

DIREITOS HUMANOS - CENTRO DE INVESTIGAÇÃO INTERDISCIPLINAR

Patrícia Jerónimo (org.)

Edição Comemorativa do 10.º Aniversário  
do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho

# TEMAS DE INVESTIGAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS PARA O SÉCULO XXI

2016

---

## FICHA TÉCNICA

### TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Temas de Investigação em Direitos Humanos para o Século XXI

Edição Comemorativa do 10.º Aniversário do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho

### AUTORES

Patrícia Jerónimo (org.)

Alessandra Silveira, Ana Rita Carneiro, Andreia Sofia Pinto Oliveira, Benedita Mac Crorie, Fernando Conde Monteiro, Flávia Piovesan, Giuseppe Tosi, Isabel Celeste M. Fonseca, Jean-Yves Durand, Jeison B. de Almeida, João Cardoso Rosas, Luciana Sousa Santos, Luísa Neto, Manuela Ivone P. da Cunha, Maria de Assunção do Vale Pereira, Maria do Céu Pinto Arena, Maria Leonor Machado Esteves, Maria Raquel Freire, Mário Ferreira Monte, Nuno Manuel Pinto Oliveira, Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, Rita Barros, Rita Sousa Costa, Rui André Gonçalves Garrido, Rute Baptista, Sayuri Fujishima, Teresa Coelho Moreira, Wladimir Brito

### EDITOR

Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar  
Escola de Direito da Universidade do Minho

### DESIGN DE CAPA

Pedro Rito

### EXECUÇÃO GRÁFICA

Graficamares

### DEPÓSITO LEGAL

418883/16

### ISBN

978-989-97492-3-8

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou qualquer outro processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

---

# DIREITOS HUMANOS E DIFERENÇA CULTURAL NA PRÁTICA DOS TRIBUNAIS

Patrícia Jerónimo<sup>1</sup>

A relação entre direitos humanos e diferença cultural ocupa, há mais de meio século, um lugar proeminente no campo da investigação em direitos humanos. Isso deve-se, em primeiro lugar, aos debates mantidos entre universalistas e relativistas – praticamente desde a adoção, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem – a respeito da pretendida universalidade dos padrões internacionais de direitos humanos<sup>2</sup>. Deve-se também, em segundo lugar, às polémicas alimentadas, a partir da década de 1970, pelas reivindicações multiculturalistas de reconhecimento da importância da cultura e de direitos para as minorias<sup>3</sup>. Aqueles debates encontram-se hoje num estágio de relativa acalmia, fruto de algumas concessões importantes de parte a parte<sup>4</sup> e da manifesta universalização do *discurso* dos direitos humanos, um discurso que encontramos não apenas nos instrumentos regionais adotados no quadro da Liga Árabe e da União Africana, mas também na retórica de grupos políticos notabilizados,

---

<sup>1</sup> Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho e Diretora do Mestrado em Direitos Humanos.

<sup>2</sup> Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações: Proposta de Análise a Partir do Confronto dos Modelos Ocidental e Islâmico*, Coimbra, Almedina, 2001.

<sup>3</sup> Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito Público e Ciências Sociais: O contributo da Antropologia para uma densificação «culturalista» dos direitos fundamentais”, in *Scientia Iuridica*, tomo LX, n.º 326, 2011, pp. 345-383.

<sup>4</sup> Seja pelo reconhecimento da relativa universalidade dos padrões internacionais de direitos humanos, seja pela busca de padrões de direitos humanos com legitimidade intercultural (*cross-cultural universals*). Cf. JACK DONNELLY, “The relative universality of human rights”, in *Human Rights Quarterly*, vol. 29, n.º 2, 2007, pp. 281-306; ABDULLAHI AHMED AN-NA’IM (ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, Filadélfia, University of Pennsylvania Press, 1992.

nas décadas de 1980 e 1990, pela sua oposição ao que reputa(va)m de arma de arremesso do imperialismo ocidental<sup>5</sup>. Quanto às reivindicações multiculturalistas, estas têm vindo a ser em larga medida silenciadas, atento o opróbrio a que foi votado o multiculturalismo nos últimos anos<sup>6</sup>, mas continuam a poder entrever-se nos debates em curso sobre imigração, integração, cidadania e coesão social nas sociedades pluriculturais contemporâneas. Aliás, como observa Will Kymlicka, a rejeição do multiculturalismo enquanto modelo de gestão da diferença, no plano dos princípios, não obsta a que, na prática, os Estados democráticos ocidentais continuem a adotar políticas multiculturalistas, ainda que sob outras designações, como se passa com a valorização da diversidade cultural nos *curricula* e manuais escolares, com o apoio estadual a iniciativas promovidas por organizações/grupos étnicos ou com a aceitação da dupla cidadania<sup>7</sup>. De resto, os recentes “regressos à nação” andam de par com a assunção, por parte dos Estados, de compromissos internacionais dirigidos ao respeito e proteção da diversidade das expressões culturais presentes nos respetivos territórios<sup>8</sup>.

Também ao nível da prática judicial é possível observar a persistência de argumentos culturalistas, se considerarmos a crescente frequência com que são invocadas razões culturais em juízo e a atenção dispensada, nos últimos anos, às necessidades de formação dos operadores judiciais (juizes, delegados do Ministério Público, advogados, funcionários judiciais) para a comunicação intercultural<sup>9</sup>. Alguns dos debates académicos mais interessantes da última década

---

<sup>5</sup> Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “O discurso dos direitos humanos no contexto da Primavera Árabe”, in Patrícia Jerónimo (org.), *A Primavera Árabe e o Uso da Força nas Relações Internacionais*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 130-137.

<sup>6</sup> Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Cidadania e reconstrução da identidade cultural em contextos multiculturais”, in *Interações*, n.º 36, 2015, pp. 12-14; IDEM, “Interculturalidade e pluralismo jurídico: A emergência de ordens jurídicas minoritárias na Europa e a tutela dos direitos fundamentais”, in Alexandre Walmott Borges e Saulo de Oliveira Pinto Coelho (coords.), *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: Desafios, Âmbitos e Níveis de Interação no Mundo Global*, vol. 1, Uberlândia, LAECC, 2015, pp. 334-339.

<sup>7</sup> Cf. WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future*, Washington DC, Migration Policy Institute, 2012, pp. 7-8 e 14-15.

<sup>8</sup> Considere-se a Convenção da UNESCO sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005, aprovada para ratificação por Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 10-A/2007, de 16 de março.

<sup>9</sup> Parece ser incontroverso que a formação jurídica de base oferecida nas universidades europeias – centrada como está no conhecimento dos quadros normativos estaduais – não prepara os operadores judiciais para a comunicação intercultural e para a interpretação de argumentos e normas originários de ordens jurídicas estrangeiras e de ordens normativas diferentes do Direito. Considere-se, a este respeito, as recomendações contidas em AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, 2013, p. 22, texto disponível em [http://www.religareproject.eu/system/files/RELIGARE-%20Summary%20Report\\_0.pdf](http://www.religareproject.eu/system/files/RELIGARE-%20Summary%20Report_0.pdf) [07.03.2016]. Em alguns Estados europeus, como a Alemanha, os centros de formação de magistrados já ministram cursos breves destinados a promover a sensibilidade cultural dos juizes, mas – diz-nos Mathias Rohe – muito mais poderia ser

têm como objeto precisamente o modo como os tribunais lidam com a diferença cultural, sobretudo a diferença trazida para as sociedades ocidentais pela imigração de grande escala ocorrida no pós-segunda grande guerra<sup>10</sup>. Pense-se, por exemplo, nas discussões mantidas a respeito da “jurisprudência multicultural” e da *cultural defense*<sup>11</sup> ou a respeito da incorporação de institutos jurídicos islâmicos na jurisprudência de tribunais estaduais, por via da operação de normas de Direito Internacional Privado ou da interpretação de normas da *lex fori* relativas a direitos fundamentais<sup>12</sup>. Fatores culturais têm sido invocados nos mais variados tipos de disputas judiciais, incluindo questões laborais (horário de trabalho, vestuário), penais (homicídio, abuso sexual de criança, rapto), cíveis (casamento, divórcio, regulação do poder paternal, responsabilidade civil) e administrativas (exumação de cadáver, concessão de asilo)<sup>13</sup>.

Como observam Roger Ballard *et al.*, a diferença cultural – e o pluralismo jurídico que frequentemente lhe anda associado – confronta os tribunais com problemas, exigências e argumentos novos, o que os obriga a interpretar os quadros normativos existentes com novos olhos, questionando/revendo princípios estruturantes das ordens jurídicas ocidentais como a igualdade perante a lei e a separação entre Direito e religião<sup>14</sup>. Os estudos feitos até ao momento dão conta

---

feito neste domínio. Cf. MATHIAS ROHE, “Alternative dispute resolution in Europe under the auspices of religious norms”, RELIGARE Working Paper n.º 6, 2011, pp. 4 e 9. O mesmo se passa em Portugal, com o Centro de Estudos Judiciários, que inclui nos seus programas de formação contínua sessões destinadas a promover a sensibilidade de juizes e delegados do Ministério Público na sua interação com as comunidades ciganas. No Reino Unido, o Judicial College, que supervisiona a formação dos juizes, publica periodicamente um manual de boas práticas intitulado *Equal Treatment Bench Book*, onde é possível encontrar informações sobre diferentes crenças e práticas religiosas (desde a fé Bahá’i até ao Zoroastrismo) e indicações sobre a arte de julgar (*judgcraft*), incluindo a necessidade de os juizes estarem bem informados sobre as culturas, as crenças e as desvantagens alheias e bem cientes dos preconceitos próprios. A edição mais recente do *Equal Treatment Bench Book*, de 2013, revista em 2015 (com a adição de secções sobre hinduísmo e secularismo), pode ser consultada em <https://www.judiciary.gov.uk/publications/equal-treatment-bench-book/> [15.05.2016].

<sup>10</sup> Cf. ROGER BALLARD *et al.*, “Legal practice and cultural diversity: Introduction”, in Ralph Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, reimp., Farnham, Ashgate, 2011, p. 1.

<sup>11</sup> Cf. MARIE-CLAIRE FOBLETS e ALISON DUNDES RENTELN (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2009.

<sup>12</sup> Cf. ANDREA BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and Its Limits in European Family Laws*, Farnham, Ashgate, 2011; ELISA GIUNCHI (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Londres, Routledge, 2014; PATRÍCIA JERÓNIMO, “Intolerância, integração e acomodação jurídica das minorias islâmicas na Europa: Os desafios postos à prática judicial”, in Paulo Pulido Adragão (org.), *Atas do II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa* (no prelo).

<sup>13</sup> Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “Making room for culture in the court”, in *The Judges’ Journal*, vol. 49, n.º 2, 2010.

<sup>14</sup> Cf. ROGER BALLARD *et al.*, “Cultural diversity: Challenge and accommodation”, in Ralph Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, reimp., Farnham, Ashgate, 2011, pp. 10-11.

de uma jurisprudência algo errática, oscilante entre leituras formalistas e leituras substantivas do princípio da igualdade, com grandes variações entre ordens jurídicas, mas também dentro de uma mesma ordem jurídica. Os direitos humanos figuram aqui, não raro, como uma “arma paradoxal” – para continuarmos a acompanhar Ballard *et al.* –, na medida em que tanto são invocados para justificar a admissibilidade da informação cultural em juízo e a sua relevância para a decisão final, como para rejeitar liminarmente uma tal possibilidade<sup>15</sup>.

Neste texto, em que pretendemos sobretudo fazer um breve ponto de situação do estado da arte, começaremos precisamente por procurar traçar a relação entre direitos humanos e cultura (1), para depois nos determos sucessivamente nas questões da admissibilidade de informação cultural em juízo (2) e da relevância a atribuir à informação cultural nas tomadas de decisão pelos tribunais (3), finalizando com a análise e discussão de alguns exemplos concretos (4).

## 1. Direitos humanos e cultura

Como já tivemos oportunidade de observar noutra sede<sup>16</sup>, convocando as lições da Antropologia, o ser humano é um ser *situado*, que se vê e compreende pelos olhos que lhe são dados pelo quadro de referentes culturais em que cresce e vive<sup>17</sup>, ao ponto de mesmo as mais elementares entre as necessidades comumente sentidas pelos seres humanos conhecerem variações consoante os universos significativos por eles habitados<sup>18</sup>. É pela inserção numa comunidade, pela aprendizagem do seu idioma e pela participação na vida coletiva, que o ser humano forma a sua personalidade e ganha humanidade<sup>19</sup>. É desta pertença que resulta a consciência que o ser humano tem de si próprio, do seu lugar no mundo e do seu relacionamento com os outros. É em diálogo com os outros, no quadro de formas de vida intersubjectivamente partilhadas<sup>20</sup>, que os indivíduos definem

<sup>15</sup> Cf. ROGER BALLARD *et al.*, “Legal practice and cultural diversity: Introduction”, *op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>16</sup> Esta secção reproduz, em larga medida, as considerações tecidas no nosso artigo “Direito Público e Ciências Sociais: O contributo da Antropologia para uma densificação «culturalista» dos direitos fundamentais”, citado *supra*, na nota n.º 3.

<sup>17</sup> Cf. RUTH BENEDICT, *El Hombre y la Cultura*, Barcelona, Edhasa, 1989, p. 15.

<sup>18</sup> Porque as pessoas não se limitam a ter necessidades, têm ideias sobre essas necessidades. Cf. MICHAEL WALZER, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Oxford, Blackwell, 1994, pp. 65-66.

<sup>19</sup> Cf. ALAN J. M. MILNE, *Human Rights and Human Diversity: An Essay in the Philosophy of Human Rights*, Albany, State University of New York Press, 1986, p. 4.

<sup>20</sup> Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur Politischen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1996, trad. ing. de Ciaran Cronin, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Cambridge, The MIT Press, 1998, p. 139.

a sua identidade<sup>21</sup>. Ainda que possamos falar de uma natureza humana, não podemos pretender que ela se realiza numa qualquer humanidade abstrata. O ser humano realiza a sua natureza no seio de culturas<sup>22</sup>.

O reconhecimento da importância da cultura para a conformação das identidades individuais e coletivas não tem, no entanto, que implicar um qualquer fatalismo cultural. As culturas são dinâmicas<sup>23</sup>, admitem contradições internas e influências externas e evoluem sob o impacto da contestação que lhes é movida pelos seus membros. Sendo natural que as pessoas prefiram os valores culturais que lhes são transmitidos nos seus primeiros anos de vida, por norma no seio da família, isso não significa que elas sejam cativas desses valores, que não possam questioná-los e combatê-los, que não possam, por opção ou necessidade, adotar valores culturais alheios. O cosmopolitismo e o hibridismo cultural<sup>24</sup> das nossas sociedades atestam isso mesmo.

Ainda assim, a cultura em que crescemos tem grande influência sobre aquilo que somos e sobre o modo como pensamos o nosso lugar no mundo. Podemos viajar, aprender línguas estrangeiras, integrar-nos em sociedades diferentes da do nosso país de origem, e, no entanto, continuar a observar e a valorar o que nos rodeia por referência às lições que aprendemos com os nossos pais e avós. Como explica Rainer Bauböck, a socialização primária levada a cabo junto da família dificilmente é desfeita pela adaptação dos indivíduos a padrões culturais alheios<sup>25</sup>. Essa adaptação, exigida pelos Estados ocidentais aos seus imigrantes, é, sem dúvida, possível, mas não é conseguida sem sacrifício<sup>26</sup> e depende, em boa medida, da abertura manifestada pelas sociedades de acolhimento<sup>27</sup>. De qualquer modo, mesmo onde os obstáculos à integração sejam menores, é de prever que os indivíduos desejem preservar alguns dos seus traços culturais

---

<sup>21</sup> Identidade entendida como aquilo que nós somos, de onde nós provimos, o ambiente no qual os nossos gostos, desejos, opiniões e aspirações fazem sentido. Cf. CHARLES TAYLOR, “A política de reconhecimento”, in Charles Taylor *et al.*, *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, trad. port. de Marta Machado, *Multiculturalismo*, Lisboa, Instituto Piaget, 1998, pp. 52-54.

<sup>22</sup> Cf. ALAN J. M. MILNE, *Human Rights and Human Diversity...*, *op. cit.*, p. 4; RHODA E. HOWARD, *Human Rights and the Search for Community*, Colorado, Westview Press, 1995, p. 15.

<sup>23</sup> Cf. RHODA E. HOWARD, *Human Rights and the Search for Community*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>24</sup> Cf. DOMINIC MCGOLDRICK, “Multiculturalism and its discontents”, in *Human Rights Law Review*, vol. 5, n.º 1, p. 31.

<sup>25</sup> Cf. RAINER BAUBÖCK, “Social and cultural integration in civil society”, RUSEL Working Paper n.º 23, 1996, disponível em <http://socialsciences.exeter.ac.uk/politics/research/rusel/rusel23.pdf> [26.01.2011].

<sup>26</sup> Cf. WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, 5.ª reimp., Oxford, Clarendon Press, 2003, p. 85.

<sup>27</sup> Cf. RAINER BAUBÖCK, “Social and cultural integration in civil society”, *op. cit.*

específicos<sup>28</sup>. Os meios de comunicação e de transporte hoje disponíveis permitem, aliás, que a maioria dos imigrantes viva de modo transnacional, mantendo simultaneamente redes familiares, sociais e profissionais nos países de residência, nos países de origem e junto de diásporas internacionais um pouco por todo o mundo<sup>29</sup>, o que potencia simultaneamente a formação de identidades híbridas e a manutenção de referentes culturais próprios.

Dir-se-á que, em Estados de Direito comprometidos com o respeito pela dignidade da pessoa humana, uma cabal proteção dos indivíduos requer que protejamos também os contextos culturais em que estes alicerçam a sua identidade, garantindo-lhes o acesso a relações interpessoais, redes sociais e formas de vida cultural próprias<sup>30</sup>. É possível encontrar ecos desta ideia em alguns instrumentos internacionais de direitos humanos, ainda que estes não nos autorizem propriamente a falar num incontroverso “direito à cultura”, como veremos. O artigo 27.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966<sup>31</sup>, que continua a ser a única norma de carácter jurídico vinculativo com alcance global sobre esta matéria, estatui que, “[n]os Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua”. No contexto europeu, o artigo 5.º, n.º 1, da Convenção Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais, adotada no âmbito do Conselho da Europa, em 1995<sup>32</sup>, impõe aos Estados Parte que promovam “as condições adequadas a permitir às pessoas pertencentes a minorias nacionais a conservação e o desenvolvimento da sua cultura, bem como a preservação dos elementos essenciais da sua identidade, que são a sua religião, a sua língua, as suas tradições e o seu património cultural”.

Um e outro preceitos ficam aquém do reconhecimento explícito de um “direito à cultura”<sup>33</sup>, o que não surpreende se tivermos presente a habitual relu-

<sup>28</sup> Cf. WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, *op. cit.*, pp. 85-86.

<sup>29</sup> Cf. ROGER BALLARD *et al.*, “Cultural diversity: Challenge and accommodation”, *op. cit.*, p. 9; J. BOWEN, “Multiple adaptations: Islam in three worlds”, in AAVV, *Islam & Europe: Challenges and Opportunities*, Leuven, Leuven University Press, 2008, pp. 22-23.

<sup>30</sup> “Hence, also from a legal point of view, individual persons can be protected only by *simultaneously* protecting the context in which their formation processes unfold, that is, only by assuring themselves access to supportive interpersonal relations, social networks, and cultural forms of life”. Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen...*, *op. cit.*, p. 139 (itálico no original).

<sup>31</sup> Aprovado para ratificação por Portugal pela Lei n.º 29/78, de 12 de junho.

<sup>32</sup> Aprovada para ratificação por Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 42/2001, de 25 de junho.

<sup>33</sup> Ainda que o artigo 5.º, n.º 1, surja, na Convenção Quadro, ao lado de preceitos que reconhecem explicitamente direitos subjetivos. É o que se passa com o artigo 3.º, n.º 1, nos termos do qual



tância com que os Estados encaram a assunção de compromissos internacionais em matéria de proteção de direitos das minorias<sup>34</sup>. A formulação enviesada do artigo 27.º do Pacto foi objeto de críticas nos meios académicos<sup>35</sup> e suscitou dúvidas aos Estados Parte, que, nas suas comunicações e relatórios ao Comité dos Direitos do Homem das Nações Unidas, revelaram estar a interpretar o artigo 27.º como mero correlato de outras disposições do Pacto, incluindo o artigo 1.º, onde se consagra o direito dos povos à autodeterminação, e o artigo 26.º, onde se consagra o direito à igualdade perante a lei. No seu Comentário Geral n.º 23, de 1994, sobre os “os direitos das minorias”, o Comité afirmou considerar que o artigo 27.º estabelece e reconhece um direito distinto dos demais direitos consagrados no Pacto e que este direito se soma aos direitos que o Pacto reconhece aos indivíduos pertencentes a grupos minoritários enquanto seres humanos<sup>36</sup>. Esta posição do Comité é interpretada por alguns autores como significando o reconhecimento de um “direito à cultura”<sup>37</sup>, mas não nos parece que este otimis-

---

“[q]ualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional tem o direito de escolher livremente ser, ou não, tratada nessa qualidade, nenhum prejuízo podendo resultar dessa escolha ou do exercício dos direitos que dela decorram”. E com o artigo 3.º, n.º 2, segundo o qual “[a]s pessoas pertencentes a minorias nacionais podem exercer, individualmente ou em comum com outras, os direitos e as liberdades decorrentes dos princípios enunciados na presente Convenção Quadro”.

<sup>34</sup> Uma relutância sobejamente demonstrada pelas reservas e declarações interpretativas apostas aos instrumentos de ratificação do Pacto e da Convenção Quadro, a respeito da definição de *minority*, bem como pela oposição dos Estados membros do Conselho da Europa à adoção de um instrumento sobre direitos das minorias sob a forma de protocolo adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direitos das minorias”, in Jorge Bacelar Gouveia (dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 379-380; IDEM, “Direito Público e Ciências Sociais...”, *op. cit.*, pp. 352-353; IDEM, “Minorias”, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (coords.), *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Lisboa, Quid Juris, 2013, pp. 247-248.

<sup>35</sup> Cf. PATRICK THORNBERRY, “International and European standards on minority rights”, in Hugh Miall (ed.), *Minority Rights in Europe: The Scope for a Transnational Regime*, Londres, Pinter Publishers, 1994. Formulação direta – mas sem força jurídica vinculativa – foi a adotada pela Declaração da Assembleia-Geral das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992, em cujo artigo 2.º, n.º 1, pode ler-se: “Persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities [have] the right to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, and to use their own language, in private and in public, freely and without interference or any form of discrimination”. *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, A/RES/47/135, de 18 de dezembro de 1992, disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/47/a47r135.htm> [11.11.2016].

<sup>36</sup> “The Committee observes that this article establishes and recognizes a right which is conferred on individuals belonging to minority groups and which is distinct from, and additional to, all the other rights which, as individuals in common with everyone else, they are already entitled to enjoy under the Covenant”. *General Comment n.º 23: The rights of minorities (Art. 27)*, de 8 de abril de 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, disponível em <http://www.refworld.org/docid/453883fc0.html> [11.11.2016].

<sup>37</sup> Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, in Marie-Claire

mo seja inteiramente justificado, atento o carácter não vinculativo das pronúncias do Comité e das conhecidas reservas dos Estados ao reconhecimento de direitos às minorias. Dificilmente o artigo 27.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos pode sustentar, só por si, um direito individual a viver de acordo com a respetiva identidade cultural minoritária ou, como pretende Alison Dundes Renteln, a fazer valer argumentos culturais em tribunal<sup>38</sup>.

Seja como for, não é indispensável o reconhecimento explícito de um direito à cultura – ou de “direitos de diferença” – para proteger o interesse dos indivíduos pertencentes a minorias étnicas, religiosas ou linguísticas em “ter a sua própria vida cultural”, ainda que uma tal explicitação fosse certamente benéfica de um ponto de vista da segurança jurídica. A proteção daquele interesse é possível mediante a mobilização de outros valores e direitos há muito sedimentados nas tradições jurídicas ocidentais, como são a autonomia individual e a igualdade, o direito ao desenvolvimento da personalidade, a liberdade de religião ou crença, o direito à proteção contra tratamentos discriminatórios, *etc.* Trata-se, afinal, de proteger a liberdade dos indivíduos de prosseguirem as suas vidas de acordo com os valores em que acreditam e com o que consideram ser uma vida boa<sup>39</sup>. E também de assegurar a igualdade entre os membros dos grupos culturais minoritários e os membros da cultura dominante, uma vez que os Estados, apesar da sua pretendida neutralidade<sup>40</sup>, são sempre culturalmente comprometidos e, por norma, conferem carácter oficial unicamente aos valores caros à maioria<sup>41</sup>. As reivindicações de proteção da diferença cultural não significam um abandono das reivindicações de tratamento igual e de proteção contra a discriminação fundada em fatores como a raça, a origem étnica, a cor de pele ou a religião. Um e outro tipo de reivindicações são complementares, não mutuamente exclusivos. Como ensina Boaventura de Sousa Santos, uma genuína igualdade exige que tenhamos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferiorize

---

Foblets e Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 62-63.

<sup>38</sup> Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 63.

<sup>39</sup> Cf. MALEIHA MALIK, *Minority Legal Orders in the UK: Minorities, Pluralism and the Law*, Londres, The British Academy, 2012, pp. 4, 11 e 20; ANDREA BÜCHLER, *Islamic Law in Europe?...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>40</sup> Cf. BRUCE A. ACKERMAN, “What is neutral about neutrality?”, in *Ethics*, 1983, p. 372; ANALISA VERZA, *La Neutralità Impossibile: Uno Studio sulle Teorie Liberali Contemporanee*, Milão, Giuffrè Editore, 2000, pp. 215-220.

<sup>41</sup> Como nota Jürgen Habermas, em matérias culturalmente sensíveis como a língua oficial, os *curricula* no ensino público, o estatuto das comunidades religiosas e as normas de Direito Penal, a regra tem sido a da imposição pela cultura maioritária politicamente dominante da sua específica auto-compreensão ético-política, o que frustra a efetiva igualdade de direitos dos indivíduos com outros referentes culturais e potencia o conflito. Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen...*, *op. cit.*, pp. 144-145. Em idêntico sentido, cf. WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, *op. cit.*, p. 113.

e que tenhamos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracterize<sup>42</sup>.

Compreende-se, por isso, que seja sobretudo por referência ao princípio da igualdade que tem vindo a defender-se na doutrina a admissibilidade de informação cultural em juízo e a relevância desta informação para a decisão dos casos concretos, como veremos na exposição que se segue.

## **2. Admissibilidade de informação cultural em juízo**

À primeira vista, a questão da admissibilidade de informação cultural em juízo não parece oferecer dificuldades de maior. Atento o que ficou dito sobre a influência que os referentes culturais podem exercer sobre os comportamentos dos indivíduos, é de esperar que os tribunais sejam sensíveis à importância que a informação cultural pode assumir para compreender o contexto em que esses comportamentos têm lugar<sup>43</sup>. Esta observação vale tanto para a apreciação de comportamentos que configuram ilícitos penais, como para a apreciação da dimensão dos danos sofridos em casos de responsabilidade civil por factos ilícitos, ou para a determinação do interesse superior da criança em processos de promoção e proteção de menores, por exemplo. Uma justiça individualizada – atenta às específicas necessidades de cada caso concreto – requer que os tribunais considerem as circunstâncias dos indivíduos em litígio e os valores culturais em que estes indivíduos se reveem fazer parte dessas circunstâncias. Como observa Alison Dundes Renteln, negar aos indivíduos pertencentes a minorias a oportunidade de explicar os motivos culturais que presidiram aos seus atos ou que fundamentam os pedidos que fazem perante o tribunal implicaria um prejuízo para direitos fundamentais reconhecidos a todos pelos nossos sistemas jurídicos, como o direito de acesso à justiça e o direito à igualdade perante a lei, podendo conduzir à denegação de justiça em muitos casos concretos<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *A Gramática do Tempo: Para uma Nova Cultura Política*, Lisboa, Edições Afrontamento, 2006, p. 290. Daí que, por exemplo, a Convenção Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais comece por consagrar o princípio da igualdade perante a lei e o direito de qualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional a uma igual protecção da lei (artigo 4.º, n.º 1), para além de incluir várias disposições antidiscriminação ao longo do seu texto (artigos 6.º, 9.º, n.os 1 e 2, e 12.º, n.º 3).

<sup>43</sup> Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, pp. 64-65. Cf., igualmente, AUGUSTO SILVA DIAS, “Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural: O chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, 2.º fasc., 1996, pp. 230-231.

<sup>44</sup> Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, pp. 61-62. Cf., igualmente, MANUELA IVONE CUNHA e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Das leis, dos tribunais

O que se passa é que, quando os valores ou práticas culturais invocados são desconhecidos dos juizes, algo que ocorre com crescente frequência, os tribunais deparam-se com a questão de saber como confirmar as alegações feitas em juízo a respeito desses valores e dessas práticas. Uma forma de superar esta dificuldade seria a de mobilizar o testemunho de peritos (antropólogos, líderes religiosos, representantes da comunidade em causa, *etc.*), mas – diz-nos Renteln – muitos juizes recusam a produção deste tipo de prova, reputando-a de irrelevante, o que a autora explica como resultado da falta de familiaridade dos juizes com dados etnográficos e outros instrumentos de análise cultural e do receio muito comum de que advogados com excesso de zelo invoquem argumentos culturais absurdos para defenderem os interesses dos seus constituintes<sup>45</sup>. Ninguém contesta, no entanto, a necessidade de os tribunais disporem de mecanismos que lhes permitam verificar a autenticidade dos argumentos culturais invocados e evitar abusos. Em resposta a esta preocupação, Renteln propõe que os tribunais submetam os argumentos culturais invocados *sub judice* ao triplo teste de saber se o indivíduo pertence ao grupo étnico/cultural a que afirma pertencer; se o grupo em causa tem efetivamente a tradição invocada; e se o indivíduo agiu sob a influência dessa tradição<sup>46</sup>.

---

e das diferenças culturais”, in Manuela Ivone Cunha (org.), *Do Crime e do Castigo: Temas e Debates Contemporâneos*, Lisboa, Mundos Sociais, 2015, pp. 3-17.

<sup>45</sup> “Judges unfamiliar with the folkways of various groups frequently exclude the [cultural] evidence because they consider it irrelevant. [Because] they may have an intuition that over-zealous attorneys will raise absurd cultural defenses, judges may be inclined to reject the defense altogether. This is unfortunate because there are legitimate cases in which courts cannot comprehend what has transpired without the benefit of evidence about the cultural context in which the acts occurred”. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 68 (interpolação nossa). Mais adiante no mesmo texto, a autora contempla, em contrapartida, a possibilidade de os juizes não quererem questionar a veracidade dos argumentos culturais invocados pelas partes por receio de parecerem culturalmente insensíveis ou até racistas (p. 73). Seja como for, o desconforto dos tribunais no tratamento de “questões culturais” é manifesto. Cf., igualmente, ALISON DUNDES RENTELN e MARIE-CLAIRE FOBLETS, “Introduction”, in Marie-Claire Foblets e Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2009, p. 1.

<sup>46</sup> “To minimize potential misuse of the defense, were it to be put into practice, I have proposed a cultural defense test that courts could use to help avoid abuse. Courts applying it would have to consider three basic queries: 1) Is the litigant a member of the ethnic group? 2) Does the group have such a tradition? 3) Was the litigant influenced by the tradition when he or she acted? If courts are careful to insist upon answers to the questions posed here, this should help reduce the number of false claims and discourage illegitimate use of the defense”. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 64.

Resta saber, claro está, como provar (a) a pertença de um indivíduo a um dado grupo étnico ou minoria cultural, (b) o preciso conteúdo dos referentes culturais desse grupo e (c) a influência exercida por esses referentes culturais sobre os concretos comportamentos ou pedidos *sub judice*, de modo a, por exemplo, traçar a fronteira entre crimes motivados por razões culturais e crimes “normais” praticados por membros de minorias culturais ou étnicas.

Considere-se, desde logo, que pode revelar-se muito difícil determinar o grupo étnico ou cultural a que um indivíduo pertence, atenta a profusão de identidades híbridas, sobretudo em contextos de imigração. Como observa Jeroen van Broeck, se um indivíduo é filho ou neto de imigrantes, não é claro que ele pertença à cultura tradicional dos seus pais e avós, do mesmo modo que não é claro que esteja inteiramente aculturado à sociedade de acolhimento, podendo admitir-se uma identidade intermédia – uma “cultura de imigração” – que combina valores da cultura tradicional do país de origem com valores da sociedade de acolhimento<sup>47</sup>. Uma forma de lidar com estas dúvidas pode ser a de confiar na autoidentificação dos indivíduos, o que estaria em linha com o disposto no artigo 3.º, n.º 1, da Convenção Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais, nos termos do qual qualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional tem o direito de escolher livremente ser, ou não, tratada nessa qualidade. Para evitar abusos<sup>48</sup>, esta confiança na autoidentificação dos indivíduos haverá necessariamente de ser combinada com o estudo de cada caso individual, com atenção ao ambiente cultural em que os indivíduos vivem e a fatores como a força dos laços mantidos com o grupo, os comportamentos adotados, os valores professados, *etc.*<sup>49</sup>.

Igualmente difícil se afigura provar em juízo o conteúdo das tradições próprias de uma dada cultura, sobretudo quando existe desacordo no seio da comunidade sobre a manutenção de certas regras ou práticas (o que é muito comum) e quando existem diferentes versões da tradição tidas como igualmente legítimas, como acontece com a Lei islâmica (*Sharia*), cuja interpretação não é uniforme no mundo muçulmano, variando consoante a escola de jurisprudên-

---

<sup>47</sup> “[Deciding] to which cultural group an offender, who is a second or third generation immigrant, belongs, can be a problem. Is he or she a member of the traditional culture of his or her parents, or can one argue that he or she is completely acculturated into the culture of the host-society? Or, which is a third possible solution, is this person influenced by, and a member of what one could call a «migration culture», still sharing some values of his traditional culture but also integrating some of those of the host society?”. Cf. JEROEN VAN BROECK, “Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offenses)”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9, n.º 1, 2001, p. 9.

<sup>48</sup> Como a afirmação de pertença à comunidade Sikh para justificar o porte de punhal em espaços públicos ou de pertença à comunidade Rastafári para justificar a posse de marijuana, por exemplo. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 70.

<sup>49</sup> Cf. JEROEN VAN BROECK, “Cultural defense and culturally motivated crimes...”, *op. cit.*, p. 9.

cia islâmica seguida<sup>50</sup> e o país de origem dos indivíduos<sup>51</sup>. Importa também ter presente o fosso frequentemente existente, nos países de origem dos imigrantes, entre o Direito codificado e a prática judicial<sup>52</sup> e entre o Direito estadual e os valores e práticas culturais seguidos pelas populações. Assim sendo, os referentes culturais invocados em juízo não têm de ser considerados inexistentes simplesmente por não corresponderem ao Direito em vigor no Estado de que o indivíduo (ou os seus ascendentes) é originário, já que, não raro, a lei estadual proíbe práticas que são aceites e até recomendadas por alguns grupos culturais, como acontece, por exemplo, com o homicídio da mulher adúltera pelo marido, algo que é criminalizado pela lei egípcia, mas admitido pelos costumes<sup>53</sup>, e com o suicídio de pais em conjunto com os filhos (*oyaku-shinju*), que é proibido pela lei japonesa, mas que ocorre frequentemente e é, de um modo geral, compreendido no Japão<sup>54</sup>. Também é necessário não perder de vista que a cultura é dinâmica e que as tradições evoluem, o que implica que o conhecimento de uma dada tradição cultural continue a ser relevante para a apreciação do caso *sub judice* mesmo que a tradição não tenha sido seguida nos exatos termos em que vigora no país de origem ou que esteja a ser objeto de contestação nesse país<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Escolas Hanafita, Malikita, Shafita e Hanbalita, no Islão sunita; escolas Zaidita e Jafarita, no Islão xiita. Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, *op. cit.*, pp. 155-177.

<sup>51</sup> Cf. ELISA GIUNCHI, “Muslim family law and legal practice in the West: An introduction”, in Elisa Giunchi (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Londres/Nova Iorque, Routledge, 2014, p. 5.

<sup>52</sup> É o que se passa designadamente com os Estados de maioria muçulmana, em que existe um fosso muito grande entre o Direito codificado e a prática judicial, bem como entre a interpretação oficial da Lei islâmica e o modo como esta é vivida, percebida e aplicada na prática. O desconhecimento deste fosso tem levado juízes europeus a interpretar o Direito em vigor nesses Estados de forma mais conservadora e literal do que a adotada na prática judicial desses mesmos Estados. As alterações jurídicas mais inovadoras que tiveram lugar no mundo muçulmano nas últimas décadas foram operadas pelos tribunais, mas, na maioria dos casos, estas decisões inovadoras não são conhecidas pelos juízes ocidentais, que se limitam a consultar os jornais oficiais. Por exemplo, juízes britânicos têm entendido que um *talaq* proferido no Paquistão que não seja notificado às autoridades paquistanesas nos termos definidos por lei não é válido, ao passo que os tribunais paquistaneses, para protegerem as mulheres repudiadas de eventual responsabilidade penal pelo crime de fornicção, têm considerado que a notificação do *talaq* é irrelevante para a determinação da existência do vínculo conjugal, dando precedência ao Direito islâmico não codificado sobre o Direito estadual de origem humana. Cf. ELISA GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, pp. 9-11.

<sup>53</sup> Cf. JEROEN VAN BROECK, “Cultural defense and culturally motivated crimes...”, *op. cit.*, p. 7.

<sup>54</sup> Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “Making room for culture in the court”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>55</sup> Alison Dundes Renteln parece, no entanto, aceitar que a circunstância de uma dada tradição ter sido inteiramente abandonada no país de origem pode justificar que o tribunal se recuse a considerá-la. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, pp. 79-80.

As dificuldades verificadas na determinação do conteúdo dos valores e tradições culturais invocados em juízo relacionam-se, entretanto, com um risco não negligenciável comumente associado à *cultural defense*, que é o de contribuir para reificar a cultura e reforçar estereótipos, através de generalizações apressadas sobre valores e práticas tidos por característicos de uma dada comunidade<sup>56</sup>. Como observa Renteln, é necessário que a questão cultural seja tratada com sensibilidade, de modo a que a pronúncia do tribunal não veicule a ideia errada de que, porque um indivíduo seguiu uma determinada tradição, todos os indivíduos pertencentes à mesma comunidade se comportam da mesma maneira (algo que é especialmente relevante no domínio do processo penal). A autora recomenda, por isso, que os envolvidos em processos deste tipo – juizes, procuradores, advogados e também jornalistas responsáveis pela cobertura noticiosa – se esforcem por deixar muito claro que a tradição invocada em juízo é apenas um aspeto de uma cultura mais vasta e que o facto de ser seguida por alguns membros do grupo não significa que seja seguida por todos<sup>57</sup>. Esta recomendação faz todo o sentido, mas é previsível que esbarre continuamente no interesse de muitos advogados de defesa em apresentar visões fatalistas e homogéneas das identidades culturais dos seus constituintes e na propensão dos meios de comunicação social para a caricatura e o alarmismo.

Na determinação do conteúdo dos valores e tradições culturais invocados em juízo, os tribunais podem socorrer-se do testemunho especializado de indivíduos que conheçam as comunidades em causa, ainda que, como vimos *supra*, muitas vezes os juizes optem por não o fazer, com o argumento de a que informação cultural que estes poderiam trazer ao processo é irrelevante. A mobilização desta prova pericial é recomendada na doutrina, mas também não é isenta de dificuldades, já que não é certo que deva privilegiar-se o testemunho de académicos (antropólogos, desde logo) em detrimento do testemunho de representantes das comunidades cujas tradições estão em causa. A opção pelos primeiros pode ser considerada insultuosa pelos membros da comunidade visada, que se veem como os verdadeiros especialistas nas suas tradições, ao passo que a opção pelos segundos representa o risco de o tribunal receber uma leitura deliberadamente deturpada da tradição (pelo interesse do perito em ajudar o vizinho ou conhecido) ou de receber uma leitura da tradição que não é representativa do que se passa no grupo. Nada impede, no entanto, que o tribunal ouça testemunhos de ambos os tipos. O que importa – diz-nos Renteln – é que a informação cultural esteja disponível<sup>58</sup>. Uma experiência muito interessante, neste domínio,

---

<sup>56</sup> Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, pp. 79-80; MANUELA IVONE CUNHA e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Das leis, dos tribunais e das diferenças culturais”, *op. cit.*, pp. 12-14 e 17.

<sup>57</sup> Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 80.

<sup>58</sup> Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 81.

é a colaboração iniciada na década de 1990 entre o Laboratório de Antropologia Jurídica da Sorbonne<sup>59</sup> e o Tribunal de Menores de Paris, no âmbito da qual antropólogos conhecedores das tradições das comunidades estrangeiras e também da organização judiciária francesa atuam como mediadores interculturais, assistindo os magistrados na compreensão dos quadros de referentes em que se inscrevem práticas tradicionais dissonantes com os valores da República<sup>60</sup>.

### **3. Ponderação da informação cultural na decisão dos casos concretos**

Admitir a apresentação de informação cultural em juízo não é o mesmo que defender uma deferência incondicional por parte dos tribunais às razões de cultura, como Alison Dundes Renteln faz questão de sublinhar<sup>61</sup>. É aos juízes que cabe apreciar a prova cultural produzida e determinar, em concreto, qual o peso dos fatores culturais para a decisão do caso. Esse peso tanto pode ser muito elevado como nulo e, onde seja reconhecido pelo tribunal, tanto pode conduzir a decisões favoráveis como a decisões desfavoráveis às pretensões de quem invoca argumentos culturais. Pense-se, por exemplo, no modo como, na jurisprudência de tribunais alemães e holandeses, o argumento cultural da “defesa da honra” tem servido para mitigar, mas também, mais recentemente, sobretudo para agravar as penas de prisão cominadas para crimes de homicídio<sup>62</sup>.

No texto de Renteln que temos vindo a acompanhar, a autora afirma, em mais do que uma ocasião, que o sentido da sua argumentação é apenas o de

---

<sup>59</sup> Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Cf. informação disponível em <http://www.univ-paris1.fr/centres-de-recherche/lajp/> [28.05.2011].

<sup>60</sup> Sobre a intermediação cultural levada a cabo pelo Laboratório de Antropologia Jurídica de Paris junto do Tribunal de Menores desta cidade, cf. CAMILLE KUYU, “L’intermédiation culturelle au Tribunal pour Enfants de Paris: La justice française entre les frontières institutionnelles et la perception du «monde réel africain»”, in *Politique Africaine*, n.º 71, 1998, pp. 164-172; JACKIE B. LOTETKA-KALALA, “La (re)connaissance des voies négociées: La prise en charge de l’enfant sorcier en assistance éducative au Tribunal pour Enfants”, in *Droit et Cultures*, n.º 56, 2008, disponível em <http://droitcultures.revues.org/169> [28.05.2011].

<sup>61</sup> “What effect the cultural evidence should have is a separate question. Judges and juries would have to decide to what extent, if at all, cultural differences should mitigate punishment, make an ethnic group exempt from a policy or increase the size of a damage award”. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 63.

<sup>62</sup> Cf. SYLVIA MAIER, “Honor killings and the cultural defense in Germany”, in Marie-Claire Foblets e Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 229-244; M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference in Dutch criminal law”, in Marie-Claire Foblets e Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 163-167.



defender a admissibilidade de prova cultural em juízo. Isso não a impede, no entanto, de revelar que considera haver situações em que os argumentos culturais não devem ter qualquer peso na decisão dos tribunais. É o que se passa – diz-nos – sempre que as tradições culturais envolvam um prejuízo irreparável para grupos vulneráveis, como mulheres e crianças<sup>63</sup>. Esta posição de Renteln causa-nos alguma perplexidade, atentos os argumentos que a própria autora usa – e com os quais concordamos – para defender a admissibilidade da prova cultural em juízo. Como vimos *supra*, a informação cultural que oferece contexto aos comportamentos *sub judice* é, muitas vezes, crucial para que os tribunais possam ajuizar sobre a medida da culpa, a dimensão do dano, o interesse da criança, *etc.* Mesmo onde essa informação cultural revele tradições lesivas para grupos vulneráveis, a sua consideração continua a ser relevante para uma justiça que se pretende individualizada, ou seja, atenta às específicas circunstâncias e necessidades de cada caso concreto, o que é especialmente importante no domínio do Direito Penal. Subtrair, à partida, algumas tradições da consideração das motivações do agente e do exercício de ponderação de interesses e valores conflitantes que os tribunais fazem em qualquer caso concreto, seja multicultural ou monocultural, contradiz o princípio de uma justiça individualizada e pode representar uma violação do princípio da igualdade.

Considere-se, por exemplo, a recente tendência, entre os operadores judiciais holandeses, para tratar o argumento cultural de defesa da honra como agravante automático em casos de homicídio, o que, como alertam Mirjam Siesling e Jeroen Ten Voorde, implica sérios riscos para os direitos de defesa dos arguidos<sup>64</sup>. Os crimes de honra – apesar de serem uma prática culturalmente fundada que causa prejuízos irreparáveis a membros de um grupo vulnerável – devem ser julgados como qualquer outro crime, assegurando aos arguidos a oportunidade de explicar os motivos pelos quais agiram e respeitando as garan-

---

<sup>63</sup> “I wish to note, at the outset, however, that even if they can authenticate their claims, courts might still wish to reject the cultural defense. *Where cultural traditions involve irreparable harm to vulnerable groups, the defense should not influence the disposition of cases*”. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 64 (itálico nosso); cf. também p. 78. A autora parece ter recuado, entretanto, nesta posição, ainda que os termos em que o fez deixem margem para dúvidas. Num texto de 2014, Renteln afirma: “The notion that the cultural defense is less justifiable in cases involving irreparable harm has merit but should not defeat the claim that individuals are entitled to raise a cultural defense. [If] individuals kill someone and claim to have been motivated by honor or other cultural considerations, I would still allow the defendants to present evidence related to their cultural background, even though I believe defendants should receive full punishment in these cases”. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “What do we have to fear from the cultural defense?”, in Will Kymlicka *et al.* (eds.), *Criminal Law & Cultural Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 183 (interpolação nossa); cf. ainda pp. 194-198.

<sup>64</sup> Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference in Dutch criminal law”, *op. cit.*, pp. 166-169 e 171.

tias de uma justiça individualizada em que a pena não exceda a medida da culpa. Isto não significa a absolvição dos arguidos, nem sequer uma diminuição significativa da medida da pena. Tudo dependerá das concretas circunstâncias do caso, como já referimos. O que interessa sublinhar é que, qualquer que seja o crime em causa e independentemente de quem sejam as suas vítimas<sup>65</sup>, os tribunais não devem ser indiferentes às motivações culturais dos indivíduos quando ajuízam o seu grau de culpa, tal como não são indiferentes a outras motivações “culturalmente neutras” como a condição económica ou a saúde mental<sup>66</sup>. Trata-se, afinal, de respeitar valores há muito aceites na generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais, no domínio do Direito Penal, uma vez que, por lei, os tribunais estão obrigados a atender a todas as circunstâncias que deponham a favor do agente ou contra ele, incluindo “os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram”, para convocarmos a formulação adotada no Código Penal português<sup>67</sup>. A responsabilidade penal deve resultar de um juízo individualizado sobre a culpa do arguido, com base nas suas ações concretas, e não ser determinada pelo eventual interesse do Estado em fazer ver à sociedade em geral a sua repugnância por certas práticas tradicionais<sup>68</sup> ou em

---

<sup>65</sup> O argumento segundo o qual a consideração de fatores culturais na determinação da culpa do arguido é potencialmente discriminatória, por tratar de forma diferente as vítimas dos “crimes culturais” (frequentemente membros de minorias) e as vítimas de crimes “culturalmente neutros”, assenta numa leitura equivocada da justiça penal, que parece desconhecer que as penas cominadas pela prática do mesmo tipo de ilícito são “inevitavelmente variáveis, tanto em casos cuja defesa envolve informação cultural como nos demais”. Cf. MANUELA IVONE CUNHA e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Das leis, dos tribunais e das diferenças culturais”, *op. cit.*, p. 10. Cf. também ALISON DUNDES RENTELN, “What do we have to fear from the cultural defense?”, *op. cit.*, pp. 182-183.

<sup>66</sup> “[Uma] vez que a culpa individual é pré-condição para a legitimidade da punição, ela deve, nesta linha, ser estabelecida de maneira suficientemente densa, a partir de toda a informação relevante necessária para avaliar a pessoa concreta. A este título, a informação «cultural» pode ser considerada tão necessária para o efeito quanto outra. [Não a admitir] pelo facto de [ser] de ordem cultural, ao contrário de aspetos de outra ordem, admitidos para contextualizar atos de outros arguidos, pode resultar em desigualdade de tratamento e numa falsa neutralidade”. Cf. MANUELA IVONE CUNHA e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Das leis, dos tribunais e das diferenças culturais”, *op. cit.*, pp. 8 e 9 (aspas no original, interpolação nossa).

<sup>67</sup> O Código Penal português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, estabelece, no seu artigo 71.º, n.º 2, que, na determinação concreta da pena, o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: *a)* o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; *b)* a intensidade do dolo ou da negligência; *c)* os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; *d)* as condições pessoais do agente e a sua situação económica; *e)* a conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime; *f)* a falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

<sup>68</sup> Como parece estar a acontecer na Alemanha e nos Países Baixos. Cf. M. SIESLING e J. TEN

mostrar o seu empenho na garantia de iguais oportunidades para todos (no acesso ao ensino, por exemplo)<sup>69</sup>.

Estas considerações tecidas a respeito da justiça penal são também oportunas para outros domínios do Direito, como o Direito da Família, o que não deve surpreender-nos atento o caráter altamente individualizado da determinação do interesse superior da criança para efeitos da regulação das responsabilidades parentais ou do estabelecimento de medidas de promoção e proteção, por exemplo. Ayelet Shachar defende, a este respeito, que a cultura deve ser tratada pelos tribunais como um fator *relevante*, ainda que não o único ou sequer o mais importante, para a tomada da decisão final. A atenção aos argumentos culturais justifica-se – explica – como forma de assegurar que os indivíduos em litígio não são privados de direitos reconhecidos à generalidade da população por pertencerem a uma família ou a uma comunidade que segue uma prática ou um sistema de valores diferente do da maioria<sup>70</sup>. O caráter indeterminado do princípio do interesse superior da criança autoriza o tratamento da cultura como uma consideração legítima, mas é necessário que esta figure na decisão do tribunal como uma consideração entre muitas outras. O que se pede aos tribunais é, afinal, que tratem a cultura ou religião dos pais da criança do mesmo modo que tratam qualquer outro fator suscetível de influenciar o ambiente em que a criança vive, ponderando-a em conjunto com considerações de outra ordem<sup>71</sup>. Segundo Shachar, a jurisprudência dos tribunais de família do Canadá ao longo dos últimos 25 anos demonstra que os tribunais estão bem equipados para fazer este exercício de ponderação, numa base estritamente casuística<sup>72</sup>. Diremos que

---

VOORDE, “The paradox of cultural difference in Dutch criminal law”, *op. cit.*, p. 149; SYLVIA MAIER, “Honor killings and the cultural defense in Germany”, *op. cit.*, pp. 240-243.

<sup>69</sup> O lugar próprio para prosseguir essas finalidades de prevenção geral é a produção legislativa. Sobre este ponto, cf. MANUELA IVONE CUNHA e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Das leis, dos tribunais e das diferenças culturais”, *op. cit.*, pp. 5-7.

<sup>70</sup> A autora distingue este uso da cultura como escudo (*shield*) do uso da cultura como arma (*sword*), *i.e.*, quando o uso de argumentos culturais confere a uma das partes em litígio uma vantagem não acessível à contraparte, defendendo que este segundo uso deve ser limitado, especialmente em situações em que a lei geral (a cuja aplicação a parte quer subtrair-se por invocação de argumentos culturais) foi adotada para proteger os interesses das partes mais vulneráveis. Cf. AYELET SHACHAR, “Family matters: Is there room for «culture» in the courtroom?”, in Will Kymlicka *et al.* (eds.), *Criminal Law & Cultural Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 120.

<sup>71</sup> Ayelet Shachar designa esta sua abordagem como *culture-demystifying*, para sublinhar o facto de os argumentos culturais serem postos em perspetiva, desmistificados. Segundo a autora, esta abordagem distingue-se de duas abordagens “absolutistas”, situadas em polos opostos do debate sobre a relevância a reconhecer à cultura nas decisões judiciais – a *culture-blindness*, que recusa qualquer relevância à cultura, e a *culture-override*, que trata a cultura como o único fator ou o fator decisivo em todos os casos. Cf. AYELET SHACHAR, “Family matters: Is there room for «culture» in the courtroom?”, *op. cit.*, pp. 122 e 126-134.

<sup>72</sup> Cf. AYELET SHACHAR, “Family matters: Is there room for «culture» in the courtroom?”, *op. cit.*, p. 133.

o mesmo se verificará provavelmente para os tribunais de família da generalidade dos Estados europeus, ainda que não devamos subestimar as dificuldades, a que aludimos *supra*, decorrentes da impreparação de muitos operadores judiciais para a comunicação intercultural.

#### 4. “Jurisprudência multicultural” – alguns exemplos

A título meramente ilustrativo, terminamos esta exposição com uma breve referência a algumas decisões emblemáticas do que poderemos designar “jurisprudência multicultural”, para abranger casos em que argumentos culturais tenham sido invocados pelas partes em litígio e/ou considerados pelos tribunais nas suas decisões. Da miríade de decisões possíveis, optámos por incluir apenas um pequeno número de decisões que têm sido objeto de análise nas aulas de Direitos Humanos e Diferença Cultural, no Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho.

Começamos pelo acórdão *Friedman v. State of New York*, proferido pelo Court of Claims de Nova Iorque, em 18 de agosto de 1967<sup>73</sup>. Em causa estava o pedido de indemnização por danos morais e materiais sofridos na sequência da queda de Ruth Friedman de um elevador num centro de esqui gerido pelo Estado de Nova Iorque. A queda, de uma altura de cerca de sete metros, ocorreu porque Ruth Friedman tentou sair do elevador quando se apercebeu de que o elevador não iria completar o seu percurso e que teria de passar a noite a sós com um homem (na verdade, o amigo com quem tinha estado durante a tarde). Apesar de ter ficado provado que tinha havido negligência por parte da administração do centro de esqui na colocação de avisos sobre o horário do elevador, *etc.*, seria razoável esperar que o facto de Ruth Friedman se ter colocado de moto próprio na situação de perigo que precipitara a queda fosse visto pelo tribunal como tendo quebrado o nexo de causalidade entre a ação negligente e os danos sofridos na extensão que vieram a ter por causa da queda. O Tribunal não foi dessa opinião, no entanto, tendo condenado o Estado de Nova Iorque ao pagamento de uma indemnização de 35.000,00 dólares, a Ruth Friedman, e de 2.231,53 dólares (o valor das despesas médicas), ao pai de Ruth. No entender do Tribunal, o comportamento de Ruth Friedman fora motivado por histeria e esta era compreensível, não apenas por ser expectável que uma qualquer jovem cidadina de 16 anos de idade reagisse dessa maneira perante a perspectiva de passar a noite suspensa num elevador na montanha, mas também devido ao imperativo

---

<sup>73</sup> *Friedman v. State of N.Y.* 54 Misc.2d 448 (1967), *Ruth Friedman, also Known as Ruth Eider, an Infant, by Her Father Joseph Friedman, et al., Claimants v. State of New York, Defendant* (Claim n.º 42822), Court of Claims, acórdão de 18 de agosto de 1967. O texto do acórdão pode ser consultado em <https://casetext.com/case/friedman-v-state-of-ny> [11.11.2016].

moral (*moral compulsion*) a que Ruth Friedman acreditava estar sujeita, devido à sua religião, de não passar a noite a sós com um homem. O Tribunal ouvira, a pedido dos requerentes, o testemunho pericial do Rabino Herschel Stahl, que conhecia Ruth Friedman e a sua família e que confirmara ao tribunal que Ruth havia sido educada segundo uma interpretação ortodoxa da Lei judaica. No seu depoimento, o Rabino explicou ao Tribunal que a Lei judaica contém um preceito – o *Jichud* – que proíbe em termos absolutos a uma mulher permanecer com um homem num lugar inacessível a uma terceira pessoa e que a violação deste preceito constitui um pecado tremendo, destruidor não apenas da reputação da jovem mulher, mas também da reputação dos seus pais. Segundo a sua opinião, uma jovem educada numa família 100% ortodoxa, como era o caso de Ruth Friedman, poderia chegar ao ponto de se precipitar para a morte para evitar a violação deste preceito. O Tribunal disse-se persuadido de que era possível que um membro 100% ortodoxo da comunidade judaica (como Ruth) fizesse esta interpretação da Lei, apesar de ter resultado da inquirição em audiência de julgamento que esta interpretação poderia não ser secundada por membros das alas liberal e conservadora da comunidade. O Tribunal afirmou que não estava em causa saber se o Rabino Stahl tinha apresentado uma interpretação absolutamente correta da Lei judaica, mas sim se existia uma facção da comunidade judaica que acreditava nessa interpretação e se Ruth Friedman pertencia a esta facção, o que o Tribunal considerou ter sido provado<sup>74</sup>.

Continuando com os “clássicos” da jurisprudência multicultural norte-americana, vale a pena referir o acórdão *Wisconsin v. Yoder*, proferido pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos, em 15 de maio de 1972<sup>75</sup>, pelo modo como o tribunal se deteve na análise dos valores e práticas de uma comunidade minoritária (os Amish) e como confiou na opinião de académicos a respeito do significado e implicações desses valores e práticas. O Supremo fora chamado pelo Estado do Wisconsin a rever uma decisão do Supremo Tribunal desse Estado que havia concluído que a condenação de vários membros da comunidade Amish (por violação da legislação estadual que impunha a escolaridade obrigatória até aos 16 anos de idade) era inválida à luz da Primeira Emenda

---

<sup>74</sup> Refira-se que, em recurso, o Supremo Tribunal de Nova Iorque recusou pronunciar-se sobre este aspeto da decisão recorrida, tendo concluído pela redução do montante indemnizatório fixado em benefício de Ruth Friedman (para 20.000,00 dólares) apenas por considerá-lo excessivo em vista das lesões sustentadas. *Friedman v. State* 31A.D.2d 992 (N.Y. App. Div. 1969), *Ruth Friedman, now Known as Ruth Eider, an Infant, by Joseph Friedman, Her Parent, et al., Respondents v. State of New York, Appellant*, Supreme Court of New York, Appellate Division, Third Department, acórdão de 11 de março de 1969; texto disponível em <https://casetext.com/case/friedman-v-state-11> [11.11.2016].

<sup>75</sup> *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), U.S. Supreme Court, acórdão de 15 de maio de 1972; texto disponível em <https://casetext.com/case/wisconsin-v-yoder> [11.11.2016].

da da Constituição dos Estados Unidos<sup>76</sup>. Os requeridos no processo perante o Supremo Federal haviam impedido os seus filhos, com 14 e 15 anos de idade, de frequentar o ensino formal depois de estes terem completado o oitavo ano de escolaridade, com o argumento de que a frequência do ensino secundário (*high school*) era contrária à religião e ao modo de vida Amish e punha em risco a sua salvação e a dos seus filhos. Em primeira instância, o tribunal havia ficado persuadido da sinceridade das convicções religiosas dos arguidos<sup>77</sup>, mas condenara-os em penas de multa (cinco dólares, cada), uma decisão confirmada em segunda instância, pelo Wisconsin Circuit Court, mas revertida pelo Supremo estadual, como já referido. O Supremo Tribunal Federal confirmou a decisão do Supremo Tribunal do Wisconsin. Na sua fundamentação, o Supremo Tribunal Federal observou que o interesse do Estado na educação universal, ainda que de primeira grandeza, não é absoluto, pelo que não dispensa um exercício de ponderação sempre que conflitue com direitos ou interesses fundamentais como os protegidos pela Primeira Emenda. O Supremo entendeu que o Estado do Wisconsin não fora capaz de demonstrar de forma precisa como é que o seu interesse na educação universal obrigatória saía prejudicado pela abertura de uma exceção para os Amish, tendo presente a diferença mínima entre o que era exigido pelo Estado e o que os Amish já aceitavam, ao passo que os Amish haviam conseguido demonstrar de forma convincente que, atento o seu programa de educação informal, a dispensa de um ou dois anos de educação obrigatória não prejudicaria a saúde física e mental das crianças, nem a sua capacidade para

---

<sup>76</sup> Introduzida em 1791. O texto da emenda é o seguinte: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”. Texto consultado em [https://www.law.cornell.edu/constitution/first\\_amendment](https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment) [11.11.2016].

<sup>77</sup> Os arguidos haviam chamado a depor académicos especialistas nos domínios da religião e da educação, que haviam expressado as suas opiniões sobre a relação entre a posição dos Amish a respeito da frequência do ensino formal e os princípios da sua religião e descrito o impacto que a frequência obrigatória do ensino secundário poderia ter para a sobrevivência da comunidade Amish existente nos Estados Unidos. Os peritos haviam reconstituído a história da seita Amish, desde as suas origens no século XVI, com os anabatistas suíços, para explicar a centralidade, na fé Amish, do princípio segundo o qual a salvação depende de uma vida em comunidade à parte do mundo e de influências mundanas. Entre outras observações, os peritos haviam sustentado que o ensino formal para além do oitavo ano contrariava as crenças Amish, não apenas por colocar as crianças Amish num ambiente hostil às suas convicções, centrado na competitividade e com pressões de vária ordem para que se conformassem com o estilo de vida dos demais, mas também por as afastar (física e emocionalmente) da comunidade durante o período formativo crucial das suas vidas, em que deveriam estar a adquirir as atitudes Amish de preferência pelos trabalhos manuais e de autossuficiência, bem como as competências específicas necessárias para o desempenho dos seus papéis de adultos como agricultores ou donas de casa. O testemunho dos peritos não fora contraditado em juízo e foi reapresentado perante o Supremo Tribunal Federal, que o aceitou como incontroverso e o citou frequentemente.

serem autossuficientes ou para cumprirem os seus deveres de cidadania, nem prejudicaria de qualquer outra maneira a segurança pública ou o bem estar social. Com base na prova pericial apresentada no processo, o Supremo concluiu que o modo de vida tradicional dos Amish não era apenas uma questão de preferência pessoal, mas sim uma questão de profunda crença religiosa, partilhada por um grupo organizado e intimamente relacionada com o seu modo de vida quotidiano. O Supremo concluiu também que o ensino secundário contrariava preceitos fundamentais da fé Amish e representava um risco real para a própria sobrevivência da comunidade e da religião Amish nos Estados Unidos. O impacto da legislação do Wisconsin sobre a prática da religião Amish por pais e filhos era – observou o Supremo –, não apenas severo, mas inescapável, já que os obrigava, sob ameaça de sanção penal, a praticar atos inegavelmente contrários a preceitos fundamentais da sua religião<sup>78</sup>. O Supremo rejeitou o argumento do Estado do Wisconsin segundo o qual a legislação em causa não discriminava contra nenhuma religião já que era aplicada uniformemente a todos os cidadãos do Estado, tendo notado, a este respeito, que a aplicação de legislação aparentemente neutra pode contrariar a exigência constitucional de neutralidade governamental se sobrecarregar indevidamente o livre exercício da religião<sup>79</sup>. O Supremo também rejeitou o argumento do Estado segundo o qual a posição dos requeridos promoveria a ignorância, por considerar que uma tal imagem da comunidade Amish não quadrava com o que ficara provado no processo. Apesar das idiosincrasias que pudessem ser-lhe apontadas pela maioria – disse –, ficara demonstrado que a comunidade Amish era um grupo social muito bem-sucedido dentro da sociedade americana, ainda que à margem do *mainstream*<sup>80</sup>, e que a sua oposição ao ensino formal para além do oitavo ano não significava uma oposição à educação, já que o seu sistema de “aprender fazendo” (*learning through doing*), pelo qual os jovens Amish são preparados para o desempenho dos seus papéis de adultos na comunidade, podia considerar-se

---

<sup>78</sup> O Supremo não se pronunciou sobre a questão de uma eventual contradição entre a liberdade de religião dos pais e a liberdade de religião dos filhos, na hipótese de os filhos quererem frequentar o ensino secundário. Não o fez porque, como explicou, eram os pais que estavam a ser julgados pelo crime de impedirem os filhos de frequentar a escola, pelo que era a liberdade de religião dos pais (e não a dos filhos) que devia determinar o poder do Estado do Wisconsin de lhes impor sanções penais. Não havia, de resto, qualquer indicação de que os filhos estivessem a ser impedidos de frequentar a escola contra a sua vontade.

<sup>79</sup> Apesar de reconhecer o perigo para o princípio da separação entre Estado e Igreja de admitir uma exceção a um dever geral de cidadania por motivos religiosos, o Supremo Tribunal Federal sustentou que um tal perigo não pode conduzir a que se impeça toda e qualquer exceção por mais vital que ela seja para a liberdade de religião.

<sup>80</sup> O Supremo Tribunal Federal apontou como relevante o facto de os Amish serem produtivos e cumpridores da lei, bem como o facto de recusarem benefícios sociais (uma autossuficiência reconhecida pelo próprio Congresso, que autorizara, em 1965, a sua isenção do pagamento de impostos para a Segurança Social).

um sistema ideal e talvez até superior ao ensino secundário formal, como havia sido defendido pelos peritos. Também por isso, o Supremo rejeitou o argumento do Estado segundo o qual os dois anos de escolaridade obrigatória depois do oitavo ano eram necessários para preparar os jovens Amish que eventualmente quisessem abandonar a comunidade, de modo a evitar que se tornassem um fardo para a sociedade.

Considerando agora exemplos retirados da jurisprudência portuguesa, vale a pena referir o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2007, proferido no quadro de um processo de promoção e proteção de menor de etnia cigana<sup>81</sup>. Este acórdão é interessante por tratar diretamente da questão da relevância da cultura e da diferença cultural para o gozo de direitos, algo que ainda vai sendo relativamente raro no panorama nacional. Em causa estava um recurso interposto pelo Ministério Público contra a decisão de aplicar a um menor de cerca de um ano e meio de idade a medida de promoção e proteção de apoio junto dos pais, acompanhada de ajuda económica, durante um ano. O Ministério Público, que havia requerido a fixação da medida de acolhimento do menor em instituição, argumentara, no recurso perante o Tribunal da Relação, que “a diferença baseada na etnia dos progenitores não legitima[va] o menor cuidado com o menor ou a perda por este de iguais oportunidades”. O Tribunal da Relação deu como provados, entre outros factos, que a mãe do menor era de etnia cigana e o pai era “de origem romena”, em situação migratória irregular em Portugal; que o menor havia sido sinalizado depois de ter sido encontrado com a mãe no interior de um automóvel estacionado junto a uma barraca destruída num parque industrial; que o agregado familiar passara entretanto a residir numa casa arrendada, desprovida, no entanto, dos equipamentos eletrodomésticos básicos (frigorífico e esquentador) e negligenciada quanto a higiene e organização; que a progenitora deixara de beneficiar do rendimento de reinserção por faltar a alguns dos deveres associados (como o de cumprir o plano de vacinação nacional); que ambos os progenitores estavam desempregados e se dedicavam à recolha, venda e queima de cobre; que os progenitores se haviam oposto à medida de institucionalização do menor e que haviam revelado grande afeto por ele; que todas as técnicas sociais intervenientes no processo haviam reconhecido que o menor tinha uma aparência saudável e bem cuidada; que a mãe do menor tinha outros cinco filhos menores, de um anterior marido, já falecido, em relação aos quais tinha aceitado a aplicação da medida de institucionalização. O Tribunal da Relação julgou procedente o recurso e decretou a substituição da medida de promoção e apoio junto dos pais e da Segurança Social pela de retirada do seu agregado familiar e colocação numa

---

<sup>81</sup> Tribunal da Relação de Guimarães, acórdão de 12 de junho de 2007, proferido no processo n.º 926/07-2; texto disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/924f3635c0bffc7b80257395003d5745?OpenDocument&Highlight=0,cigana> [11.11.2016].



instituição, o que se afigura compreensível, atentos os factos dados como provados no processo sobre as condições de habitação, saúde, higiene e segurança em que o menor vivia. Na fundamentação da decisão, o Tribunal teceu algumas considerações de ordem teórica sobre identidade social e sobre diferenças e diferenciações inadmissíveis em nome de razões culturais. O texto do acórdão não é particularmente claro e contém algumas imprecisões terminológicas, parecendo confundir *diferença* e *desigualdade*, ao afirmar que “a educação voltada para a diversidade, respeitadora do multiculturalismo se apresent[a] como o grande desafio que exige atenção às diferenças económicas, sociais e raciais, em ordem a ultrapassá-las pela constante busca e afirmação da igualdade de oportunidades, por meio de saber crítico que permita interpretá-las, na preservação dos valores básicos da colectividade”. O Tribunal parece ter procurado um equilíbrio entre o respeito pelas diferenças étnico-culturais e a “total igualdade de direitos e deveres entre todos os cidadãos”, mas pendeu claramente para este segundo lado da balança ao afirmar que “a lei comum europeia não poderá conter ou tolerar qualquer tipo de diferenciações”<sup>82</sup> e que “o princípio fundamental da legitimidade do direito à diferença não deve originar inaceitáveis diferenças de direito”. O Tribunal observou que o povo cigano continua a ter dificuldades de integração social e a sofrer discriminação racial na Europa, referindo algumas recomendações feitas por organismos da União Europeia e do Conselho da Europa desde a década de 1980 e rematando com a conclusão de que o facto de uma comunidade ter uma cultura diferente não deve impedir a procura de medidas dirigidas à sua integração e ao combate à exclusão. Pronunciando-se sobre a decisão *a quo*, o Tribunal da Relação considerou que esta havia aceitado a salvaguarda de especificidades socioculturais “com matriz no direito à diferença e à individualidade, no caso dos pertencentes à etnia cigana”, mas fizera-o com desconsideração pelas obrigações dos progenitores “e, sobretudo, dos direitos a acautelar às crianças, como cidadãos do amanhã”. Segundo o Tribunal, atentos os problemas de exclusão social que afetam o povo cigano, o cuidado em não destruir as especificidades características desta minoria étnica não pode justificar a indiferença perante o risco em que os menores se encontram de sofrerem “lesões irreparáveis na sua formação humana”, potencialmente condutíveis a vi-

---

<sup>82</sup> O texto da frase onde figura esta passagem é algo confuso, pelo que optamos por reproduzi-lo na íntegra aqui. “Assim, a lei comum europeia não poderá conter ou tolerar qualquer tipo de diferenciações, mesmo os que, por razões de ordem étnicas ou comunitarista, afronte a condição infantil, assente sobre a futura condição de cidadão livre e responsável, ou não garanta ao máximo a sua defesa contra todos os condicionamentos pretensamente culturais; tudo isso, ainda assim, no incentivo da prática da tolerância mútua e do respeito pelas diferenças étnico-culturais – mas apenas no quadro de uma total igualdade de direitos e deveres entre todos os cidadãos, sem laxismo perante afloramentos segregacionistas, conquanto de mais apurada fundamentação, tanto no plano político como no quadro da vida social”.

das de marginalidade e de criminalidade<sup>83</sup>. No caso concreto, a mãe do menor tinha vindo a omitir os cuidados mínimos (saúde, higiene, *etc.*) exigíveis ao menor, como já havia feito com os outros cinco filhos, todos institucionalizados sem a sua oposição, expondo-o a uma vida de patente perigo, sem futuro. “Ora – concluiu o Tribunal –, como tantas outras crianças, ciganas ou não, de pai estrangeiro ou não – afinal, como seus irmão[s] uterinos – tem o [menor] o direito a esperar (e exigir) muito mais dos progenitores e da sociedade, sem constituir mais fardo para ninguém, recebendo e retornando amor, crescendo e desenvolvendo-se em todos os aspectos. E a sua institucionalização noutra coisa não se traduzirá senão no que já acontece àqueles sobreditos seus irmãos, afinal muitíssimo melhor do que tem à mão, porventura até na integração numa outra família que o queira de verdade”<sup>84</sup>.

Outro acórdão digno de menção é o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2010, proferido num processo-crime por abuso sexual de crianças, também aqui envolvendo indivíduos de etnia cigana (o arguido, de 21 anos, e a ofendida, de 11 anos)<sup>85</sup>. O tribunal *a quo* condenara o arguido numa pena de prisão de seis anos e no pagamento de uma indemnização à ofendida, por danos morais, no montante de 12.000,00 Euros. Perante o Supremo, o arguido pedira apenas a redução da medida concreta da pena (que reputava de exagerada), invocando em defesa da sua pretensão, entre outros argumentos, o facto de “não manter há muito relações com pessoas da sua etnia, as quais mantêm um estilo de vida e uma forma de estar diferente da sua” (o que foi confirmado pelo relatório social); o facto de as pessoas de etnia cigana iniciarem a sua vida sexual ainda muito jovens, como confirmado pela própria mãe do arguido que havia sido mãe aos 13 anos de idade (com um marido de

---

<sup>83</sup> “A preocupação com a não destruição das especificidades características das minorias [étnicas], ainda para mais se padecendo de consabidas dificuldades de inserção sócioeconómico e cultural, não pode conduzir-nos à lassidão perante a colocação de seres tão indefesos (como as crianças e os jovens) em risco iminente de lesões irreparáveis na sua formação humana; é que a manutenção de párias sociais (pairando nas margens da criminalidade e dos mínimos escalões económicos), ainda que sob o pretexto de que essoutros recusam aproximar-se do razoavelmente exigível, ao nível dos padrões sócio-educativos, não pode legitimar-se leviana e interminavelmente”. Interpolação nossa. Também aqui, o Tribunal parece procurar conciliar igualdade e respeito pela diferença, ainda que, mais uma vez, com uma formulação algo ambígua. Esta foi a sequência: “Por outro lado, o salutar respeito pelas idiosincrasias diferenciadoras (mesmo que dentro dos clans) há-de impor que os valores estruturantes desta sociedade democrática e multicultural não sejam postergados, ainda que se trate de residentes ocasionais ou nómadas; em se tratando das crianças, não hão-de erigir-se os padrões de vida escolhidos, mais ou menos conscientemente, pelos respectivos progenitores em rolos compressores do dever-ser, em matrizes da aferição da legalidade”.

<sup>84</sup> Interpolação nossa.

<sup>85</sup> Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 23 de junho de 2010, proferido no processo n.º 252/09.0PBBGC.S1; texto disponível em <http://www.stj.pt/index.php/jurisprudencia-42213/basedados> [11.11.2016].

mais de 40 anos); e, relacionado com este ponto, o facto de a decisão recorrida não ter levado em conta, na determinação da pena, a circunstância de tanto ele como a ofendida serem de etnia cigana, “do que resulta terem ambos valores e costumes diferentes”. O Supremo rejeitou liminarmente este argumento de que a vida sexual se inicia mais cedo entre pessoas de etnia cigana (por estas se moverem num esquema de valores distintos), invocando o princípio da igualdade consagrado na Constituição. O Supremo parece incorrer num equívoco a que aludimos na secção anterior deste capítulo, ao subordinar a determinação da medida concreta da pena a uma lógica de igualdade racial entre as vítimas de abusos sexuais. “A lei é de aplicação geral e abstracta, para todo o país – afirma –, merecendo a tutela inscrita no art.º 171.º, do CP *todas as crianças até aos 14 anos não exceptuando as de qualquer raça, o que conduziria a um tratamento diferenciado, de chocante favor para o arguido, em flagrante oposição com princípios constitucionais estruturantes do Estado de direito, particularmente o da igualdade com tradução no art.º 13.º, da CRP*”<sup>86</sup>. Na verdade, o Supremo não precisava de ter seguido esta via para rejeitar o argumento cultural, já que o próprio arguido se afirmara afastado das pessoas da sua etnia e do seu modo de vida. Como o Supremo notou, a alegação feita pelo arguido de que se dissociara da etnia cigana era inconciliável com a sua pretensão de beneficiar “desse suposto amolecimento étnico e ético do abuso sexual de crianças”. Se aplicássemos aqui o triplo teste proposto por Alison Dundes Renteln, facilmente se afastaria a *cultural defense*, por poder considerar-se não estar preenchido o primeiro requisito de pertença do indivíduo ao grupo cuja tradição é invocada. Isso arrumaria a questão, mesmo que admitíssemos estar preenchido o segundo requisito – a existência da tradição invocada. Os dados disponíveis no acórdão sugerem que não foi sequer aventada a possibilidade de chamar a juízo um perito que elucidasse o tribunal sobre a existência de uma tal tradição, *i. e.*, sobre a celebração e consumação de casamentos com menores de 14 anos. O Supremo observou apenas não estar demonstrado que os membros da etnia cigana desculpem quem abusa sexualmente de crianças e apontou como bom indicador disso mesmo o facto de os pais da ofendida terem deduzido um pedido de indemnização<sup>87</sup>. De qualquer modo, o Supremo acabou por reduzir a pena de prisão para cinco anos, tendo pesado nessa decisão a circunstância de ter sido da menor que partira a iniciativa de enviar ao arguido uma mensagem propondo-lhe encontrarem-se nas proximidades de um local pré-definido, de noite, para o que saltara através da janela do seu quarto, da casa dos pais com quem vivia, deixando-a aberta para por aí poder voltar a entrar, concretizan-

---

<sup>86</sup> Itálico nosso.

<sup>87</sup> “Por outro lado não está demonstrado, se é que alguma vez o foi, que entre a etnia cigana se tolere, desculpabilizando, o que abusa sexualmente de crianças, acto axiologicamente neutro, postura inconciliável, de resto, com o pedido cível indemnizatório deduzido pelos pais da vítima”.

do-se esse e outros dois encontros. O Supremo ponderou este aspeto, sem, no entanto, deixar de sublinhar a irrelevância do aparente consentimento da vítima em casos de abuso sexual de crianças, “pela pouca idade da vítima, [por] lhe falhar a maturidade, o desenvolvimento intelectual capaz de poder determinar-se com liberdade, responsabilidade, com pleno conhecimento dos efeitos e seu alcance do acto sexual de relevo consentido”.