

CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E A AUSÊNCIA DE POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

CULTURALLY MOTIVATED CRIMES AND THE ABSENCE OF POTENTIAL AWARENESS OF ILLEGALITY

*Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho*¹

PUC Minas

*Guilherme Colen*²

PUC Minas

Resumo

O presente artigo pretenderá primeiramente apresentar em breves linhas o conceito de cultura, bem como a preocupação que a diversidade cultural gera em uma sociedade. Posteriormente, abordar-se-á a influência que a globalização e a imigração desta decorrente influenciaram na definição do multiculturalismo e os efeitos dela decorrentes no ordenamento jurídico de um Estado, principalmente no aspecto penal. Por fim, será feita uma correlação entre os crimes culturalmente motivados e ausência potencial da consciência da ilicitude, especialmente na construção do erro de proibição e que justifica a isenção de pena do autor deste delito.

Palavras-chave

Multiculturalismo. Delitos Culturalmente Motivados. Potencial Consciência da Ilcitude. Erro de proibição.

Abstract

This article will first briefly present the concept of culture, as well as the concern that cultural diversity generates in a society. Subsequently, we will discuss the influence that globalization and immigration have had on the definition of multiculturalism and its effects on the legal system of a State, especially in the criminal aspect. Finally, a correlation will be made between culturally motivated crimes and the potential absence of awareness of the illicit nature, especially in the construction of the prohibition error that justifies the acquittal of the perpetrator of this crime.

Keywords

Criminal Law. Multiculturalism. Culturally Motivated Offenses. Potential Awareness of Illicit Acts. Prohibition Error.

¹ Doutoranda em Direito Penal na Linha “Intervenção Penal e Garantismo pela PUCMINAS. Mestre em Direito Penal na Linha “O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas” pela PUCMINAS. Bolsista Capes.

² Professor Permanente do Programa de Pós-graduação e Direito da PUC Minas. Doutor em Direito pela UFPE.

1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará a ausência da potencial consciência da ilicitude, mais especificamente no âmbito do erro de proibição na prática dos delitos culturalmente motivados.

Inicialmente, será trazido um conceito, ainda que breve, do termo cultura e como as regras culturais de uma determinada sociedade influenciam a escolha de condutas que serão consideradas desvaloradas. Logo em seguida, será abordada a questão do multiculturalismo, que se intensificou com a globalização e com o avanço tecnológico da nossa sociedade. Em decorrência, portanto, da globalização, há uma intensificação do fluxo imigratório de pessoas de regiões remotas do planeta e que são portadores de uma tradição cultural diferente da ocidental.

Diante da presença de diferentes grupos em uma sociedade, verifica-se que o ordenamento jurídico, em especial, o direito penal é chamado a exercer o seu poder punitivo em face dos diferentes e que não compartilham dos mesmos costumes e regras da sociedade majoritária, uma vez que a prática de determinadas condutas por parte destas minorias é considerada crimes nos países onde se instalam. Será explicado como surge o conceito de crimes culturalmente motivados e o seu correspondente tratamento penal devendo ser levadas em conta as características individuais daquele sujeito em relação ao grupo ao qual pertence e também em relação à sociedade em que vive.

Por fim, muito embora haja divergência doutrinária, pretende-se demonstrar que os delitos culturalmente motivados nada mais são do que uma hipótese de erro de proibição na qual o autor tem a consciência de que, de acordo do seus costumes, o fato é permitido.

2 – O MULTICULTURALISMO E A NOÇÃO DOS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

2.1 – Um breve conceito de cultura.

A cultura é um dos elementos que exercem influência para se analisar o sentido e o alcance normativo. As regras de cultura de uma

determinada sociedade influenciam a escolha de condutas que serão consideradas desvaloradas.³ ANA ELISA BECHARA (2018) relembra que a diversidade cultural em uma sociedade gera grandes preocupações em relação à interpretação dos tipos penais, principalmente em relação aos seus elementos normativos.

A cultura, segundo NICCOLA ABAGNANO (2007)⁴, apresenta dois significados básicos. O primeiro e mais antigo, significa a formação do homem, sua melhoria e seu aperfeiçoamento, cujo significado corresponde aos que os gregos chamavam de *paideia* e que os latinos, de *humanitas*, ou seja, educação do homem às "boas artes", que seriam a poesia, a eloquência, a filosofia etc, às quais se atribuía valor essencial para aquilo que o homem é e deve ser, portanto para a capacidade de formar o homem verdadeiro, o homem na sua forma genuína e perfeita.

O segundo significado refere-se ao conjunto dos modos de viver e de pensar cultivados, civilizados, polidos, que também costumam ser indicados pelo nome de *civilização*. A passagem do primeiro para o segundo significado ocorreu no séc. XVIII por obra da filosofia iluminista,

No segundo significado, prossegue o Autor (2007⁵), a palavra cultura tem sido utilizada precipuamente por sociólogos e antropólogos para indicar o conjunto dos modos de vida criados, adquiridos e transmitidos de uma geração para a outra, entre os membros de determinada sociedade. Nesta acepção, a cultura não diz respeito à formação educacional ou espiritual do indivíduo, mas sim de sua formação coletiva e anônima de um grupo social nas instituições que o definem⁶.

³ Vide o caso do crime de adultério previsto artigo 240 do Código Penal, sendo revogado pela Lei n. 11.106/05. Com a evolução da sociedade, com avanços em vários aspectos, inclusive com novos modelos de família, com mais direitos para as mulheres, seja na busca de igualdade de gênero, seja no papel da mulher na sociedade, dentre outros, adultério deixou de ser crime.

⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti – 5ª ed.- São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 225

⁵ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti – 5ª ed.- São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 228.

⁶ DE MAGLIE, citando WILL KYMLICKA, afirma o seguinte: “Kymlicka fala de cultura como ‘cultura social’, um tipo de cultura ‘que confere aos próprios membros modos de viver dotados de sentido em um amplo espectro de atividades humanas, aí

A cultura, portanto, não diz respeito apenas à nacionalidade ou à pertença a um Estado, mas também e inclusive, relaciona-se com uma determinada religião, pensamento político ou ideológico, dentre outras variáveis.

2.2 – O multiculturalismo e a noção de crimes culturalmente motivados

Em decorrência da globalização e da imigração, várias culturas coexistem em uma sociedade, surgindo o fenômeno conhecido como multiculturalismo⁷. Com efeito, a presença de muitas culturas e diversos valores éticos em uma sociedade trazem diversos problemas, inclusive para o Direito Penal.

Em decorrência, portanto, da globalização, há uma intensificação do fluxo migratório de pessoas de regiões remotas do planeta e que são portadores de uma tradição cultural diferente da ocidental. Não é novidade alguma que o Direito Penal reproduz o discurso do “dever ser” e que está a serviço da sociedade majoritária. Observa-se que os conflitos sociais são o resultado natural de um processo de diferenciação social que produz uma infinidade de agrupamentos sociais, cada qual com seu posicionamento ou situação de vida com suas próprias interpretações das relações sociais, gerando comparações entre elas, implicando que um grupo se considere melhor que o outro.

Diante de tal contexto, verifica-se que no plano jurídico, o comportamento advindo de determinado grupos de pessoas gera uma conotação pejorativa ou um tratamento penalmente relevante, pois muitas

compreendidas a vida social, formativa, religiosa, recreativa e econômica, não somente a esfera pública, como, também, a privada’. Esse modo de conceber a cultura implica ‘o compartilhamento não apenas de recordações e valor, mas também de instituições e práticas’”. In *Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais*. São Paulo:RT, 2017

⁷ CRISTINA DE MAGLIE nos traz a diferenciação entre multietnicidade, multiculturalismo e multiculturalidade. No presente trabalho, não esmiuçaremos a diferença entre cada um destes conceitos e utilizaremos os termos multiculturalismo e multiculturalidade como sinônimos. *Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais*. São Paulo:RT, 2017

das vezes esta prática diferente é considerada crime nos países em que estas minorias vêm a fixar residência.

Com efeito, é necessário limitar o conceito penal de cultura a “(...) apenas a filiações culturais capazes de ter um impacto 'global' sobre a existência de seus respectivos membros e não sobre indivíduos, por mais importantes que sejam (...)” (GRANDI, 2011, p. 10 – tradução livre)⁸.

Assim, MAGLIE (2017)⁹ elenca uma série de requisitos para que um indivíduo cometa um crime culturalmente motivado, que são os seguintes:

(i) Uma cultura comum - O grupo deve apresentar características comuns, ou seja, deve possuir uma cultura comum e que influencie de modo decisivo o estilo de vida dos componentes do grupo, desde a alimentação até o idioma ou religião;

(ii) Cultura do grupo e formação do indivíduo - Os indivíduos que crescem dentro do grupo adquirirão a sua cultura, que marcará o seu caráter, sendo condicionados pela cultura do grupo de pertença;

(iii) Pertença ao grupo e recíproco reconhecimento: os efeitos internos - Ser reconhecido e aprovado, ainda que informalmente, pelos outros membros do grupo como pertencentes àquele grupo;

(iv) Reconhecimento do grupo e autoidentificação – a necessidade do indivíduo de ser reconhecido pelo grupo auxilia no seu autorreconhecimento e de sua autoidentificação como membro deste mesmo grupo;

(v) Pertença e aquisição O pertencimento a um grupo é uma consequência da do reconhecimento que se confere a um determinado indivíduo pelos outros membros deste mesmo grupo e não é que, nos dizeres de MAGLIE (2017) não é algo negociável, “alguém pertence porque é”.¹⁰

⁸ No original: “(...) alle sole appartenenze culturali in grado di incidere ‘a tutto tondo’ sull’esistenza dei rispettivi membri e non già su singoli, per quanto importante (...)” (in **A PROPOSITO DI REATI CULTURALMENTE MOTIVATI** . Diritto penale contemporaneo, Milano, Archivio 2009-2019. Disponível em <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/>. Acesso em 12 de ago. 2022)

⁹ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais** . São Paulo:RT, 2017

¹⁰ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais** . São Paulo:RT, 2017

Ou seja, será considerado um comportamento culturalmente relevante quando houver por parte de um indivíduo a um determinado grupo étnico ou comunidade nacional.

Isso, entretanto, não é o suficiente. Para que se possa falar de “crime ato culturalmente motivado”, deverão ser provados, no âmbito do processo, os seguintes requisitos¹¹:

i) a motivação culutral:

ii) divergência entre culturas: deverá haver por parte do intérprete uma comparação entre a cultura do grupo étnico à qual pertence a vítima e a do país hospedeiro, de modo a identificar as diferenças tratamento entre os dois sistemas.

No entanto, a questão do multiculturalismo e dos crimes culturalmente motivados não deve se limitar apenas no âmbito da dogmática penal, devendo ser inclusive discutida com influência da política criminal. Convivem, segundo GRANDI (2011, P. 04)¹², dois tipos de modelos: o modelo assimilacionista, em que há uma igualdade formal em que o Estado se mantém neutro frente às diferenças culturais. E o segundo modelo que visa a efetivar a igualdade material e que tenta respeitar ou tolerar as diferenças culturais na medida do possível, a que MAGLIE (2017)¹³ chama modelo multicultural forte, porque se rende diante das diversidades étnico-culturais. Um modelo de tal forma tolerante e aberto às culturas “outras”,

Em termos de política criminal, GRANDI (2011, p. 04)¹⁴ relata que, no modelo assimilacionista, não há uma preocupação ao pertencimento cultural para o tratamento penal dos crimes cometidos pelos membros dos grupos minoritários.

¹¹ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais**. São Paulo:RT, 2017

¹² GRANDI, Ciro. **A PROPOSITO DI REATI CULTURALMENTE MOTIVATI**. Diritto penale contemporaneo, Milano, Archivio 2009-2019. Disponível em <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/>. Acesso em 12 de ago. 2022

¹³ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais**. Edição do Kindle, 2017.

¹⁴ GRANDI, Ciro. **A PROPOSITO DI REATI CULTURALMENTE MOTIVATI**. Diritto penale contemporaneo, Milano, Archivio 2009-2019. Disponível em <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/>. Acesso em 12 de ago. 2022

Por outro lado, ele afirma que existem alternativas político-criminais mais benéficas, permitindo-se em determinadas hipóteses a atipicidade de certas condutas por serem insignificantes e que tradicionalmente tem a sua prática reiterada por essas minorias¹⁵

Um fato que GRANDI (2011, P. 05)¹⁶ e MAGLIE (2017)¹⁷ nos chamam a atenção e que por nós é relegada a segundo plano é a da premissa de que todos os indivíduos têm os mesmos direitos e obrigações, no entanto, suas subjetividades não são levadas em conta e “trata-se, em outros termos, do princípio da irrelevância das características individuais perante a generalidade e abstração da lei em geral, e da lei penal em particular, princípio que sofre raras atenuações”.

Nesta toada, verifica-se que um Estado Democrático de Direito é formado por um grande número de normas. JUAREZ TAVARES (2019, p. 193)¹⁸ assevera que se as normas deste Estado forem elaboradas levando-se em conta o devido processo legislativo e a vontade da maioria, presume-se a sua legitimidade, bem como a presunção de que serão observadas por todos. No entanto, sabemos que uma sociedade é composta por uma pluralidade de grupos humanos que, muitas das vezes, obedecem os preceitos de seus grupos sociais, étnicos ou religiosos.

3 – O ERRO DE PROIBIÇÃO

O erro pode ser conceituado como a falsa percepção da realidade e tampouco deve ser confundido com a ignorância, que deve ser entendida como a falta de conhecimento acerca de um objeto¹⁹.

A classificação do erro, segundo CLÁUDIO BRANDÃO (2019, p. 268)²⁰ remonta ao Direito Romano, que diferenciava o erro de facto (*error*

¹⁵ GRANDI, Ciro. **A PROPOSITO DI REATI CULTURALMENTE MOTIVATI**. Diritto penale contemporaneo, Milano, Archivio 2009-2019. Disponível em <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/>. Acesso em 12 de ago. 2022

¹⁶ GRANDI, Ciro. **A PROPOSITO DI REATI CULTURALMENTE MOTIVATI**. Diritto penale contemporaneo, Milano, Archivio 2009-2019. Disponível em <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/>. Acesso em 12 de ago. 2022

¹⁷ MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais**. São Paulo:RT, 2017

¹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

¹⁹ Florêncio Filho, M. A. (2020). A TEORIA DO ERRO DE PROIBIÇÃO EM CLÁUDIO BRANDÃO. *Delictae Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito*, 5(8), 68–113. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v5i8.121>, p. 70.

facti) e erro de direito (*error jus*), classificação que perdurou até o finalismo de Hans Welzel que, com uma nova concepção normativa da culpabilidade consolidou a nova dicotomia do erro em erro de tipo e erro de proibição.

Nas palavras de Francisco de Assis de Toledo

“Quebra-se por esse modo a longa tradição romanística que nos prendia no anel de ferro da velha dicotomia erro de fato – erro de direito, responsável por algumas insuperáveis contradições nas *práxis* e na dogmática penal (TOLEDO, 1994, p. 277)²¹.

O erro de proibição será, portanto, o erro quanto ao caráter proibido do fato, isto é, sobre a antijuridicidade do comportamento, cuja análise deve ser realizada sob o prisma material, levando-se em conta que o agente tenha o conhecimento da antissocialidade de sua ação.²²

Existem várias formas de erro de proibição (direto, indireto, e mandamental). Para a abordagem do tema deste trabalho será analisado o erro de proibição direto.

O erro de proibição direto pode ser conceituado como aquele em que o agente pratica uma conduta proibida por desconhecer a norma proibitiva, ou por conhece-la mal ou por não compreender o seu verdadeiro alcance.

No erro de proibição direto, portanto, o agente sabe, tem a vontade e a consciência de realizar os elementos que estão contidos em um tipo penal, porém, como assevera MARCO AURÉLIO FLORENCIO FILHO (2020, p. 73)²³ não tem o conhecimento sobre a reprovação de sua conduta ou faz um má interpretação da reprovabilidade de seu comportamento.

E continua afirmando que a consciência da antijuridicidade não se identifica com tipo penal e é, inclusive, irrelevante o conhecimento deste,

²⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime – Coleção: Ciência Criminal Contemporânea – Vol. 1** – Coordenação : Cláudio Brandão – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019

²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal – 5ª ed.** – São Paulo: Saraiva, 1994.

²² BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 278.

²³ Florêncio Filho, M. A. (2020). A TEORIA DO ERRO DE PROIBIÇÃO EM CLÁUDIO BRANDÃO. *Delictae Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito*, 5(8), 68–113. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v5i8.121>

bastando que o agente conheça a antissocialidade de sua ação. A ideia de antijuridicidade será formada pelos valores sociais de uma sociedade na qual um indivíduo está inserido²⁴.

Se o indivíduo não tem consciência da antijuridicidade, estaremos diante de erro de proibição. Para tanto, ele extrai conceitos do meio social em que vive para compreender a antissocialidade de seu comportamento, que será alcançada através da valoração na esfera do profano²⁵.

Como bem lembrado por FLORÊNCIO FILHO, (2020, p. 80)²⁶, haverá uma análise interna (pensamento do autor) e externa (religião, normas de culturas, dentre outras) para que se perfaça a consciência da antijuridicidade. Será necessário, portanto, que o agente saiba que faz algo errado e se é possível valorar de acordo com seu pensamento e seu ambiente que seu comportamento é jurídico ou injusto²⁷.

4 – CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E A AUSÊNCIA DA POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILITICITUDE

Sobre o tema MARIA PAULA BONIFÁCIO RIBEIRO DE FARIA (2005) posiciona-se no sentido de que não é possível invocar erro de proibição, principalmente em temas sensíveis relacionados a praticas religiosas.

A Autora entende que, por exemplo, no caso de uso de drogas por parte de uma seita nativa americana ou a mutilação genital feita na mulher

²⁴ Florêncio Filho, M. A. (2020). A TEORIA DO ERRO DE PROIBIÇÃO EM CLÁUDIO BRANDÃO. *Delictae Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito*, 5(8), 68–113. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v5i8.121>

²⁵ Florêncio Filho, M. A. (2020). A TEORIA DO ERRO DE PROIBIÇÃO EM CLÁUDIO BRANDÃO. *Delictae Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito*, 5(8), 68–113. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v5i8.121>, p. 79.

²⁶ Florêncio Filho, M. A. (2020). A TEORIA DO ERRO DE PROIBIÇÃO EM CLÁUDIO BRANDÃO. *Delictae Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito*, 5(8), 68–113. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v5i8.121>

²⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime – Coleção: Ciência Criminal Contemporânea – Vol. 1** – Coordenação : Cláudio Brandão – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 240.

em algumas correntes do islamismo, são condutas que não se enquadram no que se entende por socialmente adequado²⁸.

E, muito embora reconheça que a questão do multiculturalismo deva ser respeitada, a maioria destes comportamentos não é lícito e acaba por colidir como princípios ligados à dignidade da pessoa humana²⁹.

Neste sentido, ela assume que, na maior parte das vezes, o sujeito não tem a consciência da ilicitude de seu comportamento, afirmando que há uma falta de representação da realidade, cuja valoração o agente “(...) desconhece, ou que conhecem nas subjectivamente se recusa a conhecer”. (FARIA, 2005, p. 669)³⁰.

O indivíduo provavelmente sabe que aquela prática é proibida no país em que reside, mas não a interioriza. Em um verdadeiro jogo de palavras, ela afirma que existe a consciência do ilícito, mas não existe, “(...) como se a consciência do ilícito não entrasse no interior da pessoa, ficasse fora dela, não sendo, ao fim e ao cabo, verdadeira consciência de um padrão de ilicitude” (FARIA, 2005, p. 669).³¹

No entanto, abre exceção apenas para aquelas hipóteses da presença da censurabilidade em relação a grupos de imigrantes que acabaram de chegar em um país ocidental ou em relação a grupos que se encontram culturalmente isolados em que inexistente o contato com a sociedade de um modo geral. E tão somente nesta hipótese³².

Em contrapartida, nos casos em que o indivíduo não interioriza a consciência da ilicitude de seu comportamento, haveria um erro sobre a

²⁸ FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A Adequação Social da Conduta no Direito Penal Ou o valor dos Sentidos sociais na Interpretação da Lei Penal** – Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, p.667.

²⁹ FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A Adequação Social da Conduta no Direito Penal Ou o valor dos Sentidos sociais na Interpretação da Lei Penal** – Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, p.667

³⁰ FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A Adequação Social da Conduta no Direito Penal Ou o valor dos Sentidos sociais na Interpretação da Lei Penal** – Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

³¹ FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A Adequação Social da Conduta no Direito Penal Ou o valor dos Sentidos sociais na Interpretação da Lei Penal** – Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

³² FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A Adequação Social da Conduta no Direito Penal Ou o valor dos Sentidos sociais na Interpretação da Lei Penal**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, p. 670.

validade do comando, isto é, no fundo o agente tem a consciência formal da ilicitude, porém, não tem a sua consciência concreta, o que para ela seria “(...) a tradução mais acabada do erro sobre a adequação social da conduta” (FARIA, 2005, p. 671).³³

Contraditoriamente, ela soluciona a dificuldade em que tais casos são inseridos como hipóteses de erro, o que, no início da sua análise sobre o tema, rechaçou peremptoriamente.

Presenciamos a partir da 2ª metade do século XX e início do século XXI, um aumento da imigração de pessoas oriundas do Oriente Médio e da África seja em razão das constantes guerras em seus países de origem, seja em razão de uma melhor qualidade de vida que só pode ser alcançada nos países europeus, Estados Unidos da América e Canadá.

Em sua grande maioria estes imigrantes professam o islamismo, que tem as suas peculiaridades que diferem totalmente da matriz judaico-cristã que se assenta no Ocidente.

É fato que os imigrantes continuam a professar a sua fé e viver como se estivessem em seus países de origem, muita das vezes tendo comportamentos exóticos para sociedade, nascendo a partir de aí um ponto de atrito que deve ser analisado e que esbarra no Direito Penal, como no caso das mutilações genitais em mulheres ou o uso de véus em locais públicos.

Em um primeiro momento, poderíamos argumentar a ocorrência do erro culturalmente motivado em que o agente

(...) conhece ou pode conhecer a norma proibitiva, mas estará incapacitado de se orientar por esse conhecimento por força de seu condicionamento a padrões culturais diversos, internalizados na própria formação de sua personalidade (VILLAVICENCIO TERREROS *apud* TAVARES, 2020, p. 533)³⁴.

Um dos casos que MAGLIE (2017) nos traz é o do relato do Caso Kargar

³³ FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A Adequação Social da Conduta no Direito Penal Ou o valor dos Sentidos sociais na Interpretação da Lei Penal**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

³⁴ TAVARES, Juez. **Fundamentos de teoria do delito** – 3ª. Ed. – São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

Em 25 de junho de 1993, Mohammad Kargar, um afegão refugiado há quatro anos nos Estados Unidos com a família, é surpreendido por uma vizinha enquanto beija o pênis do filho de 18 meses, sendo denunciado para a autoridade local.⁵⁸ A polícia, acompanhada por dois detetives, um assistente social e um intérprete, apresenta-se à habitação de Kargar. Durante a vistoria, encontra-se em um álbum de família “inclusive” uma fotografia que retrata Kargar enquanto beija o órgão sexual do filho. Por força disso, Kargar é preso e acusado de *gross sexual assault*. Segundo o Código Penal do Estado de Maine, pune-se como violência sexual “qualquer contato entre a boca de um adulto e o órgão genital de uma criança”, enquanto não é exigida para a configuração do tipo a prova da intenção da gratificação sexual (MAGLIE, 2017)³⁵

Relata a Autoria que, no caso em comento, a defesa alegou a inofensividade do comportamento de Kargar, trazendo relatos de que no Afeganistão tal prática é normal e demonstra uma manifestação de amor do pai em relação ao filho, sendo costume beijar o filho homem em todas as partes do corpo. Apesar de tais alegações, Kargar é condenado em primeiro grau.

A sua defesa alega que a decisão de 1º grau “errou em questão de direito, porque considerou a cultura do imputado, a ausência de ofensa ao bem tutelado e o seu inocente estado mental irrelevantes para a configuração”.

A Corte de Apelação acolhe todos os pedidos defensivos e absolveu, observando que

o background, a experiência, o caráter do imputado, que podem indicar se ele podia ou não compreender a ilicitude do seu comportamento; a consciência das consequências penais da sua conduta; conduta; as circunstâncias relativas ao crime; o dano (...) ou o perigo ocasionado; o impacto social do delito; a gravidade do crime em termos de sanção (...) e qualquer outro elemento útil para dar indicações

³⁵ MAGLIE, Cristina de. **CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS: Ideologias e modelos penais** - Tradução de Stephan Doering Darcie . 2a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

acerca da natureza do dano e sobre o grau de culpabilidade do agente (MAGLIE, 2017)³⁶

Este caso, a nosso ver, se encaixa perfeitamente na hipótese de erro de proibição culturalmente motivado no qual o autor tem a consciência de que, de acordo com seus costumes, o fato é permitido. Sobre o tema, RENATO JORGE DE MELO SILVEIRA (2010)³⁷ assevera que as diferenças culturais nas sociedades ocidentais, principalmente após a globalização devem ser respeitadas e defende que, muito embora possa ser utilizado o erro culturalmente motivado, ao qual ele não anui por completo, pode ser respondido em sede pré-típica como o reconhecimento da adequação social.

Como se depreende, há uma diversidade de solução apresentada pela doutrina sobre o tema, demonstrando a sua dificuldade em obter uma resposta de modo satisfatória. Caso o juiz se depare com um delito que envolva a multiculturalidade, deverá julgar não apenas de acordo com o texto frio da lei positivada, deverá, outrossim, levar em conta valores culturais para poder interpretar a norma, a fim de lhe conferir o sentido mais justo possível no caso concreto.

CONCLUSÃO

Como visto a confere aos próprios membros modos de viver dotados de sentido em um amplo espectro de atividades humanas, aí compreendidas a vida social, formativa, religiosa, recreativa e econômica, não somente a esfera pública, como, também, a privada.

Verifica-se que com a globalização, houve uma aumento da imigração de indivíduos de países do Oriente Médio, que professam em sua maioria o Islamismo, para os países centrais, que se assentam nos preceitos judaico-cristão.

³⁶ MAGLIE, Cristina de. **CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS: Ideologias e modelos penais** - Tradução de Stephan Doering Darcie . 2a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017 (Edição Kindle)

³⁷ SILVEIRA. Renato Jorge de Melo. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal** – São Paulo: Quartier Latin.

A partir desta nova conformação da sociedade ocidental, comprova-se que há um tensionamento entre a sociedade majoritária, cujo ordenamento jurídico leva em conta o princípio da igualdade material sem se ater às especificidades dos sujeitos que fazem parte do grupo minoritário desta mesma sociedade.

O ordenamento jurídico-penal, na prática, reproduz o discurso asséptico do “dever ser” sem levar em conta o “ser”, isto é, não se preocupar com as subjetividades e individualidades desta minoria.

Observa-se que estes imigrantes, em sua maioria, repetem as práticas que eram consideradas lícitas em seus países e origem, mas que são consideradas delitos nos países ocidental em que fixaram residência.

O que se vê, portanto, é que tanto os legisladores, como os órgãos da persecução penal exercem seu *jus puniendi* de forma flagrantemente discriminatória, partindo da premissa que a raça, a cultura e religião ocidentais são superiores às culturas diversas.

Constata-se que o sujeito, na prática, não tem a consciência da ilicitude de seu comportamento, ou seja, provavelmente sabe que aquela prática é proibida no país em que reside, mas não a interioriza, incorrendo no erro de proibição que, se inevitável, o isentará de pena, muito embora haja quem entenda que a solução de tal controvérsia possa ser respondida em sede pré-típica como o reconhecimento da adequação social.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A Adequação Social da Conduta no Direito Penal Ou o valor dos Sentidos sociais na Interpretação da Lei Penal**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005

Florêncio Filho, M. A. (2020). A TEORIA DO ERRO DE PROIBIÇÃO EM CLÁUDIO BRANDÃO. *Delictae Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito*, 5(8), 68–113.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3ª. Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020

GRANDI, Ciro. **A PROPOSITO DI REATI CULTURALMENTE MOTIVATI** . Diritto penale contemporaneo, Milano, Archivio 2009-2019. Disponível em <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/>. Acesso em 12 de ago. 2022

MAGLIE, Cristina de. **Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais** . São Paulo:RT , 2017

SILVEIRA. Renato Jorge de Melo. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 4ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3^a. Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.