o caso– carecem de competência para decidir sobre o assunto. Se o agente invoca esse direito para rejeitar na acção a proibição de ofender o corpo e o desenvolvimento da sexualidade da criança, por ele considerada como produto de uma cultura alheia em que não se quer integrar, isso em nada afecta a consciência da ilicitude, pois esta apenas exige que o agente entenda o significado desvalioso do seu comportamento à luz da ordem jurídica do país de destino, pressuposto que se verifica na situação concreta. Neste caso, o agente será antes um «criminoso por convicção» cultural.

O chamado «erro de compreensão culturalmente condicionado», proposto por EUGENIO ZAFFARONI ⁹¹ para os sistemas penais sul-americanos e acolhido por alguns Códigos Penais desse continente, como o do Peru (1991) ⁹², que engloba casos em que o autor compreende o desvalor da sua conduta mas, por razões culturais, não se determina por essa compreensão, pode ter aí alguma justificação atendendo à forte identidade cultural das etnias índias milenares e às descontinuidades geográficas do continente, factores que levaram na história recente os poderes públicos a reconhecer aos índios estatutos jurídicos próprios e inclusivamente jurisdição autónoma ⁹³. Talvez faça sentido neste contexto considerar a consciência da ilicitude não só um problema de representação normativa, mas também de motivação pela norma jurídica e, assim, incluir uma porção de situações típicas do criminoso por convicção cultural no erro sobre a ilicitude. Talvez faça sentido pensar

⁹¹ v. *Manual de Derecho Penal*, PG, ed. Sociedad Anónima, 1999, p.549, enunciando a figura da seguinte forma - «pode haver casos em que o sujeito conhece a proibição e a falta de permissão e, todavia, não lhe seja exigível a internalização da pauta que conhece»; aderem a esta solução PEÑA CABRERA, *El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2º párrafo) y 15 del Código Penal peruano*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº3, 1993, p.608 e ss.; RAQUEL FAJARDO, *Control penal y diversidad étnico-cultural*, p.96 e s.; GARCIA VICTOR, *Diversidad cultural y Derecho Penal*, ed. Univ. Nacional del Litoral, 1994, p.27 e ss., embora considere a exclusão da ilicitude o *locus* adequado para lidar do ponto de vista dogmático com os crimes culturalmente condicionados.

⁹² Estabelece o artº15 do Código Penal peruano que «quem, em virtude da sua cultura ou costume, comete um facto punível sem poder compreender o carácter delituoso do seu facto ou determinar-se de acordo com essa compreensão, será eximido de responsabilidade. Quando, por idêntica razão, essa possibilidade se encontra diminuída, será atenuada a pena». Este regime constitui uma especificação do artº14 nº2 do dito Código que prevê o erro sobre a ilicitude em termos correspondentes à generalidade dos Códigos europeus (artº17 do Código Penal português).

⁹³ v. sobre os estatutos e as jurisdições autónomas dos índios, RAQUEL FAJARDO, *Control penal y diversidad étnico-cultural*, p.98 e s.; no caso do Brasil, v. GETÚLIO NEVES, *Aplicação da lei penal num ambiente multicultural*, p.97 e ss.; MANUELA CARNEIRO DA CUNHA, *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, ed. Brasiliense, 1987, p.19 e ss.; CARLOS MARÉS DE SOUZA FILHO, *Multiculturalismo e direitos colectivos*, in SOUSA SANTOS (org.), *Reconhecer para libertar*, p.74 e ss., com dados preciosos sobre a história política da América Latina; LINO DE OLIVEIRA NEVES, *Olhos mágicos do sul (do sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil*, in SOUSA SANTOS (org.), *ob.cit.*, p.115 e ss.; EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, ed. lo Blanc, 2001, p.81 e ss. um estudo baseado num trabalho de campo levado a cabo na República do Equador, que dá conta, entre outros aspectos, da existência naquele país de jurisdição indígena em matéria penal.

também na possibilidade de adaptação dessa figura aos ordenamentos jurídico-penais africanos em geral e ao guineense em particular. Todavia, numa sociedade europeia, factores de natureza histórico-política, em cuja análise não posso entrar aqui ⁹⁴, fazem com que a diversidade étnica seja compreendida de maneira diferente, nomeadamente numa articulação mais forte com uma cultura cívica comum, que traça os limites da integração política e funciona como regulador da convivência multicultural. Em consequência, quem, tendo compreendido o desvalor do comportamento à luz dos direitos e dos bens jurídicos que compõem essa cultura cívica, ainda assim se determina à acção pela regras tradicionais da sua comunidade de origem, não pode deixar de actuar com plena consciência da ilicitude ⁹⁵. A tolerância implicada no regime do erro não pode, numa sociedade europeia como a portuguesa, ir ao ponto de fazer depender a vigência da norma da sua aceitação ou reconhecimento como legítima pelo agente. Por isso, a formação da consciência da ilicitude basta-se-á com a representação do desvalor subjacente à norma ⁹⁶.

Questão ulterior e distinta é se a falta de consciência da ilicitude é ou não censurável. A resposta depende da exigibilidade ou não de um

⁹⁴ Será útil para entender essas razões a distinção entre diversidade de origem voluntária, resultado das grandes imigrações que a partir do século XIX afluíram aos EUA e à Europa, e diversidade de origem coactiva, resultado das políticas de conquista e de colonização dos continentes americano e africano, apresentada por CRISTINA DE MAGLIE, *Multiculturalismo e Diritto Penale*, p.176; diferencia igualmente a situação do imigrante da do indígena TAIPA DE CARVALHO, *Direito à diferença étnico-cultural*, p.148 e s.; RAQUEL FAJARDO, *Control penal y diversidad ético-cultural*, p.91; no mesmo sentido, KYMLICKA, *Ciudadania multicultural*, p.25 e ss. distingue entre grupos étnicos resultantes da imigração voluntária e minorias nacionais caracterizadas como «culturas previamente auto-governadas e territorialmente concentradas»; um comentário crítico às consequências descritivas e normativas desta distinção pode ver-se em SEYLA BENHABIB, *The claims of culture*, p.62 e ss.

⁹⁵ Deste modo, já AUGUSTO SILVA DIAS, *Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural*, p.225 e s.; posição idêntica é defendida por ULFRID NEUMANN, *Nomos Kommentar*, §17 ns.30 e 31, considerando que «para existir um erro de proibição não basta também que o autor não partilhe a valoração que está subjacente à norma jurídica; necessário é que ele não a consiga compreender em consequência de uma socialização desviante ... O problema dos crimes de trabalhadores estrangeiros, cujas acções estão de acordo com as normas sociais e jurídicas dos seus países de origem, só se resolve parcialmente através do §17 do StGB. Trata-se tipicamente nestes casos, não da falta de compreensão, mas da falta de internalização de normas. Este ponto de vista só pode ser considerado no quadro da medida da pena».

⁹⁶ Neste sentido, v. NEUMANN, *Nomos Kommentar*, §17 n°7.

esforço reflexivo para alcançar o desvalor do facto no caso concreto, a qual depende, por seu turno, do tempo de estadia no país de destino e do grau de integração dos autores ⁹⁷. Deverá ser afirmada a censurabilidade da falta de consciência da ilicitude sempre que, tendo em conta os factores descritos, se concluir que os autores podiam aceder ao problema da ilicitude penal através de um esforço de reflexão ou de compreensão exigível no caso concreto a uma «pessoa razoável da sua comunidade» ⁹⁸ ou, como julgo preferível, a uma pessoa do seu tipo social ⁹⁹. Posto isto, não é fácil considerar censurável a falta de consciência da ilicitude nos casos apreciados pelos tribunais franceses. A maior parte das arguidas não possuía sequer informação sobre o carácter proibido da excisão em França e as que a possuíam viviam há pouco tempo no país, apresentavam um grau de escolaridade baixo e índices de integração manifestamente insuficientes para se lhes exigir que compreendessem o desvalor do facto à luz do ordenamento jurídico francês. Nada constava dos autos que pudesse sugerir que as arguidas eram de algum modo responsáveis pela ausência de informação sobre a proibição e por uma deficiente integração nos valores constitutivos da identidade normativa da sociedade de acolhimento. Dizendo-o na linguagem impressiva de FERNANDA PALMA, as arguidas não dispuseram de «justa oportunidade para desenvolver as emoções adequadas a uma motivação pela norma» ¹⁰⁰, nem, antes disso, a uma compreensão da norma. Mal andaram os tribunais franceses quando as condenaram negligenciando este aspecto.

⁹⁷ Sobre o problema do grau de integração dos autores, TAIPA DE CARVALHO, *direito à diferença étnico-cultural*, p.151, chama a atenção para a necessidade de apreciar a sua eventual responsabilidade social e jurídica pela não integração na cultura cívica da sociedade de destino; salientam igualmente a importância do dever de se familiarizar com a nova ordem jurídica para apreciar a censurabilidade do erro, LAUBENTHAL/BAIER, *Durch die Ausländereingenschaft bedingte Verbotsirrtümer*, p.209. Não posso concordar com RAQUEL FAJARDO, *Control penal y diversidad étnico-cultural*, p.90 e s., quando considera que o problema da censurabilidade não se aplica a crimes culturalmente condicionados (num contexto europeu) porque implicitamente obriga a uma assimilação não compatível com os direitos culturais. A censurabilidade pressupõe aqui que era exigível ao autor que compreendesse o significado desvalioso do comportamento e não que aceitasse ou reconhecesse internamente esse desvalor.

⁹⁸ Em sentido similar, v. MARTIN GOLDING, *The cultural defense*, p.154.

⁹⁹ Sobre o tipo social do agente e a sua relevância como mediador comunicativo do juízo de culpa, v. AUGUSTO SILVA DIAS, «*Delicta in se*» e «*delicta mere prohibita*», p.748 e ss.

¹⁰⁰ *O princípio da desculpa*, p.212.

Afasto-me, por último, da posição daqueles que contestam a exclusão da culpa com base em falta de consciência da ilicitude não censurável, utilizando argumentos baseados em princípios que foram por mim convocados para afastar a exclusão da ilicitude com base na defesa cultural, como o do tratamento discriminatório, ou em argumentos de prevenção geral integradora, essencialmente centrados na reafirmação contrafáctica da norma e da ordem social que ela visa assegurar. Um e outro tipo de argumentos objectivam a culpa tornando-a respectivamente ou um segmento do juízo de ilicitude, destituído de autonomia, ou uma categoria funcionalizada a exigências de prevenção e conduzem, por isso, a uma forma inaceitável de responsabilidade sem culpa, isto é, sem atender à pessoa e ao seu mundo da vida. Ambos comportam, desse modo, formas de justiça não individualizada e, por conseguinte, entorses ao princípio da dignidade da pessoa humana ¹⁰¹.

Ainda no âmbito da culpa são pensáveis outras situações como, por exemplo, aquela em que o agente sabe que a excisão constitui um facto ilícito, no sentido assinalado, mas é forçado a praticá-la sob ameaça ou coacção de outros elementos do grupo étnico. Nessas situações só se encontra, todavia, a mãe e não já a *fanateca*, pois esta é figura central do ritual quando não integra mesmo o grupo coactor. Podemos estar aqui perante um estado de necessidade desculpante do comportamento da mãe ¹⁰². Na verdade, não parece exigível a esta que se deixe agredir ou se veja expoliada dos seus haveres e expulsa ou ostracizada da comunidade juntamente com a sua filha. Muitas são as que soçobram perante a coacção e não tomam em conta a vulnerabilidade humana a formas extremas de pressão do meio significa aceitar que as normas têm por destinatários heróis ou santos e não pessoas de carne e osso. Consoante a natureza dos bens do agente ameaçados e a intensidade da coacção ou da ameaça assim estaremos perante uma causa de exclusão da culpa (artº35 nº1 do Código Penal) ou uma causa de dispensa ou de atenuação da pena (artº35 nº2 do mesmo diploma). A simples pressão difusa da comunidade não chega, no entanto, para alcançar uma e outra.

¹⁰¹ Neste sentido, v. ALISON RENTELN, *The cultural defense*, ps.196 e s. e 209.

¹⁰² Também admite este enquadramento TAIPA DE CARVALHO, *Direito à diferença étnico-cultural*, p.153 e s., aceitando, em geral, a hipótese de aplicação do estado de necessidade justificante, o que no caso de excisão não parece admissível.

4.3. Soluções no quadro da atenuação especial da pena.

Além destes casos, que podem conduzir à exclusão da responsabilidade criminal por falta de culpa, em que o motivo cultural funciona, não de forma autónoma, mas diluído em dirimentes gerais e culturalmente neutras, como a falta de consciência da ilicitude não censurável e o estado de necessidade desculpante, aquele motivo pode relevar formalmente como atenuante especial da pena ¹⁰³. Embora não esteja expressamente previsto no artº 72 do Código Penal português ¹⁰⁴, não significa que lá não caiba, não só porque o artº72 nº2 contém um catálogo aberto de atenuantes modificativas, como ainda porque no âmbito da atenuação não é ilegítimo o recurso à analogia. Por isso, a defesa cultural pode integrar o elenco do artº72 por analogia com o motivo honroso, entendido como motivo respeitável, compreensível. Note-se que compreensível não é a excisão, mas apenas a motivação cultural que a determinou. Por outro lado, não basta a invocação do motivo, tornando-se necessária a comprovação de que ele diminuiu de forma acentuada a ilicitude do facto ou a culpa do agente, como de resto exige o nº1 do artº72. Deste modo, o argumento cultural não opera automaticamente mas através dos seus efeitos concretos sobre a formação da vontade dos autores. Particularmente importante a este respeito é que se prove que aquele motivo pressionou os autores à prática do facto de tal forma que lhes é menos exigível um comportamento conforme ao Direito. No fundo, trata-se aqui de uma situação incompleta de estado de necessidade desculpante. A identidade pessoal dos infractores foi formada num quadro de representações e de práticas não coincidentes com o quadro axiológico fundamental da comunidade política mais ampla a que também pertencem ou querem pertencer como cidadãos. Essas representações e a forte pressão para o seu seguimento no seio de comunidades mais ou menos homogêneas, pese embora deslocadas do seu «chão», explica em muitos casos a diminuição sensível da culpa ¹⁰⁵.

¹⁰³ Defende esta solução como modo de relevância típico da *cultural defense*, ALISON RENTELN, *The cultural defense*, p.188 e ss., configurando-a como *partial excuse*.

¹⁰⁴ Corresponde no essencial ao artº71 do Código Penal da Guiné-Bissau.

¹⁰⁵ Não advogo o privilegiamento da ofensa corporal grave nos termos dos arts.146/133 do Código Penal porque me parece difícil qualificar a motivação cultural *qua tale* como motivo

Embora considere que a motivação cultural pode operar no quadro do artº72 tal como está, entendo, no entanto, que será preferível incluí-la expressamente nas circunstâncias da al.b). Do mesmo modo que julgo aconselhável incluir a excisão na al.a) do artº144, como modalidade da privação de importante órgão, para maior e melhor percepção pública da relação entre género e espécie (embora a al.a) não esgote todo o fenómeno da excisão, como vimos) e, assim, para reforço simbólico da protecção do bem jurídico, parece-me importante referir expressamente a motivação cultural no nº2 do artº72. Não só por razões de coerência, pois, como vimos, a motivação cultural pode pressionar intensamente a vontade e determinar os autores à prática do facto, mas por razões de tolerância, em virtude de vivermos em sociedades multiculturais nas quais a orientação para a acção não é obtida claramente a partir de um sistema de valores universal e homogéneo, mas influenciada por um quadro ético-afectivo que foi adquirido num ambiente cultural alheio.

5. Inadequação do Direito Penal para lidar com o problema da excisão.

A proposta que acabo de fazer está longe de significar que considero a via penal a mais correcta para lidar com o problema da excisão. Embora o Direito Penal não esteja completamente arredado do combate à excisão, ele não é o instrumento mais adequado e eficaz para travar esse combate. O Direito Penal não deve, em geral, ocupar a primeira linha na resolução de problemas sociais, mas, no caso da excisão, há razões evidentes e acrescidas para que assim seja. A primeira prende-se com tudo o que foi afirmado antes acerca das dificuldades ao nível da imputação. Não é punível um facto quando o agente o pratica sem entender o seu significado desvalioso ou em situação de estado de necessidade desculpante. Vimos que sobretudo a primeira situação é comum nos casos de excisão. Com efeito, as mais das vezes os autores não conhecem a proibição daquela prática pela ordem jurídica do país de acolhimento ou, tendo-a conhecido, não compreendem a orientação normativa que lhe está subjacente por força de uma pré-compreensão do

de relevante valor moral ou social. Esta formulação sugere um certo consenso fáctico em torno da relevância social do motivo, que não existe no caso do motivo cultural minoritário.

problema formada num contexto ético-afectivo muito diferente. Quando isso acontece não poderá ser endereçado aos autores um juízo de culpa, pelo que a responsabilidade criminal não poderá ser atribuída e o Direito Penal não poderá intervir. Trata-se de um obstáculo irremovível já que decorre de exigências impostas por princípios estruturantes do Direito Penal de um Estado de Direito, qual seja o princípio da culpa.

Mas mesmo nos casos em que é possível afirmar a culpa, a punição da excisão não está isenta de dificuldades. Refiro-me principalmente à actuação das *fanatecas*, que vivem há muito tempo no país de destino e, tendo consciência do desvalor do facto à luz da ordem jurídica desse país, praticam a excisão para conservar o seu estatuto social e as benesses que lhe são inerentes na comunidade étnica imigrante. Neste caso, como sustentei, elas actuarão com perfeita consciência da ilicitude e dificilmente beneficiarão da atenuante especial do motivo cultural. Embora se verifiquem aqui os pressupostos da punibilidade, as excisoras acabam por não ser punidas porque, como vimos nos processos julgados pelos tribunais franceses, não são denunciadas, continuando a sua tarefa na «clandestinidade». O Direito Penal apresenta aqui um significativo défice de eficácia estribado num elevado índice de cifras negras. Mesmo que elas sejam descobertas e constituídas arguidas, a aplicação de uma pena de prisão (a pena aplicável quando se trata de ofensas corporais graves), podendo surtir algum efeito de prevenção geral integradora, carecerá de efeito ressocializador. A *fanateca* tenderá a reincidir pois é a continuidade da prática que lhe assegura o estatuto de que goza no seio da comunidade e lhe mantém uma importante fonte de rendimento. O Relatório do organismo da UNICEF que tenho vindo a citar chama a atenção para este aspecto ¹⁰⁶.

Tudo medido, sistema de imputação e fins das penas, devo concluir que a solução para o problema da excisão não reside no Direito Penal mas em políticas de integração, orientadas por e tendentes a instaurar um clima de convivência multicultural com base no «patriotismo constitucional». O Relatório citado aponta três medidas que me parecem indispensáveis para combater a excisão e criar em seu torno, mormente nas comunidades que a cultivam, o sentido de desvalor que subjaz à formação da consciência da ilicitude e conseqüentemente à culpa. Dito de um outro modo, elas contribuem para o desenvolvimento

¹⁰⁶ v. *La pratique de l'excision*, p.34 e s.

da representação normativa correcta acerca do facto que serve de suporte ao juízo de culpa. Isto não significa maior intervenção do Direito Penal no futuro porque ao mesmo tempo que alastram e se consolidam as bases em que se estribam a consciência da ilicitude e a punibilidade, vai diminuindo naturalmente a prática da excisão. À medida que a mensagem da norma de comportamento que proíbe a excisão, enquanto ofensa corporal, vai sendo difundida nas comunidades étnicas em causa, por outras vias que não a aplicação da norma de sanção ¹⁰⁷, vai sendo acatada em detrimento da prática danosa. As medidas aludidas são as seguintes ¹⁰⁸.

Em primeiro lugar, a prossecução do diálogo intercultural tendo em vista a progressiva afirmação de uma cultura cívica de respeito pelos direitos e o desenvolvimento de uma cidadania multicultural. As comunidades imigrantes –como quaisquer comunidades– não são blocos monolíticos, rígidos e impenetráveis, como afirmei. O diálogo, que se pretende ininterrupto, sem constrangimentos nem preconceitos, criará fenómenos de osmose valorativa e a formação de situações de *entre-deux-culturel*, que levará ao surgimento de divergências sobre o significado de tais práticas e à emergência de uma preocupação genuína com os direitos das crianças e o papel da mulher. Isto já acontece hoje em boa medida, como documentam a receptividade que têm tido as campanhas de sensibilização junto dessas comunidades, quer na Europa, quer em África, e o aumento no seio delas do número de dissidências em relação à excisão. É preciso, no entanto, prosseguir e intensificar esse diálogo, pois o problema ainda não está resolvido. Em segundo lugar, e complementarmente, é necessário recorrer à imaginação para encontrar rituais de passagem alternativos nos quais a mutilação, o sangue e a dor sejam trocados pelo puro simbolismo. Lembro, a título de exemplo, que em 1994, no âmbito de umas jornadas sobre os direitos das crianças, organizadas pela FDB e por uma organização sueca, lançámos o slogan *excisão com uma flor !* É preciso que o ritual do *fanado* se cinja à finalidade última e essencial de qualquer ritual: recordar e perpetuar a mensagem identitária ¹⁰⁹. Para isso, não são necessários o sangue e a dor. A terceira e

¹⁰⁷ Neste sentido, já AUGUSTO SILVA DIAS, *Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural*, p.216.

¹⁰⁸ Sobre elas, v. *La pratique de l'excision*, p. 34 e s.

¹⁰⁹ Junta-se a esta ideia MARTHA NUSSBAUM, *Judging other cultures*, p.126.

última medida destina-se a criar condições para que as excisoras abandonem as «facas» sem perderem estatuto e nível de vida dentro da comunidade. Basta para tanto que a comunidade as reconheça como autoridades insubstituíveis, protagonistas indispensáveis ao funcionamento do «novo» ritual. O Relatório citado, referindo-se a alguns países africanos, fala na necessidade de oferecer às *fanatecas* novas ocupações e fontes de subsistência para que elas aceitem abandonar o seu papel nefasto ¹¹⁰. Esta solução, se tem um alcance reduzido naqueles países, como reconhece o dito Relatório, terá uma eficácia ainda mais limitada em países ocidentais devido à crise económica e à elevada taxa de desemprego que os afectam, por isso que a estratégia deverá centrar-se fundamentalmente na mudança do ritual, procurando manter intacta a posição social das excisoras.

Estas medidas devem ocupar a primeira linha de combate à excisão, tendo em vista prevenir a sua realização. O seu êxito é, porém, bastante relativo e variável quando elas são tomadas isoladamente, como nos dá conta o Relatório citado. Por isso, deve apostar-se numa acção combinada que maximize os aspectos positivos de cada uma. A promoção do diálogo deve ser acompanhada da discussão sobre rituais alternativos e sobre a posição que neles deverão ter as excisoras. O objectivo desta estratégia concertada é apenas combater um costume altamente ofensivo da integridade física e da sexualidade das mulheres e não exactamente promover a sua igualdade ou alterar o papel tradicional que estas desempenham nessas comunidades. Para isso, terão de ser adoptadas medidas mais amplas, extensivas a toda a sociedade, na qual esse desiderato está longe também de ter sido alcançado.

A concluir este ponto quero referir-me a uma medida de prevenção da excisão apresentada ao parlamento holandês pela deputada de origem somali, AYAAN HIRSI ALI ¹¹¹. A medida consiste num gigantesco processo de controlo assente nos seguintes passos. O Governo holandês começará por organizar, em colaboração com a Amnistia Internacional e a ONU, uma lista de países de risco. As raparigas provenientes desses países são sujeitas a uma investigação em série. Para

¹¹⁰ v. *La pratique de l'excision*, p.34 e s.

¹¹¹ HIRSI ALI é deputada do partido liberal de direita VVD na 2ª Câmara do Parlamento de Haia. A Revista alemã *Der Spiegel* (nº6/6.2.2006, p.96 e s.) publicou uma entrevista com ela onde é divulgado uma parte do seu pensamento político.

esse efeito, são elaboradas duas listas. Na lista A figuram os nomes das raparigas que foram excisadas e na lista B os nomes das que o não foram. Crianças recém-nascidas do sexo feminino são incluídas automaticamente na lista B. Os pais das crianças constantes desta lista são intimados a deixar as filhas realizarem anualmente e até atingirem os 18 anos de idade um controlo médico legalmente previsto. Novos imigrantes oriundos dos países de risco recebem automaticamente uma notificação para a realização desse exame. O controlo é efectuado pelos serviços de saúde municipais, os quais, quando detectarem que uma criança da lista B foi excisada, devem informar os serviços de protecção de menores para que estes abram um processo de investigações contra os pais ¹¹².

Não duvido que uma medida de controlo deste género possa ter alguma eficácia na erradicação da excisão, mas ela apresenta três inconvenientes graves que a tornam, em meu entender, inaceitável. Por um lado, ela não ataca o problema na sua génese, pois não se centra na necessidade de alterar o ritual e de mudar a mentalidade dos membros da comunidade em relação à excisão. Atinge as pessoas, sem ir às causas. Aos olhos dos visados ela surgirá como um acto hostil contra a sua comunidade, do qual ela tem de se defender. A medida ignora que a excisão se inscreve numa outra normalidade que importa combater no plano dos significados éticos e políticos e não no plano da acção político-administrativa. O efeito positivo complementar, assinalado pela deputada holandesa a este processo de controlo, de reforço das campanhas de informação e de sensibilização a realizar junto das comunidades imigrantes ¹¹³, carece de comprovação. Por outro lado, ele traduz-se numa prática estigmatizante e discriminatória contra pessoas pelo simples facto de pertencerem a minorias étnicas que são rotuladas de grupos de risco. A proponente esquece que a filiação étnica não é uma amarra inquebrantável e que são conhecidos relatos de membros de comunidades que cultivam a excisão que se opõem à sua prática e a combatem até. Essa atitude de nada vale perante este controlo cego, aplicável exclusivamente em função da pertença étnica. Por fim, a medida restringe direitos de um modo desproporcional, por duas razões essenciais.

¹¹² v. HIRSI ALI, *Ich klage an*, p.153 e ss., em especial, p.162.

¹¹³ v. *Ich klage an*, p.163.

À uma, porque submetidos a ela são, não os autores da excisão, mas as vítimas potenciais da mesma. À outra, porque essa sujeição é prolongada, repetida anualmente até aos 18 anos, e tem um alcance meramente preventivo. Trata-se no fundo de uma intromissão cega e reiterada na privacidade de raparigas em razão da sua proveniência étnica. A deputada holandesa defende-se dizendo que sem tal medida não há qualquer possibilidade efectiva de impedir a excisão, que é uma ofensa corporal dolosa e portanto um crime e, por outro lado, que a compressão do direito à privacidade, uma vez por ano, por via do controlo dos serviços de saúde, se justifica perante a necessidade de proteger a integridade física das raparigas da ameaça constituída pela excisão ¹¹⁴. Pelo menos ante a Constituição portuguesa, nomeadamente os princípios consagrados nos arts. 13 e 18 n.º2, tal argumentação não procede. Não só carece de demonstração a afirmação de que este processo de controlo é a única medida susceptível de evitar a excisão, como a protecção da integridade física e do desenvolvimento imperturbado da sexualidade das raparigas através de uma intromissão generalizada e reiterada na sua privacidade, para mais discriminatória e estigmatizante, não afasta a objecção de proibição do excesso. O que verdadeiramente se está a ponderar –note-se– não é de um lado uma ofensa à integridade corporal e à sexualidade e do outro lado uma ofensa à privacidade, mas antes esta última e um risco abstracto de lesão daqueles bens. Com efeito, o exame ginecológico periodicamente realizado às raparigas até aos 18 anos visa, não evitar a excisão, mas tão só prevenir ou dissuadir da sua prática. Estamos perante uma compressão da privacidade perpetrada com propósito meramente preventivo e por isso cega perante o destinatário. Basta que este seja membro de um grupo de risco. É como se para prevenir a propagação de uma doença contagiosa as pessoas pertencentes a grupos de risco, só pelo facto de o serem e não por sobre elas recair uma suspeita concreta, fossem forçadas a um teste sanguíneo para detecção da doença. A medida é excessiva e demasiado radical porquanto é pensada para controlar o risco abstracto de uma prática nociva. Por isso, ela padece, em meu entender, de inconstitucionalidade por violação dos princípios da igualdade (que proíbe a discriminação em função do género e do

¹¹⁴ v. *Ich klage an*, ps.158 e s. e 161.

«território de origem») e da proporcionalidade (que proíbe o excesso na restrição de direitos e liberdades).

6. Conclusões.

Termino respondendo à pergunta que figura no título desta intervenção. Faz sentido punir o ritual do *fanado*? A resposta é claramente negativa. Não é o ritual em si mas um acto do ritual, mais concretamente, a excisão, que pode cair na alçada do Direito Penal. E faz sentido punir a excisão? A resposta não é agora tão linear. Se a pergunta se refere à permanência da excisão no tipo incriminador de ofensas corporais graves, ela não pode deixar de ser afirmativa. Mas já se com a pergunta se pretende saber se a excisão representa, em regra, uma ofensa corporal concretamente punível, a resposta será tendencialmente negativa.

Vimos que o problema da punibilidade da excisão oscila entre a afirmação dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos a eles associados, por um lado, e as válvulas de descompressão da pressão das tradições e costumes étnicos sobre o indivíduo abertas pela culpa, nomeadamente pela sua exclusão ou atenuação, por outro lado. A culpa forma um âmbito de tolerância normativo perante as vulnerabilidades e fragilidades da condição humana em relação ao cumprimento das normas jurídicas, que é imposto, como afirmei, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A regra cultural na qual o indivíduo foi socializado e à qual se habituou a obedecer na interacção quotidiana, não sendo uma pauta de conduta acrílica, constitui, porém, uma razão para agir com intensidade afectiva, que a pressão do grupo se encarrega de reforçar. Muitas situações de excisão conduzirão, como referi, à exclusão da culpa por falta de consciência da ilicitude não censurável ou -no caso das mães- por ocorrência de um estado de necessidade desculpante e outras podem levar à atenuação especial da pena quando a acção é determinada por motivo cultural que diminua sensivelmente a culpa do agente. Não considero acertado, por isso, conferir à «defesa cultural» o carácter de uma causa meramente formal de exclusão da culpa ou de atenuação da pena, desligada de argumentos de culpa e dos efeitos do condicionamento cultural sobre a culpa.

A hipótese frequente de exclusão da culpa, aliada a uma perda de função ressocializadora da pena, explicam os défices de adequação e de eficácia do Direito Penal como instrumento de combate à excisão. Por isso, o Direito Penal deve, também aqui, ceder o passo a outras medidas de política social, que, através do incremento do diálogo com as comunidades que usam tal prática, da procura de rituais alternativos e da preservação da posição social das excisoras nestes, desenvolvam a consciência do desvalor qualificado da excisão e produzam integração numa cultura cívica de respeito pelos direitos. Vimos que isto não conduz a uma maior intervenção penal no futuro. Conduz antes a um círculo virtuoso: ao mesmo tempo que se desenvolvem, por aquela via, os fundamentos de culpa de que depende a punibilidade, vão desaparecendo as motivações culturais que impelem à mutilação genital feminina.