

Delitos culturalmente motivados

Nieves Sanz Mulas

**Delitos
culturalmente
motivados**

Tradução e notas de
Bruno Henrique Castelo Branco Arena

Prefácio de
Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro

2023



www.cdseditora.com.br

Delitos culturalmente motivados

© 2023, Nieves Sanz Mulas

© desta edição [2023], CDS Editora

ISBN 978-65-86944-05-1

Diretor Responsável

CLÉCIO ORTIZ DA SILVA

Gerente de Operações e Conteúdo

MARIA DE FÁTIMA DA SILVA

Produção Editorial

Coordenação

RODRIGO SILVA

Gerente de vendas

ERWIN RODRIGUES

Conselho Editorial

Aline Beltrame de Moura (UFSC), Andreas Joachim Krell (UFAL), Enrique Gimbernat Ordeig (UAM, Espanha), Gustavo Ferraz de Campos Monaco (USP), João Maurício Leitão Adeodato (FDV), Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho (Mackenzie), Maristela Basso (USP), Pablo Rodrigo Alfien (UFRGS), Ricardo Sontag (UFMG), Thayara Silva Castelo Branco (Univ. CEUMA)

Editoração, capa, projeto gráfico e diagramação:

CDS Editora

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mulas, Nieves Sanz

Delitos culturalmente motivados / Nieves Sanz Mulas ; [tradução Bruno Henrique Castelo Branco Arena]. -- 1. ed. -- Porto Alegre, RS : CDS Editora, 2023.

Titulo original: Delitos culturalmente motivados
ISBN 978-65-86944-05-1

1. Crimes sexuais - Espanha 2. Violência de gênero - Direito e legislação - Espanha I. Título.

23-144399

CDU-343.54 (460)

Índices para catálogo sistemático:

1. Espanha: Direito 343.54 (460)
Aline Grazielle Benitez- Biblioteca - CRB-1/3129

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/1998, Lei de Direitos Autorais). Foi feito o depósito legal.



e-mail para submissão de originais: editorial@cdseditora.com.br

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@cdseditora.com.br

e-mail de vendas: livraria@cdseditora.com.br

Conheça mais sobre CDS Editora: www.cdseditora.com.br

Fechamento desta edição [05-2023]

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
CAPÍTULO 1 - GLOBALIZAÇÃO E DIVERSIDADE CULTURAL: O DESAFIO DO MULTICULTURALISMO NO DIREITO PENAL	13
I. Globalização e diversidade cultural.....	13
1. Emigração e sociedades pluriculturais: o desafio do multiculturalismo	13
2. Cultura de origem vs. cultura de acolhida: os conflitos culturais.....	15
II. Da segregação ao direito à diversidade	17
1. A submissão e a assimilação cultural como estratégia etnocentrista.....	17
2. Modelos de gestão da diversidade cultural	18
A) <i>O modelo assimilacionista francês</i>	18
B) <i>O modelo multiculturalista inglês</i>	19
3. Pluriculturalidade vs. multiculturalismo.....	22
III. Sociedade europeia e multiculturalismo: o caso espanhol	24
1. Europa perante a multiculturalidade	24
2. A contraditória posição espanhola frente à multiculturalidade: expulsão vs. proteção do estrangeiro	27
IV. O desafio do multiculturalismo no Direito Penal	30
CAPÍTULO 2 - OS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS	33
I. A realidade crescente dos delitos culturais	33
1. Delineamentos gerais	33
2. Definição e requisitos.....	34
3. Delito cultural vs. delito cometido por um motivo cultural	36
II. Estratégias frente aos delitos culturalmente motivados	39
1. Abordagens do problema	39
2. O pluralismo jurídico como solução frente às minorias indígenas	40
3. O modelo multiculturalista	43
4. O modelo assimilacionista	44
III. A <i>cultural evidence (strategy)</i> norte-americana ou modelo multiculturalista fraco	46

1. Aspectos gerais	46
2. A opção majoritária pelas “excuses” e a “incapacidade” do “cultural offender”	47
3. Vantagens e desvantagens do modelo.....	48
IV. A excludente cultural (<i>cultural defense</i>) ou modelo multiculturalista forte.....	50
1. A teoria da “cultural defense”	50
2. Sujeitos afetados e extensão da excludente.....	51
A) <i>A versão ampla: diferença entre delitos violentos e não violentos</i>	52
B) <i>A versão restritiva</i>	52
3. O debate atual sobre a excludente cultural	53
A) <i>Posicionamentos a favor</i>	53
B) <i>Argumentações contrárias</i>	54
CAPÍTULO 3 - DELITOS CULTURAIS E SISTEMA PENAL ESPANHOL.....	57
I. A monoculturalidade como base do sistema penal.....	57
1. A etnia no CP espanhol.....	57
2. Delitos culturais e tribunais.....	59
II. A mutilação genital feminina.....	60
1. O fenômeno da ablação: as cifras.....	60
2. Política criminal espanhola frente à MGF	61
A) <i>O controvertido delito de lesões do art. 149.2 CP</i>	61
B) <i>A via do erro de proibição na jurisprudência</i>	63
C) <i>A atipicidade da circuncisão masculina</i>	65
3. A modo de reflexão prévia.....	66
III. O delito de bigamia	69
IV. Os matrimônios forçados	71
V. O delito de emprego de menores na mendicância.....	74
VI. A especial “sensibilidade” judicial com os delitos contra a liberdade sexual.....	75
VII. A indiferença diante das peculiaridades culturais da etnia cigana.....	77
VIII. Conclusões valorativas	79
1. Julgamentos, estereótipos e preconceitos: a confusão entre delito cultural e delito por um motivo cultural	79
2. A orientação assimilacionista-discriminatória do Direito penal espanhol	81
CAPÍTULO 4 - MOTIVAÇÕES CULTURAIS E SOLUÇÕES PENAIS: A IDENTIDADE CULTURAL NA TEORIA JURÍDICA DO DELITO.....	85
I. Por um Direito Penal Intercultural.....	85
1. A cultura como Direito.....	85
A) <i>O art. 27 do Pacto Internacional de Direitos civis e políticos de 1976</i>	85

B) O Convênio 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais em países independentes de 1989	86
C) A diversidade cultural na normativa europeia.....	88
D) O direito à cultura na Constituição espanhola	89
2. A centralidade da figura do juiz	90
II. A identidade cultural na Teoria Jurídica do Delito	92
1. A materialização do Direito penal intercultural: questões prévias	92
2. Delitos culturais e tipicidade	93
A) Erro de tipo e ausência de dolo.....	93
B) Princípio da ofensividade e delitos sem vítimas: a bigamia e o incesto.....	94
3. Antijuridicidade e delitos culturais	96
A) A eficácia justificadora do consentimento e as modificações corporais não terapêuticas.....	96
B) Exercício legítimo do Direito à própria cultura versus exercício legítimo de um direito reconhecido no país de procedência.....	99
C) Direito à própria cultura e estado de necessidade	101
4. Motivações culturais e culpabilidade	102
A) Delitos culturalmente motivados e inimputabilidade	102
B) Inexigibilidade de uma conduta distinta e motivações culturais: o medo insuperável	105
5. Identidade cultural e erro de proibição: o erro de proibição culturalmente motivado	106
A) Erro de proibição direto ou indireto.....	106
B) O erro de compreensão culturalmente condicionado: a excludente de alteração na percepção (art. 20.3º CP).....	108
III. Motivação cultural e determinação da pena	114
1. Critérios culturais na determinação da pena.....	114
2. A excludente incompleta do art. 21.1 CP	115
3. A possível aplicação de atenuantes: a atenuante analógica do art. 21.6 CP	116
4. Individualização das penas	118
IV. Propostas de <i>lege ferenda</i>	118
1. O bem jurídico como limite à moralização do Direito	119
2. A necessidade preventiva da pena e a previsão de uma excludente cultural.....	121
3. Procedimentalização de determinadas práticas culturais	123
4. Na busca de sanções apropriadas: a opção da justiça restaurativa	124

CAPÍTULO 5 - IDENTIDADE CULTURAL E DIREITOS HUMANOS: A MULHER NO CENTRO DO DILEMA..... 127

I. A URGÊNCIA DE UM ENFOQUE GLOBAL E SENSÍVEL FRENTE AO PLURALISMO CULTURAL.....	127
1. Para um modelo multiculturalista de gestão da diversidade cultural.....	127

2. Sim à igualdade de direitos e não às generalizações.....	128
II. A BUSCA DE SINTONIA ENTRE A IDENTIDADE CULTURAL E O RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS.....	130
1. O Direito à cultura e sua posição frente a outros Direitos fundamentais: os direitos humanos como limite	130
2. Universalismo <i>versus</i> relativismo dos direitos humanos: para um cosmopolitismo baseado na igual dignidade do ser humano	131
III. MULTICULTURALISMO E MULHER: A NECESSÁRIA PERSPECTIVA DE GÊNERO	135
1. A alongada sombra da violência de gênero por trás dos delitos culturais	135
<i>A) A especial vulnerabilidade da mulher imigrante: a diversidade cultural como fator de risco.....</i>	<i>135</i>
<i>B) O papel da mulher dentro da cultura: seu perverso duplo papel de vítima e algoz.....</i>	<i>136</i>
<i>C) Multiculturalismo e feminismo: o conflito entra a proteção das minorias culturais e a proteção dos direitos das mulheres</i>	<i>138</i>
2. A necessária perspectiva de gênero no debate multicultural	139
<i>A) Para um feminismo global e multicultural.....</i>	<i>139</i>
<i>B) A própria opinião das mulheres como inevitável ponto de partida.....</i>	<i>141</i>
IV. CONCLUSÕES NÃO CONCLUSIVAS.....	144
BIBLIOGRAFIA.....	147

PREFÁCIO

Vivemos em uma sociedade globalizada em que o fenômeno do multiculturalismo se intensifica cada vez mais. O multiculturalismo pode ser definido como a inter-relação de várias culturas em um mesmo ambiente. Também pode ser denominado o multiculturalismo como pluralismo cultural.

Por razões históricas, diversos grupos imigrantes recebidos, e o desenvolvimento de novas culturas a partir do choque cultural, alguns países apresentam um maior multiculturalismo como Canadá, Austrália, Inglaterra, Espanha, França e Estados Unidos.

O debate sobre o multiculturalismo no contexto pós-moderno, se divide em diferentes linhas de pensamento. Para alguns, esta visão multicultural não existe, mas sim, uma imposição cultural dominante da colonização europeia. Para outros, há múltiplas culturas que coexistem harmonicamente em função da globalização.

A base conceitual do multiculturalismo reside na ideia da diversidade cultural, do respeito a suas diferenças sem juízos de valor. Entretanto, ainda persiste a ideia do relativismo cultural, postulando o pensamento que hábitos e costumes de um grupo poderiam ser superiores a outros.

A Professora Doutora Catedrática em Direito Penal da Universidad de Salamanca, Espanha, Nieves Sanz Mulas, desenvolveu seu doutorado na área de Direito Penal, com várias pesquisas na Itália e na América Central, obtendo prêmio extraordinário em 2000. Autora de mais de 90 publicações. Realizou mais de 300 conferências e cursos em países como: Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile, Colômbia, Equador, Itália, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Polônia, Portugal, República Dominicana e Venezuela, bem como em várias Universidades e Instituições Espanholas, como a Escola Nacional de Polícia, onde ela foi professora por duas décadas.

É principal pesquisadora do Grupo de Pesquisas: “Diversidade:

Políticas públicas em defesa da inclusão, diversidade e gênero” e Presidente da Rede Ibero-Americana de Política Criminal, recebeu três vezes o título de Doutora Honoris Causa por instituições de ensino internacionalmente conhecidas, como a Universidad Nacional Autónoma do México. Agraciada com a medalha de Mérito Policial. A Doutora Nieves Sanz, exerceu a promotoria de justiça por três anos. Ocupou o cargo de Direção da Unidade de Igualdade da Universidade de Salamanca entre 2011 e 2016.

Atualmente é Professora Catedrática da Área de Direito Penal, ministra aulas de Direito Penal, Criminologia, Política Penal e Direito Penitenciário. Foi reconhecida pelos alunos da Universidad de Salamanca, como melhor professora do Curso de Direito em (2012) e do Curso de criminologia em (2017).

Nesta obra há um traço inovador no sentido de discutir o entrelaçamento entre os campos jurídico, antropológico, com uma abordagem atual, que relaciona pluralismo social e gestão da diversidade cultural, a partir de uma reflexão sobre identidade cultural em articulação com os Direitos Humanos.

A autora se preocupa com o tema da globalização na sociedade europeia transitando entre os delitos culturalmente motivados, investigando temas desafiadores e instigantes, inclusive nos entendimentos dos Tribunais da Espanha e do Parlamento Europeu, tais como: mutilação genital feminina, o delito de bigamia, os matrimônios forçados, particularidades da etnia cigana.

Emergem como exemplos, os temas das perspectivas de gênero e o panorama de vulnerabilidade da mulher, apontando no sentido de um feminismo global e multicultural e debatendo o seu papel na cultura, seja como vítima ou como algoz.

Interessante a discussão epistemológica que aborda a identidade cultural na teoria jurídica do delito no aprofundamento das motivações culturais, perpassando pela Constituição Espanhola e valorizando o bem jurídico como limite a moralização do Direito, dando conta, inclusive, de uma necessidade preventiva da pena e da previsão de uma excludente cultural, ainda que seja complicada a construção de uma fórmula concreta para a solução dos litígios.

Fica clara a urgência deste enfoque global e de toda uma sensibilidade diante de um pluralismo cultural no contexto da pós-modernidade e do neoconstitucionalismo oligárquico e elitista de novas corporações e grupos de poder, expressando o seu “sim” à igualdade de direitos e “não” às generalizações. Eis porque a autora toca na crescente tendência doutrinária que marca o Islã com certas versões deturpadas do Alcorão.

A Professora Nieves nos provoca a pensar nas relações entre o feminismo e a educação, nas práticas de anulação de fundamentalismos com percepções igualitárias e de uma constante conversão de uma pedagogia democrática, vez que, é graças à educação que nos inserimos na cultura e impedimos os preconceitos, o racismo, e as intolerâncias no rumo de uma educação intercultural.

O desafio apresentado pela Autora é a discussão da sociedade civil europeia, numa proposta de luta contra uma Europa dividida: “a Europa cosmopolita é a que moral, político, econômico e historicamente luta para conseguir a reconciliação”. Destaca-se na obra o fato de que esta tarefa reconciliatória é plenamente compatível com a ideia de um projeto de homogeneidade nacional.

Professora Doutora Andreyra Mendes de Almeida Scherer Navarro
Reitora Universidade Candido Mendes
Rio de Janeiro, 12 de abril de 2023