

UNIVERSIDADE DA REGIÃO DE JOINVILLE – UNIVILLE
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO – PRPPG
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PATRIMÔNIO CULTURAL E SOCIEDADE
MESTRADO EM PATRIMÔNIO CULTURAL E SOCIEDADE – MPCS

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO E DOS SEUS AGENTES
PELA DESTRUIÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL EM CONFLITOS ARMADOS

ADRIANO SELHORST BARBOSA
ORIENTADORA: PROFESSORA DRA. LUANA DE CARVALHO SILVA GUSSO
COORIENTADORA: PROFESSORA DRA. PATRÍCIA DE OLIVEIRA AREAS

Joinville – SC
2020

ADRIANO SELHORST BARBOSA

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO E DOS SEUS AGENTES
PELA DESTRUIÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL EM CONFLITOS ARMADOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Patrimônio Cultural e Sociedade, Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade, da Universidade da Região de Joinville (Univille), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade, sob orientação da professora Dr.^a Luana de Carvalho Silva Gusso e coorientação da professora Dr.^a Patrícia de Oliveira Areas.

Joinville – SC

2020

Catálogo na publicação pela Biblioteca Universitária da Univille

B238r Barbosa, Adriano Selhorst
A responsabilidade internacional do Estado e dos seus agentes pela destruição do patrimônio cultural em conflitos armados / Adriano Selhorst Barbosa; orientadora Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso; coorientadora Dra. Patrícia de Oliveira Areas. – Joinville: UNIVILLE, 2020.

141 p.: il.

Dissertação (Mestrado em Patrimônio Cultural – Universidade da Região de Joinville)

1. Patrimônio cultural. 2. Direito humanitário. 3. Guerrilhas – Destruição e pilhagem. I. Gusso, Luana de Carvalho Silva (orient.). II. Areas, Patrícia de Oliveira (coorient.). III. Título.

CDD 363.69

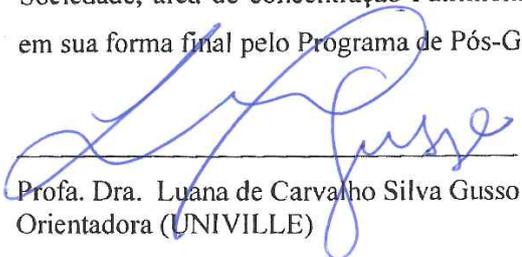
Termo de Aprovação

“A Responsabilidade Internacional do Estado e dos seus Agentes pela Destruição do Patrimônio Cultural em Conflitos Armados”

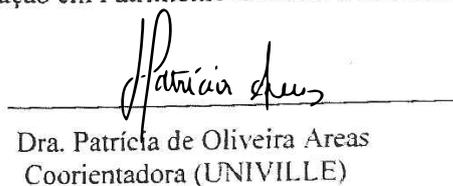
por

Adriano Selhorst Barbosa

Dissertação julgada para a obtenção do título de Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade, área de concentração Patrimônio Cultural, Identidade e Cidadania e aprovado em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Patrimônio Cultural e Sociedade.



Profª. Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso
Orientadora (UNIVILLE)

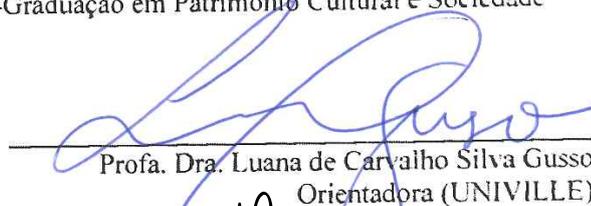


Dra. Patricia de Oliveira Areas
Coorientadora (UNIVILLE)

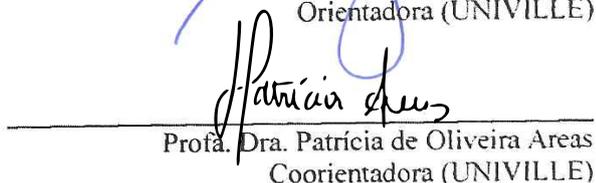


Profª. Dra. Mariluci Neis Carelli
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Patrimônio Cultural e Sociedade

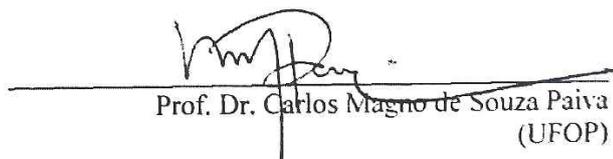
Banca Examinadora:



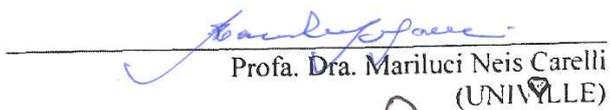
Profª. Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso
Orientadora (UNIVILLE)



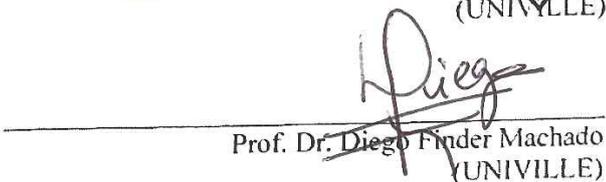
Profª. Dra. Patricia de Oliveira Areas
Coorientadora (UNIVILLE)



Prof. Dr. Carlos Magno de Souza Paiva
(UFOP)



Profª. Dra. Mariluci Neis Carelli
(UNIVILLE)



Prof. Dr. Diego FINDER Machado
(UNIVILLE)

Joinville, 30 de junho de 2020.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso pela orientação neste estudo e por despender a atenção e o apoio necessários não apenas à execução da pesquisa científica, mas aos ensinamentos da docência e da área acadêmica. Agradeço este que estendo à Dra. Patrícia de Oliveira Areas, pela coorientação desta pesquisa e pelo apoio, para além deste trabalho, na busca do desenvolvimento acadêmico.

Agradeço à Universidade da Região de Joinville e ao Programa Institucional de Formação Científica na Pós-Graduação *Stricto Sensu* por oportunizar e conceder uma bolsa voltada à pesquisa acadêmica. Ainda, agradeço a esta Universidade, que por meio do Programa de Pós-Graduação em Patrimônio Cultural e Sociedade, do corpo docente e dos demais colaboradores, me permitem a gratificante experiência acadêmica e científica no Mestrado.

Agradeço a minha família, em especial à Mariane, à Nilsa e à Fernanda, das quais tive apoio durante toda esta jornada.

Agradeço aos colegas da Turma XI do Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade, pelos momentos excepcionais divididos durante estes dois anos.

Por fim, agradeço à banca responsável pelo presente trabalho, pelas contribuições advindas da qualificação e pelas contribuições futuras para a execução e desenvolvimento desta pesquisa.

*Everywhere men burn books and culture, they
end up burning other men.*

Heinrich Heine

RESUMO

O tema desta dissertação versa sobre a responsabilidade internacional de um Estado e de seus agentes pela destruição do Patrimônio Cultural, que inicialmente é problematizado a partir de uma ótica do sistema legal de proteção do Patrimônio Cultural, oriunda do Direito Humanitário. Contudo, o trabalho se aprofunda nas características interdisciplinares, de modo a tratar a destruição intencional do Patrimônio Cultural para fins de Limpeza Cultural. Sob a perspectiva da Limpeza Cultural, é aberto um novo leque de interpretações e formas de enfrentamento da destruição do Patrimônio Cultural. Neste trabalho, a atenção se voltou para a análise da hipótese do Genocídio Cultural, que foi formulado como uma das faces do Genocídio, contudo, acabou tendo sua inclusão obstada na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Para os fins desta pesquisa, foi utilizada a metodologia da pesquisa bibliográfica em que foram mobilizadas fontes do Direito Internacional e do Direito Humanitário, dentro da acepção do Patrimônio Cultural, além da pesquisa de jurisprudência de Cortes internacionais. A pesquisa foi estruturada no formato de dissertação e dividida em três capítulos. No primeiro capítulo é observada a destruição do Patrimônio Cultural no contexto dos conflitos armados, mediante a introdução ao Direito Internacional e suas obrigações, ao Direito Humanitário e, por fim, ao sistema legal de proteção do Patrimônio Cultural proporcionado por este recorte jurídico. No segundo capítulo, é traçado o paralelo entre o Patrimônio Cultural e a identidade, a fim de retratar alguns conceitos interdisciplinares e discutir a ideia de Limpeza Cultural e as formas de enfrentamento da destruição do Patrimônio Cultural. O terceiro capítulo parte do enfrentamento do tema a partir do Genocídio Cultural, seu desenvolvimento e a hipótese de aplicação nas decisões judiciais. Por fim, a última parte do capítulo se destina a análise da jurisprudência internacional relacionada à destruição do Patrimônio Cultural, a partir do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, da Corte Internacional de Justiça, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional. Como resultado, a pesquisa concluiu que a hipótese de Genocídio Cultural como crime autônomo poderia contribuir para a proteção do Patrimônio Cultural contra sua destruição com fins de Limpeza Cultural. Da mesma forma, a jurisprudência confirmou que as Cortes Internacionais se posicionam de forma conservadora ante a ausência de posituação do Genocídio Cultural como crime autônomo. Apesar do estabelecimento de uma interpretação restritiva, a pesquisa jurisprudencial foi aprofundada para verificar as alternativas práticas no julgamento da destruição do Patrimônio Cultural. Em síntese, foi verificado nos tribunais pesquisados que, apesar de não ocorrer a utilização do termo Genocídio Cultural, é utilizado seu critério cultural, desde um elemento intrínseco aos critérios físicos e biológicos, a um indício de sua prática e confirmação para responsabilização. Dadas as limitações da jurisprudência atual, ainda foi observado que existe um ativismo que permeia as decisões desses tribunais que, apesar de minoritário, aponta para uma hipótese de interpretação mais ampla e humana do crime de Genocídio Cultural.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural. Direito Humanitário Internacional. Conflito Armado.

ABSTRACT

The subject of this dissertation deals with the international responsibility of State and its agents for the Cultural Heritage destruction, which is problematized from legal system protection perspective of cultural Heritage, based on Humanitarian Law. However, the work goes deeper into interdisciplinary resources, in order to deal with deliberate destruction of cultural heritage for cultural cleansing. From a cultural cleansing perspective, a new range of interpretations and ways of face with the cultural heritage destruction is opened. In this work, analysis attention was focused on cultural genocide hypothesis, which was formulated as one of genocide faces, however, it ended up not being included in the Convention for the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide Crimes. For the purposes of this research, bibliographic research methodology was used in which sources of international and humanitarian law were employed, within the meaning of cultural heritage, in addition to the research of jurisprudence from international courts. This research was structured in a dissertation form and splited in three chapters. In first chapter, the destruction of cultural heritage at armed conflicts context was observed, through the introduction of international law and its obligations, humanitarian law and, finally, the legal system for cultural heritage protection provided by this law section. In second chapter, the parallel between cultural heritage and identity is drawn, in order to portray some interdisciplinary concepts and discuss the idea of cultural cleansing and ways of facing with cultural heritage destruction. The third chapter starts from the confrontation of cultural genocide theme, its development and the hypothesis of judicial decisions application. Finally, the last part from chapter is intended to analyze international jurisprudence related to the destruction of cultural heritage, from International Criminal Court former Yugoslavia, the International Court of Justice, the Inter-American Court of Human Rights and the Criminal Court International. As a result, the research concluded that the hypothesis of cultural genocide as an autonomous crime could contribute for cultural heritage protection against its destruction for purposes of cultural cleansing. Likewise, the jurisprudence confirmed that International Courts are conservatively positioned faced with the absence of positivity cultural genocide as an autonomous crime. Despite the establishment of a restrictive interpretation, research jurisprudential was deepened to verify practical alternatives on judgment for destruction of cultural property. In summary, it was verified in the researched courts that although the term cultural genocide is not used, its cultural criterion is used, from an intrinsic element to physical and biological criteria, to an indication of its practice and confirmation for responsibility. With the limitations of current jurisprudence, it was still observed that there is an activism that permeates the decisions of these courts, which despite being a minority, points to a hypothesis of a broader and more human interpretation of the cultural genocide crime.

Keywords: Cultural Heritage. International Humanitarian Law. Armed Conflict.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Bandeira de identificação de propriedade civil	36
Figura 2 – Bandeira de proteção Pacto Röerich.....	38
Figura 3 – Bandeira de proteção de Patrimônio Cultural.....	41

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
DIPATRI	Direito do Patrimônio Cultural: Perspectivas e Desafios para o seu Reconhecimento como Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EUA	Estados Unidos da América
FURB	Universidade Regional de Blumenau
ICOMOS	International Council of Monuments and Sites
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
MPCS	Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
PRPPG	Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
SC	Santa Catarina
TPIJ	Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
UCAM	Universidade Cândido Mendes
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UNIVILLE	Universidade Da Região De Joinville
UNITAR	Instituto da Organização das Nações Unidas para Treinamento e Pesquisa
WHL	World Heritage List

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 OS CONFLITOS ARMADOS E O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO: QUANDO O PATRIMÔNIO CULTURAL É ATINGIDO PELA GUERRA	16
1.1 O Direito Internacional Público e o Direito Humanitário	16
1.2 O espectro da proteção internacional e o Direito Internacional Humanitário	21
1.3 O desenvolvimento do sistema legal de proteção do Patrimônio Cultural a partir do Direito Humanitário	28
2 A IMPORTÂNCIA DO PATRIMÔNIO CULTURAL E A SUA DESTRUIÇÃO INTENCIONAL COMO FORMA DE LIMPEZA CULTURAL	43
2.1 Patrimônio Cultural, Identidade e Memória	43
2.2 Comunidade Imaginada e Nação: Identidade no espectro coletivo	57
2.3 Destruição do Patrimônio Cultural e a Limpeza Cultural	61
3 A HIPÓTESE DO CRIME AUTÔNOMO DE GENOCÍDIO CULTURAL NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL	74
3.1 Formação do conceito de Genocídio Cultural no âmbito internacional	75
3.2 Hipóteses de aplicação do Genocídio Cultural	86
3.3 As alternativas de responsabilização nos tribunais internacionais ante a ausência do crime autônomo de Genocídio Cultural	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS	124
REFERÊNCIAS	130

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi realizada como parte do projeto de pesquisa Direito do Patrimônio Cultural: Perspectivas e Desafios para o seu Reconhecimento como Direitos Humanos (DIPATRI). Está vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Patrimônio Cultural e Sociedade da Universidade da Região de Joinville (Univille) e foi realizada no período compreendido entre 2018 e 2020. Como pesquisador, o autor é formado como Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville (Univille), com especialização *lato sensu* em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau (FURB) e Direito Internacional pela Universidade Candido Mendes (UCAM).

O tema da pesquisa refere-se à responsabilidade internacional de um Estado e de seus agentes pela destruição do Patrimônio Cultural. Ao considerar que existe certa polêmica e está em desenvolvimento a questão da responsabilidade no âmbito internacional, o pesquisador buscou investigar as diferentes possibilidades de responsabilização internacional do Estado e seus agentes.

Além das motivações do pesquisador em aprofundar-se em um tema que pudesse englobar a relação dos Direitos Humanos com o Patrimônio Cultural, existem outras duas justificativas expressivas para a escolha do presente tema. A primeira diz respeito à certa escassez de estudos que tratem deste tema no Brasil, uma vez que existem poucos trabalhos científicos que retratam o Patrimônio Cultural a partir da ótica do Direito Internacional em uma perspectiva interdisciplinar. Ainda mais incomum é o trato dessa questão no seio dos conflitos armados que, apesar de afetar diretamente toda a sociedade internacional, têm ocorrido em outras partes do mundo em um aparente distanciamento quando observado apenas pelas mídias. A segunda diz respeito à ampla destruição do Patrimônio Cultural em conflitos armados.

Um exemplo desse contexto foi a destruição ocorrida na Síria, na qual, conforme relatório do Instituto da Organização das Nações Unidas para Treinamento e Pesquisa (UNITAR, 2014), duzentos e noventa locais com Patrimônio Cultural foram afetados, dos quais ao menos vinte e quatro foram destruídos completamente e mais de cem restaram com danos severos. Contudo, essa referência não se trata

de uma exceção, mas de situação recorrente em conflitos, e que merece atenção da sociedade internacional. Então, justamente por essas duas questões que parecem se entrelaçar e apontar uma assimetria entre a importância internacional e o estudo local, o pesquisador tomou este tema como objeto de estudo. Nesse sentido, é importante ressaltar que a temática da destruição do Patrimônio Cultural já começa a receber maior atenção no âmbito internacional a partir da manifestação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) e dos recentes julgamentos do Tribunal Penal Internacional, ambos tratados no decorrer da presente pesquisa.

Dito isso, o problema foi delimitado pela questão “Quais são as responsabilidades do Estado e dos seus agentes frente aos danos e à destruição do Patrimônio Cultural em conflitos armados?”. Inicialmente, foram consideradas duas hipóteses iniciais. A primeira, na qual o arcabouço jurídico internacional permitia satisfatoriamente a responsabilização do Estado e dos seus agentes perante diferentes instâncias; e a segunda hipótese, de que é insuficiente a efetividade da aplicação das convenções internacionais frente à destruição do Patrimônio Cultural e respectiva responsabilização do Estado e dos seus agentes.

A partir disso, a pesquisa teórica foi executada mediante abordagem qualitativa, com o objetivo descritivo e método bibliográfico. Para tanto, foram mobilizados o Direito Internacional e o Direito Humanitário, de forma a analisar o Patrimônio Cultural para, por fim, proceder à análise de casos relevantes para o tema. A pesquisa foi estruturada no formato de dissertação, com a integração de três capítulos que se subdividem em três tópicos principais, dentro do objeto do respectivo capítulo.

No primeiro capítulo, é tratada a destruição do Patrimônio Cultural no contexto dos conflitos armados a partir da ótica do Direito Internacional e do Direito Humanitário. Inicialmente, é realizada uma introdução ao Direito Internacional e às suas características obrigacionais que, mais tarde, possibilitaram a efetivação de instrumentos internacionais, como o Direito Humanitário. Então, é realizada a definição do Direito Humanitário, bem como são apresentadas suas principais características, divisões e exceções. Do mesmo modo, são indicadas as exceções legais que, no contexto internacional, permitem a existência de conflitos armados, desde que atendam a normas específicas. A última parte do capítulo trata do sistema legal de proteção do Patrimônio Cultural, com ênfase nos conflitos armados.

Em um primeiro momento, é elencada a formação das normas jurídicas relativas ao Patrimônio Cultural em conflitos armados ao final do século XIX. A partir disso, o estudo segue o desenvolvimento jurídico da abordagem, perpassando pelas principais normativas relativas aos conflitos internacionais que abordam o Patrimônio Cultural, ou definições relacionadas à cultura.

A importância dessa introdução ao arcabouço jurídico internacional não está simplesmente na observação da construção histórica, mas em entender a extensão do sistema de proteção e como ele foi moldado para servir de base para o estudo atual do patrimônio e das próprias decisões nas cortes internacionais.

O segundo capítulo tem por objetivo principal traçar o paralelo entre o Patrimônio Cultural e a identidade, em uma tentativa de aliar a base jurídica retratada anteriormente e os conceitos interdisciplinares relacionados à destruição do Patrimônio Cultural. Desse modo, a primeira parte do capítulo apresenta a continuidade da questão jurídica e sua iminente conceituação objetiva para o Patrimônio Cultural. Contudo, esse início cede lugar a questões subjetivas e à análise das relações com a identidade e memória. Após estas associações, é possível, na segunda parte deste capítulo, trabalhar as questões vinculadas à comunidade imaginada e ao coletivo. Por fim, a discussão deste capítulo segue para tratar da destruição do Patrimônio Cultural e a Limpeza Cultural. A definição de destruição do Patrimônio Cultural parte tanto do estabelecido pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), como pela doutrina, que possibilitou, inclusive, uma nova perspectiva na construção do trabalho. Inicialmente, a proposta dizia respeito à Limpeza Cultural, terminologia que foi recentemente trabalhada pela Unesco. Contudo, no decorrer da pesquisa, foram verificadas outras formas de explorar o tema que se mostraram inclusive mais abrangentes. Dessa forma, foi delimitada a abordagem pelas formas de enfrentamento, em que, além da questão legal apontada no primeiro capítulo, são levantadas outras óticas da responsabilização. Esse novo rumo foi extremamente relevante para o objetivo da pesquisa, uma vez que foi verificada a pertinência do Genocídio Cultural dentro do presente estudo.

Em razão das descobertas alcançadas na execução do segundo capítulo, o terceiro capítulo continua com a ideia de responsabilidade do Estado e dos seus agentes, todavia, sob a ótica do enfrentamento mediante a ótica do Genocídio Cultural. Na primeira parte do terceiro capítulo, é feito um retorno à criação do termo

Genocídio, que permite interpretar como foi pensada sua dimensão cultural. Na segunda parte do capítulo, é iniciado o entrelaçamento entre as questões teóricas apresentadas e as hipóteses de aplicação da ideia de Genocídio Cultural em decisões judiciais. Por fim, a última parte do capítulo se dedica, então, à abordagem prática da responsabilização pela destruição do Patrimônio Cultural do âmbito internacional. Então, a pesquisa se consolida sobre a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPIJ), da Corte Internacional de Justiça, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional. O primeiro foi o precursor de grande parte da jurisprudência relacionada ao tema, seguido pela Corte Internacional de Justiça que, além de compartilhar de suas decisões, tem por enfoque a responsabilização dos Estados. Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui uma jurisprudência com um enfoque maior nos Direitos Humanos, e sua localização fora da continente europeu permite uma perspectiva diferente do tema. Por último, foi examinado o Tribunal Penal Internacional, responsável pelo julgamento de indivíduos que cometeram crimes de maior gravidade e alcance internacional na atualidade. Contudo, é importante ressaltar que a escolha dos tribunais não se deu apenas por sua importância, mas pela abrangência jurisdicional, competência e relevância para a temática abordada na presente pesquisa.

1 OS CONFLITOS ARMADOS E O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO: QUANDO O PATRIMÔNIO CULTURAL É ATINGIDO PELA GUERRA

A temática do Patrimônio Cultural, assim como a responsabilidade internacional por sua destruição, são assuntos que merecem atenção e aprofundamento, principalmente com relação a sua judicialização no âmbito das cortes internacionais. Não por menos, se faz necessária uma compreensão da dinâmica que possibilitou esse imbricamento do Direito Internacional, do Direito Humanitário e do Patrimônio Cultural. Para isso, será introduzida a formação do Direito Internacional, com vistas a explicar o desenvolvimento do atual sistema internacional de proteção do Patrimônio Cultural. Com isso, pretende-se demonstrar suas interações com o Direito Internacional e a responsabilidade internacional no caso da destruição do Patrimônio Cultural.

Convém uma breve ressalva: este trabalho não pretende esgotar os temas do Direito Internacional, mas estabelecer o contexto necessário para assentar o presente estudo e embasar a posterior análise da questão do Genocídio Cultural e de como parte desta delicada questão implica a formas de destruição ou de impedimento de acesso ao Patrimônio Cultural.

1.1 O Direito Internacional Público e o Direito Humanitário

Inicialmente, importa observar que a formação da sociedade é permeada por regras, consuetudinárias ou não, as quais dialogam com o Direito. Se, em determinado momento, o indivíduo necessitou realizar a saída de seu estado natural, o mesmo movimento pode ser observado em grupos e sociedades. As antigas nações partiram de particularidades e diferenças, muitas vezes conflituosas, para o que atualmente é conhecido como sociedade internacional. Ao partir deste antagonismo que, posteriormente, se revela em harmonia (KANT, 2006, p. 83), parece cabível a ideia de que, enquanto a comunidade se organiza pela conveniência, a sociedade internacional se organiza pela necessidade.

Essa diversificada conjuntura de interesses tornou necessária uma mediação interestatal, a qual se faz por meio do Direito Internacional, não apenas no intuito de

harmonizar, mas, em um primeiro momento, de possibilitar que existam relações menos conflituosas.¹

Apesar da acessibilidade desse conceito do Direito Internacional, esta escolha se baseia nos principais elementos que podem ser historicamente observados. Não há como imaginar o atual Direito Internacional Público em momento anterior a modernidade. Todavia, podemos ver como as normas evoluíram neste sentido.

Muito se discute sobre a origem do Direito Internacional Público, em grande monta por se buscar o modelo idealizado na atualidade. Motivo pelo qual é comum na doutrina a não aceitação de origens muito anteriores ao período moderno. Autores como Korf, por exemplo, consideram equivocada a ideia do surgimento do Direito Internacional Público na modernidade, uma vez que na antiguidade já havia a aplicação de certos institutos, como a imunidade a diplomatas (MELLO, 2000, p. 163). No mesmo sentido, Mello considera a existência de princípios primitivos já inseridos na sociedade — como o *ubi societas, ibi jus*² — sendo o Direito e a sociedade correlatos (MELLO, 2000, p. 163). Contudo, possui maior aceitação a ideia de que o Direito Internacional Público só avançou com os tratados de Westfália ou com a obra de Hugo Grotius (ACCIOLY; SILVA, 2012, p. 5).

Observada essa separação entre origem e codificação, é possível considerar algumas ocorrências históricas que contribuíram para a constituição do atual Direito Internacional Público. Para tanto, citaremos algumas questões que têm um caráter formativo no desenvolvimento do Direito Internacional Público.

Apesar de algumas referências anteriores relacionadas ao *jus gentium* (ACCIOLY, 2012; MELLO, 2000), a situação é melhor delineada a partir da Idade Média. Na Idade Média, essas relações começam a afigurar-se ao Direito e a receber algumas influências da religião, como atenuar, em parte, o uso da força. Tomás de Aquino, por exemplo, trabalhou o conceito de Guerra Justa, em que uma das condições seria a justa causa.³

¹ Neste trabalho, não haverá uma preocupação maior na explícita diferenciação dos termos Direito Internacional Público e Direito Internacional, comumente utilizados como sinônimos, uma vez que o presente trabalho parte de uma ótica estritamente pública do Direito Internacional.

² “Onde existe sociedade, existe o Direito” (SILVA, 2008).

³ Doutrina que contempla o ato de combater para proteger, ao possibilitar a guerra, desde que por motivos considerados justos. (SHAW, 2010, p. 835-838).

Noutro momento, o comércio marítimo se intensificou e, com ele, vieram regras como a *Lex Rhodias*⁴, com normas sobre navios em perigo; e a tabula amalfitana, que compilava leis marítimas reconhecidas no mediterrâneo (ACCIOLY; SILVA, 2012, p. 7-8).

No período moderno, ocorreu a Paz de Westfália (1648), uma série de tratados que encerraram a Guerra dos Trinta Anos (MELLO, 2000, p. 171). Como coloca Mazzuoli (2015, p. 54), esses tratados são um divisor de águas, uma vez que foram concebidas regras fundamentais, como a igualdade entre Estados. Bull (1977 apud MELLO, 2000, p. 172) entende que os tratados de Westfália deram uma nova perspectiva a questão da sociedade internacional, na qual a soberania passou a aceitar limitações formais em prol dos interesses coletivos. Ao abrir espaço na hierarquia vista em outros períodos históricos, o início de uma igualdade (mesmo que relativa) no âmbito internacional possibilita uma sociedade internacional e, portanto, um verdadeiro Direito Internacional Público, o *ubi societas, ubi jus*.

Com a concretização de um Direito Internacional, podemos citar a figura do Estado moderno, uma vez que a evolução da doutrina da soberania e fortalecimento das ideias de território delineou a ideia de Estado (MAZZUOLI, 2015, p. 55).

Após esse momento, o Direito em geral sofreu grandes mudanças, advindas principalmente com a Revolução Francesa e, assim, os próprios tratados de Westfália ficaram para trás. Então, o Direito Internacional Público tomou fôlego com o Congresso de Viena (1815), o qual volta ao foco, abordando internacionalização de rios, o impedimento do tráfico de escravos e regras diplomáticas (MAZZUOLI, 2015, p. 55).

Com esses dois grandes momentos, o Direito Internacional Público passou a ganhar corpo entre os Estados, que agora possuíam uma convicção da necessidade de respeitar regras internacionais (MAZZUOLI, 2015, p. 59). A partir disso, o Direito Internacional Público começa a prosperar e diversos autores da época se destacam, como pode ser percebido na obra “Os fundadores do Direito Internacional”, coordenada por Antoine Pilet em 1904. Essa obra destaca o papel de importância que tais autores tiveram na execução de tratados e na própria formação da

⁴ *Lei marítima cujo nome faz referência a Ilha de Rodas, devido à grande importância geográfica do território na época (ACCIOLY; SILVA, 2012).*

doutrina.⁵ Francisco de Vitória, por exemplo, além de definir diversos direitos naturais do Estado e do povo, reformulou a ideia de Guerra Justa, que deixou de ser uma questão abstrata para se tornar uma questão jurídica (ÁVILA, 2012, p. 375). Outros autores, como Francisco Suárez e Alberico Gentili, também apoiavam a nova delimitação do que viria a ser a Guerra Justa (MELLO, 2000, p. 28).

Importante, também, a contribuição de Grotius que, além do afastamento de questões religiosas, aprofundou o estudo do Direito Natural (SOARES, 2002, p. 28). Interessante nesse ponto é que sua ética jurídica era pautada na existência de uma dignidade natural do homem, entendimento que, posteriormente, é muito observado nos próprios Direitos Humanos. (SAHD, 2009, p. 189).

Apesar de vários outros autores e formulações a citar, esta abordagem inicial supre a contextualização básica da formação do que entendemos por Direito Internacional Público na história. As discussões daquela época até hoje permeiam o cenário internacional e, dessa forma, torna-se mais interessante abordá-las diretamente no recorte específico aplicado a este trabalho.

Essa função de tutela do interesse dos Estados no âmbito internacional, em síntese, é a representação do funcionamento do Direito Internacional Público. Embora existam diversas definições, optou-se aqui pela de Mazzuoli (2015, p. 81) que, de forma acessível, conceitua o Direito Internacional Público como o conjunto de normas e princípios que disciplinam a conduta dentro da sociedade internacional.

Essas normas encontram grande obstáculo na soberania dos Estados, motivo que torna questionável a efetiva obrigatoriedade no meio internacional. O fundamento da obrigatoriedade é discutido, uma vez que gera debate o funcionamento da obrigação de cumprir um conjunto de normas que diretamente atentam contra a soberania estatal. Entre as visões clássicas, é possível destacar as correntes voluntarista e a objetivista (MAZZUOLI, 2015, p. 101). A voluntarista crê na obrigatoriedade oriunda da vontade dos Estados, enquanto a objetivista se refere a valores objetivos acima da vontade. Como coloca Trindade, a máxima *opinio juris communis necessitatis* — o direito emana da consciência coletiva do que é considerado necessário —, localiza a primazia da consciência objetiva sobre a

⁵*Lés fondateurs du droit international*, coordenada por Antoine Pilet em 1904, (ÁVILA, 2012; MELLO, 2000, p.175-176).

vontade (TRINDADE, 2015, p. 88). Parece cabível, portanto, entender o Direito como uma necessidade advinda de fatores sociais, apesar do forte embate com a soberania (MAZZUOLI, 2015, p. 54).

Por outro lado, a doutrina considera também a *Pacta Sunt Servanda*, o princípio do Direito que entende que o pactuado pelas partes — aqui os Estados — formam lei entre elas⁶. A ideia contratual parece harmônica e é a mais aceita, uma vez que, ao pactuar, o Estado exerce a sua soberania e, ao mesmo tempo, se obriga a cumprir os pontos aos quais se submeteu.

Assim, a título de esclarecimento, é importante descrever e explicar os diferentes tipos de atos internacionais existentes e sua coercibilidade frente aos Estados Nacionais. Como regra geral, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados⁷ descreve um tratado como um acordo internacional entre Estados ou organizações internacionais, sendo regido pelo Direito Internacional.

Frisa-se que, ainda que reconhecida a existência de normas superiores de caráter por si só imperativo, o presente trabalho irá partir da obrigatoriedade dos acordos firmados, sendo inclusive a vinculação observada no artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Tal medida é necessária em virtude do amplo arcabouço de normas internacionais abordadas, de modo que outra abordagem poderia prejudicar esta análise⁸.

⁶ Expressão que faz alusão a necessidade de respeito ao pactuado pelas partes (SHAW, 2010, p. 09).

⁷A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foi realizada, sobretudo, para tentar normatizar a diversidade de atos internacionais, sendo realizada em 23 de maio de 1969, e preencheu os requisitos para sua vigência em 1980. Foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 7.030 (BRASIL, 2009). Deve ser observado que, em 1986, ocorreu um desdobramento da Convenção de 1969, vindo a ser realizada a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, a qual tem como escopo abranger as organizações internacionais. Contudo, esta ainda não se encontra em vigor e ainda não foi ratificada pelo Brasil (ONU, 1986).

⁸ Além dos tratados, existem diversos documentos que caracterizam atos internacionais. Contudo, em geral, eles partem da boa-fé das partes, fato que geralmente implica na ausência de penalização por seu descumprimento. Dito isto, alguns tratados tem um sistema de efetivação de suas regras, o que aumenta sua coercibilidade. Além destes, os demais documentos, sejam resoluções, manuais, instruções, declarações, entre outros, têm seu poder atrelado a um sentido político ou diplomático. Ou seja, não decorre diretamente de uma penalidade por descumprimento, mas o Estado perde credibilidade na sociedade internacional. Na medida em que esses atos internacionais não geram obrigações, mas seu descumprimento gera um prejuízo, seja econômico ou político, pode-se dizer que ele acaba em um estado intermediário entre a coercibilidade e a ausência de coercibilidade. Essa categoria pode ser associada ao *soft law*, que seria um direito mais flexível, que gera algo

1.2 O espectro da proteção internacional e o Direito internacional humanitário

Após a definição do Direito Internacional Público, já é possível dialogar sobre a proposta da proteção internacional. Para falar sobre a responsabilidade, necessariamente devemos falar de algo a ser protegido e, neste caso, partimos da proteção à humanidade.

A proteção internacional da pessoa humana está dividida em três vertentes principais: os Direitos Humanos, o Direito dos Refugiados e o Direito Humanitário. Estes ramos não podem ser compartimentalizados em figuras diversas, pois existe uma profunda convergência na sua aplicação de forma concomitante e complementar (TRINDADE, 1996, p. 08). Dessa forma, apesar de algumas diferenças práticas, as especificidades devem ser consideradas sem serem restritivas em relação às contribuições oriundas de outros ramos.

Neste trabalho, em função do recorte dos conflitos armados, o estudo prioriza a visão do Direito Internacional Humanitário. Contudo, ressalta-se que não é possível que não observemos a aplicação de normas que doutrinariamente são concebidas em outras esferas mais específicas.

O Direito Humanitário trata-se de uma vertente da proteção internacional da pessoa humana tendo como principal enfoque a proteção no âmbito dos conflitos armados. Inicialmente, deve ser observado que o Direito Internacional Humanitário possui diversas designações, como Direito Internacional aplicável a conflitos armados. Todavia, essa e outras designações referem-se ao Direito Humanitário.

Quando se fala em Direito Humanitário, não há como não se falar dos conflitos armados, uma vez que esse é o regime da aplicação principal. Observada a existência simbiótica, há de se questionar de modo epistêmico quando uma situação pode ser considerada um conflito armado e, por conseguinte, passível de aplicação do Direito Internacional Humanitário. Mazzuoli (2015) define alguns pressupostos nesse sentido, como a existência de um conflito armado entre Estados e a intenção de sobrepor sua vontade em ofensa à soberania alheia.

como uma recomendação interessante de ser seguida pelo Estado (Mazzuoli, 2015, p. 184). Estas diferenciações serão importantes para entender a aceitabilidade e diferenciação entre as diversas documentações que serão articuladas no decorrer desta dissertação, entre tratados internacionais, declarações, manuais e instruções.

Ainda que os conflitos armados aconteçam há muito na história, a doutrina entende que, por volta de 1000 a.C., começaram a ocorrer concessões nas hostilidades, geralmente de caráter econômico e político, mas não necessariamente por um caráter humanitário (BOUVIER, 2011). A consideração do elemento humanitário como principal surgiu em um contexto mais recente: essa abordagem parece ter ganhado foco a partir do ativismo de Henry Dunant (SHAW, 2010).

O suíço Henry Dunant narrou a Batalha de Solferino, ocorrida na Itália (1859), no livro “Lembrança de Solferino” (DUNANT, 2016). Sua narrativa perpassa o massacre ocorrido, do qual participou com outros voluntários no acolhimento dos combatentes. Essa iniciativa trouxe comoção à Europa na época e, somada ao histórico crescente de rechaçar os conflitos, possibilitou uma mudança drástica no Direito Internacional.

Dunant participou, posteriormente, da criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (COMITÊ..., 2010), que tem, desde então, exercido um papel fundamental nos conflitos armados. Ademais, outra repercussão importante ocorre: a criação do Direito Internacional Humanitário, com sua positivação através da primeira Convenção de Genebra (1864)⁹. Essa convenção possibilitou duas importantes questões nos conflitos, quais sejam: a proteção das vítimas e a limitação do dano que os indivíduos envolvidos poderiam sofrer, em contraponto à soberania dos Estados.

Como já levantado, o Direito Humanitário é uma forma da proteção internacional da pessoa humana e se dirige a situações de conflito armado ou a ele relacionadas. Podemos defini-lo como o ramo do Direito Internacional que visa à proteção humanitária das pessoas e dos bens necessários à sua proteção, em

⁹ A Primeira Convenção de Genebra foi possível por meio da Conferência de Genebra, realizada em 1863, que entrou em vigor internacional em 22 de junho de 1865. Contudo, sua vigência já está encerrada. Tal fato se deve a realização de três convenções, em 1906, 1929 e 1949. Na Quarta Convenção de Genebra, foram reformuladas todas as disposições anteriores. Desse modo, as Convenções de Genebra reformuladas entraram em vigor novamente em 21 de outubro de 1950 e permanecem até a atualidade, contando com cento e noventa e seis Estados parte. Deve ser observado que este conjunto de Tratados é amplamente reconhecido e suas disposições são firmemente observadas no âmbito internacional. (INTERNATIONAL..., 2010) No Brasil, a primeira convenção foi inicialmente ratificada em 30 de abril de 1906. A versão reformulada, oriunda da quarta Convenção de Genebra, foi promulgada por meio do Decreto nº 42.121 (BRASIL, 1957) e permanece em vigor.

situações de conflitos armados, através da limitação do direito de hostilidade das partes conflituosas. Com relação às formas de limitação de hostilidades, essa é a característica mais utilizada na doutrina para a divisão do Direito Humanitário em duas categorias: o *Jus ad Bellum* e o *Jus in Bello*. (SHAW, 2010).

O *Jus ad Bellum*, na doutrina, engloba o direito que o Estado possui de exercer uma ofensa a outro Estado da sociedade internacional através da força ou, em outras palavras, o direito de entrar em guerra. Esse direito, que em muito se baseia na supracitada ideia de guerra justa, acabou por perder força com as guerras mundiais.

Na idade contemporânea, os conflitos armados se tornaram extremamente destrutivos, o que ocasionou uma resistência maior à possibilidade de repercutir novos conflitos. Na Convenção da Liga das Nações¹⁰, já ocorreu uma busca de novos instrumentos alternativos para resolução de conflitos evitando o uso da força. Contudo, no Pacto Kellog-Briand¹¹, se apresentou uma preocupação em renunciar ao direito a guerra e em não utilizá-lo como uma política nacional ou como uma forma de resolução de conflitos (SHAW, 2020, p. 838).

Essa tendência, porém, não foi suficiente para impedir as guerras mundiais. Todavia, a menor tolerância aos conflitos armados embasou a criação da Carta das Nações Unidas¹². Assim, foi sacralizada, em seu artigo 2º, a proibição do uso da força:

¹⁰ A Liga das Nações foi criada em 1919, após a Primeira Guerra Mundial, na Conferência de Paz de Paris, com intenções similares às propostas para a ONU. Por ter um sucesso limitado em sua empreitada pela paz, a organização acabou se dissolvendo e suas atribuições passaram para a ONU em sua totalidade. (SHAW, 2010)

¹¹ O pacto, com nome em homenagem aos responsáveis americano e francês que iniciaram as tratativas, foi assinado em 27 de agosto de 1928 por quinze países. Posteriormente mais trinta e sete Estados aderiram ao pacto, contudo ausente o Brasil. O pacto condenava o recurso à guerra e se comprometia com a resolução de conflitos por meios pacíficos. Apesar de ser um marco histórico, o pacto não foi capaz de impedir a Segunda Guerra Mundial (FGV). No Brasil, foi promulgado por meio do Decreto nº 24.557 (BRASIL, 1934) e não consta revogação expressa deste.

¹² No final da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, em 26 de maio de 1945, foi assinada a Carta das Nações, que estabeleceu a ONU e entrou em vigor em 24 de outubro de 1945. A ONU é, hoje, uma das organizações mais importantes da sociedade internacional, e a sua Carta é o principal instrumento da organização que, nos termos do art. 103, é hierarquicamente superior em caso de conflito de obrigações com outros tratados. Atualmente, está em vigor e ratificado por cento e noventa e três países (ONU...). No Brasil, foi promulgada por meio do Decreto nº 19.841 (BRASIL, 1945).

3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.
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. (NAÇÕES..., 1945).

Sua aplicabilidade, tendo em vista a obrigatoriedade da *pacta sunt servanda*, é amplamente aceita, uma vez que, atualmente, a ONU conta com 193 países-membros. Ainda assim, a Carta prevê, no mesmo artigo supracitado, que os não membros serão compelidos a agir de acordo, quando for necessária a manutenção da paz e da segurança internacional, em atenção ao propósito da mesma. Como observa Swinarski (1996), o uso da força e os conflitos armados deixam de ser um recurso da soberania dos Estados e o *Jus ad bellum* passa a ser proibido (SWINARSKI, 1996).

Apesar da vedação, a Carta das Nações Unidas ainda possibilita exceções que passam a ser o atual objeto desta categoria do Direito Humanitário. As duas principais exceções previstas na carta dizem respeito à ineficácia de medidas mais brandas e à legítima defesa.

O Conselho de Segurança¹³, órgão máximo da ONU, pode tomar medidas perante a um Estado para garantir seus propósitos definidos na Carta. Inicialmente, são observadas restrições de caráter econômico e diplomático (NAÇÕES..., 1945, art. 41). Contudo, considerando inadequadas estas medidas, estaria configurada a condição para o uso da força e outras ações necessárias para garantir a paz e a segurança internacionais (NAÇÕES..., 1945, art. 42).

¹³ A ONU é composta por alguns órgãos principais estabelecidos no artigo 7º da Carta das Nações Unidas, sendo eles a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado. O Conselho de Segurança é formado por quinze membros, dos quais cinco são permanentes (Estados Unidos, Rússia, Reino Unido, França e China) e os demais têm caráter não permanente, sendo eleitos pela Assembleia para um período de dois anos. Tendo em vista que a ONU é uma das organizações mais abrangentes do mundo, e o Conselho de Segurança é um único órgão decisório, ou seja, que gera obrigações para todos os Estados participantes, sua relevância na sociedade internacional é enorme. O Brasil foi eleito para participar do Conselho como membro não permanente em dez oportunidades (ITAMARATY..., [s.d]).

A segunda possibilidade de uso da força diz respeito à legítima defesa, individual ou coletiva, prevista no artigo 51 da Carta:

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. (NAÇÕES..., 1945).

Embora o direito à legítima defesa seja de simples aplicação na teoria, abre uma margem para diversas situações controversas na prática. Por exemplo, quando se fala em ataque armado, a norma abre um leque de possibilidade para retaliações contra Estados, especialmente quando se considera os ataques terroristas. A mesma questão pode ser observada na proporcionalidade ou na legítima defesa preventiva. Essa exceção é necessária, mas a sua prática requer grande atenção dos Estados e da própria ONU para coibir qualquer viés obscuro.

Diante disso, ainda que a preocupação internacional tenha se voltado à proibição dos conflitos armados, suas exceções e os próprios conflitos que desrespeitam as regras motivaram outra categoria do Direito Humanitário, o *Jus in Bello*.

O direito na Guerra — *Jus in bello* — tem como foco disciplinar o método e os meios de hostilidades no conflito armado, a partir de uma preocupação humanitária. Esse direito tem dois ramos principais de origem: o Direito de Haia, que contempla as convenções realizadas em Haia, e o de Genebra, com as convenções realizadas em Genebra, como aventado pela Corte Internacional de Justiça¹⁴ no parecer nº 95, de 8 de julho de 1996:

¹⁴ A Corte Internacional de Justiça é um órgão da ONU e seu estatuto é parte integrante da Carta das Nações Unidas. Conforme disposto na Carta, as controvérsias jurídicas, em regra geral, são submetidas à Corte. Todos os membros da ONU se comprometeram a cumprir as decisões da Corte e, em caso de descumprimento, estão sujeitos às medidas pelo Conselho de Segurança. As medidas estão previstas no Capítulo VII da Carta e abrangem desde

Essa "Lei de Haia" e, mais particularmente, os Regulamentos que respeitam as Leis e os Costumes da Guerra na Terra, fixaram os direitos e deveres dos beligerantes em suas operações e limitaram a escolha de métodos e meios de ferir o inimigo em um conflito armado internacional. Deve-se acrescentar a isso a "Lei de Genebra" (as Convenções de 1864, 1906, 1929 e 1949), que protege as vítimas de guerra e visa fornecer salvaguardas para tropas das forças armadas fora de ação e para as pessoas que não participam das hostilidades. Esses dois ramos da lei aplicável aos conflitos armados tornaram-se tão intimamente inter-relacionados que se considera que eles gradualmente formaram um único sistema complexo, conhecido hoje como Direito Internacional Humanitário. (CORTE..., 1996, tradução nossa).¹⁵

O Direito de Genebra é concentrado nas condições dos indivíduos envolvidos ou não nas hostilidades, e é previsto no sistema de Convenções de Genebra¹⁶, formado por quatro convenções, sendo: 1ª) Convenção para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos dos exércitos em campanha; 2ª) Convenção para a melhoria da sorte dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar; 3ª) Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra; e 4ª) Convenção relativa à proteção dos civis em tempo de guerra.

A primeira convenção, como citado anteriormente, foi o marco inicial do Direito Internacional Humanitário e responsável por delinear a proteção em conflitos armados. A preocupação principal se dá com os não combatentes, sendo vedada a ofensa a estes, sem qualquer discriminação (SWINARSKI, 1996). Noutro momento,

medidas voltadas a limitações econômicas e diplomáticas até medidas militares. Por esse motivo, a ONU e a Corte Internacional de Justiça possuem uma grande coercibilidade quando necessário.

¹⁵ Conforme o Parecer Consultivo nº 95 da Corte Internacional de Justiça sobre a Legalidade do tratamento ou uso de Arma Nuclear. Texto original: "*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapon*", "*This 'Hague Law' and, more particularly, the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, fixed the rights and duties of belligerents in their conduct of operations and limited the choice of methods and means of injuring the enemy in an international armed conflict. One should add to this the 'Geneva Law' (the Conventions of 1864, 1906, 1929 and 1949), which protects the victims of war and aims to provide safeguards for disabled armed forces personnel and persons not taking part in the hostilities. These two branches of the law applicable in armed conflict have become so closely interrelated that they are considered to have gradually formed one single complex system, known today as international humanitarian law.*" (CORTE..., 1996).

¹⁶ Ver nota explicativa número 9.

foram celebrados os protocolos adicionais¹⁷, tratando de temas do Direito Humanitário, como a ocupação estrangeira e relativa à autodeterminação dos povos. Nesse sistema, destaca-se a aplicação da norma mais benéfica ao indivíduo, assim como a indisponibilidade de direito, sendo vedada qualquer renúncia. Dessa forma, a hostilidade fica restrita apenas àqueles que estão dispostos e aptos à participação (SWINARSKI, 1996).

Já o Direito de Haia, fruto inicialmente das Convenções Internacionais de Paz (1899 e 1907)¹⁸, as quais sucederam a declaração de São Petersburgo (1868) em seus objetivos, trata de questões relacionadas às práticas e atividades hostis (SHAW, 2010).

Essa corrente se caracteriza por sua forma pragmática, das quais decorrem normas de caráter técnico (combate) dos conflitos, como a Convenção para Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflitos Armados de 1954¹⁹.

Como citado no parecer da Corte Internacional de Justiça, as duas fontes do Direito Humanitário convergem para proteção conjunta no âmbito dos conflitos

¹⁷ Em 1949, foi confeccionada a quarta Convenção de Genebra, que abrangeria as três convenções anteriores. Contudo, ainda foram realizados três protocolos adicionais: os dois primeiros em 1977, e o terceiro em 2005, que se encontram vigentes. Entretanto, os protocolos podem ser ratificados individualmente, com várias formas de aderências pelos Estados. No Brasil, além da Convenção, todos os protocolos foram ratificados, sendo os protocolos I e II por meio do Decreto nº 849 (BRASIL, 1993), e o protocolo III por meio do decreto nº 7.196 (BRASIL, 2010).

¹⁸ As Conferências de Paz em Haia foram parte do desenrolar após as inovações e mudanças promovidas nas décadas anteriores, no que diz respeito à reprovação de conflitos armados e meios não pacíficos. O local foi escolhido em virtude da neutralidade dos Países Baixos naquele momento histórico. A primeira conferência, em 1899, teve a participação de vinte e seis países, mas o Brasil declinou do convite. Nessa conferência, foram realizadas três convenções e três declarações. Na segunda conferência, realizada em 1907, foi ampliada a participação dos países, contando com quarenta e quatro países, entre eles o Brasil, marcado pela atuação de Rui Barbosa. Dessa segunda conferência, foram elencadas treze convenções e uma declaração (FGV; GUEDES, 2018).

¹⁹ A Convenção de Haia para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado de 1954 e o Primeiro Protocolo foram realizados logo após a Segunda Guerra Mundial, em uma época em que a destruição era vista como algo inevitável de forma generalizada. Com o passar das décadas e com a aprovação de outros atos internacionais que limitavam as destruições a objetos militares, tornou-se necessária esta previsão mais restritiva para o Patrimônio Cultural. Da mesma forma, o sistema estabelecido inicialmente não se mostrou muito eficaz, o que também tornou necessária uma mudança. Desse modo, foi realizada a Conferência Diplomática referente ao projeto do Segundo Protocolo da Convenção de Haia para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado de 1954 (INTERNATIONAL..., [s.d]). Ao final da conferência, em 26 de março de 1999, ocorreu a adoção do Segundo Protocolo, que permanece vigente e foi ratificado por oitenta e dois Estados. Sua promulgação no Brasil ocorreu pelo Decreto nº 5.760 (BRASIL, 2006).

armados. Posteriormente, foi iniciado o chamado Direito de Nova York, decorrente da ONU após a resolução nº 2444. Conforme Swinarski, a proteção dos Direitos Humanos nos conflitos armados tem caminhado em direção a esta proteção conjunta (SWINARSKI, 1996, p. 04).

Em relação ao Direito Humanitário, interessante observar que o objeto é sempre a relação entre Estados. Os indivíduos, por sua vez, são “acidentalmente inimigos” e sua ofensa deve ser limitada exclusivamente enquanto em prol do Estado (ROUSSEAU, 2003, p. 48).

1.3 O desenvolvimento do sistema legal de proteção do Patrimônio Cultural a partir do Direito Humanitário

Conforme destaca Guedes (2018, p. 03), até a metade do século XIX, a agenda internacional carecia de relações obrigacionais voltadas aos bens culturais. Apesar da existência de normativas esparsas, a discussão do tema ainda não estava difundida nos interesses internacionais. Embora o Congresso de Viena de 1815 tenha perpassado o tema, a falta de consenso acabou por postergar as tratativas.

Convém observar que, nesse momento, os atos voltados à destruição e à pilhagem de bens culturais começavam a agregar um caráter negativo, em distanciamento à ideia de direito decorrente do conflito.

Em que pese a utilização do termo Patrimônio Cultural, deve ser considerado que essa terminologia é recente, tendo sua consolidação em parte atribuída à Convenção para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado de 1954. Anteriormente, as denominações comumente se alteravam conforme o tratado ou acordo, bom como sua abrangência.²⁰

Ainda no século XIX pode ser observada a construção das “Instruções para o governo dos exércitos dos Estados Unidos em Campo”, ou Código Lieber (1863)²¹

²⁰ No decorrer deste capítulo, podem ser verificados os termos que foram utilizados durante o desenvolvimento do conceito de Patrimônio Cultural.

²¹ “*Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)*”. O código Lieber foi uma tentativa de Francis Lieber em consolidar um conjunto de normas para as forças de campo na Guerra Civil Americana, mais tarde vindo a ser promulgado pelo Presidente Abraham Lincoln, em 24 de abril de 1863. Por ser unilateral, seu alcance ficou restrito aos Estados Unidos da América. Todavia, a maior relevância no Direito Humanitário

(ESTADOS..., 1863). O mesmo teve sua aplicação voltada inicialmente para a guerra civil americana. Todavia, tornou-se importante por sua inovação, inclusive com a influência na Declaração de Bruxelas²². Merryman (1986, p. 832) defende o trabalho de Lieber como a pedra fundamental em que as leis de guerras são baseadas. Existem dois artigos que chamam a atenção pela referência ao âmbito cultural:

34. Como regra geral, os bens pertencentes a igrejas, hospitais ou outros estabelecimentos de caráter exclusivamente beneficente, estabelecimentos de ensino ou fundações para a promoção do conhecimento, sejam escolas públicas, universidades, academias de aprendizado ou observatórios, os museus de belas artes ou de caráter científico, tais bens não devem ser considerados propriedade pública no sentido do parágrafo 31; mas podem ser tributados ou usados quando o serviço público exigir.

35. As obras de arte clássicas, bibliotecas, coleções científicas ou instrumentos preciosos, como telescópios astronômicos, bem como hospitais, devem ser protegidos contra todos os danos evitáveis, mesmo quando contidos em locais fortificados, cercados ou bombardeados. (ESTADOS..., 1863, tradução nossa)²³

diz respeito à influência para a adoção de regulamentos do tipo em outros Estados e para a origem de projeto posteriores, como o de Bruxelas e as Convenções de Haia (INTERNATIONAL..., [s.d]).

²² A Conferência de Bruxelas foi uma iniciativa do czar Alexandre II, da Rússia, que promoveu a reunião de representantes de quinze estados da Europa, em 27 de julho de 1874, para discutir um projeto relativo às leis e costumes de guerra. Apesar de aceitarem os termos, alguns Estados não concordaram em aceitar sua vinculação como Convenção, motivo pelo qual não foi ratificado. Sua importância está no avanço da codificação do Direito Humanitário e no impulso para o Instituto de Direito Internacional designar um comitê para estudar o assunto, o que influenciou, posteriormente, o Manual de Oxford (INTERNATIONAL..., [s.d]).

²³ Texto original: *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)*: “34. As a general rule, the property belonging to churches, to hospitals, or other establishments of an exclusively charitable character, to establishments of education, or foundations for the promotion of knowledge, whether public schools, universities, academies of learning or observatories, museums of the fine arts, or of a scientific character such property is not to be considered public property in the sense of paragraph 31; but it may be taxed or used when the public service may require it. 35. Classical works of art, libraries, scientific collections, or precious instruments, such as astronomical telescopes, as well as hospitals, must be secured against all avoidable injury, even when they are contained in fortified places whilst besieged or bombarded.” (ESTADOS..., 1863).

O artigo 31²⁴ da mesma normativa estipula a apropriação da propriedade governamental pelo vitorioso. Todavia, no artigo 34 — que trata de museu de artes, igrejas e universidades —, propriedades que se aproximam da esfera do Patrimônio Cultural são excluídas desta apropriação em regra (ESTADOS..., 1863, art. 31).

No mesmo sentido, o artigo 35 vem a estabelecer o dever de proteção das obras de artes clássicas, bibliotecas, coleções científicas ou instrumentos preciosos, ou seja, ainda que de forma embrionária, é estabelecida uma proteção a determinados bens culturais (ESTADOS..., 1863, art. 35).

Já no artigo 36²⁵ é definido que em nenhuma hipótese as obras citadas podem ser vendidas ou doadas, assim como, também em nenhuma hipótese, podem ser destruídas ou avariadas (ESTADOS..., 1863, art. 36).

Como defende Guedes (2018, p. 07), esses postulados podem ser visto como avançados para época, principalmente se for observado o art. 44²⁶, que já trazia punições para a destruição patrimonial (ESTADOS..., 1863, art. 44). O Código Lieber pode, portanto, ser considerado como o início de uma responsabilização pela destruição do patrimônio em caso de conflitos, principalmente levando em conta que já trata de elementos do Patrimônio Cultural, como a arte, museus e outras propriedades e objetos.

Ainda com relação ao Código, é pertinente observar que sua criação ocorreu em momento paralelo às discussões trazidas com Durant, com o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e com a própria convenção de Genebra de 1864. É

²⁴ Art. 31. *“A victorious army appropriates all public money, seizes all public movable property until further direction by its government, and sequesters for its own benefit or of that of its government all the revenues of real property belonging to the hostile government or nation. The title to such real property remains in abeyance during military occupation, and until the conquest is made complete.”* (ESTADOS..., 1863, art. 31).

²⁵ Texto original: Art. 36. *“If such works of art, libraries, collections, or instruments belonging to a hostile nation or government, can be removed without injury, the ruler of the conquering state or nation may order them to be seized and removed for the benefit of the said nation. The ultimate ownership is to be settled by the ensuing treaty of peace. In no case shall they be sold or given away, if captured by the armies of the United States, nor shall they ever be privately appropriated, or want only destroyed or injured.”* (ESTADOS..., 1863, art. 36).

²⁶ Texto original: Art. 44. *“All want on violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offense. A soldier, officer or private, in the act of committing such violence, and disobeying a superior ordering him to abstain from it, may be lawfully killed on the spot by such superior.”* (ESTADOS..., 1863, art. 44).

possível inferir que, realmente, esse momento da História estava destinado a uma preocupação humanitária prestes a eclodir, como elenca Shaw (2010).

No que diz respeito à Declaração de Bruxelas, a mesma foi uma iniciativa do Czar Alexander II junto a uma delegação de 15 Estados da Europa reunidos na Conferência de 1874. A questão da obrigatoriedade restou conturbada entre os Estados, haja vista a abordada dificuldade de limitação da soberania. Todavia, impressiona a proximidade com o Código Lieber, assim como a evolução que mais tarde viria a influenciar os tratados humanitários. Em especial para esta pesquisa, devem ser observados os art. 8 e 17 da Declaração de Bruxelas, por tratar da proteção e da responsabilização:

Art. 8. Os bens dos municípios, a das instituições dedicadas à religião, à caridade e à educação, às artes e às ciências, mesmo quando propriedade do Estado, devem ser tratadas como propriedade privada. Toda apreensão ou destruição ou dano intencional às instituições desse caráter, monumentos históricos, obras de arte e ciência devem ser objeto de um processo judicial pelas autoridades competentes.

[...]

Art. 17. Nesses casos, todas as medidas necessárias devem ser tomadas para poupar, na medida do possível, edifícios dedicados à arte, ciência ou instituições de caridade, hospitais e locais onde os doentes e feridos são mantidos, desde que não sejam utilizados para fins militares no momento. É dever dos sitiados indicar a presença de tais edifícios por sinais distintos e visíveis a serem comunicados ao inimigo de antemão. (BRUSSELS..., 1874, tradução nossa)²⁷

O artigo 8, em consonância com o Código Lieber, distingue os bens de propriedade de instituições dedicadas à religião, à caridade, à educação, à arte e à ciência, que devem ser tratados como propriedade privada mesmo quando em poder do Estado rival. Assim, podemos observar que a doutrina caminha no sentido de

²⁷ Texto original: *Brussels Declaration, Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War*, 1874. "Art. 8. The property of municipalities, that of institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences even when State property, shall be treated as private property. All seizure or destruction of, or willful damage to, institutions of this character, historic monuments, works of art and science should be made the subject of legal proceedings by the competent authorities. [...] Art. 17. In such cases all necessary steps must be taken to spare, as far as possible, buildings dedicated to art, science, or charitable purposes, hospitals, and places where the sick and wounded are collected provided they are not being used at the time for military purposes. It is the duty of the besieged to indicate the presence of such buildings by distinctive and visible signs to be communicated to the enemy beforehand." (BRUSSELS..., 1874).

excluir os bens culturais da violência dos conflitos armados. Em complemento, o artigo determina que a apreensão, a destruição e o dano intencional a essas instituições, aos monumentos históricos, às obras de arte e à ciência devem ser alvo de um processo judicial por autoridades competentes.

Já no artigo 17, podem ser observadas limitações aos meios de infligir dano ao inimigo. A limitação trata justamente de evitar, o máximo possível, causar dano aos edifícios dedicados à arte, à ciência e à caridade (que, aqui, incluem os relacionados ao tratamento e recebimento de feridos, como hospitais), desde que não estejam sendo utilizados para fins militares. Importante observar também a obrigação elencada ao Estado de indicar a existência de tais edifícios por meio de sinais distintivos e visíveis, a serem comunicados ao inimigo.

O Instituto de Direito Internacional²⁸, em sua sessão em Genebra (1874), indicou uma comissão para estudos acerca do progresso da positivação das leis e costumes da guerra, perpassando a Declaração de Bruxelas, a fim de criar propostas e opiniões sobre a questão humanitária (INSTITUT..., 1874). Sob esta orientação, foi criado, em Oxford, o Manual de Leis de Guerra em terra (INSTITUTE..., 1880). Como pode ser observado em seu prefácio, o Instituto de Direito Internacional criou um manual destinado à disseminação pelos Estados. Parece ser uma ação acertada, tendo em vista as dificuldades anteriores de consenso e a possibilidade de ser prematura, à época, a tentativa de um tratado internacional.

Dessa forma, o formato de manual, no que se refere ao Patrimônio Cultural, acabou por privilegiar os direitos e deveres apontados anteriormente, como pode ser verificado nos artigos 34 e 53 do mesmo:

Art. 34. Em caso de bombardeio, todas as medidas necessárias devem ser tomadas para poupar, se possível, edifícios dedicados à religião, à arte, à ciência e à caridade, hospitais e locais onde os

²⁸ O Instituto de Direito Internacional foi fundado em 08 de setembro de 1873, na Bélgica, por onze advogados internacionais, como uma organização independente da influência governamental, com objetivo de possibilitar o desenvolvimento do Direito Internacional e contribuir para sua implementação. Seu funcionamento ocorre por meio de comissões, que estuda os temas e, quando oportuno, cria resoluções ou normativas. Apesar de a coercibilidade frente aos Estados não ser uma norma, as resoluções são apresentadas aos governos e organizações internacionais para que seja avaliada sua aplicação (INSTITUTE..., [s.d]).

doentes e feridos estão reunidos, com a condição de que não estejam sendo utilizado no momento, direta ou indiretamente, para defesa. É dever dos sitiados indicar a presença de tais edifícios por sinais visíveis notificados previamente ao agressor.

[...]

Art. 53. Os bens dos municípios e as de instituições dedicadas à religião, à caridade, à educação, à arte e à ciência não podem ser apreendidos. Toda destruição ou dano intencional a instituições desse caráter, monumentos históricos, arquivos, obras de arte ou ciência é formalmente proibida, exceto quando urgentemente exigida por necessidade militar. (INSTITUTE..., 1880, tradução nossa).²⁹

Importante destacar que o Manual, como um ato internacional, não tem a mesma força de um tratado internacional. Desse modo, o manual não possui coercibilidade, mas foi apresentado aos Estados como forma de repensar suas práticas em conflitos armados, sendo algo mais próximo a uma recomendação.

No artigo 34 do citado Manual de Oxford pode ser observado o dever de poupar às construções dedicadas à religião, à arte, à ciência e à caridade, assim como o dever do sitiado de identificar e notificar o inimigo da presença destas. O artigo 53 do referido documento segue o previsto no artigo 8º da Declaração de Bruxelas e mantém similaridade com o Código Lieber, ao excluir os bens culturais dos conflitos armados e proibir formalmente a sua destruição ou dano intencional.

Como defende Guedes (2018, p. 8), é observado que a sistemática de proteção humanitária dos bens culturais passa das legislações nacionais e regionais para a universalização, a qual vem a ser possibilitada não só com o Manual de Oxford, mas principalmente nos trabalhos realizados pelas Conferências da Paz de Haia (1899 e 1907).

Entre maio e julho de 1899, ocorreu a primeira conferência de Haia, na qual as representações de 26 Estados compareceram para discutir principalmente a limitação do desenvolvimento armamentista. Apesar do seu principal objetivo — a

²⁹ Texto original: “Art. 34. *In case of bombardment all necessary steps must be taken to spare, if it can be done, buildings dedicated to religion, art, science and charitable purposes, hospitals and places where the sick and wounded are gathered on the condition that they are not being utilized at the time, directly or indirectly, for defense. It is the duty of the besieged to indicate the presence of such buildings by visible signs notified to the assailant beforehand. [...] Art. 53. The property of municipalities, and that of institutions devoted to religion, charity, education, art and science, cannot be seized. All destruction or willful damage to institutions of this character, historic monuments, archives, Works of art, or science, is formally forbidden, save when urgently demanded by military necessity.*” (INSTITUTE..., 1880).

redução de armas — não ter sido atingido, outras três convenções e três declarações foram adotadas. Entre elas, cabe observar, para os objetivos desta pesquisa, a II Convenção de Haia, a qual disciplina “As leis e costumes de Guerra em terra”, principalmente em os artigos 27 e 56:

Art. 27. Nos cercos e bombardeios, todos os passos necessários devem ser tomados para poupar, tanto quanto possível, os edifícios dedicados à religião, à arte, à ciência e à caridade, hospitais e locais onde os doentes e feridos são mantidos, desde que os locais não sejam utilizados ao mesmo tempo para fins militares. Os sitiados devem indicar esses edifícios ou locais por meio de sinais específicos e visíveis, que devem ser previamente notificados aos agressores.

[...]

Art. 56. Os bens comuns a instituições religiosas, beneficentes e educacionais, e as de artes e ciências, mesmo quando propriedade do Estado, serão tratados como propriedade privada. Toda apreensão e destruição, ou dano intencional causado a tais instituições, a monumentos históricos, a obras de arte ou ciência é proibida e deve ser objeto de processo. (HAIA, 1899a, tradução nossa)³⁰

Pode ser observado aqui o dever de poupar as construções relacionadas à religião, à arte, à ciência e à caridade dos conflitos armados, assim como o dever de notificar o inimigo da existência de tais lugares, conforme o artigo 27 da II Convenção de Haia. No artigo 56 da referida convenção, verifica-se a citada exclusão dos bens relacionados do que pode ser considerada propriedade do Estado. Ainda está prevista a proibição da destruição e danos a estes patrimônios, assim como o dever de processar a ocorrência de tal descumprimento.

Ainda na Primeira Conferência da Paz em Haia, foi discutida a convocação de uma segunda conferência, uma vez que os objetivos foram parcialmente atingidos

³⁰Texto original: *Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War*, 29 jul. 1899. “Art. 27. *In sieges and bombardments all necessary steps should be taken to spare as far as possible edifices devoted to religion, art, science, and charity, hospitals, and places where the sick and wounded are collected, provided they are not used at the same time for military purposes. The besieged should indicate these buildings or places by some particular and visible signs, which should previously be notified to the assailants. [...] Art. 56. The property of the communes, that of religious, charitable, and educational institutions, and those of arts and science, even when State property, shall be treated as private property. All seizure of and destruction, or intentional damage done to such institutions, to historical monuments, works of art or science, is prohibited, and should be made the subject of proceedings.*” (HAIA, 1899a).

naquele momento. Com isso, entre junho e outubro de 1907, foi realizada a Segunda Conferência de Paz em Haia. Conforme a ata final da referida Conferência, foram elencadas treze convenções e uma declaração, sem necessária força vinculante. Todavia, a convenção relativa a leis e costumes de Guerra em terra foi reafirmada através da IV Convenção de Haia (1907).

A redação dos artigos 27 e 56 da IX Convenção de Haia permanece praticamente a mesma em sua essência, sendo digna de maior atenção à inclusão do termo judicial em complemento à processo.

Ainda na Conferência de 1907, a Convenção IX, trata, em seu artigo 5º, da proteção do patrimônio em situação de bombardeio por forças navais em tempo de guerra:

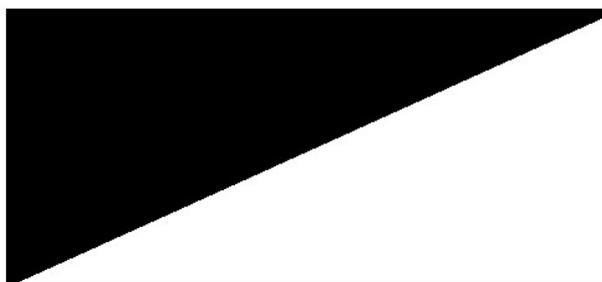
Art. 5. Em bombardeios por forças navais, todas as medidas necessárias devem ser tomadas pelo comandante para poupar, tanto quanto possível, edifícios sagrados, edifícios usados para fins artísticos, científicos ou de caridade, monumentos históricos, hospitais e locais onde os doentes ou feridos são mantidos, entendendo que não são usados ao mesmo tempo para fins militares. É dever dos habitantes indicar tais monumentos, edifícios ou locais por sinais visíveis, os quais consistirão em painéis retangulares grandes e rígidos, divididos na diagonal em duas porções triangulares coloridas, a porção superior preta e a inferior branca. (HAIA, 1899b, tradução nossa).³¹

Da mesma forma que as legislações anteriores, a Convenção IX também pretende, dentro do possível, preservar as edificações destinadas à religião, às artes, às ciências e à caridade. Importante observar que esses edifícios não podem ser utilizados para fins militares, sob pena de perda dessa proteção. Ainda nesta convenção, já começa a se formar um sinal distintivo de patrimônio, o qual, nesse

³¹Texto original: *Convention (IX) concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War*, 18 out. 1899. "Art. 5. *In bombardments by naval forces all the necessary measures must be taken by the commander to spare as far as possible sacred edifices, buildings used for artistic, scientific, or charitable purposes, historic monuments, hospitals, and places where the sick or wounded are collected, on the understanding that they are not used at the same time for military purposes. It is the duty of the inhabitants to indicate such monuments, edifices, or places by visible signs, which shall consist of large, stiff rectangular panels divided diagonally into two coloured triangular portions, the upper portion black, the lower portion white.*" (HAIA, 1899b).

momento, é um retângulo dividido em dois triângulos opostos, em preto na porção superior e branco na inferior, conforme exemplificado na Figura 1 a seguir:

Figura 1 - Bandeira de identificação de propriedade civil



Fonte: Autor, baseado na descrição do artigo 5º, da *Convention (IX) concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War*, 18 out. 1899

As convenções tiveram um papel fundamental na constituição e na propagação da preocupação com o Patrimônio Cultural, o que encontrou ressonância pelo mundo. Nas Américas, em momento próximo ao das convenções de Haia, ocorreu um forte movimento na internacionalização e articulação das discussões entre os países do continente. Com isso, paulatinamente, foram se firmando as conhecidas Conferências Pan-americanas³² ou Conferência Internacional Americana (GUEDES, 2018).

Mais precisamente na VII Conferência Pan-americana (1933) se apresenta o debate sobre a temática da proteção de patrimônios em conflitos e sua identificação. Essa lapidação do tema oportunizou a criação do Tratado sobre a proteção das instituições artísticas, científicas e monumentos históricos (Pacto Röerich ou Pacto de Washington) (ORGANIZAÇÃO..., 1935)³³, o qual em muito se assemelha aos

³² As Conferências Pan-americanas foram realizadas no período de 1889 a 1948, e se caracterizavam como fóruns de discussão no âmbito dos países do continente americano. A partir da conferência realizada em 1923, os temas culturais passaram a ter uma posição mais predominante nos debates (GUEDES, 2015).

³³ Este tratado foi uma iniciativa do Museu Röerich, que solicitou ao Institut des Hautes Études Internationales da Universidade um projeto de tratado para proteção de instituições artísticas, científicas e monumentos históricos. Após ser tratado na Sétima Conferência Internacional da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1933, foi recomendada sua assinatura pelos Estados participantes, o que resultou na adoção do “*Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments*”, em 26 de agosto de 1935. No Brasil, foi promulgado por meio do Decreto nº 1.087, (BRASIL, 1936) e permanece

instrumentos abordados anteriormente. Em seus oito artigos, o mesmo trata da proteção de diversas instituições culturais e similares, que são consideradas neutras e que devem ser protegidas em tempos de paz e guerra:

Artigo 1. Os monumentos históricos, museus, instituições científicas, artísticas, educacionais e culturais serão considerados neutros e, como tal, respeitados e protegidos pelos beligerantes.

O mesmo respeito e proteção devem ser devidos ao pessoal das instituições mencionadas acima.

O mesmo respeito e proteção serão concedidos aos monumentos históricos, museus, instituições científicas, artísticas, educacionais e culturais em tempos de paz e de guerra. (ORGANIZAÇÃO..., 1935, tradução nossa).³⁴

Ainda assim, sempre é mantida especial atenção à não utilização do patrimônio considerado neutro para fins militares, sob pena de perda do privilégio (ORGANIZAÇÃO..., 1935, art. 5)³⁵. Noutro ponto, é notória a mesma preocupação na identificação dos patrimônios neutros, os quais devem estar identificados com uma bandeira distintiva branca, com um círculo vermelho contendo três esferas vermelhas, conforme Figura 2, a seguir (INTERNATIONAL..., 1935, art. 3)³⁶:

vigente para com outros vinte Estados da OEA. Deve ser considerado que a Convenção de Haia para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado de 1954, nos termos do art. 36, parágrafo 2º, complementou o pacto Röerich para os países signatários de ambos. Inclusive, a bandeira de Röerich (Figura 2) é expressamente substituída pela da Convenção (figura 3) (INTERNATIONAL, [s.d]).

³⁴Texto original: *Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact)*, “Article 1. The historic monuments, museums, scientific, artistic, educational and cultural institutions shall be considered as neutral and as such respected and protected by belligerents. The same respect and protection shall be due to the personnel of the institutions mentioned above. The same respect and protection shall be accorded to the historic monuments, museums, scientific, artistic, educational and cultural institutions in time of peace as well as in war.” (ORGANIZAÇÃO..., 1935,).

³⁵ “Art. 5. The monuments and institutions mentioned in Article 1 shall cease to enjoy the privileges recognized in the present Treaty in case they are made use of for military purposes.” (ORGANIZAÇÃO..., 1935).

³⁶ “Art. 3. In order to identify the monuments and institutions mentioned in Article 1, use may be made of a distinctive flag (red circle with a triple red sphere in the circle on a white background) in accordance with the model attached to this Treaty.” (ORGANIZAÇÃO..., 1935).

Figura 2 - Bandeira de proteção Pacto Röerich



Fonte: Modelo disponibilizado como anexo ao Art. 3º do Pacto de Röerich (INTERNATIONAL..., 1935).

Ainda sobre a citada Conferência Internacional Americana, foi assinada a Carta de Criação da Organização dos Estados Americanos (OEA)³⁷ em 1948, na qual inclusive já constava como finalidade do Conselho Cultural Interamericano a cooperação para proteger o Patrimônio Cultural³⁸:

Artigo 73. O Conselho Cultural Interamericano tem por objetivo promover relações amistosas e entendimento mútuo entre os povos americanos para fortalecer os sentimentos pacíficos que têm caracterizado a evolução americana por meio do incremento do intercâmbio educativo científico e cultural.

Artigo 74. Para realizar a finalidade a que se refere o artigo anterior, o Conselho deverá principalmente:
[...]

³⁷ Com a assinatura da Carta da OEA, em 1948, a Organização sucedeu as Conferências Pan-americanas no âmbito regional do continente americano e, hoje, está vigente, com trinta e cinco países participantes. O Brasil foi um de seus fundadores e promulgou a Carta da OEA por meio do Decreto nº 30.544 (BRASIL, 1952; OAS).

³⁸ Posteriormente, com o Protocolo de Buenos Aires (1967), foi alterada a redação da carta, de modo a prever também o compromisso dos Estados membros em preservar e enriquecer o Patrimônio Cultural dos povos americanos. Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**, 1948, art. 46: “Os Estados Membros cooperarão entre si, a fim de atender às suas necessidades no tocante à educação, promover a pesquisa científica e impulsionar o progresso tecnológico. Consideram-se individual e solidariamente comprometidos a preservar e enriquecer o Patrimônio Cultural dos povos americanos.”.

e) cooperar no sentido de proteger conservar a aumentar o **Patrimônio Cultural** do Continente; (ORGANIZAÇÃO..., 1948, grifo nosso)³⁹

Como observa Cardoso (2013), as preocupações humanitárias são alavancadas a um novo patamar após a Segunda Guerra Mundial e, desse modo, inicia-se um forte movimento de posituação dos Direitos Humanos. Nesse sentido, concorda Guedes (2018), ao afirmar que mesmo com os debates ocorridos sobre o tema, a destruição ocorrida nas duas grandes guerras foi de tamanha proporção que extrapolou tudo o que já havia sido construído anteriormente.

Nessa linha e a partir da Carta das Nações Unidas, foi criada a ONU (1945) em resposta aos trágicos momentos vivenciados pela humanidade na Segunda Guerra Mundial. A Carta trata, inclusive, de questões culturais, sendo um dos propósitos da ONU a cooperação internacional para resolução de problemas de caráter cultural e humanitário, conforme artigo 1º (NAÇÕES..., 1945)⁴⁰. Ainda, no mesmo ano, foi possibilitada a criação da UNESCO, um braço dedicado justamente a questão cultural.

Nesse mesmo período, a ONU, em uma assembleia realizada em Paris, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴¹ (DUDH) (1948), sendo uma das mais importantes normas destinadas à proteção universal dos Direitos Humanos. A mesma trata dos direitos culturais como direitos humanos indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Essa confluência possibilitada após a Segunda Guerra Mundial finalmente permitiu uma reforma internacional em larga escala das normas para proteção do patrimônio. Em 1949, com a iniciativa da Holanda, a UNESCO iniciou as consultas relacionadas à proteção do patrimônio com valor cultural (BO, 2003, p. 40). Após estudos e projetos, em 14 de maio de 1954, foi adotada a Convenção de Haia para a

³⁹ Versão anterior aos protocolos de reforma.

⁴⁰ “Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são: [...] 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.” (NAÇÕES..., 1945).

⁴¹ Por ser uma Declaração, esta não possui a coercibilidade prevista nos tratados. Contudo, esta declaração teve grande aceitação em decorrência das inovações nos Direitos Humanos e passou a ser observada por diversos Estados.

Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado⁴². A Convenção concentra os diversos conceitos oriundos de diferentes normas e cria um marco de proteção do Patrimônio Cultural no âmbito internacional (BO, 2003, p. 40). Além disso, são realizadas grandes inovações, como a especificação de três categorias de bens culturais (em ordem de abrangência) e a inclusão do termo Patrimônio Cultural:

Artigo 1. Para os fins da presente Convenção, o termo "bens culturais" abrangerá, independentemente da origem ou propriedade:

- (a) bens móveis ou imóveis de grande importância para o Patrimônio Cultural de todos os povos, como monumentos da arquitetura, arte ou história, religiosos ou seculares; sítios arqueológicos; grupos de edifícios que, no seu conjunto, são de interesse histórico ou artístico; trabalhos de arte; manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico; bem como coleções científicas e coleções importantes de livros ou arquivos ou de reproduções da propriedade definida acima;
- (b) edifícios cujo objetivo principal e efetivo seja preservar ou exibir os bens culturais móveis definidos na alínea (a), como museus, grandes bibliotecas e repositórios de arquivos, e refúgios destinados a abrigar, em caso de conflito armado, os bens culturais móveis definidos na alínea (a);
- (c) centros contendo uma grande quantidade de bens culturais, conforme definido nas alíneas (a) e (b), a serem conhecidos como "centros contendo monumentos." (UNESCO, 1954, tradução nossa)⁴³

⁴² Após o Pacto de Röerich, ocorreram diversas tentativas de consolidar uma convenção mais abrangente sobre o tema. Contudo, tais iniciativas foram obstadas pela Segunda Guerra Mundial e retomadas pelos Países Baixos após o período, com a submissão de uma proposta à UNESCO em 1948. Em 1951, a UNESCO convocou um comitê para elaboração da convenção, vindo a ser adotada em 14 de maio de 1954, a qual entrou em vigor em 07 de agosto de 1956. No Brasil, foi promulgada pelo Decreto nº 44.851 (BRASIL, 1958). A Convenção permanece em vigor e possui cento e trinta e três Estados participantes (INTERNATIONAL..., [s.d]).

⁴³ Texto original: "*Article 1. For the purposes of the present Convention, the term "cultural property" shall cover, irrespective of origin or ownership: (a) movable or immovable property of great importance to the cultural heritage of every people, such as monuments of architecture, art or history, whether religious or secular; archaeological sites; groups of buildings which, as a whole, are of historical or artistic interest; works of art; manuscripts, books and other objects of artistic, historical or archaeological interest; as well as scientific collections and important collections of books or archives or of reproductions of the property defined above; (b) buildings whose main and effective purpose is to preserve or exhibit the movable cultural property defined in sub-paragraph (a) such as museums, large libraries and depositories of archives, and refuges intended to shelter, in the event of armed conflict, the movable cultural property defined in subparagraph (a); (c) centres containing a large amount of cultural property as defined in sub-paragraphs (a) and (b), to be known as 'centres containing monuments'.*" (UNESCO, 1954).

Apesar das alíneas “a” e “b” guardarem grande semelhança com o Código Lieber, com a Declaração de Bruxelas e com as Conferências de Paz, merece maior atenção, para fins desta pesquisa, o disposto na letra “a” deste artigo. Nas fontes anteriores, localiza-se uma preocupação que parte da ideia de propriedade para, então, abranger o fim cultural. Já nesta Convenção (UNESCO, 1954), a ideia de proteção parte da finalidade, do Patrimônio Cultural em si. Não por menos, tal excerto parte de bens móveis ou imóveis com grande importância para o Patrimônio Cultural dos povos. A maior inovação conceitual parece ser, então, uma inversão da preocupação, que parte do viés do Patrimônio Cultural e não da propriedade. A partir de Merryman (1986, p. 831), foi exposta a ideia de dois modos de pensar o Patrimônio Cultural: um como componente nacional e o outro como objeto da “cultura humana comum”. Essa convenção parece, portanto, ser justamente o divisor de águas, uma vez que o valor, antes, estava na propriedade estatal e, após esta mudança, voltou-se para o Patrimônio Cultural como objeto da cultura humana comum.

Ainda, pode ser observado que na Convenção de Haia para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, foi estabelecida a bandeira de identificação do Patrimônio Cultural em casos de conflitos, conforme Figura 3 a seguir:

Figura 3 - Bandeira de proteção de Patrimônio Cultural



Fonte: Fotografia disponibilizada no *website* norte-americano do Comitê do Escudo Azul (U.S COMMITTEE..., 2020).

Já em uma visão pragmática, podemos observar uma profunda mudança na eficácia e na efetividade da norma, uma vez que as menções entre o Direito Humanitário se efetivaram em verdadeiro sistema para proteção do Patrimônio Cultural. Essa alteração, em grande parte, é resultado da Segunda Guerra Mundial, tendo em vista que a Convenção de Haia era limitada ao proceder com os resultados dela. Como ressalta Bo (2003, p. 39), embora existisse a realização de

acordos anteriores, no decorrer da guerra se esvaiu sua aplicação. E, desta demanda, notadamente a resposta veio através do caráter mais prático e extensivo da Convenção de Haia para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado de 1954. Além dos avanços promovidos pela Convenção, na mesma data ainda foi celebrado o Protocolo para a proteção de propriedade cultural durante conflitos armados, este com maior enfoque na prevenção da exportação ilegal e na preservação de bens culturais apreendidos (BO, 2003, p. 41).

Após essa grande ruptura desenvolvida pela Convenção de 1954, ocorreram alguns desdobramentos importantes, como a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais (1970)⁴⁴. Da mesma forma, em 1999, foi implementado o Segundo Protocolo da Convenção de Haia⁴⁵, que atualizou as disposições anteriores. Esse Protocolo teve grande influência não apenas dos acordos internacionais citados anteriormente, mas também do conflito na antiga Iugoslávia e da criação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1998) (BO, 2003, p. 42).

Por fim, cabe observar que o sistema de proteção do Patrimônio Cultural foi complementado pela Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972)⁴⁶, a Convenção da Unidroit sobre Bens Culturais Roubados ou Ilícitamente Exportados⁴⁷ (1995), a Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático⁴⁸ (2001), a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial⁴⁹ (2003) e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005)⁵⁰. Apesar da importância destes e de outros instrumentos, para a presente pesquisa foi contemplado o desenvolvimento do sistema, de modo a privilegiar o estudo dos instrumentos referentes ao desenvolvimento do sistema de proteção do Patrimônio Cultural.

⁴⁴ Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 72.312 (BRASIL, 1973).

⁴⁵ Ver nota explicativa 19.

⁴⁶ Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 80.978 (BRASIL, 1977).

⁴⁷ Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 3.166 (BRASIL, 1999).

⁴⁸ Foi implementada na Conferência Geral da UNESCO de Paris, ocorrida entre 15 de outubro de 2001 a 3 de novembro de 2001. O Brasil não assinou esta convenção.

⁴⁹ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.753 (BRASIL, 2006).

⁵⁰ Promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 6.177 (BRASIL, 2007).

2 A IMPORTÂNCIA DO PATRIMÔNIO CULTURAL E A SUA DESTRUIÇÃO INTENCIONAL COMO FORMA DE LIMPEZA CULTURAL

Este capítulo tem como objetivo traçar um paralelo entre o Patrimônio Cultural e a identidade, de modo que seja possível aliar a base jurídica retratada no capítulo anterior com alguns conceitos interdisciplinares relacionados ao Patrimônio Cultural e a sua destruição. Inicialmente é feita a continuidade da questão jurídica por meio da conceituação objetiva do Patrimônio Cultural. Todavia, na sequência, são observadas questões mais subjetivas do termo. Por fim, é abordada a destruição do Patrimônio Cultural e a Limpeza Cultural pelo enfoque da UNESCO e da doutrina.

2.1 Patrimônio Cultural, Identidade e Memória

O termo “Patrimônio Cultural” é interdisciplinar e proporciona muitos debates, de modo que, para o presente trabalho, optou-se por iniciar seu estudo a partir do que é mais objetivo — a norma jurídica —, para então observar os seus múltiplos sentidos. O próprio termo faz referência a “patrimônio”, que do latim deriva de *pater*, vocábulo que significa bens da família ou bens herdados dos pais (SILVA, 2008, p. 1016). Entretanto, associado à cultura, tais bens adquirem a ideia de uma herança característica de um grupo (VASCONCELOS, 2018, p. 3).

Conforme disposto na Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, temos uma definição do que pode ser considerado Patrimônio Cultural:

Artigo 1º - Para fins da presente Convenção serão considerados como Patrimônio Cultural:

Os monumentos. – Obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos de estrutura de carácter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos com **valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;**

Os conjuntos. – Grupos de construções isoladas ou reunidos que, em virtude da sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem **têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;**

Os locais de interesse. – Obras do homem, ou obras conjugadas do homem e da natureza, e as zonas, incluindo os locais de interesse

arqueológico, com um **valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico**. (UNESCO, 1972, grifo nosso).

O artigo trabalha com três categorias bem definidas: os monumentos, os conjuntos e os locais de interesse. Ainda que sua definição guarde certa abrangência, o legislador guardou maior atenção aos bens com características físicas⁵¹.

Entretanto, no presente trabalho, investigaremos outras questões ali empregadas. Em uma leitura atenta, pode ser observado que todas as categorias possuem como requisito o valor. São ressaltados os valores universais do ponto de vista atrelado a uma relevância histórica, artística, científica, estética, etnológica e antropológica. Com a atenção no valor no Patrimônio Cultural, encontra-se o questionamento de qual seria esse valor determinante para seu reconhecimento e proteção.

Para adensar a visão jurídica do termo Patrimônio Cultural, existe outra norma passível de análise em paralelo. Pouco antes da Convenção de 1972, referenciada anteriormente, em 1970 foi realizada a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transportação e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais (Convenção de Paris de 1970). Nessa Convenção, que também trata do Patrimônio Cultural, encontram-se algumas indicações importantes para entender o questionamento proposto.

Como dito anteriormente, o Patrimônio contém em seu âmago bens, e neste caso específico, vemos que a Convenção de Paris de 1970 trata o Patrimônio Cultural que contém Bens Culturais. Confira-se:

Artigo 4º. Os Estados Partes na presente Convenção reconhecem que, para os efeitos desta, fazem parte do Patrimônio Cultural de cada Estado os bens pertencentes a cada uma das seguintes categorias:

a) os bens culturais criados pelo gênio individual ou coletivo de nacionais do Estado em questão, e bens culturais de importância para o referido Estado criados, em seu território, por nacionais de outros Estados ou por apátridas residentes em seu território;

⁵¹A terminologia usada remete a época em que está inserida, na década de 1970. Somente após este período, o patrimônio imaterial passou a ser tratado com maior atenção pelas normas.

- b) bens culturais achados no território nacional;
- c) bens culturais adquiridos por missões arqueológicas, etnológicas ou ciências naturais com o consentimento das autoridades competentes do país de origem dos referidos bens;
- d) bens culturais que hajam sido objeto de um intercâmbio livremente acordado;
- e) bens culturais recebidos a título gratuito ou comprados legalmente com o consentimento das autoridades competentes do país de origem dos referidos bens. (UNESCO, 1970).

Nesse ponto, parece plausível pensar que a norma jurídica internacional entende o Patrimônio Cultural como o conjunto dos Bens Culturais em suas respectivas categorias. Estes bens, segundo Vasconcelos (2018), têm sua importância consubstanciada nos testemunhos passados e como modelos e referenciais na sociedade. Contudo, ainda dentro das categorias citadas na Convenção de Paris de 1970, existem outras categorias ainda mais abrangentes, apresentadas em um rol taxativo:

Artigo 1º. Para os fins da presente Convenção, a expressão “bens culturais” significa quaisquer bens que, por motivos religiosos ou profanos, tenham sido expressamente designados por cada Estado como de importância para a arqueologia, a pré-história, a história, a literatura, a arte ou a ciência, e que pertençam às seguintes categorias:

- a) as coleções e exemplares raros de zoologia, botânica, mineralogia e anatomia, e objeto de interesse paleontológico;
- b) os bens relacionados com a história, inclusive a história da ciência e da tecnologia, com a história militar e social, com a vida dos grandes estadistas, pensadores, cientistas e artistas nacionais e com os acontecimentos de importância nacional;
- c) o produto de escavações arqueológicas (tanto as autorizadas quanto as clandestinas) ou de descobertas arqueológicas;
- d) elementos procedentes do desmembramento de monumentos artísticos ou históricos e de lugares de interesse arqueológico;
- e) antiguidade de mais de cem anos, tais como inscrições, moedas e selos gravados;
- f) objetos de interesse etnológico;
- g) os bens de interesse artístico, tais como:
 - (i) quadros, pinturas e desenhos feitos inteiramente a mão sobre qualquer suporte e em qualquer material (com exclusão dos desenhos industriais e dos artigos manufaturados decorados a mão);
 - (ii) produções originais de arte estatutuária e de escultura em qualquer material;
 - (iii) gravuras, estampas e litografias originais;
 - (iv) conjuntos e montagens artísticas em qualquer material;
- h) manuscritos raros e incunábulo, livros, documentos e publicações antigos de interesse especial (histórico, artístico, científico, literário, etc), isolados ou em coleções;

- i) selos postais, fiscais ou análogos, isoladas ou em coleções;
- j) arquivos, inclusive os fonográficos, fotográficos e cinematográficos;
- k) peças de mobília de mais de cem anos e instrumentos musicais antigos. (UNESCO, 1970).

Como vemos, é detalhada uma grande diversidade de bens, o que é natural em uma Convenção que visa coibir ilícitos relacionados à alienação de Bens Culturais. Com tantas possibilidades e categorias, em uma primeira leitura poderia ocorrer uma falsa impressão de que “tudo” pode ser considerado Patrimônio Cultural. Contudo, como visto anteriormente, em realidade o Patrimônio é algo selecionado e muito específico, por isso a importância de ressaltar a sua formação essencial.

Ao apresentar essas duas importantes Convenções (a de 1970 e a de 1972), a intenção é justamente encontrar as suas conexões e correspondências para demonstrar quais pontos comuns delimitam o Patrimônio Cultural. Ainda que, em função do momento histórico, ambas tenham uma delimitação preponderantemente material e tratem de categorias e Bens Culturais, são outras as conexões que devem ser observadas. Nesse sentido, existem dois pontos-chave a serem analisados. Em primeiro lugar, na Convenção de 1970, encontramos o termo “importância”. Isso corrobora com o mesmo sentido dado pela Convenção de 1972, novamente ressaltando o aspecto valorativo do Patrimônio Cultural.

Em um segundo momento, é possível observar, na Convenção de 1970, que cabe ao Estado designar os bens culturais e, portanto, o Patrimônio Cultural. Da mesma forma, na Convenção de 1972, o artigo 3º disciplina que cabe a cada Estado identificar e delimitar os diferentes bens do Patrimônio Cultural. Apesar de interessante para entender a relevância do poder político para a legitimação do Patrimônio Cultural, este ainda é um critério muito amplo.

Logo, em uma concepção inicial, temos que o Patrimônio Cultural se constitui de um conjunto de Bens Culturais, designados por um Estado, como de valor universal.

Observado que ambas as Convenções reiteram a participação dos Estados na identificação e designação do Patrimônio Cultural, parece cabível um breve apontamento da questão brasileira.

A Constituição Federal de 1988 elencou o Patrimônio Cultural da seguinte forma:

Art. 216. Constituem Patrimônio Cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988).

Essa concepção de Patrimônio Cultural, que já distingue os bens de natureza material e imaterial, tem algo que merece especial atenção. Essa norma dispõe que os bens culturais que constituem o Patrimônio Cultural são aqueles portadores de referência à identidade, à ação e à memória. O que torna este excerto interessante é justamente a menção a valores mais abstratos do Patrimônio Cultural. Se, no início do Patrimônio Cultural presente no Direito Internacional, observamos uma valoração mais objetiva, com o passar do tempo aquele mencionado valor foi abordado de modo a mostrar um aprofundamento maior, que são justamente os conceitos aqui tratados da identidade e da memória. Nesse sentido, podemos, de modo pragmático, entender esse conceito a partir de suas características e valores:

O patrimônio tem três valores de uso que são: o político, o simbólico e o económico (Peralta, 2003). **O patrimônio tem valor simbólico na medida em que necessita de ser reconhecido por parte dos membros da comunidade em que está inserido, e precisa de ter um significado importante para essa mesma comunidade.** O valor político do patrimônio advém do facto de ser necessário o suporte político à activação do patrimônio, além de que muitas vezes este é activado para servir propósitos de legitimação política. O valor económico do patrimônio prende-se com o facto de este apenas existir por via da sua comercialização no mercado turístico, o que por sua vez só acontece caso tenha um valor simbólico elevado. Assim, pode-se dizer que os três valores de uso do patrimônio estão interligados. Mas, segundo Prats, “a virtude máxima do patrimônio é conservar o passado como instrumento do futuro, sempre em torno e ao serviço da comunidade”. (MARTINS, 2011, p. 41, grifo nosso).

Não se deseja aqui entrar na esfera económica do Patrimônio com maior ênfase, mas, como observado anteriormente, esse valor existe, até porque não é razoável que algo que tenha valor a todo um grupo, de alguma forma não tenha

algum valor econômico atrelado. Da mesma forma, o plano político também parece ser resultado do simbolismo e significação do patrimônio, que posteriormente será observado com maior profundidade quando for tratada a destruição. Neste momento, a questão simbólica do Patrimônio Cultural assume maior relevância na análise desses valores. Então, se o valor simbólico diz respeito à necessidade de reconhecimento e significado, parece possível dizer que esse possui um grande elo com a identidade de um grupo e, por consequência, com sua construção social.

Nessa perspectiva, Silva Junior e Oliveira (2018, p. 05) ressaltam que, em uma análise antropológica de viés etnográfico, o Patrimônio Cultural em sua noção de cultura na delimitação de patrimônio traria um entendimento como “fato social total”. Ainda nesse sentido, evidenciam os pressupostos que consideram pertinentes a essa ideia. Confira-se:

Ressonância (os objetos que compõem um patrimônio necessitam encontrar respaldo ou reconhecimento junto a seu grupo), Materialidade (assumida para quem o reconhece como tal, independentemente de sua condição tangível ou intangível) e Subjetividade (inexiste patrimônio o qual não é ao mesmo tempo condição e efeito de modalidades específicas de autoconsciência individual ou coletiva). (SILVA JUNIOR; OLIVEIRA, 2018, p. 05).

Esses pressupostos parecem ser perfeitamente capazes de conexão com o valor simbólico, uma vez que combinam no que diz respeito ao respaldo e, ao mesmo tempo, com a condição e o efeito, ambos em um grupo.

Em conclusão, temos, por definição, que o Patrimônio Cultural, em seu conjunto de Bens Culturais, é elevado a esta categoria a partir de uma análise subjetiva, da qual importa seu valor simbólico, medido pela sua capacidade de ressonância e ativação em um grupo social. Ainda que tenhamos visto um conceito mais inflexível na norma, o Patrimônio Cultural na prática se constitui dessa subjetividade, na qual o reconhecimento é possível a partir de um laço de identidade para com um grupo.

Dessa forma, tendo alguma ideia de como está delineado o Patrimônio Cultural nas normas internacionais, cabe uma análise além do mundo jurídico: algo que possa nortear o entendimento do termo além do que é normatizado. Em uma frase expressiva, a UNESCO (2017) remete ao Patrimônio Cultural como “[...] o legado que recebemos do passado, vivemos no presente e transmitimos às futuras

gerações”. Apesar de partir de uma ideia mais clássica, a mesma nos indica uma transformação dessa conceituação em contraponto ao rol mais taxativo nas Convenções anteriores, que aventam diversas formas do Patrimônio Cultural. Sua maior potência parece estar não somente atrelada ao que podem ser, mas também ao que podem significar. Parece cabível ressaltar a mudança observada por Vasconcelos (2018, p. 04) no século XXI:

Porém no século XXI o valor que se atribui ao Patrimônio Cultural vai além da sua simples estética e antiguidade; existe todo um contexto que constitui uma série de elementos, que se dirija desde os rasgos físicos, as crenças até as formas de viver e comportar. Essas diversidades se expressam na linguagem das ideias, religiões, na tecnologia, sendo essas variedades de componentes formadas por cada grupo social, interpretadas nesses espaços históricos e que estão em conformidade com suas culturas.

Ou seja, o conceito de memória coletiva de um povo, com o passar dos anos, foi se ampliando. As noções dos bens que representam uma sociedade foram, progressivamente, mudadas em razão da substituição dos antigos conceitos pelas novas visões de que os objetos devem ser refletidos além do simples valor material, sendo incorporados vários tipos de patrimônio que antes não eram valorizados. Desta forma, a nova definição abrange não somente os monumentos históricos e obras de artes, mas também elementos folclóricos, etnográficos, bibliográficos, documentais, materiais, entre outros, cujo significado não tem motivo de ser somente a história ou a estética, senão que são valiosos por tratarem de manifestações da atividade humana em geral, ainda que sejam muito recentes.

A identificação do acervo material e/ou imaterial preexistente por si só não pode ser considerado patrimônio, depende da construção social, em que os grupos que estão no poder selecionam algumas das múltiplas culturas, imóveis e bairros do passado e assignam atributos históricos, artísticos e outros valores coletivos. A valorização do objeto produzido no passado transmite a relação que os povos e sua elite têm e tinham com o passado distante e o presente. Assim se conservam ou se destroem determinados objetos produzidos no passado. (VASCONCELOS, 2018, p. 04)

Esse excerto apresenta duas características primordiais para entender o intuito deste trabalho. Em primeiro lugar, a existência de uma variedade de componentes, os quais são interpretados em função de sua conformidade com a cultura de determinado grupo social, que seria a citada ressonância do Patrimônio. Essa questão é pertinente quanto à ideia de delimitação do Patrimônio, hajam vistas as diferentes expectativas que podem assumir perante diferentes grupos. (SILVA JUNIOR; OLIVEIRA, 2018, p. 04).

Em segundo, a ideia de que não é o acervo, a coisa física em si, que define o que é Patrimônio, como o citado nas Convenções, mas a ideia de que o Patrimônio Cultural está vinculado a uma Construção Social, a citada “valoração” do Patrimônio Cultural necessita transmitir a relação do povo (ou sua elite) com o passado e o presente. Ainda, cabe uma breve observação de que esta valoração é o que determina se um objeto deve ser conservado ou destruído. Essa valoração é o que define a existência do Patrimônio Cultural, questão-chave para entender posteriormente as possíveis expectativas em sua destruição.

Deste modo, parece cabível partirmos de uma nova abordagem, a qual pode ser iniciada com a definição de Patrimônio Cultural apresentada por Rodrigues (2017):

É o conjunto de bens, materiais e imateriais, que são considerados de interesse coletivo, suficientemente relevantes para a perpetuação no tempo. O patrimônio faz recordar o passado; é uma manifestação, um testemunho, uma invocação, ou melhor, uma convocação do passado. Tem, portanto, a função de (re)memorar acontecimentos mais importantes; daí a relação com o conceito de memória social. (RODRIGUES, 2017, p. 354).

Diante do exposto, parece possível afirmar que, além de conceitos fechados, o Patrimônio Cultural é um legado, algo que vivemos e transmitimos. Como coloca Vasconcelos (2018, p. 03), o Patrimônio Cultural é uma produção humana de manifestações ou objetos que foram recepcionados historicamente por uma sociedade e que constituem elementos significativos para a identidade desta como povo. Observada a esfera a qual pertencem⁵², tais patrimônios constituem um verdadeiro testemunho da progressão da humanidade e têm caráter de modelo ou referência em seus contextos. Nesse sentido, é importante ressaltar que, apesar dessa associação, o Patrimônio é uma seleção de um grupo significativo, uma verdadeira escolha cultural (PERALTA, 2000, p. 218).

Como dito anteriormente, o Patrimônio Cultural remete a valor, seja ele individual ou coletivo. Ele possui uma relativização e, em última instância, é uma construção social. Como construção social, pode ser considerado como uma representação simbólica de uma identidade. Por esse viés, o Patrimônio Cultural

⁵² Patrimônio Mundial, da humanidade e nacional (federal, estadual ou municipal).

compreende os elementos que determinam a identidade de um grupo e o diferenciam de outro (PERALTA, 2000, p. 218).

Ainda nessa seara, Rodrigues (2017, p. 355) aponta o Patrimônio Cultural como expressão da identidade histórica e das vivências de um povo, sendo paralelamente responsável por manter e preservar a identidade de uma nação. O autor também localiza que o patrimônio Cultural está atrelado a uma legitimação social e política do que pode ou não ser considerado patrimônio.

Como afirmam Silva Junior e Oliveira (2018, p. 06), as questões identitárias, em uma perspectiva individual para a coletiva, são decisivas para reconhecimento do Bem Cultural como pertencente ao Patrimônio Cultural, mediante conexões com contextos passados e interesses sociais e políticos. Nesse sentido, conclui-se que o valor do Patrimônio Cultural retratado aqui é justamente sua capacidade de representar simbolicamente uma identidade.

O vocábulo “identidade”, conforme SILVA (2008), é empregado para apontar semelhança, paridade e elementos componentes que demonstram qualidades de uma mesma coisa “e, assim, mesmo que a rigor não se exija a coisa, sob o mesmo corpo ou sob a mesma matéria, por sua identidade se mostra a mesma” (SILVA, 2008, p. 695). Logo, temos que a Identidade pode ser empregada para demonstrar as propriedades de semelhança entre seres diversos. Isso se aplica a coisas, pessoas, grupos e assim por diante. Quando um indivíduo se identifica com outro, infere-se que eles partilham algo. Da mesma forma, um indivíduo se identifica com um grupo por ter um laço de pertencimento, ou seja, alguma das suas propriedades individuais está presente no grupo. Em lógica e matemática, existe uma razoável facilidade em contemplar as propriedades que garantem a um elemento estar contido em um grupo. No âmbito social, essa propriedade assume um caráter mais subjetivo, uma vez que cada indivíduo tem uma grande quantidade de identificações, o que se repete no âmbito de grupos e outros modos de união.

Ao final do século XX, a identidade assumiu grande enfoque no estudo da sociedade. Como tratado por Silva Junior e Oliveira (2018), as transformações históricas nesse período, principalmente as referentes às mudanças sociais ocasionadas pela diversidade de identidade, chamaram a atenção para o tema. A partir desse aprofundamento teórico, foram constatados diversos aspectos do conceito de identidade, desde os relacionados ao indivíduo, à coletividade e ao encontro entre a identidade coletiva e individual.

Diante dessa complexidade, no presente trabalho cabe delimitar a análise da identidade no âmbito coletivo, que abrange diferentes conceitos de grupo e, eventualmente, considerar a interação individual, mas sempre com fins de entender o coletivo. Nesse sentido, é interessante expor a construção efetuada por Martins (2011):

A identidade é um conceito complexo. Segundo Handler (1994), o termo identidade tem sido utilizado pelas ciências sociais como referência a três aspectos da vida humana. Em primeiro lugar para pessoas individuais. Em segundo lugar para colectividades imaginadas como individuais. Por último, para o conjunto dos dois primeiros, especialmente no modo como os indivíduos assimilam elementos da identidade colectiva para a sua identidade própria (Handler, 1994:28). Na sua perspectiva **a identidade tem sido consistente com uma ideologia nacionalista, sendo que as nações têm uma identidade única que pode ser definida por referência a um espaço, tempo e barreiras culturais precisas que são naturalmente suas e não fruto de uma construção simbólica. Segundo o autor, “o pressuposto mais básico da ideologia nacionalista diz respeito à preocupação com a existência de uma nação geográfica, histórica e culturalmente única.** Acredita-se que a nação “nasce” indissoluvelmente ligada a um território limitado e a uma história particular; essas ligações são concebidas como naturais e arbitrárias” (Handler, 1985:211). As análises académicas recentes sobre identidade colectiva têm demonstrado alguma tensão entre a noção de que a identidade é imutável, e a noção de que a identidade é construída e reconstruída pela acção histórica, embora cada vez mais investigadores optem pela segunda hipótese como sendo a mais válida. Para Handler, falar de identidade é alterá-la, reconstruí-la. A identidade dos grupos não é imutável, não havendo uma resposta correcta para a questão “quem somos nós”, visto que se tem que ter em conta as múltiplas vozes do discurso identitário que podem ter diferentes entendimentos sobre a questão. (MARTINS, 2011, p. 30, grifo nosso).

Esse trecho já traz uma indicação ao que se tem por objeto apresentar: a construção de uma nação com uma identificação cultural. Como ressalta Rodrigues (2017, p. 353), as identidades emergem de processos interativos que os indivíduos experimentam em sua realidade cotidiana. Por serem fruto de trocas, não são estáveis e unificadas, mas, antes, são mutáveis e se transformam. Sob um olhar pragmático, o indivíduo se afeiçoa à família, à religião, à política, ao lazer, entre várias outras hipóteses em que encontra um sentimento de pertencimento. Da mesma forma, os grupos, a sociedade e a própria nação encontram um elo, que poderia ser entendido como uma grande identidade que emerge dessa construção coletiva. Nesse sentido, Rodrigues (2017, p. 353) ressalta que a sociedade constrói

e propaga sua Identidade por meio do afeto que possui com seu passado, mitológico, histórico e simbólico-religioso.

Castells (2008, p. 22) define a identidade como um “processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, o(s) qual(ais) prevalece(m) sobre outras fontes de significado”. Neste trabalho, esse atributo ou grandeza identitária em vista é justamente o Patrimônio Cultural: todo aquele conceito de patrimônio trabalhado anteriormente, em uma perspectiva de união de um grupo. No que diz respeito à coletividade abordada, este trabalho está inserido no âmbito internacional e, deste modo, o enfoque preponderante é observar essas identidades no âmbito do Estado *versus* Estado.

Parece, pois, cabível entender que a identidade, enquanto uma construção, é uma expressão ideológica que se altera conforme um discurso prévio que subsidia interesses, sentidos e valores prévios (PRATS, 2000, p. 121). Contudo, cabe, nesse ponto, advertir que o sentido proposto para Identidade aqui não é defini-la como algo estático e imutável, mas como uma verdadeira “celebração móvel”, como coloca Hall (2006):

Esse processo produz o sujeito pós-moderno, conceptualizado como não tendo uma identidade fixa, essencial ou permanente. A identidade torna-se uma ‘celebração móvel’: formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam (Hall, 1987). É definida historicamente, e não biologicamente. [...] A identidade plenamente unificada, completa, segura e coerente é uma fantasia. Ao invés disso, na medida em que os sistemas de significação e representação cultural se multiplicam, somos confrontados por uma multiplicidade desconcertante e cambiante de identidades possíveis, com cada uma das quais poderíamos nos identificar, ao menos temporariamente. (HALL, 2006, p. 13).

Em sentido contrário, temos a ideia de Prats (2000, p. 121), na qual a Identidade assumiria uma relativa fixação no âmbito temporal. Apesar de concordar em alguns pontos com sua ideia de construção social e considerar que existem certas referências com maior permanência, como o próprio Patrimônio Cultural, este trabalho converge na ideia da mobilidade da Identidade. Ao pensar na destruição do Patrimônio Cultural, o reflexo hipotético diz justamente respeito à alteração da Identidade preestabelecida.

Assim, parece mais adequado partir da perspectiva de Hall (2006), com a qual Silva Junior e Oliveira (2018) concordam, a respeito desse caráter móvel das construções identitárias, principalmente em um contexto pós-moderno. Do mesmo modo, Santana e Simões (2015, p. 91) destacam que o caráter fixo e imutável como fenômeno de homogeneidade da Identidade não corresponde ao conceito pós-moderno de identidade. Essa flexibilização é pensada por Silva Junior e Oliveira como fruto da liquidez atual da sociedade (2018, p. 03), em consonância com Santana e Simões (2015, p. 51) que, pela constante hibridização cultural, asseveram que existe a necessidade de algo menos moldável em momentos e contextos diversificados. Esse entendimento é pertinente quando observada a ideia de Estado e seu respectivo povo, a qual é desenvolvida por Hall (2006) conforme segue:

Em vez de pensar as culturas nacionais como unificadas, deveríamos pensá-las como constituindo um *dispositivo discursivo* que representa a diferença como unidade ou identidade. Elas são atravessadas por profundas divisões e diferenças internas, sendo 'unificadas' apenas através do exercício de diferentes formas de poder cultural. Entretanto — como nas fantasias do eu 'inteiro' de que fala a psicanálise lacaniana — as identidades nacionais continuam a ser representadas como *unificadas*. Uma forma de unificá-las tem sido a de representá-las como a expressão da cultura subjacente de 'um único povo'. (HALL, 2006, p. 61.62).

Novamente, podemos observar que a Identidade não necessariamente é apenas uma. Todavia, quando em uma visão ampla — como é o caso do povo —, converge para uma espécie de representação que é vista como algo unificado.

Antes de adentrar a Construção Social e seu relacionamento com a Identidade e o Patrimônio Cultural, faz-se necessário perpassar mais um tema relacionado, a Memória. Como citado, a identidade e o Patrimônio Cultural possuem relações com o passado, e a Memória como recurso de legitimação se destaca como mecanismo para possibilitar esse liame (SILVA JUNIOR; OLIVEIRA, 2018, p. 06).

Como observado anteriormente, o Patrimônio Cultural é, em grande medida, determinado pela sua aptidão para representar a Identidade. Nesse sentido, é interessante analisar a construção efetuada por Peralta (2000, p. 219). A autora ressalta que os símbolos são um veículo privilegiado de transmissão cultural que possibilitam um vínculo com o passado. Por meio dessa conexão entre passado e presente que forma a identidade, é possível a identificação e diferenciação em

grupo. Nessa ideia de memória como uma viagem histórica, convém observar na íntegra a concepção apontada pela autora:

A nossa memória colectiva modelada pelo passar do tempo não é mais de que uma viagem através da história, revisitada e materializada no presente pelo legado material, símbolos particulares que reforçam o sentimento colectivo de identidade e que alimentam no ser humano a reconfortante sensação de permanência no tempo. Os objectos do passado proporcionam estabilidade, pois se o futuro é aquele destino essencialmente incerto e o presente aquele instante fugaz, a única certeza que o ser humano possui é a verdade irrefutável do passado. (PERALTA, 2000, p. 219).

Em tempo, percebe-se que a memória permite que, por meio de uma ancoragem no Patrimônio Cultural, seja possível materializar questões históricas em uma revisitação da História e em uma sensação de permanência no tempo. É interessante observar que o Patrimônio Cultural reforça a Identidade a partir desta revisitação permitida pela memória, além de atribuir importância ao sentimento de estabilidade que proporciona.

Conforme Huysen (2000, p. 10), a inovação nos discursos de memória veio à tona na década de 60, como uma resposta ao movimento de descolonização e no bojo da busca pela História alternativa e revisionista. Nessa toada, na década de 70, tem-se a ideia de que o indivíduo adquire suas memórias na sociedade, “onde ele também as recorda, reconhece e localiza” (HALBAWACHS, 2010, p. 06, tradução nossa).⁵³

Em Martins (2011, p. 23), temos que a conceituação de Memória como um fenômeno coletivo é iniciada por Halbwachs, em que a “memória e a identidade são assim sistemas estáticos que permitem a coesão social. Desta forma, as memórias individuais são condicionadas pelos padrões coletivos”. Nesse sentido, Le Goff (1990, p. 410) entende que “A memória é um elemento essencial do que se costuma chamar identidade, individual ou coletiva, cuja busca é uma das atividades fundamentais dos indivíduos e das sociedades de hoje, na febre e na angústia”.

⁵³ Texto original: “*Cependant c'est dans la société que, normalement, l'homme acquiert ses souvenirs, qu'il se les rappelle, et, comme on dit, qu'il les reconnaît et les localise.*” (HALBAWACHS, 2010, p. 06).

Silva Junior e Oliveira (2018, p. 07) entendem que essa visão de Le Goff indica a memória como, “um processo de captar, guardar e recuperar informações que foram fixadas pelo campo cognitivo do ser”, de modo que a memória social seria a sua socialização. Por sua vez, podemos encontrar em Santana e Simões (2015) um vislumbre da importância que possui a memória em contextos sociais:

Assim, pode-se dizer que a memória é fruto do entrelaçamento das experiências de um momento vivido; é uma espécie de guardiã da integridade de cada grupo social, que assegura a sobrevivência de acontecimentos que marcaram um tempo e garante a partilha desses acontecimentos entre indivíduos de um grupo social. A memória coletiva é apontada como um cimento indispensável à sobrevivência das sociedades, o elemento de coesão garantidor da permanência e da elaboração do futuro. (SANTANA; SIMÕES, 2015, p. 92).

Como se observa, a memória é um atributo de coesão, algo que, junto à Identidade e ao Patrimônio Cultural, implica no pertencimento a um grupo ou à própria sociedade. Essa conclusão pode ser encontrada em Rodrigues (2017):

Segundo Halbwachs (1992), a identidade reflete todo o investimento que um grupo faz, ao longo do tempo, na construção da memória. Portanto, a memória coletiva está na base da construção da identidade. Esta reforça o sentimento de pertença identitária e, de certa forma, garante unidade/coesão e continuidade histórica do grupo. (RODRIGUES, 2017, p. 357).

Com isso, parece correta a conclusão de Silva Junior e Oliveira (2018, p. 08), na qual a memória social legitima a identidade de um grupo de modo que este processo se utiliza do Patrimônio Cultural como instrumento apto a validar esse discurso. Observado esse relacionamento entre os conceitos apresentados, é possível então proceder a sua análise a partir de sua construção.

2.2 Comunidade Imaginada e Nação: Identidade no espectro coletivo

Neste ponto, é cabível afirmar que as categorias abordadas até o momento — Patrimônio Cultural, Identidade e Memória — estão entrelaçados em sua construção. E, como construção, pode ser observado que, por certo, essa construção é promovida por determinados atores sociais, principalmente no que se refere a parte do Patrimônio Cultural que, como visto, tem um importante papel de ancoragem em relação à identidade e à memória. Em Rodrigues (2017), podemos observar uma abordagem desta ideia:

É importante realçar esta ideia da manipulação ideológica do que pode ser ou não patrimônio; quem decide o que é relevante preservar é um determinado grupo (elite) e não o coletivo (povo) como um todo. Neste sentido, o patrimônio é um constructo social (Prats 1997), é uma invenção, ou por outras palavras, uma versão apenas de uma parte do conjunto das ações humanas, num determinado período histórico (Peralta 2000). Neste caso, considerando a estreita relação entre patrimônio e identidade, a identidade de um grupo/sociedade é sempre um processo seletivo e fragmentado. (RODRIGUES, 2017, p. 354).

Tendo em vista este caráter seletivo de construção, é oportuno tentar compreender como este se relaciona em uma construção social. Como já observado, o espectro do Patrimônio Cultural se consubstancia nas construções sociais, desde a identidade até a formação de grupos. Desse modo, é interessante verificar a construção social em sua forma maior, focando na organização da sociedade em um Estado.

Não é segredo que este trabalho parte do Direito Internacional e, desse modo, se volta para uma ótica a partir do Estado soberano⁵⁴. Todavia, o Estado, como o conhecemos no Direito, se trata de uma forma de organização política em última instância.

Contudo, na perspectiva interdisciplinar na qual se assenta este capítulo, utilizar a forma de organização política e jurídica parece não ser o caminho mais

⁵⁴ O Estado, aqui, remete à forma política relativa à nação, não sendo o caso do estado como entidade confederada, como está dividido o território brasileiro. Cf. SILVA, De plácido. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

cabível neste momento. Sendo assim, optou-se pelo uso do termo nação, a qual pode ou não ser um Estado, a depender de sua organização. Ainda assim, por se tratar de um grupo comumente organizado em Estado, tal perspectiva parece melhor atender a didática necessária para o caso concreto.

Como tratado na identidade, a ideia de uma nação unificada é algo de certo modo fantasioso. Isso porque existe uma diversidade de grupos menores inseridos, cada um com suas particularidades. Quando pensamos no Brasil, não existe dificuldade em observar a diversidade de grupos possíveis, seja relativa à origem, a religiões, a costumes, a culturas e a muitas outras características diferentes. Cada grupo desses possui uma identidade própria, que contém outros grupos com outras identidades, e assim sucessivamente até que se pense na ideia de indivíduo, o qual também possui mobilidade em sua identidade. Contudo, nesse caso particular, podemos observar que todos possuem a mesma nacionalidade: essa identidade nacional, que antes de uma ideia política e jurídica, vincula os indivíduos em uma nação.

Hall (2006, p. 48) representa essa necessidade de definição do indivíduo ao citar dois autores com posições opostas, uma mais conservadora (Roger Scruton) e outra mais liberal (Ernest Gellner). Embora as opiniões sejam divergentes, ambos os autores analisados observam essa mesma necessidade:

‘A condição de homem (*sic*) exige que o indivíduo, embora exista e aja como um ser autônomo, faça isso somente porque ele pode primeiramente identificar a si mesmo como algo mais amplo — como um membro de uma sociedade, grupo, classe, estado ou nação, de algum arranjo, ao qual ele pode até não dar um nome, mas que ele reconhece instintivamente como seu lar (SCRUTON, 1986, p. 156)’

[...]

‘A idéia de um homem (*sic*) *sem uma* nação parece impor uma (grande) tensão à imaginação moderna. Um homem deve ter uma nacionalidade, assim como deve ter um nariz e duas orelhas. Tudo isso parece óbvio, embora, sinto, não seja verdade. Mas que isso viesse a parecer tão obviamente verdadeiro é, de fato, um aspecto, talvez o mais central, do problema do nacionalismo. Ter uma nação não é um atributo inerente da humanidade. Mas aparece, agora, como tal (GELLNER, 1983, p.6)’. (HALL, 2006, p. 48)

Assim, Hall (2006, p. 48-49) conclui que a nação, além de uma entidade política, é um sistema de representação cultural. Assim, as identificações pré-modernas relacionadas à povo, à religião e ao território foram transferidas para uma

cultura nacional, organizada sob a égide do Estado-nação. Desse modo, a nação pode ser entendida não como uma identidade unificada, mas como uma identidade guarda-chuva que, de alguma forma, abarca a diversidade de identidades daqueles ali inseridos.

Em 1882, Ernest Renan (2006, p. 17-18) proferiu, na Universidade de Sorbonne, seu ensaio “O que é uma Nação?”. Tal ensaio foge da concepção étnica do conceito de raça, assim como da língua ou da religião, que não são considerados imperativos para a formação de uma nação. Apesar de considerar poderoso o liame humano advindo dos interesses e da própria vontade, assim como os limites geográficos e suas facilitações, não seriam esses, na visão do autor, o que se tem como essencial à nação. Em suas palavras, existe algo “sentimental” e a nação se constituiria em uma “alma”, um “princípio espiritual”. Ficam explícitas nessa abordagem algumas características interessantes do que se entende por nação, como o fato de ser um longo processo de esforços e sacrifícios, ou do significativo papel das lembranças, principalmente as de luto, pois são as que “impõem” obrigações de esforço comum. Com relação ao proposto por Renan, Hall (2006, p. 58) aponta três conceitos importantes, sendo “a memória do passado; o desejo por viver em conjunto; a perpetuação da herança”.

Não parece haver dúvida de que as nações, em si, emergem após grandes conflitos, uma vez que existe uma obrigação tácita de defesa comum. Ainda, antes de encerrar, Renan (2006) elenca a nação como um “plebiscito” diário, pois necessita dessa reivindicação de existência. Como defende Ernest (2006):

O homem não é escravo nem de sua raça, nem de sua língua, nem de sua religião nem do curso dos rios nem da direção das cadeias de montanhas. Uma grande agregação de homens, sã de espírito e quente de coração, cria uma consciência moral que se chama nação. Tanto que esta consciência moral prova sua força pelos sacrifícios que exige a abdicação do indivíduo em proveito de uma comunidade, ela é legítima, ela tem o direito de existir. (ERNEST, 2006, p. 20).

Sobre a emergência após conflitos, podemos citar a leitura de Balakrishnam (2000 apud MOLL NETO, 2017, p. 289), que entende que o pertencimento a uma nação pode ser superficial na vida cotidiana. O estopim para a “nacionalidade imaginada” é a luta, é o que traz relevância para os valores identitários, a defesa da nação e do grupo a que pertence. Esse parece um ponto chave com relação à

destruição do Patrimônio Cultural em situações de conflito. A partir da ideia de que a identidade está inflamada nesses momentos, não seria de se pensar a destruição do Patrimônio Cultural como uma forma de afastar esse pertencimento visto da Identidade?

Ainda com relação à nação, Moll Neto (2017, p. 286) observa que, posteriormente, Benedict Anderson veio a recuperar algumas ideias de Renan em seu trabalho acerca das comunidades imaginadas. Confira-se:

[...] Ela é imaginada porque mesmo os membros da mais minúscula das nações jamais conhecerão, encontrarão ou nem sequer ouvirão falar da maioria de seus companheiros, embora todos tenham em mente a imagem viva da comunhão entre eles. (ANDERSON, 2008).

Tal acepção de comunidade imaginada parece retornar as construções sociais, sendo mais um demonstrativo de como existe um sentido único na ideia de que a construção social faz parte do grupo, comunidade ou nação.

Por fim, parece que a construção social de uma nação parece bem exposta por Hall (2006), quando afirma que, ao invés de pensar as culturas nacionais como algo unificado, deveríamos pensá-las “como constituindo um dispositivo discursivo que representa a diferença como unidade ou identidade” (HALL, 2006, p. 61-62).

Sendo assim, conclui-se que a construção social da nação está amplamente ligada à Identidade, que utiliza a memória e o Patrimônio Cultural como fontes. Nesse processo de afirmação e reafirmação identitária, o Patrimônio Cultural tem um papel importante em ancorar esses sentimentos de nação. Assim, a alteração do Patrimônio Cultural influencia na formação da identidade e, conseqüentemente, no sentimento de grupo construído por seus integrantes.

Ainda que sejam observados vários atores que moldam e intervêm em toda essa Construção Social e nas relações de poder estabelecidas, parece possível dizer que, geralmente, estes integram a identidade nacional.

Contudo, paira o questionamento quanto a essa construção que vem de “fora”, quando é fruto de uma imposição do “outro”, não do “nós”: nessa situação, seria ainda passível entender esse processo como uma construção social? Como hipótese sugerida aqui, tem-se que seria um verdadeiro desfazimento da Identidade, algo como uma (des)Construção Social que, a partir da destruição de algum

elemento formativo da Identidade, imponha uma alteração forçada, uma verdadeira Limpeza Cultural.

2.3 Destruição do Patrimônio Cultural e a Limpeza Cultural

O questionamento inicial deste trabalho paira sobre a Limpeza Cultural efetivada em conflitos armados, especificamente no que diz respeito ao Patrimônio Cultural. Superficialmente, a destruição de locais históricos como mausoléus ou monumentos, por exemplo, ainda que possam soar como algo secundário em um estado de conflito, se demonstra uma estratégia que trabalha em um nível profundo de afronta aos indivíduos e aos povos. Para alcançar esse entendimento, faz-se necessário analisar esta construção a partir de uma metodologia aristotélica, ou seja, decompor a questão em seus elementos iniciais mais simples para construir uma conclusão a partir dos elementos científicos abordados (ARISTÓTELES, 1985, p. 19).

O Patrimônio Cultural é representado em diversas formas que, em grande medida, ultrapassam as normas nacionais e internacionais destinadas à sua aplicação e interpretação. Nas várias nuances que apresenta, cabe aqui atenção ao processo que o determina como instrumento de legitimação, de interposição de discursos sociais, políticos, científicos, econômicos e de outras incontáveis áreas do conhecimento. Uma de suas características é ultrapassar sua aceção inicial e moldar-se aos discursos concebidos.

Tal legitimação possibilita a conexão de indivíduos através de uma identidade. A natureza da identidade é reforçada pela memória e enfraquecida pelo esquecimento da representação individual ou coletiva (CANDAU, 2009), como aponta:

Quando nossa memória se torna irremediavelmente falha, sob suas formas individuais tal como problemas mnésicos severos associados às doenças neurodegenerativas (mal de Alzheimer, Huntington, Parkinson), ou sob formas coletivas que se creem legítimas, a amnésia é então acompanhada de um sentimento de perda de identidade (pessoal ou coletiva). (CANDAU, 2009, p. 47).

A partir dessa linha, é interessante questionar se a “amnésia” da memória, no sentido coletivo, através da destruição do patrimônio constituinte da identidade não seria uma forma de enfraquecer a memória compartilhada.

Ao observar o indivíduo, além das suas necessidades voltadas à existência, nota-se a pertinência da memória. A memória é a ferramenta que permite ao indivíduo pensar que o grupo no qual está inserido é detentor de uma essência de certo modo estável no tempo (CANDAU, 2009, p. 47). Em uma apresentação da identidade, é o que permite se inserir em um grupo, e a representação da perda de identidade se traduz na amnésia da memória, uma vez que esta pode ser considerada uma faculdade constituinte da identidade.

Ainda que o indivíduo em sua existência precise de sua identidade, precisará comunicá-la através de uma narrativa. A narrativa de “si próprio” se aplica ao coletivo: na estima do indivíduo a ter uma essência e para que o grupo a que pertence tenha essência também. Essa preocupação é responsável pelo esforço em inserir essa essência em uma narrativa. Ao se inserir em uma narrativa coletiva, se ganha nobreza e, dessa forma, acaba por trabalhar “ao serviço da moldura identitária da comunidade” (RICOEUR, 2000 *apud* CANDAU, 2009. p. 48).

Todavia, a narrativa coletiva pela qual se comunica ainda não é suficiente ao indivíduo, pois ainda lhe falta à ratificação da autenticidade que a mesma reivindica. Essa ratificação se dá através da ancoragem da narrativa no que comumente se entende por tradição. Logo, a tradição vai possibilitar a representação da identidade (CANDAU, 2009, p. 48).

Apesar da diversidade de nuances do que pode ser a tradição, parece acertada a observação de Candau (2009, p. 48) de que a tradição tem como “expressão pública mais moderna o movimento de patrimonialização”. Ou seja, a identidade é tradicionalizada em patrimônio, que substancialmente pretende assegurar a sua narrativa. Logo, temos que o processo de patrimonialização é fundamental na legitimação das “narrativas coletivas de um passado compartilhado” (CANDAU, 2009, p. 48). Não por menos, esse processo comumente é embasado na preservação da tradição ou do tradicional.

Quando tentamos entender a orientação que possibilita o avanço do discurso do patrimônio, Candau (2009) coloca como essencial a abordagem da metamemória e dos sociotransmissores. Em primeiro lugar a metamemória é responsável por reforçar a crença de uma memória coletiva. Não necessariamente fiel aos fatos,

entretanto, a mesma trata da representação individual da memória associada à sua manifestação, uma vez que se confunde o discurso com o que se descreve. Essa reivindicação de veracidade compartilhada no grupo, por vezes, pode ser associada à ilusão da representação do grupo de pertencimento como algo “homogêneo, integrado e dotado de essência” (CANDAU, 2009, p. 51).

Em paralelo, os sociotransmissores, como objetos do mundo, são as molduras sociais, as lembranças antigas que originam as novas e permitem estabelecer uma sequência cognitiva (CANDAU, 2009, p. 52-53). Entre esses, os objetos patrimoniais exercem um papel interessante, principalmente no que se refere ao interesse que recebe. Como centro do discurso, o mesmo ratifica o objeto e é ratificado. Interessante notar que esse ciclo de seleção de objeto “principal” acaba por tornar a seleção como produtora de patrimônio.

A seleção, por claro, se identifica como uma política de patrimônio, mas é questionável a justiça que ocorre na prática. Canda (2009, p. 53) aponta alguns desvios principais, como os excessos (de preservação e de destruição) e a obsessão identitária.

Nesse sentido, a “justa memória” de Ricoeur (2000) pode ser difícil de ser alcançada, como aponta Candau (2009, p. 54): a “memória capaz de dialogar com ela mesma” não recebe grande fomento em conflitos. Existe, pois, um espectro perigoso, no qual se combina os citados desvios, a obsessão identitária e o excesso de destruição. Com o antagonismo de patrimônios, existe uma tensão que, em maior grau, pode se tornar violenta.

Candau (2009) defende que uma característica humana é a de fazer prevalecer a cooperação entre os que são naturalmente próximos e a questão da identidade do grupo facilita essa aproximação. Todavia, defende que se opere uma estratégia contrária, na qual as estratégias identitárias se subordinem às estratégias cooperativas, de modo a buscar, primeiramente, a cooperação, para que a mesma naturalmente possibilite identificações.

Contudo, existem correntes contrárias a essa concepção de preservação do patrimônio e suas respectivas nuances. Varine (2017, p. 21-24), por exemplo, realiza críticas à constante apropriação que ocorre sobre o patrimônio, que “evolui” de nacional, para internacional e, finalmente, para patrimônio da humanidade conforme “nossos gostos”. Em sua concepção, o que hoje seria considerado bárbaro é uma

espécie de ciclo de construção e destruição do Patrimônio Cultural que vem ocorrendo a cinco mil anos.

Assim, sua crítica se prende àquele que, sobre alcinha de protetor da humanidade, aplica a sua vontade e usufrui do seu patrimônio e do alheio. Em que pese seu apontamento possuir fundamento, principalmente quando se observa os desvios apontados por Candau (2009, p. 16), não parece cabível a contrariedade ao uso de categorias do patrimônio (como nacional e da humanidade). Isso porque tais categorias são propostas para proteger culturas e seu patrimônio, não para tornar estático o mundo.

Apesar da pontual necessidade de observar as narrativas propostas, quando se trata da seleção do Patrimônio Cultural, não se pode consubstanciar perdas inestimáveis na história da humanidade sob os fundamentos apontados. Ainda que, exista o “imperialismo cultural” (VARINE, 2017), parece sensata a busca da cooperação ao invés da permissividade da resposta violenta ao patrimônio.

Seguindo o raciocínio, a UNESCO reconhece a existência de quatro formas de destruição do Patrimônio Cultural em conflitos armados (UNESCO, 2015): a) Saque organizado e tráfico ilícito de bens culturais; b) Negligência Forçada; c) Dano Colateral; e d) Destruição Intencional.

O saque e tráfico em conflitos armados é a forma de destruição pela qual o patrimônio é pulverizado através de seu comércio ilícito. Com frequência, tais práticas em conflitos estão associadas ao custeio de esforços bélicos de grupos armados, apesar de não se limitar exclusivamente a esses casos. Exemplo disso pode ser observado na organização do Estado Islâmico. Em carta ao Conselho de Segurança da ONU, a Rússia estimou, em março de 2016, que o Estado Islâmico possuía o controle de cerca de 100.000 objetos culturais de importância global, incluindo 4.500 sítios arqueológicos, dos quais 9 estariam incluídos na lista do patrimônio mundial da UNESCO (2020), na Síria e Iraque. Ainda, estimou que o grupo captaria em torno de 150 a 200 milhões de dólares ao ano a partir do tráfico ilícito do Patrimônio Cultural (NAÇÕES..., 2016).

A negligência forçada diz respeito, principalmente, a uma consequência indireta dos conflitos armados. Os danos são relacionados a um impedimento físico de acesso ao Patrimônio Cultural, que pode ser oriundo da evacuação da região, do território inacessível ou por inviabilidade financeira oriunda do custo do conflito armado (WEISS; CONNELLY, 2017, p. 14).

O dano colateral é autoexplicativo, mas convém ressaltar que ocorre quando os conflitos armados atingem o Patrimônio Cultural, desde que sem a intenção deliberada de destruição. Apesar da infeliz ocorrência, inclusive com danos tão severos quanto em ataques intencionais, essa modalidade não detém a deliberada tentativa de atacar o Patrimônio Cultural (WEISS; CONNELLY, 2017, p. 13).

Por fim, existe a destruição intencional do Patrimônio Cultural que, conforme Fonseca (2017, p. 05) é frequente em conflitos armados e teria por finalidade enfraquecer a memória e a identidade de um povo, de modo a facilitar a imposição de uma nova doutrina. A Declaração sobre a Destruição Intencional do Patrimônio Cultural (2003), realizada na trigésima segunda seção da UNESCO, elenca a destruição intencional como:

[...] um ato destinado a destruir o Patrimônio Cultural, no todo ou em parte, prejudicando assim a sua integridade, de uma forma que constitui, quer uma violação do Direito Internacional, quer uma violação injustificável dos princípios da humanidade e dos ditames da consciência pública, quando estes últimos atos não estejam regidos pelos princípios fundamentais do direito internacional. (LOPES, 2014, p. 403).

Nessa linha, Weiss e Connely (2017, p. 12) defendem que a destruição deliberada do Patrimônio Cultural pode ocorrer de dois modos, em que ambos resultam em Limpeza Cultural, como se verifica no excerto:

O primeiro **ataca as instituições culturais das populações atuais** e são indicativos da intenção de cometer Genocídio ou limpeza étnica — em verdade, são ferramentas para realizar ambos. Raphael Lemkin — motivador e importante autor do projeto da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948 — originalmente incluiu a destruição da cultura no projeto de Convenção como um componente do Genocídio. Os delegados governamentais, nas negociações finais da Convenção, decidiram se concentrar nos aspectos concretos do Genocídio, os físicos e biológicos, ao invés dos possivelmente vagos elementos culturais e sociais encontrados nos projetos anteriores. O segundo grupo **ataca o passado**, não sendo uma tentativa de apagar as contribuições ou a existência de qualquer povo ou pessoas vivas. Entretanto, são uma forma de apagamento cultural, geralmente a serviço de uma narrativa histórica concorrente e como parte de uma estratégia calculada, a fim

de solidificar a posição pós-combate dos vencedores.⁵⁵ (WEISS; CONNELLY, 2017, p. 12, tradução nossa, grifos nossos).

Ante a contundente destruição do Patrimônio Cultural, hoje a questão se apresenta com maior relevância. Como levantado na Conferência Geral da UNESCO de 1997, a salvaguarda da diversidade cultural é indispensável à saúde espiritual, crendo que “a Limpeza Cultural talvez seja mais perigosa do que a biológica” (SYMONIDES, 2003).

Apesar de didática a separação de objetivos, parece muito tênue a distinção entre as duas formas apontadas, uma vez que ambas resultam em atos de Limpeza Cultural. Em um sentido contrário, Fonseca observa a limpeza cultural a partir de seus efeitos nocivos, os quais tendem ao mesmo objetivo, qual seja, o de destruir o Patrimônio Cultural:

A Limpeza Cultural, como é conhecida, é ainda um conceito em construção em âmbito internacional e pouco debatido no Brasil. Trata-se de um crime de guerra e um instrumento que compõe a Limpeza Étnica, o Genocídio. É uma prática que foi amplamente utilizada por diversos povos ao longo da história, com a intenção precípua de apagar a memória de um povo e instituir um novo modo de vida, uma nova cultura, por meio da imposição ideológica. Uma das características da Limpeza Cultural é a criação de um ano zero, onde o marco inicial faz referência à vitória do opressor. (FONSECA, 2017, p. 05).

Ainda que nem sempre seja atingida a vitória do opressor e a própria criação de um “ano zero”, parece evidente a concordância entre as motivações e objetivos apontados.

⁵⁵ Texto original: “*Deliberate attacks on culture for culture’s sake in wars consist of two categories, and both constitute a strategic cultural cleansing. The first, attacks on the cultural institutions of current populations, are indicative of the intention to commit genocide or ethnic cleansing — in fact, they are tools to accomplish both. Raphael Lemkin — both the motivating spirit behind as well as drafter of important language in the 1948 Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide — originally had included the destruction of culture in the draft convention as a component of genocide. The governmental delegates in the final negotiations of the convention decided to focus on the concrete physical and biological aspects of genocide rather than on the arguably vaguer cultural and social elements found in earlier drafts. The second group, attacks on antiquity, are not an attempt to erase the contributions or existence of any living people or peoples. However, they are a form of cultural erasure, usually in the service of a competing historical narrative and as part of a strategic calculation, once again to solidify the post battle position of the victors*”. (WEISS; CONNELLY, 2017, p. 12)

No que diz respeito aos danos, é extensa a lista de mazelas ocasionadas pelos conflitos armados, principalmente com relação à população. No que tange especificamente à destruição do Patrimônio Cultural, existem alguns principais: o “alarme” quanto à tentativa de Genocídio e limpeza étnica; a destruição de estruturas nas quais as sociedades se organizam e contribuem para a definição de um povo; o prejuízo econômico ao turismo, principalmente com a destruição de locais importantes para a economia da região; e a intensificação das hostilidades, bem como sua perpetuação (WEISS; CONNELLY, 2017, p. 13).

Contudo, os autores ressaltam, ainda, outro ponto, referente ao custo para a humanidade da destruição do Patrimônio Cultural:

Ainda, quando o Patrimônio Cultural é destruído, existe um custo para todos nós, para a humanidade como um todo. Muitos observadores veem a cultura como um empreendimento compartilhado entre pessoas e o tempo, ou como evidência de uma humanidade compartilhada. Existe a possibilidade de se conectar com povos longínquos ou distantes, e experimentar suas culturas — por meio de viagens a locais culturais, visita a museus ou a leitura de textos primários — é uma maneira comprovada de fazer isso. Quando perdemos a cultura, perdemos essa oportunidade. Além disso, a perda de artefatos e locais de importância cultural impede qualquer estudo futuro e, possíveis resoluções de questões abertas da arqueologia, antropologia e história.

Essa perda é comparável ao desaparecimento de espécies da biodiversidade. Os custos exatos são difíceis de mensurar, contudo as guerras e a destruição do Patrimônio Cultural são desvios dramáticos de comunidades fortes e vibrantes, com um senso de identidade de bases sólidas. Nelas, as condições para o pleno funcionamento da sociedade, incluindo a paz e a segurança, estão profundamente comprometidas.⁵⁶ (WEISS; CONNELLY, 2017, p. 13, tradução nossa).

⁵⁶ Texto original: “In addition, when cultural heritage is destroyed, there are costs to us all, to humanity as a whole. Many observers view culture as a shared endeavor across peoples and time, or as evidence of a shared humanity. There exists the possibility of connecting to long-lost or faraway peoples, and experiencing their cultures—through travel to cultural sites, visiting a museum, or reading primary texts—is a time-tested way of doing so. When we lose culture, we lose this opportunity. Further, the loss of cultural artifacts and sites precludes any future study and possibly forecloses the resolution of open archaeological, anthropological, and historical questions. One might compare such losses to the disappearance of species and biodiversity. Exact costs are difficult to calculate, but wars and destruction of cultural heritage are dramatic deviations from healthy, vibrant communities with a strong sense of identity and stable grounding. In them, the conditions for the full functioning of society, including peace and security, are deeply compromised.” (WEISS; CONNELLY, 2017, p. 13).

Este excerto identifica qual ofensa à humanidade ocorre com a destruição do Patrimônio Cultural. Essa destruição é atemporal, visto que, ao mesmo tempo em que se destrói o passado da humanidade, é destruído o presente do povo que está ligado ao patrimônio, bem como se destrói o futuro, impedindo tudo que poderia advir dessa verdadeira herança cultural. Na Declaração sobre a Destruição Intencional do Patrimônio Cultural (2003), a UNESCO ressalta, com relação aos Direitos Humanos e ao Direito Humanitário Internacional, que:

Na aplicação desta declaração, os Estados reconhecem a necessidade de respeitar as normas internacionais onde se tipificam como crime as violações flagrantes dos Direitos Humanos e o Direito Humanitário Internacional, especialmente quando a destruição intencional do Patrimônio Cultural está relacionada a essas violações. (LOPES; CORREIA, 2014, p. 406).

Por esse viés, a Limpeza Cultural parece avançar no sentido do Genocídio. Entretanto, antes de entrar nessa questão, cabe ressaltar alguns pontos quanto às interpretações possíveis da destruição cultural.

A proteção do Patrimônio Cultural já passou pelo enfoque de diversas instituições, organizações e países, que trataram o problema sob óticas diversificadas. Na doutrina, pode ser encontrada uma interessante caracterização das formas de enfrentamento já abordadas. Assim sendo, essa caracterização se faz sob cinco óticas com ideais próprios, sendo a da legalidade, a da responsabilidade, a da segurança, a do contraterrorismo e a da prevenção de atrocidades (LUCK, 2018, p. 11).

As formas de enfrentamento não necessariamente estão separadas, uma vez que são possíveis iniciativas que partam de diferentes objetivos, mas convém observar, inclusive, como estas contribuem na formação deste trabalho.

Com relação ao enfrentamento legal, este parece o mais sólido, justamente por estar positivado no sistema internacional, motivo pelo qual é amplamente avaliada sua construção no capítulo II desta pesquisa. Contudo, deve ser observado que, atualmente, este sistema legal se ampara principalmente em algumas normas, conforme LUCK (2018):

1. Convenção de Haia para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (1954) e seus 2 protocolos;

2. Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação e Transportação e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais (1970);
3. Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972);
4. Convenção da Unidroit sobre Bens Culturais Roubados ou Illicitamente Exportados (1995);
5. Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático (2001);
6. Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003); e
7. Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005). (LUCK, 2018, p. 12)

Como se observa, a continuidade da destruição do Patrimônio Cultural não ocorre por ausência de normas, mas parece estar atrelada à ausência de adesão dos países. É relevante verificar, por exemplo, que o Segundo Protocolo (1999), referente à Convenção de Haia para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito, possui oitenta e dois Estados parte. Dada a importância desse protocolo, por ser um avanço na proteção do Patrimônio Cultural, é interessante observar que, entre os cinco países-membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, três não são partes desse protocolo. Da mesma forma, observa-se que a citada Convenção trata de conflitos armados, limitando a proteção em outras oportunidades (LUCK, 2018, p. 12).

Sob a ótica da responsabilidade, convém observar o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que ao dispor sobre crimes de guerra, contempla expressamente a destruição do Patrimônio Cultural:

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":
 - [...]
 - b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:
 - [...]
 - ix) 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;
 - [...]
 - e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos:
 - [...]

iv) 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; (NAÇÕES..., 1992).

Apesar de o Estatuto estar em vigor desde 2002⁵⁷, a primeira condenação pela destruição de Patrimônio Cultural é recente (CHARLEAUX, 2016). No caso “Al Mahdi” (Promotor contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi), é julgada a destruição do Patrimônio Cultural em Timbuktu. Em 27 de setembro de 2016, Al Mahdi foi sentenciado pela destruição intencional de dez Patrimônios Culturais, em ofensa ao art. 8º, parágrafo 2º, letra “e”, inciso IV, do Estatuto de Roma, que culminou na pena de nove anos de prisão (TRIBUNAL..., 2016). Contudo, é relevante lembrar da Declaração sobre a Destruição Intencional do Patrimônio Cultural (2003), que já apontava, à época da trigésima segunda seção da UNESCO, para a aplicação dos citados artigos relativos a crimes de guerra na destruição intencional do Patrimônio Cultural (LOPES, 2014, P. 403).

Luck (2018, p. 12) observa que este foi um passo importante para a responsabilização e para a afirmação da gravidade da destruição do Patrimônio Cultural. Contudo, assevera que tal medida só é possível após a destruição dos bens e que, mesmo assim, encontra grandes desafios políticos no plano internacional da aplicação da responsabilidade.

Na ótica da segurança, tem-se o enfrentamento da destruição do Patrimônio Cultural a partir da classificação dos ataques como ameaça à paz e à segurança internacional (LUCK, 2018, p. 13). Essa ideia foi reforçada pela 11ª Diretora-geral da UNESCO, Irina Bokova que, com frequência, utilizou o termo Limpeza Cultural para denominar a destruição do Patrimônio Cultural (UNESCO, 2015). Essa posição foi, inclusive, defendida em reunião do Conselho de Segurança da ONU relativa à manutenção da paz e da segurança internacional:

O Patrimônio Cultural conta a história dos povos em toda a sua diversidade. Ele incorpora os pontos de referência e valores que definem nossa humanidade compartilhada e garantem a coesão de

⁵⁷ O Estatuto de Roma entrou em vigor internacionalmente em 1º de julho de 2002, e, no Brasil, em 1º de setembro de 2002, sendo promulgado por meio do decreto nº 4388. Conta com cento e vinte e três Estados partes e julga os crimes de maior potencial ofensivo no âmbito internacional (BRASIL, 2002).

nossas sociedades. Alguns deram suas vidas para defendê-lo. Como escreveu o poeta alemão Heinrich Heine, em todo lugar que os homens queimam livros e cultura, eles acabam queimando outros homens. A história provou com muita frequência que isso é verdade. A destruição deliberada do patrimônio é um crime de guerra. Também é uma tática de guerra acelerar a degradação em longo prazo das sociedades, como parte de uma estratégia de Limpeza Cultural. É por isso que defender a herança cultural é mais do que uma questão cultural; é um imperativo de segurança que não pode ser separado da proteção de vidas humanas. (NAÇÕES..., 2017a, p. 04, tradução nossa)⁵⁸

Não há dúvidas de que o enfrentamento da Limpeza Cultural seja importante, principalmente por alcançar destaque no quadro da segurança internacional. Nesse sentido:

A imposição de aspectos culturais é uma ação comum de dominação praticada há milênios, porém não necessariamente é uma atividade de simples execução e clara percepção das vítimas e mesmo da comunidade internacional. Em contextos de conflito armados, são comuns os exemplos de imposição cultural por meio de extrema violência e ameaças. **A Limpeza Cultural também é uma prática comum nessas circunstâncias, contudo, pouco comentada pela mídia (BAKER et al, 2010). São inúmeros os exemplos de realidades culturais religiosas que utilizam a Limpeza Cultural como uma arma de guerra, a fim de afirmar seu poder e superioridade diante de outras culturas em ambientes de guerra [...]. (FONSECA, 2017, p. 07).**

Contudo, após o término do mandato de Irina Bokova, a utilização do termo Limpeza Cultural tem progressivamente diminuído, estando, até mesmo, ausente da Resolução nº 2.347 do Conselho de Segurança da ONU (NAÇÕES..., 2017b). Apesar de a Limpeza Cultural ter um significado importante e evocar a ligação da violação cultural com o Genocídio, verifica-se novamente que existem limitações, principalmente por não ser um termo aprovado ou ratificado internacionalmente em nenhum instrumento (LUCK, 2018, p. 13).

⁵⁸ Texto original: “*Cultural heritage tells the story of peoples in all their diversity. It embodies the points of reference and values that define our shared humanity and ensure the cohesion of our societies. Some have given their lives to defend it. As German poet Heinrich Heine wrote, everywhere men burn books and culture, they end up burning other men. History has too often proved that to be true. The deliberate destruction of heritage is a war crime. It is also a tactic of war to accelerate the long-term degradation of societies, as part of a strategy of cultural cleansing. That is why defending cultural heritage is more than a cultural issue; it is a security imperative that cannot be separated from the protection of human lives*”. (NAÇÕES..., 2017a, p. 04).

Em sentido semelhante, pode ser observado o enquadramento como contraterrorismo, que se encontra em uma intersecção com a Resolução nº 2347 do Conselho de Segurança da ONU (NAÇÕES..., 2017b). Esta foi a primeira resolução em que o Conselho se dedicou exclusivamente ao Patrimônio Cultural, sem limitação geográfica ou grupos específicos (FIANKAN-BOKONGA, 2017). Essa resolução é, inclusive, a primeira em que o Conselho de Segurança considera atentado, danos e destruição do Patrimônio Cultural como crimes de guerra (SOARES, 2018, p. 15). Significa, portanto, a formalização da ideia da Limpeza Cultural aplicada como ferramenta de terror, uma estratégia para enfraquecer sociedades e a memória (FONSECA, 2017, p. 07).

Alguns pontos importantes podem ser observados na Resolução nº 2347, como a reafirmação dos crimes de guerra, a condenação da destruição e, até mesmo, a decisão de manter o tema na pauta do Conselho de Segurança. Confira-se:

1. Lamenta e condena a destruição ilegal do patrimônio cultural, *inter alia*, a destruição de sítios e artefatos religiosos, bem como a pilhagem e o contrabando de bens culturais de sítios arqueológicos, museus, bibliotecas, arquivos e outros locais, no contexto de conflitos armados, principalmente por grupos terroristas;
[...]
4. Afirma que dirigir ataques ilegais contra locais e edifícios dedicados à religião, à educação, à arte, à ciência e à filantropia ou monumentos históricos pode constituir, sob certas circunstâncias e nos termos do Direito Internacional, um crime de guerra, e os autores destes ataques devem ser levados à justiça;
[...]
23. Decide permanecer ativamente envolvido no tema. (NAÇÕES..., 2017c, tradução nossa)⁵⁹

Nessa resolução, está clara a relevância do Patrimônio Cultural como tema principal, mas existe um grande apelo ao contraterrorismo e à segurança

⁵⁹ Texto original: “1. *Deplores and condemns the unlawful destruction of cultural heritage, inter alia destruction of religious sites and artefacts, as well as the looting and smuggling of cultural property from archaeological sites, museums, libraries, archives, and other sites, in the context of armed conflicts, notably by terrorist groups; [...]* 4. *Affirms that directing unlawful attacks against sites and buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, or historic monuments may constitute, under certain circumstances and pursuant to international law a war crime and that perpetrators of such attacks must be brought to justice; [...]* 23. *Decides to remain actively seized of the matter*”. (NAÇÕES..., 2017c).

internacional, os quais podem ser melhor percebidos em sua versão integral. Esta resolução destaca-se, sobretudo, por ser emitida pelo Conselho de Segurança da ONU, ou seja, o órgão com maior amplitude no âmbito internacional e no centro de seu sistema decisório. Logo, o fato de, pela primeira vez, adentrar no tema e decidir mantê-lo em pauta impõe um precedente que deve gerar reflexos positivos, haja vista sua força política.

Contudo, deve ser asseverado que a resolução permaneceu em uma esfera mais diplomática, ao incentivar e convidar, entre outros exemplos, os Estados-membros a observarem o disposto na Resolução. Desse modo, o Conselho não adotou, no âmbito da Resolução nº 2347, a utilização das medidas que têm à sua disposição, previstas no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, decisão que, de fato, poderia dar grande efetividade na luta contra a destruição do Patrimônio Cultural.

Outra questão importante diz respeito à volatilidade do terrorismo como base para uma política de proteção do Patrimônio Cultural. Embora os Estados se coloquem contra o terrorismo, a forma de enfrentamento diverge completamente entre eles, e depender de um acordo sobre isso pode ser arriscado, sem levar em conta outras formas de destruição (LUCK, 2018, p. 15).

Por fim, temos a ótica da prevenção de atrocidades, a qual invoca a Responsabilidade de Proteger (R2P) no domínio cultural, como justificativa para intervenção internacional (LUCK, 2018, p. 15). A R2P pode ser brevemente definida como:

Responsabilidade de Proteger é um dos institutos que mais desafiou as análises de Relações Internacionais (RI) no século XXI. Isso ocorre porque concilia o conceito de soberania (antes concebido apenas como poder de mando) com a responsabilidade que o Estado possui em proteger sua própria população de graves violações de Direitos Humanos. Quando o Estado não é capaz, ou não deseja fazê-lo, essa responsabilidade recai sobre a comunidade internacional. Afastou os termos dever ou direito de ingerência que salientavam o papel dos países interventores, ressaltando assim, o direito de ser protegido, ou seja, destacando a posição dos beneficiários das intervenções. (ROCHA, 2011).

Como se observa, é uma forma recente, na qual ocorre uma flexibilização do conceito de soberania, permitindo a intervenção internacional em alguns casos específicos de proteção. Basicamente, essa proteção busca operacionalizar o

Capítulo VII da Carta das Nações Unidas em torno de crimes graves, o que acaba por recair em situação similar a anterior.

Apesar de a intervenção ser uma forma interessante de tentar evitar a destruição do Patrimônio Cultural, convém observar que o R2P enfrenta fortes críticas e dilemas quanto à sua delimitação e à sua aplicação (LUCK, 2018, p. 16). Assim, como citado, essa forma de enfrentamento também encontra suas limitações junto às hipóteses anteriores.

Ao longo da explanação sobre as formas já tentadas ou empregadas de fortalecer a proteção do Patrimônio Cultural, pode ser concebido que elas são complementares. Em um primeiro momento, temos a legalidade, que no plano internacional é a base das demais. Em momentos recentes, pode ser vista a implementação da Responsabilidade, como ocorreu no Caso Al-Mahdi. Da mesma forma, o enfrentamento pelo contraterrorismo e pela segurança internacional possibilitou uma evolução no Conselho de Segurança para a Resolução nº 2347. Por fim, a prevenção de atrocidades é uma forma paralela de tentar dar efetividade à intervenção com o Conselho de Segurança.

Então, apesar de tentativas diversas, é possível notar que todas têm os mesmos objetivos e vêm se complementando no decorrer do tempo. Ainda que todas possuam alguma limitação, é visível que houve um desenvolvimento, no plano internacional, do tratamento da destruição do Patrimônio Cultural. Contudo, nota-se, então, que um próximo passo carece de ser dado para esse enfrentamento, uma vez que ainda existem destruições do Patrimônio Cultural ocorrendo no mundo.

3 A HIPÓTESE DO CRIME AUTÔNOMO DE GENOCÍDIO CULTURAL NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Neste capítulo, é realizada uma análise da criação do termo de Genocídio com enfoque na interpretação de sua dimensão cultural, o que posteriormente passou a ser conceituado como Genocídio Cultural. Com isso, é verificada a aplicabilidade do termo no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, da Corte Internacional de Justiça, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional, assim como alternativas para a responsabilização pela destruição do Patrimônio Cultural nesses tribunais.

3.1 Formação do conceito de Genocídio Cultural no âmbito internacional

O polonês Raphael Lemkin é reconhecido por cunhar o termo Genocídio, mas a notoriedade de seu pensamento é anterior ao termo. Em 1933, na quinta Conferência Internacional para Unificação do Direito Penal, realizada em Madri, sob os auspícios da antiga Liga das Nações, o autor abordou a temática dos crimes no âmbito internacional (LUCK, 2018, p. 17).

Essa foi a primeira oportunidade que Lemkin teve para apresentar sua proposta de crimes internacionais, principalmente relacionados a assassinatos em massa. Apesar da negativa do governo polonês, Lemkin buscou outra delegação e teve, então, sua proposta apresentada (STROM; ESHET, 2007, p. 13).

Seu relatório intitulado "*Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offences Against the Law of Nations*" (LEMKIN, 1933) elencava artigos preliminares sobre barbárie, vandalismo, destruição de comunicações e contágio biológico (LUCK, 2018, p. 17). O argumento era o de que alguns atos eram tão perigosos para a comunidade internacional que a maioria dos países os consideram crimes, de modo que seria cabível uma repressão e jurisdição internacional (STROM; ESHET, 2007, p. 13). No que diz respeito aos atos de barbárie, seriam aqueles relacionados ao assassinato de minorias:

Consideremos, em primeiro lugar, atos de extermínio dirigidos contra as coletividades étnicas, religiosas ou sociais, quaisquer que sejam os motivos (político, religioso, etc.); por exemplo, massacres, '*pogroms*', ações empreendidas para arruinar a existência econômica dos membros de uma coletividade, etc. Também pertencem a essa categoria todos os tipos de brutalidades que atacam a dignidade do indivíduo nos casos em que esses atos de humilhação têm sua origem em uma campanha de extermínio dirigida contra a coletividade em que a vítima é membro.

Tomados como um todo, todos os atos desse caráter constituem uma ofensa à lei das nações, o que chamaremos de "barbárie". **Tomados separadamente, todos esses atos são puníveis nos respectivos códigos; considerados juntos, no entanto, devem constituir ofensas à lei das nações em razão de sua característica comum, que é pôr em risco tanto a existência da coletividade em questão quanto toda a ordem social.**

O impacto de atos como esses geralmente excede as relações entre os indivíduos. Eles abalam a própria base da harmonia nas

relações sociais entre coletividades particulares. (LEMKIN, 1933, tradução nossa, grifo nosso).⁶⁰

Como pode ser observado, as inovações que Lemkin buscou não estão relacionadas à existência de um crime, uma vez que a grande maioria dos atos descritos, de alguma forma, já se consubstanciam nas legislações nacionais. Seu interesse é justamente em fornecer subsídios para impedir a perpetuação de crimes contra um oprimido, principalmente quando o opressor não fica sujeito ao sancionamento local.

Entre os crimes elencados no documento, cabe maior atenção a relação entre o ato de barbárie e o ato de vandalismo, que segundo Lemkin (1933) evidenciam o perfil destrutivo do autor. São crimes opostos à cultura e ao progresso da humanidade e que, portanto, causam seu retrocesso. Sobre o ato de vandalismo, o autor o define da seguinte forma:

Um ataque contra a coletividade também pode assumir a forma de destruição sistemática e organizada da arte e do Patrimônio Cultural, na qual o gênio e realização de uma coletividade são revelados nos campos da ciência, artes e literatura. A contribuição em particular de qualquer coletividade para a cultura mundial como um todo forma a riqueza de toda a humanidade, mesmo quando apresentam características únicas.

Portanto, a destruição do esforço artístico de qualquer nação deve ser considerada como um ato de vandalismo direcionado contra a cultura mundial. O autor do crime não apenas causa perdas irrevogáveis no bem e no aspecto cultural da coletividade diretamente envolvida com a obra de arte (cuja genialidade contribuiu para a criação desta obra), mas a toda a humanidade que

⁶⁰ Texto original: *“LET US CONSIDER, first and foremost, acts of extermination directed against the ethnic, religious or social collectivities whatever the motive (political, religious, etc.); for example massacres, pogroms, actions undertaken to ruin the economic existence of the members of a collectivity, etc. Also belonging in this category are all sorts of brutalities which attack the dignity of the individual in cases where these acts of humiliation have their source in a campaign of extermination directed against the collectivity in which the victim is a member. Taken as a whole, all the acts of this character constitute an offense against the law of nations which we will call by the name “barbarity.” Taken separately all these acts are punishable in the respective codes; considered together, however, they should constitute offenses against the law of nations by reason of their common feature which is to endanger both the existence of the collectivity concerned and the entire social order. The impact of acts like these usually exceeds relations between individuals. They shake the very basis of harmony in social relations between particular collectivities”* (LEMKIN, 1933).

experimenta a perda por esse ato de vandalismo. (LEMKIN, 1933, tradução nossa).⁶¹

Para Lemkin, a proteção do Patrimônio Cultural era essencial porque o legado das coletividades contribui para uma cultura da humanidade em constante expansão (STROM; ESHET, 2007, p. 13). Então, em uma proposta de convenção internacional contra tais atos, Lemkin (1933) propôs os seguintes artigos relacionados aos atos de barbáries e vandalismo:

Art. 1. Quem, por ódio contra a coletividade racial, religiosa ou social, ou com o objetivo de extermínio, empreenda uma ação punível contra a vida, a integridade corporal, a liberdade, a dignidade ou a existência econômica de uma pessoa pertencente a esta coletividade, é responsável pelo crime de barbárie, com a penalidade de ..., a menos que a punição por esta ação esteja sujeita a uma disposição mais severa pelo código aplicável.

[...]

Art. 2. Quem, por ódio contra a coletividade racial, religiosa ou social, ou com o objetivo de extermínio, destrua obras do Patrimônio Cultural ou artístico, é responsável pelo crime de vandalismo, com a penalidade de ..., a menos que a punição por esta ação esteja sujeita a uma disposição mais severa pelo código aplicável. (LEMKIN, 1933, tradução nossa).⁶²

Sua proposta era controversa e não foi aceita à época pelos Estados membros da Conferência (LUCK, 2018, p. 17). Contudo, é realmente relevante e,

⁶¹ Texto original: “AN ATTACK TARGETING A COLLECTIVITY can also take the form of systematic and organized destruction of the art and cultural heritage in which the unique genius and achievement of a collectivity are revealed in fields of science, arts and literature. The contribution of any particular collectivity to world culture as a whole, forms the wealth of all of humanity, even while exhibiting unique characteristics. Thus, the destruction of a work of art of any nation must be regarded as acts of vandalism directed against world culture. The author [of the crime] causes not only the immediate irrevocable losses of the destroyed work as property and as the culture of the collectivity directly concerned (whose unique genius contributed to the creation of this work); it is also all humanity which experiences a loss by this act of vandalism” (LEMKIN, 1933).

⁶² Texto original: “Art. 1. Whoever, out of hatred towards a racial, religious or social collectivity or with the goal of its extermination, undertakes a punishable action against the life, the bodily integrity, liberty, dignity or the economic existence of a person belonging to such a collectivity, is liable, for the offense of barbarity, to a penalty of ... unless punishment for the action falls under a more severe provision of the given Code. [...] Art. 2. Whoever, either out of hatred towards a racial, religious or social collectivity or with the goal of its extermination, destroys works of cultural or artistic heritage, is liable, for the offense of vandalism, to a penalty of ... unless punishment for the action falls under a more severe provision of the given Code”. (LEMKIN, 1933).

ainda atualmente, parece se adequar aos problemas internacionais experienciados com a destruição do Patrimônio Cultural.

Posteriormente, Lemkin viu a Polônia ser ocupada pelo Nazismo, quando vivenciou sua teoria na prática, ao testemunhar a simbiose da destruição física e cultural de um povo, bem como os elementos associados e interdependentes do Genocídio (LUCK, 2018, p. 18). Após conseguir sair do país, Lemkin (1944) produziu o livro *“Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government and Proposals for Redress”*, no qual, pela primeira vez, utiliza o termo Genocídio, que é explicado em seu capítulo IX.

Apesar de o livro ser dirigido para evidenciar e documentar a responsabilidade do regime nazista, o seu legado se deu, na posterioridade, pela construção do termo Genocídio para nominar a destruição de uma nação ou grupo étnico (LUCK, 2018, p. 18). Conforme explicado por Lemkin (1944), o genocídio não se resume à destruição imediata por meio do homicídio em massa, mas também pela destruição sistematizada de um grupo. Confira-se:

Novas concepções requerem novos termos. **Por "Genocídio" entendemos a destruição de uma nação ou de um grupo étnico. Essa nova palavra, cunhada pelo autor para denotar uma prática antiga em seu desenvolvimento moderno, é feita a partir da palavra do Grego Antigo *genos* (raça, tribo) e do latim *cide* (matança), correspondendo, assim, na sua formação, a palavras como tiranicídio, homicídio, infanticídio etc. De um modo geral, o Genocídio não significa necessariamente a destruição imediata de uma nação, exceto quando realizada por assassinatos em massa de todos os membros de uma nação. Pretende-se, antes, significar um plano coordenado de diferentes ações visando à destruição de fundamentos essenciais da vida dos grupos nacionais, com o objetivo de aniquilar os próprios grupos.** Os objetivos desse plano seriam a desintegração das instituições políticas e sociais, da cultura, da língua, dos sentimentos nacionais, da religião e da existência econômica de grupos nacionais, e a destruição da segurança pessoal, da liberdade, da saúde, da dignidade e até da vida dos indivíduos pertencentes a esses grupos. O Genocídio é dirigido contra o grupo nacional como uma entidade, e as ações envolvidas são dirigidas contra indivíduos, não em sua capacidade individual, mas como membros do grupo nacional. (LEMKIN, 1944, p. 79-95, tradução nossa, grifo nosso).⁶³

⁶³ Texto original: *“New conceptions require new terms. By "genocide" we mean the destruction of a nation or of an ethnic group. This new word, coined by the author to denote an old practice in its modern development, is made from the ancient Greek word *genos**

Após essa explicação, o autor exemplifica tais atos a partir do confisco, que pode ser considerado simplesmente uma privação do direito individual de propriedade. Contudo, quando é aplicado a indivíduos apenas por sua origem ou raça, tende a enfraquecer identidades nacionais. (LEMKIN, 1944).

Esse exemplo pode, sem muita dificuldade, ser levado para o âmbito cultural, que ainda tem maior conotação identitária. Quando se fala na destruição do Patrimônio Cultural de forma intencional, não é difícil relacionar com a busca de ofender a identidade de algum grupo. Em um contexto atual, por exemplo, pode ser observada a ameaça que o governo americano fez a cinquenta e dois alvos iranianos, “alguns com nível muito alto de importância para o Irã e para a cultura iraniana” (GLOBO, 2020). Rapidamente, o governo se manifestou para descartar qualquer possibilidade neste sentido e reiterou que a destruição do Patrimônio Cultural afronta as normas humanitárias (GLOBO, 2020). Tal ameaça foi criticada por órgãos como a UNESCO (AGENDA..., 2020) e o Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (ICOMOS, 2020), bem como foi lembrada a Resolução nº 2347 que afirma que o ataque intencional ao Patrimônio Cultural é um crime de guerra e os responsáveis devem ser levados à justiça.

Contudo, em uma hipótese similar, na qual qualquer país ataque a cultura de um povo em um caso de destruição do Patrimônio Cultural, não estaria a sociedade diante de um ataque militar qualquer, mas de uma prática que atenta diretamente contra um povo. Não seria a destruição do Patrimônio Cultural pelo Patrimônio em si, mas pelo valor e pelo significado que ele evoca para o povo.

(race, tribe) and the Latin cide (killing), thus corresponding in its formation to such words as tyrannicide, homicide, infanticide, etc.(1) Generally speaking, genocide does not necessarily mean the immediate destruction of a nation, except when accomplished by mass killings of all members of a nation. It is intended rather to signify a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves. The objectives of such a plan would be disintegration of the political and social institutions, of culture, language, national feelings, religion, and the economic existence of national groups, and the destruction of the personal security, liberty, health, dignity, and even the lives of the individuals belonging to such groups. Genocide is directed against the national group as an entity, and the actions involved are directed against individuals, not in their individual capacity, but as members of the national group”. (LEMKIN, 1944, p. 79-95).

Ainda, Lemkin determinou técnicas culturais de Genocídio, como a proibição do uso de idioma de um grupo, a proibição ou desencorajamento do ensino de artes liberais, o controle rígido de atividades culturais e artísticas de todos os tipos e a destruição de monumentos nacionais, bibliotecas, arquivos, museus e galerias (LUCK, 2018, p. 18).

As técnicas do Genocídio relacionadas pelo autor englobam técnicas sociais, políticas, econômicas, biológicas, físicas, religiosas, morais, além das já citadas culturais. Contudo, *a posteriori*, os componentes físicos, biológicos e culturais ganharam mais relevância no debate, como pode ser observado nas negociações para a Convenção sobre Genocídio (LUCK, 2018, p. 19).

Ainda nesse período, Lemkin participou dos Julgamentos de Nuremberg, ocasião em que foram julgados os crimes cometidos pelo regime nazista (STROM; ESHET, 2007, p. 29-30). Nesse momento, trabalhou em prol da utilização do Genocídio nos julgamentos, intento no qual obteve parcial sucesso:

Seu esforço foi bem sucedido. A terceira acusação, que listou os crimes de guerra dos quais os réus foram acusados, disse que eles haviam 'conduzido o Genocídio, deliberado e sistemático, a saber, o extermínio de grupos raciais e nacionais, contra as populações civis de certos territórios ocupados, para destruir raças particulares e classes de pessoas de grupos nacionais, raciais ou religiosos, particularmente judeus, poloneses, ciganos e outros'. Lemkin acreditava que, ao incluir o Genocídio na acusação, 'a enormidade dos crimes nazistas foi descrito mais precisamente'. (STROM; ESHET, 2007, p. 30, tradução nossa).⁶⁴

Contudo, seu sucesso não foi completo por duas questões: a ausência de uma definição precisa e individualizada de Genocídio; e a ausência de julgamento dos crimes realizados no próprio país, sob a égide da soberania, pelo que foram considerados crimes internos, o que causava receio em Lemkin de que esse entendimento viesse a permitir as atrocidades internas (STROM; ESHET, 2007, p. 30).

⁶⁴ Texto original: "*His effort was successful. The third count of the indictment, which listed the war crimes of which the defendants were accused, said that they had 'conducted deliberate and systematic genocide, viz., the extermination of racial and national groups, against the civilian populations of certain occupied territories in order to destroy particular races and classes of people and national, racial or religious groups, particularly Jews, Poles, and Gypsies and others.'* Lemkin believed that by including genocide in the indictment, "*the enormity of the Nazi crimes has been more accurately described.*" (STROM; ESHET, 2007).

Ainda assim, apesar de Lemkin concluir que os Aliados apenas julgaram um ditador passado, mas se recusaram a imaginar um ditador futuro, foram colhidos outros resultados. Nos julgamentos menores subsequentes, foi dada continuidade à questão do Genocídio, inclusive com uma definição precisa, que o diferencia do “mero” crime de guerra e o associa à violação sistemática de Direitos Humanos fundamentais cometidos a qualquer momento e a qualquer cidadão de qualquer nação (STROM; ESHET, 2007, p. 30).

Após os julgamentos, Lemkin permaneceu em uma constante empreitada como ativista dos Direitos Humanos, na tentativa de levar ao êxito uma convenção internacional para a repressão do Genocídio (STROM; ESHET, 2007, p. 35). Após inúmeras tentativas de apoio junto a delegações, Organizações não Governamentais (ONGs) e todas as formas que encontrou, finalmente, em 11 de dezembro de 1946, a Assembleia Geral da ONU apresentou a Resolução nº 96 (I) (NAÇÕES..., 1946), na qual decidiu por unanimidade que o Genocídio é um crime internacional e que deveria ser elaborado um tratado a respeito:

Afirma que o Genocídio é um crime sob o direito internacional que o mundo civilizado condena e cuja comissão é responsável e cúmplices de indivíduos, funcionários públicos ou estadistas, e se o crime é cometido por motivos religiosos, raciais, políticos ou outros - são puníveis;

Convida os Estados-Membros a aprovar a legislação necessária para a prevenção e punição deste crime;

Recomenda que seja organizada a cooperação internacional entre Estados, a fim de facilitar a rápida prevenção e punição do crime de Genocídio e, para esse fim [...] (NAÇÕES..., 1946).

Como visto no primeiro capítulo, a Resolução nº 2347 parte de recomendações e convites a uma solução. Entretanto, após dois anos de trabalho, em 9 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral da ONU se reuniu para votar a Convenção para prevenção e repressão do crime de Genocídio, que foi aprovada por cinquenta e cinco votos a favor (NAÇÕES..., 1948). Mais tarde, essa Convenção passou a ser peça-chave em casos de Genocídio, e esse crime veio a ser integrado no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e em outros Tribunais Penais *Ad hoc* (FLAUZINA, 2014, p.125). A determinação do Genocídio como crime contra o Direito Internacional é de suma importância, e sua definição ocorreu da seguinte forma na Convenção:

Art. 2. 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. (NAÇÕES..., 1948).

Como se observa, a letra da norma seguiu a ideia de Lemkin ao definir o Genocídio como os atos cometidos com a intenção de destruir um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Contudo, ao listar os atos possíveis de tipificação, a Convenção acabou por se limitar às técnicas narradas pelo autor como físicas e biológicas.

Essa ausência da questão cultural não foi defendida por Lemkin, apesar de, posteriormente, passar a priorizar as práticas físicas, biológicas e culturais, mas não uma corrente binária do Genocídio (LUCK, 2018, p. 20). Em uma passagem de seu texto “Genocídio”, fica bem clara a sua preocupação nesse sentido:

Considerações culturais falam pela proteção internacional de grupos nacionais, religiosos e culturais. Toda a nossa herança é um produto das contribuições de todas as nações. Podemos entender melhor isso quando percebemos o quão empobrecida nossa cultura seria se os povos condenados pela Alemanha, como os judeus, não tivessem permissão para criar a Bíblia ou dar à luz a um Einstein, a um Spinoza; se os poloneses não tivessem tido a oportunidade de dar ao mundo um Copérnico, um Chopin, uma Curie; os tchecos, um Huss, um Dvorak; os gregos, um Platão e um Sócrates; os russos, um Tolstoi e um Shostakovich. (LEMKIN, 1946, p. 228, tradução nossa).⁶⁵

⁶⁵ Texto original: “*Cultural considerations speak for international protection of national, religious and cultural groups. Our whole heritage is a product of the contributions of all nations. We can best understand this when we realize how impoverished our culture would be if the peoples doomed by Germany, such as the Jews, had not been permitted to create the Bible, or to give birth to an Einstein, a Spinoza; if the Poles had not had the opportunity to give to the world a Copernicus, a Chopin, a Curie; the Czechs, a Huss, a Dvorak; the Greeks, a Plato and a Socrates; the Russians, a Tolstoy and a Shostakovich.*” (LEMKIN, 1946, p. 228).

Para investigar esse afastamento que a Convenção teve dos componentes culturais, é necessária uma análise da confecção da citada Convenção. A resolução que deu início aos trabalhos não fez referência direta à nenhuma das oito técnicas apontadas por Lemkin, mas afirma que “resulta em grandes perdas para a humanidade na forma de contribuições culturais e outras formas representadas por esses grupos humanos.” (NAÇÕES..., 1946, tradução nossa)⁶⁶. Lemkin participou dos esboços da Convenção e, apesar de sua crença no Genocídio como algo integralizado, posteriormente o esboço foi dividido em dois atos separados: o Genocídio relacionado ao físico e ao biológico, e o relacionado ao âmbito cultural (LUCK, 2018, p. 23).

Essa divisão foi realizada pelo comitê *Ad hoc* intergovernamental, que então elencou o Genocídio como artigo segundo, que se encontra na atual Convenção, e o Genocídio Cultural, no artigo terceiro do projeto da Convenção. Confira-se:

Artigo III (Genocídio Cultural)

Nesta Convenção, Genocídio também significa qualquer ato deliberado cometido com a intenção de destruir a língua, a religião ou a cultura de um grupo nacional, racial ou religioso com base na origem nacional ou racial ou na crença religiosa de seus membros, como:

1. Proibir o uso do idioma do grupo nas relações diárias ou nas escolas, ou a impressão e circulação de publicações no idioma do grupo;
2. Destruir ou impedir o uso de bibliotecas, museus, escolas, monumentos históricos, locais de culto ou outras instituições e objetos culturais do grupo. (NAÇÕES..., 1948, tradução nossa).⁶⁷

Apesar da divisão de um crime pensado como indissociável, o projeto ainda contava com as definições necessárias ao componente cultural. Contudo, o conturbado cenário internacional trouxe um debate profundo com relação ao Genocídio em sua nuance cultural.

⁶⁶ Texto original: [...] *results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups.* (NAÇÕES..., 1946).

⁶⁷ Texto original: “*In this Convention genocide also means any deliberate act committed with the intent to destroy the language, religion or culture of a national, racial or religious group on grounds of the national or racial origin or religious belief of its members such as: 1. Prohibiting the use of the language of the group in daily intercourse or in schools, or the printing and circulation of publications in the language of the group; 2. Destroying or preventing the use of libraries, museums, schools, historical monuments, places of worship or other cultural institutions and objects of the group.*” (NAÇÕES..., 1948).

Por fim, em votação, o Genocídio Cultural foi retirado do texto final por vinte e cinco votos pela retirada, contra dezesseis pela manutenção, além das abstinências e ausências (LUCK, 2018, p. 24). Acerca das motivações, existiam diversos eixos, principalmente com relação à responsabilidade de potências colonialistas e preocupações com a responsabilidade pelas ações dos próprios Estados (FLAUZINA, 2014, p. 125):

Para começar, a iniciativa americana em excluir por inteiro os critérios do Genocídio Cultural da definição legal de 1948 confundiu de tal forma a questão, que ambos os entendimentos acadêmicos e populares sobre o crime — nunca especialmente desenvolvidos, ou bem substanciados — degeneraram-se ao ponto de tornarem-se sinônimo de extermínio em massa. Isso facilitou a continuação — na verdade, intensificação — de políticas discriminatórias contra as “minorias nacionais” americanas nos anos 70 e 80, e avançando na década de 90. Isso também mascarou o fato de que muito do que os Estados Unidos têm implementado como “política de desenvolvimento” no Terceiro Mundo, implicando no subdesenvolvimento deliberado de toda a região e emulsificação de seus ‘setores sociais atrasados’, é não só neocolonial em seus efeitos, mas claramente genocida (no sentido no termo desenvolvido por Raphael Lemkin). (FLAUZINA, 2014, p. 124-125)

Ainda sobre o contexto da retirada do Genocídio Cultural do texto final, têm-se a visão de Luck, que analisa o momento histórico em que foram realizados os debates e a possibilidade de outros resultados algumas décadas depois:

[...] Brasil, Peru e Holanda argumentaram que a noção de Genocídio Cultural era muito nova e vaga demais para ser incluída no projeto de convenção. [...] Potências coloniais atuais ou anteriores — Bélgica, Dinamarca, França, Holanda e Reino Unido — se opuseram à retenção de referências ao Genocídio Cultural no projeto de convenção. O mesmo fizeram os países colonizadores que haviam deslocado os povos indígenas, mas que, de outra forma, eram defensores do desenvolvimento de padrões internacionais de Direitos Humanos, incluindo Estados Unidos, Canadá, Suécia, Brasil, Nova Zelândia e Austrália. **A dinâmica política dentro da Assembleia Geral, é claro, mudou acentuadamente com o influxo de novos Estados-Membros, muitos deles ex-colônias, nas décadas de 1960 e 1970. Há todas as razões para acreditar que o apoio à retenção do Artigo III teria sido muito maior nas décadas de 1970 ou 1980, quando as divisões Norte-Sul e Leste-Oeste redefiniram o equilíbrio de poder na Assembleia.** Durante o debate em 1948, no entanto, as preocupações dos países coloniais e colonos continuaram. A delegada sueca perguntou se “o fato de a Suécia ter convertido os Lapps ao cristianismo não a deixaria aberta

à acusação de que havia cometido um ato de Genocídio Cultural”. (LUCK, 2018, p. 24-25, tradução nossa, grifo nosso).⁶⁸

Ainda com relação à retirada do artigo relacionado ao Genocídio Cultural, Lemkin manteve uma forte oposição, mas, sob pena de impedir a aprovação da Convenção, optou por não pressionar nesse sentido (LUCK, 2018, p. 25). Ainda assim, alguns elementos que têm ensejo cultural foram viabilizados, como a tipificação das transferências forçadas de crianças (NAÇÕES..., 1948)⁶⁹ e a observação da ofensa à integridade mental (NAÇÕES..., 1948)⁷⁰, o que abriu um leque às questões culturais ainda que em uma posição secundária.

Apesar de o Genocídio Cultural ter sofrido essa derrota e ter ficado olvidado por algumas décadas, existem sinais de seu retorno. Na década de oitenta, com uma movimentação da ONU com relação à proteção dos povos indígenas, o tema voltou a ser discutido (LUCK, 2018, p. 26). Na comissão responsável pelo projeto de Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (NAÇÕES..., 2008), chegou a ser inserida uma disposição referente ao Genocídio Cultural (LUCK, 2018, p. 26). Contudo, em votação, foi afastado o Genocídio Cultural e utilizado apenas o Genocídio de modo geral.

Como citado no Capítulo 1, tem sido crescente a atenção internacional para com os casos de destruição do Patrimônio Cultural, a qual foi evocada pela bandeira da Limpeza Cultural. Assim como a formulação da Convenção destinada à

⁶⁸ Texto original: “[...] *Brazil, Peru, and the Netherlands contended that the notion of cultural genocide was too new and too vague to be included in the draft convention. [...] Current or former colonial powers — Belgium, Denmark, France, Netherlands, and the United Kingdom — opposed the retention of references to cultural genocide in the draft convention. So did settler countries that had displaced indigenous peoples but otherwise were champions of the development of international human rights standards, including the United States, Canada, Sweden, Brazil, New Zealand, and Australia. The political dynamics within the General Assembly, of course, shifted markedly with the influx of new Member States, many of them former colonies, in the 1960s and 1970s. There is every reason to believe that support for the retention of Article III would have been much greater in the 1970s or 1980s, when North-South and East-West divides redefined the power balance in the Assembly. During the debate in 1948, however, the concerns of colonial and settler countries carried the day. The Swedish delegate asked whether “the fact that Sweden had converted the Lapps to Christianity might not lay her open to the accusation that she had committed an act of cultural genocide”.* (LUCK, 2018, p. 24-25).

⁶⁹ Art. 2º, alínea “e”: “efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.” (NAÇÕES..., 1948).

⁷⁰ Art. 2º, alínea “b”: “causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;” (NAÇÕES..., 1948).

repressão do Genocídio foi marcada por eventos importantes — como os Julgamentos de Nuremberg e a Resolução nº 96 (I) da ONU —, a atualidade guarda semelhanças. Recentemente, ocorreu um julgamento inédito, no qual Al-Mahdi foi condenado pela destruição do Patrimônio Cultural no Mali, assim como foi apresentada a Resolução nº 2347 do Conselho de Segurança da ONU que condena a destruição do Patrimônio Cultural, ambos fortes referências a mudança no Patrimônio Cultural. Surge, então, o seguinte questionamento: não seria este o contexto que poderia possibilitar uma nova Convenção que contemple o Genocídio Cultural?

A resposta nunca é simples no âmbito internacional, uma vez que existem diversos interesses e vontades envolvidas. Entretanto, o movimento que antecedeu a normatização do Genocídio na década de quarenta parece estar se repetindo, no que diz respeito à transformação da jurisprudência internacional e na manifestação do Conselho de Segurança. Embora a destruição, que hoje se conhece por Genocídio, tenha sido praticada por séculos, somente após a Segunda Guerra Mundial se concretizou uma movimentação no sentido de coibir tais atos. Desse modo, com os sucessivos e crescentes ataques ao Patrimônio Cultural, é de se considerar que o momento histórico que vivemos hoje possa desencadear um movimento internacional para a positivação do crime de Genocídio Cultural.

3.2 Hipóteses de aplicação do Genocídio Cultural

Tendo em vista o exposto quanto à positivação do Genocídio no Direito Internacional, surgem duas hipóteses quando se fala em Genocídio Cultural. Em uma, o Genocídio Cultural é apenas um dos indícios do crime de Genocídio, sendo contrária ao Genocídio Cultural como crime autônomo em virtude da ausência de tipificação. Por outro lado, o Genocídio Cultural seria reconhecido como crime autônomo, uma vez que a tipificação de destruição física não é capaz de englobar a destruição perpetrada no Genocídio Cultural (OLIVEIRA, 2016, p. 56-57).

Após a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948)⁷¹, o crime de Genocídio foi incorporado no estatuto de tribunais

⁷¹ Promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 30.822 (BRASIL, 1952).

internacionais. Essa medida pode ser considerada de extrema importância em sua eficácia, uma vez que a convenção originalmente não prevê um sistema de implementação (SHAW, 2010, P. 217). Tanto nos estatutos dos já encerrados Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (NAÇÕES, 1993) e Tribunal Penal Internacional para Ruanda (NAÇÕES..., 1994), como no atual Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (NAÇÕES..., 1992), a construção da norma foi mantida, conforme confere-se:

Artigo 6º Crime de Genocídio

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "Genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo. (NAÇÕES..., 1992).

Como se observa na doutrina, os três primeiros itens estão relacionados ao Genocídio físico, enquanto os dois últimos remetem ao Genocídio no aspecto biológico. Ainda como brevemente citado, existem entendimentos de que a letra "e" poderia ser associada ao Genocídio Cultural, uma vez que tem a pretensão de assimilar uma cultura diversa. Contudo, majoritariamente, essa conceituação não é aceita (CAMPOS, 2008, p. 93).

A partir da hipótese que é contrária ao Genocídio Cultural como crime autônomo, existem alguns argumentos que prevalecem no tema. Em primeiro lugar, a questão da soberania dos Estados, na qual existe um grande entrave em mitigar os direitos estatais em favor dos Direitos Humanos em geral (OLIVEIRA, 2016, p. 93). Noutro ponto, a crítica se faz pela possível vagueza dos termos relacionados à cultura e ao Genocídio Cultural, como foi abordado na própria criação da Convenção (NAÇÕES..., 2001). Existe, neste sentido, a ideia de que esta abertura poderia abrir margem para diversas formas de Genocídio relativo a grupos particulares, contudo, deve ser ponderado que o gênero do crime já engloba a extensão das espécies da conduta (OLIVEIRA, 2016, p. 61).

No mesmo sentido, sobressai que o entendimento pela interpretação extensiva do crime de Genocídio não teria o respaldo da jurisprudência (OLIVEIRA, 2016, p. 63). Tal situação se verifica no julgamento do Caso Krstić pelo Tribunal Internacional para a Antiga Iugoslávia, confira-se:

574. A maneira pela qual a destruição de um grupo pode ser implementada para se qualificar como um Genocídio nos termos do artigo 4º também deve ser discutida. **A destruição física de um grupo é o método mais óbvio, mas também se pode conceber a destruição de um grupo através da erradicação intencional de sua cultura e de sua identidade**, resultando na eventual extinção do grupo como uma entidade distinta do restante da comunidade.

575. A noção de Genocídio, conforme proposta por Raphael Lemkin em 1944, originalmente cobria todas as formas de destruição de um grupo como uma entidade social distinta. Como tal, o Genocídio se assemelhava muito ao crime de perseguição. A esse respeito, o ILC declarou, em seu relatório de 1996, que o Genocídio, como é atualmente definido, corresponde à segunda categoria de crime contra a humanidade estabelecida nos termos do artigo 6 (c) do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, a saber, o crime de perseguição. Existe consenso de que o crime de perseguição previsto pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg não se limitou à destruição física do grupo, mas abrangeu todos os atos destinados a destruir as bases sociais e/ou culturais de um grupo. Uma interpretação tão ampla da perseguição foi confirmada, entre outras coisas, pela acusação contra Ulrich Greifelt *et al.*, perante o Tribunal Militar dos Estados Unidos em Nuremberg.

[...]

580. A Câmara de Julgamento está ciente de que deve interpretar a Convenção em consideração ao princípio de *nullum crimen sine lege*. Portanto, reconhece que, apesar dos desenvolvimentos recentes, o direito internacional consuetudinário limita a definição de Genocídio àqueles atos que buscam a destruição física ou biológica de todo ou parte do grupo. **Portanto, uma iniciativa que ataca apenas as características culturais ou sociológicas de um grupo humano para aniquilar esses elementos que dão a esse grupo sua própria identidade distinta do resto da comunidade não se enquadra na definição de Genocídio. A Câmara de Julgamento, no entanto, ressalta que onde há destruição física ou biológica, frequentemente ocorrem ataques simultâneos às propriedades culturais e religiosas e aos símbolos do grupo alvo, ataques que podem legitimamente ser considerados evidências de uma intenção de destruir fisicamente o grupo.** Nesse caso, a Câmara de Julgamento levará em conta, como evidência da intenção de destruir o grupo, a destruição deliberada de mesquitas e casas

pertencentes a membros do grupo. (NAÇÕES..., 2001, tradução nossa, grifo nosso).⁷²

Esse excerto elenca alguns pontos importantes sobre o entendimento do Tribunal acerca da questão do Genocídio Cultural. Em uma interpretação legalista, entende pela impossibilidade de tipificação de um crime sem a apropriada legislação anterior. Contudo, ressalta que a destruição prevista no crime de Genocídio é passível de ocorrer mediante a erradicação intencional da cultura e identidade do grupo, bem como ressalta o fato de que a destruição física e biológica comumente são evidenciadas e acompanhadas de ataques aos bens culturais e religiosos. Desse modo, o Tribunal considerou que a destruição do Patrimônio Cultural poderia ser considerada como uma evidência da ocorrência de Genocídio ou, isoladamente, como crime de perseguição, nos moldes dos Julgamentos de Nuremberg.

O voto dissidente do Juiz Mohamed Shahabuddeen, em relação ao recurso no caso Krstić, delineia de forma interessante a questão. A mera existência de um

⁷² Texto original: “574. *The manner in which the destruction of a group may be implemented so as to qualify as a genocide under Article 4 must also be discussed. The physical destruction of a group is the most obvious method, but one may also conceive of destroying a group through purposeful eradication of its culture and identity resulting in the eventual extinction of the group as an entity distinct from the remainder of the community.* 575. *The notion of genocide, as fashioned by Raphael Lemkin in 1944, originally covered all forms of destruction of a group as a distinct social entity. As such, genocide closely resembled the crime of persecution. In this regard, the ILC stated, in its 1996 report, that genocide as currently defined corresponds to the second category of crime against humanity established under Article 6(c) of the Nuremberg Tribunal’s Statute, namely the crime of persecution. There is consensus that the crime of persecution provided for by the Statute of the Nuremberg Tribunal was not limited to the physical destruction of the group but covered all acts designed to destroy the social and/or cultural bases of a group. Such a broad interpretation of persecution was upheld inter alia in the indictment against Ulrich Greifelt et al., before the United States Military Tribunal in Nuremberg. [...]580. The Trial Chamber is aware that it must interpret the Convention with due regard for the principle of nullum crimen sine lege. It therefore recognizes that, despite recent developments, customary international law limits the definition of genocide to those acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group. Hence, an enterprise attacking only the cultural or sociological characteristics of a human group in order to annihilate these elements which give to that group its own identity distinct from the rest of the community would not fall under the definition of genocide. The Trial Chamber however points out that where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group. In this case, the Trial Chamber will thus take into account as evidence of intent to destroy the group the deliberate destruction of mosques and houses belonging to members of the group”.* (NAÇÕES..., 2001).

ato físico ou biológico pode comprovar a existência do crime de Genocídio se estiver acompanhada da intenção de causar destruição não física ao grupo, ressalvadas as exceções expressas (NAÇÕES..., 2004).

Noutro ponto, é importante ressaltar que a Corte Internacional de Justiça no julgamento sobre a Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Bósnia Herzegovina v. Sérvia e Montenegro) referendou o estabelecido no caso Krstić. Nesse caso, concordou que, apesar de não ser aplicável o Genocídio Cultural, as destruições da propriedade cultural e religiosa se demonstram como indício do Genocídio:

136. O Tribunal observa que os trabalhos preparatórios da Convenção mostram que os redatores originalmente previam dois tipos de Genocídio, Genocídio físico ou biológico e Genocídio Cultural, mas esse último conceito acabou por ser descartado neste contexto (ver Relatório do Comitê Ad Hoc sobre Genocídio, 5 de abril a 10 de maio de 1948, Nações Unidas, Procedimentos do Conselho Econômico e Social, Sétima Sessão, Suplemento Nº 6, UNdoc.E / 794; e Nações Unidas, Documentos Oficiais da Assembleia Geral, Parte I, Terceira Sessão, Sexta Comissão, Ata da Oitava Terceira Reunião, UNdoc.A / C.6 / SR.83, pp.193-207). Decidiu-se, portanto, limitar o escopo da Convenção à destruição física ou biológica do grupo (Relatório da CIT sobre o trabalho da Quadragésima Oitava Sessão, Anuário da Comissão de Direito Internacional, 1996, Vol.II, Parte Dois, pp. 45-46, parágrafo 12, citado pelo Tribunal em sua Sentença de 2007 Relatórios de 2007 (I), p.186, para 344).

[...]

389. O Tribunal considera que, no presente caso, não há razão imperiosa para se afastar dessa abordagem. Consequentemente, considera desnecessário prosseguir com o exame das alegações da Croácia, a fim de estabelecer o *ato reus* do Genocídio na acepção do artigo II (c) da Convenção.

390. O Tribunal recorda, no entanto, que pode levar em conta os ataques a propriedades culturais e religiosas a fim de estabelecer uma intenção de destruir o grupo fisicamente (ibid., p.186, para. 344). (CORTE..., 2015, tradução nossa)⁷³

⁷³ Texto original: “136. The Court notes that the travaux préparatoires of the Convention show that the drafters originally envisaged two types of genocide, physical or biological genocide, and cultural genocide, but that this latter concept was eventually dropped in this context (see Report of the Ad Hoc Committee on Genocide, 5 April to 10 May 1948, United Nations, Proceedings of the Economic and Social Council, Seventh Session, Supplement nº 6, UNdoc.E/794; and United Nations, Official Documents of the General Assembly, Part I, Third Session, Sixth Committee, Minutes of the Eighty Third Meeting, UNdoc.A/C.6/SR.83, pp.193-207). It was accordingly decided to limit the scope of the Convention to the physical or biological destruction of the group (Report of the ILC on the Work of Its Forty-Eighth Session, Yearbook of the International Law Commission,

Em conclusão, tem-se que a intenção será sempre direcionada à destruição de um grupo. Todavia, a evidência desta intenção não se restringe aos atos físicos e biológicos. Neste sentido, convém observar que o Tribunal, ao julgar Krstić, permaneceu restrito à abordagem mais conservadora, inicialmente apresentada na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), com a restrição ao âmbito físico e biológico, não impondo grandes avanços quanto à impunidade perpetrada contra o Patrimônio Cultural (NAÇÕES..., 2004, P. 105-106).

Por outro lado, temos a corrente que clama pelo Genocídio Cultural, uma vez que a ausência dessa tipificação contribuiria para a impunidade. Ainda que já existam normas com previsão de punição pela destruição do Patrimônio Cultural, não parece lógico que esta destruição mereça menor reprovação do que as técnicas genocidas voltadas a elementos físicos e biológicos. Essa dicotomia pode ser observada, por exemplo, em casos de colonialismo ante os povos indígenas.

O Genocídio Cultural, também denominado Etnocídio, principalmente quando relativo a povos indígenas, se demonstra em inúmeras ações perpetuadas por nações colonizadoras, que justificaram sua utilização para um suposto bem. Confira-se:

A prática etnocida, verificada em larga escala na América colonial, ilustraria a dicotomia Genocídio-etnocídio nos termos de negação da diferença: Para o genocida, ao “Outro” é negado a condição de ser humano, que seria, portanto, mau, não lhe restando opção que não o aniquilamento físico. Ao etnocida, o “Outro”, enquanto se comporte diferente da forma de ser a que se pretende impor o colonizador, é um animal, cuja maldade pode ser aplacada, ao negar seus costumes selvagens, e se amoldarem a um padrão cultural, sob o discurso de que “o etnocídio é praticado para o bem do selvagem”. (OLIVEIRA, 2016, P. 65).

1996, Vol.II, Part Two, pp.45-46, para.12, quoted by the Court in its 2007 Judgment, I.C.J. Reports 2007(I), p.186, para.344). [...] 389. The Court considers that there is no compelling reason in the present case for it to depart from that approach. It accordingly finds that it is unnecessary to proceed any further with its examination of Croatia’s allegations in order to establish the actus reus of genocide within the meaning of Article II(c) of the Convention. 390. The Court recalls, however, that it may take account of attacks on cultural and religious property in order to establish an intent to destroy the group physically (ibid., p.186, para.344).” (CORTE..., 2015).

A partir desta distinção, pode ser observado que, no Genocídio Cultural, o grupo é destruído a partir da privação de toda identidade que lhe torna um grupo, enquanto que, no Genocídio, o grupo é destruído a partir do homicídio. Todavia, em ambos, a intenção se consubstancia na deterioração de um grupo. Assim, quando se fala na inexistência de lógica para a graduação de crimes com fins similares, se questiona como pode existir uma lacuna na lei que permita uma distinção tão grande quanto à punibilidade desses dois atos. Não faltam exemplos de atos perversos praticados contra o povo indígena quando se fala em etnocídio, inclusive no Brasil (CASTRO, 2016, p. 08-09)⁷⁴, os quais não necessitam de grande argumentação para demonstrar atos praticados com a intenção de destruir no todo ou em parte um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, conforme previsto na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948)⁷⁵.

Contudo, ainda hoje a norma internacional, na letra fria da lei, entende que o desfazimento de um grupo não caracteriza Genocídio enquanto não forem ofendidos critérios físicos ou biológicos. A impunidade aqui se demonstra no fato de que qualquer ato com fim genocida pode se perpetuar enquanto não atingir os citados critérios.

Tendo em vista a necessária ampliação na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a doutrina já defende que seja feita uma

⁷⁴ Segundo Castro (2016, p. 08-09): “Mas essa história é também, e talvez sobretudo, a história de um programa metódico de etnocídio — da catequese sob o signo do *compelle intrare* e ‘da prédica da espada e da vara de ferro’ (Anchieta) ao recrutamento de tropas indígenas pelos sertanistas e pelo Exército imperial; das reduções e descimentos missionários à proibição do uso dos vernáculos nativos nas aldeias e arraiais coloniais; da imposição de uma língua franca nos séculos XVII e XVIII ao sequestro, em pleno século XX, de crianças índias pelas ‘escolas’ dos Salesianos no Rio Negro; da destruição brutal dos sacra indígenas identificados como manifestações do demônio ao proselitismo evangélico-capitalista dos missionários norte-americanos generosamente tolerados, quando não acolhidos, por todos nossos governos ‘nacionalistas’ (de Vargas a Rousseff); do Diretório dos Índios pombalino à criação do ‘Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais’; da Lei de Terras de 1850 às restrições sofisticadas ao artigo 231 aprovadas pelo STF no caso de Raposa-Serra do Sol em 2013; das invasões por interesses minerários da terra Yanomami à destruição ambiental e econômica, a expulsão e realocação forçada das comunidades atingidas pelas obras do complexo hidrelétrico de Belo Monte, feitas ao arripio insolente da legislação (desde a obtenção fraudulenta do tal ‘consenso informado’ até o desrespeito às ‘condicionantes’ socioambientais exigidas para a obtenção da Licença de Operação da usina).”

⁷⁵A equivalência entre o Genocídio e o Genocídio Cultural já foi observado em instrumentos internacionais (UNESCO, 1981).

revisão no texto original, a fim de complementar essas lacunas encontradas na prática. Do mesmo modo, a citada Limpeza Cultural vem sendo apontada no âmbito internacional, inclusive pela UNESCO, a fim de trazer a atenção na sociedade internacional para a destruição do Patrimônio Cultural (OLIVEIRA, 2016, p. 66).

Os argumentos apresentados anteriormente — e que a doutrina utiliza contra o uso do Genocídio Cultural como crime autônomo — em sua grande maioria podem ser refutados. A soberania, por exemplo, hodiernamente adquiriu uma flexibilização, principalmente em casos que ofendem os Direitos Humanos (OLIVEIRA, 2016, P. 68).

Quanto à crítica da vagueza do termo cultura, é inegável que, desde a época da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948) até os dias atuais, ocorreu um grande desenvolvimento do tema, inclusive em instrumentos internacionais. O próprio Patrimônio Cultural, como visto em outro capítulo, foi delimitado em convenções e outros instrumentos internacionais.

Com relação às dificuldades de caracterizar o Genocídio Cultural como finalidade e não como indício do próprio Genocídio, a teoria do dolo específico pode solucionar a questão. Como exposto anteriormente, no Genocídio se busca destruir um grupo completamente a partir do aniquilamento de seus indivíduos, enquanto que, no Genocídio Cultural, o fim é o de aniquilar toda a identidade do grupo, ou seja, os indivíduos podem até permanecer de alguma forma, mas as suas similaridades são destruídas. Nesse sentido, o excerto traz uma definição que ampara o exposto:

O requisito material do Genocídio Cultural pode, entretanto, se verificar no dolo específico, ou, como hodiernamente denominado, elemento subjetivo do injusto.

Este tipo de elemento, também denominado elemento subjetivo do tipo é composto de um especial modo de agir, não descrito no texto penal, mas implícito (BRANDÃO, 2015, p.64), o que se pode aferir em relação à intenção de destruir e reprimir a proliferação da cultura para as gerações futuras. **O etnocídio, desta forma, pode ser perpetrado independente da destruição física dos indivíduos uma vez que, mais do que a destruição do "corpo", o que se procura é a anulação da "alma" de um grupo social.** (OLIVEIRA, 2016, p. 67, grifo nosso).

No entanto, o maior óbice para a tipificação autônoma do crime de Genocídio Cultural se dá pela questão da legalidade: a citada ausência de previsão legal pela

falta de tipificação por norma anterior. Entretanto, não se pode continuar a admitir a impunidade por atos como a privação de um idioma, a destruição do Patrimônio Cultural, o exílio forçado ou a própria desconstrução de grupos, motivo pelo qual a doutrina atesta a necessidade de positivação do crime autônomo de Genocídio, com especial atenção ao Patrimônio Cultural e seu reconhecimento como espaço de afirmação da identidade e da própria existência de diversos grupos (GOMES, 2015, p. 102).

No plano internacional, a criação de normas não costuma ser célere ou de fácil resolução. Quando citadas as dificuldades enfrentadas por Lemkin, logo se observa que existe uma grande questão diplomática e de interesses envolvida. Uma das opções para desenvolver a questão seria a alteração da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948). Entretanto, parece estar disponível uma hipótese mais conveniente.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que também elenca o crime de Genocídio, estabelece a possibilidade de revisão, que parece abreviar os esforços internacionais para tipificação de um novo crime, a saber:

Artigo 123 - Revisão do Estatuto

1. Sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocará uma Conferência de Revisão para examinar qualquer alteração ao presente Estatuto. A revisão poderá incidir nomeadamente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no artigo 5º. A Conferência estará aberta aos participantes na Assembleia dos Estados Partes, nas mesmas condições.
2. A todo o momento ulterior, a requerimento de um Estado Parte e para os fins enunciados no parágrafo 1º, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, mediante aprovação da maioria dos Estados Partes, convocará uma Conferência de Revisão.
3. A adoção e a entrada em vigor de qualquer alteração ao Estatuto examinada numa Conferência de Revisão serão reguladas pelas disposições do artigo 121, parágrafos 3º a 7. (NAÇÕES..., 1992)

Como posto, é prevista a possibilidade de qualquer Estado requerer a revisão do Estatuto, o que poderia ensejar uma solicitação para inclusão do crime autônomo de Genocídio Cultural. Ainda que exista um complexo processo junto à ONU, as dificuldades poderiam ser atenuadas em relação à criação de uma nova convenção.

Do mesmo modo, o Estatuto prevê, em seu art. 121, o procedimento de alteração, que parece abreviar infundáveis questionamentos quanto a normatização

no âmbito internacional (NAÇÕES..., 1992). Ademais, o Estatuto estabelece que o Tribunal não exercerá a competência no caso de o Estado não ter aceitado a alteração. Se na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), Lemkin se viu obrigado a deixar o Genocídio Cultural por conta da possibilidade da Convenção não ser viabilizada, neste caso, seria possível um consenso mais pacífico entre os Estados. Isso porque a discordância de um Estado não o impediria de participar da Convenção, mas somente de sua aplicação direta, o que é um grande incentivo para iniciar a aplicação de uma norma na esfera internacional.

Contudo, cabe observar que com os reiterados crimes contra o Patrimônio Cultural, a atualidade parece guardar maior atenção com o tema. Tendo em vista não apenas a nova jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, que condenou pela primeira vez a destruição do Patrimônio Cultural, mas da própria ONU. A Resolução nº 2347 do Conselho de Segurança promove a proteção do Patrimônio Cultural em conflitos armados e, inclusive, são visíveis os esforços da UNESCO em demonstrar os danos da Limpeza Cultural. De algum modo, podemos estar diante de uma oportunidade única para que sejam realizados esforços em finalmente preencher essa lacuna que oportuniza a impunidade de Genocidas que utilizam de técnicas sofisticadas para evitar sua penalização em aspectos físicos e biológicos.

3.3 As alternativas de responsabilização nos tribunais internacionais ante a ausência do crime autônomo de Genocídio Cultural

Observada a ocorrência reiterada da destruição do Patrimônio Cultural em conflitos armados, foram executadas diversas tentativas de responsabilização em cortes internacionais. Deste modo, as contendas relativas à destruição cultural estão extensamente disseminadas nestas cortes.⁷⁶

⁷⁶ Podem ser encontradas referências a julgamentos relacionados a este objeto na *African Commission of Human and Peoples' Rights, Eritrea Ethiopia Claims Commission, European Committee on Social Rights, European Court of Human Rights, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Inter-American Court of Human Rights, International Court of Justice, International Criminal Court, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, International Criminal Tribunal for Rwanda, International Military Tribunals of Nuremberg,*

Contudo, no íterim da presente dissertação, não seria possível abordar com profundidade todos os órgãos internacionais, a fim de conceber uma análise exaustiva da jurisprudência.

Do mesmo modo, ao utilizar apenas um tribunal internacional, a análise poderia recair em uma abordagem superficial para o objeto do presente trabalho. Isto se justifica pela inovação que o tema vem sofrendo, o qual não possui uma jurisprudência totalmente pacificada, fato que se comprova nas breves menções a jurisprudências realizadas anteriormente.

A fim de solucionar este óbice metodológico, optou-se por delinear a busca do tema não por uma corte específica, tampouco pela abordagem extensiva de todo o tema, mas por uma delimitação a casos que melhor contribuem para enriquecer a temática abordada no decorrer do trabalho. Assim, o trabalho aborda casos que foram tratados pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, pela Corte Internacional de Justiça, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia foi um tribunal da ONU destinado a julgar crimes de guerra ocorridos durante o conflito da década de 90 nos Balcãs (NAÇÕES..., [2020]). Apesar do encerramento de suas atividades em 2017, sua jurisprudência é fonte de interpretação para os tribunais internacionais da atualidade. Sua postura ante a cultura reflete uma atenção especial ao Patrimônio Cultural material, tendo em vista que o seu Estatuto possui atenção especial a essa espécie.

Essas relações podem ser observadas a partir da questão do Genocídio, que foi exposta em detalhes no caso Blagojević:

665. A Câmara de Julgamento considera que o termo 'destruir', na definição de Genocídio, pode abranger a transferência forçada de uma população. A Câmara de Julgamento lembra que a intenção específica do crime de Genocídio deve ser a de destruir o grupo como uma entidade separada e distinta. Nesse sentido, a Câmara de Julgamentos concorda com a observação feita pela Câmara de Julgamentos de Sikirica de que:

[A] vítima final do Genocídio é o grupo, embora sua destruição exija necessariamente a comissão de crimes contra seus membros, ou seja, contra indivíduos pertencentes a esse grupo’.

666. A Câmara de Julgamento considera, a esse respeito, que a destruição física ou biológica de um grupo não é necessariamente a morte dos membros do grupo. Embora matar um grande número de membros de um grupo possa ser o meio mais direto de destruí-lo, outros atos ou séries de atos também podem levar à destruição dele. Um grupo é composto por seus indivíduos, mas também por sua história, tradições, relacionamento entre seus membros, relacionamento com outros grupos, relacionamento com a terra. A Câmara de Julgamento considera que a destruição física ou biológica do grupo é o resultado provável de uma transferência forçada da população quando essa transferência é conduzida de tal maneira que o grupo não pode mais se reconstituir — principalmente quando envolve a separação de seus membros. Nesses casos, a Câmara de Julgamento considera que a transferência forçada de indivíduos pode levar à destruição material do grupo, uma vez que ele deixa de existir como um grupo ou, pelo menos, como o grupo que era. A Câmara de Julgamento enfatiza que seu raciocínio e conclusão não são um argumento para o reconhecimento do Genocídio Cultural, mas uma tentativa de esclarecer o significado da destruição física ou biológica. (NAÇÕES..., Promotoria contra Mitar Vasiljević, 2005, p. 252-253, tradução nossa, grifo nosso).⁷⁷

Como tratado anteriormente neste trabalho (NAÇÕES..., Promotoria contra Radislav Krstić, 2001), o Tribunal nega a existência do crime autônomo de Genocídio Cultural, mas revela uma interpretação mais abrangente que apenas o

⁷⁷ Texto original: “665. *The Trial Chamber finds that the term "destroy" in the genocide definition can encompass the forcible transfer of a population. The Trial Chamber recalls that the specific intent for the crime of genocide must be to destroy the group as a separate and distinct entity. In this regard, the Trial Chamber concurs with the observation made by the Sikirica Trial Chamber that: '[t]he ultimate victim of genocide is the group, although its destruction necessarily requires the commission of crimes against its members, that is, against individuals belonging to that group.'* 666. *The Trial Chamber finds in this respect that the physical or biological destruction of a group is not necessarily the death of the group members. While killing large numbers of a group may be the most direct means of destroying a group, other acts or series of acts can also lead to the destruction of the group. A group is comprised of its individuals, but also of its history, traditions, the relationship between its members, the relationship with other groups, the relationship with the land. The Trial Chamber finds that the physical or biological destruction of the group is the likely outcome of a forcible transfer of the population when this transfer is conducted in such a way that the group can no longer reconstitute itself – particularly when it involves the separation of its members. In such cases the Trial Chamber finds that the forcible transfer of individuals could lead to the material destruction of the group, since the group ceases to exist as a group, or at least as the group it was. The Trial Chamber emphasizes that its reasoning and conclusion are not an argument for the recognition of cultural genocide, but rather an attempt to clarify the meaning of physical or biological destruction.*” (NAÇÕES..., Promotoria contra Mitar Vasiljević, 2005, p. 252-253).

significado de destruição física e biológica. Entre os vários conceitos importantes que o excerto elenca, é digno de nota que a corte entenda pela existência de meios indiretos de destruição do grupo. Embora a norma tenha tipificado a forma mais efetiva de destruição de um grupo, outros elementos podem causar seu desfazimento. A Câmara cita a história, a tradição e o relacionamento entre os membros como relações que podem ser concebidas no espectro do Patrimônio Cultural atual. O motivo para apresentar esse entendimento nesta pesquisa é justamente o de explicitar como a jurisprudência se desenvolveu no sentido de abarcar condutas destrutivas que extrapolam a mera questão material.

Essa hermenêutica foi construída a partir de duas escaladas nos julgamentos do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Na primeira, o mero crime de guerra foi elevado a um elemento do crime de perseguição, enquanto que na segunda, a perseguição foi elevada a uma evidência do cometimento de Genocídio (NOVIC, 2016, p. 151).

No caso Kórdic, por exemplo, o autor foi indiciado pela destruição e dano intencional a instituições dedicadas à religião ou à educação muçulmana, o que ocasionou a acusação por crimes de guerra, o que seria a forma mais material de destruição prevista no Estatuto do Tribunal. Contudo, essa conduta ainda lhe atribuiu a acusação por crimes contra a humanidade, uma vez que configurariam a perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos:

36. De novembro de 1991 a aproximadamente março de 1994, Dario KÓRDIC, junto com vários membros da HDZ-BiH, HZ HB / HR H-B e HVO e seus líderes, forças e agentes armados, causaram, planejaram, instigaram, ordenaram ou cometeram, ou ajudaram e incentivaram o planejamento, a preparação ou a execução de crime contra a humanidade, ou seja, as perseguições generalizadas ou sistemáticas de civis muçulmanos da Bósnia por motivos políticos, raciais, étnicos ou religiosos, em todo o HZ H-B / HR H-B e no município de Zenica, no território da Bósnia e Herzegovina.

37. Esta campanha de perseguições generalizadas ou sistemáticas foi perpetrada, executada e realizada pelos seguintes meios:

[...]

(k) a destruição e dano intencionais a instituições dedicadas à religião ou à educação muçulmana.

Por esses atos e omissões, Dario KÓRDIC cometeu:

Acusação 1: CRIME CONTRA A HUMANIDADE, conforme reconhecido pelos artigos 5 (h), 7 (1) e 7 (3) (perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos) do Estatuto do Tribunal.

[...]

57. De outubro de 1992 a aproximadamente novembro de 1993, Dario KÓRDIC, junto com membros da HZ H-B/HR H-B e HVO e seus líderes, forças armadas e agentes, causaram, planejaram, instigaram, ordenaram ou cometeram, ou ajudaram e incentivaram o planejamento, a preparação ou a execução da destruição ou dano intencional a instituições muçulmanas da Bósnia dedicadas à religião ou à educação, nas seguintes cidades e vilas, e nas datas indicadas: Ahmici - Abril de 1993
 Stari Vitez - Abril de 1993
 Han Ploca - Junho de 1993
 Kiseljak - Julho-agosto 1993
 Divjak - Setembro 1993
 Stupni Do - Outubro 1993
 Por esses atos e omissões, Dario KÓRDIC cometeu:
 Acusação 43: VIOLAÇÃO DAS LEIS OU COSTUMES DE GUERRA, conforme reconhecido pelo Artigo 3 (d) (destruição ou dano doloso a instituições dedicadas à religião ou à educação), 7 (1) e 7 (3) do Estatuto do Tribunal.” (NAÇÕES ..., Promotoria contra Dario Kórdic & Mario Čerkez, 1998, p. 07-17, tradução nossa).⁷⁸

Este mesmo modo de acusação foi utilizado em outros casos similares, como no julgamento de Blaškić (NAÇÕES ..., Promotoria contra Tihomir Blaškić, 1997, p. 02-07)⁷⁹. Posteriormente no caso Kórdic, a Corte confirmou o entendimento,

⁷⁸ “36. From about November 1991 to approximately March 1994, Dario KORDIC, together with various members of the HDZ-BiH, the HZ H-B/HR H-B and HVO and their leaders, armed forces and agents, caused, planned, instigated, ordered or committed, or aided and abetted the planning, preparation or execution of, a crime against humanity, that is, the widespread or systematic persecutions of Bosnian Muslim civilians on political, racial, ethnic or religious grounds, throughout the HZ H-B/HR H-B and the municipality of Zenica, in the territory of Bosnia and Herzegovina. 37. This campaign of widespread or systematic persecutions was perpetrated, executed and carried out by or through the following means:[...] (k) the destruction and willful damage of institutions dedicated to Muslim religion or education. By these acts and omissions, Dario KORDIC committed: Count 1: a CRIME AGAINST HUMANITY, as recognized by Articles 5(h), 7(1) and 7(3) (persecutions on political, racial, or religious grounds) of the Statute of the Tribunal. [...] 57. From about October 1992 to approximately November 1993, Dario KORDIC, together with members of the HZ H-B/HR H-B and HVO and their leaders, armed forces and agents, caused, planned, instigated, ordered or committed, or aided and abetted the planning, preparation or execution of, the destruction or willful damage of Bosnian Muslim institutions dedicated to religion or education in the following towns and villages, on or about the dates indicated: Ahmici April 1993 Stari Vitez April 1993 Han Ploca June 1993 Kiseljak July-August 1993 Divjak September 1993 Stupni Do October 1993 By these acts and omissions, Dario KORDIC committed: Count 43: a VIOLATION OF THE LAWS OR CUSTOMS OF WAR, as recognized by Articles 3(d) (destruction or willful damage to institutions dedicated to religion or education), 7(1) and 7(3) of the Statute of the Tribunal.” (NAÇÕES ..., Promotoria contra Dario Kórdic & Mario Čerkez, 1998, p. 07-17).

⁷⁹ “6.0 From May 1992 to January 1994 Tihomir BLASKIC, together with members of the HVO, planned, instigated, ordered, or otherwise aided and abetted in the planning, preparation, or execution of a crime against humanity by persecuting Bosnian Muslim civilians on political, racial, or religious grounds, throughout the municipalities of Vitez,

expondo que a destruição e dano a instituições dedicadas a religião seria, além de um crime de guerra, um crime contra a humanidade por atos de perseguição:

d. Destruição e dano de instituições religiosas ou educacionais
 206. Este ato é o mesmo que “destruição ou dano doloso causado a instituições dedicadas à religião”, uma violação das leis ou costumes de guerra enumerados no artigo 3 (d) do Estatuto. Portanto, esse ato já foi criminalizado sob o direito internacional consuetudinário e, em particular, o Estatuto do Tribunal Internacional. Além disso, o IMT, a jurisprudência deste Tribunal Internacional, e o Relatório da ILC de 1991, entre outros, **destacaram a destruição de edifícios religiosos como um caso claro de perseguição e um crime contra a humanidade.**
 207. Esse ato, quando praticado com o **requisito de intenção discriminatória, equivale a um ataque à própria identidade religiosa de um povo. Como tal, manifesta uma expressão quase pura da noção de “crimes contra a humanidade”, pois toda a humanidade é realmente prejudicada pela destruição de uma cultura religiosa única e de seus objetos culturais concomitantes.** A Câmara de Julgamento, portanto, conclui que a destruição e danos intencionais de instituições dedicadas à religião ou à educação muçulmana, juntamente com o requisito de intenção discriminatória, podem significar um ato de perseguição. (NAÇÕES ..., Promotoria contra Dario Kordić & Mario Čerkez, 2001, p. 65, tradução nossa, grifo nosso).⁸⁰

Busovaca, Kiseljak, and Zenica, and, or in the alternative, knew or had reason to know that subordinates were about to do the same, or had done so, and failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof. This persecution was perpetrated through the following: [...] 6.3. During and immediately after many of the attacks in the cities, towns, and villages of the municipalities of Vitez, Busovaca, Kiseljak and Zenica the wanton and extensive destruction and or plundering of Bosnian Muslim dwellings, buildings, businesses, institutions dedicated to religion or education, and civilian personal property and livestock. [...] By these acts and omissions, Tihomir BLASKIC, committed: Count 1: a CRIME AGAINST HUMANITY, as recognized by Articles 5(h), 7(1) and 7(3) (persecutions on political, racial, or religious grounds) of the Statute of the Tribunal. [...] 11. From August 1992 to June 1993 Tihomir BLASKIC, together with members of the HVO, planned, instigated, ordered or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of the destruction or willful damage of Bosnian Muslim institutions dedicated to religion or education in the following towns and villages and, or in the alternative, knew or had reason to know that subordinates were about to do the same, or had done so, and failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof: Duhri August 1992 Busovaca 1993 Stari Vitez 1993 Ahmici April 1993 Kiseljak April 1993 Gromljak April 1993 Kazagici April 1993 Svinjarevo 1993 Hercezi June 1993 Han Ploca June 1993 Tulica June 1993 Visnjica September 1993 By these acts and omissions, Tihomir BLASKIC committed: Count 14: a VIOLATION OF THE LAWS OR CUSTOMS OF WAR, as recognized by Articles 3(d), 7(1) and 7(3) (destruction or willful damage to institutions dedicated to religion or education) of the Statute of the Tribunal.” (NAÇÕES ..., Promotoria contra Tihomir Blaškić, 1997, p. 02-07).

⁸⁰“d. Destruction and damage of religious or educational institutions 206. This act is the same as the “destruction or willful damage done to institutions dedicated to religion”, a violation of

Como se observa nesta escalada para a construção do conceito de perseguição, o elemento que possibilitaria esse movimento diz respeito à discriminação. Esse elemento não está associado à individualidade, mas ao grupo no qual se insere, seja referente a opiniões políticas, raciais ou religiosas. No caso Blaškić, o tribunal caracteriza essa condição:

235. O crime subjacente à perseguição exige a existência de uma *mens rea* a partir da qual ela obtém sua especificidade. Conforme estabelecido no artigo 5 do Estatuto, deve ser cometido por razões específicas, sejam elas ligadas a opiniões políticas, antecedentes raciais ou convicções religiosas. É a intenção específica de causar danos a um ser humano porque ele pertence a uma comunidade ou grupo específico, e não aos meios empregados para alcançá-lo, que lhe conferem sua natureza e gravidade individuais e justificam sua capacidade de constituir crimes que possam parecer por si só, para não infringir diretamente os direitos mais elementares de um ser humano, por exemplo, ataques à propriedade. Em outras palavras, o autor dos atos de perseguição não tem como alvo inicial o indivíduo, mas antes, o membro de um grupo racial, religioso ou político específico. (NAÇÕES ..., Promotoria contra Tihomir Blaškić, 2000, p. 93, tradução nossa).⁸¹

the laws or customs of war enumerated under Article 3(d) of the Statute. This act has therefore already been criminalized under customary international law and the International Tribunal Statute in particular. Moreover, the IMT, the jurisprudence of this International Tribunal, and the 1991 ILC Report, inter alia, have all singled out the destruction of religious buildings as a clear case of persecution as a crime against humanity. 207. 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. The Trial Chamber therefore finds that the destruction and willful damage of institutions dedicated to Muslim religion or education, coupled with the requisite discriminatory intent, may amount to an act of persecution." (NAÇÕES ..., Promotoria contra Dario Kordić & Mario Čerkez, 2001, p. 65).

⁸¹ Texto original: "235. *The underlying offence of persecution requires the existence of a mens rea from which it obtains its specificity. As set down in Article 5 of the Statute, it must be committed for specific reasons whether these be linked to political views, racial background or religious convictions. It is the specific intent to cause injury to a human being because he belongs to a particular community or group, rather than the means employed to achieve it, that best owes on it its individual nature and gravity and which justifies its being able to constitute criminal acts which might appear in themselves not to infringe directly upon the most elementary rights of a human being, for example, attacks on property. In other words, the perpetrator of the acts of persecution does not initially target the individual but rather membership in a specific racial, religious or political group.*" (NAÇÕES..., Promotoria contra Tihomir Blaškić, 2000, p. 93).

Contudo, cabe fazer uma observação importante quanto a este conceito. Em sede de apelação do caso, o tribunal elencou que o elemento discriminação não diminui o requisito de gravidade dos atos. Ou seja, ainda que os atos sejam considerados discriminatórios, é necessário que estes tenham a gravidade dos demais atos expostos no Estatuto do Tribunal (NAÇÕES ..., Promotoria contra Tihomir Blaškić, 2004, p. 52)⁸². Ainda com relação à perseguição, cabe mencionar que o Tribunal, ao julgar a apelação do caso Vasiljević, decidiu que apenas um ato representa a ocorrência do crime de perseguição. Então, apesar de ser comum que os atos discriminatórios sejam perpetrados reiteradamente, o entendimento foi o de que apenas um ato grave já configura a existência do crime (NAÇÕES..., Promotoria contra Mitar Vasiljević, 2004, p. 40)⁸³.

Com relação à segunda forma de desenvolvimento, esta gira em torno do entendimento do Tribunal sobre a perseguição. Este crime foi considerado como um

⁸² “137. In adopting a standard for acts which may constitute the crime of persecutions, the Trial Chamber then held that: ‘the crime of ‘persecution’ encompasses not only bodily and mental harm and infringements upon individual freedom but also acts which appear less serious, such as those targeting property, so long as the victimized persons were specially selected on grounds linked to their belonging to a particular community.’ The Trial Chamber further held, in a sub-section entitled ‘Discrimination’: ‘It is the specific intent to cause injury to a human being because he belongs to a particular community or group, rather than the means employed to achieve it, that bestows on it its individual nature and gravity and which justifies its being able to constitute criminal acts which might appear in themselves not to infringe directly upon the most elementary rights of a human being, for example, attacks on property. In other words, the perpetrator of the acts of persecution does not initially target the individual but rather membership in a specific racial, religious or political group.’ 138. The Appeals Chamber considers that the Trial Chamber failed to mention that acts of persecutions, considered separately or together, should reach the level of gravity of other crimes listed in Article 5 of the Statute. It appeared to consider, erroneously, that underlying acts are rendered sufficiently grave if they are committed with a discriminatory intent”. (NAÇÕES..., Promotoria contra Tihomir Blaškić, 2004, p. 52).

⁸³ “113. The Appeals Chamber does not subscribe to the views of the Appellant that the Trial Chamber erred in finding him guilty of persecution “solely on the basis of one incident” First, the Drina River incident consists of the murder of five people and the inhumane acts inflicted on two others. This incident cannot be described as a single act but rather as a series of acts. Second, as held by the Appeals Chamber in the Krojelic Appeals Judgement, persecution is “an act or omission which discriminates in fact and which: denies or infringes upon a fundamental right laid down in international customary or treaty law (the actus reus); and was carried out deliberately with the intention to discriminate on one of the listed grounds, specifically race, religion or politics (the mens rea).” Although persecution often refers to a series of acts, a single act may be sufficient, 197 as long as this act or omission discriminates in fact and is carried out deliberately with the intention to discriminate on one of the listed grounds. The Appeals Chamber therefore finds that this sub-ground of appeal is without merit.”. (NAÇÕES..., Promotoria contra Mitar Vasiljević, 2004, p. 40).

ato desumano, mesmo que de forma separada, uma vez que da própria discriminação presume a falta de humanidade do ato. Este entendimento (NAÇÕES..., Promotoria contra Dusko Tadić, 1997, p. 260)⁸⁴, desenvolvido nos primeiros anos do Tribunal, posteriormente foi avançando de forma a ser entendido como um ponto na escala de gravidade dos crimes, como pode ser observado no julgamento do caso Kupreškić:

635. Os motivos pelos quais o autor de perseguição pode discriminar estão listados no Artigo 5 (h) do Estatuto como motivos políticos, raciais ou religiosos.

636. Conforme estabelecido acima, o requisito de *mens rea* para perseguição é maior do que para crimes comuns contra a humanidade, embora menor do que para o Genocídio. Nesse contexto, a Câmara de Julgamentos deseja enfatizar que a perseguição como crime contra a humanidade é uma ofensa pertencente ao mesmo gênero que o Genocídio. Tanto a perseguição quanto o Genocídio são crimes perpetrados contra pessoas que pertencem a um grupo específico e que são alvo de tal pertença. Nas duas categorias, o que importa é a intenção de discriminar: atacar pessoas por causa de suas características étnicas, raciais ou religiosas (bem como, no caso de perseguição, por causa de sua afiliação política). Enquanto no caso de perseguição, a intenção discriminatória pode assumir formas desumanas diversas e se manifestar em uma pluralidade de ações, incluindo assassinato, no caso de Genocídio, essa intenção deve ser acompanhada pela intenção de destruir, no todo ou em parte, o grupo ao qual as vítimas do Genocídio pertencem. Assim, pode-se dizer que, do ponto de

⁸⁴: “697. From the above it is evident that what is necessary is some form of discrimination that is intended to be and results in an infringement of an individual’s fundamental rights. Additionally, this discrimination must be on specific grounds, namely race, religion or politics. Because the ‘persecution type’ is separate from the ‘murder type’ of crimes against humanity it is not necessary to have a separate act of an inhumane nature to constitute persecution; the discrimination itself makes the act inhumane. 231. The commentary to the I.L.C. Draft Code speaks of a denial of human rights and fundamental freedoms to which individuals are entitled without distinction, and refers to articles of the Charter of the United Nations and the International Covenant on Civil and Political Rights which address the right to non-discrimination 232. It also discusses the relationship between the crime of “persecution on political, racial, religious or ethnic grounds” and that of “institutionalized discrimination on racial, ethnic, or religious grounds involving the violation of fundamental human rights and freedoms and resulting in seriously disadvantaging a part of the population”, noting that they both involve “the denial of the human rights and fundamental freedoms of individuals based on an unjustifiable discriminatory criterion”, although in the case of the latter the discriminatory plan or policy must be institutionalized 233. It is the violation of the right to equality in some serious fashion that infringes on the enjoyment of a basic or fundamental right that constitutes persecution, although the discrimination must be on one of the listed grounds to constitute persecution under the Statute.” (NAÇÕES..., Promotoria contra Dusko Tadić, 1997, p. 260).

vista da *mens rea*, o Genocídio é uma forma extrema e mais desumana de perseguição. Em outras palavras, quando a perseguição atinge a forma extrema de atos intencionais e deliberados destinados a destruir um grupo ou parte de um grupo, pode-se afirmar que essa perseguição equivale a Genocídio. (NAÇÕES..., Promotoria contra Kupreškić *et al.*, 2000, p. 261-262, tradução nossa).⁸⁵

Desse modo, quando a conduta pressupõe os elementos citados, a discriminação e a gravidade, o crime é considerado perseguição em um primeiro momento. Todavia, havendo um elevado grau desumano e de intenção de destruir o grupo, o Tribunal considera presente o crime de Genocídio. Assim, pode ser verificado que este Tribunal possuiu um bom grau de efetividade no julgamento dos crimes de guerra a que se dispunha, apesar das limitações legais já apontadas. Ainda assim, a jurisprudência possui um razoável cuidado com o Patrimônio Cultural.

Apesar da citada impossibilidade de aplicação do Genocídio Cultural, o entendimento faz possível uma ideia mais abrangente, como pode ser observado nas decisões do caso Krajišnik, acerca das formas de destruição do grupo:

854. A “destruição”, como um componente da *mens rea* do Genocídio, não se limita à destruição física ou biológica dos membros do grupo, uma vez que o grupo (ou parte dele) pode ser destruído de outras maneiras, como a transferência de crianças para fora do grupo (ou parte) ou cortando os laços entre seus membros.1701 [...] Não é correto falar do “grupo” como passível de destruição física ou biológica. Seus membros são, é claro,

⁸⁵ Texto original: “635. *The grounds on which the perpetrator of persecution may discriminate are listed in Article 5(h) of the Statute as political, racial or religious grounds. 636. As set forth above, the mens rea requirement for persecution is higher than for ordinary crimes against humanity, although lower than for genocide. In this context the Trial Chamber wishes to stress that persecution as a crime against humanity is an offence belonging to the same genus as genocide. Both persecution and genocide are crimes perpetrated against persons that belong to a particular group and who are targeted because of such belonging. In both categories what matters is the intent to discriminate: to attack persons on account of their ethnic, racial, or religious characteristics (as well as, in the case of persecution, on account of their political affiliation). While in the case of persecution the discriminatory intent can take multifarious inhumane forms and manifest itself in a plurality of actions including murder, in the case of genocide that intent must be accompanied by the intention to destroy, in whole or in part, the group to which the victims of the genocide belong. Thus, it can be said that, from the viewpoint of mens rea, genocide is an extreme and most inhuman form of persecution. To put it differently, when persecution escalates to the extreme form of willful and deliberate acts designed to destroy a group or part of a group, it can be held that such persecution amounts to genocide.*” (NAÇÕES..., Promotoria contra Kupreškić *et al.*, 2000, p. 261-262).

seres físicos ou biológicos, mas os vínculos entre seus membros, bem como aspectos do grupo como cultura e crenças de seus membros, não são físicos nem biológicos. Portanto, a “intenção de destruir” da Convenção do Genocídio não pode ser considerada sensivelmente reduzida a uma intenção de destruir o grupo física ou biologicamente, como já foi dito ocasionalmente. (NAÇÕES..., Promotoria contra Momčilo Krajišnik, 2006, p. 302, tradução nossa).⁸⁶

Da mesma forma, o tribunal se manifestou com relação à destruição do Patrimônio Cultural não apenas quanto à sua gravidade como bem, mas agravado em razão do seu *status* de patrimônio da humanidade. Esta definição pode ser encontrada no caso Jokić, com relação à violação do Direito Internacional Humanitário pelo ataque à cidade de Dubrovnik:

46. Outro crime pelo qual Miodrag Jokić se declarou culpado é o crime de destruição ou dano doloso cometido a instituições dedicadas à religião, caridade, educação e artes e ciências, além de monumentos históricos e obras de arte e ciência. Este crime representa uma violação de valores especialmente protegidos pela Comunidade internacional.

[...]

49. O preâmbulo da Convenção do Patrimônio Mundial da UNESCO estabelece “que a deterioração ou desaparecimento de qualquer item do Patrimônio Cultural ou natural constitui um empobrecimento prejudicial do patrimônio de todas as nações do mundo”. A Cidade Velha de Dubrovnik foi colocada na Lista do Patrimônio Mundial em 1975.

50. Os Protocolos Adicionais I (art. 53) e II (art. 16) de 1977 às Convenções de Genebra de 1949 reiteram a obrigação de proteger os bens culturais e expandir o escopo da proibição, *inter alia*, proibindo “qualquer ato de hostilidade dirigida contra os monumentos históricos, obras de arte ou locais de culto que constituem a herança cultural ou espiritual dos povos.” De acordo com os Protocolos Adicionais, portanto, é proibido dirigir ataques contra esse tipo de bem protegido, independentemente de os ataques resultarem ou não

⁸⁶ Texto original: “854. ‘Destruction’, as a component of the mens rea of genocide, is not limited to physical or biological destruction of the group’s members, since the group (or a part of it) can be destroyed in other ways, such as by transferring children out of the group (or the part) or by severing the bonds among its members. 1701 [...] 1701 It is not accurate to speak of ‘the group’ as being amenable to physical or biological destruction. Its members are, of course, physical or biological beings, but the bonds among its members, as well as such aspects of the group as its member’s culture and beliefs, are neither physical nor biological. Hence the Genocide Convention’s ‘intent to destroy’ the group cannot sensibly be regarded as reducible to an intent to destroy the group physically or biologically, as has occasionally been said”. (NAÇÕES..., Promotoria contra Momčilo Krajišnik, 2006, p. 302).

em dano real. **Essa imunidade é claramente adicional à proteção atribuída a objetos civis.**

51. Toda a cidade velha de Dubrovnik era considerada, na época dos eventos contidos na acusação, uma parte especialmente importante do Patrimônio Cultural mundial. Foi, entre outras coisas, um excelente conjunto arquitetônico que ilustra um estágio significativo da história da humanidade. **O ataque de bombardeios à Cidade Velha foi um ataque não apenas contra a história e o patrimônio da região, mas também contra o Patrimônio Cultural da humanidade.** Além disso, a Cidade Velha era uma “cidade viva” (conforme apresentada pela Promotoria) e a existência de sua população estava intimamente entrelaçada com sua herança antiga. Os edifícios residenciais da cidade também faziam parte do patrimônio mundial e, portanto, eram protegidos.

[...]

53. **A Câmara de Julgamento considera que, uma vez que é uma violação grave do Direito Internacional Humanitário atacar edifícios civis, é um crime de gravidade ainda maior direcionar um ataque a um local especialmente protegido,** como a Cidade Velha, constituído por edifícios civis e resultando em extensa destruição do local. Além disso, o ataque à Cidade Velha foi particularmente destrutivo. Os danos foram causados a mais de 100 prédios, incluindo vários segmentos das paredes da Cidade Velha, variando de destruição completa a danos a peças não estruturais. O ataque ilegal à Cidade Velha deve, portanto, ser visto como uma conduta especialmente injusta. (NAÇÕES..., Promotoria contra Miodrag Jokić, 2004, p. 14-16, tradução nossa, grifo nosso).⁸⁷

⁸⁷ Texto original: “46. Another crime to which Miodrag Jokić pleaded guilty is the crime of destruction or willful 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. [...] 49. The preamble to the UNESCO World Heritage Convention provides ‘that deterioration or disappearance of any item of the cultural or natural heritage constitutes a harmful impoverishment of the heritage of all the nations of the world.’ The Old Town of Dubrovnik was put on the World Heritage List in 1975. 50. Additional Protocols I (art. 53) and II (art. 16) of 1977 to the Geneva Conventions of 1949 reiterate the obligation to protect cultural property and expand the scope of the prohibition by, inter alia, outlawing ‘any acts of hostility directed against the historic monuments, works of art or places of worship which constitute the cultural or spiritual heritage of peoples.’ According to the Additional Protocols, therefore, it is prohibited to direct attacks against this kind of protected property, whether or not the attacks result in actual damage. This immunity is clearly additional to the protection attached to civilian objects. 51. The whole of the Old Town of Dubrovnik was considered, at the time of the events contained in the Indictment, an especially important part of the world cultural heritage. It was, among other things, an outstanding architectural ensemble illustrating a significant stage in human history. The shelling attack on the Old Town was an attack not only against the history and heritage of the region, but also against the cultural heritage of humankind. Moreover, the Old Town was a ‘living city’ (as submitted by the Prosecution) and the existence of its population was intimately intertwined with its ancient heritage. Residential buildings within the city also formed part of the World Cultural Heritage site, and were thus protected. [...] 53. The Trial Chamber finds that, since it is a serious violation of international humanitarian law to attack civilian buildings, it is a crime of

Grande parte desse entendimento desenvolvido pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, principalmente no que diz respeito à hipótese de Genocídio Cultural, foi absorvido pela Corte Internacional de Justiça.

Desse modo, a Corte Internacional de Justiça se calçou no aspecto legalista da Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio e manteve a ideia de que a tipificação corrente do Genocídio está limitada a atos que acarretem na destruição física ou biológica do grupo. Essa interpretação foi bem delineada no caso relativo à aplicação da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio na contenda da Bósnia e Herzegovina contra Sérvia e Montenegro:

344. À luz do exposto, o Tribunal considera que existem evidências conclusivas da destruição deliberada do patrimônio histórico, cultural e religioso do grupo protegido durante o período em questão. O Tribunal toma nota da alegação do Requerente de que a destruição de tal patrimônio era “uma parte essencial da política de purificação étnica” e “uma tentativa de eliminar os traços da própria existência” dos muçulmanos da Bósnia. No entanto, na opinião da Corte, a destruição do patrimônio histórico, cultural e religioso não pode ser considerada como a imposição deliberada de condições de vida calculadas para provocar a destruição física do grupo. Embora tal destruição possa ser altamente significativa, na medida em que é direcionada à eliminação de todos os vestígios da presença cultural ou religiosa de um grupo, contrariamente a outras normas legais, não se enquadra nas categorias de atos de Genocídio estabelecidas no Artigo II da Convenção. A esse respeito, a Corte observa que, durante a consideração do projeto de texto da Convenção, a Sexta Comissão da Assembleia Geral decidiu por não incluir o Genocídio Cultural na lista de atos puníveis. Além disso, a ILC confirmou posteriormente essa abordagem, afirmando que:

“Como mostra claramente o trabalho preparatório da Convenção [...], a destruição em questão é a destruição material de um grupo, seja por meios físicos ou biológicos, e não a destruição da identidade nacional, linguística, religiosa, cultural ou de outra natureza de um grupo em particular.” (Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre os trabalhos de sua Quadragésima Oitava Sessão, Anuário da Comissão de Direito Internacional 1996, Vol. II, Parte Dois, pp. 45-46, parágrafo 12.)

even greater seriousness to direct an attack on an especially protected site, such as the Old Town, constituted of civilian buildings and resulting in extensive destruction within the site. Moreover, the attack on the Old Town was particularly destructive. Damage was caused to more than 100 buildings, including various segments of the Old Town's walls, ranging from complete destruction to damage to non-structural parts. The unlawful attack on the Old Town must therefore be viewed as especially wrongful conduct.” (NAÇÕES..., Promotora contra Miodrag Jokić, 2004, p. 14-16).

Além disso, o ICTY adotou uma visão semelhante no caso de Krstić, constatando que, mesmo no direito consuetudinário, “apesar dos desenvolvimentos recentes”, a definição de atos de Genocídio é limitada àqueles que buscam a destruição física ou biológica de um grupo (Krstić, IT-98-33-T, Sentença da Câmara de Julgamento, 2 de agosto de 2001, parágrafo 580). O Tribunal conclui que a destruição do patrimônio histórico, religioso e cultural não pode ser considerada um ato genocida na acepção do artigo II da Convenção sobre Genocídio. Ao mesmo tempo, também endossa a observação feita no caso Krstić de que “onde há destruição física ou biológica, frequentemente ocorrem ataques simultâneos ao bem cultural e religioso e símbolos do grupo-alvo, ataques que podem legitimamente ser considerados evidências de uma intenção de destruir fisicamente o grupo” (*ibid.*). (CORTE..., 2007, p. 147, tradução nossa).⁸⁸

Como se observa, o Tribunal reafirmou a decisão do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, no que diz respeito à evidência da intenção de destruir o grupo fisicamente. Assim, tem-se que o ataque ao Patrimônio Cultural pode ser considerado como evidência da intenção de destruição física, de modo a

⁸⁸ Texto original: “344. *In light of the foregoing, the Court considers that there is conclusive evidence of the deliberate destruction of the historical, cultural and religious heritage of the protected group during the period in question. The Court takes note of the submission of the Applicant that the destruction of such heritage was “an essential part of the policy of ethnic purification” and was “an attempt to wipe out the traces of [the] very existence” of the Bosnian Muslims. However, in the Court’s view, the destruction of historical, cultural and religious heritage cannot be considered to constitute the deliberate infliction of conditions of life calculated to bring about the physical destruction of the group. Although such destruction may be highly significant inasmuch as it is directed to the elimination of all traces of the cultural or religious presence of a group, and contrary to other legal norms, it does not fall within the categories of acts of genocide set out in Article II of the Convention. In this regard, the Court observes that, during its consideration of the draft text of the Convention, the Sixth Committee of the General Assembly decided not to include cultural genocide in the list of punishable acts. Moreover, the ILC subsequently confirmed this approach, stating that: “As clearly shown by the preparatory work for the Convention ..., the destruction in question is the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national, linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group.” (Report of the International Law Commission on the work of its Forty-eighth Session, Yearbook of the International Law Commission 1996, Vol. II, Part Two, pp. 45-46, para. 12.) Furthermore, the ICTY took a similar view in the Krstić case, finding that even in customary law, “despite recent developments”, the definition of acts of genocide is limited to those seeking the physical or biological destruction of a group (Krstić, IT-98-33-T, Trial Chamber Judgment, 2 August 2001, para. 580). The Court concludes that the destruction of historical, religious and cultural heritage cannot be considered to be a genocidal act within the meaning of Article II of the Genocide Convention. At the same time, it also endorses the observation made in the Krstić case that “where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group” (*ibid.*).*” (CORTE..., 2007, p. 147).

preencher o requisito de tipo do crime de Genocídio, ainda que não de forma autônoma.

Esse conceito que delimita os critérios de Genocídio a físicos e biológicos foi reafirmado pela Corte em 2015, no caso Croácia contra Sérvia, que também dispõe sobre a aplicação da Convenção para a Prevenção e Punição do crime de Genocídio.

Neste julgamento em particular, o Juiz Cançado Trindade faz uma dura crítica ao posicionamento artificial do tribunal de dissociar a destruição física e biológica da destruição cultural. Em suas palavras, o Tribunal teria fechado os olhos ao não considerar a destruição do Patrimônio Cultural e religioso na categoria de atos de Genocídio estabelecidos no artigo segundo da Convenção para a Prevenção e Punição do crime de Genocídio. Confira-se:

420. Já afirmei, na presente opinião divergente, que, na sua jurisprudência — por exemplo, a decisão de 1996 no caso Karadžić e Mladić —, o TPIJ estava particularmente atento à destruição de bens culturais e locais religiosos. E, no julgamento de 2001, no caso Krstić, o TPIJ advertiu adequadamente que o padrão de destruição como um todo (incluindo destruição do Patrimônio Cultural e religioso) deve ser devidamente levado em consideração como evidência da intenção de destruir o grupo.

421. A Corte Internacional de Justiça, ao contrário, preferiu, no presente julgamento, fechar os olhos, observando repetidamente (sentença, parágrafos 136, 388-389), de maneira desdenhosa, que a destruição do Patrimônio Cultural e religioso não se enquadra nas categorias de atos de Genocídio estabelecidas no artigo II da Convenção Contra o Genocídio. Tentar dissociar a destruição física/biológica da cultural, com o objetivo de determinar o Genocídio, parece-me uma artificialidade. Quer se queira admitir ou não, corpo e alma andam juntos, sendo absolutamente superficial e claramente insustentável tentar dissociar um do outro. Em vez de fazê-lo, é preciso extrair as consequências daí resultantes. (CORTE..., Croácia contra Sérvia, 2015, p. 145, tradução nossa)⁸⁹

⁸⁹ Texto original: “420. *I have already pointed out, in the present dissenting opinion, that, in its case law, — e.g., its decision of 1996 in the Karadžić and Mladić case, — the ICTY was particularly attentive to the destruction of cultural and religious sites. And, in its Judgment of 2001 in the Krstić case, the ICTY properly warned that the pattern of destruction as a whole (including the destruction of cultural and religious heritage) is to be duly taken into account, as evidence of the intent to destroy the group*⁴⁹⁰. 421. *The International Court of Justice, contrariwise, has in the present Judgment preferred to close its eyes to it, repeatedly remarking (Judgment, paras. 136, 388-389), in a dismissive way, that the destruction of cultural and religious heritage does not fall under the categories of acts of genocide set out in Article II of the Convention against Genocide. To attempt to dissociate physical/biological*

Tendo em vista que a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça se utiliza do entendimento do TPIJ quanto à questão cultural no Genocídio, não haverá maior aprofundamento em seus casos, sob pena de se tornar redundante frente ao exposto para o TIPIJ.

Com relação a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em um primeiro momento parece ser importante observar sua atuação acerca de atos relacionados ao Genocídio. No caso do massacre de Plan de Sanchez, contra a Guatemala, foi levada à Corte a acusação de ocorrência do crime de Genocídio do grupo Maya Achí. Em resposta, o juízo se manifestou no sentido de declinar da competência para julgar o crime de Genocídio, uma vez que lhe compete verificar a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e de outros instrumentos do sistema interamericano:

51. No que diz respeito à questão do Genocídio mencionada pela Comissão e pelos representantes das vítimas e parentes próximos, a Corte observa que em questões judiciais só é competente para julgar violações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e de outros instrumentos do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos que lhe permitem fazê-lo. Não obstante, fatos como os expostos, que afetaram gravemente os membros do povo Maya Achí em sua identidade e valores, e que ocorreram dentro de um padrão de massacres, constituem um impacto agravado que implica responsabilidade internacional do Estado, que esta Corte levará em consideração quando decidir sobre reparações. (ORGANIZAÇÃO ..., Caso: Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala, 2004, p. 21, tradução nossa).⁹⁰

destruction from the cultural one, for the purpose of the determination of genocide, appears to me an artificiality. Whether one wishes to admit it or not, body and soul come together, and it is utterly superficial, clearly untenable, to attempt to dissociate one from the other. Rather than doing so, one has to extract the consequences ensuing there from.” (CORTE..., Croácia contra Sérvia, 2015, p. 145).

⁹⁰ “51. *With respect to the issue of genocide mentioned both by the Commission and by the representatives of the victims and their next of kin, the Court notes that in adjudicatory matters it is only competent to find violations of the American Convention on Human Rights and of other instruments of the inter-American system for the protection of human rights that enable it to do so. Nevertheless, facts such as those stated, which gravely affected the members of the Maya achí people in their identity and values and that took place within a pattern of massacres, constitute an aggravated impact that entails international responsibility of the State, which this Court will take into account when it decides on reparations.”.* (ORGANIZAÇÃO ..., Caso: Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala, 2004, p. 21).

Como já observado em outros tribunais internacionais, é uma característica comum a grande preocupação em não exceder as normativas internacionais. Tendo em vista que as convenções que tipificam o Genocídio não estão diretamente inseridas no sistema interamericano, a corte não se prontificou a declarar o massacre como Genocídio.

Contudo, isto não fez com que o tribunal deixasse de julgar o caso, mas tão somente se limitou a aplicar as normativas que lhe cabem. Inclusive, no excerto, é possível verificar não apenas a menção à existência de um massacre, mas que este possui um impacto agravado na responsabilização internacional do Estado, sendo este impacto agravado justamente o método que a Corte utiliza para condenar os atos de grande reprovação.

A responsabilidade internacional agravada do Estado se consolidou na Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir de duas questões principais. O continente em que opera decorreu de um longo histórico de autoritarismo e violência, o que acabou por inviabilizar politicamente o uso da terminologia Genocídio. Em decorrência disso, o ativismo do juiz Cançado Trindade, pela ausência de uma criminalização da conduta estatal envolvida nesses casos, colaborou com a jurisprudência neste sentido (NOVIC, 2016, p. 179-180). O magistrado Cançado Trindade (ORGANIZAÇÃO..., Caso: Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala, 2004, p. 111) manifestou indignação no caso do massacre de Plan de Sanchez, em virtude da falta de responsabilização estatal:

8. Como a existência de crime estatal pode ser negada? Como os juristas internacionais que apoiam clandestinamente a soberania do Estado respondem a essa pergunta, tendo em vista os fatos deste caso? Por quanto tempo eles continuarão a fechar os olhos para a realidade dos fatos? Por quanto tempo eles obstruirão a visão da justiça a nível internacional? Por quanto tempo atrasarão o desenvolvimento da lei sobre responsabilidade internacional do Estado? Por quanto tempo adiarão a criação e a consolidação de um genuíno Estado de Direito e, dentro dessa estrutura, um genuíno direito à lei?

9. Uma vez que o crime de Estado é uma realidade, como os fatos do presente caso provam conclusivamente, a determinação concomitante da responsabilidade internacional do Estado e a responsabilidade criminal dos autores são essenciais. Embora a Corte Interamericana só possa lidar com a primeira, há complementaridades entre a responsabilidade do Estado e a do indivíduo. Não é possível lidar apenas com a responsabilidade individual, como o Direito Penal Internacional contemporâneo. A convergência deve ser promovida entre este último e o Direito

Internacional dos Direitos Humanos, na medida em que as convergências entre o Direito Internacional Humanitário, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, nos níveis normativos e, também, hermenêutico e operacional, foram intensificados na última década — como eu tenho afirmado há anos — a fim de maximizar a proteção dos Direitos Humanos.⁹¹ (ORGANIZAÇÃO..., Caso: Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala, 2004., p. 111, tradução nossa).

Ainda que tal posicionamento do crime de Estado não seja predominante na jurisprudência, é um entendimento que solidifica a necessidade de responsabilização internacional, seja do Estado ou do indivíduo, e valoriza a aplicação da responsabilidade agravada. Desse modo, a Corte passou a aplicar a responsabilidade agravada do Estado em decorrência de graves violações dos Direitos Humanos, inclusive por circunstâncias referentes à omissão do Estado. Tal situação pode ser verificada no caso Myrna Mack Chang (contra Guatemala), no qual é levantada até mesmo a ausência de mecanismos judiciais eficazes:

139. A Corte considera que, de acordo com o que foi estabelecido no capítulo sobre fatos comprovados, o Estado é responsável pela execução não regulada de Myrna Mack Chang, cometida por meio de ações de seus agentes, executando ordens emitidas pelo alto comando do Estado Maior Presidencial, o que constitui uma violação do direito à vida. Essa circunstância foi agravada porque, na época dos fatos, havia na Guatemala um padrão de execuções não reguladas e seletivas promovidas pelo Estado, dirigidas contra aqueles indivíduos considerados “inimigos internos”. Além disso,

⁹¹. Texto original: “8. *How can the existence of State crime be denied? How do international jurists who surreptitiously support State sovereignty answer this question, bearing in mind the facts of this case? How long will they continue to close their eyes to the reality of the facts? How long will they shortsightedly obstruct the realization of justice at the international level? How long will they delay the development of the law on the State’s international responsibility? How long will they postpone the creation and consolidation of a genuine rule of law and, within that framework, a genuine right to law?* 9. *Since State crime is a reality, as the facts of the instant case prove conclusively, the concomitant determination of the State’s international responsibility and the criminal liability of the perpetrators is essential. Even though the Inter-American Court can only deal with the former, there are complementarities between the responsibility of the State and that of the individual. It is not possible to deal with individual responsibility alone, as contemporary international criminal law does. Convergence must be promoted between the latter and international human rights law, as convergences between international humanitarian law, international refugee law and international human rights law, at the normative and also the hermeneutic and operational levels have been intensified over the last decade — as I have been affirming for years — in order to maximize the protection of human rights*”. (ORGANIZAÇÃO..., Caso: Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala, 2004., p. 111).

desde então e ainda hoje, não existem mecanismos judiciais eficazes para investigar violações dos Direitos Humanos, nem para punir os responsáveis, o que gera uma **responsabilidade internacional agravada do Estado** demandado. (ORGANIZAÇÃO..., Caso: Myrna Mack Chang v. Guatemala, 2003, p. 88, tradução nossa, grifo nosso).⁹²

Observada a forma com a qual a corte responsabiliza os Estados, cabe analisar outro aspecto importante em sua jurisprudência: a importância para as questões associadas à cultura em pé de igualdade com outros Direitos Humanos. Essa valorização pode ser verificada no caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa (contra Paraguai). Neste julgamento, a Corte desenvolve a ideia de identidade cultural e sua relação para com a vida:

28. O direito à vida é, no presente caso da Comunidade Sawhoyamaxa, visto em sua estreita e inevitável conexão com a identidade cultural. Essa identidade é formada ao longo do tempo, ao longo do desenvolvimento histórico da vida comunitária. A identidade cultural é um componente ou um acréscimo ao direito fundamental à vida em seu sentido mais amplo. No que diz respeito aos membros das comunidades indígenas, a identidade cultural está intimamente ligada às suas terras ancestrais. Se eles são privados delas por meio de deslocamento forçado, isso afeta seriamente sua identidade cultural e, finalmente, seu próprio direito à vida *lato sensu*, isto é, o direito à vida de todo e qualquer membro de uma comunidade.

[...]

33. Mesmo antes da adoção das duas últimas convenções da tríade mencionada acima, já havia um entendimento na UNESCO de que a afirmação e a preservação da identidade cultural, incluindo a das minorias, contribuem para a “libertação dos povos”: “A identidade cultural é um tesouro que vitaliza as possibilidades de autorrealização da humanidade, incentivando todas as pessoas e todos os grupos a buscar sustento no passado para receber as contribuições externas compatíveis com suas próprias características e, assim, continuar o processo de sua própria criação.

⁹² Texto original: “139. *The Court deems that, pursuant to what was established in the chapter on proven facts, the State is responsible for the extra-legal execution of Myrna Mack Chang committed through actions of its agents, carrying out orders issued by the high command of the Presidential General Staff, which constitutes a violation of the right to life. This circumstance was worsened because at the time of the facts there was in Guatemala a pattern of selective extra-legal executions fostered by the State, which was directed against those individuals who were considered “internal enemies.” Furthermore, since then and still today, there have not been effective judicial mechanisms to investigate the human rights violations nor to punish those responsible, all of which gives rise to an aggravated international responsibility of the respondent State.*” (ORGANIZAÇÃO..., Caso: Myrna Mack Chang v. Guatemala, 2003, p. 88).

48. Um ataque à identidade cultural, como é o caso da Comunidade Sawhoyamaxa, é um ataque ao direito à vida *lato sensu*, ao direito de viver, com as circunstâncias agravantes daqueles que realmente morreram. Um Estado não pode se libertar do dever de diligência para salvaguardar o direito de viver. (ORGANIZAÇÃO..., Caso: Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, 2006, p. 135-138, tradução nossa)⁹³

Como pode ser observado, a jurisprudência da Corte avança a passos largos na valorização da identidade cultural e, principalmente, em grupos minoritários. Mesmo em casos relacionados à propriedade, que abrangem interesses diversos, a Corte tem sido firme em seu entendimento.

No caso das Comunidades Afrodescendentes de Cacarica (contra a Colômbia), é alegado que os grupos foram afastados de suas terras e, conseqüentemente, dos costumes da etnia, ocasionando inclusive a rejeição por seus pares. (ORGANIZAÇÃO..., Caso: Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia, 2013, p. 104)⁹⁴. Da mesma forma, sustentaram que as comunidades afrodescendentes de

⁹³ Texto original: "28. *The right to life is, in the instant case of the Sawhoyamaxa Community, viewed in its close and unavoidable connection with cultural identity. Such identity is formed over time, along the historical development of community life. Cultural identity is a component of, or an addition to, the fundamental right to life in its wider sense. As regards members of indigenous communities, cultural identity is closely linked to their ancestral lands. If they are deprived of them, by means of forced displacement, it seriously affects their cultural identity, and finally, their very right to life lato sensu, that is, the right to life of each and every member of each community. [...] 33. Even before the adoption of the last two Conventions of the above mentioned triad, there was already an understanding at UNESCO that the affirmation and preservation of cultural identity, including that of minorities, contributes to the "liberation of peoples": "Cultural identity is a treasure which vitalizes mankind's possibilities for self-fulfillment by encouraging every people and every group to seek nurture in the past, to welcome contributions from outside compatible with their own characteristics, and so to continue the process of their own creation."*48, An attack against cultural identity, as is the case with the Sawhoyamaxa Community, is an attack against the right of life lato sensu, the right to live, with the aggravating circumstances of those who actually died. A State cannot release itself from the due diligence duty to safeguard the right to live." (ORGANIZAÇÃO..., Caso: Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, 2006, p. 135-138).

⁹⁴ "305. *The representatives indicated that the children's right to equality was violated in this case because: (a) the State failed to take the necessary positive measures with regard to this group of Afro-descendants who were traditionally discriminated against, and based on their condition as children; (b) during the displacement, the children were subjected to exceptional risks that prevented their development and inclusion in their traditional social milieu, depriving them of the culture and customs of their ethnic group, as well as in degrading conditions in which they could not exercise their rights under equal conditions to the rest of the population, and (c) while they were away from their ancestral territories, they were unable*

Cacarica possuem uma relação vital com a terra, da qual foram privados de forma violenta e com a destruição de espaços destinados à vida comunitária e familiar (ORGANIZAÇÃO, Caso: Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia, 2013, p. 112).⁹⁵

A Corte, em seu julgamento, reconheceu a falta de efetividade das ações do Estado para proteger a propriedade coletiva, bem como a ilegalidade no caso concreto:

356. Com base em todo o exposto, o Tribunal considera que a exploração da propriedade coletiva das comunidades da bacia do Rio Cacarica foi realizada ilegalmente; além disso, há evidências de que as autoridades falharam em proteger o direito à propriedade coletiva, mesmo cientes, devido a várias visitas *in loco*, do andamento da exploração ilegal. Nesse sentido, os recursos administrativos ou judiciais internos não foram eficazes para corrigir essa situação.

357. A Corte observa que nem os representantes nem a Comissão se referiram em seus argumentos a quais medidas de salvaguarda que protegem o direito à propriedade coletiva foram violadas pelo Estado. Consequentemente, a Corte não pode se pronunciar a esse respeito, sem prejuízo de considerar que a violação do direito à propriedade coletiva contida no artigo 21 da Convenção foi provada o suficiente, porque as atividades de exploração eram ilegais, conforme reconhecido pelos órgãos da jurisdição doméstica (*supra*, parágrafo 143).

358. Consequentemente, a Corte conclui que o Estado é responsável pela violação do direito à propriedade coletiva contido no artigo 21 da Convenção, em relação ao artigo 1 (1) deste instrumento, dos membros do Conselho Comunitários das comunidades da bacia do

to exercise their rights to education, health and others, thus experiencing “exceptional situations of discrimination such as the rejection of their peers.” They asked that the Court declare the State responsible for the violation of Articles 4, 5, 11, 17, 19, 21, 22 and 24 of the Convention, to the detriment of the children of the communities displaced from the Cacarica River”. (ORGANIZAÇÃO..., Caso: Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia, 2013, p. 104).

⁹⁵ “340. The representatives added that the Afro-descendant communities of the Cacarica have “an almost umbilical relationship with the land, a vital relationship that can be perceived by the words they use, according to which the land is their mother and also their father, because they receive all its benefits,” and that, owing to Operation Genesis, “the victims in this case were arbitrarily deprived of the use and enjoyment of their property, in both its individual and communal dimension.” They also stated that the “displacement was accompanied by the ransacking and destruction of both individual and collective property.” 587 Furthermore, they indicated that the violent incursion, the occupation and destruction of the spaces of their community and family life, of the places they lived in and planted, had profound effects on their way of life and survival, on their culture and ancestral identity, and as a result it “violated [...] the sphere of protection of Article 21” of the Convention.” (ORGANIZAÇÃO, Caso: Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia, 2013, p. 112).

Rio Cacarica. (ORGANIZAÇÃO, Caso: Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia, 2013, p. 116-117, tradução nossa).⁹⁶

Ainda que, neste caso, o Patrimônio Cultural esteja sendo tratado a partir da ideia de propriedade, é possível observar a preocupação da Corte para com a herança cultural dos povos tradicionais.

Por fim, temos o Tribunal Penal Internacional, o qual entrou em vigor no ano de 2002⁹⁷, a partir do qual iniciou sua jurisdição. Este é competente para julgar o crime de Genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, com alcance internacional e em jurisdição complementar aos tribunais penais nacionais. Tendo em vista que trata da responsabilidade pessoal de agentes no cometimento de crimes, o Tribunal guarda maior similaridade com o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

Apesar de já contar com quase trinta casos, ainda não possui uma jurisprudência formada sobre casos de Genocídio. Atualmente, apenas o caso de Al Bashir (TRIBUNAL..., Promotoria contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 2009) está em instrução para este crime, porém ainda não possui uma decisão terminativa.

Assim, a presente análise deterá atenção exclusiva ao caso Al Mahdi, pela destruição de Patrimônio Cultural no Mali. Como brevemente citado neste capítulo,

⁹⁶ Texto original: “356. *Based on all the above, the Court finds that the exploitation of the collective property of the communities of the Cacarica River basin was carried out illegally; furthermore, there is evidence that the authorities failed to protect the right to collective property even though they were aware, because of several on-site visits, of the illegal exploitation that was underway. In this regard, the domestic administrative or judicial remedies were not effective to rectify this situation. 357. The Court notes that neither the representatives nor the Commission referred in their arguments to which safeguard measures that protect the right to collective property had been violated by the State. Consequently, the Court is unable to rule in this regard, without prejudice to considering that the violation of the right to collective property contained in Article 21 of the Convention, has been proved sufficiently, because the exploitation activities were illegal, as recognized by the organs of the domestic jurisdiction (supra para. 143). 358. Consequently, the Court concludes that the State is responsible for the violation of the right to collective property contained in Article 21 of the Convention, in relation to Article 1(1) of this instrument, of the members of the Community Council of the communities of the Cacarica river basin.*” (ORGANIZAÇÃO, Caso: Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia, 2013, p. 116-117).

⁹⁷ Nos termos do artigo 126 do Estatuto de Roma, o mesmo entraria em vigor sessenta dias após o sexagésimo instrumento de ratificação, o que ocorreu no dia 1º de julho de 2002.

este é o primeiro caso de condenação criminal internacional pela destruição do Patrimônio Cultural. Desse modo, além de ser a maior inovação na área, é a jurisprudência do Tribunal com maior relevância para o tema desta pesquisa.

No caso, Ahmad Al Faqi Al Mahdi, conhecido como Abu Turab, nasceu em Agoune, região de Timbuktu, Mali. Pertencente a uma família reconhecida pelo conhecimento do Islã, foi ensinado desde a infância e chegou a ministrar palestras como especialista em assuntos religiosos. Em abril de 2012, Al Mahdi se juntou ao grupo armado Ansar Dine, grupo extremista vinculado à Al Qaeda. Na mesma época, o grupo Ansar Dine assumiu o controle de Timbuktu e impuseram um governo local islâmico. Entre seus órgãos, este governo possuía uma espécie de brigada da moralidade, chamada Hesbah, que foi liderada pelo acusado. O Hesbah estava encarregado de regular a moralidade em Timbuktu, de modo a impedir e reprimir qualquer ofensa a sua doutrina.

Sob o pretexto de reprimir ofensas à doutrina que pregava, Al Madi dirigiu ataques a locais de caráter religioso e histórico. Assim, foi acusado no Tribunal Penal Internacional por dirigir ataques intencionais contra edificações e locais de caráter religioso e histórico no período compreendido entre 30 de junho de 2012 e 11 de julho de 2012. As edificações destruídas são, em sua maioria, mausoléus, sendo listados no julgamento da seguinte forma:

- (i) Mausoléu Sidi Mahamoud Ben Omar Mohamed Aquit;
 - (ii) Mausoléu Sheikh Mohamed Mahmoud Al Arawani;
 - (iii) Mausoléu Sheikh Sidi El Mokhtar Ben Sidi Mouhammad Al Kabir Al Kounti;
 - (iv) Mausoléu Alpha Moya;
 - (v) Mausoléu Sheikh Mouhamad El Mikki;
 - (vi) Mausoléu Sheikh Abdoul Kassim Attouaty;
 - (vii) Mausoléu Sheikh Sidi Ahmed Ben Amar Arragadi;
 - (viii) A porta da Mesquita Sidi Yahia;
 - (ix) Mausoléu Ahmed Fulane (adjacente à mesquita Djingareyber); e
 - (x) Mausoléu Bahaber Babadié (adjacente à mesquita Djingareyber).
- (TRIBUNAL..., Promotoria contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi. 2016).

O acusado observou os locais no mês anterior aos ataques e verificou que estes eram locais utilizados pela população para culto, visitação, celebração e peregrinação. Com exceção do mausoléu Sheikh Mohamed Mahmoud Al Arawani, todas as demais construções estavam protegidas pelo Patrimônio Mundial da UNESCO.

O réu foi acusado por ofender o artigo 8 (2)(e)(iv) do Estatuto de Roma, relativo ao crime de guerra tipificado como “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”(NAÇÕES..., 1992), pelo qual Al Mahdi admitiu culpa.

Em suas constatações com relação ao crime de guerra previsto no artigo 8 (2)(e)(iv) do Estatuto de Roma, a Câmara ressalta a importância especial ao Patrimônio Cultural:

Os fatos do caso demonstram que o Sr. Al Mahdi, na qualidade de chefe do Hesbah, foi encarregado da fase de execução da destruição dos 10 mausoléus e mesquitas especificados na subseção anterior. O Sr. Al Mahdi e os atacantes que o acompanhavam dirigiram um ataque a esses edifícios, resultando em destruição ou danos significativos a todos eles.

Todos esses mausoléus e mesquitas se qualificam como edifícios religiosos e monumentos históricos, como foi evidenciado pelo papel na vida cultural de Timbuktu e pelo *status* de nove deles como patrimônio da UNESCO. A designação desses edifícios pela UNESCO reflete sua importância especial para o Patrimônio Cultural internacional, observando que 'a ampla difusão da cultura e a educação da humanidade para a justiça, liberdade e paz são indispensáveis à dignidade do homem e constituem um dever sagrado que todas as nações devem cumprir com espírito de assistência e preocupação mútuas'. Atacar esses mausoléus e mesquitas foi claramente uma afronta a esses valores. (TRIBUNAL..., Caso Promotoria contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi. 2016, p. 26-27, tradução nossa)⁹⁸

⁹⁸ Texto original: “*The facts of the case demonstrate that Mr. Al Mahdi, in his capacity as head of the Hesbah, was put in charge of the execution phase of destroying the 10 mausoleums and mosques specified in the previous sub-section. Mr. Al Mahdi and the attackers accompanying him directed an attack on these buildings, resulting in destruction or significant damage to all of them. These mausoleums and mosques all qualify as both religious buildings and historic monuments, as evidenced by their role in the cultural life in Timbuktu and the status of nine of these buildings as UNESCO World Heritage sites. UNESCO’s designation of these buildings reflects their special importance to international cultural heritage, noting that ‘the wide diffusion of culture, and the education of humanity for justice and liberty and peace are indispensable to the dignity of man and constitute a sacred duty which all the nations must fulfill in a spirit of mutual assistance and concern’. Attacking these mausoleums and mosques was clearly an affront to these values*”. (TRIBUNAL..., Caso Promotoria contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi. 2016, p. 26-27).

Por se tratar da primeira vez que o Tribunal aplica o crime previsto no artigo 8 (2)(e)(iv), a decisão contempla uma análise pormenorizada do crime, o que contribui para a solidificação do tema quanto à destruição do Patrimônio Cultural.

14. A proteção especial dos bens culturais no Direito Internacional remonta aos artigos 27 e 56 dos Regulamentos de Haia de 1907 e à Comissão de Responsabilidade de 1919, que identificava “destruição arbitrária de edifícios e monumentos religiosos, beneficentes, educacionais e históricos” como crime de guerra. As Convenções de Genebra também reconheceram a necessidade de proteção especial de bens — como hospitais — que já estão protegidos como propriedades civis. Os instrumentos internacionais subsequentes refletem a proteção aprimorada dos bens culturais, incluindo os Protocolos Adicionais I e II das Convenções de Genebra e o Segundo Protocolo da Convenção de Haia de 1954.

15. A Câmara considera que o elemento de “direcionar um ataque” abrange todos os atos de violência contra bens protegidos e não fará distinção se foi realizado na conduta de hostilidades ou depois de o bem ter caído sob o controle do grupo armado. O Estatuto não faz essa distinção. Isso reflete o *status* especial de bens religiosos, culturais, históricos e similares, e a Câmara não deve mudar esse *status* fazendo distinções não encontradas na linguagem do Estatuto. De fato, o Direito Internacional Humanitário protege bens culturais, como tais, de crimes cometidos tanto na batalha quanto fora dela.

16. Além disso, a jurisprudência existente de outros casos relativos a ataques contra populações civis não oferece orientação. O Estatuto protege pessoas e bens culturais de maneira diferente. As pessoas são protegidas por muitas cláusulas distintas que se aplicam durante as hostilidades e depois que um grupo armado assume o controle, contra vários tipos de danos. No entanto, bens culturais em conflitos armados não internacionais são protegidos como tal, e não genericamente como propriedades civis, no artigo 8 (2) (e) (iv), que não faz distinção entre ataques feitos na condução de hostilidades ou posteriormente. Por fim, a jurisprudência do ICTY é de orientação limitada, uma vez que, ao contrário do Estatuto, sua lei aplicável não rege ‘ataques’ contra bens culturais, mas pune sua ‘destruição ou dano intencional’. Os contextos jurídicos diferem. (TRIBUNAL..., Promotoria contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi, 2016, tradução nossa).⁹⁹

⁹⁹ Texto original: “14. *The special protection of cultural property in international law can be traced back to Articles 27 and 56 of the 1907 Hague Regulations and to the 1919 Commission on Responsibility, which identified “wanton destruction of religious, charitable, educational, and historic buildings and monuments” as a war crime. The Geneva Conventions also recognized the need for special protection of objects — like hospitals — which are already protected as civilian objects. Subsequent international instruments reflect the enhanced protection of cultural property, including Additional Protocols I and II to the Geneva Conventions and the Second Protocol to the Hague Convention of 1954. 15. The Chamber considers that the element of “direct[ing] an attack” encompasses any acts of violence against protected objects and will not make a distinction as to whether it was carried out in the conduct of hostilities or after the object had fallen under the control of an armed*

Outro ponto que merece destaque neste julgamento diz respeito à apuração da gravidade da conduta criminosa pela Corte, o que o fez a partir da extensão dos danos, da natureza do comportamento ilegal e das circunstâncias fáticas:

77. Em primeiro lugar, a Câmara observa que, ao contrário de outros acusados condenados por este Tribunal, o Sr. Al Mahdi não é acusado de crimes contra pessoas, mas de crimes contra bens. Na opinião da Câmara, mesmo que sejam inerentemente graves, os crimes contra a propriedade, são geralmente de menor gravidade do que os crimes contra as pessoas.

78. No que diz respeito à extensão dos danos causados, a Câmara recorda que a maioria dos 10 locais foi completamente destruída. Além disso, o ataque foi cuidadosamente planejado e durou aproximadamente 10 dias. Além disso, o impacto do ataque na população foi aumentado pelo fato de ter sido retransmitido na mídia. A Câmara também observa o testemunho de P-431 (especialista maliano em questões culturais) e P-151 (testemunha da UNESCO), que explicou que Timbuktu era uma cidade emblemática com uma dimensão mítica e que desempenhou um papel crucial na expansão do Islã na região. Timbuktu está no coração da herança cultural do Mali, em particular, graças a seus manuscritos e aos mausoléus dos santos. Os mausoléus refletem parte da história de Timbuktu e seu papel na expansão do Islã. Eles eram de grande importância para o povo de Timbuktu, que os admirava e se apegava a eles. Eles refletiram seu compromisso com o Islã e desempenharam um papel psicológico a ponto de serem percebidos como protetores do povo de Timbuktu. P-151 também descreveu como o povo de Timbuktu assegurava coletivamente que os mausoléus permanecessem em boas condições no decorrer de eventos simbólicos de manutenção envolvendo toda a comunidade — mulheres, idosos e jovens. Os mausoléus estavam entre os edifícios mais queridos da cidade e

group. The Statute makes no such distinction. This reflects the special status of religious, cultural, historical and similar objects, and the Chamber should not change this status by making distinctions not found in the language of the Statute. Indeed, international humanitarian law protects cultural objects as such from crimes committed both in battle and out of it. 16. Moreover, existing case-law from other cases pertaining to attacks against civilian populations does not offer guidance. The Statute protects persons and cultural objects differently. Persons are protected by many distinct clauses that apply during hostilities, after an armed group has taken control, and against various and specific kinds of harm. However, cultural objects in non-international armed conflicts are protected as such, not generically as civilian objects, only in Article 8(2)(e)(iv), which makes no distinction between attacks made in the conduct of hostilities or afterwards. Lastly, the jurisprudence of the ICTY is of limited guidance given that, in contrast to the Statute, its applicable law does not govern ‘attacks’ against cultural objects but rather punishes their ‘destruction or willful damage’. The legal contexts thus differ.” (TRIBUNAL..., Promotora contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi, 2016).

eram visitados pelos seus habitantes, que os usavam como locais de oração, enquanto alguns os usavam como locais de peregrinação.

79. Assim, a Câmara considera que o fato de os edifícios alvejados não serem apenas edifícios religiosos, mas também terem um valor simbólico e emocional para os habitantes de Timbuktu, é relevante para avaliar a gravidade do crime cometido.

80. Além disso, todos os locais, exceto um (o Mausoléu Sheikh Mohamed Mahmoud Al Arawani) eram locais considerados Patrimônios Mundiais pela UNESCO e, como tal, seu ataque parece ser de gravidade particular, pois sua destruição não afeta apenas as vítimas diretas dos crimes, ou seja, os fiéis e habitantes de Timbuktu, mas também pessoas em todo o Mali e toda a comunidade internacional. A Câmara observa que, no testemunho, P-431 indicou que o povo de Timbuktu protestou contra a destruição e se recusou a ver os mausoléus arrasados. A testemunha depôs que destruir os mausoléus aos quais o povo de Timbuktu tinham um apego emocional era uma atividade de guerra destinada a quebrar a alma do povo de Timbuktu. Em geral, a população do Mali, que considerava Timbuktu uma fonte de orgulho, ficou indignada ao ver esses atos acontecerem. Além disso, a testemunha P-151 descreveu como toda a comunidade internacional, na crença de que o patrimônio faz parte da vida cultural, está sofrendo com o resultado da destruição dos locais protegidos.

81. Por fim, a Câmara observa que o crime foi cometido por motivos religiosos. De fato, durante o período em que governaram o território de Timbuktu, Ansar Dine e AQIM tomaram medidas para impor seus decretos religiosos à população. A criação do Hesbah, chefiado por Sr. Al Mahdi, tinha o objetivo exato de erradicar qualquer vício visível identificado em Timbuktu. Conforme estabelecido no presente julgamento, quando os líderes de Ansar Dine descobriram as práticas dos habitantes de Timbuktu, eles lideraram uma campanha explicando o que deve e o que não deve ser feito com os mausoléus. No final, eles decidiram destruir os locais a fim de impedir essas práticas proibidas. A Câmara considera que o motivo religioso discriminatório invocado para a destruição dos locais é indubitavelmente relevante para a avaliação da gravidade do crime.

82. A Câmara conclui que o crime pelo qual Sr. Al Mahdi é condenado é de gravidade significativa. (TRIBUNAL..., Promotoria contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi, 2016, tradução nossa).¹⁰⁰

¹⁰⁰ Texto original: "77. *The Chamber first notes that, unlike other accused convicted by this Court, Mr. Al Mahdi is not charged with crimes against persons but with a crime against property. In the view of the Chamber, even if inherently grave, crimes against property are generally of lesser gravity than crimes against persons.* 78. *With regard to the extent of the damage caused, the Chamber recalls that most of the 10 sites were completely destroyed. Moreover, the attack was carefully and lasted approximately 10 days. Additionally, the impact of the attack on the population was heightened by the fact that it was relayed in the media. The Chamber also notes the testimony of P-431 (a Malian expert in cultural matters) and P-151 (a UNESCO witness), who explained that Timbuktu was an emblematic city with a mythical dimension and that it played a crucial role in the expansion of Islam in the region. Timbuktu is at the heart of Mali's cultural heritage, in particular thanks to its manuscripts and to the mausoleums of the saints. The mausoleums reflected part of Timbuktu's history and its role in the expansion of Islam. They were of great importance to the people of Timbuktu, who*

Assim, ainda que o Tribunal considere que, em geral, o patrimônio tenha menor gravidade, por se tratar de Patrimônio Mundial, e de especial valor para as relações sociais, acabou por entender que o crime possui gravidade significativa.

Como pode ser observado nesse excerto, este Tribunal possui grande proximidade com a jurisprudência abordada no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. São características comuns a preocupação com as relações implicadas ao Patrimônio Cultural, bem como a importância dada ao reconhecimento internacional do Patrimônio Cultural. Contudo, pode ser observado em ambos os Tribunais, que detêm menor atenção a questões intangíveis, como se demonstrou na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

admired them and were attached to them. They reflected their commitment to Islam and played a psychological role to the extent of being perceived as protecting the people of Timbuktu. P-151 also described how the people of Timbuktu were collectively ensuring that the mausoleums remained in good condition in the course of symbolic maintenance events involving the entire community – women and elderly and young people. The mausoleums were among the most cherished buildings of the city and they were visited by the inhabitants of the city, who used them as a place for prayer while some used them as pilgrimage locations. 79. Thus, the Chamber considers that the fact that the targeted buildings were not only religious buildings but had also a symbolic and emotional value for the inhabitants of Timbuktu is relevant in assessing the gravity of the crime committed. 80. Furthermore, all the sites but one (the Sheikh Mohamed Mahmoud Al Arawani Mausoleum) were UNESCO World Heritage sites and, as such, their attack appears to be of particular gravity as their destruction does not only affect the direct victims of the crimes, namely the faithful and inhabitants of Timbuktu, but also people throughout Mali and the international community. The Chamber notes the testimony of P-431, who indicated that the people of Timbuktu protested against the destruction and refused to see the mausoleums razed to the ground. The witness testified that destroying the mausoleums, to which the people of Timbuktu had an emotional attachment, was a war activity aimed at breaking the soul of the people of Timbuktu. In general, the population of Mali, who considered Timbuktu as a source of pride, was indignant to see these acts take place. Moreover, P-151 described how the entire international community, in the belief that heritage is part of cultural life, is suffering as a result of the destruction of the protected sites. 81. Lastly, the Chamber notes that the crime was committed for religious motives.135 Indeed, during the period they ruled over the territory of Timbuktu, Ansar Dine and AQIM took measures to impose their religious edicts on the population. The creation of the Hesbah, which was headed by Mr. Al Mahdi, was meant precisely to eradicate any visible vice it identified in Timbuktu. As established in the present Judgment, when the leaders of Ansar Dine discovered the practices of the inhabitants of Timbuktu, they led a campaign explaining what should and should not be done with the mausoleums. In the end they decided to destroy the sites in order to stop these prohibited practices. The Chamber considers that the discriminatory religious motive invoked for the destruction of the sites is undoubtedly relevant to its assessment of the gravity of the crime. 82. The Chamber concludes that the crime for which Mr Al Mahdi is convicted is of significant gravity.” (TRIBUNAL..., Promotora contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi, 2016).

Ao final, o Tribunal condenou Al Mahdi por crime de guerra ao 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, em atenção aos artigos 8 (2)(e)(iv) e 25 (3)(a) do Estatuto de Roma. Com a consideração de algumas atenuantes pela corte, como a admissão de culpa e pela cooperação do acusado, sua pena foi atenuada, resultando em nove anos de prisão (TRIBUNAL..., Promotoria contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi. 2016, p. 36-39).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve por objetivo entender a responsabilidade pela destruição do Patrimônio Cultural em conflitos armados sob a ótica do Direito Internacional e do Direito Humanitário.

Em um primeiro momento, foi introduzida a existência das relações obrigacionais no Direito Internacional, de modo a demonstrar não apenas seu funcionamento, mas onde se insere a possibilidade de existir um direito destinado à proteção da pessoa humana nos conflitos armados internacionais. A partir disso, foi apresentado o Direito Humanitário, entendido como o ramo do Direito Internacional que visa à proteção humanitária das pessoas e bens necessários à sua proteção, por meio da limitação das hostilidades entre as partes envolvidas em um conflito armado.

Os conflitos armados, que comumente causam extensa destruição, são também responsáveis pela destruição do Patrimônio Cultural. Na análise da proteção possível a esta categoria, observou-se que, ao final do século XIX, foi iniciada a positivação de normas com uma preocupação com os bens relacionados à cultura, que mais tarde viriam a ser chamados de Patrimônios Culturais. Ainda assim, a pretensão de proteger o Patrimônio Cultural ganhou força após a mudança de rumos observada no pós-Segunda Guerra, o que possibilitou não somente a ONU, mas a própria criação da UNESCO. Deste modo, foi idealizado o sistema de proteção do Patrimônio Cultural, que conta, principalmente, com a Convenção de Haia para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (1954) e seus 2 protocolos; a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transporte e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais (1970); a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972); a Convenção da Unidroit sobre Bens Culturais Roubados ou Ilicitamente Exportados (1995); a Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático (2001); a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003); e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005).

Dos conceitos de Patrimônio Cultural elencados nesse sistema jurídico, a presente pesquisa passou a analisar sua construção sob uma perspectiva

interdisciplinar, não com o objetivo de esgotar completamente o tema, mas de entender como a destruição do Patrimônio Cultural pode ofender a identidade. Assim, foi observado que o Patrimônio tem um forte valor simbólico, que mobiliza a identidade e colabora para a construção social do grupo no qual se insere. Como fator importante para a construção do indivíduo e dos grupos, quando os conflitos armados destroem o Patrimônio Cultural, além da destruição em si, existe uma ofensa ao povo que o tem como recurso de legitimação de sua História e de sua própria identidade. Assim, são observadas às formas estabelecidas pelas UNESCO de destruição do Patrimônio Cultural, sendo eles o saque organizado e o tráfico ilícito de bens culturais; a negligência forçada; o dano colateral; e a destruição intencional. A destruição intencional é a que tem maior relação com o objeto deste trabalho, e foi entendida como o ato de destruição parcial ou completa de um Patrimônio Cultural, em ofensa ao Direito Internacional e em violação dos princípios humanitários. Com isso, essa destruição intencional foi relacionada com as citadas ofensas aos povos, no que se chegou ao conceito de Limpeza Cultural.

A destruição do Patrimônio Cultural ofende toda a humanidade, uma vez que ao destruir o passado, se perde a cultura que poderia ser compartilhada, além de se destruir o presente do povo que está ligado ao Patrimônio, comprometendo o próprio futuro, com o impedimento dos vínculos e descobertas futuras relacionadas ao bem cultural. É, pois, um verdadeiro ataque atemporal à humanidade, e nesse meio se localiza a ideia de Limpeza Cultural. A Limpeza Cultural é um conceito recente, que considera a pretensão de apagar a memória e a cultura de um povo, mediante a imposição da ideologia do vitorioso. Identificar esse elemento relacionado ao povo, à sua história, à cultura e ao étnico foi uma das descobertas mais relevantes nesta pesquisa. Para se aprofundar na questão da Limpeza Cultural, a pesquisa adentrou nas interpretações doutrinárias, momento em que identificou que o termo Limpeza Cultural está associado à gestão da ex-diretora da UNESCO Irina Bokova. Essa terminologia foi utilizada por ela para levantar a bandeira da destruição do Patrimônio Cultural como uma ameaça à paz e à segurança internacional. Da mesma forma, foi observado que esta terminologia foi tendo seu uso diminuído após o fim do mandato da diretora, uma vez que não é um termo aprovado ou ratificado internacionalmente em nenhum instrumento. Com a classificação de ameaça à paz e à segurança internacional ofuscada, a pesquisa prosseguiu para identificar outras formas de enfrentamento, sobretudo que tivessem observância ao elemento da

identidade cultural do povo. Foi identificado que o enfrentamento à destruição do Patrimônio Cultural tem cinco frentes principais, sendo elas a da legalidade, a da responsabilidade, a da segurança, a do contraterrorismo e a da prevenção de atrocidades. Apesar de serem complementares, existem limitações, que causaram a necessidade de buscar uma alternativa viável na doutrina para conceber o elemento cultural. Foi então que se levantou a hipótese do Genocídio Cultural como possível forma complementar de análise da questão da destruição do Patrimônio Cultural.

Por conseguinte, no último capítulo a atenção se voltou para o Genocídio Cultural, de modo que se iniciou com um retorno às origens do tema. Criado por Raphael Lemkin, o termo Genocídio remete à destruição de uma nação ou de um grupo étnico, em que, de forma sistematizada, se visa à destruição de fundamentos essenciais de determinados grupos, a fim de causar sua aniquilação. Inicialmente, o termo comportava algumas técnicas utilizadas para o Genocídio, a saber: as sociais, políticas, econômicas, biológicas, físicas, religiosas, morais e culturais. Noutro momento, alguns componentes ganharam maior relevância, principalmente nas negociações para a Convenção sobre Genocídio — os físicos, os biológicos e os culturais. Já no projeto da Convenção, os componentes foram considerados como crimes autônomos, sendo então elencado o Genocídio Cultural. Neste projeto, o Genocídio foi identificado como qualquer ato deliberado cometido com a intenção de destruir a língua, a religião ou a cultura de um grupo nacional, racial ou religioso com base na origem nacional ou racial ou na crença religiosa de seus membros. Importante observar que, nos incisos, foram considerados museus, monumentos históricos, locais de culto, bens culturais, entre outros.

Porém, o Genocídio Cultural foi vetado na versão final da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Observada a potência do crime autônomo e sua adequação à destruição do Patrimônio Cultural, bem como não satisfeitos com a não utilização, a pesquisa prosseguiu na busca de alternativas. Deste modo, foi iniciada a análise da jurisprudência dos tribunais internacionais, a fim de entender, na prática, como se dá a responsabilização dos Estados e seus agentes pela destruição do Patrimônio Cultural.

Em um primeiro momento, a pesquisa se inclinou na hipótese de aplicação do Genocídio Cultural como crime autônomo. Após a busca de julgados, verificou-se que os tribunais reconhecem a gravidade relacionada à destruição do Patrimônio Cultural, porém, é majoritária a interpretação legalista, na qual a falta de tipificação

impossibilita uma interpretação extensiva do crime de Genocídio. Assim, foi constatado que a jurisprudência não traz o respaldo necessário para classificar a destruição do Patrimônio Cultural como crime de Genocídio Cultural autônomo.

Ao considerar que o maior óbice à aplicação do crime de Genocídio Cultural de forma autônoma diz respeito a sua positivação, são observadas algumas hipóteses para sua resolução. Entre elas, a criação de uma nova norma para o Genocídio Cultural, a alteração da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio e, por fim, a revisão do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Em virtude do Estatuto recepcionar o crime de Genocídio e por possuir tanto um mecanismo de revisão implementado, como um funcionamento eficaz na efetivação da responsabilização, esta hipótese parece a mais proeminente. Esta proposição, no entanto, necessita de uma investigação própria para maiores conclusões. Contudo, após a pesquisa considerar os novos rumos do Patrimônio Cultural pelo Conselho de Segurança da ONU, bem como diante da primeira condenação por destruição de Patrimônio Cultural pelo Tribunal Penal Internacional, tal proposição acena para alguma viabilidade.

Por fim, ante todo o exposto, a pesquisa findou com a investigação das alternativas utilizadas pelas cortes internacionais para responsabilizar o Estado e seus agentes pela destruição do Patrimônio Cultural. Foram considerados na pesquisa os tribunais com as decisões mais relevantes para o tema, o que resultou na escolha da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, Corte Internacional de Justiça, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Penal Internacional. Após a análise da jurisprudência e seleção de casos, foram possíveis algumas conclusões.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia constituiu inicialmente a jurisprudência para responsabilização dos crimes pela destruição do Patrimônio Cultural. Por negar a possibilidade de aplicação do Genocídio Cultural, este entendimento acabou sendo ecoado nos outros tribunais em momentos posteriores. Contudo, é visível a existência de uma preocupação com o elemento cultural do Genocídio, de modo que o Tribunal constituiu um entendimento pelo escalonamento dos crimes relacionados à destruição cultural. Assim, definiu o crime de guerra pela destruição de Patrimônio Cultural como crime de perseguição e, nos casos de agravamento da perseguição, como um indício da prática de Genocídio.

Na Corte Internacional de Justiça, foi observada uma reafirmação da posição legalista quanto à impossibilidade de interpretação extensiva do crime de Genocídio e uma limitação na responsabilização dos Estados. Contudo, foi importante observar a contribuição do Juiz Cançado Trindade nas decisões da Corte, que afirma que esse entendimento é artificial. Em defesa do entendimento do aspecto cultural do crime de Genocídio, o magistrado afirma que sua exclusão é insustentável e que urge a verificação das consequências disso.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos adota uma posição legalista com relação ao Genocídio, uma vez que afastou a competência para julgar a aplicação de normas alheias ao sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. Ainda assim, isso não obistou os julgamentos de vários massacres pela Corte, principalmente ao fazer uso da responsabilidade agravada do Estado pelas condutas. Por outro lado, a Corte se posiciona além das divisas europeias, o que permite um paralelo interessante quanto ao seu entendimento do Patrimônio Cultural sob a ótica interamericana. Percebe-se uma grande atuação no sentido de proteger minorias e, além disso, é clara a importância dada ao Patrimônio Cultural. Neste Tribunal, as questões culturais são vistas em pé de igualdade com outros direitos humanos, situação que fica clara quando a jurisprudência associa a importância da identidade cultural à importância da vida.

O Tribunal Penal Internacional, que na atualidade trata dos crimes de maior ofensa internacional, ainda possui uma jurisprudência um pouco limitada, tendo em vista a sua criação recente, especialmente em relação ao Genocídio. Ainda assim, foi responsável pela primeira condenação exclusiva pela destruição de Patrimônio Cultural no âmbito internacional, no caso Al-Mahdi, motivo pelo qual a análise se ateve a este caso. Na acusação por crime de guerra por atacar intencionalmente o Patrimônio Cultural, foi relevante a consideração de que as edificações eram Patrimônio Mundial, o que possibilitou ao Tribunal a consideração do caso como um crime de gravidade significativa. A análise permitiu verificar uma proximidade com a Corte Penal para a ex-Iugoslávia, tendo em vista a preocupação com as relações do Patrimônio Cultural e de seu reconhecimento internacional.

Por fim, cabe destacar que a destruição do Patrimônio Cultural é um tema relevante no cenário internacional, e que sua prática deve ser enfrentada. Apesar da existência de um sistema legal de proteção, sua eficácia possui limitações, de modo que merece atenção da Academia quanto a essas limitações e suas possibilidades.

Ainda que o Genocídio Cultural não se mostre resolutivo neste momento, deve haver uma busca no sentido de efetivar a responsabilização do Estado e dos seus agentes pela destruição do Patrimônio Cultural.

REFERÊNCIAS

Bibliográficas:

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Agencia Brasil. **Unesco adverte EUA para não ameaçar Patrimônio Cultural do Irã**, 07 jan. 2020. Disponível em: <<https://is.gd/GR5JWB>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ANDERSON, Benedict. **Comunidades Imaginadas**: Reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. Tradução: Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Mario da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

ÁVILA, Flávia de. Destaque a Alberico Gentili no contexto dos “fundadores do direito internacional”: com repercussões sobre o desenvolvimento do direito, do estado nacional e do exercício da soberania. In: HOGEMANN, E. R. R. S.; SIQUEIRA, G. S.; CONPED/UFF (org.). **História do Direito**. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

BO, João Batista Lanari. **Proteção do patrimônio na UNESCO**: ações e significados. 1 ed. Brasília: UNESCO, 2003.

BOUVIER, Antoine A. **Direito Internacional Humanitário e Direito dos Conflitos Armados**. Williamsburg: Instituto para Treinamento em Operações de Paz, 2011.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. O Genocídio e a sua punição pelos tribunais internacionais. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 45, n. 178, abr./jun. 2008. Disponível em: <<https://is.gd/cF1CBv>>. Acesso em: 22 maio 2020.

CANDAU, Joël, Bases antropológicas e expressões mundanas da busca patrimonial: memória, tradição e identidade. **Revista Memória em Rede**, v. 1, n. 1, 2009.

CARDOSO, Tatiana de Almeida F. R. Novos desafios ao direito internacional humanitário: a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 14, n. 14, jul./dez. 2013.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da Identidade**. 6. Ed. Tradução: Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2008. (A Era da Informação: economia, sociedade e cultura; v. 2).

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Sobre a noção de etnocídio, com especial atenção ao caso brasileiro**. [S.l]: Parecer, 2016. Disponível em: <<https://is.gd/FckZ9o>>. Acesso em: 19 mar. 2020.

CHARLEAUX, João Paulo. Quem é o primeiro condenado no Tribunal Penal Internacional por destruir Patrimônio Cultural. **Nexo Jornal**, São Paulo, 03 out. 2016. Disponível em: <<https://is.gd/XqbfSX>>. Acesso em: 22 maio 2020.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (Org.). **História do CICV**, [S.l.], 29 out. 2010. Disponível em: <<https://is.gd/Sveg8E>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

DUNANT, Henry. **Lembrança de Solferino. Tradução: Comitê Internacional da Cruz Vermelha**. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2016.

FIANKAN-BOKONGA, Catherine. Uma resolução histórica para proteger o Patrimônio Cultural. **Correio da UNESCO**, out-dez/2017. Disponível em: <<https://is.gd/4FEkax>>. Acesso em: 22 maio 2020.

FGV. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Conferências da paz de Haia (1899 e 1907)**. Disponível em: <<https://is.gd/4Dx4Vb>>. Acesso em: 29 maio 2020.

FGV. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Pacto Briand-Kellog**. Disponível em: <<https://is.gd/NvUEbx>>. Acesso em: 29 maio 2020.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As Fronteiras Raciais do Genocídio. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 01, n. 01, p. 119-146, 2014.

FONSECA, Danielle de Queiroz. **Preservação do Patrimônio Cultural da humanidade em contexto de conflitos armados: Limpeza Cultural. Relatório Final**. Faculdade de Ciências da Educação e da Saúde. Brasília, 2017.

GLOBO. **Secretário de defesa descarta ataque dos EUA contra Patrimônio Cultural Irã, contrariando ameaça de Trump**. G1 Mundo, 07 jan. 2020. Disponível em: <<https://is.gd/zCC1GH>>. Acesso em: 22 maio 2020.

GOFF, Le. **História e Memória**. Tradução: Bernardo Leitão *et al.* Campinas: UNICAMP, 1990.

GOMES, Inês de Melo e Silva. **A protecção internacional do património cultural em caso de conflito armado**. Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

GUEDES, Maria Tarcila Ferreira, A proteção dos bens culturais em tempos de guerra e de paz: a participação brasileira na Conferência de Haia, no Pacto de Röerich e na Convenção de Haia. **Anais do Museu Paulista: Estudos de Cultura Material**, São Paulo, v. 26, n. 0, 2018.

GUEDES, Maria Tarcila Ferreira. Conferências Pan-Americanas In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs). **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural**. 1. ed. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015.

HALBWACHS, Maurice. **Les cadres sociaux de la mémoire**. Berlin: De Gruytermouton, 1976, reimpressão: 2010.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11^a ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HUYSEN, Andreas. **Seduzidos pela memória: arquitetura, monumentos, mídia**. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2000.

ITAMARATY. **O Brasil e o Conselho de Segurança da ONU**. Disponível em: <<https://is.gd/k9PbgD>>. Acesso em: 29 maio 2020.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. **About the Institute**. [S.l.]. Disponível em: <<https://www.idi-iil.org/en/>>. Acesso em: 29 maio 2020.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**: Tradução de Bárbara Kristensen e Estudo introdutório de Joám Evans Pim. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

LEMKIN, Raphael. **Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offences Against the Law of Nations**, out/1933. Disponível em: <<https://is.gd/xAzktD>>. Acesso em: 22 maio 2020.

LEMKIN, Raphael. **Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government and Proposals for Redress**. Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944. Disponível em: <<https://is.gd/3uMUoy>>. Acesso em: 22 maio 2020.

LEMKIN, Raphael. **Genocide. American Scholar**, v. 15, n.º 2, Abril, 1946. Disponível em: <<https://is.gd/hhpS3F>>. Acesso em: 22 maio 2020.

LOPES, Flávio. CORREIA, Miguel Brito. **Patrimônio cultural: critérios e normas internacionais de proteção**. Lisboa: Caleidoscópio, 2014.

LUCK, Edward C. **Cultural Genocide and the Protection of Cultural Heritage**. Los Angeles: J. Paul Getty Trust, 2018.

MARTINS, S. D. **A Memória de um Lugar: discursos e práticas identitárias na Freguesia do Castelo em Lisboa**. Dissertação de mestrado em Antropologia. ISCSP/Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MERRYMAN, John Henry. **Two Ways of Thinking About Cultural Property. The American Journal Of International Law**. Washington, 1986.

MOLL NETO, Robert. A nação como “comunidade imaginada” nas relações internacionais: o caso das narrativas sobre o papel dos Estados Unidos diante da revolução na Nicarágua e da guerra civil em el salvador nos anos 1980. **Revista Tempo do Mundo IPEA**, v.3, n.1, jan. 2017.

NOVIC, Elisa. ***The concept of cultural genocide: an international law perspective***. First edition. New York: Oxford University Press, 2016.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Quem somos**. [S.I.]. Disponível em: <www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em: 29 maio 2020.

OLIVEIRA, Flávio Emanuel Rangel de. A possibilidade de tipificação do Genocídio Cultural como crime pelo direito penal internacional. In: SILVA, A. H. L.; CASTRO, T. C.; NOVENA, N. P. (org.). Segurança internacional, velhos e novos atores. **Anais [...]**. III Congresso Internacional de Relações Internacionais de Pernambuco. Recife, 2016.

PERALTA, Elsa. Patrimônio e identidade: os desafios do turismo cultural. **Revista Antropológica**, Lisboa, v.4, 2000.

PRATS, Llorenç. El concepto de patrimonio cultural. **Cuadernos de antropologia social**, [S.I.], n. 11, 2000.

RENAN, Ernest. O que é uma nação?. **Revista Aulas – Unicamp**, Campinas, v. 2, n. 2, p. 1-21, 2006.

ROCHA. Rafael Assumpção. A aplicabilidade da responsabilidade de proteger na crise Líbia de 2011. **Nepri UFPR**. Disponível em: <<https://is.gd/nGQAn2>>. Acesso em: 22 maio 2020.

RODRIGUES, Donizete. Patrimônio cultural, memória social e identidade: interconexões entre os conceitos. **Letras Escreve**, Macapá, v. 7, n. 4, jul-dez 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as Relações Internacionais**. Prefácio: Gerson Fonseca Jr. Tradução: Sérgio Bath. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. Hugo Grotius: direito natural e dignidade. **Cadernos de ética e filosofia política**, v. 2, n. 15, 2009.

SANTANA, Gisane Souza; SIMÕES, Maria de Lourdes Netto. Identidade, memória e patrimônio: a festa de Sant’ana do Rio do Engenho, Ilhéus (BA). **Textos Escolhidos de Cultura e Arte Populares**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, maio 2015. Disponível em: <<https://is.gd/1yBsCl>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SHAW, Malcon N. **International law**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SILVA, De plácido. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA JUNIOR, Josemar Elias da; OLIVEIRA, Ana Lúcia Tavares de. Patrimônio cultural, identidade e memória social: suas interfaces com a sociedade. **Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação e Biblioteconomia**, v. 13, n. 2, 2018. Disponível em: <<https://is.gd/bgVLsS>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SOARES. A. D. Destruição do Patrimônio Cultural: crime de guerra. Fundación Universitaria Los Libertadores: **Via iuris**, n. 25, 2018. Disponível em: <<https://is.gd/fGUXab>>. Acesso em: 22 maio 2020.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**, São Paulo: Atlas, v.1, 2002.

STROM, Adam; ESHET, Dan. **Totally Unofficial: Raphael Lemkin and the genocide convention**. Massachusetts: *Facing History and Ourselves Foundation*, 2007.

SWINARSKI, Christopher. **Introdução ao Direito Internacional Humanitário**. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Instituto Interamericano de Direito Humanos, 1996.

SYMONIDES, Janusz. **Direitos Humanos: Novas dimensões e desafios**. Brasília: Unesco Brasil, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2003. Disponível em: <<https://is.gd/yUbQKm>>. Acesso em: 22 maio 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, Direito Humanitário e direito dos refugiados**. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

VARINE, Hugue de. Por um olhar histórico sobre nosso patrimônio. In: BELLO, Ariadna *et al.* **El lado perverso del patrimonio cultural**. San Salvador de Jujuy: Editorial de la Universidad Nacional de Jujuy, 2017.

VASCONCELOS, Magno. Patrimônio cultural e a institucionalização da memória coletiva no Brasil. **Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales**, Barcelona, v. 23, n.1239, jun 2018.

WEISS, Thomas G. CONNELLY, Nina. **Cultural Cleansing and Mass Atrocities: Protecting cultural heritage in armed conflict zones**. Los Angeles: J. Paul Getty Trust, 2017.

Documentais:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://is.gd/Q7arPx>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993**. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em: <<https://is.gd/WaVaP6>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 1.087, de 8 de setembro de 1936**. Promulga o Tratado para a protecção das Instituições Artísticas, Científicas e Monumentos Historicos (Pacto Roech) firmado entre o Brasil e diversos países, em Washington, a 15 de abril de 1935. Disponível em: <<https://is.gd/cxR8uN>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.166, de 14 de setembro de 1999**. Promulga a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995. Disponível em: <<https://is.gd/bls7ae>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <<https://is.gd/8Vlg3O>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.753, DE 12 DE ABRIL DE 2006**. Promulga a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003. Disponível em: <<https://is.gd/vEUMUV>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.760, de 24 de abril de 2006**. Promulga o Segundo Protocolo relativo à Convenção de Haia de 1954 para a Protecção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, celebrado na Haia, em 26 de março de 1999. Disponível em: <<https://is.gd/GA7QoZ>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Protecção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: <<https://is.gd/RGAKAG>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <<https://is.gd/D8U7Df>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.196, de 1º de junho de 2010**. Promulga o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Adoção de Emblema Distintivo Adicional (Protocolo III), aprovado em Genebra, em 8 de dezembro de 2005, e assinado pelo Brasil em 14 de março de 2006. Disponível em: <<https://is.gd/VczODk>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da

Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <<https://is.gd/LIjVmO>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 24.557, de 3 de julho de 1934**. Promulga o Tratado de Renúncia à Guerra, concluído e assinado em Paris a 27 de agosto de 1928. Disponível em: <<https://is.gd/mJMqIn>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 30.544, de 14 de fevereiro de 1952**. Promulga a Carta da Organização dos Estados Americanos, firmada em Bogotá, a 30 de abril de 1948. Disponível em: <<https://is.gd/QDpE5v>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952**. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<https://is.gd/k8otRU>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957**. Promulga as convenções concluídas em Genebra a 12 de agosto de 1949, destinadas a proteger vítimas de defesa. Disponível em: <<https://is.gd/nIID7O>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 44.851, de 11 de novembro de 1958**. Promulga a Convenção e Protocolo para a Proteção de Bens Culturais em caso de Conflito Armado, Haia, 1954. Disponível em: <<https://is.gd/11gcIX>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 72.312, de 31 de maio de 1973**. Promulga a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação e Transportação e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais. Disponível em: <<https://is.gd/uQAe1u>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 80.978, de 12 de dezembro de 1977**. Promulga a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972. Disponível em: <<https://is.gd/SAtEqq>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRUSSELS CONFERENCE. ***Brussels Declaration, Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War***, 27 ago. 1874.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ***Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (LieberCode)***, 1863.

HAIA. International Peace Conference. *Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War*, **Anais** [...], 29 jul. 1899a.

HAIA. International Peace Conference. *Convention (IX) concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War*, **Anais** [...], 18 out 1899 b.

ICOMOS. ***Statement on the threats to cultural heritage in case of armed conflicts***, 06jan.2020. Disponível em: <<https://is.gd/5Gw0xO>>. Acesso em: 22 maio 2020.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **Annuaire de l'institut de droit international: V - Suivre (éventuellement) les progrès de la réglementation des lois et usages de la guerre**, 1874. Disponível em: <<https://is.gd/lxABEO>>. Acesso em 22 abr. 2020.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. **The Laws of War on Land**, Oxford, 09 set. 1880. Disponível em: <<https://is.gd/zVkvOC>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Treaties, States Parties and Commentaries**. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org>>. Acesso em: 29 maio 2020.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Treaties, States Parties and Commentaries. Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact)**. Washington, 15 april 1935. Article 3. 1 imagem, color, 1935. Disponível em: <<https://is.gd/TwsjxN>>. Acesso em: 29 maio 2020.

ONU. Assembleia Geral. **Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio** (1948). Disponível em: <<https://is.gd/k8otRU>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Assembleia Geral. **Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas**, mar. 2008. Disponível em: <<https://is.gd/PAd8By>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução 96 (I)**, 11 dez. 1946. Disponível em: <[https://undocs.org/en/A/RES/96\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/96(I))>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Disponível em: <<https://is.gd/LZHubN>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ONU. Conselho de Segurança. **Documento nº S/PV.7907**, mar. 2017. Disponível em: <<https://is.gd/hNvYgi>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Conselho de Segurança. **Documento nº S/2016/296. Letter dated 31 March 2016 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the President of the Security Council**. Disponível em: <<https://is.gd/5icNvl>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Conselho de Segurança. **Resolução nº 2347 (2017)**, adoção no 7907º encontro, documento nº S/RES/2347(2017), 24 mar. 2017 b. Disponível em: <<https://is.gd/gfyWHO>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Conselho de Segurança. **Security Council Condemns Destruction, Smuggling of Cultural Heritage by Terrorist Groups, Unanimously Adopting Resolution 2347**, 24 mar. 2017c. Disponível em: <<https://is.gd/8SrEE9>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. ***Draft convention on prevention and punishment of the crime of genocide***, documento nº e/ac.25/15, 19 maio 1948. Disponível em: <<https://is.gd/onhTZV>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. **Estatuto de Roma do tribunal penal internacional**, 1992. Disponível em: <<https://is.gd/8Vlg3O>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. **Estatuto do tribunal internacional para a ex-Iugoslávia**, 1993. Disponível em: <<https://is.gd/ETWDhF>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. **Estatuto do tribunal penal internacional para Ruanda**, 1994. Disponível em: <https://is.gd/jDD30T>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. **About ICTY**. [2020]. Disponível em: <<https://is.gd/RF6k2Y>>. Acesso em 19 mar. 2020.

ONU. United Nations Treaty Collection. **Charter Of The United Nations And Statute Of The International Court Of Justice**. Disponível em: <<https://is.gd/GNDXgm>>. Acesso em: 29 maio 2020.

ONU. ***Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations***, 1986. Disponível em: <<https://is.gd/8mL9td>>. Acesso em: 29 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**, 1948.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ***Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact)***, 26 ago. 1935.

UNESCO. ***Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict***, 14 maio 1954. Disponível em: <<https://is.gd/A3jwku>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

UNESCO. **Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático**, 02 nov. 2001. Disponível em: <<https://is.gd/p1j4on>>. Acesso em: 22 maio 2020.

UNESCO. **Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial**, 17 out. 2003. Disponível em: <<https://is.gd/pcclb7>>. Acesso em: 22 maio 2020.

UNESCO. ***Convention on the means of prohibiting and preventing the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property***. 14 nov. 1970. Disponível em: <<https://is.gd/mn2Hll>> . Acesso em: 22abr. 2020.

UNESCO. ***Convention concerning the protection of the world cultural and natural heritage***. 16 nov. 1972. Disponível em: <<https://is.gd/1gCrIp>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

UNESCO. **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais**, 20 out. 2005. Disponível em: <<https://is.gd/RGAKAG>>. Acesso em: 22 maio 2020.

UNESCO. **Declaración de San José sobre etnodesarrollo y etnocidio en America Latina**, 1981. Disponível em: <<https://is.gd/l4Ero9>>. Acesso em: 19 mar. 2020.

UNESCO. **Documento nº C38/49. Reinforcement of UNESCO's Action for the Protection of Culture and the Promotion of Cultural Pluralism in the Event of Armed Conflict**, 02 nov. 2015. Disponível em: <<https://is.gd/T9IQCY>>. Acesso em: 22 maio 2020.

UNESCO. **O Patrimônio: legado do passo ao futuro**, 2017. Disponível em: <www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/heritage-legacy-from-past-to-the-future/>. Acesso em: 01 fev. 2020.

UNESCO. **Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict**. Haia, 1999. Disponível em: <<https://is.gd/qJ55fO>>. Acesso em: 22 maio 2020.

UNESCO. *United4Heritage: United Nations University joins UNESCO campaign to protect heritage in danger*. **UNESCO NEWS**, 06 maio 2015. Disponível em: <<https://is.gd/XAjY4j>>. Acesso em: 22 maio 2020.

UNESCO. **World Heritage List of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization**. Disponível em: <<https://whc.unesco.org/en/list/>>. Acesso em 22 maio 2020.

UNIDROIT. **Convenção da Unidroit sobre Bens Culturais Roubados ou Illicitamente Exportados**, 24 jun. 1995. Disponível em: <<https://is.gd/Np9nYx>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

UNITAR. **Satellite-based Damage Assessment to Cultural Heritage Sites in Syria**. Geneva: Unitar, 2014. Disponível em: <<http://www.unitar.org>>. Acesso em: 19 set. 2018.

U.S. COMMITTEE OF THE BLUE SHIELD. **The Blue Shield Emblem**. Escudo azul. [2020] 1 fotografia, color. Disponível em: <<https://uscbs.org/blue-shield-emblem.html>>. Acesso em: 29 maio 2020.

Jurisprudenciais:

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão ao crime de Genocídio (Bósnia Herzegovina contra Sérvia e Montenegro)**. Julgamento. I.C.J. *reports* 2007, 26 fev. 2007. Disponível em: <<https://is.gd/CKB0pl>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão ao crime de Genocídio (Croácia contra Sérvia).**

Julgamento. I.C.J. *reports* 2015, 03 fev. 2015. Disponível em: <<https://is.gd/BAu5u7>>. Acesso em: 22 maio 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Aplicação da Convenção para a prevenção e repressão ao crime de Genocídio (Croácia contra Sérvia).**

Julgamento. I.C.J. *reports* 2015, 03 fev. 2015. Opinião dissidente do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: <<https://is.gd/zlXl42>>. Acesso em: 22 maio 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Parecer Consultivo nº 95**, Legality of the Threator Use of Nuclear Weapon, Haia, 08 jul. 1996.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Câmara de apelação.

Julgamento. **Promotoria contra Mitar Vasiljević**, caso nº IT-98-32-A, 25 fev. 2004. Disponível em: <<https://is.gd/ODFhVP>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Câmara de apelação.

Julgamento. **Promotoria contra Radislav Krstić**, caso nº IT-98-33-A, 19abr. 2004. Disponível em: <<https://is.gd/fKlnXp>>. Acesso em: 19 mar. 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Câmara de apelação.

Julgamento. **Promotoria contra Tihomir Blaškić**, caso nº IT-95-14-A, 29 jul. 2004. Disponível em: <<https://is.gd/hCOX00>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Câmara de julgamento.

Julgamento e sentença. **Promotoria contra Dario Kordić & Mario Čerkez**, caso nº IT-95-14/2-T, 26 fev. 2001. Disponível em: <<https://is.gd/Fwr7MR>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Câmara de julgamento.

Julgamento e sentença. **Promotoria contra Dusko Tadić**, caso nº IT-94-1-T, 07 maio 1997. Disponível em: <<https://is.gd/s93xOL>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Câmara de julgamento.

Julgamento e sentença. **Promotoria contra Kupreškić et al.**, caso nº IT-95-16-T, 14 jan. 2000. Disponível em: <<https://is.gd/6i4iBc>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Câmara de julgamento.

Julgamento e sentença. **Promotoria contra Miodrag Jokić**, caso nº IT-01-42/1-S, 18mar. 2004. Disponível em: <<https://is.gd/eHdJzN>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Câmara de julgamento.

Julgamento e sentença. **Promotoria contra Momčilo Krajišnik**, caso nº IT-00-39-T, 27 set. 2006. Disponível em: <<https://is.gd/3bKzHO>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Câmara de julgamento.

Julgamento e sentença. **Promotoria contra Radislav Krstić**, caso nº IT-98-33-T, 02fev. 2001. Disponível em: <<https://is.gd/x6eflE>>. Acesso em: 19 mar. 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Câmara de julgamento. Julgamento e sentença. **Promotoria contra Tihomir Blaškić**, caso nº IT-95-14-T, 03 mar. 2000. Disponível em: <<https://is.gd/QfMPM2>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Câmara de julgamento. Julgamento e sentença. **Promotoria contra Vidoje Blagojević e Dragan Jokić**, caso nº IT-02-60-T, 17jan. 2005. Disponível em: <<https://is.gd/UoMFrF>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Emenda ao indiciamento. **Promotoria contra Dario Kordić & Mario Čerkez**, caso nº IT-95-14/2, 30set. 1998. Disponível em: <<https://is.gd/PYn9sq>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Segunda emenda ao indiciamento. **Promotoria contra Tihomir Blaškić**, caso nº IT-95-14, 25abr. 1997. Disponível em: <<https://is.gd/3SS5ou>>. Acesso em: 22 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana De Direitos Humanos. Julgamento. Caso: **Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia**, 20 nov. 2013. Disponível em: <<https://is.gd/SfoHPd>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana De Direitos Humanos. Julgamento. Caso: **Myrna Mack Chang v. Guatemala**, 25 nov. 2003. Disponível em: <<https://is.gd/3zzcWQ>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana De Direitos Humanos. Julgamento. Caso: **Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala**, 29 abr. 2004. Disponível em: <<https://is.gd/hBqJqP>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana De Direitos Humanos. Julgamento. Caso: **Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala**, 19 nov. 2004. Opinião separada do Juiz A. A. Cançado Trindade. Disponível em: <<https://is.gd/ZwKGx8>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana De Direitos Humanos. Julgamento. Caso: **Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay**, 29 mar. 2006. Disponível em: <<https://is.gd/K6CcHV>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Situação em Darfur, Sudão, no caso Promotoria contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir**. Pré-julgamento, documento nº ICC-02/05-01/09. Disponível em: <<https://is.gd/vG47HC>>. Acesso em: 22 maio 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Situação na República do Mali no caso Promotoria contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi**. Julgamento e sentença, Câmara de Julgamento, documento nº ICC-01/12-01/15, 27 set. 2016. Disponível em: <<https://is.gd/lhTQ97>>. Acesso em: 22 maio 2020.

AUTORIZAÇÃO

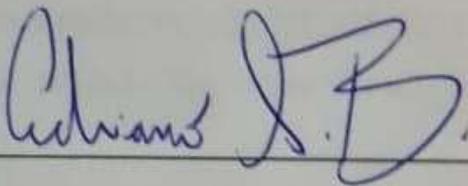
Nome do autor: Adriano Selhorst Barbosa

RG: 4647002

Título da Dissertação: A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO E DOS SEUS AGENTES PELA DESTRUIÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL EM CONFLITOS ARMADOS

Autorizo a Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, através da Biblioteca Universitária, disponibilizar cópias da dissertação de minha autoria.

Joinville, 31 de agosto de 2020.



Adriano Selhorst Barbosa