

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL

Pedro de Paula Lopes Almeida

**A proteção jurídica do patrimônio cultural diante das novas formas de conflitos
armados**

Manaus/AM

2015

PEDRO DE PAULA LOPES ALMEIDA

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL DIANTE DAS NOVAS
FORMAS DE CONFLITOS ARMADOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
do Programa de Pós-Graduação em Direito
Ambiental da Universidade do Estado do
Amazonas como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito
Ambiental

Orientador: Prof. Dr. Paulo Fernando de Britto Feitoza

MANAUS - AM
2015

Catálogo na fonte

Elaborada pela Universidade do Estado do Amazonas/UEA

A447p	<p>Almeida, Pedro de Paula Lopes</p> <p>A proteção jurídica do patrimônio cultura diante das novas formas de conflitos armados / Pedro de Paula Lopes Almeida. – Manaus: Universidade do Estado Amazonas, 2015. 125 fls.: 30 cm</p> <p>Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – UEA.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Paulo Fernando de Brito Feitoza</p> <p>1. Patrimônio Cultural. 2. Conflitos Armados. 3. Responsabilização Penal. I. Título.</p> <p>CDU 349.6(043.3)</p>
-------	--

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS

Av. Castelo Branco, 670 – Cachoeirinha – Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental.
Cep. 69027-170 – Manaus-Am.

PEDRO DE PAULA LOPES ALMEIDA

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL DIANTE DAS NOVAS
FORMAS DE CONFLITOS ARMADOS**

Dissertação aprovada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, pela comissão julgadora abaixo identificada.

Manaus, 19 de Junho de 2015.

Banca Examinadora

Orientador: Professor Dr. Paulo Fernando de Britto Feitoza

Instituição: UEA

Professor Doutor: Mauro Augusto Ponce de Leão Braga.

Instituição: UEA

Professor Doutor: Vítor Hugo Mota de Menezes

Instituição: Faculdade CIESA

AGRADECIMENTOS

Não conseguindo, por timidez ou inabilidade com as palavras, render as homenagens devidas aos meus neste espaço, gostaria de registrar minha gratidão a três cidades, às quais se conectam, acredito, todos aqueles a quem gostaria de me dirigir, cada um à sua maneira.

Em primeiro lugar, à cidade do Recife, dos versos de Ascenso Ferreira e Carlos Pena Filho, dos frevos de Antônio Maria, Luiz Bandeira e da orquestra de Nelson Ferreira, onde nasci, cresci, graduei-me na centenária Casa de Tobias e iniciei minha ainda e sempre incipiente vida profissional.

À cidade de Olinda!, que adotei como refúgio, em homenagem à sua beleza exuberante, onde a arte mostra que é sempre viva, soberana e atemporal e onde o frevo flutua do pentagrama, ganha vida através de músicos e instrumentos, até entrar pela cabeça, descer pelo corpo e sair pelo pé - inclusive daqueles que não sabem frevar, como o autor deste trabalho. Em Olinda, descobri o que é cultura, ainda que nunca tenha aprendido a descrevê-la.

Por fim, agradeço imensamente à cidade de Manaus, coração da Amazônia brasileira, onde fiz grandes amigos, descobri um país no qual nunca havia estado, um povo encantador e, sem sombra de dúvidas, onde fui mais feliz profissionalmente até hoje. A grandeza da natureza amazonense me fez respeitá-la e deixar o estudo do meio ambiente natural aos mais habilitados a essa empresa. Se não tivesse posto os pés em Manaus e me sentido tão diminuto diante da Selva e do Rio Negro, talvez não tivesse enveredado pela intimidade do patrimônio cultural.

RESUMO

ALMEIDA. Pedro de Paula Lopes. **A proteção do patrimônio cultural diante das novas formas de conflitos armados**. 125.f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) - Universidade do Estado do Amazonas

O presente trabalho tem por objetivo analisar a proteção do patrimônio cultural diante das novas formas de conflitos armados. O estudo se baseia, centralmente, na análise de elementos etnográficos e históricos, de um lado, e técnico-jurídicos de outro. Desse modo, a primeira seção capítulo procura demonstrar até que ponto os elementos culturais de determinado grupo humano e suas diferenças com relação àqueles de outras coletividades estão relacionados ao advento de conflitos armados. O trabalho, embora não envolva a coleta e análise de dados primários, vale-se de bibliografia etnográfica, permitindo a construção do terreno para a análise histórica das ameaças dos conflitos armados aos bens culturais. Ainda na primeira seção, são descritas as características das formas contemporâneas de conflitos armados, em contraposição ao modelo vigente até a primeira metade do Século XX. São feitas, ainda, distinções de conflitos armados com relação a situações que não constituem esse fenômeno para os fins do presente trabalho e é examinado o fenômeno denominado de crise do *status* de combatente. A segunda seção tem perfil mais dogmático e ocupa-se, fundamentalmente, da análise da normativa internacional protetiva do patrimônio cultural nos casos de conflitos armados, destacando-se a Convenção de Haia de 1954 e seus protocolos adicionais. A terceira seção é dedicada ao estudo do genocídio e à destruição do patrimônio cultural decorrente de sua prática. A nota distintiva, nesse particular, é a centralidade da pessoa humana na discussão relativa à proteção internacional dos direitos humanos. Por fim, a quarta seção é dedicada à análise da tutela penal dos atos de destruição do patrimônio cultural e à relevância da aplicação do direito penal internacional para dissuadir a repetição de atos dessa natureza.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural. Conflitos Armados. Combatentes. Genocídio. Responsabilização Penal.

ABSTRACT

ALMEIDA. Pedro de Paula Lopes. **The protection of cultural heritage towards the new forms of armed conflicts.** 125 p. Dissertation. (Master in Environmental Law). University of the State of Amazonas.

This study seeks to analyse the protection of cultural property towards new forms of armed conflicts. The research focuses, on the one hand, on the ethnographic and historic elements of culture and, on the other hand, on the legal features of that kind of protection. Therewith, the first Chapter seeks to demonstrate the extent to which a certain group's cultural features and its differences in comparison to others humans groups features' are related to the sparking of armed conflicts. This dissertation, although not having gathered primary data, is based upon several ethnographical studies, paving the way in order to build up a historical approach on the threatens armed conflicts pose over cultural heritage. In chapter one, general features of contemporary armed conflicts are described and compared to its standards from the first half of the 20TH Century. Some distinctions are also stated between armed conflicts and other phenomena that do not fit into the definition of armed conflicts to this work's scope. The crisis of the combatant status is also examined in chapter one. Chapter two is more dogmatically founded and concerns to the analyse of the international legislation related to the protection of cultural heritage in case of armed conflict, particularly the 1954 Hague Convention and its two additional protocols. Chapter three focus on the crime of genocide and the destruction of cultural property that follows it. The centrality oh the human being is one of its distinctive points. Finally, chapter four deals with the criminal consequences arising from the acts of destruction of cultural heritage and the relevance of the effectiveness of the international criminal law in order to dissuade people from practising acts such as that of the of the destruction of cultural property.

Keywords: Cultural property. Armed conflicts. Combatants. Genocide. Criminal Liability.

ABREVIATURAS

ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados

ADIH - Academia de Direito Internacional de Haia

CEDH - Corte Europeia de Direitos Humanos

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CICV - Comitê Internacional da Cruz Vermelha

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIJ - Corte Internacional de Justiça

CPA - Corte Permanente de Arbitragem

CPJI - Corte Permanente de Justiça Internacional

EB - Exército Brasileiro

ICTR - International Criminal Tribunal for Rwanda

NAFTA - North America Free Trade Agreement

OEA - Organização dos Estados Americanos

ONG - Organização Não Governamental

ONU - Organização das Nações Unidas

RDC - República Democrática do Congo

SIT - Social Identity Theory

TMI - Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

TPI - Tribunal Penal Internacional

TPII - Tribunal Penal internacional para a antiga Iugoslávia

TPIR - Tribunal Penal Internacional para Ruanda

UNESCO - United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

SUMÁRIO

Introdução.....	11
1. CORRELAÇÕES ENTRE CONFLITO E CULTURA.....	13
1.1 Considerações sobre identidade coletiva e conflito.....	13
1.1.1 <i>Noções de identidade individual, identidade coletiva e a relevância da cultura para sua construção.....</i>	13
1.1.1.1 <u>A visão primordialista.....</u>	<u>14</u>
1.1.1.2 <u>A visão construtivista.....</u>	<u>15</u>
1.1.1.3 <u>Movimento de transição das diferenças étnicas aos conflitos armados.....</u>	<u>17</u>
1.2 Ameaças que os conflitos armados representam aos bens culturais. Análise histórica do tema.....	19
1.2.1 <i>Idade Antiga e Idade Média.....</i>	19
1.2.2 <i>Idade Moderna e Contemporânea.....</i>	21
1.3 Características das atuais formas de conflitos armados.....	27
1.3.1 <i>Dicotomia entre conflitos internacionais e não internacionais.....</i>	27
1.3.2 <i>Distinção entre conflitos armados internos e situações de violência que não os caracterizam.....</i>	31
1.3.2.1 <u>Tensões e distúrbios internos.....</u>	<u>34</u>
1.3.2.2 <u>Guerra ao terrorismo.....</u>	<u>38</u>
1.3.3 <i>A crise do status de combatente.....</i>	39
1.3.3.1 <u>Manutenção e suspensão da imunidade conferida à população civil..</u>	<u>41</u>
1.3.3.1.1 Critério da natureza do ato praticado.....	43
1.3.3.1.2 Critério do pertencimento a um grupo armado.....	44
1.4 A intervenção de estados-terceiros nos conflitos de caráter não internacional..	44
1.4.1 <i>Surgimento dos questionamentos relativos ao tema.....</i>	44
1.4.2 <i>Jurisprudência internacional correlata.....</i>	46
2. O DIREITO HUMANITÁRIO E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL	51
2.1. A proteção internacional dos direitos de caráter cultural. O caráter de <i>jus cogens</i> das normas protetivas do patrimônio cultural.....	51
2.2 A proteção do Patrimônio cultural nas Convenções de Haia de 1899 e 1907.....	54

2.3 A proteção do Patrimônio cultural nas Convenções de Genebra de 1949.....	61
2.4 A convenção das Nações Unidas de 1954 relativa à Proteção do Patrimônio Cultural nos casos de Conflitos Armados e sua aplicação aos conflitos armados de caráter não internacional.....	64
2.4.1 <i>Advento da Convenção</i>	65
2.4.2 <i>Conceito de bem cultural</i>	66
2.4.3 <i>Níveis de proteção</i>	67
2.4.3.1 <u>Proteção geral</u>	68
2.4.3.2 <u>Proteção especial</u>	70
2.4.4 <i>Limitações à proteção dos bens culturais</i>	72
2.4.4.1 <u>Conduta do adversário</u>	73
2.4.4.2 <u>Necessidade militar</u>	73
2.4.5 <i>Aplicação da Convenção</i>	75
2.4.5.1 <u>Aspectos gerais</u>	75
2.4.5.2 <u>Aplicação da Convenção a conflitos internacionais e não internacionais</u>	77
2.4.5.3 <u>As regras de proteção mínima do patrimônio cultural em conflitos armados não-internacionais</u>	82
2.4.5.4 <u>Obrigação de salvaguarda do patrimônio cultural e de disseminação do dever de proteção</u>	82
3. O GENOCÍDIO COMO FORMA DE DESTRUIÇÃO CULTURAL.....	86
3.1 O indivíduo como sujeito de direitos na ordem internacional.....	86
3.2 Evolução normativa do tema.....	91
3.3 Os atos de violência sexual cometidos no curso de conflitos armados.....	97
3.3.1 <i>Bem jurídico tutelado</i>	97
3.3.2 <i>Jurisprudência relativa ao tema</i>	99
3.3.3 <i>Disposições normativas relativas ao tema</i>	101
3.3.4 <i>A vedação dos atos de violência sexual nos casos de conflitos armados de caráter não internacional</i>	104
4. A TUTELA PENAL INTERNACIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL.....	107
4.1 O surgimento da jurisdição penal internacional.....	107
4.2. A destruição do patrimônio cultural e a jurisdição penal internacional nos casos de conflitos armados não internacionais.....	111

<i>4.2.1 Crimes de Guerra</i>	111
<i>4.2.2 Crimes contra a humanidade</i>	116
CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

Durante séculos as palavras *guerra* e *limite* não guardaram grande afinidade. Dessa forma, estar em guerra significaria atuar no sentido de aniquilar o oponente. Os meios para atingir esse objetivos seriam todos aqueles existentes ao tempo dos combates.

Assim, a Antiguidade seguiu assolada por conflitos bárbaros, em que ser vencido significaria, necessariamente, morte ou intenso sofrimento físico. A Idade Média igualmente prosseguiu imersa em disputas sangrentas, sem que houvesse grandes preocupações com o sofrimento da população civil em geral. Na modernidade, a batalha de Solferino, ocorrida na Itália em 1859, é um dos mais vivos retratos modernos do quão desnecessário poderiam ser determinadas condutas bélicas, mesmo para aqueles incumbidos da atuação no campo de batalha. Surgiria, assim, a necessidade de criação de um direito regulador dos conflitos armados, modernamente denominado de direito humanitário.

Inicialmente preocupado com as condicionantes autorizativas do uso da força (*jus ad bellum*), o direito humanitário se viu também às voltas com a necessidade limitar a utilização desse mesmo uso (*jus in bello*), o que exigiu a adoção padrões mínimos de preservação da vida e da dignidade humana. Surgiram, assim, a partir de 1899, diversos textos convencionais com esse propósito, cujo conjunto atual mais significativo é formado pelas quatro Convenções de Genebra de 1949 e pelos dois Protocolos a elas adicionais, de 1977.

A guerra, porém, mostra-se danosa não apenas à integridade física das pessoas. Os conflitos armados podem deteriorar, instantaneamente, obras de arte, sítios de excepcional beleza, locais de adoração e construções culturalmente relevantes. De outro lado, a existência de tradições, formas viver, idiomas e religiões são também ameaçadas pela erupção de conflitos armados, comprometendo a transmissão de valores culturais muitas vezes milenares.

Paralelamente, é certo que a partir da Segunda Guerra Mundial, as características dos conflitos armados se alteraram profundamente. Os combates interestatais, conduzidos por exércitos simétricos e obedientes a uma bem definida cadeia de comando deram lugar a confrontos assimétricos, cujos atores muitas vezes não têm qualquer correlação com estruturas de poder formalmente construídas.

O arcabouço normativo existente no âmbito internacional para salvaguardar o patrimônio cultural diante dos conflitos armados tem sido, assim, continuamente testado pelas novos contornos dos enfrentamentos contemporâneos.

Este trabalho visa a analisar esse fenômeno, sob o ponto de vista fático e dogmático, utilizando para tanto o estudo da legislação internacional correlata como ferramenta epistemológica relevante. São realizadas digressões relativas à própria origem dos conflitos armados, sem perder o foco do caráter jurídico-dogmático que se propõe a ter a presente dissertação.

Dessa forma, a primeira seção do presente trabalho propõe situar o tema-problema sobre quatro eixos fundamentais: 1) o da correlação entre identidade coletiva e conflito e de que forma essa combinação se conecta com os conflitos recentes; 2) uma análise histórica a respeito das ameaças que os bens culturais significaram e significam para a humanidade; 3) as características das atuais formas de conflitos armados e, finalmente, 4) os aspectos relacionados à intervenção de estados-terceiros nos conflitos armados contemporâneos.

A segunda seção, por sua vez, de natureza mais dogmática, é dedicada à evolução normativa do direito humanitário e seu desenvolvimento (satisfatório ou não) no sentido de proteger os bens culturalmente relevantes.

A terceira e quarta seções são dedicadas as temas que dialogam com o ponto da repressão às condutas concreta ou potencialmente danosas ao patrimônio cultural. Assim, na terceira seção são abordados aspectos relativos ao genocídio, tendo como objetivo a indissociável relação entre a condição humana e a produção cultural. Por fim, a quarta seção destina-se à análise, ainda que sucinta, dos reflexos penais das condutas praticadas em desfavor do patrimônio cultural nos conflitos armados contemporâneos.

Por fim, são apresentadas as conclusões do autor, com a certeza de que é impossível exaurir o tema no âmbito deste singelo trabalho.

1. CORRELAÇÕES ENTRE CONFLITO E CULTURA

1.1 Considerações sobre identidade coletiva e conflito

1.1.1 *Noções de identidade individual, identidade coletiva e a relevância da cultura para sua construção*

Estruturada de tal modo que o isolamento absoluto parece uma realidade pouco provável, a vida em coletividade se realiza sem que, no mais das vezes, haja contínua reflexão por parte de seus membros sobre as razões que levam à formação de diferentes grupos sociais. Da mesma forma, conflitos de diferentes intensidades entre os distintos grupos ocorrem de modo numeroso. A análise dos elementos que levam à agregação ou desagregação das pessoas é, portanto, fundamental para o estudo dos conflitos armados.

Segundo Neal G. Jesse (2014, p. 93), enquanto a identidade de cada pessoa seria complexa, alternante, idiossincrática e pessoal, a identidade coletiva, por sua própria natureza, seria compartilhada. Assim, os componentes da identidade individual que são compartilhados com outros indivíduos, considerados a partir de então como integrantes do mesmo grupo étnico, constituiriam uma etnia. A etnia compreenderia, por exemplo, a adoção de sobrenomes comuns, a existência de mitos, lendas e histórias que identificariam os indivíduos a ela pertencentes.

Ainda segundo o autor (2014 p.93-94), um dos campos de estudo da psicologia social é o que se denomina de *Social Identity Theory* (SIT). A SIT assevera que os indivíduos teriam uma necessidade básica de pertencer a um determinado grupo e de expressar essa relação de pertencimento. Nesse processo de identificação, os indivíduos passam a distinguir os que integrariam o seu grupo daqueles integrantes de grupos distintos. Jesse (2014, p. 94-96) ainda distingue duas escolas de pensamento a embasar a existência de diferentes identidades étnicas: o primordialismo e o construtivismo, adiante sucintamente analisadas.

Segundo o autor, a análise das causas da guerra civil deve, portanto, partir dos fatores que influenciam o comportamento dos grupos. Assim, a identidade e a expressão de identidades de grupo através do conceito de identidade étnica coletiva, mais conhecida como etnicidade, dão fundamentos à análise das demandas do grupo com relação ao estado (JESSE, 2014, p. 93).

Nesse sentido, o atual mosaico de estados e etnias existentes permite que diferentes grupos étnicos concorram entre si para contestar e tentar conquistar a autoridade vigente (JESSE, 2014, p. 93). Nessas hipóteses, quando a disputa pelo poder ganha contornos de violência, as guerras civis e outras formas de conflitos armados podem decorrer desse tipo de contestação da autoridade vigente.

A partir desse ponto, é possível antever o papel ambivalente que os elementos culturais podem representar em situações de disputa. Segundo Philips, (2013, p. 225), o patrimônio cultural tem historicamente servido, ao mesmo tempo, como um elemento icônico das aspirações coletivas e, simultaneamente, como prova da identidade de determinado grupo social.

O autor prossegue, afirmando que o exemplo histórico recente da preocupação do povo egípcio com seu patrimônio cultural, por ocasião dos conflitos relativos à primavera árabe, demonstra que a construção de um sistema de proteção jurídica do patrimônio cultural é, em muitos casos, central para a integridade de povos e nações (2013, 227).

Por outro lado, é inquestionável que o desejo de proteção do patrimônio cultural pode ser uma força de unificação, erguida como bandeira das populações envolvidas em conflitos. Dentre os exemplos claros dessa tendência está a forma como toda a população egípcia, de caráter marcadamente multiétnico, reagiu contrariamente ao saque do Museu Nacional Egípcio, situado nos arredores da Praça Tahrir, um dos epicentros da primavera árabe (PHILLIPS, 2013, p.227).

1.1.1.1 A visão primordialista

Segundo a visão primordialista, a identidade étnica seria fixa ou pré-determinada, decorrendo fundamentalmente de elementos de caráter biológico. Um dos exemplos tradicionalmente citados para fundamentar essa ideia seriam as características físicas que distinguem determinados grupos étnicos. Segundo essa corrente, a cultura e os costumes funcionariam como mecanismos de socialização, a reforçar o senso de identidade étnica e comunidade. Assim, a cultura despontaria, como uma forma de permitir o desejo de continuidade das espécies. (JESSE, 2014, p. 94-96)

O conflito étnico, portanto, seria o resultado de verdadeiras diferenças existentes entre comunidades, posto que a divisão étnica e as tensões correlatas seriam a expressão natural de diferentes demandas políticas de grupos com distintas características e interesses (HOROWITZ, 1985, p.35). Dessa forma, os diferentes grupos étnicos tenderiam naturalmente

a apresentar suas demandas, ainda que sem demonstrações explícitas de dominação ou discriminação com relação a outro grupo.

O primordialismo, assim, ajudaria a explicar dois diferentes fenômenos políticos: primeiramente, ajudaria a esclarecer as demandas de autodeterminação nacional surgidas a partir da segunda metade do Século XIX. Efetivamente, segundo essa corrente, todos os grupos étnicos tendem, em algum momento, a reivindicar o direito ao autogoverno, se necessário com a criação de seu próprio estado. A região da Catalunha, na Espanha, seria exemplo de uma comunidade próspera com relativa autonomia, que ainda reivindica o reconhecimento de sua independência como estado (JESSE, 2014, p 94).

As principais críticas dirigidas ao primordialismo seriam de duas ordens. A primeira delas, no sentido de que essa corrente não poderia explicar a diversidade étnica humana, nem tampouco o advento de etnias distintas das atualmente existentes, ou mesmo o desaparecimento de outras tantas. Por outro lado, o primordialismo também não poderia prever mudanças e variações das características dos conflitos étnicos no espaço e no tempo, sendo incapaz, assim, de explicar, por exemplo, as razões pelas quais católicos e protestantes conviveriam harmonicamente na Bélgica, ao passo que o mesmo não aconteceria na Irlanda do Norte (JESSE, 2013, p.94).

1.1.1.2 A visão construtivista

A corrente construtivista, por sua vez, defende que as noções de comunidade e solidariedade étnicas não seriam uma realidade objetiva, mas sim o resultado de um processo de criação dinâmico, continuamente reconstruído, com base em elementos culturais e fontes de poder. Nesse sentido, as comunidades não seriam criadas, mas “imaginadas” (ANDERSON, 1991).

Dessa forma, a etnicidade pode ser compreendida como um fenômeno que atende aos sentimentos mais elementares de inclusão social, tornando-se real a partir do momento em que é considerada como existente pelos seus próprios membros e por outros indivíduos que não se consideram a ela pertencentes.

A contínua construção da identidade étnica, assim, permite a sua mudança ao longo do tempo, possibilitando o surgimento de diferentes etnias, simultaneamente à absorção e extinção de outras tantas. A “paisagem étnica”, assim, estaria em constante alternância, como forma de permitir a satisfação das necessidades de seus próprios membros (ESMAN, 2004).

A assimilação das propostas construtivistas tem consequências diretas sobre a temática dos conflitos armados. Primeiramente, a corrente construtivista não interpreta os conflitos étnicos como algo natural ou inevitável. Assim, as diferenças existentes entre distintos grupos étnicos não precisariam, necessariamente, ser politicamente salientes e tampouco deveriam, invariavelmente, levar a conflitos armados.

Por outro lado, o reconhecimento das diferenças existentes entre diversos grupos étnicos poderia acontecer de forma pacífica, sem a necessidade da eclosão de disputas para a afirmação dessas diferenças. Um dos exemplos de possível convivência harmoniosa de dessemelhanças seria o sentimento de duplo pertencimento dos cidadãos da União Europeia, juridicamente vinculados não apenas a seus países de origem, mas também ao bloco europeu regionalmente considerado. (JESSE, 2014, p. 95). Assim, a eclosão de disputas - muitas vezes violentas - entre diferentes grupos étnicos não seria uma consequência natural dessa pluralidade, mas constituiria uma decorrência de falhas da estrutura social vigente, que permitiriam o início e a propagação da violência.

Aceita a perspectiva de que a identidade étnica seria socialmente construída, surge a questão relativa a quem seriam os agentes de fato dessa contínua transformação. Assim, numa perspectiva instrumentalista, a noção de identidade coletiva poderia ser usada pelas elites - atores, na prática, desse processo - para orientar e guiar as massas em uma determinada direção política. Desse modo, o ator político poderia, seletivamente, evocar costumes, tradições e elementos linguísticos para ressaltar determinados caracteres étnicos, de modo a cooptar um grupo especificamente relacionado a tais elementos. Um dos exemplos tradicionalmente citados de direcionamento político das potenciais diferenças étnicas seriam os conflitos na antiga Iugoslávia, inflamados pelo líder sérvio Islobodam Milosevic e reciprocamente alimentados por líderes croatas.

De igual modo, uma variante marxista do pensamento instrumentalista advoga que as elites políticas se utilizam das diferenças étnicas para enfraquecer a classe trabalhadora, minando o proletariado e aproveitando-se do seu enfraquecimento para aumentar sua exploração. (HOBSBAWM; RANGER, 1983).

As diferentes variantes do construtivismo, assim, anuem no sentido de que a etnicidade seria um mito, construído pelas elites política e econômica, ao sabor das suas necessidades. Assim, os conflitos étnicos não derivariam de diferenças reais ou mesmo de verdadeiras demandas identitárias, mas seriam consequência da manipulação e exploração desses elementos. O entendimento dos conflitos em curso, assim, passaria mais pela análise das relações de poder vigentes na comunidade em exame do que pelo estudo aprofundado de

questões como diversidade linguística, usos e costumes, formas de organização familiar e produção cultural.

Evidentemente, o pensamento construtivistas também é largamente criticado por não responder adequadamente a diversas questões. Não haveria, assim, explicação razoável para a existência de identidades étnicas que perduram há séculos. Igualmente não seria adequadamente esclarecido através de que mecanismos as massas seguiriam as elites política e econômica. Tampouco é considerado o fato de que diversos conflitos étnicos conduzem ao fortalecimento dos sentimentos de identificação do grupo atacado com maior intensidade. Finalmente, não seria suficientemente explicada a persistência de determinados elementos étnicos, mesmo quando não mais se mostrem politicamente relevantes (JESSE, 2014, p. 96).

1.1.1.3 Movimento de transição das diferenças étnicas aos conflitos armados

Tradicionalmente, paz e guerra sempre foram estágios claramente distintos no cotidiano da humanidade, exigindo-se certas formalidades e o respeito a determinadas regras jurídicas para a transição de um estado para o outro. Por essa razão, como se verá adiante, a partir do século XVI floresce o desenvolvimento das regras jurídicas relativas aos conflitos armados.

Os conflitos armados atuais, porém, não mais cabem nos esquemas construídos a partir da realidade vigente até a segunda metade do século XX. As guerras ditas modernas frequentemente se correlacionam com temas relativos a justiça social e consistem, muitas vezes, em conflitos relacionados à afirmação de direitos, cuja eclosão não obedece a qualquer protocolo internacionalmente adotado. Assim, a doutrina clássica da guerra justa, por exemplo, não se aplicaria a essa nova forma de conflitos. Numa feliz analogia, Paul Richards compara esse tipo de disputas às brigas familiares, em que a presunção de coesão social preexistente de que os membros do grupo não deveriam brigar entre si foi temporariamente suspensa (RICHARDS, 2013, p. 41)

Assim, o binômio conflito/paz social apresenta certo caráter de continuidade no ambiente multiétnico. Observando-se, desse modo, que os conflitos armados são uma constante, tão ou mais importante do que apresentar as razões para a existência de conflitos étnicos é explicar de que forma se dá a passagem das simples tensões ou diferenças entre grupos sociais para os conflitos em si (RICHARDS, 2013, p.42).

Dessa forma, desponta a relevância de estudar as interseções entre as teorias sobre ação coletiva e liderança e as teorias sobre identidade coletiva. É possível, em síntese,

catalogar duas ordens de fatores para a exacerbação dos conflitos étnicos: os domésticos e os internacionais.

Os fatores de natureza doméstica, em geral, podem ser classificados como de duas ordens: a atuação de atores políticos, de um lado, e de instituições, de outro. Os atores políticos podem ser entendidos como as elites conjuntamente consideradas, os partidos políticos e os movimentos sociais. Cada um desses atores teria uma gama própria de interesses e capacidade de articulação e organização (JESSE, 2014, p. 98-99). A maior parte das teorias sobre fatores étnicos domésticos se ocupa de como os diferentes atores da elite mobilizariam as distintas etnias para fins de contestação política ou confrontação violenta direta.

As instituições domésticas, de outro lado, seriam as estruturas em cujo âmbito, ou através das quais, as elites apresentariam suas demandas e empreenderiam as medidas tendentes à consecução de seus objetivos, sendo exemplo delas a imprensa e o parlamento. Nesse sentido, mecanismos de controle das demandas de minorias - como o sistema de veto - apresentam grande relevância para a manutenção de estruturas de poder dominantes. (TSEBELIS, 2002).

Um dos exemplos de mecanismo de controle étnico realizado através de instituições domésticas foi a possibilidade de veto pela minoria branca, no período do Apartheid na África do Sul. Observa-se, assim, clara utilização de instituição de caráter político (o parlamento), para a realização de objetivo de predominância de uma etnia sobre outra. Desse modo, o papel das instituições pode ser determinante com relação à possibilidade de que tensões étnicas evoluam, por exemplo, para guerras civis (PELEG, 2004).

Desse modo, embora não haja padrões universais de funcionamento das instituições pelo mundo, é certo que os regimes democráticos têm se mostrado mais adequados à manutenção das tensões étnicas em níveis aceitáveis, menos propensos à eclosão de conflitos armados. Essa constatação se deve, em grande parte, ao fato de que a ascensão em caráter autoritário de um determinado grupo étnico sobre as estruturas de poder tem como consequência frequente a tentativa de anulação das possibilidades de participação de outras etnias nos mecanismos de tomada de decisão (BYMAN, 2002).

No que diz respeito aos fatores de ordem internacional, três principais elementos podem ser destacados. O primeiro deles diz respeito à presença de comunidades étnicas em áreas que ultrapassam as fronteiras de um país. De fato, os limites entre países apresenta natureza artificial, o que os torna de difícil assimilação para os integrantes de uma determinada etnia que tenha se estendido para além de suas fronteiras (JESSE, 2014, p.100).

Um segundo fator internacional a ser analisado consiste na intervenção de estados-terceiros, como o que aconteceu por parte da ex-Iugoslávia com relação ao conflito na Bósnia-Herzegovina. Nesse caso, o estado interventor pode deter interesses econômico ou de segurança interna na demanda, que se refletem no apoio a determinado grupo étnico (JESSE, 2013, p. 100). Acentuar supostas incompatibilidades culturais ou mesmo manipular as diferenças entre os distintos grupos étnicos, alegando possível supressão de um grupo por parte de outro, pode se mostrar, assim, como forma de atuação estratégica de uma nação estrangeira, interessada na manipulação das demandas dos grupos étnicos de determinado país ou região.

Por fim, tem-se como fator internacional relevante para a evolução de conflitos étnicos a atuação de organizações não governamentais (ONG's) e outros agentes não estatais, de grande relevância no âmbito regional e internacional, como é o caso da atuação da União Africana na manutenção da paz entre as nações compostas por diferentes etnias naquele continente. (JESSE, 2013, p.101)

1.2 As ameaças que os conflitos armados representam aos bens culturais. Análise histórica do tema

1.2.1 Idade Antiga e Idade Média

Durante a antiguidade, a conduta dos beligerantes não encontrava, de modo geral, qualquer limite jurídico ou ético estabelecido. Desse modo, a situação de conflito permitia a devastação completa de cidades e vilas. A destruição de obras de arte, edifícios e conjuntos arquitetônicos era vista como consequência inexorável do estado de beligerância. Em razão disso, o direito à pilhagem seria ínsito ao vencedor e os monumentos históricos e obras de arte, por exemplo, não gozariam de qualquer proteção especial.

Efetivamente, nessa época, os únicos limites que se percebem ao agir das partes em conflitos eram aqueles incutidos pelos temores religiosos. Desse modo, deveriam ser preservados, por exemplos, os edifícios e templos dedicados às divindades, sob pena de vingança (NAHLIK, 1967, p. 66).

Para os romanos, todavia, a lógica da guerra encontrou formas de driblar as preocupações de caráter religioso, valendo-se do argumento de que, se as entidades divinas haviam abandonado os locais de adoração e seus fiéis, permitindo a aproximação bem sucedida do inimigo, não haveria razões religiosas que demandassem uma atenção especial

àquele determinado local. Com base nesse raciocínio, Cartago e Coríntio foram integralmente devastadas, incluindo-se os locais de culto e objetos ali mantidos (NAHLIK, 1967, p.67).

A Idade Média, por outro lado, não representou um período de grande avanço no tema. Um dos pontos centrais quanto ao assunto reside no fato de que, na estrutura política feudal, as artes eram consideradas atividades essencialmente mecânicas, não gozando, assim, da relevância de que se revestiam as atividades primordialmente intelectuais, às quais que se dedicavam os senhores feudais. A arte deveria, assim, “resignar-se pacientemente ao caminho que lhe traçam as regras corporativas, de um lado, e o programa desenhado pela teologia, de outro” (NAHLIK, 1967, p. 68, tradução nossa)¹

Por outro lado, com relação ao *corpus juris* relativo ao direito dos conflitos armados, sobressai a noção de guerra justa. Juristas e teólogos medievais, assim, preocupam-se sobremaneira com o direito ao conflito em si (*jus ad bellum*). Desse modo, as questões centrais seriam aquelas relativas à legitimidade da autoridade que deflagrou o combate, à existência de algum impedimento formal para o início do conflito (se, por exemplo, houve a violação a algum tratado de paz) e se, sob o ponto de vista moral, o objetivo a que visava a parte beligerante era aceitável. As preocupações com relação à forma pela qual o conflito deveria ser conduzido ocuparam, no período, pouco espaço no processo de tomada de decisões durante o combate (NAHLIK, 1967, 68.)

Efetivamente, sobrevieram algumas tentativas da Igreja Católica de amenizar os efeitos da guerra para o patrimônio cultural, materializados nos sínodos e concílios do Papa Gregório IX e incorporados ao direito canônico. Na Europa, houve múltiplos esforços no sentido de que, quando as tréguas de caráter religioso, denominadas de *Pax Dei*, sobreviessem, a cessação das hostilidades deveria ser imediata, em razão sobretudo da vulnerabilidade da população civil (THÜER, 2011, p.62)

A limitação imposta pela igreja, todavia, no sentido de que os bens de caráter cultural deveriam gozar de proteção apenas enquanto afetados à atividade religiosa dificultou a preservação de grande parte do patrimônio laico no período (NAHLIK, 1967, p. 68).

Assim, as cruzadas se apresentaram como oportunidade para larga e irrestrita pilhagem, não apenas de mesquitas mulçumanas, mas também de templos da Igreja Ortodoxa (CHAMBERLAIN, 2004, p.7). Frise-se, por exemplo, que em razão das cruzadas a Constantinopla, realizadas em 1204, adveio largo dano ao patrimônio cultural, a despeito de

¹ “L’art doit d’ailleurs se résigner à suivre patiemment le chemin que lui tracent les règles corporatives, d’une part, le programme dressé par le théologien, de l’autre.”

recomendações expressas em sentido contrário feitas pelo papa Inocência III (NAHLIK, 1967, 68).

No ponto, merece atenção especial o período que se segue do renascimento ao Congresso de Viena, que marca a mudança do paradigma vigente no sistema feudal, em razão da guinada relativa à relevância conferida à arte, ao artista e à obra de arte. Desse modo, os ideais renascentistas permitiram a propagação da ideia de que o produto do trabalho do artista não seria o resultado de uma atividade operária, mas um ato de criação, único e insuscetível de ser repetido ou copiado (NAHLIK, 1967, 68).

1.2.2 Idade Moderna e Contemporânea

A despeito das mudanças promovidas com o ressurgimento dos valores humanísticos atrelados à renascença, é certo que os conflitos armados a que a humanidade assistiu nos séculos XVI e XVII não demonstraram preocupação tão mais extremada com a proteção do patrimônio cultural.

Os atos de destruição se revelaram de acentuada intensidade nas condutas de conquista fora da Europa. Desse modo, em 1519, Hernán Cortés promoveu a destruição de todas as construções da cidade Tenochtitlan, capital do império asteca, sem excepcionar sequer quatrocentos Teocali (templos religiosos astecas) (NAHLIK, 1967, p. 69).

Em 1527, sobreveio o saque de Roma, comandado por Charles Quint, que atingiu a própria Basílica de São Pedro. Do mesmo modo, inúmeras igrejas alemãs foram destruídas e saqueadas por ocasião da guerra dos trinta anos, iniciada em 1618 e, em 1622, a Liga Católica realizou o saque da biblioteca de Heidelberg, com a finalidade de levá-la à Santa Sé (NAHLIK, 1967, p.70).

Observa-se, assim, clara contradição entre a ideologia renascentista e a prática efetiva da guerra. Certos elementos de ordem política, porém, permitem inferir algumas das razões da contradição dentre discurso e prática.

A primeira delas consistira na reforma protestante. Posto que, até o fim da idade média, a relevância da obra de arte residiria, fundamentalmente, em significações de caráter religioso ou mitológico, a produção artística passou a ser vista com reservas por parte dos protestantes, posto que poderia revelar elementos de idolatria ou de obscenidade. Assim, apenas a partir do século XVII, com o fim das guerras de religião e com a possibilidade de que florescesse na Holanda uma arte de caráter não religioso ou mitológico, voltada a retratar

a vida cotidiana das pessoas, os reformadores apreenderam os valores artísticos de forma relativamente dissociada das tensões políticas imperantes.

Em segundo lugar, a esse tempo os exércitos europeus eram majoritariamente compostos de mercenários, vinculados às coroas para o cumprimento de missões pontuais. A pilhagem dos despojos dos vencidos remanesceu, assim, como prática comum para os soldados, vista como forma eficaz de aumentar a remuneração pelo trabalho contratado. A constituição de forças armadas regulares, rigidamente hierarquizadas, sujeitas a rigorosos padrões de hierarquia e regularmente pagas é produto dos modelos militares impostos por Luís XIV, na França, e Frederico II, na Prússia.

Em terceiro lugar, o culto excessivo aos valores da antiguidade evocava também, ainda que indiretamente, o baixo grau de preocupação existente àquele tempo com o patrimônio cultural. Desse modo, o pequeno progresso por que passou o tema em questão na idade média, fundamentalmente graças à doutrina da guerra justa, restaria ofuscado pelo resgate de alguns valores próprios da antiguidade (NAHLIK, 1967, 71).

Hugo Grotius, por outro lado, discorreu longamente sobre os efeitos jurídicos das guerras justas, asseverando a legitimidade da aquisição da propriedade do inimigo, desde que decorrente de uma guerra dessa natureza. Em suas palavras “todo homem em uma guerra formalmente declarada, adquire a propriedade daquilo que espolia do inimigo, sem qualquer restrição” (GROTIUS, 2005, p. 1316. Tradução nossa)². Baseado na preexistência de limitação ao direito na guerra (*jus in bellum*), Grotius parte da premissa de que há limitações à atuação dos beligerantes, decorrentes do próprio direito natural e confirmadas pelas regras de direito das gentes (2005, p. 1185).

Ainda assim, o conceito de *jus ad bellum* prosseguiu de forma politicamente conveniente, sem significar maiores restrições, comparecendo, por exemplo, na Paz da Vestfália (1648), como inerente a todos os Estados e estabelecido como decorrência direta de sua soberania (THÜER, 2011, p. 41).

Nesse sentido, ainda no Século XVIII, George F. Martens iniciou a formação de uma proposta de cláusula limitativa do *jus ad bellum*, separando-se lentamente das disposições de direito natural tradicionalmente invocadas com essa finalidade. Sob essa influência, é cunhada a cláusula considerada como pedra angular do direito humanitário, inserida posteriormente no

² “Moreover, by the Law of Nations, not only he that makes War for a just Cause, but every Man in a solemn War acquires the Property of what he takes from the Enemy, and that without Rule or Measure”. (GROTIUS, 2005, p. 1316).

preâmbulo da Segunda Convenção de Haia de 1899, relativa às leis costumes da guerra nos seguintes termos:

Até que um código mais completo das leis de guerra seja editado, as Altas Partes Contratantes convencionam que, em casos não incluídos nas regulamentações por elas adotadas, as populações e os beligerantes permanecem sob a proteção e a autoridade dos princípios do direito internacional, tal como resulta dos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, a partir das leis da humanidade e as exigências da consciência pública.³

Observa-se, assim, uma clara evolução no período em questão, que perpassa dos escritos de Grotius, para quem o direito natural serviria para minimizar a severidade das condutas tradicionalmente praticadas pelas partes beligerantes, até as considerações de Martens, no sentido de que, ainda nas hipóteses em que o direito natural não proscruva determinada conduta, o agir das nações beligerantes deve se ater aos mais caros preceitos de humanidade, formadores da consciência pública (NAHLIK, 1967, 76).

Nessa direção, observa-se no período forte tendência à positivação, no âmbito do direito dos tratados, dos elementos relativos ao problema em questão. Desse modo, a partir da segunda metade do Século XVII, surge um série de tratados - dentre os quais se destacam aqueles relativos à paz da Vestfália, dotados de dois gêneros de cláusulas, ambos relevantes para preservação do patrimônio cultural.

De um lado, observa-se a inserção cada vez mais frequente de cláusulas que preveem a restituição dos bens pilhados ao adversário. São exemplos de tratados que contêm cláusulas dessa natureza os tratado de paz entre Espanha e Holanda (Münster, 1648, arts. 24 e 29), Espanha e França (Ilha de Faisans, 1659, art. CXII), Holanda e Suécia (Nimègue, 1678, Art. 7º) (NAHLIK, 1967, p. 77).

Por outro lado, despontou no período a previsão de que arquivos e bibliotecas deveriam ser preservados de qualquer destruição, posto que inegavelmente atrelados ao território onde situados, não devendo ser pilhados ou destruídos. Contêm cláusulas dessa natureza os tratados de paz celebrados entre Áustria e França em Nimègue (1679, art. IX) e França e Holanda, celebrado em Ultercht 1713 (art. 8º) (NAHLIK, 1967, 77).

Com base nesse arcabouço jurídico, é possível dizer que as guerras conduzidas a partir do Século XVIII apresentaram grau de moderação relativamente superior aos embates

³ Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience. (HAGUE CONVENTION, 1899).

anteriores travados, muito embora alguns atos de violação brutal a bens culturalmente relevantes tenham sido igualmente praticados no período.

Assim, em 1794 o exército prussiano pilhou praticamente todos os objetos integrantes do tesouro real contidos no Castelo de Wawel, em Cracóvia, que deveria passar à administração austríaca (NAHLIK, 1967, p. 78). Ainda assim, nesse período, os pontos mais relevantes e controversos no tocante à proteção do patrimônio cultural diziam respeito à Revolução Francesa e ao crescimento do Primeiro Império, sob a égide de Napoleão Bonaparte.

Efetivamente, há relatos históricos de que os generais comandantes das tropas francesas na Bélgica teriam recebido ordens expressas para encaminhar à França todas as obras consideradas dignas de figurar nas coleções e museus da república francesa. Desse modo, desponta claro que alguns dos partidários do regime republicano francês, recentemente inaugurado e erigido sobre a bandeira da liberdade, acreditavam que a superioridade de seu regime os autorizaria a erigir em Paris uma coleção de caráter único no mundo, destinando à capital francesa todas as obras de arte que atingissem excepcional grau de valor artístico (NAHLIK, 1967, 78).

Em 1796, Antoine-Chrysostome Quatremère de Quincy (*“le savant français”*) publicou sete cartas, intituladas “sobre o prejuízo que a supressão de monumentos de arte causaria à Itália”, manifestando-se claramente contra a despojamento de obras de arte de Roma. Assim, a preservação do patrimônio italiano manteria viva a ideia de que a Europa representaria uma verdadeira “república das artes”, cujos membros se ligariam mutuamente em razão de sua produção artística e científica (SCOVAZZI, 2008, p. 19).

Apesar dos esforços do *savant français*, a subtração de obras de arte italianas pelas tropas francesas, comandadas pelo General Bonaparte em plena atividade militar, foi irrefreável. Consciente da necessidade de conferir legitimidade jurídica à sua atuação, graças à atuação de Bonaparte o tratado de paz concluído em Bolonha, 23 de junho de 1796 previu expressamente em seu art. VIII a remessa, por parte do Papa, de cem quadros, bustos, vasos ou estátuas, à livre escolha de comissários enviados a Roma especialmente com essa finalidade, além de quinhentos manuscritos, a serem escolhidos pelos mesmos comissários (NAHLIK, 1967, 79).

Após a sua coroação como imperador, Napoleão reduziu a sua preocupação formal com cláusulas desse tipo, mas foi notória a participação da figura do Barão Vivant-Denon, diretor do Museu do Louvre, responsável pela identificação e captação de obras relevantes para o acervo do museu. Assim, em pouco tempo o Louvre se transformou no museu de

acervo mais rico que um dia tenha existido, a tal ponto que, em 1810, o seu acervo permanente continha vinte e oito quadros de Rafael, vinte e quatro de Ticiano, trinta e quatro de Van Dyck e trinta e três de Rembrant (NAHLIK, 1967, 79).

A partir do Século XIX, teve início uma mudança de mentalidade relativa à efetiva existência ou não de um direito à aquisição dos despojos de guerra de relevante valor cultural. Por ocasião da guerra de 1812, por exemplo, a marinha britânica capturou um navio norte-americano contendo obras de arte de propriedade do “*The Philadelphia Museum of Art*” e tentou retê-lo, sob a alegação de se tratar de apreensão de guerra. Posteriormente, porém, a justiça canadense - foro escolhido para o caso - concluiu que os objetos de valor artístico presentes no navio deveriam ser devolvidos aos legítimos proprietários, ao argumento de que constituiriam parte do patrimônio comum da humanidade (CHAMBERLAIN, 2004, p. 8).

Após a regulamentação das questões políticas de caráter primordial no Congresso de Viena, observou-se, assim, clara tendência dos países anglo-saxões de banir o direito à pilhagem, ainda quando praticada no bojo de um conflito armado. Assim, em nota circular datada de 11 de setembro de 1815, o Visconde Castlereagh Secretário de Estado de Britânico declara que toda a conduta do governo francês (seja ele republicano ou imperial) ou de qualquer outra nação, tendente à espoliação da partes vencidas seria “contrária a todos os princípios de justiça e aos costumes da moderna forma de realizar guerra”. Por essa razão, prosseguia o secretário, o estado britânico não reconhecia os efeitos jurídicos de qualquer tratado celebrado com vistas a revestir de aparente legitimidade os atos de espoliação praticados e invocou o princípio segundo o qual as obras de arte assim subtraídas deveriam ser restituídas para os territórios de onde foram retiradas (NAHLIK, 1967, p. 79)⁴.

Diante da atitude vacilante do estado francês na restituição das obras de arte pilhadas, as tropas aliadas, comandadas pelo general Wellington realizaram a retomada de muitos dos bens indevidamente levados a Paris, restituindo-os, em alguns casos, não aos países de onde foram subtraídos pela França, mas sim àqueles a que pertenciam primitivamente, como foi o caso dos manuscritos acima citados e encaminhados de Roma a Paris, que terminaram reenviados a Heidelberg, Alemanha, local de onde teriam sido pilhados em 1622 (NAHLIK, 1967, p. 80).

Como leciona NAHLIK (1967, p. 82), a partir do Séc. XIX a arte, assim como a estética em geral e mesmo as ciências, retoma forte conotação católica. Paralelamente, o

⁴ “contrary to every principle of justice and to the usage of modern warfare.”...“it does not appear that any middle line can be adopted, which does not go to recognize a variety of spoliations under the cover of treaties, if possible more flagrant in their character than the acts of undisguised rapine...The principle property regulated by claims of the territories from whence these works were taken, is the surest and only guide to justice.”

ocidente passa a descobrir o interesse pela arte popular europeia e outros campos do conhecimento, como arqueologia, sociologia e etnografia vêm ao encontro da história da arte, para permitir um maior refinamento do seu conhecimento.

Assim, prossegue o autor (1967, p.82), o catolicismo de que a estética e a ciência se mostraram imbuídas no período atraiu a atenção à produção artística de colecionadores, permitindo-se verdadeira invasão de compradores abastados. A compra de uma obra de arte passou a ser vista, então, como opção de investimento de bom retorno, tendo em conta que a passagem do tempo apenas permitiria o aumento do preço da obra, raramente ocorrendo sua diminuição. Frisa o autor que “esse valor, espiritual e material, aumentando com o tempo, contribui à formação de uma concepção de patrimônio cultural nacional, cuja defesa se impõe” (NAHLIK, 1967, p.82). Ainda segundo o autor, consequências dessa mudança de paradigmas são os esforços no sentido de inventariar, classificar e armazenar as obras de arte, criando redes administrativas especializadas na sua proteção e tornando-as, em seguida, acessíveis ao público, através da abertura de grandes museus, de tal maneira que as obras de arte são consideradas, “de um lado como símbolos da riqueza cultural dos países e cidades que os abrigam e, de outro, como algo que, além de todas as barreiras políticas, une a humanidade inteira” (NAHLIK, 1967, p.82)⁵.

A guerra civil espanhola também trouxe consigo sérios danos ao patrimônio cultural ibérico, tendo desencadeado a elaboração de um esboço de convenção denominado *International Convention for the Protection of Historic Building and Works of Art in time of War*. As tensões que levaram à erupção da Segunda Guerra Mundial, todavia, impediram o aprofundamento das discussões relativas ao tema e a conclusão definitiva do texto convencional (CHAMBERLAIN, 2004, p. 10).

Russos e Alemães também teriam promovido saques em série por ocasião dos conflitos levados a efeito durante a Segunda Guerra Mundial, sendo certo que em diversas ocasiões a Convenção de Haia de 1907 foi invocada, de modo a tentar inibir os saques indevidos ou a apropriação de bens de valor cultural. O fundamento central para impedir esse tipo de pilhagem, seria o art. 46 da referida Convenção de Haia. Também com base nesse dispositivo, os Estados Unidos teriam se absterido de bombardear Kyoto, no Japão, em deferência ao rico patrimônio cultural da cidade (CHAMBERLAIN, 2004, p. 12).

Inúmeros foram os casos na história recente relativos à destruição de bens de relevante valor cultural, em razão de conflitos armados. Embora alguns desses danos sejam

⁵ “On les considère, d’une part, comme symboles de la richesse culturelles des pays et des villes qui les abritent, et, de l’autre, comme quelque chose qui, à traves toutes les barrières politiques, unit l’humanité entière.”

militarmente classificados - de forma eufemística - como simples “danos colaterais”, muitos dos alvos foram escolhidos com o claro propósito de suprimir a identidade cultural do adversário.

Em outras hipóteses, combatentes se utilizaram da proteção internacional de que determinado bem ou espaço deveriam gozar para levar a cabo operações e manobras militares de forma ilícita sob o ponto de vista do direito internacional, tentando evitar, com isso, um eventual contra-ataque. Exemplo desse tipo de conduta teria sido o posicionamento de duas aeronaves de combate nas proximidades do Templo de Ur por parte do Iraque, em 1991, durante a Guerra do Golfo.

Igualmente massacrada pelas atividades militares durante a guerra na ex-Iugoslávia, a cidade de Dubrovnik, mesmo após ter sido declarada Patrimônio Cultural da Humanidade teria sido atingida por mais de 500 (quinhentos) foguetes, que arruinaram cerca de 45% (quarenta e cinco por cento) da cidade, incluindo seu centro histórico.

Ainda com relação aos conflitos na antiga Iugoslávia, é ilustrativo da problemática aqui tratada o ataque à ponte de Mostar, situada na Bósnia-Herzegovina, por bósnios croatas no ano de 1993. Legado do império turco otomano, o ataque à ponte, desprovida de qualquer relevância militar, foi um claro sinal de ódio à cultural mulçumana existente na região por parte dos sérvios e exemplifica a política de limpeza étnica abertamente empregada na região entre as décadas de 1970 e 1990 (PHILLIPS, 2013, p. 225).

Outro exemplo amplamente divulgado de destruição de bens culturais no curso de conflitos armado foram os ataques, no ano de 2001, aos budas gigantes existentes na cidade de Bamiyan, na parte norte do Afeganistão. A conduta demonstrou claramente as diretrizes da política fundamentalista e iconoclasta na região por parte do grupo religioso Talibã (PHILLIPS, 2013, p. 225).

É também emblemático na história recente o caso da tomada do Museu Nacional de Bagdad, no Iraque, cujas dependências estariam sendo utilizada como uma posição militar das forças iraquianas (CHAMBERLAIN, 2004, p.3).

1.3 Características das atuais formas de conflitos armados

1.3.1 Dicotomia entre conflitos internacionais e não internacionais

Não é tarefa fácil indicar causas ou características comuns aos conflitos armados globalmente considerados, especialmente em razão da dificuldade de compreendê-los fora de

seu contexto único e particular. Desse modo, não seria possível definir uma natureza geral das guerras, quer sejam elas interestatais ou intraestatais (NEWMAN, 2014, p. 171).

Ainda assim, a doutrina internacional é capaz e identificar alguns elementos comuns aos conflitos armados ocorridos nas décadas mais recentes, diferenciando-os daqueles ocorridos até a primeira metade do século XX. Desse modo, uma das distinções entre o mundo atual, multipolar, e aquele do período que viveu até o término da Guerra Fria é também a mudança dos padrões de violência.

Os conflitos armados atuais, de um modo geral, caracterizam-se pela assimetria entre as capacidades militares das partes envolvidas, nos casos de conflitos de caráter internacional. De outra banda, no que diz respeito aos conflitos de caráter não internacional, a ausência de estruturação das forças de combate é característica frequente. Como assevera Djamchid Momtaz, essa “metamorfose da guerra afeta em ambos os casos o desenvolvimento das operações militares, gerando consequências desastrosas para a população e para os bens de caráter civil” (MOMTAZ, 2010, p. 3).

Nas guerras ditas assimétricas, assim, despontam como desafios a aplicação do princípio da distinção entre população civil e os combatentes, bem como a separação dos bens de caráter civil dos objetivos militares. Desse modo, não é raro que as partes detentoras de maior capacidade bélica procurem flexibilizar as regras que impedem ataques à população civil e aos objetivos de caráter não militar, comumente com base na argumentação de que teria havido participação direta dos civis nas hostilidades, ou utilização indevida de bens e espaços originalmente não vocacionados à destinação bélica.

De outro lado, os conflitos de caráter não internacional, mais numerosos na atualidade, em geral acarretam consequências de caráter ainda mais grave para a população civil e para os bens não utilizados militarmente. Frequentemente decorrentes de divergências de caráter religioso ou étnico, esses conflitos apresentam o discurso de ódio na base de suas construções ideológicas. Como consequência, nesses casos, o principal objetivo não é apenas a neutralização militar do oponente, mas a sua própria destruição, seu extermínio ou seu banimento de determinado território (MOMTAZ, 2010).

O interesse da doutrina por esse último tipo de conflito tem crescido consideravelmente, a partir da década de 1990, após a erupção epidêmica de eventos violentos, sobretudo no ambiente pós colonial. Angola, Bósnia, Burundi, Haiti, República Democrática do Congo (RDC), Chechênia, Serra Leoa, Ruanda e Libéria são alguns dos exemplos de países que passaram, em anos recentes por conflitos dessa natureza. Diante dessa constatação empírica, a doutrina aponta elementos comuns a esses conflitos, relativos à

atuação dos seus protagonistas, à utilização de novas ferramentas tecnológicas, ao alto impacto humano desses conflitos e ao tecido social e econômico dos países em que esses embates ocorrem (NEWMAN, 2014, p. 171).

Um dos relevantes pontos de consenso sobre o tema é o fato de que os conflitos de caráter interno, sem prejuízo das características individuais de cada caso, são marcados pela falência das instituições estatais, sobretudo nos países ditos subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Efetivamente, estados enfraquecidos são em geral mais vulneráveis a movimentos insurgentes, especialmente em razão da baixa capacidade de suprimir desafios de caráter militar (NEWMAN, 2014, p.173).

De modo mais amplo, a questão pode ser vista no contexto de tensões sociais e econômicas, que erodem a capacidade estatal de monopolizar a violência legítima, denotando fragilidades que permitem o fortalecimento de queixas fundadas em supostas incompatibilidades étnicas facilitam a exacerbação dos níveis de violência. Nas palavras de Newman (2014, p. 173-174, tradução nossa):

A crise do Estado e o papel que ela desempenha com relação aos conflitos armados pode ser desencadeada por diversos fatores. Governos corruptos desenvolvem gestões predatórias e clientelismos, de modo a se capitalizar, distribuir os valores recebidos entre seus aliados e subornar eventuais adversários. Essa situação enfraquece a legitimidade estatal porque bens e serviços públicos não são adequadamente destinados à população e os grupos que não são contemplados com os frutos da corrupção são aliçados do poder. Consequentemente, os grupos preteridos situados à margem do poder se mobilizam de forma violenta contra o governo, especialmente em momentos de crise como os de recessão econômica. Isso se manifesta na falência da legitimidade estatal, do monopólio estatal sobre o uso da violência, de modo que um estado latente de antagonismos e inseguranças, muitas vezes alimentados por elites sectárias vem à tona. Nesse sentido, um padrão de violência produzida por grupos privados, emerge no vácuo da autoridade estatal, muitas vezes de forma associada a identidades comunais.⁶

Desse modo, após o término da guerra fria, é certo que o suporte financeiro das superpotências a países periféricos, notadamente da África e Ásia, viu-se reduzir. A partir dos anos noventa, portanto, a extração e venda de recursos naturais, como diamantes e ouro,

⁶ “The crisis of the state and the role this plays in armed conflict can be precipitated by a number of process. Corrupt governments pursue predation and clientelism in order to enrich themselves, repay supporters and pay-off potential adversaries. This weakens the legitimacy of the state because public goods are not delivered and groups that are not receiving the fruits of the government’s corruption become alienated. Consequently, these dispossessed groups on the periphery mobilize in violent opposition to the government, especially at times of crisis such as economic shocks. It is manifested in a breakdown of state legitimacy, a breakdown of the state’s monopoly on the control and use of violence, and latent antagonisms and insecurities, often fuelled by sectarian elites, come to the fore. In turn, a pattern of violence by private groups emerges in this vacuum of state authority, often associated with communal identities(NEWMAN, 2014, p. 173-174).

permitiu o financiamento de conflitos armados em países como Camboja, Libéria e Serra Leoa, destacando-se, neste último, a extração de diamantes (THÜER, 2011, p. 264).

Nesse sentido, a falência da capacidade estatal de controlar o monopólio da violência dificulta a diferenciação entre a população civil e combatentes de um modo geral e, em particular, entre combatentes integrantes de forças estatais e aqueles de disposição unicamente privada.

Por outro lado, é certo que os governos de estados enfraquecidos relutam em aceitar restrições às formas e meios de que dispõem para suprimir eventuais rebeliões, especialmente ao argumento de que os conflitos de caráter intraestatal configurariam matéria de natureza *interna corporis*. Como se verá no capítulo seguinte sob o ponto de vista dogmático - embora o tema já tenha sido antecipado, sob o aspecto histórico, nos tópicos anteriores, no marco do desenvolvimento do direito internacional humanitário, a discussão a respeito da natureza do conflito em exame não pode ser utilizada para suprimir direitos mínimos, reconhecidos pela comunidade internacional aos indivíduos em geral. Desse modo, manter a proteção de direitos relativos à própria existência humana na dependência da natureza do conflito em questão vai ao encontro da necessidade de estabelecimento de sistemas de proteção imparciais, capazes de diluir os discursos de ódio e de permitir que sentimentos de humilhação e de desejo de vingança se dissipem (THÜER, 2008, p. 53).

Em resumo, a crise de estados enfraquecidos, notadamente na era pós-colonial, proporcionou um ambiente favorável à deflagração de conflitos intraestatais, que têm em sua origem disputas de poder relativas à exploração de recursos monetários e naturais. Como aponta Newman (2014, p. 174), esse ambiente permitiu a intensificação das inseguranças de minorias em países caracterizados pela pluralidade étnica.

O momento histórico atualmente vivido, por outro lado, aponta para um aumento indiscriminado do uso da força no cenário internacional. Observa-se, assim, uma notável tendência doutrinária, no sentido de justificar a existência de um eventual direito à auto-defesa preventiva, baseada no art. 51 da Carta das Nações Unidas. Como aponta o Professor Cançado Trindade (2006, p. 128), porém, a doutrina mais lúcida e os comentários melhor fundamentados a respeito do art. 51 da Carta da ONU desautorizam a chamada auto-defesa preventiva. Assim, a própria história legislativa internacional indicaria que a aplicação do art.

51⁷ estaria subordinada à proibição geral do uso da força, insculpida no art. 2.4⁸ da Carta, submetendo-se ao controle do Conselho de Segurança da ONU.

Assim, as tentativas de expandir o conceito de auto-defesa, a ponto de englobar condutas preventivas jamais respondeu a questões básicas para a consecução dos objetivos do direito humanitário, como a possibilidade de desencadeamento de seguidas represálias, o uso generalizado da força e agressão baseada na mais completa imprecisão conceitual e na tomada de decisões estritamente discricionárias. Vale lembrar que, caso a doutrina da “auto-defesa preventiva” tivesse sido aplicada por ocasião da crise dos mísseis de Cuba (1961-1962), haveria a possibilidade de uma catástrofe de proporções superiores à do desfecho da II Guerra, com a vitimização da população do mundo inteiro pela utilização indiscriminada de armas nucleares pelas superpotências da época (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 129).

1.3.2 Distinção entre conflitos armados internos e situações de violência que não os caracterizam

A simples existência de uma situação de violência não basta para que se mostre caracterizada a existência de um conflito armado. De um modo geral, exige-se para tal caracterização que as partes em confronto possam ser minimamente identificadas e que a violência tenha atingido um nível relativamente elevado, de maneira que o direito humanitário não se aplicaria apenas àquelas situações que notadamente se adequem aos critérios de identificação previstos no II Protocolo Adicional de 1977 e àqueles definidos pela jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, posteriormente incorporados ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (MOMTAZ, 2010, p. 33).

⁷ Artigo 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.

⁸ Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.

O direito humanitário clássico surgiu, conforme já visto, como forma de regulamentar conflitos envolvendo dois ou mais estados soberanos. O mais fundamental conjunto de normas desse ramo do direito internacional são as quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus dois protocolos adicionais.

Para os fins do presente trabalho, como já indicado acima, é de extrema relevância art. 3º, comum às quatro Convenções, que estende um núcleo mínimo de proteção aos conflitos de caráter não-internacional. Não é possível, todavia, analisar o alcance do art. 3º e das normas insculpidas no Protocolo II Adicional às Convenções de 1949 sem dedicar a devida atenção ao processo de desenvolvimento interpretativo levado a cabo pela sociedade internacional com relação às suas garantias.

Inicialmente, é preciso notar que o art. 3º acima citado não define o que seria um conflito armado de caráter não internacional. Dessa forma, resta àquele que analisa uma determinada situação concreta a tarefa de definir a partir de que ponto certo conflito existente no âmbito de um estado assume proporções que extrapolam os limites dos interesses internos, degenerando para um problema de ordem internacional.

Segundo Rosário Domingues-Matés, “a falta de definição do Artigo 3º é exatamente uma de suas maiores virtudes, porque permite uma ampla interpretação de seu significado e de sua aplicação material” (2008, p.854). Efetivamente, a apresentação de uma definição rígida e restritiva do que deveria ser compreendido como conflito armado de caráter não internacional poderia afastar por completo a incidência de institutos de direito humanitário a um grande número de embates contemporâneos.

⁹ Artigo 3.º No caso de conflito armado que não apresente um carácter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Potências contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada a aplicar pelo menos as seguintes disposições: 1) As pessoas que tomem parte diretamente nas hostilidades, incluídos os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimento, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer critério análogo. Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas: *a)* As ofensas contra a vida e integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, torturas e suplícios; *b)* A tomada de reféns; *c)* As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes; *d)* As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados. 2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados. Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às Partes no conflito. As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor por meio de acordos especiais todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção. A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito.

Por outro lado, o Protocolo Adicional nº II às referidas Convenções, de 07 de dezembro 1977, define em seu art. 1.(2) o que seriam conflitos armados de caráter não internacional:

Artigo 1.º Âmbito de aplicação material

1 - O presente Protocolo, que desenvolve e completa o artigo 3º, comum às Convenções de 12 de Agosto de 1949, sem modificar as suas condições de aplicação atuais, aplica-se a todos os conflitos armados que não estão cobertos pelo artigo 1º do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo 1), e que se desenrolem em território de uma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre uma parte do seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo.

2- O presente Protocolo não se aplica às situações de tensão e de perturbação internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos, que não são considerados como conflitos armados.

Ocorre, porém, que a definição contida no referido protocolo II também não é suficiente à regulação dos conflitos armados atualmente em vigor. Enquanto a noção insculpida no art. 1º do referido Protocolo II muito se aproxima da definição de guerra civil, os contornos dos conflito armados com que as populações têm de lidar atualmente são muito mais diversificados do que a clássica noção de guerra civil.

Observa-se, desse modo, que a clássica distinção entre conflitos de caráter interno e internacional não mais atende à realidade dos atuais conflitos, mostrando-se anacrônica, assim como se mostra incabível a separação completa entre a jurisdição de caráter doméstico e aquela de âmbito internacional.

Nesse sentido, dois elementos são essenciais para a definição desses conflitos de caráter não internacional, a saber: a) a intensidade do conflito e b) a organização das partes do conflito.

Nessa perspectiva, para Rosário Domingues-Matés, a moderna concepção de terrorismo não se adequaria ao conceito de conflito armado, a despeito de sua prática e ameaça serem proscritos pelo direito internacional, consoante se depreende do art. 51.2 do Protocolo adicional nº II de 1977. Nesse sentido, observem-se as palavras da autora:

As regras de Direito Internacional Humanitário aplicáveis a conflitos armados exigem a existência de partes identificáveis (Estados ou grupos armados com organização militar e suas respectivas estruturas de controle, qualificadas como parte adversária ao governo nos conflitos internos). Isso é algo totalmente diferente dos problemas de ordem pública e da existência de “redes ou grupos de

terrorismo”, que não são “partes” em um conflito armado. Não é compreensível que uma “rede clandestina de terrorismo” (muitas vezes integrada por células sem qualquer conexão para comunicação) possa ser considerada parte em um “conflito armado”. O seu tratamento deve corresponder ao do direito interno dos Estados e ao Direito Internacional aplicável, de acordo com os acordos anti-terrorismo de âmbito universal ou regional (2008, p. 860/861).

Adiante, abordaremos duas hipóteses de situações que, embora violentas, podem apresentar dificuldades específicas para o seu enquadramento como conflitos armados à luz da normativa internacional vigente.

1.3.2.1 Tensões e Distúrbios Internos

A respeito das necessidade de proteção nos casos de conflitos armados de menor intensidade, é de grande valor a tese desenvolvida pelo Professor René-Jean Wilhelm (1972, p. 328), por ocasião de seu curso ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia. Assim, já em 1972, alertava o acadêmico para a possível interpretação do art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, no sentido de que a cláusula contida em sua parte final, segundo a qual “as partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor por meio de acordos especiais todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção” comportaria uma dupla interpretação.

A primeira delas, mais conservadora, diria respeito à exegese mais literal da norma inscrita no art. 3º. Assim, na hipótese de conflito armado de intensidade considerável, estariam asseguradas as garantias elencadas no texto do artigo em questão, sem prejuízo de que as partes em conflito celebrassem acordos especiais, tendentes à aplicação de outras garantias previstas em outras disposições normativas. Essa interpretação apresenta duas dificuldades à proteção dos direitos humanos, em cujo contexto se inscreve a salvaguarda do patrimônio cultural: em primeiro lugar, nos conflitos de caráter interno não há habitualmente a disposição dos insurgentes para a celebração de acordos bilaterais ou multilaterais, ainda que tenham sua capacidade jurídica internacional reconhecida para esse ponto específico, tema ainda muito controverso. Em segundo lugar, ela não privilegia a afirmação de direitos fundamentais num dos contextos mais graves para a condição humana que são os conflitos armados.

A segunda interpretação possível é no sentido de que, aos conflitos armados de caráter interno de intensidade considerável, que não se confundiriam com simples tensões internas, aplicar-se a inteireza das normas protetivas do direito humanitário, notadamente o conjunto

das normas de proteção insculpidas nas Convenções de Genebra de 1949. As regras de proteção contidas no art. 3º, poucas e limitadas que são, destinaram-se exatamente à situação caracterizadoras de simples tensões ou distúrbios internos.

A adoção da segunda linha interpretativa encontrou, na prática, grande resistência no âmbito da comunidade internacional. Desse forma, os esforços posteriores à adoção das Convenções de 1949 foram no sentido de tentar aplicar, aos conflitos armados internos, um conjunto de normas protetivas bem mais amplo do que as garantias contidas no já citado art. 3º, de onde resultam especialmente os Protocolos de 1977 e, mais especificamente, a Convenção de Haia de 1954, adiante analisada (WILHELM, 1972, p. 328).

Nesse sentido, como notou René-Jean Wilhelm (1972, p. 335) ao abordar o processo histórico que levou à redação do art. 3º comum às Convenções de 1949:

Essa breve contextualização histórica deve nos mostrar que já nos trabalhos preparatórios do art. 3º, e notadamente por ocasião das deliberações da Conferência Diplomática, foi apresentada a passagem de uma solução a outra como a oscilação de um pêndulo que, desde então, reaparece em todos os trabalhos tendentes ao desenvolvimento do art. 3º: de um lado, prever a aplicação, no caso de conflito interno, de um número amplo de regras de proteção, tendo como corolário uma definição restritiva do conflito, marcada em particular pela condição territorial, vale dizer, pela obrigação aos insurgentes de controlar uma parte do território do Estado onde se desenvolve o conflito; de outro lado, prever a aplicação de um mínimo de regras essenciais de proteção, tendo como corolário uma definição ampla do conflito interno. Foi, então, essa última a alternativa consagrada na Conferência diplomática de 1949 e registrada no art. 3º.¹⁰ (tradução livre).

Posteriormente, o art. 1.2¹¹ do Protocolo Adicional II, relativo à proteção das vítimas de conflitos Armados não internacionais excluiu de seu campo de aplicação as situações de

¹⁰ “Ce bref rappel historique doit nous montrer que, déjà, dans les travaux préparatoires de l’article 3, et notamment lors des délibérations de la Conférence diplomatique, s’est manifesté ce passage d’une solution à une autre comme l’oscillation d’un pendule, qui, depuis lors, se retrouve dans tous les travaux visant au développement de l’article 3: d’une part, prévoir l’application dans le conflit interne d’un nombre étendu de règles de protection, avec comme corollaire une définition restrictive de ce conflit, définition marquée en particulier par la condition territoriale, c’est-à-dire par l’obligation pour les insurgés de contrôler une partie du territoire de l’Etat où se déroule le conflit; d’autre part, prévoir l’application d’un minimum de règles essentielles de protection, avec comme corollaire une définition large du conflit interne. C’est donc cette seconde partie de l’alternative qui l’a finalement emporté à la Conférence diplomatique de 1949 et qui nous a valu l’article 3.”

¹¹ Artigo 1.º Âmbito de aplicação material

1 - O presente Protocolo, que desenvolve e completa o artigo 3.º, comum às Convenções de 12 de Agosto de 1949, sem modificar as suas condições de aplicação atuais, aplica-se a todos os conflitos armados que não estão cobertos pelo artigo 1.º do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, Relativo à proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo 1), e que se desenrolem em território de uma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre uma parte do seu território um controlo tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo.

tensão e de perturbação da ordem interna, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros análogos, que não são considerados como conflitos armados. No mesmo sentido dispõem o art. 8º, 2, “f” do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o art. 22.2 do Segundo Protocolo relativo à Convenção de Haia de 1954 para a Proteção do Patrimônio Cultural em caso de Conflitos Armados.

Conforme alerta MOMTAZ (2010, p. 34), considerando-se a inexistência de critérios objetivos para distinguir as situações previstas no art. 1.2 daquelas caracterizados de conflitos armados não internacionais, é natural que os estados em cujo território ocorram eventos violentos tendam a negar a determinados fatos a condição de verdadeiros conflitos, tratando-os como simples motins ou situações de desordem, para evitar a incidência das disposições de direito internacional protetivas das pessoas envolvidas em tais eventos.

Diante dessa situação o Comitê Internacional da Cruz Vermelha se manifestou no sentido de que alguns elementos são próprios dos eventos reconhecidos como simples tensões internas, como o caráter espontâneo e esporádico dos atos de violência, a ausência de controle por um líder político e a ocorrência de prisões massivas pelas forças policiais. (CICR, 1986, parágrafo 4476).

Adicionam-se a esses elementos o fato de que, nesses casos, os manifestantes em geral não estão armados, ou não dispõem de armamento pesado e não contestam a estrutura em si do Estado. Suas ações, por outro lado, podem ser debeladas por operações ordinárias de polícia, sem a necessidade de intervenção das forças armadas (WILHELM, 1972, p.321).

A respeito do tema, é de fundamental importância o posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por ocasião da análise do caso Juan Carlos Abella vs Argentina (OEA, 1997). Efetivamente, por volta das 06h30min manhã do dia 23 de janeiro de 1989, um grupo de 42 (quarenta e duas) pessoas armadas, integrantes do Movimento Todos pela Pátria (MTP), efetuou um ataque ao 3º Regimento de Infantaria Mecanizada (Regimento General Belgrano), situado na localidade de La Tablada, província de Buenos Aires, com vistas a ocupar o quartelamento, ter acesso à reserva de armamentos ali existente e, a partir daí, marcar sua posição para uma eventual reação das forças de segurança argentinas.

Segundo os autores da demanda, porém, poucas horas após a tomada do quartel pelos integrantes do MTP, a unidade militar foi cercada por cerca de 3500 (três mil e quinhentos) membros de forças policiais ordinárias, até que, em poucas horas, houvesse a chegada de

2 - O presente Protocolo não se aplica às situações de tensão e de perturbação internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos, que não são considerados como conflitos armados.

tropas integrantes de unidades especiais do exército argentino, guarnecidas por veículos blindados, peças de artilharia e com o apoio aéreo de helicópteros. Iniciado o confronto, as forças armadas argentinas teriam adotado postura desproporcional às hostilidades praticadas pelos integrantes do MTP, com a utilização do armamento acima descrito, incluindo munições proscritas pelo direito internacional humanitário, como bombas incendiárias e à base de fósforo (OEA, 1997, parágrafos 10 e 11).

Levada a situação ao conhecimento da CIDH, duas conclusões da Comissão importam ser destacadas.

A primeira, consiste no fato de que as imprecisões do art. 3º comum às quatro Convenções de Gobra e do art. 1º do Protocolo Adicional nº II de 1977 trariam como mais difícil problema de aplicação a separação dos casos de tensões ou distúrbios internos de alta intensidade dos casos de verdadeiros conflitos armados internos de baixa intensidade (OEA, 1997, parágrafo 153)¹².

No caso concreto, a Comissão se baseou no cuidadosa apreciação dos fatos para estabelecer que os eventos ocorridos nos dias 23 e 24 de janeiro de 1989 nas dependências do 3º Regimento de infantaria não podem ser consideradas simples distúrbios internos ou atos de banditismo (OEA, 1997, parágrafo 154)¹³. Assim, o que diferenciaria os eventos de La Tablada de outras situações de simples tensão ou distúrbio seriam, fundamentalmente, o envolvimento direto das forças armadas, a natureza e o nível de violência vivenciados e a ocorrência de ataques planejados e coordenados (OEA, 1997, parágrafo 155)¹⁴.

Em segundo lugar, é de fundamental importância a conclusão da CIDH, no sentido de que está entre a sua competência a aplicação de normas de direito internacional humanitário.

¹² 153. The most difficult problem regarding the application of Common Article 3 is not at the upper end of the spectrum of domestic violence, but rather at the lower end. The line separating an especially violent situation of internal disturbances from the “lowest” level Article 3 armed conflict may sometimes be blurred and, thus, not easily determined. When faced with making such a determination, what is required in the final analysis is a good faith and objective analysis of the facts in each particular case.

¹³ 154. Based on a careful appreciation of the facts, the Commission does not believe that the violent acts at the La Tablada military base on January 23 and 24, 1989 can be properly characterized as a situation of internal disturbances. What happened there was not equivalent to large scale violent demonstrations, students throwing stones at the police, bandits holding persons hostage for ransom, or the assassination of government officials for political reasons -- all forms of domestic violence not qualifying as armed conflicts

¹⁴ 155. What differentiates the events at the La Tablada base from these situations are the concerted nature of the hostile acts undertaken by the attackers, the direct involvement of governmental armed forces, and the nature and level of the violence attending the events in question. More particularly, the attackers involved carefully planned, coordinated and executed an armed attack, i.e., a military operation, against a quintessential military objective - a military base. The officer in charge of the La Tablada base sought, as was his duty, to repulse the attackers, and President Alfonsín, exercising his constitutional authority as Commander-in-Chief of the armed forces, ordered that military action be taken to recapture the base and subdue the attackers.

A inseparável conexão entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito humanitário pode ser facilmente verificado no seguinte trecho do julgado:

161. Por exemplo, tanto o art. 3º comum como o art. 4º da Convenção Americana protegem o direito à vida e, como consequência, proibem, *inter alia*, as execuções sumárias, em qualquer circunstância. As denúncias que alegam privações arbitrárias do direito à vida, atribuídas a agentes do Estado, estão claramente abrangidas pela competência da Comissão. Sem prejuízo, a competência desta resolver denúncias sobre violações ao direito não passível de suspensão à vida que surjam em um conflito armado poderia encontrar-se limitada, se fundada unicamente no art. 4º da Convenção Americana. Isto decorre do fato de que a Convenção Americana não contém disposições que definam ou distingam os civis dos combatentes, não define o que são objetivos militares, nem tampouco especifica quando um civil pode ser objeto de ataque legítimo ou quando as baixas civis devam ser consideradas uma consequência legítima das operações militares. Por conseguinte, a Comissão deve necessariamente referir-se e aplicar *standards* e regras pertinentes do Direito Humanitário, como fontes de interpretação autorizadas a resolver esta e outras denúncias similares que aleguem a violação da Convenção Americana em situações de combate. Se a Comissão atuasse de outra forma, deveria declinar do exercício de sua competência em muitos casos de ataques indiscriminados perpetrados por agentes do Estado que provocam um número considerável de baixas civis. Um resultado desta índole seria claramente absurdo, à luz do objetivo e finalidade da Convenção Americana e dos tratados de Direito humanitário. (OEA, 1997, parágrafo 161, tradução livre).¹⁵

1.3.2.2. Guerra ao terrorismo

Seguindo o raciocínio acima exposto, é possível afirmar que as operações desenvolvidas contra o terrorismo “podem ser classificadas como conflito armado se a violência que as acompanha atinge a intensidade de um conflito armado e se a parte contra a qual são conduzidas é identificável e estruturada”(MOMTAZ, 2010, p.36).¹⁶

¹⁵ 161. For example, both Common Article 3 and Article 4 of the American Convention protect the right to life and, thus, prohibit, *inter alia*, summary executions in all circumstances. Claims alleging arbitrary deprivations of the right to life attributable to State agents are clearly within the Commission’s jurisdiction. But the Commission’s ability to resolve claimed violations of this non-derogable right arising out of an armed conflict may not be possible in many cases by reference to Article 4 of the American Convention alone. This is because the American Convention contains no rules that either define or distinguish civilians from combatants and other military targets, much less, specify when a civilian can be lawfully attacked or when civilian casualties are a lawful consequence of military operations. Therefore, the Commission must necessarily look to and apply definitional standards and relevant rules of humanitarian law as sources of authoritative guidance in its resolution of this and other kinds of claims alleging violations of the American Convention in combat situations. To do otherwise would mean that the Commission would have to decline to exercise its jurisdiction in many cases involving indiscriminate attacks by State agents resulting in a considerable number of civilian casualties. Such a result would be manifestly absurd in light of the underlying object and purposes of both the American Convention and humanitarian law treaties.

¹⁶ “Ainsi, les opérations contre le ‘terrorism’ peuvent être qualifiées de conflit armé si la violence qui les accompagne atteint l’intensité de celle d’un conflit armé et que la partie contre laquelle elles sont menées est identifiable et structurée. » (MOMTAZ, 2010, p.36).

Nesse sentido, prossegue o Professor MOMTAZ (2010, p. 37) asseverando que:

a expressão ‘parte em um conflito armado se aplica, normalmente, às forças armadas ou aos grupos armados que detém certo nível de organização, mais precisamente a capacidade de aplicar do direito internacional humanitário, característica da qual as redes clandestinas de terrorismo são desprovidas. O fato de que pessoas ou grupos lancem ataques a alvos distribuídos pelo mundo, infligindo severas perdas à população civil, não é suficiente para que esse fenômeno seja classificado de conflito armado (tradução livre)¹⁷

Como aponta Domingues-Matéz (2008, p. 862), porém, o fenômeno comumente chamado de “guerra ao terror” traz à tona a discussão relativa ao status a ser conferido a determinados atores dos presentes conflitos armados.

Nesse sentido, é certo que a as potências militares atualmente engajadas na luta contra organizações terroristas refutam a classificação dessas operações como conflitos armados, sejam eles de natureza internacional ou interna, na tentativa de evitar a incidência das normas protetivas mínimas de direito humanitário.

Efetivamente, alguns problemas decorrem do reconhecimento formal da condição de combatentes a essas pessoas. Primeiramente, porque, em razão da ausência de treinamento e informações oficiais sobre esses movimentos, parece improvável que apliquem as limitações ao uso da força decorrentes dos princípios de direito humanitário (Domingues-Matéz 2008, p. 864). Em segundo lugar, não há qualquer compromisso de sua parte com o cumprimento das normas consagradas de direito humanitário, o que desestimula os Estados, detentores de forças regulares, a atribuir-lhes direitos, em razão da ausência de reciprocidade (Domingues-Matéz 2008, p. 864).

1.3.3 A crise do status de combatente

O direito internacional humanitário se assenta sobre duas distinções fundamentais e correlacionadas. A primeira delas, entre combatentes e não combatentes; a segunda, entre objetivos civis e militares. (THÜER, 2008, p. 54). A distinção entre combatentes e não combatentes existe, fundamentalmente, para proteger a população que não participa diretamente das atividades armadas, bem como seu patrimônio, público ou privado.

¹⁷ «L’expression partie à un conflit armé s’applique généralement à des forces armées ou des groupes ayant un certain niveau d’organisation, plus précisément la capacité d’appliquer le droit international humanitaire, caractéristique dont les réseaux clandestins de terrorisme sont dépourvus. Le fait que des personnes ou des groupes s’attaquent à des cibles réparties à travers le monde, infligeant de très lourdes pertes à la population civile, ne suffit pas pour qu’on puisse qualifier ce phénomène de conflit armé.» (MOMTAZ, 2010, p.37).

Ocorre, porém, que a realidade dos atuais conflitos tem turvado a distinção acima indicada e dificultado, enormemente, a identificação precisa de quem seriam os combatentes, de um lado, e a população civil de outro. Esse fenômeno pode ser compreendido, nas palavras de Rosário-Mates (2008, p.861), como uma verdadeira crise do *status* de combatente.

Assim, a primeira dificuldade que aparece no domínio relativo à incidência das regras de direito humanitário aos conflitos contemporâneos diz respeito à qualificação dos sujeitos que deles participam. Nesse sentido, segundo a doutrina clássica, caberia ao governo estabelecido reconhecer aos insurgentes a qualidade de beligerantes, decorrendo daí a aplicação do direito clássico da guerra. A partir desse instante, a parte insurgente se investiria da condição de sujeito de direito internacional, destinatário, portanto, de numerosas regras de proteção humanitária, notadamente as contidas nas Convenções de Genebra de 1949. Essa corrente doutrinária ficou conhecida como teoria do reconhecimento da beligerância e se formou a partir do final do Século XIX, baseada fundamentalmente nas preocupações dos países europeus ocidentais em geral e anglo-saxões em particular (WILHELM, 1972, p. 326).

Com efeito, o direito internacional humanitário atribui aos combatentes o direito de participar diretamente dos conflitos armados, daí decorrendo duas consequências básicas. Primeiramente, os indivíduos detentores dessa condição eventualmente capturados pelas forças inimigas deve ser considerados prisioneiros de guerra, gozando dos direitos e proteções inerentes a essa condição, prescritos na III Convenção de Genebra de 1949.

Em segundo lugar, essas pessoas devem ser consideradas isentas à persecução criminal por seus atos praticados em conformidade com os princípios do direito humanitário, ainda que tenham, por meio de suas condutas, causado a morte de outras pessoas ou a destruição do patrimônio público ou privado. A doutrina classifica essa segunda característica como verdadeira imunidade, que consistiria em uma licença limitada para tirar vidas e causar destruição. Nas palavras de Domingues Matéz, “é limitada (a licença) no sentido de que a negação da vida e a destruição causada devem ser conformes ao direito internacional humanitário” (2008, p.861).¹⁸

Por outro lado, o direito dos combatentes (membros das forças armadas, salvo pessoal religioso e médico) de participar diretamente dos conflitos armados está expressamente consagrado no art. 43.2¹⁹ do Protocolo nº I de 1977 adicional às quatro Convenções de

¹⁸ “It is limited in the sense that the denial of life and the destruction caused must be consistent with International Humanitarian Law; in other words, it means the realization of the right of a non-combatant to participate directly and legitimately in the hostilities” (Domingues-Matéz, 2008, p. 862).

¹⁹ Art. 43. Forças armadas. 1. As Forças Armadas de uma Parte em conflito compõem-se de todas as forças, grupos e unidades armados e organizados, colocados sob um comando responsável pela conduta de seus

Genebra. Ademais, o art. 44.1²⁰ do mesmo Protocolo prevê que qualquer combatente, compreendido nos termos do artigo 43, que cair em poder de uma Parte adversa, deve ser tratado como prisioneiro de Guerra.

Ocorre, porém, que nas últimas décadas outros atores têm se mostrado presentes nos conflitos armados, sem que sua conformação se adeque à tradicional dicotomia combatentes e não combatentes. Efetivamente, grupos terroristas e movimentos armados sem escala de comando definida, por exemplo, estão presentes no atual cenário dos conflitos armados. Dessa forma, nas palavras de Domingues-Matéz (2008, p. 862) “atualmente, nós nos confrontamos com um conflito de caráter transnacional entre o Estado e um ator global de caráter não estatal”²¹

Duas questões serão especificamente tratadas adiante e dizem respeito à manutenção da imunidade conferida à população civil e à atuação de grupos terroristas.

1.3.3.1 Manutenção e suspensão da imunidade conferida à população civil

A primeira dessas questões consiste em saber em que momento a imunidade a ataques conferida à população civil deve ser suspensa, em razão de seu engajamento em atividades de combate, situação frequente nos conflitos não internacionais contemporâneos.

Conforme assevera MOMTAZ (2010, p. 42), as garantias fundamentais previstas no art. 3^o²² comum às quatro Convenções de Genebra, secundadas pelas disposições do art. 4^o²³

subordinados perante essa Parte, mesmo quando esta está representada por um governo ou por uma autoridade não reconhecidos por uma Parte adversa. Tais Forças Armadas deverão estar submetidas a um regime de disciplina interna que as faça cumprir, *inter alia*, as normas de Direito Internacional aplicáveis aos conflitos armados. **2. Os membros das Forças Armadas de uma Parte em conflito (exceto aqueles que são parte do pessoal sanitário e religioso a que se refere o Artigo 33 da Terceira Convenção) são combatentes, isto é, têm direito a participar diretamente das hostilidades.** (grifou-se).

²⁰ Art. 44. Combatentes e Prisioneiros de Guerra. 1. Todo combatente, tal como está definido no Art. 43, que caia em poder de uma parte adversa será prisioneiro de guerra.

²¹ “Nowadays, we are confronted with a transnational conflict between a State and a global non-State actor” Domingues-Matéz (2008, p. 862)

²² Artigo 3.º No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, as seguintes disposições:

1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios;

b) A tomada de reféns;

do Protocolo Adicional nº II de 1977, destinam-se, fundamentalmente, aos indivíduos que não se envolvam diretamente nos conflitos armados. Na hipótese de conflitos armados não internacionalizados, a participação direta das pessoas nas hostilidades, ou sua manutenção à margem delas se mostra como o principal fator de diferenciação entre insurgentes e a população civil em geral.

Ocorre, porém, que não há no âmbito da referida disciplina normativa internacional a definição do que se entenderia por “participação direta nas hostilidades”. Como pontua MOMTAZ (2010, p. 43), “essa ausência de definição é extremamente prejudicial à população civil vítima de um conflito armado não internacional, sobretudo em razão do fato de que,

c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;
d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às partes no conflito.

As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor, por meio de acordos especiais, todas as partes das restantes disposições da presente Convenção.

A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito.

²³ Artigo 4.º

Garantias fundamentais

1 - Todas as pessoas que não participem diretamente ou já não participem nas hostilidades, quer estejam ou não privadas da liberdade, têm direito ao respeito da sua pessoa, honra, convicções e práticas religiosas. Serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem qualquer discriminação. É proibido ordenar que não haja sobreviventes.

2 - Sem prejuízo do carácter geral das disposições anteriores, são e permanecem proibidas, em qualquer momento ou lugar, em relação as pessoas mencionadas no n.º 1:

a) Os atentados contra a vida, saúde ou bem-estar físico ou mental das pessoas, em particular o assassinio, assim como os tratamentos cruéis, tais como a tortura, as mutilações ou qualquer forma de pena corporal;

b) As punições coletivas;

c) A tomada de reféns;

d) Os atos de terrorismo;

e) Os atentados à dignidade da pessoa, nomeadamente os tratamentos humilhantes e degradantes, a violação, a coação à prostituição e todo o atentado ao pudor;

f) A escravatura e o tráfico de escravos, qualquer que seja a sua forma;

g) A pilhagem;

h) A ameaça de cometer os atos atrás citados

3 - As crianças receberão os cuidados e a ajuda de que careçam e, nomeadamente:

a) Deverão receber uma educação, incluindo educação religiosa e moral, tal como a desejarem os seus pais ou, na falta destes, as pessoas que tiverem a sua guarda;

b) Todas as medidas adequadas serão tomadas para facilitar o reagrupamento das famílias momentaneamente separadas;

c) As crianças de menos de 15 anos não deverão ser recrutadas para as forças ou grupos armados, nem autorizadas a tomar parte nas hostilidades;

d) A proteção especial prevista no presente artigo para as crianças de menos de 15 anos continuará a ser-lhes aplicável se tomarem parte direta nas hostilidades, apesar das disposições da alínea c), e forem capturadas;

e) Serão tomadas medidas, se necessário e sempre que for possível com o consentimento dos pais ou das pessoas que tiverem a sua guarda, de acordo com a lei ou costume, para evacuar temporariamente as crianças do sector onde as hostilidades se desenrolarem para um sector mais seguro do país, e para as fazer acompanhar por pessoas responsáveis pela sua segurança e bem-estar.

nessa espécie de conflitos, contrariamente às hipóteses de conflitos internacionais, inexistem a categoria de ‘pessoas protegidas’²⁴.

Desse modo, impõe-se diferenciar os atos que constituem, em tese, participação direta aos conflitos armados daqueles que assim não se configuram, ainda que eventualmente possam contribuir para o esforço de guerra de uma das partes do conflito. Esta última categoria de atos, ainda que possa ter reflexos sobre o resultado final das hostilidades, não tem o condão de resultar na suspensão da proteção assegurada à população civil em geral. (MOMTAZ, 2010, 43). Dois critérios despontam para essa finalidade.

1.3.3.1.1 Critério da natureza do ato praticado.

O primeiro deles diz respeito à natureza do ato praticado. Segundo o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, para que um determinado ato acarrete a vinculação direta da pessoa que o pratica às hostilidades, impõe-se que exista um liame direto de causa e efeito entre a sua prática e os ataques à parte adversa ²⁵.

Assim, atos como a colocação prévia de barreiras físicas ou minas terrestres para impedir a progressão no terreno do inimigo, a coleta de informações a serem difundidas a uma das partes em conflito e ataques cibernéticos às redes de informática do adversário constituem exemplos claros de atos que devem ser considerados como participação direta nas hostilidades (MOMTAZ, 2010, p. 45). Essas conclusões estão de acordo com o disposto no art. 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que prescreve deverem os tratados interpretados de boa fé, segundo o sentido comum atribuível aos seus termos ²⁶.

Por outro lado, os atos que não tenham como objetivo infligir ao adversário perdas diretas não devem ser considerados como participação direta no conflito, preservando seu praticante a proteção destinada à população civil em geral. Desse modo, o provisionamento de gêneros alimentícios ou o auxílio em trabalhos meramente logísticos não caracterizariam a referida participação direta nas hostilidades.

Nesse mesmo sentido, observa-se que o porte de armas não subsiste como elemento indispensável para definir a participação ou não da população civil nas hostilidades. Isso

²⁴ “Cette absence de définition est très préjudiciable aux personnes civiles prises dans la tourmente d’un conflit armé non international, et ce d’autant plus que, dans cette catégorie de conflits armés il n’existe pas, contrairement aux conflits armés internationaux, de catégorie de ‘personnes protégées’.”

²⁵ Commentaire des Protocoles additionnels du 8 Juin 1977. Parágrafos 1679 e 1942.

²⁶ Artigo 31 Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

porque, consoante explicitado acima, é possível que haja ataques diretos ao adversário sem a utilização de armamento, bem como é admissível que, em momentos de conflitos, a população utilize armas individuais para autodefesa (MOMTAZ, 2010, p. 45).

1.3.3.1.2 Critério do pertencimento a um grupo armado.

O segundo critério apontado pela doutrina para determinar se houve ou não participação direta nas hostilidades se baseia no pertencimento do indivíduo a um dos grupos envolvidos no conflito em questão. A utilização de um tal critério para permitir o ataque à população civil pode acarretar consequências desastrosas.

Primeiramente, sua adoção simplifica o fenômeno do conflito armado, que por natureza é complexo e multifacetado, tornando desnecessária a análise de cada ato praticado no teatro de operações. Em segundo lugar, sua utilização confere aos integrantes da parte opoente perigosa liberdade de atuação, permitindo que justifiquem o ataque a todos os membros de um determinado grupo em razão dessa simples relação de pertencimento, independentemente da atuação de cada membro no caso concreto. Nesse particular, nem mesmo o pessoal religioso ou sanitário estaria a salvo de ataques da parte adversária. Por fim, admitir a possibilidade de ataque a um determinado grupo, sem qualquer especificação dos indivíduos identificados como alvo importaria resultados particularmente graves nos conflitos de caráter identitário, em que grupos de origem étnica ou orientação religiosa distintas se enfrentam, especialmente em razão dos deveres ancestrais de solidariedade que vinculam os membros de determinada etnia ou religião (MOMTAZ, 2010, 45).

1.4 A intervenção de estados-terceiros nos conflitos de caráter não internacional;

1.4.1 Surgimento dos questionamentos relativos ao tema

Até o momento, a qualificação dos conflitos armados foi abordada neste trabalho como isolada de interferências externas. É certo, porém, que um número considerável de conflitos internos é marcado pela intervenção de Estados terceiros, sob diferentes formas, que podem ir da ajuda econômica à assistência militar direta.

A questão - extremamente complexa, diga-se - relativa à licitude ou ilicitude da intervenção de estados estrangeiros em conflitos de caráter interno não será o objeto do presente tópico. Dedicaremos-nos, sobretudo, aos aspectos relativos à internacionalização do

conflito em razão de tal intervenção e, por via de consequência, à responsabilização que poderá daí decorrer.

Após a Segunda Guerra Mundial, observou-se o surgimento de um mundo bipolar, com o poder político dividido entre Estados Unidos e União Soviética. Sem recorrer imediatamente à força, as novas potências iniciaram um processo de cooptação política dos países periféricos e intensa corrida armamentista, valendo-se do apoio ideológico a determinados estados para aumentar seu poder político e militar, sem envolvimento militar direto em novos conflitos armados.

Com o fim da guerra fria e o crescimento de um sistema geopolítico multipolar, a intervenção de estados-terceiros em conflitos armados passou a ser determinada, prioritariamente, por razões de caráter religioso ou étnico. Surge, então, uma nova categoria de conflitos armados, ditos “internacionalizados” ou “mistos” (MOMTAZ, 2010, p. 8).

O surgimento dessa nova conformação de conflitos armados e a necessidade de garantir às suas vítimas uma efetiva proteção trazem à discussão duas preocupações. A primeira delas consiste em saber se intervenções dessa ordem, sobretudo quando feitas em favor de grupos insurgentes, podem ser considerada como lícitas à luz do direito internacional humanitário. A segunda delas consiste em investigar a partir de que momento a intervenção de um Estado-terceiro acarreta a internacionalização de um conflito originalmente de caráter doméstico.

Com relação à primeira questão, surgida ainda no afã da guerra fria, uma das preocupações mais acentuadas da comunidade internacional - sobretudo dos países ocidentais - consistia na possibilidade de que a URSS apoiasse a proliferação de regimes socialistas em países há pouco saídos do jugo colonial. Assim, por ocasião dos debates relativos aos tratados do Atlântico Norte, os EUA manifestaram sua interpretação no sentido de que o apoio por uma potência externa a movimentos insurrecionais existentes no seio de outro estado poderia ser considerado uma agressão à comunidade internacional.

Em consonância com as preocupações norte americanas, a Assembleia Geral da ONU editou inúmeras resoluções que veementemente condenam qualquer intervenção tendente a mudar, pela violência, o regime de um outro estado. Assim, a “Declaração sobre a inadmissibilidade da intervenção nos assuntos internos dos Estados”, adotada pela Assembleia Geral através da Resolução nº 377, de 17 de novembro de 1950, considera a intervenção como um dos mais graves crimes contra a paz. Em seguida, em 21 de dezembro de 1965, adveio a Resolução AG nº 2.131, que estabeleceu textualmente o dever de todos os estados de se abster de organizar, ajudar, fomentar ou tolerar atividades armadas subversivas

ou terroristas destinadas a mudar, através da violência, o regime de outro Estado, bem como de intervir nos conflitos internos de um outro estado.

Nesse mesmo sentido, o art. 3º do Protocolo II adicional às Convenções de Genebra de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados de caráter não internacional, veda a intervenção de estados terceiros em conflitos armados ou em questões de política interna ou externa afetas a determinado país.

1.4.2 A Jurisprudência internacional correlata

A Corte Internacional de Justiça teve a oportunidade de se debruçar sobre a temática reativa à intervenção de estados terceiros em conflitos de caráter interno, por ocasião do julgamento do caso *Nicarágua vs. Estados Unidos*, de 27 de junho de 1986. Na ocasião, a Corte entendeu que a intervenção de estados terceiros não poderia ocorrer com base no simples pedido de auxílio emanado de determinado estado ou mesmo de um grupo opositor ali presente, sob pena de total esvaziamento do princípio geral de não intervenção²⁷.

Por outro lado, segundo a CIJ, a intervenção realizada com base em acordos de defesa mútua previamente estabelecidos seria lícita sob o ponto de vista do direito internacional humanitário, porque fundada em obrigação de caráter contratual lícitamente estabelecida. Como observa MOMTAZ (2010, p. 10), com base nesse critério, considerando-se que os grupos insurgentes são desprovidos de personalidade jurídica internacional, não lhes tocaria a faculdade de celebrar acordos internacionais de defesa mútua, razão pela qual qualquer intervenção em seu favor seria ilícita.

A temática em questão tem fomentado discussões com relação à licitude de intervenções que visem a apoiar os movimentos de povos que busquem a sua auto-determinação, sobretudo nos casos que visam à extinção do jugo colonial. Sob esse ponto de vista, considerando-se que o direito internacional não se ocuparia das questões de legitimidade constitucional de qualquer poder interno, não haveria distinção de fundo entre o pedido de intervenção feito pelo governo de um estado soberano e aquele realizado, por exemplo, por insurgentes que visem à ruptura do regime de exploração colonial vigente.

Nesse sentido, o artigo 3º acima citado poderia ser interpretado sob uma outra ótica, mostrando-se não como norma limitadora da intervenção estatal com relação a assuntos

²⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p.14.* Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6502.pdf>. Acesso realizado em 10/03/2015.

domésticos, mas sim como preceito autorizador das intervenções que visem a garantir a autodeterminação dos povos, sobretudo nos casos em que os poderes constituídos suprimam os movimentos revolucionários de forma contrária ao direito internacional humanitário. (MOMTAZ, 2010, p. 10). Efetivamente, foi com base no argumento de cessar violações massivas e sistemáticas de direitos humanos que alguns membros da OTAN realizaram, em 1999, a intervenção militar no Kosovo.

A questão em exame, assim, pode ser entendida como o debate sobre a existência ou não de um “direito de ingerência humanitária”. Em termos práticos, significa indagar se, nos casos de omissão do Conselho de Segurança da ONU, órgão das Nações Unidas com legitimidade para autorizar o uso da força nos termos do art. 42 da sua Carta, poderiam os membros da comunidade internacional deflagrar ataques contra estados ou grupos, em nome do mencionado direito de ingerência. O tema foi debatido no relatório sobre a “responsabilidade de proteger”, preparado pela Convenção Internacional de intervenção e da soberania dos estados” e publicado em 30 de setembro de 2001, tratando sobre o direito de intervenção humanitária.

Posteriormente, em 2003, o Secretário Geral das Nações Unidas, com o intuito de aprofundar os debates relativos à possibilidade de ingerência humanitária por estados terceiros, propôs à Assembleia Geral das Nações Unidas a formação de um grupo encarregado de avaliar as ameaças presentes àquele tempo sobre a paz e a segurança internacionais. O relatório do grupo, intitulado “*Un monde plus sûr: notre affaire à tous*”, foi publicado em 2 de dezembro de 2004 e aborda a questão do “direito de ingerência” nos casos de catástrofes causadas pelo homem (MOMTAZ, 2010, p. 11).

A análise conjunta desses dois relatórios permite concluir que, a princípio, a simples inação do Conselho de Segurança da ONU não seria motivo suficiente a autorizar a atuação militar ou de apoio logístico de estados terceiros em favor de determinado grupo. A licitude ou ilicitude da intervenção de estados terceiros em conflitos de caráter não internacional não constitui, todavia, parte do objeto central deste trabalho. Interessa-nos, fundamentalmente, analisar se esse fenômeno faz com que esse tipo de conflito assuma, a partir de tal momento, caráter internacional, atraindo normas caráter protetivo mais elevado, portanto.

Nesse ponto, é imprescindível a análise da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia e da Corte Internacional de Justiça, para que se compreendam os dois principais critérios de qualificação da intervenção de estados-terceiros para a caracterização do conflito em questão, a saber: os critérios do controle efetivo e do controle global (MOMTAZ, 2010,p. 12).

Um dos casos que iniciou a análise do tema na jurisdição internacional foi relativo à intervenção dos EUA sobre atividades militares na Nicarágua. Naquela ocasião o estado norte-americano apoiou os insurgentes, denominados *contras*. Os conflitos que se desenrolaram na Nicarágua, porém, tiveram graves violações do direito humanitário, surgindo então a questão de saber se os EUA poderiam ser responsabilizados pelos atos dos insurgentes por eles apoiados, ainda que combatentes integrantes de suas forças regulares não tenham participado das operações. Para a CIJ, no caso, os EUA não teria exercido um “controle efetivo” sobre as operações militares realizadas na Nicarágua, no bojo das quais os atos supostamente criminosos teriam sido praticados, razão pela qual nenhuma responsabilidade lhe poderia ser imputada.²⁸

Segundo a CIJ, não tendo sido comprovada a participação direta dos EUA nos conflitos armados, não estaria preenchido o critério do “controle efetivo”, razão pela qual a natureza do conflito não se transmudaria para internacional. As atividades militares na Nicarágua, assim, deveriam ser consideradas como conflitos de caráter não internacional, segundo a jurisprudência da CIJ.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII), por sua vez, foi confrontado com situação semelhante. A questão, no caso, consistia em definir se o apoio da República Federal da Iugoslávia aos grupos sérvios que operaram no território da Bósnia-Herzegovina a tornaria responsável pelas violações ao direito humanitário praticadas pelo referido grupo. Em julgamento de 07 de maio de 1997 (caso *Tadic*)²⁹, a câmara de primeira instância, com base no critério do controle efetivo anteriormente adotado pela CIJ, entendeu que não seria possível estabelecer a responsabilização da Iugoslávia no caso. Segundo o TPII, não haveria qualquer elemento de prova a indicar que a Iugoslávia tenha diretamente comandado os ataques militares realizados por grupos sérvios no território da Bósnia-Herzegovina.

Vale frisar que o presidente da Câmara de primeira instância apresentou voto dissidente, asseverando que não haveria qualquer dúvida razoável de que as facções sérvias em questão efetivamente agiram como agentes da República da Iugoslávia e que conflito armado levado a cabo no território da Bósnia Herzegovina deveria ser considerado, indiscutivelmente, de caráter internacional.

²⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p.14*. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6502.pdf>. Acesso realizado em 10/03/2015.

²⁹ *Prosecutor vs. Dusko Tadic, ICTY, 07/05/1997*. Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tsj70507JT2-e.pdf>. Acesso realizado em 10/03/2015.

Ocorre, porém, que a Câmara de Apelação do TPII, em julgamento de 15 de julho de 1999, questionou a aplicabilidade do critério do controle efetivo, substituindo-o pelo critério do controle global. Na ocasião, a Câmara fez uma distinção entre os atos praticados por grupos relativamente organizados e aqueles levados a efeito por indivíduos, isoladamente. Segundo o TPII, neste último caso, apenas se poderia falar em responsabilidade do estado se verificados os elementos relativos ao controle efetivo da ação pelo estado terceiro. Seria necessário, então, provar que os atos práticos por indivíduos, isoladamente, teriam sido decorrência de instruções ou orientações emanadas dos estados aos quais eles estariam vinculados³⁰.

Por outro lado, no que diz respeito às ações perpetradas por grupos, bastaria que o estado-terceiro exercesse sobre o eles um controle global, contribuindo, de alguma forma, para o planejamento das atividades militares.

Segundo o Tribunal, nesses casos, os atos praticados devem ser tratados como emanados de um órgão do estado interveniente, de onde deriva sua responsabilidade.

Com base nesse raciocínio, o TPII concluiu que a República Federal da ex-Iugoslávia exerceu um controle global sobre as forças sérvias que combateram na Bósnia-Herzegovina, de modo que os atos praticados pelas facções sérvias podem ser considerados como atos praticados por agentes do estado iugoslavo, o que transmudaria o caráter do conflito de interno para internacional. O TPII, em seguida, aplicou o critério do controle global em outras oportunidades (Le Procureur c. Zlatko Aleksovski), consolidando, assim, a sua utilização.

A mudança da na jurisprudência do TPII não foi bem recebida pela CIJ. Com efeito, o presidente em exercício da Corte à época da decisão em questão manifestou sua apreensão perante a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas com relação aos riscos que a fragmentação poderia representar ao direito internacional costumeiro. Segundo ele, a multiplicação de tribunais internacionais poderia trazer anarquia e caos ao direito internacional (ONU, A/CN. 4/SR 2658, 2000).

A CIJ, por ocasião do julgamento relativo à aplicação da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, que teve com partes a Bósnia-Herzegovina e Sérvia e Montenegro, debruçou-se longamente sobre a jurisprudência firmada pelo TPII quando do julgamento do caso *Tadić*, tendo em conta sobretudo os argumentos da parte autora, que demandava a aplicação de critério semelhante ao aplicado pelo TPII. A CIJ, então, em

³⁰ Prosecutor vs. Dusko Tadic. ICTY, The Appeals Chamber, 15/07/1999. Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>. Acesso realizado em 10/03/2015.

juízo de 26 de fevereiro de 2007³¹, recusou-se a aderir ao critério do controle global, tendo deixado claro, ainda, que a competência do TPII se resumiria à responsabilidade individual no âmbito criminal, não lhe competindo a análise de possível responsabilidade estatal.

É de se notar, porém, que a CIJ não descartou o argumento de que o critério do controle global seja pertinente e adequado para determinar se um conflito armado tem ou não caráter internacional. O que restou excluído pela CIJ, em verdade, foi a possibilidade de esse critério ser utilizado para fins de definição de responsabilidade estatal internacional.

Por outro lado, é preciso registrar que um dos mais importantes efeitos da discussão relativa ao critério utilizado para a definição do caráter internacional do conflito consiste em retirar das partes envolvidas essa capacidade. Assim, aos juízes ou tribunais incumbidos da interpretação dos fatos em questão é que caberá a análise quanto ao enquadramento dos fatos nos termos do art. 2º comum às quatro Convenções de Genebra ou nos limites do art. 1º do Protocolo II, adicional às referidas Convenções.

³¹ Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf>. Acesso realizado em 10/03/2015.

2. O DIREITO HUMANITÁRIO E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

2.1. A proteção internacional dos direitos de caráter cultural. O caráter de jus cogens das normas protetivas do patrimônio cultural

Inúmeros instrumentos internacionais protetivos dos direitos humanos preveem direitos dos indivíduos no domínio da cultura, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (art. 27)³², a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (art.13)³³ o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, (art.15)³⁴, a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos de 1981 (art. 17)³⁵ e a Convenção das Nações Unidas relativa aos Direitos das Criança (1989)³⁶, o que bem demonstra a preocupação da comunidade internacional com a salvaguarda dos direitos relativos à manifestação cultural. Essas previsões normativas têm em comum a preocupação com o caráter não patrimonial dos bens culturais, titularizados pela própria humanidade.

Embora a expressão “patrimônio da humanidade” possa ser compreendida como referente aos interesses da comunidade internacional conjuntamente considerada, é certo que

³² Artigo 27

§1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.

§2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

³³ Artigo 13 Toda pessoa tem direito de tomar parte na vida cultural da coletividade, de gozar das artes e de desfrutar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente das descobertas científicas. Tem o direito, outrossim, de ser protegida em seus interesses morais e materiais, no que se refere às invenções, obras literárias, científicas ou artísticas de sua autoria.

³⁴ §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

1. Participar da vida cultural;
2. Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;
3. Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

§2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

§3. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

§4. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

³⁵ Artigo 17º

1. Toda pessoa tem direito à educação.

2. Toda pessoa pode tomar parte livremente na vida cultural da comunidade.

3. A promoção e a proteção da moral e dos valores tradicionais reconhecidos pela comunidade constituem um dever do Estado no quadro da salvaguarda dos direitos humanos.

³⁶ Com relação a este último texto convencional, é interessante a observação de Scovazzi no sentido de que o seu art. 31 consagra o direito de toda criança a brincar (“*le droit au jeu*”), o que seria, indiscutivelmente, uma forma de manifestação cultural (SCOVAZZI, 2008, p.9).

ela traz também consigo referências de caráter individual, podendo ser considerada como o patrimônio de todos os indivíduos, considerados individualmente, embora integrantes de uma coletividade (SCOVAZZI, 2008, p.3-8).

De forma ainda mais precisa, o art. 5º da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, adotada em 2001 pela UNESCO, prevê que “os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes”.

Assim, como bem pontuou Scovazzi (2008, p. 10-11), a análise dos instrumentos internacionais relativos aos direitos culturais permite a identificação de quatro manifestação dessa proteção a saber: a) o direito à formação, que compreende o aspecto do direito à educação propriamente dita (formação escolar básica) e do direito à instrução (desenvolvimento de competências úteis à vida em sociedade, como o exercício de uma profissão); b) o direito à participação na vida cultural, que permite ao indivíduo usufruir das manifestações culturais da sociedade à qual ele pertence ou das manifestações culturais de outras comunidades; c) o direito à expressão cultural, que assegura ao indivíduo a possibilidade de manifestar sua criatividade nos diferentes domínios culturais; d) finalmente, existiria o direito à remuneração das obras culturais que têm valor econômico, o que permitiria aos artistas receber justa remuneração pelas obras que produzem.

Do rol acima exposto, é certo que o direito à educação constitui o mais básico e fundante dos direitos de caráter cultural, necessário ao desenvolvimento dos demais.

Observa-se, assim, que os direitos de caráter cultural têm natureza dúplice, denotando aspectos de ordem individual e coletiva. Assim, entende-se que o enfoque sob o ângulo do indivíduo, considerado como sujeito de direitos também do ponto de vista internacional, deve ser o ponto de partida para a compreensão da questão sob o enfoque coletivo. Evidentemente, a concretização desses direitos abstratamente previstos demanda a atuação de mecanismos que permitam coibir atos que atentem contra o patrimônio cultural.

Em 19 de dezembro 1968, assim, por ocasião de sua 23ª Sessão Ordinária, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou resolução nº 2.444³⁷, relativa à proteção dos

³⁷ “The General Assembly, *Recognizing*, the necessity of applying basic humanitarian principles in all armed conflicts, *Taking note* of resolution XXIII on human rights in armed conflicts, adopted on 12 May 1968 by the International Conference on Human Rights, *Affirming*, that the provisions of that resolutions need to be implemented effectively as soon as possible, 1. Affirms resolutions XXVIII of the XXth International Conference of the Red Cross held at Vienna in 1965, which laid down, *inter alia*, the following principles for observance by all governmental and other authorities responsible for action in armed conflicts:

- a) That the right of the parties to a conflict to adopt means of injuring the enemy is not unlimited;
- b) That it is prohibited to launch attacks against the civilian populations as such;

direitos humanos em caso de conflitos armados, cujo conteúdo estabelece três princípios fundamentais, a serem sempre respeitados: a) o princípio segundo o qual o direito das partes de um conflito armado de se atacarem não é ilimitado; b) a proibição de ataques à população civil; c) a distinção entre combatentes e não combatentes. A importância maior dessa resolução, todavia, reside no fato de que ela estende, sua aplicação aos conflitos armados não internacionais.

A premissa adotada pela Resolução em questão é de constatação empírica: não há distinção no sofrimento experimentado pelas vítimas de conflitos internos e internacionais, de modo que a aplicação das regras básicas do direito humanitário é mais do que adequada.

Desse modo, é certo que a referida Resolução seguiu os princípios fixados pela vigésima conferência internacional da Cruz Vermelha, ocorrida em Viena, em outubro de 1965, ocasião em que restou firmado serem esses três princípios aplicáveis aos conflitos armados não internacionais.

A resolução em questão foi de tamanha relevância que intensa discussão se desenvolveu com relação à sua natureza jurídica, oscilando as opiniões entre os que imaginam traçar a referida norma apenas as linhas gerais do desenvolvimento do direito humanitário e aqueles que consideram a resolução como autêntica norma de direito positivo (MOMTAZ, 2000).

A Corte Internacional de Justiça, porém, teve posteriormente oportunidades de se pronunciar a respeito do valor normativo das resoluções da Assembleia-Geral adotada por unanimidade ou por consenso. Por ocasião julgamento do caso “*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci.*” a Corte estabeleceu que “a declaração relativa aos princípios do direito internacional concernentes às relações amistosas e a cooperação entre Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas – e adotadas por

-
- c) That distinction must be made at all times between persons taking part in the hostilities and members of the civilian population to the effect that the latter be spared as much as possible
 2. *Invites* the Secretary-General, in consultation with the International Committee of the Red Cross and other appropriate international organizations, to study:
 - a) Steps which could be taken to secure the better application of existing humanitarian international conventions and rules in all armed conflicts;
 - b) The need for additional humanitarian international conventions or for other appropriate legal instruments to ensure the better protection of civilians, prisoners and combatants in all armed conflicts and the prohibition and limitation of the use of certain methods and means of warfare;
 3. *Requests* the Secretary-General to take all other necessary steps to give effect to the provisions of the present resolution and to report to the General Assembly at its twenty-fourth session on the steps he has taken;
 4. *Further requests* Member States to extend all possible assistance to the Secretary-General in the preparation of the study requested in paragraph 2 above;
 5. *Call upon* all States which have not yet done so to become parties to the Hague Conventions of 1899 and 1907, at the Geneva Protocol of 1925 and the Geneva Convention of 1949.

consenso pela Assembleia Geral fornece uma indicação da sua *opinio iuris* sobre o direito internacional em questão:

Essa *opinio iuris* pode ser depreendida – certamente com a prudência necessária – da atitude das partes e dos Estados com relação a determinadas resoluções da Assembleia Geral

Por ocasião do julgamento relativo à legalidade ou ilegalidade, perante o Direito Internacional, ocorrido em 1996 da utilização ou ameaça de utilização de armas nucleares, a CIJ igualmente deixou registradas suas preocupações com relação à devastação cultural decorrente da utilização desse tipo de armamento.

Recentemente, a natureza costumeira das normas relativas à proteção patrimônio cultural foi reasentada, por ocasião do pedido de medidas provisionais pela Tailândia em face do Camboja no caso do templo *Preah Vihear*, em 2011, perante a Corte Internacional de Justiça.

2.2. A proteção do Patrimônio cultural nas Convenções de Haia 1899 e 1907

Como destaca NAHLIK (1967, p. 89), a partir a segunda metade do Século XIX, a comunidade internacional convergiu para a ideia de que apenas as normas costumeiras existentes não eram suficiente à regulamentação do direito das guerras, impondo-se a adoção de uma codificação sobre a matéria. Esse processo histórico, então, passou por diversas etapas, como a Convenção de Genebra de 1864 sobre doentes e feridos em batalha, a declaração de São Petersburgo sobre a utilização de determinados projéteis, a Declaração sobre leis e Costumes sobre a guerra, aprovada em Bruxelas, em 1874, e o Manual de Leis sobre a guerra terrestre, aprovado unanimemente em 1880 em Oxford, pelo Instituto de Direito Internacional. O ponto alto desse processo iniciado no Século XIX são duas Conferências ocorridas na cidade de Haia, em 1899 e 1907. Dessas conferências, interessamos as Convenções de Haia relativas às leis e costumes da guerra em terra, que corresponderam à II em 1899, e à IV em 1907.

Assim, é certo que os integrantes das ditas conferências tinham a perfeita noção de que lhes seria impossível regulamentar de maneira exaustiva todos os problemas que as situações de conflitos armados poderiam lhes apresentar. Por essa razão consta no preâmbulo dos textos convencionais a cláusula Martens, já acima referida, que impediria qualquer situação de *non liquet*, com base em suposta anomia (NAHLIK, 1967, p. 90).

Antes de analisar os aspectos técnicos dos textos convencionais em questão, alguns pontos de partida precisam ser estabelecidos. Primeiramente, o de que fenômeno da guerra é aceito como conhecido e sua existência é admitida, sem que os membros das Conferências o tenham procurado definir, impedir ou classificar como justo ou injusto. Em segundo lugar, foi mantida a distinção tradicional entre o direito que regulamenta a guerra terrestre a guerra naval. Por essa razão, enquanto as operações em terra são regulamentadas de forma unificada, a guerra no mar é regulada de forma fragmentária, sobretudo em razão da oposição da Grã-Bretanha. Em terceiro lugar, o ideal preconizado pelos publicistas do Século XIX de restringir os efeitos da guerra ao pessoal militar se reflete em algumas disposições dos textos convencionais. Por fim, a regulamentação em questão abrange não apenas as atitudes de hostilidade, mas também aquelas relativas à ocupação do território inimigo, situação fática cujo regulamento jurídico era até então incerto (NAHLIK, 1967, p.90).

Diante desse ambiente, a primeira Conferência de Haia de 1899 foi convocada por iniciativa do Czar Nicolau II, da Rússia. A Conferência contou com representantes de 26 (vinte e seis) Estados, adotou quatro convenções e outros atos, todos relativos ao direito da guerra e previu a realização de uma segunda conferência, a ocorrer em 1907. A conferência de 1907, por sua vez, contou com a presença de 44 (quarenta e quatro) Estados e tratou de revisar as Convenções de 1899 e adotar dez novas outras. Todos os temas abordados também eram relativos ao direito da guerra (EHLERT, 2014, p.26). As disposições de 1907 representam, ainda, significativo avanço com relação ao Código Lieber, à Declaração de Bruxelas de 1874 e ao Manual de Oxford de 1880, posto que fazem menção expressa à necessidade de proteção de monumentos históricos.

A IV Convenção de 1907 não traz disposições indicativas do seu campo de aplicação material. Desse modo, considerando-se que, ao tempo de sua edição, ainda vigiam as preocupações fundamentais com relação à necessidade de regulação dos conflitos interestatais, a sua aplicação aos conflitos armados dessa natureza é extremamente de dúvidas, mormente em face do disposto no art. 1º da III Convenção de Haia relativa ao início das hostilidades.

Por outro lado, considerando-se o que já foi estabelecido pelo Tribunal Militar de Nuremberg, bem como pela CIJ com relação ao caráter costumeiro das normas inscritas nas Convenções de 1899 e 1907, não qualquer há razão jurídica para afastar sua incidências nas hipóteses de conflitos armados de caráter não internacional.

Frise-se, ainda, que as disposições da Convenção de 1907 se aplicam às hipóteses de ocupação territorial, ainda que não haja enfrentamento armado, consoante se depreende de seus artigos 42 a 56.

A Convenção de 1907 e seus regulamentos não trazem uma definição precisa do que seria patrimônio cultural. Ainda assim, a proteção dos bens de caráter cultural pode ser considerada como circunscrita a três grupos de regras: a) o primeiro grupo diria respeito aos bens do inimigo em geral; b) o segundo apresenta normas que distinguem os bens públicos dos privados; c) por fim, há regras que preveem o tratamento privilegiado de determinados bens. Os mecanismos protetivos da Convenção se fundam, todavia, em um princípio geral: o de que bens de caráter cultural não podem ser intencionalmente destruídos (NAHLIK, 1967, p. 85-91).

Com relação aos bens do inimigo em geral, o art. 23, “g” veda a destruição ou apreensão da propriedade do inimigo, a menos que haja imperativa necessidade militar. Trata-se de norma geral de proteção da propriedade privada, que evidentemente também engloba a proteção do patrimônio cultural. Nesse particular, o recurso à cláusula de exceção fundada na imperativa necessidade militar flexibiliza perigosamente a proteção veiculada no texto convencional, sobretudo em razão de permitir que a preservação ou não de determinado bem permaneça na razão direta das considerações da parte adversa sobre o que seria necessidade militar imperativa (EHLERT, 2014, p. 30). O art. 25 da Convenção, por outro lado, veda o bombardeio de cidades não defendidas, o que indiscutivelmente preserva o patrimônio cultural do inimigo, prevendo o art. 26 o dever do comandante da força de advertir as autoridades locais de sua intenção de bombardear determinada área, antes do início das atividades militares.

Ainda assim, seu art. 27 determina que todas as medidas devem ser tomadas, de modo a prevenir danos aos locais destinados ao culto religioso, às artes, à ciência, às atividades de caridade, assim como à preservação de monumentos históricos, hospitais e locais destinados ao tratamentos de feridos e pessoas foras de combate. No mesmo sentido, o art. 56 do regulamento convencional estipula que a propriedade pública, bem como aquela dedicada às atividades religiosas, de caridade e educacionais, artísticas e de ciência, ainda quando integrantes do patrimônio do estado, deve ser tratada como propriedade privada. Nesse ponto, é válido destacar que as disposições protetivas de 1899 e 1907 não se fizeram limitar apenas às igrejas cristãs, estendendo-se às sinagogas, mesquitas e outras construções com vocação religiosa. As definições de construções dedicadas a atividades de caridade, por outro lado, demandariam maior detalhamento (EHLERT, 2014, p. 28 citando).

Quanto à distinção entre bens públicos e privados, dispõe o art. 46 do Regulamento da Convenção que a propriedade privada deve ser respeitada e não pode ser confiscada. Ainda que se admitam requisições fundadas na necessidade militar, o texto do art. 52 do regulamento da Convenção parece não admitir a utilização de bens culturais com esta finalidade. Por outro lado, o adversário ocupante deve se limitar a exercer os poderes de administrador e usufrutuário dos bens imóveis pertencentes ao inimigo, consoante dispõe o art. 53 do mesmo regulamento (NAHLIK, 1967, p. 92-93)

Por fim, no que diz respeito aos bens culturais, é certo que gozam de proteção privilegiada, à luz das disposições das Convenções de 1899 e 1907, sejam públicos ou privados, de propriedade do inimigo ou da potência que lança o ataque. Considerando-se a ausência de definição do que seria patrimônio cultural, o texto convencional estabelece uma enumeração que obedece, fundamentalmente, a dois critérios. Inicialmente, são mencionados objetos que devem ser protegidos como tais, dados os seus elementos intrínsecos. Enquadrar-se-iam nessas hipóteses monumentos históricos e as obras de arte e de ciência, mencionadas nos arts. 27 e 56 da Convenção de 1907. Em segundo lugar, são mencionados bens cuja proteção deve ocorrer em razão da finalidade à qual estão afetados, como é o caso dos edifícios consagrados aos cultos, às artes e às ciências, critério fundamentalmente aplicado nas hipóteses de regras relativas à disciplina das hostilidades (NAHLIK, 1967, p.94).³⁸

O art. 56 não traz qualquer regra de exceção relativa à necessidade militar por ocasião das hostilidades, o que decorre do fato de que, topograficamente, está situado na Seção III da Convenção, que trata da autoridade militar sobre território do estado ocupado. Nesse sentido, uma vez estabelecido o estágio de ocupação, presumiu a Convenção não estarem mais presentes os elementos de necessidade militar que autorizariam a utilização de bens de caráter privado (EHLERT, 2014, p. 31).

O art. 56 da Convenção de 1907, por sua vez, prevê que a propriedade das municipalidades, aquelas das instituições dedicadas à religião, à caridade, à educação, à ciência e às artes e a propriedade do estado em geral devem ser considerados como propriedade privada. Nesse particular, é de se registrar que a disciplina da matéria se inspirou nas preocupações vigentes à época com a defesa da propriedade privada. Esse respeito à propriedade individual a erigiu à condição de dogma, comparável àquele de que estariam investidos os objetos sagrados durante a antiguidade ou durante a Idade Média. Nesse sentido,

³⁸ Consideramos redundante a indicação de um terceiro critério de proteção indicado por NAHLIK, relativo à titularidade do bem, posto que, em última análise, as restrições do art. 56 se relacionam com a finalidade para a qual o bem é utilizado.

a jurisprudência norte-americana teve papel pioneiro no reconhecimento da total imunidade dos bens privados à possibilidade de apreensão ou saque. Assim, no caso *United States vs Klein*, a Suprema Corte americana reconheceu a imunidade da propriedade privada à captura e à pilhagem durante a guerra, atacando-se a própria essência desses supostos direitos, milenarmente exercidos pelos combatentes (NAHLIK, 1967, p. 83).

Uma comparação entre os arts. 27 da Convenção e 56 do seu regulamento permite inferir que este último tratou de expandir o âmbito de proteção do primeiro (limitado, eminentemente, aos bens imóveis) ao se referir a “obras de arte e trabalhos científicos”, passando a incluir, assim, a propriedade móvel em seu campo de proteção. Ocorre, porém, que o art. 56 é relativo à regulação da conduta das partes na hipótese de ocupação territorial, permitindo interpretações no sentido de que seria inaplicável nas hipóteses de conflitos armados (EHLERT, 2014, p. 29).

Os mecanismos protetivos da Convenção se fundam, todavia, em um princípio geral: o de que bens de caráter cultural não podem ser intencionalmente destruídos (NAHLIK, 1967, p. 85).

As disposições do art. 27 acima citado determinam a adoção de todos os esforços necessários para preservar, tanto quanto possível, os bens ali descritos dos danos decorrentes de atividades militares. Nesse sentido, os esforços para preservar os bens de relevância cultural devem compreender tanto as atividades relativas a ataques diretos a um determinado alvo como os danos colaterais decorrentes dessa mesma atividade. Mesmo antes da adoção do texto convencional, há exemplos recolhidos pela doutrina da necessidade de preservação dos objetivos não militares dos efeitos das condutas de guerra, notadamente de bombardeios. Desse modo, os franceses teriam adequadamente limitado suas condutas aos objetivos militares por ocasião dos ataques a Vera Cruz (México) em 1838, assim como também o teriam feito os aliados, por ocasião do bombardeio a Sebastopol durante a guerra da Criméia, em 1855 (NAHLIK, 1967, p. 85).

Por outro lado, concepções doutrinárias existentes desde o Século XVIII previam a possibilidade de flexibilização do dever de preservação dos bens de caráter cultural, nas hipóteses em que a necessidade militar assim o determinasse. De outro lado, é certo que durante a segunda metade do Século XVIII e durante todo século XIX vigou a mentalidade de que toda humanização das leis que regem os conflitos armados deveria se restringir aos estados de cultura europeia, razão pela qual os instrumentos protetivos desenvolvidos no final do século XIX e início do século XX ainda se fizeram influenciar por essa mentalidade. Nesse sentido, em 1860, por ocasião da terceira guerra dita do ópio, para forçar a capitulação

do império celeste as tropas anglo-francesas ocuparam a residência do imperador chinês, composta de uma série de palácios e pavilhões ornamentados com a coleção de arte oriental supostamente mais rica até então existente. A construção e possivelmente boa parte das obras que a guarneciam foram intencionalmente incendiadas e em seguida demolidas, por ordem expressa do embaixador britânico, James Bruce Lord Elgin (NAHLIK, p. 88, p. 1967).

O texto de Haia, porém, apresenta hipóteses limitativas da proteção por ela mesmo assegurada. Inicialmente, observa-se a presença da cláusula *si omnes*³⁹, frequente nos textos internacionais e que limita a aplicação do texto de 1907 às partes da Convenção e, mais ainda, faz que com sua incidência se limite aos conflitos em que todas as partes sejam também signatárias da Convenção. Em segundo lugar, como observa NAHLIK (1967, p. 94), o texto convencional apenas se refere a guerras, deixando de fora de seu campo de aplicação todos os conflitos armados que não se adequem a esse conceito. Em terceiro lugar, as restrições referidas no art 27, condicionam a proteção do bem patrimonial à sua não utilização para atividades militares. Finalmente, ainda segundo o mesmo autor, observa-se a permanência da polêmica cláusula da necessidade militar, a autorizar a suspensão da proteção em questão.

Ao flexibilizar a proteção do patrimônio cultural com base na sua não utilização para atividades militares, a Convenção de 1907 transfere parcialmente à parte que detém seu controle a responsabilidade sobre sua proteção (EHLERT, 2014, p. 30)⁴⁰. Frise-se que, nos termos do mesmo art. 27, é dever da parte que detém o controle sobre os bens a serem preservados indicar a presença das construções a serem protegidas. A ideia de que é dever das partes em conflito, conjuntamente, velar pela integridade do patrimônio cultural foi posteriormente desenvolvida, sobretudo com o advento da Convenção de Haia de 1954, adiante analisada.

Cite-se, ainda, que a IX Convenção de Haia de 1907 relativa aos bombardeios por forças navais em tempos de guerra determina em seu art. 5º que o comandante tome “todas as medidas necessárias para preservar locais de culto, construções utilizadas para fins artísticos, científicos ou caritativos, monumentos históricos, hospitais e lugares destinados ao acolhimentos de feridos e doentes, desde que não estejam sendo utilizados para finalidades militares.

³⁹ Art.2º, Convenção de Haia de 1907.

⁴⁰ Concordamos com a conclusão de Caroline Ehlert no sentido de que, à luz da Convenção de 1907 e posteriormente, com o advento da Convenção de 1954, o tema deva ser interpretado no sentido de repartir as responsabilidades sobre o bem a ser protegido entre a parte que pode o agredir e aquele que detém o seu controle.

Com relação às consequências da eventual violação das normas inscritas nas Convenções de 1899 e 1907, o art. 3º desta última estipula que qualquer das partes em conflito que viole suas disposições deve, se o caso assim o exigir, ser condenada a indenizar o dano causado, sendo também responsável por todos os atos cometidos pelo pessoal integrante de suas forças armadas. Nesse particular, observa NAHLIK (1967, p. 94), que a menção a um dever de indenização denota tratar-se de responsabilidade de caráter essencialmente financeiro. Nada é dito, por exemplo, com relação aos deveres de restituição, solidamente implantados na tradição costumeira relativas aos acordos de paz.

Por outro lado, o art. 56 estabelece que toda apreensão, destruição ou dano intencional aos bens ali descritos é proibida e deve ser devidamente processada. Observa-se, assim, relativo avanço com relação às disposições do Código Lieber a respeito da responsabilização por danos causados ao patrimônio cultural. Ainda assim, é certo que as disposições disciplinares da Convenção de 1907 têm caráter genérico e falham ao não estipular proibições claras e as respectivas sanções. Ademais, as sanções aplicadas aos Estados violadores de suas disposições teriam caráter meramente econômico, inexistindo, por exemplo, a prescrição do dever de reparar, na medida do possível o patrimônio degradado. Por fim, é de se destacar que a Convenção deixa a critério e responsabilidade das partes em conflito o processamento e eventual punição, segundo seu direito interno já existente, das pessoas que tenham praticado qualquer dos atos violadores de suas disposições, inexistindo o dever de adoção de outras disposições de direito interno. Todos esses aspectos demonstram a baixa densidade incriminadora das normas inscritas nas Convenções de 1899 e 1907 (EHLERT, 2014, p. 33). Ainda assim, sustenta NAHLIK (1967, p. 96), trata-se do início da codificação da responsabilidade penal individual sobre a matéria, cuja relevância é indiscutível.

Com relação à interpretação da jurisprudência internacional quanto ao tema, observa-se o reconhecimento da consolidação das normas ali inscritas como costumeiras. Assim, em julgamento de 01 de outubro de 1946, o Tribunal Militar de Nuremberg superou as alegações das defesas de alguns réus no sentido de que vários dos países integrantes do eixo não seriam partes às convenções de 1899 e 1907 e estabeleceu que as normas ali inscritas fariam parte do direito costumeiro internacional. Na ocasião, decidiu o Tribunal que as normas ali expressas relativas ao direito da guerra eram reconhecidas por todas nações civilizadas, sendo consideradas como declaratórias das leis e costumes da guerra.⁴¹

⁴¹ França e outros contra Göring e outros. Tribunal Militar de Nuremberg, julgamento de 30 de setembro de 01 de outubro de 1946, parágrafo 254. Acesso realizado em 20/05/2015 http://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf.

No mesmo sentido, em de 19 de dezembro de 2005, por ocasião do julgamento do caso República Democrática do Congo *vs.* Uganda, a Corte Internacional de Justiça reiterou o caráter costumeiro das normas contidas na Convenção de 1907 (parágrafo 217).

2.3. A proteção do Patrimônio cultural nas Convenções de Genebra de 1949

Durante a primeira guerra mundial e no período imediatamente após esse conflito, inúmeras acusações foram feitas contra a Alemanha, no sentido de ter intencionalmente destruído um número considerável de monumentos históricos, sobretudo na Bélgica e na França. Diante de tais acusações, a Alemanha tratou de justificar sua conduta durante a guerra com base, fundamentalmente, nos seguintes argumentos: 1) conduta do adversário. Com base nesse fundamento, justificar-se-iam os bombardeios à Catedral de Reims e à Prefeitura de Ypres, utilizados, segundo o governo alemão, por franceses e belgas para atividades militares, hipótese veementemente negada por França e Bélgica; 2) Necessidade militar. Nesse sentido, teria sido imprescindível aos alemães, por ocasião de sua retirada dos territórios ocupados, a destruição prédios públicos, igrejas, palácios e monastérios que pudessem servir à nova organização das forças derrotadas; 3) Represálias, que justificariam, por exemplo a destruição dos centros monumentais de Louvain e de Ypres. Observa-se, assim, que a doutrina alemã pós 1ª Guerra autoriza ao beligerante a destruição de bens de relevância cultural a título de represálias, o que contrariaria a regulamentação já vigente a essa época (NAHLIK, 1967, p. 99).

Considerando-se que ao tempo da I Guerra as disposições das Convenções de Haia de 1899 e 1907 já estavam em vigor, observa-se que sua vigência não impediu a ocorrência de danos de grande relevância ao patrimônio cultural da humanidade, o que denotou sua baixa coercitividade, sugerindo a necessidade de sua complementação. Os atos de codificação concluídos nesse período (notadamente o Protocolo de Genebra de 1925, as Convenções de Genebra de 1929 e o Protocolo de Londres de 1936), todavia, não se ocuparam diretamente da problemática relativa à proteção do patrimônio cultural, embora tenham adotado pontos relevantes para o debate, sobretudo por não transcreverem expressamente cláusulas que habitualmente compareciam nos instrumentos normativos dessa espécie, como a cláusulas *si omnes* e a cláusula da necessidade militar (NAHLIK, 1967, p. 103).

Nesse época, ainda, iniciaram-se os esforços para a elaboração de uma convenção especificamente destinada à proteção dos bens caráter cultural, destacando-se o pacto Roerich (1935), primeiro tratado concebido e efetivamente celebrado sobre o tema, ainda que com

adesão limitada. Sob o ponto de vista universal, é de extrema importância a iniciativa do Ofício Internacional de Museus, que, em 1937, confiou a um comitê de especialistas, presidido pelo jurista belga Charles de Visscher, a tarefa de elaborar um projeto de Convenção sobre a proteção dos monumentos e obras de arte no curso de conflitos armados. O texto do projeto elaborado em 1938 pelo Comitê serviu de base para a criação da Convenção de Haia de 1954 (NAHLIK, 1967, p. 104).

Nesse ambiente normativo, em 01 de setembro de 1939, as tropas alemãs atravessaram as fronteiras polonesas, iniciando a Segunda Guerra mundial. Diante do iminente conflito, o Ofício Internacional dos Museus se dirigiu imediatamente aos governos beligerantes e neutros, solicitando que assinassem uma declaração cujos termos coincidia em grande medida com os da futura Convenção de 1954. Essa declaração foi assinada unicamente pela Bélgica e pela Holanda, apresentando, assim baixa relevância. Por outro lado, todos os Estados aos quais se dirigiu o presidente Roosevelt em 01 de setembro de 1939 (Alemanha, França, Grã-Bretanha e Polônia), declararam-se de acordo com o propósito de limitar seus bombardeios aos objetivos militares. A realidade, como se sabe, foi muito diferente (NAHLIK, 1967, p. 105).

Assim, após o término da II Guerra, projetos de textos legais relativos ao direito dos conflitos armados foram elaborados, tendo em vista sobretudo a experiência adquirida durante a guerra. Assim, com o apoio de técnicos dos governos, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha elaborou quatro projetos de Convenção, submetidos à Conferência Internacional da Cruz Vermelha realizada em Estocolmo em 1948. Em 1949, na cidade de Genebra, ocorreu a conferência diplomática, composta por representantes de 63 governos, que adotou sua versão final. Nessa ocasião, quatro Convenções foram adotadas: I Convenção, relativa à melhora das condições dos feridos e doentes das Forças Armadas no campo de batalha; II Convenção, para melhoria das condições dos feridos, doentes e náufragos das Forças Armadas no Mar; III Convenção, relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra; IV Convenção, relativa à proteção da população civil em tempos de guerra. Dentre as quatro Convenções, a IV, que trata da proteção de uma categoria definida de pessoas do arbítrio inimigo em territórios ocupados é extremamente relevante para a proteção do patrimônio cultural (EHLERT, 2014, p. 38).

Nesse sentido, de acordo com o art. 2º da IV Convenção de 1949, comum a todas as demais, a Convenção deverá ser aplicada aos casos de guerra declarada, ou de qualquer outro conflito armado que possa surgir entre duas ou mais das Altas Partes contratantes, mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas. Observa-se, assim, um primeiro

avanço dos textos de 1949, posto que incluiu a expressão conflito armado na definição de seu escopo de aplicação, evitando-se, assim, que determinados estados se furtem à incidência dos dispositivos constantes dos textos de Genebra, unicamente com base na inexistência de uma declaração formal de guerra (EHLERT, 2014, p. 39).

Por outro lado, é de se destacar que o art. 2.2 da IV Convenção determina que suas disposições devem ser aplicadas na hipótese de ocupação militar, ainda que não haja resistência armada e mesmo que ocorra em tempos de paz.

É de se notar, ainda, que as Convenções de 1949 em geral foram concebidas para serem aplicadas a conflitos armados de caráter internacional, sendo, a princípio, inaplicáveis aos conflitos de caráter não internacional. O art. 3º comum às quatro Convenções, porém, obriga as partes ao respeito ao núcleo mínimo de proteção, na hipótese de um conflito armado de caráter não internacional. As distinções entre os conflitos armados de caráter não internacional e outros conflitos de diferente fisionomia, (como distúrbios civis e a guerra ao terrorismo) estão tratadas em tópico específico deste trabalho.

Nesse ponto é preciso destacar, como salienta René-Jean Wilhelm (1972, p. 378), que é patente a ausência de diálogo entre o texto das Convenções de Genebra de 1949 e os instrumentos relativos aos direitos humanos já existentes em 1949. Desse modo, é certo que a redação final do art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra não prestigiou de modo muito incisivo a adoção dos direitos e garantias previstos, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em setembro de 1948 e na Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948). A respeito dessa deficiência do texto de 1949, assevera o autor (1972, p. 365):

Um ano antes da Conferência diplomática de 1949 que elaborou o art. 3º, as Nações Unidas haviam adotado, em setembro de 1948, a Declaração Universal sobre Direitos Humanos. Todo aquele que, atualmente, tendo em mente o desenvolvimento dos instrumentos relativos aos direitos humanos, examina o art. 3º e os debates que a Conferência de 1949 consagraram a ele poderá se surpreender ao constatar a que ponto os autores das regras de proteção contidas nesse artigo negligenciaram o catálogo de direitos fundamentais proclamado solenemente no ano anterior. Essa situação pode ser explicada pelo fato de que os diplomatas e *experts* reunidos em Genebra em 1949 pertenciam, em sua maioria, a círculos muito diferentes daqueles que trabalharam em Nova Iorque no âmbito das Nações Unidas.⁴² (tradução livre).

⁴² “Un an avant la Conférence diplomatique de 1949, qui a élaboré l’article 3, les Nations Unies avaient adopté, en septembre 1948, la Déclaration universelle des droits de l’homme. Celui qui, de nos jours, ayant à l’esprit le développement des instruments relatifs aux droits de l’homme, examine l’article 3 et les débats que la Conférence de 1949 lui a consacrés peut s’étonner de constater à quel point les auteurs des règles de protection de cet article ne se sont guère référés au catalogue des droits fondamentaux proclamé solennellement l’année précédente. Cela peut s’expliquer par le fait que les diplomates et experts, réunis à Genève en 1949, appartenaient, le plus souvent, à des milieux assez différents de ceux qui ouvraient à New York dans le cadre des Nations Unies”

A IV Convenção, a seu turno, não define o que seria o patrimônio cultural, nem tampouco trata especificamente da matéria. Seu art. 33.3, todavia, veda a adoção de represálias contra pessoas protegidas e sua propriedade. O art. 53, por sua vez, veda a destruição da propriedade privada ou pública, salvo na hipótese de absoluta necessidade militar. A proteção ali contida, assim, englobaria a proteção ao patrimônio cultural. Novamente, observa-se a menção à necessidade militar, que enfraquece de um modo geral as disposições protetivas do texto convencional (EHLERT, 2014, p.41).

Destaque-se, porém, o texto do art. 27 da Convenção de 1949, que assegura às pessoas ali protegidas o direito ao respeito à sua integridade pessoal, honra, aos seus direitos de família, às suas convicções e práticas religiosas, e aos seus hábitos e costumes. Desse modo, as pessoas ali protegidas precisam ser admitidas a frequentar igrejas e outros locais dedicados à sua religião, o que indiretamente protege essas construções de serem destruídas.

No que diz respeito às sanções penais, o art. 146.1 da IV Convenção de Genebra obriga os estados a editarem qualquer ato de legislação necessário a impor sanções penais efetivas às pessoas que cometam ou ordenem o cometimento qualquer uma das graves violações à Convenção. As graves violações à Convenção de 1949 estão sujeitas à jurisdição universal, posto que nos termos do art. 146.2 da mesma Convenção cada uma das partes deve processar as pessoas que supostamente cometam ou tenham determinado o cometimento de falhas dessa natureza. Frise-se, porém, que as graves violações mencionadas no art. 146 da IV Convenção de Genebra não dizem respeito, diretamente, ao patrimônio cultural (EHLERT, 2014, p. 42).

2.4 A convenção das Nações Unidas de 1954 relativa à Proteção do Patrimônio Cultural nos casos de Conflitos Armados e sua aplicação aos conflitos armados de caráter não internacional.

2.4.1 Advento da Convenção

Após a enorme destruição do patrimônio cultural vivenciada durante a Segunda Guerra mundial, surgiu a ideia de criar uma Convenção que tratasse especificamente da proteção do patrimônio cultural em eventos de conflitos armados e tal incumbência foi cometida à UNESCO, agência da ONU para Educação, Ciência e Cultura, criada em 1946 (EHLERT, 2014, p. 42).

A constituição da UNESCO concita esta instituição a velar pela conservação e proteção do patrimônio universal de livros, obras de arte e outros monumentos de interesse histórico ou científico, bem como a recomendar aos povos interessados a adoção de convenções internacionais nesse sentido⁴³. Assim, por ocasião da quinta Conferência Geral da UNESCO, ocorrida em 1950, o governo italiano apresentou um projeto de convenção que serviu de base aos trabalhos preparatórios à Conferência Diplomática ocorrida na cidade de Haia, durante o período de 21 de abril a 14 de maio de 1954⁴⁴. A Conferência em questão resultou numa Convenção para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado, acompanhada de um regulamento de execução e de um Protocolo relativo ao tema das restituições (NAHLIK, 1967, p. 120).

Nesse sentido, o preâmbulo⁴⁵ da Convenção salienta o risco crescente por que passam os bens de caráter cultural, em face da evolução das formas de guerra e prossegue estabelecendo o caráter solidário dos direitos e obrigações relativos aos bens culturais, que dizem respeito ao patrimônio cultural de toda a humanidade, uma vez que cada povo dá a sua contribuição para a cultura mundial. Nesse ponto, é possível observar que a mentalidade então vigente não mais permitiria que os valores culturais fossem medidos a partir de concepções estéticas unicamente europeias (NAHLIK, 1967, p. 120).

Prossegue o preâmbulo da Convenção, confirmando aos esforços relativos às Convenções de 1899, 1907 e ao pacto Roerich (1935) e reconhece, de forma muito pertinente, que a eficácia das medidas adotadas em tempos de guerra dependerá daquelas efetivadas nos momentos de paz. O fecho do preâmbulo registra a disposição dos signatários a adotar todas as medidas necessárias à proteção dos bens culturais.

2.4.2 Conceito de bem cultural

⁴³ Constituição da Unesco, art. 1º.

⁴⁴ Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 44.851, de 11 de novembro de 1958.

⁴⁵ As Altas Partes Contratantes:

Considerando que os bens culturais sofreram graves danos durante os últimos conflitos e que eles se encontram cada vez mais ameaçados de destruição devido ao desenvolvimento de tecnologia de guerra.

Convencidos de que os atentados perpetrados contra os bens culturais, qualquer que seja o povo a quem eles pertençam, constituem atentados contra o patrimônio cultural de toda a humanidade, sendo certo que cada povo dá a sua contribuição para a cultura mundial.

Considerando que a convenção do patrimônio cultural apresenta uma grande importância para todos os povos do mundo e que importa assegurar a este patrimônio uma proteção internacional.

Guiados pelos princípios respeitantes à proteção dos bens culturais em caso de conflito armado estabelecidos nas *Convenções da Haia de 1899 e de 1907 e no Pacto de Washington de 15 de Abril de 1935*.

Considerando que, para ser eficaz, a proteção destes bens deve ser organizada em tempo de paz através de medidas quer nacionais quer internacionais.

Determinados a adotar todas as disposições possíveis para proteger os bens culturais

Como registra NAHLIK (1967, p. 101), um dos grandes méritos da Convenção de 1954 foi ter introduzido a noção bem cultural, medida até então não adotada por qualquer dos textos convencionais que a precederam. A opção, como registra o autor, não ocorreu sem alguma resistência. Assim, M. Brichet, relator geral da Conferência de 1954, tencionou que a definição a ser adotada tivesse o caráter mais geral possível, sem a inserção de exemplos. O delegado norte-americano à Conferência, porém, Mr. Carmichael sustentou a tese de que os militares, a quem em caráter principal essas normas se dirigiriam, deveriam estar munidos de parâmetros concretos a respeito dos bens que eles deveriam proteger no teatro de operações. Esta última concepção prevaleceu, razão pela qual a Convenção não apenas divide os bens culturais em três categorias, mas também cita diversos exemplos de cada uma delas.

Como registrado no *caput* do art. 1º, a definição ali contida diz respeito, unicamente, aos fins da Convenção de 1954. Ademais, para enfatizar que a proteção em questão deriva das características próprias do bem, restou registrado que a definição se dá independentemente da origem ou do proprietário (EHLERT, 2014, p. 48).

Nesse sentido, o art. 1º⁴⁶, “a” da Convenção de 1954 se refere aos “bens, móveis ou imóveis que tenham uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte, ou de história, religiosos ou seculares, os lugares que oferecem interesse arqueológico, os grupos de edificações que, em vista de seu conjunto, apresentem um elevado interesse histórico ou artístico, as obras de arte, manuscritos, livros e outros objetos de interesse histórico, artístico ou arqueológico, bem como as coleções científicas e as coleções importantes de livros, de arquivos, ou de reproduções dos bens acima definidos”. Observa-se aqui, efetivamente, a ausência de menção à pessoa do proprietário e à destinação do objeto, elementos de grande relevância para as disposições de 1907. Nesse

⁴⁶Artigo 1º

Definição de bens culturais

Para fins da presente Convenção são considerados como bens culturais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário:

- a) Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as coleções científicas e as importantes coleções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos;
- b) Os edifícios cujo objetivo principal e efetivo seja, de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a), como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a) em caso de conflito armado;
- c) Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a) e b), os chamados "centros monumentais".

sentido, os caracteres intrínsecos do objeto são suficiente a determinar a sua proteção, como determina o *caput* do dispositivo (NAHLIK, 1967, p. 122).

Observe-se, ainda, que a definição contida no art. 1º, “a” não apresenta qualquer elemento relativo ao valor monetário dos bens protegidos. Essa opção decorre do fato de que alguns objetos, embora de baixo valor de mercado, são relevantes para a cultura ou identidade nacionais, por exemplo, ao passo que outros tantos, embora de elevado valor econômico, podem não possuir grande significado histórico ou artístico, sendo facilmente repostos (EHLERT, 2014, p. 48).

No que respeita à noção de patrimônio *cultural dos povos*, há divergências com relação aos critérios para a determinação dessa relação. De um lado, apenas aqueles bens relevantes para humanidade como um todo estariam incluídos na definição do art.1º (GREEN, 2008, p. 208). Por outro lado, argumenta-se também que a proteção deve abranger todos os bens, móveis ou imóveis assim considerados por cada estado parte da Convenção. Essa concepção estaria em consonância com o texto do preâmbulo da Convenção, que visa a expandir ao máximo possível a proteção ao bens culturalmente relevantes (EHLERT, 2014, p. 49).

A proteção se estende, nos termos do art. 1º, “b” "aos edifícios cuja finalidade principal real seja a de conservar e expor os bens culturais móveis definidos na alínea (a), tais como os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos, bem como os abrigos destinados a proteger, em caso de conflito armado, os bens culturais móveis definidos na alínea (a). Por fim, a alínea “c” do mesmo artigo confere proteção aos chamados “centros monumentais, destinados a abrigar os bens descritos nas alíneas anteriores. Os debates orais ocorridos por ocasião da Conferência de Haia de 1954 sugerem que a redação da alínea “c” se refere a bairros e localidades históricas de algumas cidades, como Veneza, Florença e Cambridge (NAHLIK, 1967, p. 102).

2.4.3 Níveis de proteção

Por ocasião dos debates para adoção da Convenção, duas opiniões centrais se colocaram: a primeira, no sentido de que a proteção estabelecida pela convenção deveria abranger o número mais amplo de bens possíveis. A segunda, no sentido de que, para ser eficaz, a Convenção deveria se ater a um número mais reduzido de objetos, de relevância cultural mais elevada (NAHLIK, 1967, p. 123). O texto final adotou uma opção conciliatória, prevendo dois níveis de proteção. Um primeiro nível, mais amplo, conferido a todos os bens

descritos no art. 1º, e outro mais restrito, destinado a bens especificados e que se beneficiam de privilégios adicionais.

2.4.3.1 Proteção geral

Um das críticas aos textos convencionais anteriores à edição da Convenção de 1954 consiste na enumeração casuística das situações das quais os bens culturais deveriam ser protegidos, como bombardeios e pilhagens. Desse modo, beligerantes mal intencionados poderiam se valer de ações igualmente danosas, mas não previstas nos textos convencionais vigentes (NAHLIK, 1967, p. 123).

A Convenção de 1954, por sua vez, apresenta termos bastante largos para definir seus parâmetros de proteção. A proteção geral⁴⁷ do patrimônio cultural, porém, abrange a “salvaguarda”⁴⁸ e o “respeito”⁴⁹ aos bens culturais.

Assim, por salvaguarda compreende-se o conjunto de medidas positivas a serem adotadas, ainda em tempos de paz, para evitar a destruição de bens de caráter cultural. Em razão da necessidade de sua adoção desde os tempos de paz, é certo que as responsabilidades cometidas ao país detentor do patrimônio se mostram mais proeminentes. Nesse sentido, na hipótese de ocupação, as atribuições da potência ocupante são subsidiárias àquelas cometidas ao país detentor dos bens ocupados, nos termos do art. 5º, da Convenção de 1954⁵⁰. As

⁴⁷ Artigo 2º Proteção dos bens culturais

Para fins da presente Convenção a proteção dos bens culturais comporta a salvaguarda e o respeito por estes bens.

⁴⁸ Artigo 3º Salvaguarda dos bens culturais

As Altas Partes Contratantes comprometem-se a preparar, em tempo de paz, a salvaguarda dos bens culturais situados no seu próprio território contra os efeitos previsíveis de um conflito armado, tomando as medidas que considerem apropriadas.

⁴⁹ Artigo 4º

Respeito pelos bens culturais

§1 - As Altas Partes Contratantes comprometem-se a respeitar os bens culturais situados quer no seu próprio território quer no território das outras Altas Partes Contratantes, não se permitindo a utilização desses bens, dos seus dispositivos de proteção e dos acessos imediatos para fins que poderiam expor esses bens a uma possível destruição ou deterioração em caso de conflito armado, devendo também abster-se de qualquer ato de hostilidade em relação a esses bens.

§2 - As obrigações definidas no primeiro parágrafo do presente artigo não poderão sofrer derrogações, exceto no caso em que uma necessidade militar exija de uma maneira imperativa uma tal derrogação.

§3 - As Altas Partes Contratantes comprometem-se ainda a proibir, a prevenir e, caso seja necessário, a fazer cessar todo o ato de roubo, de pilhagem ou de desvio de bens culturais, qualquer que seja a sua forma, bem como todo o ato de vandalismo em relação aos referidos bens. As Partes impedem a requisição dos bens culturais móveis que se situem no território de uma outra Alta Parte Contratante.

§4 - As Partes proíbem qualquer ação de represália que atinja os bens culturais.

§5 - Uma Alta Parte Contratante não se pode desvincular das obrigações estipuladas no presente artigo em relação a uma outra Alta Parte Contratante com fundamento na não adoção das medidas de salvaguarda prescritas no artigo 3.º por parte desta última.

⁵⁰ Artigo 5º Ocupação

medidas relativas à salvaguarda, assim, são de caráter eminentemente preventivo e os Estados-Partes são livres para adotar aquelas que considerem mais adequadas para a proteção do seu patrimônio cultural (EHLERT, 2014, p. 51). Essa medidas incluem, por exemplo, como se verá adiante, a aposição de emblemas distintivos para facilitar o reconhecimento do bens de relevância cultural e a introdução, nos regulamentos militares, de dispositivos que sejam próprios a assegurar a observância da Convenção de 1954 e a inculcar, no espírito do pessoal das forças armadas, o respeito aos bens culturais de todos os povos.

O conceito de “respeito”, por outro lado, engloba majoritariamente os deveres negativos das partes em conflito, não se permitindo a utilização dos bens para fins que os possam expor à destruição. Embora tenha encontrado alguma resistência, a opinião de que deveriam ser impostas obrigações ao próprio país detentor do bem prevaleceu, sobretudo em razão da possibilidade de que eventual agressor paute os limites de seu agir na proteção conferida pelo país detentor, não indo além do respeito assegurado por este último aos bens culturalmente relevantes (NAHLIK, 1967, p. 124).

Com relação à parte inimiga, a Convenção de 1954 apresenta texto enfático: ela deverá se abster de qualquer ato de hostilidade contra os bens de caráter cultural, conforme se depreende do disposto no artigo 4º, § 1º do texto convencional, já acima transcrito. Essa vedação engloba todos os tipos de manobras realizadas pelas forças em combate, destacando-se especialmente os bombardeios, em razão de sua indisfarçada nocividade aos bens de caráter cultural. É válido notar que a Convenção de 1954 e seus trabalhos preparatórios não indicam qual seria o significado da expressão “ato de hostilidade”. Nessa compreensão, tal expressão deve ser interpretada no seu sentido mais amplo possível, envolvendo toda a gama de ações e operações de combate em sentido amplo (EHLERT, 2014, p. 52).

Após a cessação das hostilidades, as partes devem proibir, prevenir e, caso seja necessário, fazer cessar todo o ato de roubo, de pilhagem ou de desvio de bens culturais, qualquer que seja a sua forma, bem como todo o ato de vandalismo em relação aos referidos bens. São igualmente vedadas as requisições dos bens culturais móveis, bem como a adoção

§1 - As Altas Partes Contratantes que ocupem total ou parcialmente o território de uma outra Alta Parte Contratante devem, na medida do possível, apoiar os esforços das autoridades competentes do território ocupado de forma a assegurar a salvaguarda e a conservação dos seus bens culturais.

§2 - Se uma intervenção urgente for necessária para a conservação dos bens culturais situados em território ocupado e danificados por operações militares e se as autoridades nacionais competentes não puderem encarregar-se disso, deve a potência ocupante tomar, quando possível, as medidas de conservação mais prementes em estreita colaboração com as autoridades.

§3 - Qualquer Alta Parte Contratante cujo governo seja considerado pelos membros de um movimento de resistência como o seu governo legítimo, chamará, se possível, a atenção desses membros para a obrigação de observar aquelas disposições da Convenção referentes ao respeito pelos bens culturais.

de medidas de represálias contra bens dessa natureza⁵¹, limitação aos mecanismos de proteção extremamente perigosa e historicamente invocada para justificar atos de destruição do patrimônio cultural (NAHLIK, 1967, p. 124).

2.4.3.2 Proteção especial

Por ocasião da Conferência de 1954 houve intenso debate com relação a que condições determinado bem deveria preencher para gozar de proteção especial. Os debates se notabilizaram pelos alto níveis de exigência dos representantes dos países anglo-saxões à inserção de determinado bem nessa categoria. Nesse sentido, segundo a delegação francesa, caso admitidas todas as restrições veiculadas pela delegação inglesa, apenas as pirâmides de Quéops e Quéfren satisfariam tais condições (NAHLIK, 1967, p. 125).

A grande questão que se colocou no debate, porém, foi saber se o objetivo principal da Convenção seria a proteção dos bens culturais ou dos objetivos militares. A fórmula ao final adotada elencou um número restrito de refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis de grande importância desde que: a) eles se encontrem a uma distância suficiente de um grande centro industrial ou de qualquer objetivo militar importante que constitua um ponto sensível, como por exemplo um aeroporto, uma estação de radiodifusão, um estabelecimento ao serviço da defesa nacional, um porto ou uma estação de caminhos de ferro com uma certa importância, ou uma grande via de comunicação; b) não sejam utilizados para fins militares⁵².

⁵¹ Art. 4º, §, 3º e 4º, da Convenção de 1954.

⁵² *Artigo 8º* Atribuição de proteção especial

§1 - Pode ser posto sob proteção especial um número restrito de refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis de grande importância desde que:

a) Eles se encontrem a uma distância suficiente de um grande centro industrial ou de qualquer objetivo militar importante que constitua um ponto sensível, como por exemplo um aeroporto, uma estação de radiodifusão, um estabelecimento ao serviço da defesa nacional, um porto ou uma gare de caminhos de ferro com uma certa importância, ou uma grande via de comunicação;

b) Eles não sejam utilizados para fins militares.

§2 - Um refúgio para bens culturais móveis pode também ser colocado sob proteção especial, qualquer que seja a sua localização, se tiver sido construído de modo que, segundo todas as probabilidades, não seja afetado por bombardeamentos.

§3 - Um centro monumental é considerado como utilizado para fins militares quando seja empregue para deslocamentos de pessoal ou material militar, mesmo em trânsito. O mesmo se passará quando aí se desenvolvam atividades que tenham uma relação direta com operações militares, com o alojamento do pessoal militar ou com a produção de material bélico.

§4 - Não é considerada como utilidade para fins militares a vigilância de um dos bens culturais enumerados no primeiro parágrafo por guardas armados e especialmente equipados para esse efeito, ou a presença, próxima desse bem cultural, de forças de polícia normalmente encarregues de assegurar a ordem pública.

§5 - Se um dos bens culturais enumerados no primeiro parágrafo do presente artigo estiver situado próximo de um objetivo militar importante, de acordo com o sentido deste parágrafo, ele pode, todavia, ser colocado sob proteção especial desde que a Alta Parte Contratante, que no presente pede essa proteção, se comprometa a não fazer uso do objetivo em causa em caso de conflito armado. Se o objetivo se tratar de um posto, de uma gare ou

Chama a atenção o paradoxo de que, embora para a incidência da proteção especial, exija-se que o bem ocupe uma extraordinária importância cultural, são múltiplas as possibilidades de afastamento de sua proteção. Os parágrafos 2º e 5º do referido artigo 8º, todavia, elatem a proteção insculpida no §1º do mesmo artigo ao prever que “um refúgio para bens culturais móveis pode também ser colocado sob proteção especial, qualquer que seja a sua localização, se tiver sido construído de modo que, segundo todas as probabilidades, não seja afetado por bombardeamentos” e que “Se um dos bens culturais enumerados no primeiro parágrafo do presente artigo estiver situado próximo de um objetivo militar importante, de acordo com o sentido deste parágrafo, ele pode, todavia, ser colocado sob proteção especial desde que a Alta Parte Contratante, que no presente pede essa proteção, se comprometa a não fazer uso do objetivo em causa em caso de conflito armado. Se o objetivo se tratar de um posto, de uma gare ou de um aeroporto, todo o tráfego deve ser desviado. Neste caso, o desvio de tráfego deve ser organizado ainda em tempo de paz.”

Os parágrafos 3º e 4º do mesmo artigo, por sua vez, definem de forma positiva (§3º) e negativa (§ 4º) o que seriam objetivos militares.

Por fim, o parágrafo 6º do art. 8º em questão estabelece que a “proteção especial é concedida aos bens culturais através da sua inscrição no Registro Internacional dos Bens Culturais sob proteção especial” e exige, para a referida inscrição, que estejam preenchidas todas as condições previstas Convenção e em seu regulamento de execução.” Os artigos 12 a 16 do regulamento de execução tratam do pedido de registro, inscrição, oposição das partes interessadas e eventual cancelamento do referido registro.

Gozam, ainda, de proteção especial as operações de transporte de bens culturais realizadas em conformidade com o art. 12⁵³ da Convenção, bem como os bens alocados em

de um aeroporto, todo o tráfego deve ser desviado. Neste caso o desvio de tráfego deve ser organizado ainda em tempo de paz.

§6 - A proteção especial é concedida aos bens culturais através da sua inscrição no Registro Internacional dos Bens Culturais sob proteção Especial. Esta inscrição só poderá ser efetuada em conformidade com as disposições da presente Convenção e nas condições previstas no Regulamento de Execução.

⁵³ Artigo 12. Transporte sob proteção especial

§1 - Um transporte exclusivamente afetado à transferência de bens culturais, seja para o interior de um território, seja com destino a outro território, pode, a pedido da Alta Parte Contratante interessada, ser efetuado sob proteção especial, nas condições previstas no Regulamento de Execução.

§2 - O transporte sob proteção especial é realizado sob uma vigilância de caráter internacional prevista no Regulamento de Execução e deve estar munido de um sinal distintivo definido no artigo 16.

§3 - As Altas Partes Contratantes proibem qualquer ato de hostilidade contra um transporte sob proteção especial.

abrigos improvisados, consoante se depreende do art. 11⁵⁴ do regulamento de execução da Convenção.

O texto convencional atribui, em seu art. 9º, verdadeira imunidade aos bens que gozam de proteção especial, consistente na “interdição, a partir da inscrição no Registro Internacional, de todo o ato de hostilidade em relação a esses bens e de qualquer utilização dos mesmos ou dos seus acessos para fins militares, excetuando-se os casos previstos no quinto parágrafo do artigo 8.º”⁵⁵ Diante desse regime jurídico especial consagrado a certos bens a partir de sua inscrição no respectivo Registro Internacional, salienta Nahlik (1967, p. 126-127) que:

A diferença (da imunidade) com relação ao “respeito” devido aos bens sob proteção geral consiste, assim, não apenas na essência do privilégio, mas também em certas circunstâncias auxiliares. A utilização para fins militares de bens sob proteção especial deve ser abandonada desde sua inscrição no Registro, ainda em tempos de paz, enquanto que a utilização de bens sob proteção geral para fins que os possam expor ao perigo não é necessariamente requerida desde os momentos de paz. Os bens submetidos à proteção especial *devem* ser munidos de sinais especiais (enquanto os bens sob proteção geral o podem) e submetem-se a um controle internacional. A inscrição no registro confere, assim, privilégios, mas impõe em contrapartida deveres.⁵⁶

2.4.4 Limitações à proteção dos bens culturais

Como aponta Nahlik (1967, p. 127), as limitações à eficácia das disposições convencionais de 1954 são muito menos numerosas do que aquelas que comparecem no texto de 1907. Nesse sentido, a cláusula *si omnes* não mais se apresenta, nem tampouco a proteção constante do texto se restringe às guerras formais declaradas entre nações ditas civilizadas. As represálias, por sua vez, são expressamente vedadas e a cláusula da reserva do possível aparece de forma escassa no texto de 1954.

⁵⁵ Artigo 9º Imunidade dos bens culturais As Altas Partes Contratantes comprometem-se a assegurar a imunidade dos bens culturais sob proteção especial através de interdição, a partir da inscrição no registro Internacional, de todo o ato de hostilidade em relação a esses bens e de qualquer utilização dos mesmos ou dos seus acessos para fins militares, excetuando-se os casos previstos no quinto parágrafo do artigo 8.º

⁵⁶ La différence avec ce qui résulte déjà du «respect» dû aux biens sous protection générale consiste donc non seulement dans l'essence du privilège, mais dans certaines circonstances auxiliaires. L'utilisation à des fins militaires des biens sous protection *spéciale* doit être abandonnée dès leur inscription au Registre, donc en pleine paix, alors que l'utilisation des biens sous protection *générale* à des fins pouvant les exposer au danger n'est pas nécessairement demandée dès le temps de paix. Les biens sous protection *spéciale* *doivent* être munis de signes spéciaux (alors que les biens sous protection générale le *peuvent*) et se soumettre à un contrôle international. L'inscription au Registre confère ainsi des privilèges, mais impose en contrepartie des devoirs.

Duas restrições importantes, todavia, subsistem. Trata-se daquelas calcadas na conduta do adversário e na necessidade militar.

2.4.4.1 Conduta do adversário

Apesar dos pontos negativos relacionados à manutenção da restrição da proteção com base na conduta do adversário, a fórmula adotada pela Convenção de 1954 restringe sensivelmente o recurso a esse argumento.

Assim, nos termos do art. 11⁵⁷ do texto convencional, é possível dizer que a suspensão da imunidade dependerá da presença dos requisitos adiante expostos: a) pode ser exercitada unicamente com relação aos bens que gozam de proteção especial; b) exige-se que esses bens ou seu entorno sejam utilizados para fins militares; c) a suspensão deve ser temporária; d) sempre que possível, a parte que tenciona levantar a imunidade deverá informá-lo à parte contrária; e) a decisão deve ser informada aos órgãos internacionais de controle (Registro Internacional de bens sob proteção especial).

A leitura do art. 11, § 1º, deixa claro que a suspensão em questão é relativa à “imunidade” de certos bens culturais, que gozam de proteção especial, nos termos do art. 8º da Convenção. Isso se deve ao fato de que a proteção geral não significa, na prática, a exclusão por completo da utilização militar de todos os bens. Quanto aos bens que gozam de proteção especial, por outro lado, a solicitação de inscrição no registro internacional configura ato solene, do qual não pode se afastar o Estado solicitante, sob pena de incorrer em conduta verdadeiramente desleal (NAHLIK, 1967, p. 128).

2.4.4.2 Necessidade militar.

⁵⁷Artigo 11 Levantamento de imunidade

§1 - Se uma das Altas Partes Contratantes cometer, relativamente a um bem cultural sob proteção especial, uma violação dos compromissos assumidos em virtude do artigo 9.º, no período de tempo em que a violação subsistir, a outra Parte fica desobrigada de assegurar a imunidade do bem em causa. Porém, cada vez que esta o possa, deve tomar previamente as diligências de modo a pôr fim a esta violação dentro de um prazo razoável.

§2 - Em exclusão do caso previsto no primeiro parágrafo do presente artigo, a imunidade de um bem cultural sob proteção especial não pode ser levantada a não ser em casos excepcionais de necessidade militar inelutável e apenas naquele tempo em que essa necessidade subsiste. Esta só poderá ser constatada por um chefe de uma formação igual ou superior em importância a uma divisão. Em todos os casos que as circunstâncias o permitam, a decisão de levantar a imunidade é notificada com uma antecedência suficiente à Parte contrária.

§3 - A Parte que levanta a imunidade deve informar no mais curto prazo possível, por escrito, e com indicação dos seus motivos, o comissário-geral para os bens culturais, tal como previsto no Regulamento de Execução.

Um dos pontos de maior controvérsia a respeito do texto final da Convenção de 1954 foi o relativo à cláusula da necessidade militar. Defenderam a necessidade de inclusão expressa da cláusula relativa à suspensão da proteção do bens de caráter cultural com base na necessidade militar, sobretudo, as delegações anglo-saxãs. Nesse sentido, o delegado militar norte-americano, Coronel Perham, por ocasião da 3ª Sessão da Comissão principal, declarou que seria necessária a inserção explícita da cláusula da necessidade militar, pela simples razão de os militares a considerariam sempre presente, ainda que de forma não escrita. Nesse caso, sua ausência não impediria o recurso a ela. (NAHLIK, 1967, p. 128).

As declarações dos delegados norte-americanos e ingleses foram vigorosamente combatidas, tendo a delegação soviética expressamente mencionado a necessidade de preservação do patrimônio cultural para as gerações futuras. O representante soviético, Sr. Kemenov, chegou a colocar a questão de saber se seria um alento serem arrasados locais como o Parthenon, Versailles ou Westminster em conformidade com o direito internacional. Os questionamentos se fundaram, sobretudo, no fato de que o Pacto Roerich, de 1935, não previu cláusula semelhante, como observaram as delegações da Grécia, Espanha e Equador. Assim, por vinte e dois votos a oito, prevaleceu a opinião relativa à inserção da cláusula fundada na necessidade militar no texto (NAHLIK, 1967, p. 129).

Nesse sentido, estabelece o art. 4º, § 2º⁵⁸ da Convenção de 1954 que as obrigações relativas ao respeito pelos bens culturais “não poderão sofrer derrogações, exceto no caso em que uma necessidade militar exija de uma maneira imperativa uma tal derrogação.” A possibilidade de suspensão da proteção com base na necessidade militar deve ser precedida de uma cuidadosa avaliação dos objetivos militares em questão e das alternativas existentes para o seu atingimento. Em resumo, a incidência do art. 4º, § 2º não pode ser dissociada do princípio da proporcionalidade (EHLERT, 2014, p. 54).

Com relação aos bens que gozam de proteção especial, a discussão se travou de forma igualmente intensa. Todavia, igualmente vingou a concepção de que os bens culturais especialmente protegidos também deveriam ser protegidos, cercando-se a decisão relativa à suspensão de sua proteção de alguns cuidados adicionais com relação àqueles previstos para os bens que gozam de proteção geral. Desse modo, a diferença residiria na proteção de uma classe de bens ou de outra seria apenas de grau (NAHLIK, 1967, p. 130)

⁵⁸ §2 - As obrigações definidas no primeiro parágrafo do presente artigo não poderão sofrer derrogações, exceto no caso em que uma necessidade militar exija de uma maneira imperativa uma tal derrogação.

Nesse sentido, estabelece o art. 11, §§ 2º e 3º da Convenção as hipóteses em que os bens submetidos à proteção especial poderão ser atingidos em razão da necessidade militar. Os requisitos ali estabelecidos são basicamente: a) ocorrência de extraordinária necessidade militar imperativa; b) sempre que possível, a intenção de suspender a imunidade deve ser notificada à parte adversária; c) a suspensão deve ser temporária; d) a ordem deve emanar do comandante militar de uma formação militar igual ou superior em contingente a uma divisão; e) a parte que decidir por suspender a proteção deverá comunicar sua decisão às autoridades internacionais competentes e justificar sua conduta.

2.4.5 Aplicação da Convenção

2.4.5.1 Aspectos Gerais

O texto convencional e o regulamento que lhe é anexo regulam de forma detalhada a forma como a convenção deve ser aplicada. Assim, os Estados signatários devem adotar todas as medidas necessárias para sua efetiva aplicação⁵⁹, impondo-se a divulgação do texto convencional à população civil e aos efetivos militares⁶⁰, devendo incorporar o estudo da Convenção de 1954 e seus regulamentos nos programas de instrução militar e de instrução civil, de modo a permitir que os princípios regentes da Convenção sejam conhecidos do conjunto da população. Prevê a Convenção, ainda, que as partes devem introduzir, em tempo de paz, nos regulamentos ou instruções para o uso de suas tropas, disposições que sejam próprias a assegurar a sua observância, devendo incutir no espírito do pessoal de suas forças armadas o respeito à cultura e aos bens culturais de todos os povos. Devem os estados-partes, igualmente, organizar ou estabelecer, ainda em tempos de paz, serviços ou pessoal especializado, cuja missão consista em zelar pelo respeito aos bens culturais⁶¹

A Convenção previu, ainda, a utilização de um emblema para identificar os bens culturais protegidos pelo seu regime jurídico. O emblema distintivo da Convenção consiste em um escudo em ponta para baixo, partido em aspa, azul marinho e branco⁶². A repetição do emblema três vezes indica os bens culturais que gozam de proteção especial, as operações de transporte especial de bens culturais e os abrigos improvisados de bens culturais.⁶³

⁵⁹ Convenção de 1954, art. 34.

⁶⁰ Convenção de 1954, art. 35.

⁶¹ Convenção de 1954, art. 7.

⁶² Convenção de 1954, art. 16.

⁶³ Convenção de 1954, art. 17.

As funções de ordem internacional relativa à aplicação da Convenção foram cometidas à UNESCO, que restou encarregada de ser a depositária e redatora do registro internacional de bens culturais sob proteção especial, intermediária das partes em seus contatos, notificações e relações bem com de organizar suas reuniões.⁶⁴

A delegação italiana, que defendeu a criação de um organismo autônomo para implementar a convenção e fiscalizar sua aplicação, sugeriu igualmente a realização de reuniões periódicas para revisão do texto convencional e avaliação de sua aplicação na prática (NAHLIK, 1967, p. 133). O texto convencional, todavia, limitou-se a prever a ocorrência de reuniões ocasionais, convocadas pelo Diretor Geral da UNESCO, com a aprovação do Conselho Executivo. O Diretor-Geral fica obrigado a realizar tal Convocação quando solicitada por um quinto, ao menos, das partes contratantes.⁶⁵

Com relação à vigilância e inspeção dos locais onde haja conflitos armados em curso, a Convenção de 1954 prevê que a UNESCO deverá manter uma lista de personalidades aptas a exercer a função de Comissário Geral de Bens Culturais.⁶⁶ O Comissário Geral de Bens culturais será eleito, de comum acordo, pela parte perante a qual esteja acreditado e pelas potências protetoras das partes contrárias, dentre as personalidades que figurem na lista em questão⁶⁷. Na hipótese de não haver acordo, caberá ao presidente da Corte Internacional de Justiça a escolha do Comissário Geral⁶⁸, cujas atribuições consistem fundamentalmente em⁶⁹: a) tratar, juntamente com os representantes da parte junto à qual exerce sua missão e com os delegados interessados, das questões que lhe forem apresentadas; b) ordenar a realização inquéritos ou dirigi-los pessoalmente, com o consentimento da parte junto à qual exerce sua missão; c) adotar os atos de gestão necessários à aplicação da Convenção; d) preparar os relatórios necessários à aplicação da Convenção e transmiti-los às partes interessadas e às suas potências protetoras.

Nos termos do art.18.3, permite-se que países não signatários aceitem unilateralmente a aplicação da Convenção, o que obriga as demais partes à Convenção a aceitar sua incidência no caso concreto e enquanto a parte em questão as aplicar. Nesse particular, convém também destacar que a Convenção fixou em cinco⁷⁰ o número mínimo de

⁶⁴ Convenção de 1954, Arts. 22.1, 23, 26, 27.1, 31.1, 32, 37.2, 38, 39, 40. Do regulamento de Execução: 1, 12, 13, 14, 15, 16.

⁶⁵ Art. 37 da Convenção.

⁶⁶ Art. 1º do Regulamento.

⁶⁷ Art. 4.1 do Regulamento.

⁶⁸ Art. 4.2 do Regulamento.

⁶⁹ Art. 6 do Regulamento.

⁷⁰ Art. 33.1 da Convenção de 1954

ratificações necessárias para sua entrada em vigor, número relativamente baixo, se comparado aos demais instrumentos internacionais.

Por fim, a denúncia unilateral da Convenção produzirá efeito um ano após o depósito do instrumento correspondente⁷¹. A manifestação de denúncia, todavia, não surtirá efeitos caso a parte em questão esteja envolvida em algum conflito armado, enquanto perdurar dito conflito e até que hajam terminado as operações de repatriação de bens culturais, como dispõe o art. XXXVII.3 da Convenção de 1954.

2.5.5.2 Aplicação da Convenção a conflitos internacionais e não internacionais.

A força normativa da Convenção se estende a todos os gêneros de conflitos armados, independentemente de seu caráter formal ou da situação jurídica do adversário (NAHLIK, 1967, p. 138).

Nesse sentido, estabelece o art. 18.1⁷² da Convenção de 1954 que o texto em questão deverá ser aplicado “em caso de guerra declarada, ou de qualquer outro conflito armado que possa surgir entre duas ou mais das Altas Partes Contratantes, mesmo quando qualquer delas não reconheça o estado de guerra”. Nesse sentido, é possível dizer que o art. 18.1 se refere à aplicabilidade da Convenção de 1954 nos casos de conflitos armados de caráter internacional, tal como previstos no art. 2º comum às Convenções de Genebra de 1949 (EHLERT, 2014, p. 45)

Como já visto acima, prossegue o art. 18.2 estabelecendo que a Convenção será aplicada igualmente nos casos de ocupação inteira ou parcial do território de uma das partes contratantes, ainda que essa ocupação não encontre qualquer resistência militar.

A Convenção previu, ainda, que, nos casos de conflitos armados que não tenham caráter internacional e que tenham surgido no território de uma das partes contratantes, cada uma das partes ficará obrigada a aplicar ao menos as disposições relativas ao respeito aos bens culturais⁷³. Trata-se de dispositivo que atua à semelhança do que dispõe o art. 3º comum às quatro convenções de Genebra (EHLERT, 2014, p. 1967).

⁷¹ Art. 37.3 da Convenção.

⁷² Art. 18 da Convenção de 1954.

⁷³ Art. 19. Conflitos de caráter não internacional.

1. Em caso de conflito armado que não tenha caráter internacional e que tenha surgido no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada uma das Partes em conflito ficará obrigada a aplicar, ao menos, as disposições dessa Convenção relativas ao respeito dos bens culturais.
2. As Partes em conflito procurarão pôr em vigor, mediante acordos especiais, todas as demais disposições da presente Convenção ou partes dela.

A noção de conflito armado de caráter não internacional, todavia, não é definida pela Convenção de Haia de 1954, assim como o texto convencional também não indica que nível de gravidade um determinado conflito armado precisa atingir para atrair a incidência do art. 19 em questão, sugerindo uma remissão ao art. 3º já acima citado. Surge aí uma aparente incongruência. O art. 19 da Convenção de 1954 faz referência às *partes* em conflito. O art. 3º, por sua vez, é extremamente amplo e não traz qualquer elemento apto a definir quem seriam as *partes* em um conflito armado de caráter não internacional, como por exemplo que nível de organização deveriam atingir para atrair a incidência dessa disciplina (EHLERT, 2014, p. 46).

Prossegue o art. 19 estabelecendo que, em conflitos dessa natureza, as partes em conflito procurarão pôr em vigor, mediante acordos especiais, todas as demais disposições da referida Convenção, podendo a UNESCO oferecer seus serviços às partes em conflito. Finalmente, estabelece o art. 19.4 que a aplicação das disposições relativas aos conflitos de caráter não internacional não produz qualquer efeito sobre o estatuto jurídico das partes em conflito.

Observa-se, assim, que do ponto de vista do texto escrito da Convenção de 1954, resta incerto se todas as suas provisões seriam ou não aplicáveis aos conflitos armados de caráter não internacional. Essa dúvida decorre, especialmente da redação do art. 19.1, que obriga unicamente à observância das disposições convencionais relativas ao *respeito* pelos bens culturais. A interpretação literal desse dispositivo poderia levar à conclusão de que apenas as medidas descritas no art. 4º da Convenção (consistentes predominantemente em abstenções) seriam aplicáveis aos conflitos armados de caráter não internacional, deixando de fora de sua disciplina, por exemplo, o art. 28, que trata exatamente da possibilidade de aplicação de sanções nos casos de violação da Convenção de 1954 (EHLERT, 2014, p. 46).

Essa conclusão, todavia, não pode subsistir. Especificamente com relação ao art. 28, defende Fischer (1993, p. 189) que tal norma dialoga diretamente com o respeito aos bens culturais, ainda que de forma adjetiva. Assim, enquanto o art. 4º estabelece regras básicas de respeito aos bens culturalmente relevantes, o art. 28 determina a adoção de disposições de direito interno por parte dos estados signatários, no sentido de processar e punir as pessoas que violem, também, essas disposições. Assim, mesmo em conflitos armados de caráter não internacional, a inobservância das disposições do art. 4º deve ensejar sua persecução, nos termos do art. 28 da mesma Convenção.

-
3. A Organização das Nações Unidas para a Educação Ciência e Cultura poderá oferecer os seus serviços às partes em conflito.
 4. A aplicação das disposições precedentes não produzirá efeito algum sobre o estatuto jurídico das Partes em conflito.

É controversa, todavia, a definição de que outras disposições da Convenção de 1954 incidiriam na hipótese de conflitos armados de caráter não internacional, sobretudo aquelas relativas à salvaguarda dos bens culturais (art. 3º). Nesse sentido, um dos principais méritos da Convenção de 1954 é a expansão do âmbito de proteção do patrimônio cultural às hipóteses de conflito armado de caráter não internacional (EHLERT, 2014, p. 47).

Com relação à natureza das disposições contidas no art. 19 da Convenção, vale registrar que o TPII já registrou terem suas normas caráter de direito internacional costumeiro. Nesse sentido, em decisão de 02 de outubro de 1995, assim decidiu a Câmara de Apelação:

As regras internacionais reguladoras dos conflitos armados internos surgiram organizadas sob duas escalas diferentes: a do direito costumeiro e a do direito convencional. Ambas as categorias de regras não são de maneira alguma contrárias ou incoerentes, mas, ao contrário, completam-se e sustentam-se mutuamente e dessa forma se cristalizaram. Na realidade, a interação entre essas duas categorias é tal que algumas regras do direito convencional são progressivamente integradas ao direito costumeiro. É o caso do art. 3º comum às Convenções de Genebra de Genebra de 1949, como estabeleceu a Corte Internacional de Justiça (caso Nicarágua, parágrafo 218), mas isso se aplica igualmente ao art. 19 da Convenção de Haia para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado de 14 de maio de 1954 e, como veremos mais adiante (parágrafo 117), à parte essencial do Protocolo Adicional II de 1977.⁷⁴

O ponto central da discussão jurídica relativa à proteção conferida pela Convenção de Haia de 1954 diz respeito ao diálogo entre o seu art. 19, o art. 16 do Protocolo II de 1977, adicional às Convenções de Genebra de 1949, e o art. 22 do Segundo Protocolo Adicional à Convenção de 1954, de 1999⁷⁵:

⁷⁴ 98. Les règles internationales régissant les conflits internes sont apparues à deux échelons différents: celui du droit coutumier et celui du droit conventionnel. Deux catégories de règles, qui ne sont en aucune façon contraires ou incohérentes mais qui, plutôt, se soutiennent et s'étayent mutuellement, se sont ainsi cristallisées. En fait, l'interaction entre ces deux catégories est telle que certaines règles du droit conventionnel se sont progressivement intégrées au droit coutumier. C'est le cas de l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949, comme l'a soutenu la Cour internationale de Justice (affaire du Nicaragua, par. 218) mais cela s'applique également à l'article 19 de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954 et, comme nous le verrons plus loin (par. 117) à l'essentiel du Protocole additionnel II de 1977. (Prosecutor vs. Dusko Tadić, TPII, Câmara de Apelação. Decisão de 02 de outubro de 1995.)

⁷⁵ Artigo 19 Conflitos de caráter não internacional

§1 - Em caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e surja no território de uma Alta Parte Contratante, cada uma das Partes no conflito deverá aplicar pelo menos as disposições da presente Convenção que obrigam ao respeito dos bens culturais.

§2 - As Partes no conflito procederão no sentido de pôr em vigor, por via de acordos especiais, todas (ou parte) das outras disposições da presente Convenção.

§3 - A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura pode oferecer os seus serviços às Partes em conflito.

§4 - A aplicação das disposições precedentes não produzirá efeitos sobre o estatuto jurídico das Partes em conflito.

Artigo 16.º Proteção dos bens culturais e lugares de culto. Sem prejuízo das disposições da Convenção da Haia, de 14 de Maio de 1954, para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, é proibido cometer

Inicialmente, é de se ter em mente qual a definição a ser conferida à expressão “patrimônio cultural”, contida nos referidos dispositivos. Dessa forma, observa-se que a definição expressa no art. 1º da Convenção de 1954 é extremamente ampla - assim como o é a definição contida no Protocolo II, de 1999 - ao passo que o art. 16 acima citado do Protocolo de 1977 enumera os elementos supostamente integrantes do patrimônio cultural (monumentos históricos, obras de arte, lugares de adoração).

Muito embora a técnica da não indicação específica dos bens culturais protegidos confira uma proteção mais ampla, é certo que também dispõem de forma enumerada acerca dos bens objeto de proteção o protocolo adicional nº I de 1977 às Convenções de Genebra (art. 53), o estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (art. 3, ‘d’) e o estatuto do Tribunal Penal Internacional (art. 8.(2) (b) (ix) e art. 8 (2) (ix)).

Surge, a partir daí, a dúvida sobre a possibilidade de que o art. 16 acima citado e os dispositivos estatutários assemelhados possam limitar a incidência da proteção humanitária aos bens ali enumerados. A interpretação que privilegia o caráter exemplificativo - e não exaustivo - dos bens indicados no art. 16 acima citado confere, assim, proteção mais ampla ao

qualquer ato de hostilidade dirigido contra monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto que constituam o patrimônio cultural ou espiritual dos povos e utilizá-los para apoio do esforço militar.

Artigo 22 - Conflitos armados de caráter não internacional

1. O presente Protocolo aplica-se em caso de conflito armado de caráter não internacional que venha a ocorrer dentro do território de uma das Partes.
2. O presente Protocolo não se aplica em situações de distúrbios internos e de tensões internas, tais como revoltas, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos.
3. Nenhuma disposição do presente Protocolo será invocada com o propósito de atentar contra a soberania de um Estado ou a responsabilidade de um Governo de manter ou restabelecer a ordem pública nesse Estado ou de defender a unidade nacional e a integridade territorial do Estado por todos os meios legítimos.
4. Nenhuma disposição do presente Protocolo atentar contra a prioridade de jurisdição de uma Parte em relação ao território em que ocorra um conflito armado de caráter não internacional, no que se refere aos delitos previstos no Artigo 15.
5. Nenhuma disposição do presente Protocolo será invocada para justificar uma intervenção, direta ou indireta, por seja qual for o motivo, no conflito armado ou em assuntos interiores ou exteriores da Parte, em cujo território o conflito ocorra.
6. A aplicação do presente Protocolo à situação mencionada no Parágrafo 1 não terá efeitos sobre o estatuto jurídico das Partes envolvidas no conflito.
7. A UNESCO poderá oferecer seus serviços às Partes envolvidas no conflito.

patrimônio cultural diante dos conflitos armados de caráter contemporâneo.

Ainda com relação ao âmbito de aplicação da Convenção de 1954, é preciso destacar que o seu art. 19 e o art. 3º Comum às quatro Convenções de Genebra devem ser interpretados conjuntamente, de forma a abranger amplamente os casos de conflitos armados de caráter não internacional, deixando-se de fora de sua incidência, porém, os casos relativos a simples atos de vandalismo ou levantes sem maior consistência.

De outro lado, no que respeita à incidência *ratione personae* do art. 19, é certo que sua aplicação não se limita aos estados soberanos, pela principal razão de que os conflitos de caráter não internacional têm como atores, também, grupos que não detêm soberania. Nesse sentido, são muito pertinentes as colocações de Rosário Domingues-Matés (2008, p.868):

Com relação ao âmbito pessoal de aplicação (da Convenção), observamos um fato peculiar e interessante. Sempre que a Convenção de Haia de 1954 se refere às “partes do conflito”, os legisladores utilizam sistematicamente a letra “P” de forma maiúscula, como é costume quando nos referimos a Convenções encetadas pelas “Altas Partes Contratantes”. Todavia, uma exceção aparece no art. 19, em que a expressão utilizada é “as partes do conflito”, com um “p” minúsculo. Dessa forma, com base no texto da Convenção, é possível inferir que essa seja uma indicação de que o art. 19 (e aqueles aos quais ele se refere) é obrigatório não apenas para os Estados, mas também para todas as outras entidades, partes nesse tipo de conflito, cujo caráter de estado não é reconhecido ou está sob disputa. Essa questão deve ser analisada como um dos maiores desafios atuais para a aplicação da Convenção de 1954 a “grupos armados não-estatais”, cujo caráter de estado não é reconhecido ou está sob disputa.⁷⁶

Por fim, com relação aos mecanismos de proteção decorrentes da incidência do art. 19, consideramos acertadas as considerações de Rosário Domingues-Matez (2008, p. 869), no sentido de que não se deve interpretar o referido dispositivo como mera referência ao art. 4º da Convenção, excluindo-se os demais instrumentos protetivos ali presentes. Dessa forma, a melhor interpretação a ser conferida ao art. 19 é a que permite a ampla aplicação dos instrumentos de proteção previstos na Convenção de 1954.

2.4.5.3 As regras de proteção mínima do patrimônio cultural em conflitos armados não-

⁷⁶ “In reference to personal scope of application, we observe a peculiar and interesting fact. Whenever the 1954 Hague Convention refer to “Parties to the conflict”, the legislators have always and systematically used the capital letter “P”, as is customary when referring to international conventions entered into by the High Contracting Parties. However, one exception is made in Article 19 where the expression used is “parties to the conflict” with a small “p”. So, on the basis of the text of the Convention on may see this as an indication that this Article 19 (and those to which it refers) is binding not only on States but also on all other entities, parties to the conflict, whose satehood is not recognized or is in dispute. This question will be analysed as one of the biggest current changes for the application of the 1954 Convention to the actual personal scope of application in relation with “Non-States Armed Groups”, parties to the conflict, whose statehood is not recognized or is in dispute.”(Op. cit. 868)

internacionais.

Muito embora o presente trabalho aponte para a necessidade de ampla proteção do patrimônio cultural diante dos conflitos armados e considerando-se que o caráter de *jus cogens* das normas protetivas do patrimônio cultural já foi acima comentado, convém registrar duas obrigações reconhecidas pela doutrina (DOMINGUES-MATEZ, 2008), como essenciais para a consolidação da referida proteção e às quais toda a comunidade internacional estaria vinculada.

2.4.5.4 Obrigação de salvaguarda do patrimônio cultural e de disseminação do dever de proteção

A primeira delas, consistiria na obrigação de salvaguardar o patrimônio cultural, incluindo o dever de disseminar a cultural de respeito a ele. A sua compreensão demanda a análise do art. 3º da Convenção de 1954:

Art. 3º Salvaguarda dos bens culturais
As Altas Partes Contratantes comprometem-se a preparar em tempo de paz a salvaguarda dos bens culturais situados em seu próprio território contra as consequências previsíveis de um conflito armado, adotando as providências que julgarem apropriadas.

Assim, considerando-se que os conflitos armados ocorreram durante todo do curso da história, o que faz com que sua eclosão não possa ser considerada um evento de todo inesperado, o art. 3º concita as partes contratantes a se prepararem para a proteção do patrimônio cultural, antes mesmo da erupção dos combates.

Nesse sentido, as disposições que regulam a execução da Convenção de 1954 contemplam em seus arts. 12 a 15 e 18 medidas necessárias à concretização dos objetivos descritos no art. 3º, dentre as quais se destacam: a elaboração de um inventário dos bens potencialmente afetados em casos de conflitos armados e a criação de mecanismos para a rápida identificação de tais bens (como a colocação das bandeiras previstas na Convenção de 1954).

Embora o art. 3º acima citado não indique que medidas devam ser realizadas para a consecução dos seus objetivos, é certo que a inclinação ou não dos membros da comunidade internacional para a sua realização pode ser deduzida, além das ações concretas acima mencionadas, da alocação de recursos próprios nos orçamentos com essa finalidade específica, do incremento da legislação doméstica relativa ao tema.

Obviamente, várias dessas medidas se tornam de mais difícil execução quando se trata de conflitos armados de caráter não internacional, mas, como salienta Rosário Dominguez-Mates (2008, p. 871), o propósito da Convenção de 1954 é proteger o patrimônio cultural contra qualquer ameaça de destruição, pouco importando se o conflito que deu origem à necessidade de proteção é de caráter nacional ou internacional. Desse modo, o inteiro corpo de proteção insculpido no texto convencional seria aplicável, *mutatis mutandi*, aos conflitos armados de caráter não internacional.

Por outro lado, a disseminação do espírito de proteção do patrimônio cultural é vital para a sua efetiva salvaguarda e revela-se ainda mais importante nos casos de conflitos de caráter não internacional, tendo em vista a elevada potencialidade destrutiva que esses conflitos apresentam. Desse modo, mostra-se vital a disseminação, no bojo das forças armadas regulares, do espírito de respeito aos bens de relevante valor cultural, pertençam eles ao estado que representam ou ao adversário.

Nesse sentido, convém transcrever o art.7º da Convenção de 1954, que expressamente estatui o dever de introdução nos regulamentos militares de disposições tendentes a assegurar o respeito ao patrimônio cultural:

Artigo 7º- Medidas de ordem militar

1. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a introduzir, em tempo de paz, nos regulamentos ou instruções para uso de suas tropas, disposições que sejam próprias a assegurar a observância da presente Convenção, e comprometem-se, também, a inculcar no espírito do pessoal de suas forças armadas o respeito à cultura e aos bens culturais de todos os povos.
2. Comprometem-se, outrossim, a organizar ou estabelecer, em tempo de paz e no interior de suas forças armadas, serviços ou pessoal especializado cuja missão consista em zelar pelo respeito aos bens culturais e colaborar com as autoridades civis encarregadas de sua conservação,

Com relação a essa primeira obrigação, vale frisar que o art. 25⁷⁷ da Convenção de Haia de 1954 estabelece, expressamente, o dever das partes contraentes de divulgar o seu conteúdo, tanto no âmbito das forças armadas, como da população civil.

b.2) Proibição de destruição intencional do patrimônio cultural e do seu uso para fins militares e sua correlação com o princípio da necessidade militar.

⁷⁷ Artigo 15. Divulgação da convenção
As Altas Partes Contratantes comprometem-se a divulgar, o mais amplamente possível, em seus respectivos países, tanto em tempo de paz, quanto em tempo de guerra, o texto da presente Convenção e de seu Regulamento. Elas se comprometem, especialmente, a incorporar o estudo da Convenção e de seu Regulamento nos programas de instrução militar e, se possível, nos programas de instrução civil, de maneira tal que os seus princípios possam tornar-se conhecidos do conjunto da população e, em particular, das forças armadas e do pessoal dedicado à proteção dos bens culturais

Sem prejuízo do que acima foi dito, certamente é a proibição dos danos intencionais ao patrimônio cultural a mais relevante proibição a ser respeitada pelas partes envolvidas em conflitos armados. O art. 4º⁷⁸ da Convenção de 1954 aponta as diretrizes relativas à proibição de ataques à bens culturalmente relevantes.

Do ponto de vista protetivo, despontam as vedações contidas nos parágrafos 3º e 4º, que vedam a pilhagem e a apropriação indevida de bens culturais, bem como a realização de atos de represálias contra esses bens.

De teor semelhante é a disposição contida no art. 16 do Protocolo II de 1977, adicional às quatro Convenções de Genebra:

Artigo 16.º

Proteção dos bens culturais e lugares de culto

Sem prejuízo das disposições da Convenção da Haia, de 14 de Maio de 1954, para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, é proibido cometer qualquer ato de hostilidade dirigido contra monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto que constituam o patrimônio cultural ou espiritual dos povos e utilizá-los para apoio do esforço militar.

A grande questão se apresenta, todavia, diz respeito à norma contida no parágrafo segundo do art. 4º acima citado, que autoriza da flexibilização da proteção em questão, quando houver necessidade militar imperativa nesse sentido (DOMINGUES-MATES, 2008).

Efetivamente, a Convenção de 1954 estabeleceu graus de proteção dos bens culturais, cuja suspensão poderá ocorrer na hipótese acima mencionada, para os bens abrangidos pela proteção genérica, ou nos casos de “extraordinária necessidade militar imperativa”, para os

⁷⁸ Artigo 4º - Respeito aos bens culturais

1. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a respeitar os bens culturais situados, tanto em seu próprio território, quanto no território das outras Altas Partes Contratantes, abstando-se de utilizar esses bens, seus sistemas de proteção e suas redondezas para fins que possam expor tais bens à destruição ou deterioração em casos de conflito armado, e privando-se de todo ato de hostilidade para com esses bens.
2. As obrigações definidas no paragrafo primeiro do presente artigo só poderão deixar de ser cumpridas quando uma necessidade militar impedir de maneira imperativa o seu cumprimento.
3. As Altas Partes Contratantes comprometem-se outrossim a proibir, a impedir e a fazer cessar, quando necessário, qualquer ato de roubo, de pilhagem e de apropriação indevida de bens culturais, qualquer que seja a forma de que venham revestidos esses atos, e, igualmente, todos os atos de vandalismo para com os bens mencionados. Comprometem-se também a não requisitar bens culturais móveis situados nos territórios de outra Parte Contratante.
4. Comprometem-se a não tomar medidas de represália contra os bens culturais.
5. Nenhum.º das Altas Partes Contratantes pode desligar-se das obrigações estipuladas no presente artigo, para com uma outra Alta Parte Contratante, alegando não ter esta última aplicado as medidas de salvaguarda estabelecidas no artigo 3.

bens abrangidos por proteção especial. Neste último caso, a necessidade apenas poderia ser determinada por militar comandante de unidade com contingente igual ou superior a uma divisão (art. 11.2).

Ocorre, porém, que a Convenção de 1954 não define o que seria necessidade militar, deixando sem resposta uma relevante lacuna para o direito humanitário. Nesse sentido, o art. 6(a)⁷⁹ do Protocolo Adicional II de 1999 procura dar mais concretude ao conceito de necessidade militar:

Artigo 6 - Respeito aos bens culturais. Com o objetivo de assegurar o respeito aos bens culturais de acordo com o Artigo 4 da Convenção:

a) a revogação das disposições, amparada em necessidade militar imperativa segundo o parágrafo 2 do Artigo 4 da Convenção, pode apenas ser invocada para dirigir um ato de hostilidade contra um bem cultural quando e enquanto:

(i) aquele bem cultural, pela sua função, tiver sido transformado num objetivo militar; e

(ii) não houver outra alternativa possível de se obter uma vantagem militar equivalente àquela oferecida pelo fato de se dirigir um ato de hostilidade contra aquele objetivo;

b) a revogação das disposições, amparada em necessidade militar imperativa segundo o parágrafo 2 do Artigo 4 da Convenção, pode apenas ser invocada para utilizar bens culturais para fins que possam expô-los à destruição ou à deterioração quando e enquanto não houver nenhuma escolha possível entre uma tal utilização dos bens culturais e outro método praticamente possível de se obter uma vantagem militar equivalente;

c) a decisão de invocar uma necessidade militar imperativa deve apenas ser tomada pelo chefe de uma força militar igual ou superior em importância a um batalhão, ou por uma força militar menor em tamanho quando as circunstâncias não permitirem agir diferentemente; e

d) em caso de ataque amparado numa decisão tomada de acordo com o disposto na alínea a), uma advertência prévia deve ser feita em tempo hábil e por meios eficazes, quando as circunstâncias o permitirem (BRASIL, 2006)

Observa-se, assim, que a flexibilização da proteção ao patrimônio cultural dependeria da ocorrência de uma de duas hipóteses: a) quando o bem em questão fosse ilegalmente utilizado para finalidades militares (como a transformação clandestina de um museu em depósito de armamento, por exemplo), ou b) nos casos em que não exista alternativa militar menos gravosa à disposição dos combatentes.

3. O GENOCÍDIO COMO FORMA DESTRUIÇÃO CULTURAL

3.1 O indivíduo como sujeito de direitos na ordem internacional;

Já na década de 1950 asseverava Sperduti (1956) sobre a nova tendência do direito das gentes, no sentido de reconhecer o indivíduo como sujeito de direitos perante a ordem internacional. De maneira inicialmente tímida, as primeiras incursões com relação à possibilidade de que à pessoa humana, individualmente considerada, fosse reconhecida a condição sujeito de direitos na ordem internacional trouxeram consigo a discussão sobre a sua localização na geografia das relações internacionais.

De fato, até a primeira metade do Século XX, o que marcou a organização da sociedade internacional foi a manutenção do poder governamental sob o domínio estatal da forma mais elevada possível. Efetivamente, vigia o entendimento de que, não sendo os estados entidade que existem em virtude da sociedade internacional, é certo que eles se organizam primariamente com base na sua vida doméstica, dando vida, por suas relações, relações recíprocas, à sociedade internacional. Com base nessa premissa, as ordens jurídicas nacionais decidiriam, de forma soberana, que nível as normas de direito internacional ocupariam na hierarquia de suas fontes (SPERDUTI, 1956, 733-734).

Iniciou-se, assim, o delineamento da condição de sujeito de direitos perante a ordem internacional, restando claro que a dicotomia *sujeito x objeto* era insuficiente para responder às indagações dessa natureza. Assim, as primeiras concessões feitas nessa seara afastaram a visão do indivíduo como mero objeto de relações interestatais, para admitir sua condição de sujeitos internacionais mediatos, indiretos ou potenciais. Desse modo, o reconhecimento internacional da pessoa humana como sujeito de direitos e obrigações, associado à sua ausência da personificação jurídica na década de 1950, permitiu sua classificação como sujeito material de direito internacional (SPERDUTI, 1956, p. 765).

Todavia, como assevera o Professor Cançado Trindade (2006, p. 27), é indiscutível que o crescimento da consciência sobre a necessidade de ter em mente valores comuns para a consecução de interesses comuns trouxe uma mudança fundamental nas perspectivas do direito internacional. Esse desenvolvimento tem se apresentado sob diferentes formas. Em primeiro lugar pelo crescimento de áreas do direito internacional, inteiramente dedicadas à salvaguarda das pessoas humanas (p.ex, o direito internacional humanitário). Em segundo lugar, pela menção à humanidade em múltiplos tratados e instrumentos internacionais. Em terceiro lugar, pela construção jurisprudencial de tribunais contemporâneos, que levam em

consideração a preocupação dos indivíduos e da humanidade em geral. Por fim, em razão de atualmente os Estados, organizações internacionais e outros sujeitos de direito internacional testemunharem as necessidades e aspirações dos seres humanos, dos povos e da humanidade de um modo geral.

Posteriormente, o Professor Cançado Trindade, expõe de forma longa e muito bem fundamentada o ponto fundamental dessa mudança de paradigmas do direito internacional: o indivíduo deve ser considerado, indiscutivelmente, sujeito de direitos, não apenas das ordens domésticas, mas também da ordem internacional. A argumentação utilizada para essa conclusão é densa e passa pela relevância do direito internacional humanitário. Nesse sentido, o fato de as quatro Convenções de Genebra não admitirem derrogações por disposições especiais das partes é um indicativo da enorme relevância que o direito internacional humanitário representa para a afirmação da condição de sujeito de direitos (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 261). Nesse sentido, são extremamente precisas as palavras do autor:

As tentativas do passado de negar aos indivíduos a condição de sujeitos do Direito Internacional, em razão de não lhes serem reconhecidas algumas capacidades conferidas aos estados (como, por exemplo, a de celebrar tratados) são inteiramente desprovidas de qualquer significado. Nem mesmo no âmbito do direito interno todos os indivíduos participam do processo legislativo e não deixam de ser sujeitos de direitos por essa razão. A tendência doutrinária em tentar insistir em uma definição tão rígida da subjetividade internacional, condicionando-a à formação de normas internacionais e à conformidade do indivíduo a elas, simplesmente não se sustenta, nem ao menos no âmbito do direito interno, no âmbito do qual não se exige - e jamais se exigiu - que todos os indivíduos participassem da criação e aplicação de normas jurídicas, de modo a serem sujeitos de direitos e a serem obrigados aos deveres emanados dessas normas.⁸⁰ (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 261-262, tradução livre.)

O mais relevante a respeito dessa mudança de ponto de vista, é que a concepção que nega ao indivíduo a condição de sujeito de direitos parece estar contaminada por um dogmatismo unicamente ideológico, cuja principal consequência é alijar o indivíduo da ordem jurídica internacional. Nesse sentido, prossegue Cançado Trindade:

⁸⁰ “The attempts of the past to deny to individuals the condition of subjects of International Law, for not being recognized to them some of the capacities which States have (such as, for example, that of treaty-making), are definitively devoid of any meaning. Nor at domestic law level, not all individuals participate, directly or indirectly, in the law-making process, and they do not thereby cease to be subjects of law. That doctrinal trend, attempting to insist on such a rigid definition of international subjectivity, conditioning this latter to the very formation of international norms and compliance with them, simply does not sustain itself, not even at the level of domestic law, in which it is not required — it has never been — from all individuals to participate in the creation and application of the legal norms in order to be subjects (*titulaires*) of rights, and to be bound by the duties, emanated from such norms.”

É surpreendente - se não estarrecedor, além de lamentável observar que essa concepção repetida *ad nauseam* por uma corrente doutrinária, aparentemente na tentativa de fazer crer que o intermédio do Estado entre indivíduos e a ordem jurídica internacional seria algo inevitável e permanente. Nada seria mais falacioso. Durante o breve período histórico em que a concepção estatal prevaleceu, à luz - ou, mais precisamente, nas trevas, do positivismo legal, sucessivas atrocidades foram cometidas contra a pessoa humana, em uma escala sem precedentes.⁸¹ (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 261-262, tradução livre.)

É fundamental notar, assim, que inexistem barreiras na ordem jurídica internacional a impedir que atores não estatais detenham personalidade jurídica. Nesse sentido, o simples processo de formação e aplicação de normas de direito internacional deixa de ser um monopólio estatal. Ademais, além da presença do indivíduo e sua participação na ordem jurídica internacional, para que haja o efetivo reconhecimento de seus direitos como sujeito do direito internacional, é preciso que sobrevenha a correspondente capacidade processual de vindicá-los no âmbito internacional. Ainda nas palavras de Cançado Trindade (2006, p. 265): “é através da consolidação da plena capacidade processual internacional dos indivíduos que a proteção internacional dos direitos humanos se torna realidade”⁸².

Assim, após a II Guerra, as preocupações com a proteção do pessoa humana, considerada de forma individual ou coletiva, intensificaram-se. Nesse sentido, adveio em 1948 a Convenção relativa ao Genocídio. Ocorre que, a despeito dessa evolução da consciência coletiva e do arcabouço normativo internacional, foram perpetrados genocídios durante o pós-guerra (Camboja, 1975-1979) e também no período posterior à guerra fria, como ocorreu em Ruanda (1994) e na antiga Iugoslávia (1995).

Um dos aspectos centrais no entendimento dos aspectos jurídicos do genocídio diz respeito à visão otimista que vigeu a partir do pós-guerra com relação à atuação do sistema de segurança coletiva da ONU, na hipótese de ameaça da ocorrência de eventos como genocídios. Nessa perspectiva, vale lembrar que a ONU foi estabelecida logo após a polarização dos antagonismos entre Estados Unidos e União Soviética, após o término da II Guerra, com a utilização de armas de destruição em massa. Desse modo, o recurso à força

⁸¹ “It is surprising — if not astonishing —, besides regrettable, to see that conception repeated mechanically and *ad nauseam* by a doctrinal trend, apparently trying to make believe that the intermediary of the State, between the individuals and the international legal order, would be something inevitable and permanent. Nothing could be more fallacious. In the brief historical period in which that Statist conception prevailed, in the light — or, more precisely, in the dark- ness — of legal positivism, successive atrocities were committed against the human being, in a scale without precedents.”

⁸² “It is by means of the consolidation of the full international procedural capacity of individuals that the international protection of human rights becomes reality.”

estaria estritamente regulado pelas disposições da Carta de São Francisco e seria, sempre, sujeito à verificação de sua conformidade com o direito internacional pelo Conselho de Segurança (GRÜNFELD; HUIJBOOM, 2014, pp. 2-3).

Um dos claros exemplos dessa mudança de paradigmas no uso da força foi a postura do Conselho de Segurança por ocasião da invasão de forças iraquianas ao Kuwait, qualificada pelo CS no mesmo dia de sua ocorrência (02 de agosto de 1990) como violadora do direito internacional através da Resolução nº 660⁸³. Com base nesse entendimento, o CS iniciou a imposições de sanções ao Iraque, com base no Capítulo VII da Carta da ONU, com o objetivo de obter a retirada das tropas iraquianas do território do Kuwait. A ação de segurança das Nações Unidas culminou com a operação intitulada “tempestade no deserto”, comandada militarmente pelos Estados Unidos e Grã-Bretanha, com o apoio de diversos outros países e a autorização⁸⁴ do Conselho de Segurança (GRÜNFELD; HUIJBOOM, 2014, pp.2-3).

Na literatura relativa ao holocausto, por exemplo, é possível observar uma clara evolução nos papéis exercidos pela vítimas, pelo perpetrador dos delitos e pelos terceiros observadores. Assim, inicialmente focada nas memórias e relatos das vítimas, a abordagem de suas experiências pessoais em eventos genocidas passou a priorizar o seu enfoque como sobreviventes e testemunhas, que poderiam deixar claro de que forma a “solução final”⁸⁵ foi arquitetada e executada em diferentes momentos históricos. Ademais, o reconhecimento público do que aconteceu às vítimas é um fator determinante para que possa haver a sua passagem da condição de vítimas à de sobreviventes (GRÜNFELD; HUIJBOOM, 2014, p.3).

Na década de noventa, alguns casos demandaram a aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Um dos mais relevantes, sem dúvida, foi o extermínio de centenas de milhares de integrantes da etnia Tutsi, por parte de membros da etnia Hutu, em Ruanda, no ano de 1994. Algumas palavras precisam ser ditas, todavia, a respeito da história do país, antes de analisarmos as repercussões jurídicas do fatos ocorridos em 1994.

Assim, durante a divisão da África entre potências europeias, em 1884, Ruanda ficou sob o domínio alemão. Na era pré-colonial, Ruanda tinha como forma de governo uma monarquia rigidamente organizada e estruturada, baseada na distinção entre províncias, distritos e vilarejos. A população ruandesa, por outro lado, se apresentava dividida em três grupos: os *Tua*, que compunham apenas 1% da população; os Tutsi, que representavam cerca

⁸³ U.N.Doc.S/Res/660.

⁸⁴ U.N.Doc.S/Res.678.

⁸⁵ Expressão largamente utilizada no livro “O Julgamento de Eichann”, de Hannah Arendt.

de 17%, e os Hutus, larga maioria que compunha o restante da população. Esses grupos, todavia, não precisariam ser vistos como diferentes tribos. Eles efetivamente falavam a mesma língua, tinham crenças religiosas semelhantes, sua história permeada pelos mesmos mitos, mas apresentavam diferenças em sua compleição física. Assim, os Tutsi apresentavam as feições de pigmeus, os Hutus tinha traços tipicamente de bantos, de pouca estatura e mais corpulentos, e, finalmente, os Tutsi apresentavam fenótipo mais longilíneo e angular. A monarquia, a esse tempo, era Tutsi, assim como pertenciam a essa etnia a maioria dos integrantes do comando do exército. A política colonial alemã não interveio diretamente sobre a organização da monarquia Tutsi, seguindo uma política de controle indireto (GRÜNFELD; HUIJBOOM, 2007, p. 27).

Após a I Guerra Mundial, o controle sobre Ruanda passou ao domínio da Bélgica, que a partir de 1926 iniciou sua política colonial no país, contribuindo para reforçar a proeminência dos Tutsi no exercício de funções de autoridade, com reflexos diretos sobre a vida da população Hutu e removendo sistematicamente esses últimos de qualquer posto que enfeixasse algum poder político (GRÜNFELD; HUIJBOOM, 2007, p. 28).

Um segundo elemento que contribuiu enormemente para as tensões entre as populações Hutu e Tutsi foi a tensão decorrente da nova política fundiária Belga, que admitiu a expropriação de terras nas regiões nordeste e sudeste do país. Assim, considerando-se que a maior parte dos postos de autoridade estavam em mãos da população Tutsi, menos numerosa, é certo que as medidas gravosas decorrentes de desapropriações incidiram com maior intensidade sobre a população Hutu. Uma das formas utilizadas para identificar a população local foi a adoção, a partir de 1933, de cédulas de identidade, em que os membros da sociedade ruandesa eram classificados em Hutus, Tutsi ou Tuas. Considerando-que os casamentos entre as diferentes etnias ocorriam com frequência, o que dificultou a identificação dos indivíduos unicamente com base em aspectos do fenótipo ou da ascendência familiar, em pouco tempo a obtenção de uma identidade Tutsi passou a ser condicionada à proximidade aos postos decisórios ou ao poder econômico. (GRÜNFELD; HUIJBOOM, 2007, p. 29).

Observa-se, assim, que o domínio colonial reforçou a posição dominante da minoria Tutsi em Ruanda, que pôde manter consigo o poder político. A partir da década de 1950, a Bélgica iniciou um processo de transferência do poder, permitindo que postos do serviço público passassem a ser ocupados pela etnia Hutu. A consequência era previsível: iniciou-se um processo inverso de perseguição, que resultou no assassinato de um grande número de Tutsis e na emigração de jovens para países vizinhos. Em 1962, Ruanda se tornou independente e o hutu Gregoire Kayibanda ganhou as eleições presidenciais, abolindo

imediatamente a monarquia. Iniciaram-se, então, uma série de medidas restritivas contra a população Tutsi. Entre 1991 e 1993, extremistas da etnia Hutu iniciaram os fundamentos para o genocídio de 1994. (GRÜNFELD; HUIJBOOM, 2007, p. 30-33).

Em 06 de Abril de 1994, um avião em que estavam a bordo o presidente Juvénal Habyarimana, de Ruanda, e o presidente do Burundi, Cyprien Ntaryamira, caiu no aeroporto de Kigali, matando ambos. A tragédia terminou de desestabilizar politicamente Ruanda, iniciando-se o genocídio, que começou por Kigali e rapidamente se espalhou pelo país.

3.2. Evolução normativa e jurisprudencial a respeito do tema

Em 11 de dezembro de 1946, por ocasião de sua quinquagésima reunião plenária, a assembleia geral das Nações Unidas aprovou a Resolução nº 96(I) (ONU, 1946), que considera o genocídio “uma negação do direito à existência de grupos humanos inteiros, assim como o homicídio é a negação do direito à vida de seres humanos individualmente considerados”. Prossegue o texto da Resolução estabelecendo que tal negação “agrave a consciência da humanidade, resulta em enormes perdas para os seres humanos, no que diz respeito à **cultura** e outras contribuições representadas por esses grupos humanos e é contrária aos princípios morais e ao espírito e objetivos das Nações Unidas”⁸⁶.

Através da mesma resolução, a assembleia geral requisitou ao Comitê Econômico e Social a adoção dos estudos necessários à realização de um esboço de Convenção, relativa ao crime de genocídio. Desse modo, em 9 de dezembro de 1948, adveio a Resolução nº 260 A(III) da Assembleia Geral da ONU, que aprovou os termos da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de genocídio.

O artigo 2º⁸⁷ do texto convencional define o crime de genocídio, sem que tenha sido incluída, dentre as suas condutas, a destruição do patrimônio cultural, não obstante alguns dos esboços anteriores ao texto final tenham abrangido a ideia.

⁸⁶ “Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contribution represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations” (Res.96.(I), 11.12.1946).

⁸⁷ Art. 2º Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Nesse sentido, em 06 de agosto de 1947 o Conselho Econômico e Social da ONU apresentou, através da Resolução 77(V), o texto preparatório da Convenção, que previa como crime de genocídio, dentre outras, as seguintes condutas: destruição de características específicas do grupo através do exílio forçado de indivíduos representantes da cultura de um grupo (art.II.3, “b”), proibição do uso da língua nacional, mesmo em eventos privados (art.II.3, “c”), destruição sistemática de livros impressos na língua nacional ou obras de caráter religioso ou a proibição de publicação de novas obras sobre o tema (art. II.3, “d”); e destruição sistemática ou desafetação de monumentos históricos ou locais de culto, destruição ou dispersão de objetos de ordem histórica, artística ou religiosa, bem como de objetos destinados ao culto religioso (art.II.3, “e”)⁸⁸.

A redação final da Convenção para a prevenção e repressão do crime de Genocídio, todavia, não contemplou a figura do “genocídio cultural”, com base em múltiplos argumentos, dentre os quais se destacam: a) a dificuldade de adequada definição do conceito de destruição cultural, o que poderia dar azo a alegações ilegítimas da ocorrência de genocídio; b) o fato de que a criminalização de tal conduta poderia inibir determinadas nações de implementar sistemas de educação em países com população predominantemente indígena ou em locais que foram sujeitos ao jugo colonial; c) o fato de que a destruição dos elementos culturais de determinado grupo não atingiria a mesma gravidade da sua destruição física, principal preocupação da Convenção; d) o fato de que a matéria estaria mais afeta ao direito internacional dos direitos humanos, do que à tutela penal internacional e, finalmente e) a manutenção de disposições dessa natureza no texto convencional impediria a adesão do maior número possível de estados, o que seria contraproducente (EHLERT, 2014, p. 35).

Do ponto de vista jurisprudencial, a primeira condenação por genocídio foi proferida pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)⁸⁹, no caso *Jean-Paul Akayesu*. Jean-Paul Akayesu, integrante da etnia Hutu, proferiu em 19 de Abril de 1994, na localidade de Gishyeshye um discurso na comunidade de Taba, onde exercia as funções equivalentes às de

⁸⁸ II. In this Convention, the word “genocide” means a criminal act directed against any one of the aforesaid groups of human beings, with the purpose of destroying it in whole or in part, or of preventing its preservation or development. Such acts consist of: (...) 3. Destroying the specific characteristics of the group by: (a) forced transfer of children to another human group; or (b) forced and systematic exile of individuals representing the culture of a group; or (c) prohibition of the use of the national language even in private intercourse; or (d) systematic destruction of books printed in the national language or religious works or prohibition of new publications; or (e) systematic destruction of historical or religious monuments or their diversion to alien uses, destruction of documents and objects of historical, artistic, or religious value and of objects used in religious worship. (disponível em <http://daccess-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/47/IMG/NR003347.pdf?OpenElement>)

⁸⁹ Criado pela Resolução nº 955/98 do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

*burgomestre*⁹⁰, insuflando a população Hutu ao extermínio da minoria Tutsi, apontada como “o único inimigo” dos Hutus, cometendo, assim, o crime de incitação direta e pública ao genocídio, previsto no art. 3º, “c”, da Convenção sobre o Genocídio de 1948 e no art. 2(3)(c) do Estatuto do Tribunal.

Sob o ponto de vista de sua relevância, a conduta do Sr. Jean Paul Akayesu, consistente no discurso proferido a um grupo de cerca de cem pessoas, teria sido decisiva para o início do massacre vivenciado no ano de 1994 em Ruanda. Nesse sentido, o TPIR estabeleceu que:

Com base em consistentes depoimentos colhidos durante o procedimento e no que esclarecido pelo Dr. Ruzindana, especialista em questões linguísticas, a Câmara de Primeira Instância está convencida, além de qualquer dúvida razoável, que a população interpretou o discurso do Sr. Akayesu como uma convocação a matar os Tutsi. O Sr. Akayesu estava plenamente consciente do impacto do seu discurso sobre a multidão do fato de que seu chamado à contra os aliados do *Inkotanyi* seria apreendido como um chamado para o extermínio dos Tutsi em geral. Dessa forma, a Câmara está convencida, além de qualquer dúvida razoável, de que, através do discurso acima mencionado, feito ao público e em um lugar público, Akayesu tinha a intenção de diretamente criar um estado de espírito em seus ouvintes necessário a levar à destruição do povo Tutsi como tal. Nesse sentido, a Câmara conclui que os referidos atos constituem o crime de incitação direta e pública ao cometimento do crime de genocídio, como acima definido (*Procureur vs. M. Jean Paul Akayesu. Chambre de 1ère instance. Julgamento de 02/09/1998*)⁹¹

No caso *Krstic*, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPII), reafirmou a impossibilidade de configuração do que se tem chamado de “genocídio cultural”, embora tenha registrado importantes elementos sobre a interpretação a ser dada ao conceito de genocídio, bem como à relevância dos elementos culturais para a prova da sua ocorrência.

Assim, no que concerne ao bem jurídico protegido pela Convenção de 1948, estabeleceu o TPII que:

⁹⁰ Ao tempo dos fatos, Ruanda era dividida em 11 prefeituras, cada uma delas governada por um prefeito. As prefeituras foram em seguida subdivididas em comunidades, colocadas sob a autoridade de *bourgmestres*. Não há tradução exata para essa expressão em português. Caso Jean Paul Akayesu. TPIR, julgamento de 02/09/1998 da 1ª Câmara de Primeira Instância. Disponível em <<http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>>. Acesso realizado em 09/03/2015.

⁹¹ “On the basis of consistent testimonies heard throughout the proceedings and the evidence of Dr. Ruzindana, appearing as expert witness on linguistic matters, the Chamber is satisfied beyond a reasonable doubt that the population understood Akayesu's call as one to kill the Tutsi. Akayesu himself was fully aware of the impact of his speech on the crowd and of the fact that his call to fight against the accomplices of the *Inkotanyi* would be construed as a call to kill the Tutsi in general. From the foregoing, the Chamber is satisfied beyond a reasonable doubt that, by the above-mentioned speeches made in public and in a public place, Akayesu had the intent to directly create a particular state of mind in his audience necessary to lead to the destruction of the Tutsi group, as such. Accordingly, the Chamber finds that the said acts constitute the crime of direct and public incitement to commit genocide, as defined above”. (*Prosecutor vs. M. Jean Paul Akayesu. Chambre de 1ère instance. Julgamento de 02/09/1998, par. 673/674.iv*). Disponível em <<http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>>. Acesso realizado em 09/03/2015.

A Convenção visa, então, a proteger o direito à vida de grupos humanos, como tais. Essa característica faz do genocídio um crime particularmente grave e o distingue de outros crimes graves, em particular da perseguição, hipótese em que o autor escolhe suas vítimas em função de seu pertencimento a uma determinada comunidade, sem, todavia, necessariamente tencionar destruir dita comunidade em si mesma considerada. Isto posto, a Convenção sobre o genocídio não protege todos os tipos de grupos humanos. Sua aplicação se limita aos grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos. Os grupos nacionais, étnicos ou religiosos não são claramente definidos na Convenção, nem tampouco em outros instrumentos normativos. Por outro lado, os trabalhos preparatórios à Convenção e os trabalhos efetuados pelas instâncias internacionais concernentes à proteção das minorias demonstram que as noções de grupos protegidos e de minorias se entrecortam parcialmente e, muitas vezes, são sinônimas.⁹²

Nesse sentido, a Câmara de Primeira Instância do Tribunal estabeleceu, em julgado de 02 de agosto de 2001, que a destruição de elementos de caráter cultural ou sociológico não configuraria, por si só, o crime de genocídio, embora seja um forte indicativo da intenção do agente de realizar a destruição física do grupo:

A Câmara de Primeira instância se limita, todavia, a interpretar a Convenção (relativa à repressão e prevenção do genocídio) em estrita consonância com o princípio *nullum crime sine lege*. Ela reconhece, então, que, a despeito de sua evolução recente, o direito internacional consuetudinário limita a definição do genocídio aos atos que visam à destruição física ou biológica da totalidade ou de parte de um grupo. Não se amoldaria, assim, aos limites da definição do genocídio uma ação se dirigisse exclusivamente, com a intenção de os anular, aos aspectos culturais ou sociológicos de um grupo humano, fundamentos de sua identidade. **A Câmara de Primeira instância ressalta, todavia, que a destruição física ou biológica se faz acompanhar, frequentemente, de agressões aos bens e símbolos culturais e religiosos do grupo alvo das ações, das quais a corte poderá legitimamente se valer para estabelecer a intenção de destruir o grupo fisicamente. Na espécie, a Câmara considerará, então, a destruição deliberada de mesquitas e casas pertencentes aos membros do grupo como um prova da intenção de destruir esse grupo.**⁹³ (tradução livre. grifou-se)

⁹² La Convention vise donc à protéger le droit à la vie de groupes humains , comme tels. Cette caractéristique fait du génocide un crime particulièrement grave et le distingue des autres crimes graves , en particulier de la persécution, où l’auteur choisit ses victimes en fonction de leur appartenance à une communauté donnée , sans pour autant nécessairement chercher à détruire la communauté comme telle . Cela étant , la Convention sur le génocide ne protège pas tous les types de groupes humains . Son application se limite aux groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux. Les groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux ne sont pas clairement définis dans la Convention , pas plus qu’ailleurs . En revanche , les travaux préparatoires à la Convention et les travaux effectués par les instances internationales concernant la protection des minorités montrent que les notions de groupe protégé et de minorité nationale se recoupent en partie et sont même parfois synonymes . (TPII. Prosecutor vs Krstic, Chambre de Première Instance. Julgamento de 02/08/2001. Parágrafos 553/555).

⁹³ “La Chambre de première instance se sait toutefois tenue d’interpréter la Convention en tenant dûment compte du principe *nullum crimen sine lege*. Elle reconnaît donc qu’en dépit de ses développements récents , le droit international coutumier limite la définition du génocide aux actes visant à la destruction physique ou biologique de tout ou partie du groupe . N’entrerait donc pas dans le cadre de la définition du génocide une entreprise qui s’en prendrait exclusivement, en vue de les anéantir, aux traits culturels et sociologiques d’un groupe humain , fondements de son identité . La Chambre de première instance fait toutefois remarquer que la destruction physique ou biologique s’accompagne souvent d’atteintes aux biens et symboles culturels et religieux du groupe

O entendimento em questão foi mantido pela Câmara de Apelação do TPII⁹⁴, destacando-se o posicionamento do Juiz Shahabuddeen, quanto à relevância de destruição de elementos culturais para configurar a ocorrência do crime de genocídio:

Está certo que a destruição da cultura de um grupo não constitui, em si mesma, hipótese de genocídio, posto que não requer a utilização de qualquer dos meios descritos no art. 4.2 do estatuto do Tribunal. **Todavia, é preciso prudência quanto ao tema. A destruição cultural pode permitir inferir a existência, estabelecida a partir de outras circunstâncias, da intenção de destruir o grupo em si mesmo considerado. No caso, a destruição total da principal mesquita confirma que existia uma intenção de destruir parte do grupo de muçulmanos bósnios vivendo em Srebrenica.**⁹⁵ (tradução livre. grifou-se)

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), por sua vez, teve oportunidade de se debruçar sobre o caso por ocasião do julgamento relativo à aplicação da Convenção sobre a Prevenção e punição do crime de genocídio, em julgamento de 26 de fevereiro de 2007, em demanda movida pela Bósnia-Herzegovina vs Sérvia e Montenegro, manifestando-se de forma semelhante ao TPII.

Assim, valendo-se do trabalho de especialistas, a CIJ constatou que na região da Bósnia-Hezergovina ocorreu a destruição integral, pelo menos, 136 (cento e trinta e seis) mesquitas, resultado de ataques diretamente dirigido contra elas, não constituindo simples danos colaterais dos combates. Peritos ouvidos pela corte indicaram a utilização de explosivos na parte interna das mesquitas. Em cidades como Banja, Luka, Sanski Most e Zvornik, a destruição teria ocorrido, claramente, durante período de ocupação sérvio, sem que houvesse atividades militares nas adjacências dessas mesquitas. O mesmo relatório em que se baseou a

pris pour cible, atteintes dont il pourra légitimement être tenu compte pour établir l'intention de détruire le groupe physiquement. La Chambre considérera donc en l'espèce la destruction délibérée de mosquées et de maisons appartenant aux membres du groupe comme une preuve de l'intention de détruire ce groupe ». (TPII. Prosecutor vs Krstic, Chambre de Première Instance. Jugamento de 02/08/2001. Parágrafo 580. No mesmo sentido, parágrafo 576 da mesma decisão). Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/fr/010802f.pdf>. Acesso realizado em 25/02/2015.

⁹⁴ TPII. Prosecutor vs Krstic, Câmara de Apelação, decisão de 19/04/2004, parágrafos 25 e 26. Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/fr/krs-aj040419f.pdf>. Acesso realizado em 25/02/2015.

⁹⁵ «Il est bien établi que la destruction de la culture d'un groupe ne constitue pas à elle seule un génocide car elle ne requiert la mise en œuvre d'aucun des moyens énumérés par l'article 4 2) du Statut. Toutefois, il faut encore être prudent. La destruction culturelle peut permettre de confirmer l'existence, établie à partir d'autres circonstances, de l'intention de détruire le groupe comme tel. En l'espèce, la destruction totale de la principale mosquée confirme qu'il y avait intention de détruire la partie du groupe des Musulmans de Bosnie vivant à Srebrenica ». TPII. Prosecutor vs Krstic, Câmara de Apelação, decisão de 19/04/2004, parágrafos 25 e 26. Voto dissidente do Juiz Shahabuddeen. Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/fr/krs-aj040419f.pdf>. Acesso realizado em 25/02/2015.

CIJ indica que as áreas anteriormente ocupadas por mesquitas que destruídas deram lugar a depósitos de lixo, estações de ônibus, estacionamentos e áreas comerciais.⁹⁶

A CIJ registrou, ainda, que arquivos e bibliotecas também foram sujeitos a ataques durante os conflitos na Bósnia. Assim, em maio de 1992, o Instituto de Estudos Orientais de Sarajevo foi atingido por bombas incendiárias e teve seu acervo reduzido a cinzas.⁹⁷

Apesar dessas constatações, a CIJ, como já dito, reafirmou as jurisprudências do TPII a respeito da impossibilidade de configuração do crime genocídio unicamente em razão da destruição de elementos de caráter cultural:

Em face do exposto, a Corte estima que existem provas contundentes atestando a **destruição deliberada do patrimônio histórico, cultural e religioso do grupo protegido durante o período em questão**. A Corte toma nota da conclusão do demandante segundo a qual a destruição desse patrimônio “foi um componente essencial da política de limpeza étnica” e constituiu “um desejo de extinguir qualquer traço da própria existência” dos muçulmanos na Bósnia. **A Corte considera, todavia, que a destruição do patrimônio histórico, cultural e religioso, não pode ser considerada como forma de submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física. Ainda que esse tipo de conduta seja de extrema gravidade, posto que visa a eliminar todo traço da presença cultural ou religiosa de um grupo e possa ser contrária a outras normas jurídicas, ela não se amolda à categoria de atos de genocídio enumerados no art. 2º da Convenção (para prevenção e repressão do crime de genocídio).**⁹⁸

Em 03 de fevereiro de 2015, novamente, agora por ocasião do julgamento do caso Croácia vs. Sérvia, também relativo à aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão de todas as formas de genocídio, a CIJ reafirmou seu posicionamento com relação à

⁹⁶ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 43. Parágrafos 340/341. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf> Consulta realizada em 25/02/2015.

⁹⁷ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 43. Parágrafo 342. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf> Consulta realizada em 25/02/2015.

⁹⁸ “A la lumière de ce qui précède, la Cour estime qu’il existe des preuves concluantes attestant la destruction délibérée du patrimoine historique, culturel et religieux du groupe protégé durant la période en question. La Cour prend note de la conclusion du demandeur selon laquelle la destruction d’un tel patrimoine «a été une composante essentielle de la politique de nettoyage ethnique» et a constitué une «volonté d’effacer toute trace de l’existence même» des Musulmans de Bosnie. Elle estime toutefois que la destruction du patrimoine historique, culturel et religieux ne peut pas être considérée comme une soumission intentionnelle du groupe à des conditions d’existence devant entraîner sa destruction physique. Bien qu’une telle destruction puisse être d’une extrême gravité, en ce qu’elle vise à éliminer toute trace de la présence culturelle ou religieuse d’un groupe, et puisse être contraire à d’autres normes juridiques, elle n’entre pas dans la catégorie des actes de génocide énumérés à l’article II de la Convention” *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 43. Parágrafos 344. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf> Consulta realizada em 25/02/2015.

impossibilidade de consideração da destruição de elementos culturais como genocídio, embora reitere o entendimento já acima exposto no sentido de que tal conduta é forte indicativo do ânimo de eliminação física de determinado grupo.

Assim, com relação à determinação emanada de agentes sérvios à população croata no sentido de que utilizasse insígnias, sob a forma de fitas brancas atadas às mangas das vestes, indicativas de sua origem étnica, a CIJ assim se manifestou:

A Corte considera que o objeto de forçar indivíduos a portar sinais indicativos de seu pertencimento a determinado grupo é estigmatizar o membro do grupo. O objetivo não é a destruição física imediata do grupo, mas a conduta pode representar uma atitude preliminar em direção à preparação de atos listados no art. II da Convenção contra os membros do grupo identificado. Consequentemente, forçar indivíduos a utilizar insígnias da sua etnia não se compreende no escopo do art. II (c) da Convenção, mas essa conduta deve ser levada em consideração, com vistas a estabelecer se houve ou não a intenção de destruir o grupo protegido, total ou parcialmente.⁹⁹

Assim, seguindo o mesmo entendimento utilizado para o caso Bósnia-Herzegovina vs Sérvia e Montenegro acima citado (2007), a CIJ reiterou que a destruição de elementos de caráter cultural não se amoldaria às definições de genocídio contidas no art. II da Convenção em questão, não obstante essas condutas sirvam para demonstrar a intenção de aniquilar determinado grupo humano.¹⁰⁰

3.3. Os atos de violência sexual cometidos no curso de conflitos armados

3.3.1 Bem jurídico tutelado.

Durante séculos a violência sexual foi praticada no contexto de conflitos armados,

⁹⁹ “The Court considers that the purpose of forcing individuals to wear signs of their membership of a group is to stigmatize the group’s members. This enables the authors of such acts to identify the members of the group. The aim is not the immediate physical destruction of the group, but it may represent a preliminary step towards perpetration of the acts listed in Article II of the Convention against the group members thus identified. Consequently, forcing individuals to wear insignia of their ethnicity does not in itself fall within the scope of Article II (c) of the Convention, but it might be taken into account for the purpose of establishing whether or not there existed an intent to destroy the protected group, in whole or in part.” *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatia c. Serbie), julgamento de 03/02/2015, C.I.J, parágrafos 381 e 382. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf>. Acesso realizado em 25/02/2015.

¹⁰⁰ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatia c. Serbie), julgamento de 03/02/2015, C.I.J, parágrafos 389 e 390. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf>. Acesso realizado em 25/02/2015.

sobretudo contra mulheres. Do ponto de vista dos vencedores, subjugar sexualmente o adversário era visto como um direito inerente ao sucesso na guerra e como forma de anular os valores morais do adversário. Para os vencidos, esse tipo de violência restou como uma consequência inevitável do fracasso no campo militar, cuja ocorrência é comumente ocultada pelas próprias vítimas e seus familiares, em razão dos traumas que lhe são inerentes.

Conforme alerta Nourozi-Vergnol (2010, p. 786), no início do Século XX as disposições proibitivas da violência sexual eram vagas e imprecisas, acompanhadas de grave subvalorização da vítima. O foco em questão não residia nos traumas impingidos à pessoa, mas sim nos possíveis efeitos secundários que esses atos poderiam acarretar à sua família ou à sua imagem perante a comunidade em que estava inserida. Nesse sentido, a IV Convenção relativa aos direitos e costumes da guerra em terra (Convenção de Haia de 1907) não apresenta qualquer disposição especificamente proibitiva da violência sexual, a despeito de o seu art. 46 estatuir o dever dos estados signatários de respeitarem “a honra e os direitos de família, a vida dos indivíduos e a propriedade privada, bem como as convicções e os cultos religiosos”. Do mesmo modo, o art. 47 das Instruções de Leiber previa sanções aos autores de violações cometidas em países inimigos contra a população local daquele país.

A comparação entre os bens jurídicos destacados no art. 46 acima citado e aquele protegido pelos códigos penais então vigentes demonstra a inadequação de utilizar tipos penais como injúria, difamação calúnia e poligamia para reprimir atos já àquela época catalogados como crimes contra a integridade física ou dignidade sexual. Observa-se, assim, que o bem jurídico tutelado à época da Convenção de Haia de 1907 é a honra por excelência.

De um modo geral, é possível dizer que o direito ao respeito à honra é atribuído a todas as pessoas, pela só condição de seres humanos. Sob essa perspectiva, é certo que todo ato de violência sexual é degradante para o indivíduo, a seus próprios olhos e aos olhos daqueles que com ele convivem, notadamente no âmbito da família e da comunidade que integra. Assim, os atos de violência sexual ofenderiam a honra sob uma dupla perspectiva: a objetiva, consistente na imagem que terceiros pessoas teriam sobre a vítima; e a subjetiva, relativa à forma como a própria vítima se veria a partir daquele momento. (NOROUZI-VERGNOL, 2010, p. 787).

A definição dos atos de violência sexual como ilícitos praticados contra a honra pode acarretar a indiferença do sistema de justiça com relação aos sofrimentos físicos e mentais infligidos às suas vítimas, sobretudo quando mulheres. Ademais, para alguns autores, como Judith G. Gardam (1998) a definição da honra como valor central nesses casos consagra a noção de que as mulheres seriam bens, diminuindo sua condição humana.

Como bem aponta a autora (GARDAM, 1998), os efeitos dos conflitos armados são sentidos diferentemente por homens e mulheres. As guerras, assim, exacerbariam as desigualdades já existentes entre ambos os sexos e incidiriam com mais vigor sobre as mulheres, tradicionalmente alijadas das tomadas de decisões relevantes para os conflitos armado e ainda mais atreladas a seus familiares, em razão da tarefa de cuidar dos seus familiares, que lhe foi historicamente cometida. Dessa modo, na maioria dos casos de conflitos armados as mulheres se encontrariam impossibilitadas de chamar a atenção para as dificuldades que particularmente as afligem, não dispondo de qualquer meio para exigir ou mesmo recomendar a tomada de tal ou qual posição nos campos de batalha.

Embora se atribua a menção ao bem jurídico honra como uma técnica recorrente ao tempo da edição dos textos legislativos em questão, é certo que os atos de violência sexual - notadamente o estupro - podem ter consequências capazes de desestabilizar toda a sociedade em que vivem as mulheres vítimas desse tipo de violência (NOUROZI-VERGNOL, 2010). Assim, em sociedades mais tradicionais, a ocorrência do estupro poderia acarretar a não aceitação da esposa pelo marido ou mesmo a impossibilidade de casamento das mulheres solteiras, privando-as por completo da possibilidade de exercerem certos papéis na sua comunidade.

Uma percepção errônea dos fatos poderia, assim, acarretar a minimização do fenômeno, privilegiando a visão da mulher como objeto, em detrimento de seu reconhecimento como sujeito de direitos. A afirmação da mulher como sujeito de direitos passa, porém, pela mudança de paradigma do direito internacional humanitário, que visa a proteger primordialmente não a honra da pessoa humana, mas a pessoa em si mesma considerada.

3.3.2 Jurisprudência relativa ao tema.

Embora a prática de atos de violência sexual contra mulheres de nacionalidade inimiga fosse corriqueira nos conflitos armados, é certo que também foram cometidas atrocidades semelhantes contra mulheres pertencentes a países aliados dos perpetradores. Não foram poucas, dessa forma, as denúncias de estupros praticados por soldados americanos durante a liberação da França, Inglaterra e Alemanha, como bem relatou Robert Lilly (LILLY, 2003).

Após o término da Segunda Guerra Mundial, adveio o surgimento do Tribunal Internacional de Nuremberg, cuja Carta previu o processamento e punição dos membros das forças do eixo pela prática de crimes contra a paz, contra a guerra e contra a humanidade, nos

termos da definição contida no seu art. 6º. Não houve, porém, a criminalização explícita das condutas de violência sexual praticadas durante os conflitos armados. Dessa forma, embora as cláusulas definidoras dos crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade fossem de tipicidade aberta, na prática não houve a persecução e condenação de qualquer réu pela prática específica de violência sexual.

De igual modo, em 19 de janeiro de 1946 foi criado o Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente, também conhecido como Tribunal de Tóquio. Assim como a Carta de Nuremberg, a Carta de Tóquio também não previu explicitamente a criminalização dos atos de violência sexual praticados no contexto da Segunda Guerra (NOUROZI-VERGNOL, 2010, p. 792).

O Tribunal de Tóquio, contudo, foi além do que fixou a corte de Nuremberg, para enquadrar como crimes de guerra, definidos no art. 4º da sua Carta, as violações sexuais perpetradas por tropas japonesas durante as ocupações de Nankin, Bornéio e outras cidades. Dessa forma, o estupro foi especificamente citado como crime de guerra pela primeira vez por ocasião dos julgamentos de Tóquio. Na oportunidade, para a definição da culpabilidades dos réus, o tribunal se ateu mais aos aspectos relativos às responsabilidades dos comandantes pelos atos de seus subordinados, tendo havido a condenação direta dos superiores hierárquicos.

O TPIR, no caso Jean Paul Akayesu estabeleceu, de forma clara, que os atos de violência sexual sistematicamente praticados contra as mulheres integrantes da etnia Tutsi constituíram uma etapa decisiva na tentativa de aniquilação desse grupo humano. Nesse sentido, é claríssimo o seguinte trecho do julgado da Câmara de Primeira instância, proferido em 02 de setembro de 1998:

Com relação, particularmente, aos atos descritos nos parágrafos 12(A) e 12(B) da denúncia, consistentes em **estupros e violência sexual**, a Câmara ressalta o fato de que, no seu entendimento, **eles constituem genocídio, do mesmo modo que qualquer outro ato, posto que cometidos com a específica finalidade de destruir, no todo ou em parte, um determinado grupo, tornado um alvo em si mesmo**. De fato, estupro e violência sexual certamente infligem sérios traumas físicos e mentais às vítimas e são, de acordo com a Câmara, uma das piores formas de o fazer, tendo em vista o duplo sofrimento, físico mental, de que padecerá a vítima em razão disso. À luz de todas as provas trazidas aos autos, a Câmara está convencida de que os atos de violência sexual acima descritos foram cometidos unicamente contra mulheres Tutsi, muitas das quais foram submetidas às mais terríveis humilhações públicas, mutiladas e estupradas múltiplas vezes, frequentemente em público, nas dependências do *Bureau Communal* ou em outros locais públicos, frequentemente praticados por mais de um agressor. Esses estupros resultaram em destruição física e psicológica das mulheres Tutsi, de suas famílias e das comunidades onde viviam. A violência sexual foi uma parte integral do processo de destruição, objetivando especificamente mulheres Tutsi e contribuindo

especificamente para sua destruição e para a destruição grupo Tutsi com um todo.¹⁰¹

3.3.3 Disposições normativas relativas ao tema.

Sob o ponto de vista normativo, aparecem como mais relevantes instrumentos normativos relativos ao tema as quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e o Protocolo Adicional nº I, de 1977.

As três primeiras Convenções nada dispõem explicitamente com relação à proibição da prática de atos de violência sexual durante conflitos armados. Apenas a quarta Convenção, relativa à proteção das vítimas civis em tempos de guerra, apresenta norma explícita proibindo o estupro e a prostituição forçada, nos termos em que disposto no seu art. 27

Art. 27 - As pessoas protegidas pela presente convenção têm o direito, em qualquer circunstância, ao respeito à sua pessoa, à sua honra, aos seus direitos de família, às suas convicções e práticas religiosas, aos seus hábitos e seus costumes. Elas deverão ser tratadas, a qualquer tempo, com humanidade e especialmente protegidas contra qualquer ato de violência e intimidação, contra os insultos e a curiosidade pública. As mulheres serão especialmente protegidas em face de todo atentado à sua honra e, especialmente, do estupro da prostituição forçada e de todo atentado ao seu pudor. Sem prejuízo das disposições relativas ao estado de saúde, à idade e ao sexo, as pessoas protegidas pela presente Convenção serão tratadas pela parte sob o poder da qual se encontrem todas da mesma forma, sem nenhum preconceito, especialmente de raça, religião ou opiniões políticas. As partes do conflito poderão tomar, todavia, as medidas de controle e segurança que se mostrem necessárias em razão da guerra.

O art. 27 acima citado, assim, estaria à base de todo o sistema das Convenções de Genebra, enunciando os princípios que lhes são fundamentais. Todavia, embora expressamente proíba a práticas de violência sexual contra as pessoas civis em tempos de

¹⁰¹ “With regard, particularly, to the acts described in paragraphs 12(A) and 12(B) of the Indictment, that is, rape and sexual violence, the Chamber wishes to underscore the fact that in its opinion, they constitute genocide in the same way as any other act as long as they were committed with the specific intent to destroy, in whole or in part, a particular group, targeted as such. Indeed, rape and sexual violence certainly constitute infliction of serious bodily and mental harm on the victims and are even, according to the Chamber, one of the worst ways of inflict harm on the victim as he or she suffers both bodily and mental harm. In light of all the evidence before it, the Chamber is satisfied that the acts of rape and sexual violence described above, were committed solely against Tutsi women, many of whom were subjected to the worst public humiliation, mutilated, and raped several times, often in public, in the Bureau Communal premises or in other public places, and often by more than one assailant. These rapes resulted in physical and psychological destruction of Tutsi women, their families and their communities. Sexual violence was an integral part of the process of destruction, specifically targeting Tutsi women and specifically contributing to their destruction and to the destruction of the Tutsi group as a whole.” (Prosecutor vs. M. Jean Paul Akayesu. Chambre de 1ère instance. Julgamento de 02/09/1998, par.731). Disponível em <<http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>>. Acesso realizado em 09/03/2015.

guerra, é certo que o texto convencional se vale do mesmo artifício utilizado pelo art. 46 da Convenção de Haia de 1907, ao centrar atenção na proteção do pudor e da moral das vítimas.

Disposição semelhante comparece no art. 76 do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra, que estatui:

Artigo 76.º Proteção das mulheres

1 - As mulheres devem ser objeto de um respeito especial e protegidas nomeadamente contra a violação, a prostituição forçada e qualquer outra forma de atentado ao pudor.

2 - Os casos de mulheres grávidas ou de mães de crianças de tenra idade dependentes delas e que forem presas, detidas ou internadas por razões ligadas ao conflito armado serão examinados com prioridade absoluta.

3 - Na medida do possível, as Partes no conflito procurarão evitar que a pena de morte seja pronunciada contra mulheres grávidas ou mães de crianças de tenra idade que dependam delas, por infração cometida relacionada com o conflito armado. Uma condenação à morte contra essas mulheres por uma tal infração não será executada. (ONU, 1949).

Observa-se, assim, uma clara preocupação com a proteção da honra e do pudor femininos.

Chama a atenção, ainda, o fato de que nenhuma das quatro Convenções de Genebra criminaliza explicitamente a prática de violência sexual. Com efeito, as três primeiras Convenções apresentam em seus artigos 50, 51 e 130 uma lista de infrações consideradas graves contra o direito humanitário, sujeitas a um regime específico. O texto em português aparece assim redigido:

Art. 50. As infrações graves a que o artigo anterior se refere são as que abrangem qualquer dos atos seguintes, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: o homicídio intencional, a tortura ou os tratamentos desumanos, compreendendo as experiências biológicas, o facto de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou de ofender gravemente a integridade física ou a saúde, a destruição e a apropriação de bens não justificados por necessidades militares e executados em grande escala, de forma ilícita e arbitrária. (ONU, 1949)

De se notar, ainda, que mesmo a quarta Convenção de 1949, que, como acima já visto, veda expressamente a prática de atos de violência sexual, não mencionou no rol dos delitos graves, insculpido em seu art. 147, condutas como o estupro e a prostituição forçada. Nesse sentido, assim estatui o texto convencional :

Art. 147. Os delitos graves referidos no artigo precedente são aqueles que abrangem um ou outro dos seguintes atos, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela presente Convenção: o homicídio voluntário, a tortura ou os tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, com o propósito de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou graves lesões no corpo ou à saúde,

a deportação ou transferência ilegais, a reclusão ilegal, a obrigatoriedade de uma pessoa protegida servir às forças armadas de uma Potência inimiga ou o propósito de privá-la do seu direito de ser julgada regular e imparcialmente segundo as prescrições da presente convenção, a tomada de reféns, a destruição e apropriação de bens não justificáveis pelas necessidades militares e executadas em grande escala de modo ilícito e arbitrário. (ONU, 1949)

No mesmo sentido são as disposições do protocolo adicional nº I, de 1977, que não estabeleceu qualquer regime mais severo de punição ou perseguição dos atos de violência sexual. Surge, então, a questão de saber se o direito internacional humanitário não teria qualquer previsão que criminalize atos de violência sexual, praticados na constância de conflitos armados, nacionais ou internacionais.

A despeito das omissões convencionais acima apontadas, é certo que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos evoluiu no sentido de equiparar os atos de violência sexual à prática de tortura ou de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

A definição do que seria tortura ou tratamentos cruéis desumanos e degradantes foi largamente debatida por ocasião dos trabalhos preparatórios da Convenção das Nações Unidas contra a tortura de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, adotada pela resolução nº 39/46, de 10 de dezembro de 1984 da Assembleia Geral das Nações Unidas. O art. 1º do texto convencional, contudo, limita-se a indicar o que significaria o termo tortura, nada dizendo com relação aos tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes.

Ao se debruçar sobre o tema, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, no caso *Aydin vs Turquia* decidiu que esse tipo de infração “atinge a vítima no âmago de sua integridade física e moral e deve ser considerada como uma forma particularmente cruel de tratamento desumano” (CEDH, 2004).

Esse entendimento foi reforçado pela própria Corte Europeia de Direitos Humanos, por ocasião da julgamento da demanda. Na ocasião restou decidido que:

O estupro de um detido por um agente do estado deve ser considerado como uma forma particularmente grave e odiosa de mau tratamento, considerando-se a facilidade com a qual o agressor pode abusar da vulnerabilidade e da fragilidade de sua vítima. De outro lado, o estupro deixa na vítima feridas psicológicas profundas que não se esvaem como outras formas de violência física e mental.¹⁰²

¹⁰² (Corte Europeia de Direitos Humanos. *Aydin vs. Turquia*. Processo nº 42435/98, decisão de 09/03/2004).

Desse modo, é possível dizer que a identificação dos atos de violência sexual como tortura faz parte da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, como se depreende também do caso *Sevtap Veznedaroglu vs Turquia*.¹⁰³

O sistema interamericano de direitos humanos também tem equiparado a violência em questão aos atos de tortura, conforme se depreende do caso *F e R Mejia vs. Peru*, de 28 de fevereiro de 1996, em que a comissão interamericana de direitos humanos reafirmou a gravidade das violações causadas por esse tipo de ato às suas vítimas, a justificar sua equiparação aos atos de tortura¹⁰⁴.

3.3.4 A vedação dos atos de violência sexual nos casos de conflitos armados de caráter não internacional.

A lógica aplicada para a interdição dos atos de violência sexual nas hipóteses de conflitos armados de caráter internacional é a mesma existente para sua vedação nas hipóteses de conflitos de caráter não internacional. Interessa-nos, porém, a análise da legislação pertinente ao tema.

O principal instrumento de direito humanitário relativo aos conflitos armados de caráter não internacional é o Protocolo II adicional às Convenções de Genebra, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados não internacionais, de 08 de junho de 1977. Antes de seu advento, a principal norma protetiva das vítimas desse gênero de conflitos é o art. 3º comum às quatro convenções acima citadas, assim redigido:

Art. 3º No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada a aplicar pelo menos as seguintes disposições:

1) As pessoas que tomem parte diretamente nas hostilidades, incluídos os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimento, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer critério análogo.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

- a) As ofensas contra a vida e integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, torturas e suplícios;
- b) A tomada de reféns;
- c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;
- d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias

¹⁰³ (processo nº 32357/96, de 11/04/2000)

¹⁰⁴ Profdnfw

judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às Partes no conflito.

As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor por meio de acordos especiais todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção.

A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito. (ONU, 1977).

É de se ressaltar, porém, que as garantias prescritas no art. 3º acima citado são relevantíssimas e devem ser entendidas como mandamentais às partes em conflitos armados de qualquer espécie, internacional ou não internacional.

Destacam-se, assim, as alíneas “a” e “c” acima citadas, que vedam as ofensas à vida e à integridade física, o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, torturas e suplícios (alínea ‘a’), bem como as ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes.

À luz de tudo o que acima já se disse, resta claro que os atos de violência sexual constituem severa afronta à dignidade humana, sendo incompatíveis com os mais elementares princípios do direito humanitário, razão pela qual a vedação à sua prática no curso de conflitos armados de caráter não internacional já seria decorrência do referido art. 3º.

Não obstante essa previsão, o art. 4º do Protocolo II prevê uma série de garantias fundamentais às vítimas de conflitos armados de caráter não internacional, que merecem ser transcritas:

Artigo 4.º Garantias fundamentais

1 - Todas as pessoas que não participem diretamente ou já não participem nas hostilidades, quer estejam ou não privadas da liberdade, têm direito ao respeito da sua pessoa, honra, convicções e práticas religiosas. Serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem qualquer discriminação. É proibido ordenar que não haja sobreviventes.

2 - Sem prejuízo do caráter geral das disposições anteriores, são e permanecem proibidas, em qualquer momento ou lugar, em relação as pessoas mencionadas no n.º 1:

a) Os atentados contra a vida, saúde ou bem-estar físico ou mental das pessoas, em particular o homicídio, assim como os tratamentos cruéis, tais como a tortura, as mutilações ou qualquer forma de pena corporal;

b) As punições colectivas;

c) A tomada de reféns;

d) Os atos de terrorismo;

e) Os atentados à dignidade da pessoa, nomeadamente os tratamentos humilhantes e degradantes, a violação, a coação à prostituição e todo o atentado ao pudor;

f) A escravatura e o tráfico de escravos, qualquer que seja a sua forma;

g) A pilhagem;

h) A ameaça de cometer os atos acima citados

3 - As crianças receberão os cuidados e a ajuda de que careçam e, nomeadamente:

a) Deverão receber uma educação, incluindo educação religiosa e moral, tal como a desejarem os seus pais ou, na falta destes, as pessoas que tiverem a sua guarda;

b) Todas as medidas adequadas serão tomadas para facilitar o reagrupamento das

famílias momentaneamente separadas;

c) As crianças de menos de 15 anos não deverão ser recrutadas para as forças ou grupos armados, nem autorizadas a tomar parte nas hostilidades;

d) A proteção especial prevista no presente artigo para as crianças de menos de 15 anos continuará a ser-lhes aplicável se tomarem parte direta nas hostilidades, apesar das disposições da alínea *c)*, e forem capturadas;

e) Serão tomadas medidas, se necessário e sempre que for possível com o consentimento dos pais ou das pessoas que tiverem a sua guarda, de acordo com a lei ou costume, para evacuar temporariamente as crianças do setor onde as hostilidades se desenrolarem para um setor mais seguro do país, e para as fazer acompanhar por pessoas responsáveis pela sua segurança e bem-estar.

Observa-se, assim, que as alíneas “a” e “e” do art. 4º retomam as ideias contidas no art. 3º comum às quatro convenções de Genebra, especialmente aquelas contidas nas suas alíneas “a” e “c”. Dada a gravidade dos fatos proscritos por essas normas, não se vislumbra redundância na sua adoção. Ao contrário, a existência de norma garantidora da dignidade humana nos casos de conflitos armados de natureza não internacional é medida extremamente salutar.

Das particularidades relativas ao referido artigo do Protocolo adicional II, é de se destacar a vedação expressa à escravidão e ao tráfico de escravos, sob todas as suas formas, contida na alínea “f” do número 2. Tendo sido conhecidos na história dos conflitos armados a privação de liberdade com vistas à exploração sexual, é certo que a escravidão e a servidão sexuais estão, ambas, abrangidas pela vedação contida na norma em referência.

Por outro lado, o protocolo adicional nº II não previu explicitamente a criminalização da exploração sexual nos casos de conflitos armados de caráter interno, restando omissa a legislação internacional relativa ao tema.

4. A TUTELA PENAL INTERNACIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL

4.1 O surgimento da jurisdição penal internacional.

Conforme analisado mais detidamente na seção anterior, é certo que a pessoa humana, individualmente considerada, exerce papel central na comunidade internacional, o que a coloca na condição de sujeito de direitos em razão de sua simples existência. Se, por um lado, erigir a pessoa humana como sujeito de direitos perante a sociedade internacional permite a enfeixar de inúmeros direitos, é bem verdade também que, a partir desse instante, surge a possibilidade de sua sujeição a eventuais medidas sancionatórias, emanadas dos sistemas de proteção de direitos da ordem internacional. Nesse sentido, desponta como fundamental no estudo do direito penal internacional investigar que características permitem diferenciar os crimes internacionais dos demais fatos contrários ao direito internacional praticados pelos indivíduos (SPERDUTI, 1956, p. 767).

Nesse sentido, de acordo com Bassiouni (1989, p.1):

O Direito Penal Internacional é o produto da convergência de duas diferentes disciplinas jurídicas, que emergiram e se desenvolveram por caminhos diferentes, até se tornarem complementares e co-extensivas. Elas são: os aspectos penais do direito internacional e os aspectos internacionais do direito penal doméstico.¹⁰⁵ (tradução livre).

Os fundamentos utilizados para justificar o surgimento de um ordenamento jurídico-penal internacional não são muito distintos daqueles existentes para fundamentar a existência dos sistemas de justiça criminal domésticos. Desse modo, as normas penais exercem função muito assemelhada no direito internacional e nos sistemas domésticos. A análise dos sistemas de proteção de direitos humanos proporciona uma boa perspectiva da escala de relevância dos bens jurídicos em jogo. Assim, os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos elencam uma série de direitos cuja relevância é reconhecida (assim o fazem o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1968 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, dentre outros textos). Por outro lado, alguns desses direitos fundamentais demandam uma proteção especial, surgindo a necessidade de criminalização das condutas que

¹⁰⁵ “International Criminal Law is a product of the convergence of two different legal disciplines which have emerged and developed along different paths to become complementary and co-extensive. They are: the criminal law aspects of international law and the international aspects of national criminal law”

lhes são violadoras (BARBOZA, 1999, p. 25).

Como ilustra Júlio Barboza (1999, p. 26-27), o direito penal internacional se ocupa de uma matéria mais ampla do que aquela cometida aos diplomas legais domésticos. Graças à natureza peculiar do direito internacional e da comunidade internacional, os meios e recursos utilizados para a aplicação do direito internacional restam, muitas vezes, nas mãos dos Estados. Dessa forma, a aplicação das normas penais de direito internacional pode ocorrer de forma direta, através de um tribunal penal internacional, ou indiretamente, através dos tribunais nacionais já existentes. Em ambos os casos, mas sobretudo no último, o direito internacional e o direito doméstico dialogam, em razão do necessário papel desenvolvido pelas normas de direito interno e pela autoridade estatal, na aplicação do direito penal internacional. Nesse sentido, o art. V da Convenção sobre o Genocídio, por exemplo, impõe aos estados-membros a adoção de disposições de direito interno, com a finalidade de permitir o processamento e punição de pessoas acusadas da prática de crimes dessa espécie, conferindo competência aos tribunais estatais para essa missão.

É possível verificar, assim, que o desenvolvimento do direito penal internacional tem ocorrido *pari passu* ao fortalecimento das jurisdições domésticas no sentido de processar e julgar os autores de ilícitos internacionais. Um dos exemplos dessa evolução é adoção da Convenção das Nações Unidas de 1982 relativa ao Direito do Mar, que prevê a jurisdição universal dos crimes relacionados à pirataria. Nesse sentido, cinco princípios são previstos para o exercício da jurisdição pena, internacional. O primeiro seria de caráter *territorial*, determinando a jurisdição com referência ao local do cometimento do delito; em segundo lugar viria o *princípio da nacionalidade*, definindo-se a jurisdição com base na nacionalidade da pessoa que comete o ilícito; em terceiro lugar, subsiste o *princípio protetivo*, determinante da jurisdição com base no interesse nacional ofendido; em quarto lugar, o princípio da *universalidade* determinaria o início da jurisdição de acordo com o país de custódia do autor da ofensa e, finalmente, o princípio da *personalidade passiva* definiria a jurisdição com base na nacionalidade ou no caráter nacional da pessoa atingida pela ofensa (BASSIOUNI, 1989, p. 25).

Como observa Barboza (1999, p. 29), “quanto mais ampla a base de jurisdição, maior a possibilidade de que a pessoa acusada de um crime internacional seja efetivamente processada pelo Estado de custódia ou encaminhada a um outro Estado para tanto”¹⁰⁶. A

¹⁰⁶ “The wider the basis of jurisdiction, the bigger the possibility that the person accused of an international crime be, in effect, prosecuted by the State of custody or delivered to another State in order to be tried”. Tradução livre.

extradição se apresenta, assim, como um mecanismo fundamental para a aplicação do direito penal internacional.

Embora o propósito do presente trabalho não seja o aprofundamento histórico do surgimento do direito penal internacional, é certo que sua compreensão pode permitir uma melhor percepção dos novos desafios que os conflitos armados contemporâneos atualmente representam. Assim, a depender da forma como o surgimento do direito penal internacional é visto, as digressões podem alcançar as próprias relações jurídicas relativas a direito de família romano, hipótese em que o *pater familia* exercia plena jurisdição criminal sobre os membros do mesmo núcleo familiar. Caso, porém, os fatos alcançassem membros de outra família, surgiria necessidade de intervenção da autoridade imperial, diversa daquela cometida ao *pater familia*. Surgiriam, então, os primeiros elementos do direito penal internacional (BARBOZA, 1999, p.31).

A digressão acima exposta poderia ser facilmente confrontada com o argumento de que o direito internacional, da forma como o conhecemos hoje, seria peculiar ao sistema estatal emergente dos tratados de Paz da Westphalia (BARBOZA, 1999, p.31). Independentemente de tal objeção, é certo que o paradigma decorrente da implantação desse modelo ocidental de Estado não impediu a prática de crimes gravíssimos ao longo dos últimos dois séculos. Nesse sentido, leciona Isabel Machado (2012, p. 401) que “os eventos da Segunda Guerra Mundial demonstraram o fracasso do modelo de soberania baseado na coordenação de Estados-Nações independentes, adotado a partir dos Tratados de Paz de Westphalia (1648)”.

Confirma essa conclusão, o fato de que alguns crimes internacionais têm sua tipicidade protraída para tempos imemoriais, como é o caso dos atos de pirataria, constituindo-se em crimes cuja previsão derivaria de normas costumeiras de direito internacional (BARBOZA, p. 35). Esse argumento, foi utilizado para afastar argumentos relativos à impossibilidade de atuação de tribunais *ad hoc* como os da antiga Iugoslávia e de Ruanda, em razão de possível violação ao princípio *nullum crime sine lege*¹⁰⁷.

A respeito precisamente desse ponto, levantado desde os julgamentos conduzidos Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMI), convém salientar o que tribunal registrou a respeito do tema em julgamento de 1946:

Em primeiro lugar deve ser observado que a máxima *nullum crime sine lege* não é uma limitação à soberania, mas sim um princípio geral de justiça. Afirmar que é

injusto punir aqueles que, em contrariedade, a tratados celebrados e promessas realizadas, atacaram países vizinhos sem qualquer aviso prévio é obviamente equivocado, posto que, nessas circunstâncias, o agressor é obrigado a saber que está agindo de forma errada e, diferentemente de ser injusto puni-lo, seria injusto permitir que sua conduta permanecesse sem qualquer punição¹⁰⁸

Em outras palavras, a máxima *nullum crime sine lege* constituiria um simples princípio de justiça universal. Não existiria, assim, regra positiva de direito internacional que pudesse limitar a vontade Estatal de aplicar uma determinada norma incriminadora retroativamente. Sob o ponto de vista do direito doméstico a aplicação retroativa das normas penas incriminadoras encontraria óbice nas cláusulas constitucionais que vedam essa prática (BARBOZA, 1999, p. 117)¹⁰⁹

De fato, porém, o ambiente em que se desenvolvia o direito penal internacional demandou a consolidação de normas escritas e o estabelecimento de um tribunal penal permanente, para o processamento e julgamento dos mais graves crimes à comunidade internacional. Nesse sentido, o art. 6º¹¹⁰ da Convenção sobre o Genocídio, de 1948, prescreve que as pessoas acusadas de crimes dessa natureza serão processadas e julgadas pelos tribunais domésticos dos estados em cujo território o ato foi cometido ou pela Corte Penal Internacional competente. Assim, as Nações Unidas seguiram um longo e gradual processo para a formação de um tribunal penal permanente e internacional, que foi continuamente adiado por razões políticas, até que Trinidad e Tobago propusesse, em 1989, a criação de uma corte criminal permanente, para fins de processar delitos envolvendo o tráfico de drogas. A necessidade de estabelecimento de um tribunal penal internacional permanente se viu agravada pela crise da Iugoslávia nos anos 90. Assim, em dezembro de 1995 foi instalado um Comitê preparatório, cujos trabalhos foram apresentados na Conferência de Roma de 1998, que culminou, em 17

¹⁰⁸ “In the first place, it is to be observed that the maxim *nullum crime sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong and so far from being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished” França e outros contra Göring e outros. Tribunal Militar de Nuremberg, julgamento de 30 de setembro de 01 de outubro de 1946, parágrafo 444. Acesso realizado em 09/03/2015. http://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf.

¹⁰⁹ Constituição Federal de 1988: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal

¹¹⁰ “Artigo 6º As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no "artigo 3º" serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes - contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição.”

de julho daquele ano, no Estatuto de Roma¹¹¹, constitutivo do Tribunal Penal Internacional (TPI). Após a ratificação do tratado por seis Estados, o estatuto do TPI entrou em vigor no dia 01 de julho de 2002 (SHAW, 2008, p. 411).

Observa-se, desde logo, uma diferença com relação à implantação tribunais penais da antiga Iugoslávia e de Ruanda: o TPI foi criado por tratado internacional, cuja ratificação está aberta da todos os Estados-membros das Nações Unidas, diferentemente do que ocorreu em 1991 e 1995, com a implantação, por resoluções do Conselho de Segurança da ONU, dos tribunais penais para a antiga Iugoslávia e Ruanda (SHAW, 2008, p. 411).

4.2 A destruição do patrimônio cultural e a jurisdição penal internacional nos casos de conflitos armados não internacionais

Tendo em vista a evolução acima citada, no sentido da constituição de um tribunal penal permanente e estabelecido anteriormente à prática dos crimes a serem julgados, trataremos, fundamentalmente, dos crimes previstos no Estatuto de Roma do TPI. Nesse sentido, o art. 5º do Estatuto limita a competência do tribunal a quatro espécies de crime: a) crime de genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra e d) crimes de agressão.

Considerando-se que os aspectos relativos ao genocídio foram tratados na Seção anterior e que o crime de agressão depende de regulamentação ainda não editada, nos termos dos arts. 123 e 124 do Estatuto, ocuparemos-nos dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade.

4.2.1 Crimes de Guerra

O primeiro esforço histórico para a punição de pessoas, individualmente consideradas, ocorreu por ocasião dos Julgamentos de Nuremberg, em 1946. Com efeito, nos termos do art. 6(b) do TMI, sua jurisdição envolvia o processamento de “violações às leis e costumes da guerra” (EHLERT, 2014, p. 108).

¹¹¹ Internalizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002.

Em seguida, advieram as Convenções de 1949. Embora a expressão “crimes de guerra” não figure nos textos convencionais, os artigos 49¹¹², 50, 129 e 146 dos quatro diplomas internacionais determinam a adoção de disposições de direito interno, com vistas a fixar sanções penais àqueles que eventualmente violem as disposições das Convenções. O art. 50¹¹³ da I Convenção, especificamente, estabelece uma lista exemplificativa de “graves violações” às Convenções, a autorizar a incidência das sanções penais em questão. A lista em questão, todavia, tem caráter unicamente exemplificativo (EHLERT, 2014, p. 109).

Posteriormente, o art. 85(5)¹¹⁴ do Protocolo Adicional nº I, de 1977 fixou que as graves violações às suas disposições deveriam ser consideradas crimes de guerra, densificando, assim, o conceito de crime de guerra.

Finalmente, o art.8(2) do Estatuto de Roma definiu os crimes de guerra, de forma não exaustiva, englobando as violações às Convenções de Genebra de 1949 (art. 8.2.a), outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional (art. 8.2.b) e, na hipótese de conflito armado de caráter não internacional, a violação ao art. 3º Comum às IV Convenções de Genebra (art. 8.2.c), destacando-se a proibição de atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares (iv).

¹¹² “Artigo 49.º As Altas Partes contratantes comprometem-se a tomar qualquer medida legislativa necessária para fixar as sanções penais adequadas a aplicar às pessoas que tenham praticado ou mandado praticar qualquer das infrações graves à presente Convenção definidas no artigo seguinte.

Cada Parte contratante terá a obrigação de procurar as pessoas acusadas de terem praticado ou mandado praticar qualquer destas infrações graves, devendo remetê-las aos seus próprios tribunais, qualquer que seja a sua nacionalidade. Poderá também, se o preferir, e segundo as condições previstas pela sua própria legislação, enviá-las para julgamento a uma outra Parte contratante interessada na causa, desde que esta Parte contratante possua elementos de acusação suficientes contra as referidas pessoas.

Cada Parte contratante tomará as medidas necessárias para fazer cessar os atos contrários às disposições da presente Convenção, além das infrações graves definidas no artigo seguinte.

Em quaisquer circunstâncias, os inculpados beneficiarão de garantias de julgamento regular e livre defesa, que não serão inferiores às previstas nos artigos 105.º e seguintes da Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra, de 12 de Agosto de 1949.”

¹¹³ Artigo 50.º As infrações graves a que o artigo anterior se refere são as que abrangem qualquer dos atos seguintes, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: o homicídio intencional, a tortura ou os tratamentos desumanos, compreendendo as experiências biológicas, o fato de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou de ofender gravemente a integridade física ou a saúde, a destruição e a apropriação de bens não justificados por necessidades militares e executados em grande escala, de forma ilícita e arbitrária.

¹¹⁴ Artigo 85.º Repressão das infrações ao presente Protocolo. 5 - Sob reserva da aplicação das Convenções e do presente Protocolo, as infrações graves a estes documentos são consideradas crimes de guerra

Observa-se, assim, que a ideia central que permeia a definição de crime de guerra, contida no art. 8.2 do Estatuto de Roma, orbita em torno das noções de graves violações às Convenções de Genebra de 1949, às leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados e às disposições de direito humanitário que regulam os conflitos de caráter não internacional.

Ocorre que, embora algum progresso tenha sido realizado com o surgimento da lista contida no art. 8.2 do Estatuto de Roma, não há uma codificação internacional definitiva do que seriam graves violações ao direito humanitário. Nesse sentido, Antonio Cassese (2008, p.85) sugere a análise de:

(i) manuais militares; (ii) legislação nacional dos estados pertencentes aos maiores sistemas legais do mundo; ou, na ausência desses elementos, (iii) dos princípios gerais de justiça internacional comuns às nações do mundo, como estabelecidos nos instrumentos internacionais, atos unilaterais, resoluções e outros do gênero; e (iv) a análise da legislação e prática judicial do estado ao qual o acusado pertence e em cujo território os crimes foram cometidos. (Tradução Livre)¹¹⁵

Desse modo, é possível dizer que as listas de violações graves eventualmente contidas nos estatutos das cortes internacionais não apresentam um caráter exaustivo, sendo possível o enquadramento como crime de guerra, no caso concreto, de violações não anteriormente previstas como tal. O TPII teve oportunidade de se debruçar sobre tema por ocasião do julgamento do caso Dusko Tadic, oportunidade em que estabeleceu os seguintes requisitos para que uma determinada conduta seja considerada grave violação às normas de direito humanitário:

(i) a violação deve infringir uma norma de direito internacional humanitário; (ii) a norma deve apresentar natureza costumeira ou, caso integre o direito dos tratados, deve preencher as condições para ser considerada norma costumeira de direito internacional; (iii) a violação deve ser grave, o que significa dizer que deve atingir uma norma que proteja importantes valores, envolvendo graves consequências para a vítima. Desse modo, o fato de um combatente simplesmente se apropriar de alguns pães numa cidade ocupada não atingiria o grau de “grave violação do direito humanitário (...). (iv) a violação da regra deve acarretar, segundo o direito costumeiro ou convencional, a responsabilidade criminal individual da pessoa que a violou.¹¹⁶

¹¹⁵ “(i) military manuals; (ii) the national legislation of the states belonging to the major legal systems of the world; or, if these elements are lacking, (iii) the general principles of international justice common to nations of the world as set out in international instruments, acts, resolutions and the like

¹¹⁶ “The Appeals Chamber deems it fitting to specify the conditions to be fulfilled for Article 3 to become applicable. The following requirements must be met for an offence to be subject to prosecution before the International Tribunal under Article 3: (i) the violation must constitute an infringement of a rule of international humanitarian law; (ii) the rule must be customary in nature or, if it belongs to treaty law, the required conditions must be met (see below, para. 143); (iii) the violation must be "serious", that is to say, it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim. Thus, for instance, the fact of a combatant simply appropriating a loaf of bread in an occupied village would not amount to

A principal característica dos crimes de guerra é a existência de um conflito armado ou de uma ocupação militar. Assim, enquanto o genocídio e os crimes contra a humanidade podem ser praticados tanto em tempos de paz como durante períodos de conflito, os crimes de guerra exigem, por natureza e definição, a existência de um conflito armado (EHLERT, 2014, p. 113).

Como já visto acima, as Convenções de 1949 e os protocolos a ela adicionais não trazem uma definição adequada de conflito armado. Nesse sentido, o TPII, a seu turno, manifestou-se sobre o que seriam conflitos armados nos seguintes termos.

Um conflito armado existe sempre que houver o recurso ao uso da força entre Estados ou violência prolongada entre autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre esses grupos no interior de um Estado. O direito internacional humanitário se aplica a partir do início desses conflitos e se estende para além da cessação das hostilidades, até que se alcance uma solução pacífica. Até esse momento, o direito internacional humanitário continuará a ser aplicado em todo o território das partes em confronto ou, no caso de conflitos internos, em todo o território sob controle de uma das partes, independentemente da ocorrência de um conflito armado.¹¹⁷

Com relação especificamente aos crimes de guerra potencialmente praticáveis contra o patrimônio cultural, o Estatuto de Roma apresenta múltiplas disposições que vedam sua prática.

Assim, inicialmente, o art.8º.2.a.iv criminaliza a destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e sejam executadas de forma ilegal e arbitrária. No mesmo sentido, o art. 8º.2.b.ii tipifica a conduta de “dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja bens que não sejam objetivos militares”. O art. 8º.2.b.xiii prevê como crime de guerra, ainda, a conduta de “destruir ou

a "serious violation of international humanitarian law" although it may be regarded as falling foul of the basic principle laid down in Article 46, paragraph 1, of the Hague Regulations (and the corresponding rule of customary international law) whereby "private property must be respected" by any army occupying an enemy territory; (iv) the violation of the rule must entail, under customary or conventional law, the individual criminal responsibility of the person breaching the rule. It follows that it does not matter whether the "serious violation" has occurred within the context of an international or an internal armed conflict, as long as the requirements set out above are met." (Prosecutor vs Dusko Tadic, TPII, Câmara de Apelação, Decisão de 02 de outubro de 1995, parágrafo 94.

¹¹⁷ “On the basis of the foregoing, we find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.” Prosecutor vs Dusko Tadic. (TPII), Câmara de Apelação, Decisão de 02 de outubro de 1995, parágrafo 70.)

apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões sejam imperativamente determinadas pelas necessidades da guerra”, disposição praticamente idêntica àquela contida no art. 8º.2.b.xii, que veda a conduta de “destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam”, nos casos de conflitos armados de caráter não internacional.

De todas as disposições contidas no art. 8º, todavia, a de maior relevância para a proteção do patrimônio cultural é a contida no art. 8º.2.b.ix que criminaliza a conduta de “dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares”. Com relação aos conflitos de caráter não internacional, dispositivo semelhante aparece no art. 8.2.e.iv.

Observa-se, claramente, que as disposições do Estatuto de Roma não utilizam a expressão “patrimônio cultural”, valendo-se das definições consagradas nas Convenções de 1907 e 1949, sem importar os conceitos de patrimônio cultural inseridos na Convenção de 1954 e no Segundo Protocolo Adicional de 1999 (EHERT, 2014, p. 122).

O TPII, todavia, reconheceu que, embora o art. 3º(d) do seu estatuto siga as disposições das Convenções e Regulamentos de 1907 (especialmente dos seus artigos 27 e 56), as disposições da Convenção de Haia de 1954 contêm normas jurídicas protetivas do patrimônio cultural mais robustas, devendo ser aplicadas nos casos de sua destruição, parcial ou total:

Um outro crime do qual Miodrag Jokic foi considerado culpado foi o crime de destruição ou dano intencional a instituições dedicadas à religião, à caridade, à educação, às artes e à ciência, a monumentos históricos e obras de arte e trabalhos científicos. Esse crime representa a violação de valores especialmente protegidos pela comunidade internacional. A codificação proibindo a destruição de instituições dessa natureza data do início do século passado, com os regulamentos anexos à convenção Relativa às Leis e Costumes da Guerra (o direito de Haia), e a Convenção de Haia relativa ao Bombardeio por forças Navais em tempos de Guerra, de 18 de outubro de 1907. A Convenção de Haia de 1954 confere uma proteção mais rigorosa ao patrimônio cultural, como definido no art. 1º da Convenção. Essa proteção compreende os deveres salvaguarda e respeito ao patrimônio cultural à luz de sua “proteção geral”.¹¹⁸

¹¹⁸ “Another crime to which Miodrag Joki pleaded guilty is the crime of destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity, education, and the arts and sciences, and to historic monuments and works of art and science. This crime represents a violation of values especially protected by the international community Codification prohibiting the destruction of institutions of this type dates back to the beginning of the last century, with the Regulations annexed to the Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land (the “Hague Regulations”) and the Hague Convention Concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War of 18 October 1907. The 1954 Hague Convention⁶⁶ provides a more stringent protection for “cultural property”, as defined in Article 1 of the Convention. The protection comprises duties of safeguard and respect of cultural property under “general protection.” *Prosecutor vs. Jokic*, TPII, Câmara de Primeira Instância, julgamento de 18 de março de 2004. Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/miodrag_jokic/tjug/en/jok-sj040318e.pdf> acesso realizado em 10/03/2015, parágrafos 46 a 48.

Observa-se, assim, que as disposições do estatuto penal relativo à destruição do patrimônio cultural devem ser interpretadas à luz dos dispositivos protetivos previstos na Convenção de 1954 e em seus Protocolos adicionais, permitindo-se uma interpretação sistemática dos dispositivos de direito internacional relativos ao tema.

4.2.2 Crimes contra a humanidade

Assim como os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade apareceram inicialmente nos julgamentos de Nuremberg de 1946. Assim, dos 24 acusados perante o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 17 foram condenados por crimes contra a humanidade.

No Estatuto do TMI, os crimes contra a humanidade estão relacionados com o início dos ataques, razão pela qual o seu artigo 6º(c) se limitou aos eventos que ocorreram após 1939 e sua definição foi adotada, de modo muito assemelhado, pelos tribunais penais *ad hoc*. Nesse sentido, o estatuto do TPII exige, para a configuração de crimes contra a humanidade, a preexistência de um conflito armado. A Câmara de Apelação do TPII já estabeleceu que essa exigência, ainda que presente no estatuto do TMI, era particular ao contexto histórico dos julgamentos de Nuremberg, não podendo tal requisito subsistir atualmente, tendo em vista o desenvolvimento do direito internacional costumeiro no sentido da possibilidade de ocorrência de crimes contra a humanidade mesmo em tempos de paz.¹¹⁹

As disposições do Estatuto de Roma, porém, apresentam definições bastante detalhadas e cobrem um número de crimes bem superior ao de qualquer outros diploma internacional anterior (EHLERT, 2014, p. 143).

Assim, nos termos do art. 7º, 1. do Estatuto de Roma, entende-se por "crime contra a humanidade, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque". O texto prossegue citando condutas como o homicídio (a), extermínio (b), escravidão (c), deportação ou transferência forçada de uma população (d) e apresenta (alínea k), uma cláusula aberta relativa a "outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

¹¹⁹ Procureur vs Dusko Tadic . TPII Câmara de Apelação, decisão de 02/10/1995, parágrafos 140/141.

A definição de crimes contra a humanidade, assim, deixa claro que, para sua configuração, os atos devem ser praticados no contexto de um ataque generalizado ou sistemático. A noção de ataque à população civil aparece definida no art. 7º.2.a como “qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política”. Como observa Caroline Ehlert (2014, p.145), “o requisito do cometimento da prática múltipla de atos estará preenchido se o mesmo ato é cometido múltiplas vezes ou se vários atos distintos são cometidos.”

Por outro lado, relevante notar que os conceitos de “ataque” e “conflito armado” são distintos e independentes (EHLERT, 2014, p. 146). Efetivamente, como já visto, os elementos definidores de crimes contra a humanidade constantes do art. 7º do Estatuto de Roma não preveem a necessidade de ocorrência de um conflito armado, seja ele de caráter internacional ou não internacional como pré-requisito para a ocorrência de crimes contra a humanidade. Nesse sentido, já se posicionou o TPII no caso *Kunarac*:

Os conceitos de “ataque” e “conflito armado” não são idênticos. Como a Câmara de Apelação já frisou anteriormente, ao comparar o conteúdo do direito costumeiro internacional e o estatuto do Tribunal, “ambos - ‘o ataque à população civil’ e o ‘conflito armado’ devem ser noções separadas, muito embora, nos termos do art. 5º do estatuto, o ataque a uma população civil possa ser parte de um conflito armado. À luz do direito consuetudinário internacional, o ataque pode preceder, ocorrer durante ou mesmo perdurar após um conflito armado, mas não é necessário que seja uma parte dele. Por outro lado, o ataque, no contexto de um crime contra a humanidade, não está limitado ao uso da força armada, englobando qualquer força de agressão à população civil.”¹²⁰

Com efeito, não há muita jurisprudência internacional relativa ao enquadramento da destruição de bens culturais como crime contra a humanidade. Nos casos existentes¹²¹, porém,

¹²⁰ “The concepts of “attack” and “armed conflict” are not identical. As the Appeals Chamber has already noted when comparing the content of customary international law to the Tribunal’s Statute, “the two – the ‘attack on the civilian population’ and the ‘armed conflict’ – must be separate notions, although of course under Article 5 of the Statute the attack on ‘any civilian population’ may be part of an ‘armed conflict’”. Under customary international law, the attack could precede, outlast, or continue during the armed conflict, but it need not be a part of it.100 Also, the attack in the context of a crime against humanity is not limited to the use of armed force; it encompasses any mistreatment of the civilian population, The Appeals Chamber recognises, however, that the Tribunal will only have jurisdiction over the acts of an accused pursuant to Article 5 of the Statute where the latter are committed “in armed conflict”.”. Prosecutor vs. Kunarac e outros. TPII. Appeals Chamber. Julgamento de 12/06/2002. Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>. Acesso realizado em 15/03/2015.

¹²¹ São exemplos dessa ordem os casos *Prosecutor vs Blaskic* (TPII, *Trial Chamber*), julgamento de 03 de março de 2000; *Prosecutor vs Kordic e Cerkez* (TPII, *Trial Chamber*), julgamento de 26 de fevereiro de 2001; *Prosecutor vs Plavsic* (TPII, *Trial Chamber*), julgamento de 27/02/2003; *Prosecutor vs. Martić* (TPII, *Trial Chamber*), julgamento de 12 de junho de 2007.

sobretudo naqueles oriundos do TPII, o elemento relativo à perseguição de um determinado grupo humano específico tem sido relevante.

Dentro desse quadro jurisprudencial, os atos de destruição do patrimônio cultural que em tese configurariam crimes contra a humanidade têm sido tipificados à luz das disposições dos estatutos dos tribunais *ad hoc* que vedam atos de perseguição com base em motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero¹²².

O crime de perseguição é tipificado no art. 7º, 1, h, do Estatuto de Roma, que criminaliza a “perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero(..), ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional”, relacionados com qualquer dos atos tipificados como crimes contra a humanidade ou com qualquer crime da competência do TPI.

Complementando as disposições do art. 7º, 1, h, o art. 7º, 2, g do Estatuto de Roma definem o crime de perseguição como “a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa.”

Com relação especificamente ao elemento relativo à privação de direitos fundamentais, o TPII, por ocasião do julgamento do caso *Kordic e Cerkez*, estabeleceu expressamente que a destruição do patrimônio cultural (na espécie, de caráter religioso) constitui a negação de um direito fundamental, estabelecido pelo direito internacional costumeiro e pelo direito convencional:

Este tipo de ato, quando perpetrado com o elemento da intenção discriminatória, corresponde a um ataque à própria identidade religiosa de um povo. Desse modo, manifesta uma expressão clara da ideia de “crimes contra a humanidade”, posto que toda a humanidade é atingida com a destruição de uma só cultura religiosa e de seus bens culturais correlatos.¹²³

Em última análise, assim, os crimes contra a humanidade que têm por objetivo a destruição de bens de caráter cultural visam à anulação da própria identidade de uma determinada comunidade e acarretam, por consequência, danos irreparáveis à humanidade como um todo.

¹²² É o caso, por exemplo, do art. 5º, “h”, do Estatuto do TPIR.

¹²³ “This act, when perpetrated with the requisite discriminatory intent, amounts to an attack on the very religious identity of a people. As such, it manifests a nearly pure expression of the notion of “crimes against humanity”, for all of humanity is indeed injured by the destruction of a unique religious culture and its concomitant cultural objects.” (*Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*. TPII, julgamento de 31/07/2003, parágrafo 207).

CONCLUSÃO

Após o percurso acima realizado, é possível apontarmos alguns pontos de chegada, que parecem confirmar as primeiras impressões que levaram à elaboração do presente trabalho.

A primeira delas e mais óbvia está na base de qualquer trabalho que tangencie o meio-ambiente cultural e consiste na constatação de que a produção cultural é um dos elementos distintivos da condição humana e está presente, como visto na primeira seção, há milênios na vida humana. Desse modo, a variedade de obras de arte, de caráter secular ou religioso, material ou imaterial, de elevado valor ou economicamente inexpressivas, é um indicativo do quanto variada e plural é a própria espécie humana. Nesse contexto, o fortalecimento da personalidade jurídica internacional da pessoa humana, individualmente considerada, é de extrema relevância.

Em segundo lugar, é certo que eventuais discursos baseados em supostas impossibilidades de convivência pacífica de determinados grupos étnicos devem ser analisados com muita cautela. Como visto, há grande probabilidade de que simples diferenças culturais sejam manipuladas pelas elites vigentes, com vistas à manutenção de estruturas de poder desagregadoras e exclusivas, sem que haja, efetivamente, qualquer substrato étnico ou cultural que embase soluções sectárias ou higienistas.

Por outro lado, é de se notar ainda que a evolução dos instrumentos normativos protetivos do patrimônio cultural foi lenta e recalcitrante. A integração de disposições convencionais imprecisas através de interpretações que privilegiem a defesa do patrimônio cultural desponta, assim, como elemento de extrema relevância para assegurar efetividade das disposições do direito internacional ambiental, do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário protetivas de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca à integridade do patrimônio cultural de toda a humanidade. Têm grande relevância, nesse cenário, as decisões da Corte Internacional de Justiça e dos tribunais penais *ad hoc*, destacando, por seu caráter progressista, aquelas emanadas do Tribunal Penal Internacional da antiga Iugoslávia (TPII).

As novas formas de conflitos armados, de caráter intra-estatal, assimétricos e em que são partes atores não estatais, despontam como um desafio às disposições normativas vigentes e à jurisprudência até então estabelecida pelos tribunais internacionais. O recurso às normas protetivas de caráter costumeiro, tem se mostrado como elemento relevante para a proscrição de determinadas práticas que atentem contra o patrimônio cultural.

Por fim, a tutela penal dos bens culturais aparece como elemento dissuasório de condutas nocivas à toda a humanidade, merecendo relevo a possibilidade de tipificação de atos dessa natureza como crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. A função exercida pelos tribunais penais *ad hoc* e pelo Tribunal Penal Internacional, nessa seara, consiste fundamentalmente em transmitir a mensagem da sociedade internacional quanto à necessidade de responsabilização daqueles que cometam crimes internacionais, que violam os mais caros princípios da comunidade internacional como um todo. Como exposto ao longo da Seção 4, os atos que visem à destruição do patrimônio cultural se enquadram nessa categoria e são relevantes para a jurisdição penal internacional.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Benedict. **Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism**. London: Verso, 1991.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. Tradução: Roberto Raposo.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém - um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Tradução: José Rubens Siqueira.

BARBOZA, Julio. **International Criminal Law**. In, Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye. Tome 278, 1999. (p.9-200).

BASSIOUNI, Cherif. **Characteristics of International Criminal Law Conventions**. In International Criminal Law, Vol.1. New York: 1989.

BYERS, Michael. **A lei da Guerra - Direito Internacional e conflito armado**. Rio de Janeiro: Record, 2007. Tradução: Clóvis Marques.

BYMAN, Daniel. **Keeping the Peace: Lasting Solutions to Ethnic Conflict**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International Law for humankind: towards a new jus gentium – General Course on Public International Law**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**, 2ND Edition. Oxford: Oxford University Press, 2008.

CHAMBERLAIN, Kevin. **War and Cultural Heritage - An Analysis of the 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Two Protocols**. Leicester/UK: Crickadam Institut of Art and Law, 2004;

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers Group, 1986.

COUR INTERNATIONAL DE JUSTICE, **Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)**, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43.

DOMINGUES-MATÉS, Rosario. **The international protection of cultural heritage during non-traditional armed conflicts, including acts of terrorism**, in “Le patrimoine culturel de l’humanité”(James.A.R. Nafziger and Tullio Scovazzi). Académie de Droit International de la Haye. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 851-882.

EHLERT, Caroline. **Prosecuting the destruction of cultural property in international criminal law (with a case study on the Khmer Rouge’s destruction of Cambodia’s heritage)**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

ESMAN, Milton. **An Introduction to Ethnic Conflict**. Malden/MA: Polity Press, 2004.

FISCHER, Horst. **The Protection of cultural property in Armed. After the Hague Meeting of Experts**, 6, Humanitäres Völkerrecht, 1993 (188-190).

GARDAM, Judith G. **Femmes, droits de l’homme et droit international humanitaire**. Revue Internationale de la Croix-Rouge, n° 831. Disponível em: <
<http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzgbp.htm>> Acesso realizado em 07/09/2014.

GREEN, Leslie C. **The contemporary law of armed conflict**. 3ª Edição. Manchester: Manchester Press, 2008.

GROTIUS, Hugo. **The Rights of War and Peace. Books, I, II, III**. Indianapolis/Indiana: Liberty Fund, 2005.

GRÜNFELD, Fred; HUIJBOOM, Anke. **The failure to prevent genocide in Rwanda: the role of bystanders**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. **The Invention of Tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

HOROWITZ, Donald. **Ethnic Groups in conflict**. Berkeley: University of California Press, 1985

JESSE, Neal G. **Ethnicity and Identity Conflict**. in Routledge Handbook of Civil Wars, (p. 93-103): Londres/Nova Iorque: Routledge Taylor & Francis Group, 2014.

LILLY, Robert J. **La face cachée des GI’s. Les viols commis par des soldats américains en France, en Angleterre et en Allemagne pendant la Seconde Guerre Mondiale**. Paris: Payot, 2003.

MACHADO, Isabel Penido de Campos. **Sistema de Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In: Manual de Direito Processual Internacional (p. 401-431). São Paulo: Saraiva, 2012

MOMTAZ, Djamchid. **Les défis de conflits armés asymétriques et identitaires au droit international humanitaire**. In Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents (p. 4-137). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2010.

MOMTAZ, Djamchid. **Le Droit International Humanitaire Applicable aux Conflits Armés Non Internationaux**. Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Tome 292. Leiden/Boston : Martinus Nijhoff, 2001 (p. 9-145) ;

NAHLIK, Stanislaw E. **La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé**. Recueil de cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Tome 120. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 1967. (p 61-163)

NEWMAN, Edward; JR, Karl DeRouen. **Understanding Civil Wars. Continuity and Change in intra-state conflict**. Routledge Handbook of Civil Wars. Londres/Nova Iorque: Routledge Taylor & Francis Group, 2014.

NOROUZI-VERGNOL, Maryam. **La criminalisation des violences sexuelles au cours des conflits armés**. In Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2010. (p. 785-819).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 96.1, de 11/12/96** < <http://daccess-dds.ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/47/IMG/NR003347.pdf?OpenElement>>

_____. **Convenção contra a Tortura e Outros Tramentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Dezembro/1984. Disponível em < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_contra_tortura.htm> . Acesso realizado em 20/08/2013.

_____. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951. Disponível em < <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/>>. Acesso realizado em 19/08/2013.

_____. **Relatório A/65/150 do Secretário-Geral das Nações Unidas**. Setembro/2010. Disponível em http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a%2F65%2F370&Lang=E . Acesso realizado em 13/08/2013.

ORGANIZAÇÃO DO ESTADOS AMERICANOS, OEA. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso 11.137. Juan Carlos Abella vs Argentina**. Decisão de 18/11/1997. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97eng/Argentina11137.htm>. Consulta realizada em 25/02/2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Novembro/1969. Disponível em <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113927&ordenacao=1&id_site=4922> . Acesso realizado em 20/08/2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

PELEG, Ilan. **Transforming Ethnic Orders to Pluralist Regimes : Theoretical, Comparative, and Historical Analysis**. In, Democracy and Ethnic Conflict : Advancing Peace in Deeply Divided Societies. Nova Iorque : Palgrave Press, 2004 (p. 7-25).

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2013.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 6ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2013.

PHILIPS , Edward. Protecting Cultural Heritage : **War crimes and crimes against humanity during conflicts and revolutions in North Africa and the Middle East**. In, The Arab Spring : new patterns for democracy and international law. Leiden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2013 (p.225-236).

RICHARDS, Paul. **Anthropological and Ethnographic Approaches**. Routledge Handbook of Civil Wars. Londres/Nova Iorque: Routledge Taylor & Francis Group, 2014. (p. 41-71).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCOVAZZI, Tullio. **La notion de patrimoine culturel de l'humanité dans les instruments internationaux, in "Le patrimoine culturel de l'humanité"**(James.A.R. Nafziger and Tullio Scovazzi). Académie de Droit International de la Haye. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008 (p. 03-144).

SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6th Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SPERDUTI, Giuseppe. **L'individu et le droit international**. In, Recueil des Cours de L'Académie de Droit International. Tome 90, 1956. (p.727-850).

THÜER, Daniel. **International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context**. Académie de Droit International de la Haye. Leiden/Boston: All-Pocket, 2011.

TSBELIS, George. **Veto Players: How Political Institutions Work**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

UNIÃO AFRICANA. **Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África.** Setembro/1969. Disponível em < http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/e-oua.html>. Acesso realizado em 19/08/2013.

WILHELM, R.J. **Problèmes relatifs à la protection de la personne humaine par le droit international dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international.** In, Recueil des Cours de L'Académie de Droit International. Tome 137, 1972. (p.311-417).