

De um direito penal antropocêntrico a um direito penal antropomórfico: a propósito da “*cultural defense*”*

Maristella Amisano Tesi†

RESUMO

É possível, em Direito Penal, uma forma qualquer de “*cultural defense*” como causa de exclusão da culpabilidade? Nos ordenamentos jurídicos contemporâneos deixar de punir alguém pelas características do acusado (e não pela análise da conduta realizada) – como é típico da *cultural defense* - não coaduna com os princípios que constituem o fundamento do direito de punir. Procuraremos abordar essa questão à luz de duas perspectivas. Em primeiro lugar, temos que fornecer alguma plausibilidade científica à ideia de crime culturalmente orientado. Só depois disso, poderemos discutir se existem – ou se seriam apropriados – mecanismos jurídicos adequados para a utilização da cultura do agente como meio de defesa.

Palavras-chave: Direito Penal. Exclusão de culpabilidade. Exculpantes. Antropologia e Direito. Cultura.

1. INTRODUÇÃO – DESAFIOS JURÍDICOS DA SOCIEDADE MULTICULTURAL.

Na sociedade moderna, parece que as normas regulam – cada vez mais – todos os comportamentos sociais. O direito parece estar prestes a entrar em todos os aspectos da vida humana, quase como se a sociedade devesse se resignar a ficar presa dentro da gaiola de uma onipresente e penetrante dimensão jurídica. A nossa sociedade se tornou uma *law-saturated society* (RODOTÀ, 2012) uma sociedade excessivamente repleta de normas e regras.

A sociedade complexa, projetada por Friedrich von Hayek (1978), hoje, mais que nunca, mostra sua importância. Vários modelos de sociedade se sobrepõem uns aos outros. E isso não muda. Pelo contrário, o processo fica mais evidenciado quando a complexidade adquire contornos culturais e jurídicos. Os homens têm atributos biológicos e culturais próprios. As migrações levaram muitas pessoas a se estabelecerem em sociedades diferentes das de origem e com pressupostos culturais às vezes até muito distantes uns dos outros. As sociedades se tornaram, assim, multiculturais.

Uma sociedade multicultural é, com certeza, algo muito apreciável. Mas não podemos nos enganar: sociedade multicultural não é a sociedade onde as várias e diversas culturas

* Artigo recebido em 10/11/2014 e aceito em 25/04/2015.

† Professora Associada da Universidade de Calábria, Itália.

coexistem umas perto das outras em regime de igualdade. Frequentemente, as culturas das minorias coexistem dentro da cultura dominante, sem serem reconhecidas ou aceitas. Quando a sociedade multicultural se reflete no direito, tudo se torna ainda mais complexo. É neste ambiente que nasce o delito culturalmente orientado: a cultura dominante não aceita alguns hábitos da cultura da minoria e a discrepância tem consequências no sistema do direito (BERNARDI, 2006), onde por “consequências” não se deve entender uma modificação do direito, mas a simples apresentação do problema da compatibilização, sem alteração alguma do direito vigente.

O ponto de partida é que os enormes fluxos migratórios das últimas décadas fizeram com que dentro do mesmo contexto social coexistam enclaves de culturas diferentes. Nessa moldura, sustenta-se (RENTELN, 2004, 2005) que o paradigma jurídico monocultural não pode mais prevalecer. O legislador, civil e penal, não pode mais pedir a adesão de todos a um único código de conduta, pois deve atentar para o reconhecimento de hábitos culturais diferentes. Nesse compasso, um problema jurídico se apresenta quando um fato considerado penalmente relevante na cultura hospedeira é, pelo contrário, aprovado na cultura de um determinado grupo minoritário. Pense, por exemplo, na poligamia, nas práticas de mutilação dos genitais femininos, nos casamentos entre parentes de sangue. Em matéria civil, cogita-se da modulação do ressarcimento de danos em função de como a cultura da vítima percebe o dano. Especificamente em matéria penal, tais reflexões de antropologia do direito, levaram à discussão sobre a existência – ou não – de uma *cultural defense*, uma causa de exculpação do delito, tendo-se em consideração aspectos da cultura do agente. A discussão gira em torno de possíveis mecanismos jurídicos capazes de adaptar o contexto cultural, ético normativo em que se insere o réu.

Estabelecidas, neste contexto introdutório, as bases da “*cultural defense*”, faz-se necessário concentrar nossa atenção, na seção seguinte, ao conceito de cultura.

2. POR UM CONCEITO DE CULTURA

A importância de uma definição homogênea de cultura parece evidente, na medida em que a identidade cultural, de fato, é o foco de toda a reflexão relativa aos delitos culturalmente orientados ou motivados. No entanto, a palavra “cultura” tem uma acepção muito complexa. Não é suficiente dizer que a cultura é algo que o cidadão adquire como membro de uma dada sociedade; que cada cultura tem igual dignidade e que as culturas não são mônadas isoladas, mas interagem entre si (DE MAGLIE, 2010). Tratam-se de elementos que efetivamente contribuem na definição do conceito de cultura, mas ainda não captam inteiramente sua

essência. Cada pessoa integrada a uma mesma cultura pode apreendê-la de maneira diferente, assim como a interação entre culturas pode levar à ausência daqueles conflitos que, pelo contrário, constituem a base do delito culturalmente orientado.

Para a ciência antropológica, a cultura não é somente o patrimônio de conhecimentos que cada pessoa possui, mas é também o complexo de valores, tradições, hábitos, crenças e hábitos mentais que denotam cada comunidade social (SACCO, 2007, p. 13). Além disso, segundo a ciência antropológica, as culturas são afetadas pela diversidade inerente à natureza das coisas. Tudo o que é real é dominado pela diversidade, e isso vale tanto para a realidade material quanto para a realidade cultural (SACCO, 2007, p. 43). De fato, a diversidade vem da variação. Nem podemos lamentar isso. A diversidade pode implicar na incompatibilidade, até mesmo em conflito, mas é o preço a ser pago.

Em qualquer sociedade, exceto nas formas mais embrionárias e primitivas, é comum que coexistam diversas culturas. Mais complexo é entender como reage uma cultura quando sabe da existência da outra. É improvável que os operadores das duas comunidades comparem as suas culturas e as considerem uniformes, enriquecendo uma com elementos da outra e vice-versa. Mais provavelmente, a comparação entre as duas culturas diferentes criará uma contenção orientada à sobrevivência de uma só das duas culturas. Por isso a “desaculturação” é considerada o destino do homem (SACCO, 2007, p. 69). Uma das culturas resultará dominante e não surpreende que quem considera superior a sua cultura também considere superior o seu direito. A superioridade ética cria o dever de intervenção: “não é legal permitir desvios éticos no nosso mesmo *habitat*, nem – quando for possível a intervenção- num *habitat* distante” (SACCO, 2007, p. 69).

Tentarei aglutinar as duas conclusões às quais cheguei.

A definição de cultura não é nada simples e tem características muito subjetivas: pense na cultura oriental oposta à cultura ocidental, na cultura rural oposta à industrial e em todas as nuances que podem colorir estas mesmas categorias. Examinando os delitos culturalmente orientados, costuma-se dizer que por “cultura” entende-se aquela de uma nação ou de um povo que ocupa um determinado território. No entanto, essa definição é simplista: se fosse assim, nem poderíamos falar de delitos culturalmente orientados. Pelo menos no que concerne ao âmbito espacial de validade jurídica, estamos no caminho da normalização. O problema é que o direito não é diferente de todos outros fenômenos sociais e culturais (eis que cultura e direito se interligam): direito, língua, conhecimento, regras de vida e outros produtos da atividade humana material e intelectual constituem, em conjunto, cultura. Não obstante, entre os

elementos indicados, língua e direito têm uma característica especial: se duas pessoas comem alimentos diferentes ou usam tratamentos diferentes para curar as suas doenças, o pluralismo das soluções não incomoda a sociedade (SACCO, 2007, p. 43). Por outro lado, os membros da mesma sociedade não podem se entender usando línguas diferentes. Similarmente, qualquer norma jurídica, para ter validade, deve ser compartilhada.

De fato, a comunidade humana não fala uma língua só. Mas isso contraria o objetivo da língua, que é a comunicação. Os seres humanos não observam um direito único, mas isso contraria o objetivo do direito que é garantir um mecanismo de solução de conflitos igual e previsível para pessoas diferentes. A uniformidade será perdida se as soluções previstas por duas hipóteses idênticas forem múltiplas. (SACCO, 2007, p. 42)

3. CULTURA E DIREITO

Chego a um ponto crucial desta reflexão, que ajudará também a sair da dificuldade de conceituar ou definir cultura. Conceituar ou definir o que é cultura tem, sem dúvida alguma, a sua importância, mas não podemos esquecer que estamos no âmbito jurídico e que o direito transpõe a cultura de um determinado contexto social. Entre cultura e direito se estabelece uma relação bilateral, onde um é influenciado pelo outro. Até porque o direito – como já vimos – constitui-se num dos elementos que compõem aquele conjunto que vem definido como cultura. Mas, quando essa relação de reciprocidade se torna norma, o intérprete só pode notar em qual forma e grau aquele determinado elemento cultural, que se tornou direito, transpõe fatos que constituem elementos de outras diversas culturas. Portanto, o direito é o resultado da cultura dominante, não tendo esse adjetivo conotação negativa alguma. Não se trata de colonialismo cultural, mas sim de homogeneidade necessária para que se criem os princípios expressos no e pelo direito. Em princípio, como a fonte do direito reside na vontade dos cidadãos, a nova regra funda-se no consentimento geral. Entretanto, não se pode negar que a unificação do direito tem seus custos. Um código nacional reflete a opinião dos juristas do país, se inspira na jurisprudência já enraizada e se abre a soluções reclamadas por questões sociais generalizadas e reiteradas. Frequentemente, não haverá nada de imprevisível ou socialmente agressivo, mas é claro que um código, que tem como sua finalidade gerar uniformidade, necessariamente sufocará algumas regras, substituindo-as por outras. Essa é a realidade do direito.

Preciso avançar um pouco mais. Já ressaltai que o conceito de cultura é muito complexo e o mesmo acontece com a sociedade multicultural. A respeito desta última – e independentemente da definição correta de cultura – seu dado mais significativo é a coexistência de culturas diversas num mesmo contexto sociogeográfico. Nesses casos, criam-se condições para o que os antropólogos denominam de “pluralismo jurídico”, indicando com

essa expressão a concorrência do direito dos códigos que é usado nos Tribunais e o direito usado e gerenciado por um dado grupo singular ou minoritário.¹ No entanto, para os juristas, as coisas não correm da mesma forma. Quando há situações de divergência cultural, cada ordenamento estatal se vê diante das seguintes alternativas: a cultura dominante assimila a cultura da minoria (modelo da assimilação francês) ou a cultura dominante não abre qualquer espaço relevante para a visibilidade das multiculturas.

A questão se torna ainda mais complexa se considerarmos que existe um descolamento entre o direito e o conhecimento do direito e o conhecimento do direito é o conhecimento dos dados reais. O legislador escreve, o intérprete lê e escreve, o juiz considera e julga, o cidadão cumpre ou desvia. Existem, em cada ordenamento, normas “crípticas”, ou seja, praticadas, mas não conscientes. Normas desconhecidas que têm um papel muito importante na interpretação: fazem com que se situem em níveis diferentes o direito aplicado e a norma escrita (SACCO, 2007, p. 24). Tudo isso atua com a mescla de diferentes planos, em alguns dos quais a cultura do agente pode não ter qualquer valor.

Como já vimos, cultura e direito não podem ser considerados conceitos desconectados: a cultura humana, o direito; as culturas humanas, os direitos. A reflexão antropológica irá nos dizer quanto acreditar na cultura humana (no singular) e quanto reconhecer as culturas humanas (no plural).

É logicamente possível que se note a multiplicidade das culturas de fato e se reconheça as que tenham a aspiração de unidade; ou que seja medido quanto é marcada a unidade das culturas dos homens e se deseje a variedade (SACCO, 2007, p. 41). Além da confiança no estudo da antropologia como fonte de cada resposta, é importante ver os profundos laços entre direito e cultura. Mas qual cultura? A primeira resposta é: a cultura dominante, aquela que estabelece os princípios que merecem proteção através da criação do direito. Podem acontecer fatos que são crimes segundo a cultura dominante, mas que são totalmente lícitos na cultura à qual o réu pertence. É isso que consideramos de delitos *culturalmente orientados*. Daí a indagação que será problematizada nas seções seguintes: é possível utilizar como defesa o fato de que o comportamento típico e antijurídico lícito na cultura do réu? Em resumo, é possível uma forma qualquer de *cultural defense*?

¹ Dentro da mesma antropologia, o conceito de pluralismo jurídico apresenta nuances diferentes. Pode-se falar em pluralismo quando o Estado cria regras diferentes para os cidadãos segundo a religião, a origem cultural. Também quando o mesmo cidadão tem que obedecer a normas diferentes e contrastantes. Existe também um pluralismo legal radical, segundo o qual é direito tudo o que os homens acham que é: o direito seria uma opinião, uma aspiração e não uma norma.” (SACCO, 2007, p. 83)

Procuraremos abordar essa questão à luz de duas perspectivas. Em primeiro lugar, temos que fornecer alguma plausibilidade científica à ideia de crime culturalmente orientado. Só depois disso, poderemos discutir se existem – ou se seriam apropriados – mecanismos jurídicos adequados para a utilização da cultura do agente como meio de defesa.

4. POR UM CONCEITO DE *CULTURAL DEFENSE*

Antes de prosseguir com minha reflexão, acho útil expor os argumentos em torno da ideia de *cultural defense*. Em primeiro lugar, há o interesse jurídico de se evitar erros causados por uma enganosa interpretação dos fatos reais. Afinal, a cultura pode influenciar o comportamento, dependendo da leitura que cada um de nós faça dos elementos objeto da sua avaliação (RENTELN, 2004, p.52; VAN BROECK, 2001, p. 5; DE MAGLIE, 2006 p. 219). Além disso, o direito à cultura é reconhecido no direito internacional dos direitos humanos: artigo 27 do Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos de 1966 (CAPOTORTI, 1992, p. 102).

Quem se expressa em favor da *cultural defense* é principalmente Renteln, que considera que sempre devem ser levadas em consideração, nos processos, provas relativas ao *background* cultural dos membros das minorias historicamente presentes num dado território e também dos grupos de novos migrantes. Sem embargo, Renteln faz uma advertência muito importante: admitir nos processos a prova da cultura de origem não significa necessariamente usá-la para um resultado favorável ao acusado. A *cultural defense* não significa que respeitar as diferenças sempre prevaleça sobre outros direitos e valores. A cultura é um direito e tem que ser equilibrado com outros direitos de igual importância. O próprio Renteln reconhece as dificuldades do legislador para abrir espaço à *cultural defense* (RENTEL, 2004, p. 70). O legislador poderia estabelecer exceções, mas isso pode ser criticado, pois a efetiva garantia das culturas minoritárias seria subordinada à vontade da cultura dominante. Na verdade, é o que parece acontecer sempre: o direito como produto da vontade expressa da maioria. Renteln tem a preocupação de que uma minoria cultural possa receber concessões e outra não, violando o princípio de igualdade. Além disso, as derrogações poderiam ser somente pelas práticas culturais já conhecidas e não pelas desconhecidas.

Nas seções anteriores, observei que o crime culturalmente orientado traz o seu significado no mais amplo e complexo conceito de cultura. Anotei também que, como definição, considera-se culturalmente orientado aquele delito motivado por razões culturais pertencentes ao grupo social minoritário. É considerado grupo cultural dominante aquele que expressou os princípios que se tornaram direito. Nas seções seguintes vou começar a abordar

casos penais, dos Estados Unidos, em que se cogitou versarem sobre crimes culturalmente definidos. Vou começar dos casos que foram considerados crimes culturalmente orientados nos Estados Unidos porque tal categoria nasceu naquele contexto. Muitos são os exemplos na literatura e vale pena analisar alguns desses casos que parecem ser significativos e fecundos para a nossa reflexão. Cada caso é diferente, na medida em que em cada caso a cultura tem um papel diferente e em cada caso o convencimento judicial pode levar a resultados diferentes.

Veremos que em alguns dos casos examinados a *cultural defense* foi acolhida plenamente, em outros foi reconhecida para diminuir a pena, em outros casos ainda a *cultural defense* não foi levada em conta de forma alguma. Tentarei comentar cada caso especulando sobre como poderia ter sido encaminhado num país de *civil law*, como a Itália e o Brasil. Examinarei os mecanismos jurídicos existentes nos ordenamentos de *civil law*, tentando encontrar elementos úteis para verificar se a *cultural defense* pode ter relevância por meio dos institutos jurídicos já existentes ou se seria útil uma norma apropriada.

5. A CULTURAL DEFENSE NA JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS.

Os Estados Unidos formam uma sociedade multicultural por definição e tem sido um importante palco para a discussão acerca dos problemas da convivência social na pluralidade de culturas diferentes. Surge nos Estados Unidos uma das primeiras abordagens sobre o problema do reconhecimento (no artigo 27 do Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos de Nova York de 1966) do “direito às diferenças culturais”, que seria o direito dos membros das minorias culturais de se comportar conforme sua identidade cultural e étnica. É lá também que se tem colocado, com ênfase, o problema da delimitação dos contornos da diversidade cultural. Afinal, se de um lado não se tem dúvida sobre a existência do direito à diversidade cultural, por outro lado o desafio maior está em se estabelecer um equilíbrio entre tal direito e os demais direitos fundamentais tutelados pelo direito penal.

Antes dos casos mais famosos e significativos, queria ressaltar que a *cultural defense*, embora tenha sido teorizada há pouco tempo, existe desde quando as culturas começaram se entrelaçar. Desde 1800 há notícias de processos onde a defesa pediu que fosse levada em conta a cultura do réu. No ano de 1888 quatro “*native Americans*”, executando uma sentença de morte exarada por um conselho tribal, matam um médico (ele também era da mesma tribo) por ter sido considerado culpado por ter deixado morrer envenenadas vinte pessoas da tribo, não as curando adequadamente (MAGUIGAN, 1995, p. 63). Já naquela época, os juízes consideraram o fato de os agentes serem indígenas, decidindo que as tradições e superstições de sua tribo

justificavam uma condenação por ‘*manslaughter*’ (homicídio culposo) e não por ‘*murder*’ (homicídio doloso).²

Sem embargo, a despeito de a tese da defesa cultural (*cultural defense*) ganhar força nos Estados Unidos, até hoje não há nenhuma norma jurídica, no direito penal norte-americano, que reconheça a *cultural defense*. No silêncio da lei, a doutrina distingue entre *cultural evidence* e *true cultural defense*. A *true cultural defense* é quando o réu pode invocar, como defesa, as tradições culturais e as crenças de sua etnia de origem. Mais comum é o recurso à *cultural evidence*, que remete à valoração das provas com conotações culturais, ou seja, como demonstração de alguns hábitos de uma determinada cultura que podem ter relevância em juízo. Por exemplo, se for demonstrado que, numa certa cultura, o adultério é considerado crime hediondo, o crime cometido por um marido em estado de violenta emoção por ter descoberto o adultério da esposa poderia possibilitar uma “*cultural defense*”, ainda que sob a roupagem de “*insanity*”, diante da falta de positividade jurídica do novo instituto.

5.1 STATE VS. KARGAR (1993); STATE VS. KRASNIQUI (1898-1992)

No caso *State vs. Kargar* de 1993, o senhor Kargar, um afegão residente nos Estados Unidos, foi denunciado com a acusação de grave abuso sexual de seu filho de dezoito meses. Uma vizinha noticiou tê-lo visto mais de uma vez beijando o pênis do filho. A conduta foi comprovada e até admitida pelo próprio culpado, que, no entanto, alegou que, em seu país de origem, aquela conduta seria totalmente lícita e, mais ainda, representaria uma demonstração de amor incondicional, pois, beijando as partes pudendas do próprio filho, o pai demonstraria todo o seu amor incondicional. A conduta não teria, portanto, nenhuma conotação sexual.

Não cabe aqui analisar, com profundidade, o precedente judicial estadunidense. Só quero observar que, após uma condenação em primeiro grau, o acusado foi absolvido porque se considerou que a conduta não causou prejuízo relevante para a vítima. Aparentemente,

² “*Murder is the killing of any person with malice aforethought, either express or implied by law. Malice in this definition, is used in a technical sense, including not only anger, hatred, and revenge, but every other unlawful and unjustifiable motive. It is not confined to ill-will towards one or more individual persons, but is intended to denote an action flowing from any wicked and corrupt motive, a thing done dolo malo, where the fact has been attended with such circumstances as carry in them the plain indications of a heart regardless of social duty, and fatally bent on mischief. And therefore malice is implied from any deliberate or cruel act against another, however sudden. “Manslaughter is the unlawful killing of another without malice; and may be either voluntary, as when the act is committed with a real design and purpose to kill, but through the violence of sudden passion, occasioned by some great provocation, which in tenderness for the frailty of human nature the law considers sufficient to palliate the criminality of the offence; or involuntary, as when the death of another is caused by some unlawful act accompanied by any intention to take life”.* (MOENSSENS, BACIGAL, ASHDOWN, HENCH, **Criminal Law - Cases and Comments**, VIII ed., New York, 2008, p. 415).

utilizou-se o argumento como artifício procedimental para justificar um comportamento que, segundo a cultura do acusado, não tinha conotação sexual e, por isso, não merecia punição.

No caso *State vs. Krasniqui* (1898-1992), Krasniqui é um imigrante albanês levado à justiça por abusar sexualmente de sua filha de quatro anos. É que durante uma competição de artes marciais na qual participava outro filho, Krasniqui foi visto tocar repetidamente os genitais da menina, o que fez com que a polícia fosse acionada. Ao longo do processo, Krasniqui invocou o testemunho de um antropólogo cultural que explicou que na Albânia tocar os filhos nas partes íntimas não implica em conotação sexual alguma, não tendo o acusado percebido que a aquela conduta poderia não ser adequada para os outros participantes da manifestação esportiva. Embora o acusado residisse nos Estados Unidos havia mais de trinta anos, o antropólogo cultural explicou que a integração dele e da sua família na cultura e na sociedade americana era muito limitada, sendo os hábitos da cultura de origem prevalentes. Krasniqui foi absolvido e os juízes concluíram que “o caso foi o resultado de um mal-entendido cultural, étnico e religioso” (PASQUERELLA, s.d, p. 28). No entanto, em sede civil, Krasniqui foi destituído de seu poder familiar e os filhos foram encaminhados a uma família norte-americana substituta, que os criou. Estabeleceu-se, então, grande controvérsia, pois de um lado a cultura de origem foi levada em conta e, por outro lado, os filhos foram retirados de seu ambiente familiar de origem, de tradição muçulmana, para serem criados por uma família católica de norte-americanos.

Nos dois casos examinados, as coisas não teriam sido muito diferentes num ordenamento de *civil law*. Tanto Kargar quanto Krasniqui teriam sido provavelmente absolvidos por ausência de dolo. Como não tinha conotação sexual nenhuma, o delito não se realizou, pois o dolo não se aperfeiçoou. Não precisaria ser tratado como questão de *cultural defense*, mas de ausência de elemento subjetivo do delito.

5.2. PEOPLE VS. METALLIDES (1974)

No caso *People vs. Metallides*, de 1974,³ um imigrante de origem grega, Metallides, matou um amigo depois de ter descoberto que ele tinha estuprado a sua filha. A defesa demonstrou que na cultura de origem do acusado o conceito de honra implicava em vingança pela gravíssima afronta sofrida. O elemento cultural foi considerado pelos juízes americanos com base na “*temporary insanity defense*”, sendo o acusado absolvido.

Se analisássemos o mesmo caso no âmbito de um sistema de *civil law*, a invocação da

³ *People v. Metallides*, No. 73-5270, Florida Circuit Court, 1974; Renteln, **The Cultural Defense**, cit., p. 25.

cultural defense não pareceria ter sentido. Qualquer um pode ter uma reação violenta descobrindo que a sua filha foi estuprada por um amigo, mas nada justificaria uma absolvição. Em países como a Itália, em cuja legislação os estados emocionais e passionais não podem ter relevância sobre a capacidade de entender e de que querer, que é a base da imputabilidade.

5.3. PEOPLE VS. KIMURA (1975); PEOPLE V. CHEN (1987)

Em 1975, Fumiko Kimura,⁴ mulher de ascendência japonesa residente na Califórnia, depois de saber que o marido tinha uma amante, pulou no oceano, junto com os dois filhos de quatro e seis anos. Os meninos faleceram, enquanto a mãe foi salva pela equipe de resgate, sendo acusada de *murder* (homicídio doloso). A senhora Kimura se defendeu dizendo que ela tinha praticado o ‘*oyako-shinju*’, uma espécie de homicídio-suicídio de pais e filhos que vem da ideia de que os filhos são uma extensão dos pais e que não é apropriado que os filhos vivam numa família interrompida, dentro da qual sofreriam pela desintegração da unidade familiar. A comunidade japonesa de Los Angeles obteve 25.000 assinaturas para pedir que a mulher fosse absolvida, pois a *oyako-shinju* seria uma prática honorável e que teria de ser julgada com clemência. Provavelmente pela influência das manifestações da comunidade nipônica, a senhora Kimura concordou com uma sanção negociada (*plea bargain*) por *manslaughter* (homicídio culposo) sendo reconhecida a *insanity defense* (inimputabilidade por perturbação mental) pelo trauma sofrido por causa do adultério do marido. A pena foi de um ano de reclusão e cinco anos em *probation* (liberdade condicional). Essa sentença foi muito discutida, pois a clemência parecia vir do sentimento de piedade por uma mulher traída, e não pelo reconhecimento da cultura de origem. De fato, é improvável que em qualquer ordenamento de *civil law* a acusada recebesse pena tão baixa, ainda que considerando atenuantes.⁵

Foi no caso *People v. Chen*, de 1987,⁶ que o aspecto cultural parece ter tido maior peso do que a piedade pela esposa traída. Neste caso, Dong Lu Chen matou a esposa que tinha lhe confessado um adultério. Ele se defendeu dizendo que na cultura chinesa o homicídio da esposa adúltera restaura a honra não somente do marido, mas dos pais destes. Só que na China, quando

⁴*People v. Kimura*, No. A-09113 (L.A. Sup. Ct. 1985). Ex pluribus, RENTEL. **The Cultural Defense**, cit., p. 25; COLEMAN, Lambelet. Individualizing Justice through Multiculturalism: the Liberal’s Dilemma. **Columbia Law Rev.**, vol. 96, 1996, p. 1109; WOO, *The People v. Fumiko Kimura: But Which People?* **International Journal of the Sociology of the Law**, 1989, p. 415. In the Italian doctrine: DE MAGLIE. **Società multiculturally**, cit., p. 217.

⁵ Muito similar foi o caso “*People vs. Wu*”, de 1988.

⁶*People v. Chen*, No. 7774/87 (N.Y. Supr. Court 1989); COLEMAN, Lambelet. **Individualizing...**, cit., p. 1108; CHIU, **The Cultural Defense**, cit., p. 1053; RENTELN. **The Cultural Defense**, cit., p. 34; GOLDSTEIN, *Cultural Conflicts: Should the American Criminal Justice System formally Recognise a “Cultural Defense”?* **Dickinson Law Review**, 1994, p. 152.

acontece um adultério, a comunidade está presente, chegando a uma mediação entre as famílias e isso evita o homicídio. Nos Estados Unidos, o isolamento cultural de Chen e a ausência da comunidade de compatriotas levou ao trágico evento. No julgamento foi admitido como testemunha um perito em cultura chinesa que confirmou a tese de Chen, influenciando para que a condenação fosse de apenas cinco anos de *probation* (livramento condicional). Segundo os sistemas de *civil law* esse desfecho soaria como profundamente injusto, enquanto no precedente citado pode-se dizer que a cultura de origem do acusado chegou a ter relevância fundamental.

5.4 PEOPLE VS. PODDAR (1969-1974)

Poddar⁷ era um indiano da casta dos ‘intocáveis’, os ‘harijan’. Estudando em Berkeley, encontrou uma moça, com quem começou a sair. Durante um réveillon ela o beijou e ele se apaixonou por ela, descobrindo posteriormente que ela não tinha interesse em namorar com ele. Assim, Poddar caiu em profunda depressão e iniciou uma terapia psicanalítica onde chegou a dizer que queria matar a moça. O psiquiatra considerou Poddar realmente perigoso e avisou à polícia de Berkeley, o que não impediu que Poddar conseguisse matar a moça com uma faca, rendendo-se em seguida. A defesa de Poddar, invocando “*mental insanity*”, tentou esclarecer que na cultura de origem do acusado, o relacionamento entre homens e mulheres é bem diverso do vivido na cultura norte-americana, especialmente sendo ele um “intocável”. Na cultura da Índia, um beijo constitui um comprometimento e quando a moça manifestou não ter interesse num relacionamento mais sério, a reação de Poddar teria sido exacerbada por conta da cultura de origem do acusado. Claro que também foi reconhecida uma fragilidade emocional do Poddar, num contexto em que sofrer uma recusa seria considerado mais grave para um indiano da casta dos intocáveis do que para um americano médio. Nesse caso, o reconhecimento do *background* cultural foi essencial para a obtenção da *diminished capacity* (semi-imputabilidade). Não posso afirmar que a cultura de origem do acusado teria a mesma influência, no julgamento do caso num sistema de *civil law*. Em verdade, arrisco afirmar que o mencionado elemento cultural poderia ser lido de maneira oposta, agravando a pena.

6. ANÁLISE CRÍTICA DA CULTURAL DEFENSE

Concluídas a exposição e análise de vários casos em que se arguiu a *cultural defense*, podemos tentar esboçar um primeiro posicionamento: o crime culturalmente motivado pode ser

⁷ People v. Poddar. 103 Cal Rptr 84 (1972); RETELN. **The Cultural Defense**, cit., p. 31; BUCKNER-FIRESTONE, Where the Public Peril Begins: 25 Years after Tarasoff. **The Journal of Legal Medicine**, 2002, 21, p. 2.; SORIO, I reati culturalmente motivati: la cultural defense in alcune sentenze statunitensi. **Stato, Chiese e pluralismo confessionale**, Novembre 2008, p.11.

entendido de várias maneiras, dificultando o alcance de uma definição e uma solução comuns. Em verdade, o próprio relativismo inerente ao conceito de crime culturalmente motivado nos faz pensar em uma difícil legitimação do mesmo, não somente no nível jurídico, mas também no nível social. Esse é só o primeiro limite. Há muitos outros.

Até agora considerei como crime culturalmente orientado aquele cometido por um fundamento cultural de um grupo minoritário. No entanto, se formos legitimando a *cultural defense*, aí deveríamos admiti-la também quando - dentro da mesma cultura dominante - se constituam grupos nos quais um dado comportamento, ilícito à luz do ordenamento jurídico, seja considerado lícito ou até desejável pelo grupo social. Até chegar ao ponto de concluir que o que a cultura do réu lhe impõe constituiria sempre uma justificativa do seu comportamento (RENTEL, 2004). Seria como afirmar que a *cultural defense* teria relevância toda a vez que existisse um conflito entre a cultura do acusado e a cultura que fundou o direito penal. Assim raciocinando, cada pessoa teria um próprio “direito penal”, portador dos seus próprios valores, sem necessidade alguma de que os mesmos valores sejam compartilhados numa finalidade de segurança e paz social. Isso soa inaceitável, pois nega a própria função do direito penal. A cultura não é um microcosmo de valores fechados e imutáveis, mas sim fluido e dinâmico.

Reconhecer a *cultural defense* significa encorajar reconstruções de estereótipos e preconceitos culturais (frequentemente envoltos em questões de gênero, raça/etnia e classe socioeconômica), quase como caricaturas, inexatas e impermeáveis a qualquer contaminação ética ou jurídica. Nem se pode negar, além disso, que cada pessoa pode até se desviar dos seus modelos culturais. Mais uma vez, o risco seria o de atribuir relevância legal à cultura interior, pessoal, do réu. Em suma, admitir-se no ordenamento jurídico a *cultural defense* seria como admitir que, no juízo sobre a responsabilidade criminal do réu, sejam aplicadas regras alheias e diferentes das regras do direito penal estatal. Direito que, assim pensando, não teria mais razão de ser.

Sob perspectiva crítica diversa, em torno da razoabilidade da *cultural defense*, impõe-se uma indagação crucial: O direito à cultura se constitui em direito fundamental? Se a resposta for positiva, estaria em qual relação de equilíbrio com outros direitos fundamentais possivelmente contrários? Ora, as mesmas normas internacionais estabelecem o direito à cultura. Então, tal direito existe. Mas é direito fundamental? Geralmente distingue-se entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os direitos humanos pertencem a cada pessoa porque é pessoa. Entre os direitos fundamentais, ao contrário, é incluída a igualdade de valor de todas as diferenças pessoais, incluídas as culturais. Acultura, então, não é direito humano. É direito

fundamental e, especialmente por isso, merece tutela. O direito à cultura é direito fundamental, mas não pode se exercer com modalidades lesivas das imunidades invioláveis de cada pessoa. Trata-se, então, de direito fundamental que sucumbe diante de direitos mais amplos, que tocam a pessoa humana na sua vida ou integridade. Portanto, admitido que temos que reconhecer a relevância da cultura dentro de cada ordenamento, temos que saber como podemos e devemos fazê-lo.

Nos ordenamentos anglo-saxões - onde o problema é mais forte - foi tentado o caminho das causas de exclusão ou diminuição da culpabilidade. Pensou-se em uma causa de exclusão da culpabilidade. O problema é que tem que ser feita uma distinção entre *cultural defense* cognitiva e *cultural defense* volitiva. A *cultural defense* cognitiva intervém quando a cultura do réu o impede de entender que a sua conduta constitui crime. Ao contrário, a *cultural defense* volitiva envolve os casos nos quais o réu sabe que a sua conduta, no país que o hospeda, é crime, mas assim mesmo ele age, pois sente-se obrigado pela sua cultura de origem.

Uma eventual causa de exclusão da culpabilidade pode valer para as duas situações? Se a *cultural defense* cognitiva parece ter espaços mais amplos, a volitiva implicaria dar relevância ao motivo, ou seja, à motivação que causou o crime. Mas na maioria dos ordenamentos de *civil law* não se pode aceitar uma causa de exclusão da culpabilidade tão vaga, nem se pode dar ao motivo uma relevância que geralmente não tem.

Vou tentar, então, uma diferente aproximação à questão. Tentarei colocar essa exclusão de responsabilidade nas discriminantes. Uma hipótese pode ser aquela do exercício regular de direito. Mas, para aplicar essa causa de justificação, é preciso encontrar um direito reconhecido pelo ordenamento e que prevaleça para outros que sucumbem. Assim fazendo, se cai num círculo vicioso: o direito é expressão da cultura dominante, que não pode reconhecer como direitos os valores que pertencem a culturas diferentes e que lesam os valores que, ao contrário, segundo a própria cultura, constituem direitos. E isso é inerente ao mesmo conceito de direito: conceito que não é universal, mas sim cultural. Assim, dificilmente poderá ser utilizada um *discrímen* para justificar um fato motivado por uma diferente sensibilidade cultural.

Vou continuar nesse caminho para verificar se outros institutos, diversos das discriminantes, podem ser utilizados para fornecer legitimação às motivações culturais.

Vou começar pela imputabilidade. Utilizar a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado para evitar a culpabilidade por um delito

culturalmente orientado seria inaceitável do ponto de vista da cultura dominante e, além disso, teria o significado de desprezar a cultura de origem do réu. E isso seria até em oposição ao princípio da *cultural defense*.

Que tal a ignorância da lei criminal? Em todos os ordenamentos de *civil law* tem vigência o princípio da *ignorantia legis non excusat*. Não pode ser usada a ignorância da lei como desculpa. Tendo o caminho da ausência de dolo. Em princípio, como o dolo implica a representação e a vontade do fato típico, que aquele fato não seja crime na cultura de origem do réu não tem relevância alguma. Vou tomar um exemplo que vem do ordenamento italiano. Na Itália existe uma sociedade dentro da sociedade, expressão da cultura nômade da Bulgária, que se chama “Rom”. Para os *Roma*,⁸ furtar os *não-Roma* não é crime; mais que isso, é considerado bom e até recomendável. No entanto, pelo Código Penal italiano, o *Rom* que furta, representando e querendo a subtração de um objeto ao proprietário legítimo, comete o crime de furto, não tendo relevância nenhuma que pela cultura do réu não seja crime. O dolo se verificou.

Em geral, não se pode justificar a relevância da *cultural defense* com a ausência de dolo. Mas podem acontecer casos específicos onde o dolo não se verificou em concreto. No caso do senhor afegão, que costumava beijar o pênis do filho para demonstrar-lhe o seu amor, pode-se pensar numa ausência de dolo. Praticar atos sexuais significa praticar atos considerados sexuais em qual cultura? A primeira resposta é: na cultura dominante que deu origem ao direito naquele dado contexto social. Todavia, o dolo está em relação com a representação e a vontade de realizar atos que tem conotação sexual. No referido caso, o dolo não se aperfeiçoou. O réu não pensou em nenhuma conotação sexual, não havendo dolo. Num caso assim, a cultura de origem coincide com os princípios do ordenamento expresso da cultura dominante.

Existe uma evidência factual e contemporânea de como a irrefletida aceitação da *cultural defense* pode trazer problemas de difícil solução. Tem-se noticiado que, na Bolívia, algumas comunidades têm utilizado uma forma de justiça popular, com pretensão amparo em concessões normativas do direito oficial, que pode consistir no linchamento ou na simples surra de um condenado pela coletividade, sem o processo da justiça comum. Os justiceiros se apoiam, equivocadamente, na ideia de Justiça Comunitária, aprovada pela Constituição da Bolívia de 2009. A ideia da Constituição era legitimar a justiça popular de modo que convivessem de

⁸ Nota do Editor: Segundo a antropóloga Mirian Alves de Souza, da Universidade Federal Fluminense, Brasil, que defendeu a tese de doutorado *Ciganos, Roma e Gypsies: projeto identitário e codificação política no Brasil e Canadá*, Roma é o plural de rom, que em romani significa cigano”. Conf. http://www.ch.ufcg.edu.br/arius/01_revistas/v19n1/00_arius_v19_n1_2013_edicao_completa.pdf, p. 10, acessada em 05/02/2017.

forma harmoniosa a justiça comum e a justiça praticada pelas tribos ancestrais. A legislação boliviana permite que a comunidade decida como julgar e punir responsáveis por contravenções, de acordo com as tradições dos antepassados, mas as condenações permitidas são o exílio do criminoso com sua família e o pagamento de um tributo na forma de trabalhos para a comunidade e, em alguns casos, chicotadas. Nada de linchamento. Os crimes de sangue não podem ser julgados pela justiça comunitária. No entanto, nos últimos tempos, tem-se observado que as regras da Constituição boliviana não são levadas em conta, com suas ressalvas e limites, de sorte que roubos, furtos e violência sexual são punidos com o linchamento. Houve casos até de pessoas queimadas vivas (MORTE...,2015). Mas parece claro que um linchamento, decidido e executado pela comunidade tribal, não corresponde à imagem que séculos de civilização fizeram do direito. Aceitar a *cultural defense* pode abrir lacunas onde a experiência cultural ainda não passou por aquele processo de civilização que levou à previsão de garantias constitucionais, à implementação de uma legislação penal racional e humanitária. A conclusão parece dura, mas acho a única possível, querendo manter as garantias típicas da forma democrática da justiça.

Em resumo, a não ser em casos específicos, não podem ter ingresso no ordenamento penal instrumentos para fornecer legitimação à *cultural defense*. Qualquer que seja a motivação que levou ao crime trata-se de crime. Outra coisa é dosar a pena conforme a motivação cultural. A cultura de uma pessoa faz parte da construção de si e bem pode ser avaliada entre os motivos que levaram ao crime e às condições de vida do réu. Nesse sentido, a cultura pode ter relevância para dosar a sanção ao fato criminoso. A cultura de origem de cada pessoa influencia profundamente os valores e as convicções de cada um, assim como o jeito de perceber e interpretar a realidade. Todavia, em nenhum caso a cultura pode se tornar fundamento legalmente relevante para reivindicar a legitimidade de qualquer conduta lesiva da vida, da integridade física ou da liberdade alheia. Pensar de uma maneira diferente poderia dar ingresso a um direito penal não baseado no fato, mas no autor.

7. CONCLUSÃO – A “CULTURAL DEFENSSE” COMO “NÃO-DIREITO”.

Analisei, nas suas características essenciais, a *cultural defense*, onde a importância do fato criminoso se rende às características do próprio réu. Ora, é indiscutível que o homem seja o centro, o foco do direito, assim como da sociedade, mas o que quero questionar é a possibilidade de moldar o direito não tendo como base o genérico homem, mas *aquela* homem que praticou o crime. Nos ordenamentos jurídicos contemporâneos deixar de punir alguém pelas características do acusado (e não pela análise da conduta realizada) – como é típico da

cultural defense - não coaduna com os princípios que constituem o fundamento do direito de punir.

Cheguei assim a uma importante conclusão: na *cultural defense* há a substituição de uma visão não genérica do homem (*antropomórfico*) por outra que evidencie as suas peculiaridades (*antropocêntrico*). Ocorre que, quando jogamos cartas, é preciso conhecer as regras do jogo em si. Da mesma forma, o direito penal tem as próprias regras e não necessariamente alguma é melhor que a outra. Por isso, em princípio, um direito que leve em conta as especificidades típicas do réu (culturais, sociais, ideológicas...) poderia até ser melhor que um direito que as ignore. Cada pessoa tem características próprias que a diferencia das outras. São muitas características, um poliedro de tons que constituem o mesmo ser humano. Quais dessas devem ser levadas em conta pelo direito? Todas ou somente algumas? E qual seria o critério da seleção? Para responder seria preciso impor outras regras. Em suma: outro direito. Mas, para fazer tudo isso, temos que ter certeza que o novo direito será melhor do que o atual. Não deve ser igual, deve ser melhor.

Para saber se o novo direito seria melhor que o vigente, temos que pensar que dar legitimação à *cultural defense* significaria considerar lícito um comportamento cada vez que houver um conflito entre a cultura do agente e a cultura que produziu o direito vigente. Nesse caso, cada um criaria um direito próprio e isso faria com que qualquer um virasse inimigo de quem tem um direito diferente.

Juntando as peças do quebra-cabeça que estamos montando, a conclusão é que a *cultural defense* é uma forma de *não-direito*, de dissolução do direito penal. E aí nem é mais para escolher entre um direito igual ou melhor do direito vigente. Agora é para escolher entre direito e não- direito. E a escolha só pode ser uma só.

REFERÊNCIAS

BERNARDI, Alessandro. **Modelli penali e società multiculturali**, Torino: Giapichelli, 2006.

BUCKNER-FIRESTONE. Where the Public Peril Begins: 25 Years after Tarasoff. **The Journal of Legal Medicine**, 2002, 21, p. 2 e ss.

CAPORTORTI, Francesco. Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici. **Rivista Internazionale sui diritti dell'Uomo**, 1992, p. 102 e ss.

CHIU. the Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism, 82 **Cal. L. Rev.** 1053, 1994.

COLEMAN, Lambelet. Individualizing Justice through Multiculturalism: the Liberal's

Dilemma. **Columbia Law Rev.**, vol. 96, 1996.

DE MAGLIE, Cristina de. **I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali**. Pisa: Ets, 2010.

_____. Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense, in DOLCINI, Emilio (ed.). **Scritti in onore di Giorgio Marinucci**, Milano, 2006.

GOLDSTEIN, Cultural Conflicts: Should the American Criminal Justice System formally Recognise a “Cultural Defense”? **Dickinson Law Review**, 1994, p. 152.

HAYEK, F. von. **Law, Legislation and Liberty, vol. 1, Law and order**. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

MAGUIGAN, Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts? **New York University Law Review**, v. 70, p. 63, 1995.

MOENSENS, BACIGAL, ASHDOWN, HENCH. **Criminal Law - Cases and Comments**, VIII ed., New York: Foundation Press, 2008.

MORTE anunciada. Bonecos em ruas significam sentença popular contra suspeitos de crime; justificação é comum entre indígenas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Brasil, 25/01/2015.

PASQUERELLA, *The Krasniqi Case*, in AA.VV., **Diversity Week Teaching Manual**, found in www.uri.com (University of Rhode Island), p. 28.

RENTEL, Alison. **The cultural defense**. New York: Oxford University Press, 2004.

_____. The Use and Abuse of the Cultural Defense. **Canadian Journal of Law and Society**, V. 20, 1, 2005.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole**. Milano: Feltrinelli, 2012. SACCO, Rodolfo. **Antropologia giuridica**, Bologna: Mulino, 2007.

SORIO, Caro. I reati culturalmente motivati: la cultural defense in alcune sentenze statunitensi. **Stato, Chiese e pluralismo confessionale**, Novembre 2008.

VAN BROECK, Jeroen. The Cultural Defense, and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 2001, n. 1, p. 5.

WOO, Deborah. The People v. Fumiko Kimura: But Which People? **International Journal of the Sociology of the Law**, 1989, p. 15.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Estados Unidos. N.Y. Supr. Court. People v. Chen, No. 7774/87, 1989.

Estados Unidos. L.A. Sup. Ct. People v. Kimura, No. A-09113, 1985.

Estados Unidos. Florida Circuit Court. People v. Metallides, No. 73-5270, 1974.

Estados Unidos. People v. Poddar, 103 **Cal Rptr** 84, 1972.