

**CULTURAL DEFENSE: BREVES REFLEXÕES SOBRE SEUS EFEITOS NO
DIREITO PENAL**
**CULTURAL DEFENSE: BREVES REFLEXIONES SOBRE SUS EFECTOS EN EL
DERECHO PENAL**

Angelo Rafael Neves Xavier¹

Marizane Bedin²

RESUMO

A diversidade cultural é característica de nosso país. Essa convivência entre diversas culturas existentes em um mesmo Estado faz com que o Direito como um todo se atualize na missão de dar uma resposta eficiente e, de alguma forma, mais justa aos casos que são encaminhados ao Poder Judiciário. Nesse aspecto, o Direito Penal merece uma maior atenção pois, diante de uma cultura dominante, que serve de base para os estudos da teoria geral do crime, podem surgir casos em que a temática tradicional se mostre insuficiente. Assim, deve-se examinar o erro de compreensão culturalmente motivado.

Palavras-chave: Direito Penal. Diversidade cultural. Erro de compreensão culturalmente motivado.

ABSTRACT

La diversidad cultural es característica de nuestro país. Esta convivencia entre diversas culturas existentes en un mismo Estado hace que el Derecho como un todo se actualice en la misión de dar una respuesta eficiente y de alguna forma más justa a los casos que son encaminhados al Poder Judicial. En este aspecto, el Derecho Penal merece una mayor atención pues ante una cultura dominante, que sirve de base para los estudios de la teoría general del crimen, pueden surgir casos en que la temática tradicional se muestra insuficiente. Así, se debe examinar el error de comprensión culturalmente motivado.

Palabras-clave: Derecho Penal. Diversidad cultural. Error de comprensión culturalmente motivado.

¹ Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Especializado em Direito penal Econômico Financeiro Europeu pela Faculdade de Direito de Coimbra, no curso de Especialização em Direito Penal Econômico e Financeiro Europeu. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), formado em 2007/1. Atua como Assessor Jurídico na Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor dos cursos preparatórios e Pós-Graduação da Faculdade IDC. Professor da Faculdade de Direito da IMED Porto Alegre. E-mail: <angelo.xavier@imed.edu.br>.

² Graduanda na faculdade de Direito da IMED Porto Alegre. E-mail: <marizanebedin@yahoo.com.br>.

1 INTRODUÇÃO

A diversidade cultural engloba um conjunto de culturas existentes, ou seja, a variedade de culturas diferentes que convivem entre si em um determinado local. Diz respeito à variedade e convivência de diferentes ideias e características sobre determinado assunto, situação ou ambiente. A globalização foi fator de extrema importância para que houvesse uma maior diversidade nesse âmbito, pois possibilitou maior intercâmbio cultural.

Cultura (do latim cultura, cultivar o solo, cuidar) é um termo com compreensões variadas, em diferentes níveis de profundidade. São práticas e ações sociais que seguem um padrão determinado no espaço e tempo, transmitido de geração a geração. Refere-se a crenças, comportamentos, valores, costumes, regras morais que constituem e norteiam uma sociedade. A cultura explica e dá sentido à estrutura e evolução de um determinado povo, é a identidade própria do indivíduo, que nasce e morre sobre suas influências.

O Brasil, conforme a UNESCO³, possui uma imensa diversidade cultural. Seu vasto território somado ao seu contexto histórico de colonização o torna um país de múltiplas culturas que buscam uma convivência harmônica entre si, em especial a cultura indígena, uma das mais antigas e ricas em tradições do nosso país.

Diante disso, uma das principais consequências dessa diversidade é o reflexo gerado no mundo jurídico, em casos de conflitos comportamentais. Neste aspecto, o presente texto discorre sobre as consequências jurídico-penais nas condutas praticadas por indígenas, que são permitidas em sua cultura, mas que estão tipificadas. Desperta o questionamento: o Direito Penal, com base na estrutura dominante do conceito de crime, está apto a ser aplicado a tais casos?

O tema é de suma importância e cada vez mais objeto de discussões nos estudos doutrinários, contudo, ainda que tenha bastante ocorrência no cotidiano, é de pouca aplicabilidade no âmbito jurisprudencial. Assim, o trabalho propõe uma análise do enquadramento dogmático das condutas culturalmente motivadas.

Por derradeiro, com base em um caso concreto e utilizando-se de um método dialético, expondo a doutrina tradicional e pensamentos mais modernos, discutir-se-á a aplicação da dogmática penal em situações em que o fato derivar de

³ UNESCO. Disponível em <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/cultura/cultural-diversity/>> Acesso em: 15 jul. 2018.

um comportamento culturalmente motivado, de forma a ponderar a estrutura clássica da teoria geral do delito quando do enfrentamento de casos semelhantes.

2 A CULTURA INDÍGENA BRASILEIRA

Desde o descobrimento do Brasil até o ano de 1970, a população indígena brasileira diminuiu consideravelmente, inclusive muitos povos já foram extintos. O desaparecimento destes passou a ser visto como uma perda lamentável, porém inevitável⁴.

No entanto, este quadro começou a dar sinais de mudança nas últimas décadas do século passado. O contingente de brasileiros que se consideravam indígenas cresceu 150% na década de 90. Um dado importante foi o aumento da proporção de indígenas urbanizados.

A atual população indígena brasileira, segundo resultados do Censo Demográfico realizado pelo IBGE em 2010, possui 817.963 indígenas, dos quais pouco menos da metade habitam em zonas urbanas brasileiras e compartilham de 247 tipos diferentes de línguas faladas⁵. Esta população, na sua maior parte enfrenta uma acelerada e complexa modificação social, enfrentando problemas concretos, tais como invasões e degradações territoriais e ambientais, exploração sexual, aliciamento e uso de drogas, exploração de trabalho, mendicância, êxodo desordenado, causando grande concentração de indígenas nas cidades.

As transformações sociais são de fato inevitáveis. As relações do indígena com as demais populações urbanas expõem um delicado e complexo sistema de adaptação. O índio traz em sua bagagem anos de tradições e culturas que em algum caso podem gerar responsabilidades penais, ressaltando a necessidade de uma análise mais profunda e a busca por novas alternativas para o Poder Judiciário, assim como veremos a seguir.

2 CULTURAL DEFENSE

⁴ FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>> Acesso em: 15 jul. 2018.

⁵ IBGE. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9677&t=destaques>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 faz referência aos direitos culturais, porém de forma superficial. Verificamos, no entanto, em legislações internacionais dedicadas à étnica e a cultura, que os direitos culturais aparecem sistematizados pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Na qual, à luz do seus artigos 22 e 27, é direito das pessoas participarem livremente na vida cultural, usufruir das artes e do progresso científico.

Como definição do termo cultural *defense*, poderíamos assim dizer, que se trata de uma teoria, uma estratégia legal que autoriza os tribunais a considerem que as influências culturais do indivíduo possam ser alegadas em juízo. No mesmo sentido, Davi André Costa Silva⁶ define a ofensa cultural como um ato praticado por um membro de uma cultura minoritária, que é considerado um delito pelo ordenamento jurídico da cultura dominante. Uma atitude recriminada, porém, com um forte vínculo entre o delito praticado com os antecedentes culturais do indivíduo, onde o ato é tolerado, aceito, promovido ou até mesmo imposto pela comunidade do qual pertence o agente, considerada uma ação comum à maneira de convívio em particular daquela sociedade. Para Broeck⁷, o cultural defense é o comportamento realizado por um sujeito pertencente a um grupo étnico minoritário, que é considerado delito pelas normas de um sistema de cultura dominante. Um crime somente poderá ser caracterizado como um delito culturalmente motivado, aquele que for praticado por um agente que pertença a um grupo minoritário.

No que tange ao conceito da teoria do cultural defense, há um consenso entre os doutrinadores e que pode ser aplicado de forma ampla ou restrita. Segundo Broeck, na versão restrita a influência cultural que o indivíduo possui poderá ser arguida como uma atenuante, e para isso se faz necessário uma explícita e nova doutrina das escusas penais, de acordo com o grau de influência dos fatores culturais sobre o indivíduo.

Por outro lado, conforme Renteln⁸, citado por José Augusto Nogueira Sarmiento em sua tese de doutorado, a versão ampla alcançaria uma verdadeira exclusão de responsabilização penal e não apenas simples atenuação de pena para

⁶ SILVA, Davi André Costa. **Direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 381.

⁷ BROECK, Jeroen Van. **Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences)**. European Journal of Crime law and Criminal Justice, v.9, n.1, 2009.

⁸ RENTELN, Alison Dundes. **The Use and Abuse of the Cultural Defense**. Canadian Journal of Law and Society, V. 20, N. 1, 2005, p. 63.

o autor que porventura venha a cometer um delito culturalmente motivado. Neste mesmo sentido, porém definindo os limitadores para aplicação da teoria do cultural defense em sentido amplo, Maglie⁹ define que:

A presença de uma cultural defense significaria a exclusão de responsabilidade do autor, mas os fatores culturais não seriam relevantes em caso de violação de bens personalíssimos e indisponíveis como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade sexual e, em geral, todos os bens tutelados direta ou indiretamente por tipos voltados a tutela dos direitos humanos invioláveis.

Para Renteln, não se enquadram em qualquer hipótese na discussão do tema, por exemplo, o tráfico e a exploração sexual de menores. Assim como ao violar direitos de mulheres e de crianças em casos que culminem com a morte das vítimas, os delitos devem ser punidos de forma mais severa. Trata-se de uma teoria que visa à proteção de uma minoria culturalmente diferente, porém zela pelos direitos fundamentais primordiais, como a vida e a dignidade humana.

É um tema peculiar e para o sistema penal brasileiro, em que prevalece o entendimento da cultura dominante, a necessidade de análise de caso a caso é fundamental.

4 OS REFLEXOS JURÍDICO-PENAIIS DO *CULTURAL DEFENSE*

Essa variedade cultural é de inegável importância, e nossa Constituição Federal de 1988 passou a reconhecer o respeito à cultura, tornando-a um direito Fundamental do indivíduo. Porém essa positivação não foi o suficiente para regular da forma mais adequada a aplicação do Direito Brasileiro nos conflitos entre as culturas, pois o que é “socialmente aceitável” ou “socialmente reprovado” é relativo à cada sociedade. Tanto a doutrina tradicional, como o Poder Judiciário, trata o direito conforme dita a cultura dominante.

Em nosso ordenamento jurídico, o Direito penal é a esfera que busca disciplinar e controlar uma sociedade através de leis claras e taxativas, sendo principalmente neste âmbito que as diferenças culturais entram em conflito. Costumes culturais que são restritos a determinados grupos sociais, na maioria das

⁹ MAGLIE, Cristina De. **Los Delitos Culturalmente Motivados**. Ideologías Y Modelos Penales. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 144.

vezes são ignorados em decisões dos nossos tribunais. E, embora sendo um direito garantido constitucionalmente, a cultura indígena comumente é ignorada quando tratamos da responsabilidade penal do índio.

E neste contexto, delicado e complexo, que buscaremos reflexões sobre a real efetividade da aplicação de sanções penais em delitos cometidos por indígenas sob a influência da sua cultura. O índio possui ou não, a capacidade de compreensão necessária para que o Direito Penal possa alcançar as suas principais finalidades.

Zaffaroni e Pierangeli criticam os que se posicionam no sentido de que o indígena é inimputável. Para os autores:

De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado¹⁰.

Entendem, assim, que algumas condutas praticadas pelo povo indígena podem ser tratadas como um erro de compreensão culturalmente motivado, na medida que extrapolam o elemento potencial consciência da ilicitude, pois o que deve pautar na análise é o grau de capacidade do agente em internalizar as normas impostas pela cultura dominante.

Para aprofundarmos o tema, citaremos um precedente da aplicação da teoria do cultural defense, que conforme a sentença:

Segundo narrou a denúncia, DORVALINO, cacique do agrupamento indígena do acampamento de Mato Castelhana, após discussão com a ofendida, indígena sob seu poder e autoridade, como forma de lhe aplicar castigo pessoal, com medida de caráter preventivo, de cunho intimidatório, puxou-a para fora da casa dela, arrastando-a por cerca de cem metros, até um campo, localizado em frente à sua residência, onde acorrentou a vítima em um tronco, com correntes e cadeado, CASSIANA, que estava grávida no momento do fato, ficou por cerca de quatro horas acorrentada, tendo sido agredida por MAURÍLIO, irmão do cacique, e por JOSÉ, cunhado de DORVALINO, com socos e “apertões”, bem como foi ameaçada e injuriada pelos réus. Depois disso, a ofendida foi solta pelo cacique, sendo expulsa do acampamento. A tortura tinha sido motivada porque a vítima defendeu o direito de sua filha e genro mudar de acampamento indígena, o que foi brutalmente rechaçado pelos acusados. Assim agindo, os incriminados estariam incurso nas sanções do artigo 1º, inciso II, combinado com os

¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 580.

incisos II e III, do §4º do mesmo artigo, da Lei Federal nº 9.455/97, na forma do artigo 29, caput, do Código Penal¹¹.

A defesa postulou a absolvição dos acusados sob o argumento de que a forma de punição era costume na tribo, pois havia norma interna na comunidade que regulamenta tais situações e que era aceita por todos, e que não tinham conhecimento do estado de gravidez de Cassiana.

Esse caso é um exemplo de que as sociedades modernas se veem marcadas na atualidade pela coexistência de diferentes grupos étnicos, religiosos e culturais. Isso porque, subsistem num mesmo espaço diversas culturas e visões de mundo, de modo que a promoção da jurisdição penal na atualidade jamais pode alcançar um ideal de “justiça” sem que haja uma efetiva apreciação de forma fundamentada de aspectos e circunstâncias pessoais e culturais de cada indivíduo incluído àqueles pertencentes a uma cultura minoritária. Tal ideia é consentânea com a concepção de que o direito também é um produto cultural de criação humana¹².

Na análise do julgado, entendeu o Magistrado que a responsabilização dos envolvidos escapava da reprovação do Direito Penal. Para o douto julgador, não haveria outra forma ao entender os índios, de assegurar o caráter de prevenção negativa e de afirmação da vigência das normas internas da tribo, exceto do modo como a medida adotada representou. Segundo o magistrado, o castigo, neste caso, partiu de uma demonstração pura e simples da autoridade do cacique, de um processo que se poderia aduzir como democrático, com a finalidade primeira de reeducar índios problemáticos. Inclusive cita o Estatuto do Índio no tocante a permissão às tribos para aplicar sanções de caráter penais ou disciplinares¹³.

O método disciplinador utilizado pela tribo, embora primeiramente possa parecer inapropriado, era a única forma utilizada para garantir o respeito às crenças e valores daqueles índios.

¹¹ Processo nº 021/2.10.0012312-9 (CNJ 0123122-79.2010.0021), 2ª Vara Criminal do Fórum da Comarca de Passo Fundo, Juiz Orlando Faccini Neto, Julgado em 21/08/2014. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

¹² SARMENTO, José Augusto Nogueira. **Breves reflexões sobre a cultural defense**. Relatório apresentado Curso de Doutorado à Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, não publicado, 2012/2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3339/2398>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

¹³ Processo nº 021/2.10.0012312-9 (CNJ 0123122-79.2010.0021), 2ª Vara Criminal do Fórum da Comarca de Passo Fundo, Juiz Orlando Faccini Neto, Julgado em 21/08/2014. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

Com base em lições de doutrina, os réus tiveram o reconhecimento da teoria do *cultural defense*, que, segundo o Juiz do caso, excluiu a culpabilidade de ambos. Isso faz com que algumas questões da dogmática penal sejam atualmente abordadas por um outro viés, gerando reflexos não só na jurisprudência mas com relevância no plano legislativo, em razão da cultura brasileira de que as algumas mudanças parecem necessitar de normatização legal, sob pena de não ostentar força suficiente para serem efetivadas¹⁴.

O erro culturalmente motivado, embora não contemplado em nossa legislação, é um instituto de suma importância nos estudos da evolução da teoria do crime, pois ao examinar-se a culpabilidade, como censura ao agente que praticou um injusto penal, é mister levar em conta até que ponto a norma foi internalizada por determinado grupo étnico, que ostentam uma regulamentação cultural que sobrepõe-se às normas impostas pela sociedade dominante.

Um bom exemplo no direito comparado, podemos obter do Peru, pois é expresso em seu Código Penal o erro de compreensão culturalmente motivado, nos termos do art. 15:

Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igualrazón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena¹⁵.

Temos ciência de que a simples modificação normativa jamais será suficiente para resolver os casos complexos que são levados ao Poder Judiciário. Contudo, a normatização impulsiona o aprofundamento do tema, bem como eleva o instituto do *cultural defense* – ou erro de compreensão culturalmente motivado – à categoria de elemento constituinte da teoria geral do delito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁴ As disposições da Lei 6.001, de 19.12.1973 (Estatuto do Índio), que mostra uma aparente atitude de benevolência para com o indígena, fazem uma constante referência da sua “integração”, esquecendo-se que o silvícola está integrado, só que está integrado na sua cultura, acerca da qual nós estamos tão desintegrados como ela da nossa. ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. 12 ed. rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 580.

¹⁵ Código Penal Peruano. Disponível em:

<http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

As instâncias de controle e organização social não podem ficar alheias a essa realidade cada vez mais perceptível. Em especial a ciência do Direito, sobretudo no que toca ao Direito Penal, uma vez que os fatores culturais, tanto de um migrante quanto de um indígena, fazem com que ocorram condutas que se adequam ao tipo penal e, por conseguinte, exigem apreciação pelo poder judiciário de eventual responsabilização jurídico-penal.

Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, e, em tal caso, não existe outra solução a não ser a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade da nossa civilização industrial, para destruir todas as relações culturais a ela alheias¹⁶.

Desta forma, ainda que não tenhamos um aprofundamento doutrinário mais detido sobre o *cultural defense*, cita-se este precedente como forma de provocar e trazer à baila a discussão sobre as condutas praticadas pelo indígena, que por mais que sejam aceitas ou impostas no seio de suas comunidades, podem infringir dispositivos penais e, assim, reclamam resposta pelos órgãos de justiça.

Por fim, reconhecido o erro de compreensão culturalmente motivado, teremos que adequá-lo à dogmática da teoria geral do crime, de forma a entender se o seu reconhecimento ao caso concreto implicará em uma dirimente extralegal ou, ao menos, como uma causa de redução de pena.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Sentença proferida no Processo nº 2100012312-9**. 2ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo. Juiz Orlando Faccini Neto. Julgamento em 21 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 580.

MAGLIE, Cristina De. **Los Delitos Culturalmente Motivados**. Ideologías Y Modelos Penales. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 144.

RENTELN, Alison Dundes. **The Use and Abuse of the Cultural Defense**. Canadian Journal of Law and Society, Volume 20, N. 1, 2005.

SILVA, Davi André Costa. **Direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

FUNAI. **Fundação Nacional do Índio**. Disponível em:
<<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>> Acesso em: 04 jul. 18.

BROECK, Jeroen Van. **Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences)**. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, v.9, n.1. Disponível em:<<http://jthomasniu.org/class/781/Assigs/vanbroeck-cultdef.pdf>> Acesso em: 04 jul. 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em:
<<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.