

A EXCEPÇÃO CULTURAL (“CULTURAL DEFENSE”) COMO ESCUSA CRIMINAL: ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRA SUA FORMALIZAÇÃO

SAYURI ARAGÃO FUJISHIMA¹
sayurifujishima@gmail.com

RESUMO

Nos últimos anos, os tribunais criminais do Ocidente têm se deparado com a necessidade de decidir sobre casos onde as partes (em geral, o réu) trazem como argumentos, sejam como escusas totais ou parciais, a influência de sua cultura como motivação para os atos praticados no país que o recebe², previstos como crimes nesta jurisdição. A este tipo de defesa a doutrina chama de “cultural defense”³ ou “exceção cultural”⁴. Assim como as decisões dos tribunais divergem bastante quanto a considerarem ou não tais defesas, também o faz a doutrina, com argumentos bastante diversos tendendo para lados opostos.

Este artigo pretende expor alguns dos argumentos mais recorrentes e substanciais que embasam cada lado: aquele que se mostra contra o uso da exceção cultural como defesa e aquele que é a favor da consideração pelos tribunais deste tipo de defesa. Num primeiro momento situaremos o leitor dentro do tema “exceção cultural”, para, após, elencar os argumentos mais relevantes trazidos por doutrina autorizada, tanto no sentido contra quanto a favor do seu uso, a fim de que fiquem esclarecidas as suas vantagens e desvantagens. Por fim, concluiremos que os tribunais devem estar abertos a ouvir os argumentos culturais do réu, através da legalização formal da cultural defense, pautando sua aceitação ou não por análises muito minuciosas sobre a legitimidade do argumento e os limites que os direitos humanos impõem a eles.

PALAVRAS-CHAVE: multiculturalismo, exceção cultural, diferença cultural.

¹ Aluna do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho (sayurifujishima@gmail.com).

² Usa-se a expressão “país que recebe” uma vez que, geralmente, as situações estudadas em que se invoca a exceção cultural são de imigrantes. No entanto, usa-se esta expressão em sentido *lato* para abranger também os grupos indígenas, que, não sendo imigrantes, mas nativos daquele território, se proclamam com cultura diversa da dominante naquele Estado.

³ Alison Dundes RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, in Marie-Claire Foblets e Alison Dundes Rentels (eds.), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 61.

⁴ Patrícia JERÓNIMO, “Direito Público e Ciências Sociais: o contributo da Antropologia para uma densificação ‘culturalista’ dos direitos fundamentais”, in *Scientia Iuridica*, LX, 326, 2011, p. 348.

1. ELUCIDAÇÕES SOBRE EXCEÇÃO CULTURAL

O fim dos anos 1960 e início dos 1970 trouxe consigo as teorias do multiculturalismo, com especial ênfase nos Estados Unidos e Canadá, países reconhecidamente pluriétnicos, lar de populações indígenas e imigrantes de várias partes do mundo. A base ideológica do multiculturalismo é de que os Estados nacionais são obrigados a reconhecer e proteger as culturas dos membros de minorias (étnicas, religiosas ou linguísticas) que vivem em seu território⁵, opondo-se radicalmente, assim, a modelos assimilacionistas, que creem se deve ignorar a diversidade cultural⁶. Apesar do termo “cultura” suscitar uma série de interpretações diversas, neste texto optamos por nos cingir à concepção cultural adoptada por Kymlicka, ou seja, a de cultura (e multiculturalismo) como diferença étnica e nacional – uma cultura como uma comunidade intergeracional, com alguma completude institucional, dividindo um território e uma língua e história distintas. Para ele, um Estado é multicultural (e deve adotar uma política multiculturalista) quando seus membros são de nações diversas e esta diversidade é importante para sua identidade pessoal e sua vida política⁷.

Estas teorias que objetivam um Estado em que se reconheça a identidade cultural de todos os membros, no entanto, focaram-se mais intensamente na relação entre Estado ocidental e indivíduos de cultura diversa. Novos desafios surgem quando nos confrontamos com a relação entre indivíduos de cultura diversa dentro da jurisdição de um Estado, especialmente quando ações ou omissões de um destes constitui um crime segundo as leis do Estado acolhedor. Tais casos têm se tornado recorrente nos tribunais, onde muitas vezes o réu alega que seu comportamento violador das leis penais foi influenciado pelo seu “background” cultural. Este tipo de argumentação defensiva baseada na cultura como influenciadora do ato ou omissão é a exceção cultural.

Renteln, autora bastante reconhecida pela sua produção científica sobre a exceção cultural, a define como uma defesa reivindicada por imigrantes, refugiados e

⁵ JERÓNIMO, “Direito Público...”, *op. cit.*, pp. 348-349. James Anaya considera que o Estado multicultural, então, é aquele que consegue juntar unidade e diversidade com base na igualdade. Cf. James ANAYA, “International Human Rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural State”, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 21, 2004, p. 61.

⁶ A Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais do Conselho da Europa, em seu artigo 5º, n.2, proíbe a adoção, pelos seus Estados partes, de políticas assimilacionistas.

⁷ Will KYMLICKA, *Multicultural citizenship*, 5.ª reimpr., Oxford, Clarendon Press, 2003, p. 18.

populações indígenas com base em seus costumes ou leis costumeiras⁸. A razão de ser deste tipo de defesa é baseada no argumento de que o comportamento de um indivíduo é influenciado fortemente pela sua cultura⁹, que dá forma às percepções dos indivíduos e influencia suas ações, predispondo-os a agir conforme sua educação¹⁰. A cultura, a autora ressalta, é um fator a levar em conta no contexto da punição digna, assim como o sexo, a idade ou a saúde mental¹¹. No entanto, ainda que o uso da exceção cultural possa ser uma forma de aplicação dos princípios de respeito intercultural, ela suscita dúvidas acerca da sua moralidade e utilidade pública. Por um lado, ainda que “a cultura em que nascemos influ[a] largamente sobre aquilo que somos e sobre o modo como pensamos o nosso lugar no mundo”¹², o reconhecimento dos referentes culturais fundamentais para a identidade pessoal “não nos dispensa de fazer, em concreto, algumas, muito delicadas, ponderações de direitos e interesses, sempre que a identidade cultural de um indivíduo ou de um grupo conflitue com direitos de outrem”¹³. É neste sentido que se faz necessário analisar os prós e contras da adoção da cultural defense e em que situações ela poderia ser adequada e instrumento efetivo para a justiça, e em que situações seu uso é abusivo e põe em risco o objetivo de uma sociedade multicultural harmoniosa.

2. ARGUMENTOS CONTRA A CULTURAL DEFENSE

Julia P. Sams opõe-se ao reconhecimento formal da exceção cultural, enumerando os seus quatro problemas imediatos: a) definir quais os grupos de réus que podem reivindicar a cultural defense; b) manter o efeito desencorajador da lei penal dentro destes grupos; c) manter a justiça com a maioria dos americanos¹⁴, que não podem se utilizar da exceção cultural; e d) apoiar o princípio da legalidade¹⁵.

⁸ “A cultural defense is a defense asserted by immigrants, refugees, and indigenous people based on their costumes or customary law”. Cf. Alison Dundes RENTELN, “A justification of the cultural defense as partial excuse”, in *Southern California Review of Law & Women’s Studies*, 2, 1992-1993, p. 439.

⁹ RENTELN, “A justification of the cultural defense...”, *op. cit.*, p. 439.

¹⁰ RENTELN, “The use...”, *op. cit.*, p. 62.

¹¹ *Ibidem*.

¹² JERÓNIMO, “O Direito Público...”, *op. cit.*, p. 356.

¹³ JERÓNIMO, “O Direito Público...”, *op. cit.*, p. 349.

¹⁴ A autora sempre utiliza os Estados Unidos como hipótese de Estado que recebe as pessoas de cultura diversa.

¹⁵ Julia P. SAMS, “The availability of the ‘cultural defense’ as an excuse for criminal behavior”, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 16, 1986, p. 345.

A definição dos grupos que devem gozar da exceção cultural é um primeiro estágio do problema descrito no item “a”, por temor de que grupos e pessoas procurarão neste argumento uma forma de privilégio no sistema penal. No entanto, além de separar os grupos que podem se utilizar da exceção cultural, também se deve separar, dentro de um grupo culturalmente diverso, os indivíduos que podem se utilizar do argumento cultural e os que já estão demasiadamente “aculturados” (“encultured”)¹⁶, ou seja, que já absorveram em demasiado a cultura do país de recepção e para quem não seria reconhecido o direito a invocar a cultural defense. O mesmo se aplicaria às sub-culturas (como membros de gangues e grupos de alto poder aquisitivo): estes não poderiam utilizar-se da cultural defense para escusar comportamentos ilegais porque sua visão de mundo não é radicalmente diferente do resto da sociedade¹⁷, ou do que a lei define de “homem-médio”.

Ressalte-se que a oposição de Sams rejeita qualquer possibilidade de acolhimento cultural dos estrangeiros, que, uma vez no país acolhedor, devem adaptar-se o mais rapidamente possível ao sistema legal de sua nova residência. Permitir o uso da cultural defense removeria o incentivo dos estrangeiros a aprender e obedecer às leis do país em que vive, aumentando a incerteza pública e o desrespeito pela lei¹⁸.

A obediência ao princípio da legalidade citado como um problema da cultural defense, por sua vez, funda-se na premissa de que “todos são iguais perante a lei”, abarcando neste “todos” tanto os indivíduos cuja base cultural está de acordo com a legislação daquele Estado quanto os indivíduos cujos comportamentos (“culturalmente” influenciados) estão contra a lei. No entanto, recordamos que o conceito de igualdade deve sempre estar pautado na ideia de tratar os iguais de forma igual e os diferentes de forma diferente. O próprio reconhecimento dos direitos da diferença é sustentado pelo princípio da igualdade neste sentido¹⁹. Atente-se, ainda, que as leis de um Estado não estão livres da influência cultural²⁰, neste caso, da maioria, pelo que as minorias acabam por ser prejudicadas quando em confronto com a lei.

Apesar de não ser explicitamente contrário à cultural defense, Höffe afirma que o estrangeiro não pode invocar sua diferença com tanta facilidade, pois, para o autor, não só os estrangeiros devem informar-se acerca da lei do Estado acolhedor,

¹⁶ SAMS, “The availability...”, *op. cit.*, pp. 346-347.

¹⁷ RENTELN, “A justification...”, *op. cit.* p. 497.

¹⁸ SAMS, “The availability...”, *op. cit.*, p. 348.

¹⁹ JERÓNIMO, “Direito Público...”, *op. cit.*, p. 358.

²⁰ KYMLICKA, *Multicultural citizenship*, *op. cit.*, pp.108-109.

como a maior parte dos tipos penais são reconhecidos em todas as culturas legais²¹. Chamamos a atenção, no entanto, para o fato de que muitos Estados, especialmente aqueles com passado de colonização europeia, importaram seu sistema legal do Ocidente e a prática de suas populações nativas pode diferir substancialmente desse sistema legal²², pelo que afirmar que uma conduta é criminosa num país não é sinônimo de que a sua população o deixe de praticar²³.

Se o modelo de Estado assimilacionista vê na cultural defense o risco de violações legais, mesmo os multiculturalistas suscitam dúvidas acerca dos benefícios da cultural defense. Duas das críticas à cultural defense que afetariam os próprios grupos que dela deveriam gozar são a de que este argumento levaria à essencialização da cultura e reforçaria estereótipos, visto que o sistema legal atual ainda é mal preparado para interpretar tradições²⁴. Renteln justifica dizendo que é injusto requerer que o réu siga precisamente aquela tradição reivindicada do modo que era feita no passado, bem como que todos os membros do grupo a sigam, pelo que as pessoas e suas culturas são dinâmicas e não homogêneas²⁵.

A alegação mais perturbadora é de que a exceção cultural formal prejudicaria, acima de tudo, o direito das vítimas, pois elas geralmente são membros de grupos subordinados, como mulheres e crianças²⁶. Dentre os casos onde se suscitou a cultural defense, existem certos casos mais toleráveis aos olhos do Direito ocidental, mas outros que parecem mais chocantes ao Ocidente, em especial aqueles que envolvem comportamentos considerados abusivos sobre crianças e mulheres. Violações de direitos humanos são assuntos delicados, que devem ser tratado com a máxima minúcia – falaremos deles mais adiante.

²¹ Otfried HÖFFE, “Moral reasons for an intercultural criminal law. A philosophical attempt”, in *Ratio Juris*, 3, 11, Sep. 1998, p. 207.

²² Patrícia JERÓNIMO, “Estado de Direito e Justiça Tradicional. Ensaio para um Equilíbrio em Timor-Leste”, in José Lebre de Freitas *et al.* (orgs.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 99-100.

²³ Neste sentido, citamos o caso *Kimura*, em que uma mulher japonesa, residente nos Estados Unidos já havia quatorze anos, tentou realizar o *oyaku shinju*, suicídio tradicional japonês cometido pelo(s) genitor(es) com os filhos, a fim de livrar a si e a seus dois filhos da desonra ocasionada pelo adultério do marido. Apesar de criminalmente punido no Japão e hediondo para os ocidentais, os cidadãos japoneses costumam mostrar simpatia e compaixão pelo genitor que praticou o ato, não considerando um crime sério. O genitor é raramente punido pela conduta. Cf. Yuko KAWANISHI, “Japanese mother-child suicide: the psychological and sociological implications of the Kimura case”, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 8, 1990, p. 32.

²⁴ RENTELN, “The use...”, *op. cit.*, pp. 79-80.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Carolyn CHOI, “Application of a cultural defense in criminal proceedings”, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 8, 1990, p. 89.

3. ARGUMENTOS A FAVOR DA CULTURAL DEFENSE

A cultural defense pode ser legalmente sustentada por princípios legais consagrados: o julgamento justo, a liberdade religiosa, a igual proteção da lei e, mais explicitamente, o direito à cultura, este expresso no artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²⁷. Assim, quando analisado sob o prisma do direito à cultura, a exceção cultural dá ao réu que a alega a oportunidade de dizer ao tribunal os motivos da sua ação que aparentemente viola a lei do país. Neste sentido, uma política formal da exceção cultural garantiria que os tribunais estivessem abertos a informações sobre particularidades culturais²⁸. O juiz, então, jamais poderia sustentar que não se aceitam argumentos culturais, apenas que, naquele caso, o réu não preenche os requisitos necessários para beneficiar-se da cultural defense. Para Renteln, estes requisitos que visam verificar a autenticidade da defesa seriam: se o réu é membro do grupo étnico que diz ser; se o grupo tem a tradição que ele alega; e se o réu foi influenciado pela tradição em questão quando praticou a conduta criminosa²⁹. Todas estas condicionantes são essenciais para evitar que réus se utilizem da exceção cultural sem terem direito de a ela recorrer, fraudando o sistema, perigo este já alertado no tópico anterior e que representa uma séria ameaça à construção de jurisprudência intercultural precisa e aos direitos humanos³⁰, tanto do réu quanto da vítima do crime.

A formalização da exceção cultural, ainda, reafirmaria que as motivações do crime são importantes para determinar a responsabilidade do réu (como nos casos de legítima defesa e estado de necessidade)³¹, pois os motivos são muito importantes para estabelecer a responsabilidade criminal do réu e a adequação de sua pena³². Por ter um foco maior na culpabilidade moral, a abertura à cultural defense faz com que o réu seja julgado de acordo com seu próprio nível de culpa, promovendo justiça individualmente³³. E, não sendo necessariamente uma escusa total, a cultural defense é

²⁷ RENTELN, “The use...”, *op. cit.*, p. 62.

²⁸ RENTELN, “The use...”, *op. cit.*, p. 63.

²⁹ RENTELN, “The use...”, *op. cit.*, p. 64.

³⁰ RENTELN, “The use...”, *op. cit.*, pp. 73-74.

³¹ Michael FISCHER, “The Human Rights implications of a ‘cultural defense’”, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 6, 1997-1998, p. 671.

³² RENTELN, “A justification...”, *op. cit.*, pp. 446 e 489.

³³ FISCHER, “The Human Rights...”, *op. cit.*, p. 681.

uma boa alternativa ao binário culpado/inocente, que é “demasiado simplista para acomodar as sutilezas do mundo real”³⁴.

Criando uma autorização legal para o argumento cultural, também se evitam casos de juízes que são pessoalmente contra ela³⁵. Não apenas os legisladores e constituintes devem ser culturalmente abertos, mas também os juízes criminais³⁶. Recordamos, no entanto, que a existência de uma cultural defense formalizada não quer dizer que o juiz seja obrigado a aceita-la – ele apenas não poderá ignorar as possíveis nuances culturais de um caso que tenha em mãos.

Diante dos argumentos trazidos a favor da formalização legal da cultural defense, os autores consultados que a defendem concordam em um ponto chave: o uso da cultural defense tem limites, quais sejam, os direitos humanos. A conduta do réu que viola os direitos humanos de uma minoria não deve ser aceita como escusa³⁷, ao menos dentro da concepção de um mínimo fundamental dos direitos humanos³⁸. Levar em conta os direitos humanos é um método muito efetivo para avaliar um ato culturalmente motivado – mas, afinal, que ato, qualquer que seja, não é culturalmente motivado? A existência de um ato específico que viole um direito humano não quer dizer que aquela cultura toda em questão é “ruim”, mas que atos específicos associados àquela cultura são ruins³⁹. É essencial ressaltar que esta postura crítica também deve ser aplicada para o pensamento ocidental⁴⁰ - a avaliação sob a ótica de um mínimo fundamental de direitos humanos não goza da lógica de “dois pesos e duas medidas” e deve ser seguida em qualquer caso, estejam os argumentos revestidos ou não da nuance cultural.

4. CONCLUSÃO

Tendo em conta os argumentos favoráveis e contrários à cultural defense, concluímos que sua formalização é necessária para garantir o direito à cultura, mais

³⁴ “The current binary choice between guilt or innocence is much too simplistic to accommodate the subtleties of the real world”. RENTELN, “A justification...”, *op. cit.*, p. 489.

³⁵ RENTELN, “A justification...”, *op. cit.*, p. 496.

³⁶ HOFFE, “Intercultural...”, *op. cit.*, p. 216.

³⁷ RENTELN, “The use and abuse...”, *op. cit.*, p. 78.

³⁸ FISCHER, “The Human Rights...”, *op. cit.*, p. 697.

³⁹ FISCHER, “The Human Rights...”, *op. cit.*, p. 696.

⁴⁰ Fischer critica o fato de que o Ocidente vê a prática chinesa de atar os pés das garotas como deplorável, mas perfurar as orelhas das crianças, como ocorre no Ocidente, tolerável. “[T]here should be a sort of blank exception to all right-infringing cultural acts done by Westerns?”. Cf. FISCHER, “The Human Rights...”, *op. cit.*, p. 700. O Ocidente frequentemente vê em outras culturas elementos de suas próprias instituições legais retrógradadas, que tão orgulhosamente crê ter superado. Cf. HOFFE, “Intercultural...”, *op. cit.*, pp. 215-216.

especificamente, o direito que o réu tem de demonstrar seus argumentos culturais. Cabe ao Judiciário, no entanto, ponderar se o caso em concreto permite a consideração destes argumentos, ou seja, se o réu preenche os requisitos expostos por Renteln para avaliar se a conduta do indivíduo foi fortemente e verdadeiramente motivada por uma cultura diversa da que a lei protege. Após esta análise, cabe também ao Judiciário avaliar se aquela conduta violou o patamar mínimo de direitos fundamentais e em que medida: atos e omissões que representem uma grave violação a direitos humanos não podem estar impunes, e este raciocínio é válido em qualquer caso e para qualquer cultura que esteja sob análise.

BIBLIOGRAFIA

- ANAYA, James, “International Human Rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural State”, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 21, 2004.
- CHOI, Carolyn, “Application of a cultural defense in criminal proceedings”, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 8, 1990.
- FISCHER, Michael, “The Human Rights implications of a ‘cultural defense’”, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 6, 1997-1998.
- HÖFFE, Otfried, “Moral reasons for an intercultural criminal law. A philosophical attempt”, in *Ratio Juris*, 3, 11, Sep. 1998.
- JERÓNIMO, Patrícia, “Direito Público e Ciências Sociais: o contributo da Antropologia para uma densificação ‘culturalista’ dos direitos fundamentais”, in *Scientia Iuridica*, LX, 326, 2011.
- JERÓNIMO, Patrícia, “Estado de Direito e justiça tradicional. Ensaio para um equilíbrio em Timor-Leste”, in José Lebre de Freitas *et al.* (orgs.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011.
- KAWANISHI, Yuko, “Japanese mother-child suicide: the psychological and sociological implications of the Kimura case”, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 8, 1990.
- KYMLICKA, Will, *Multicultural citizenship*, 5.^a reimp., Oxford, Clarendon Press, 2003.

- RENTELN, Alison Dundes, “A justification of the cultural defense as partial excuse”, in *Southern California Review of Law & Women’s Studies*, 2, 1992-1993.
- RENTELN, Alison Dundes, “The use and abuse of the cultural defense”, in Marie-Claire Foblets e Alison Dundes Rentels (eds.), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009.
- SAMS, Julia P., “The availability of the ‘cultural defense’ as an excuse for criminal behavior”, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 16, 1986.