



NOVOS DESAFIOS AO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO: A PROTEÇÃO DOS BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITO ARMADO

**NEW CHALLENGES TO INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW:
THE PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY DURING ARMED CONFLICTS**

Tatiana de Almeida F. R. Cardoso

Professora ad Pós-Graduação em Direito Internacional Ambiental - Feevale;
Professora da Graduação em Direito Internacional Público e Privado - UniRitter;
Pesquisadora Convidada da Universidade de Toronto; Doutoranda e Mestre em
Direito Público - Unisinos; Especialista em Direito Internacional e da Integração -
UFRGS; Especialista em Língua Inglesa - Unilasale. E-mail: tatiana.cardoso@
utoronto.ca

Resumo

O presente trabalho propõe a estudar Direito Humanitário sob a perspectiva da proteção dos bens culturais, haja vista a inúmera quantidade de conflitos armados existentes, tanto no plano interno quanto no plano internacional dos Estados, os quais destroem parcial ou totalmente o patrimônio cultural de certas localidades. A essência deste artigo, portanto, resta na análise da existência de um novo desafio para o Direito Humanitário, tendo em vista que a tutela desses bens compõe o rol desse regramento e a mesma parece não ser observada. Logo, além de estabelecer a construção dos conflitos armados hodiernos, busca-se a análise de sua origem e evolução histórica, em especial na proteção dos bens culturais, a fim de estabelecer a justificativa para a sua existência. Ainda, o conteúdo do texto se inclina ao estudo da efetividade do Direito Humanitário sobre bens culturais, buscando em precedentes do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia uma análise da sua aplicabilidade na modernidade.

Palavras-chave: Conflitos Armados. Bens Culturais. Direito Internacional Humanitário.

Abstract

This paper aims at studying the Humanitarian Law field from the perspective of the protection of cultural property, considering the numerous armed conflicts currently occurring, both within the domestic and international spheres, which partially or completely destroy the cultural heritage of certain localities. The essence of this study, therefore, rests in the analysis of the existence of a new challenge for

Humanitarian Law, bearing in mind that the protection of cultural property is part of this area of law, but does not seem to be properly observed. Hence, besides establishing the construction of today's armed conflicts, it seeks to analyze its origin and historical evolution, especially in the protection of cultural property in order to establish the justification for its existence. Furthermore, the text content intends to study the effectiveness of Humanitarian Law on cultural property, tracing in precedents of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia an analysis of its current applicability.

Keywords: Armed Conflicts. Cultural Property. International Humanitarian Law.

1. INTRODUÇÃO

A ocorrência de conflitos armados é muito recorrente no plano internacional. Apesar da sua proibição após a segunda guerra mundial, muitos conflitos internos e internacionais tornaram a estourar ao redor do globo, vitimando mais de três milhões de seres humanos e destruindo centenas de bens históricos para as mais diversas comunidades, a exemplo dos vilarejos iugoslavos, nos conflitos na região da península balcânica em meados da década de noventa (CHAHAB, 2006).

Todavia, ao invés de as experimentações trágicas das grandes guerras impactarem os homens, no sentido de ultrapassarem esse modo de resolução de conflitos, buscando aplicar outros que fossem menos amargos para a humanidade, o século XXI, de certo modo, manteve essa tradição, a qual é deveras desgastante para a coletividade, principalmente no que tange a proteção da sua cultura – uma das maiores vítimas das hostilidades no século passado.

Nesse diapasão, o presente artigo pretende abordar a questão da proteção dos bens culturais em meio a conflitos armados, pretendendo situar esse tema enquanto um novo desafio para o próprio direito internacional humanitário, vez que os sítios culturais são um dos principais alvos durante quaisquer hostilidades – apesar da sua proteção pelo ordenamento jurídico internacional.

Portanto, em um primeiro momento, o texto tangenciará a temática da expansão dos conflitos armados ao longo dos anos e o surgimento do Direito Internacional Humanitário enquanto conjunto de regras aplicável para essas situações. Em seguida, o escrito abordará explicitamente a proteção dos bens culturais em meio a hostilidades, apresentando a não só os preceitos legais aplicáveis, como também suas exceções. Ao cabo, o artigo articulará sobre a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia referente a essa matéria, com o fito de traçar como se dá a aplicação das normas humanitárias referente a esse tema na prática.

2. A EXPANSÃO DE HOSTILIDADES E O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Desde os tempos primórdios, “a utilização da força era um meio legítimo de se restabelecer um direito” que fora “injustamente tomado”, como expõe Ana Flávia Velloso (2003, p. 187). Tal direito era o *jus ad bellum*, que “é tradicionalmente conhecido como o corpo de leis que fornecem embasamentos que justificam a transição de paz para as forças armadas” (STAHN, 2006, p. 922), ou seja, “é o direito de fazer a guerra quando esta parecesse justa”, descrito por Francisco Rezek (2005, p. 368).

A guerra justa, portanto, é a permitida por lei, enquanto a guerra injusta é aquela

excluída por ela (HENKIN, 1965), sendo esse o escopo jurídico utilizado até o final da Primeira Guerra Mundial, quando recorrer às armas “ainda era uma opção lícita para resolver conflitos entre Estados”, como escreve Francisco Rezek (2005, p. 368). Todavia, os flagelos gerados pela Segunda Grande Guerra foram tamanhos, que a própria comunidade internacional passou a questionar-se quanto a sua legalidade, desenvolvendo debates no palco internacional no sentido de limitar tais atos hostis.

Conflito armado, no entendimento de Edward K. Kwakwa (1992), é um eufemismo para o termo guerra. Isto porque, um conflito armado nada mais é do que uma guerra – uma situação de hostilidade interestatal ou entre Estados em que o uso de armas e de violência é desenfreado, atingindo corriqueiramente os direitos inerentes aos homens. Contudo, hodiernamente, houve uma mudança no emprego da expressão 'guerra' para identificar tais situações, uma vez que o termo é considerado “relativamente impreciso”, como bem nota Cretella Neto (2008, p. 244).

Efetivamente, a mudança de nomenclaturas empregadas para essas situações turbulentas com o emprego de armas e brutalidade aconteceu em 1945, após a segunda Guerra Mundial com a criação das Nações Unidas (ONU). Afinal, todos os Estados membros dessa organização, ao assinarem sua Carta Constitutiva estavam sujeitos a observarem suas normas, inclusive a do artigo segundo, parágrafo quarto, o qual menciona que as nações devem manter a paz em todas as suas relações – a não ser nos casos de legítima defesa previsto no artigo 51 ou por autorização do Conselho de Segurança da ONU, atuando sob os poderes do capítulo VII, as quais são evidentes exceções (MURPHY, 2002; DYHR, 2003).

Na Carta das Nações Unidas, portanto, proibiu-se a ameaça ou o uso da força unilateral, com o intuito de coibir novas situações hostis, englobando a mais variada gama de conflitos possíveis e imagináveis (GUIMARÃES, 2007). Michael Byers (2007, p. 73) aponta que ao empregar a expressão genérica 'uso da força', a Carta da ONU acabou ampliando a proibição à guerra, passando a incluir todos os tipos de conflitos armados, inclusive os não-declarados. Destarte, tal como é o entendimento do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, temos que 'conflito armado' é um termo muito mais abrangente (UHLER, 1958, p. 20).

Um significado amplo de conflito armado é apresentado pela Associação de Direito Internacional, a qual afirma que todos os conflitos armados envolvem a presença de grupos organizados que estejam engajados em uma luta armada de grande intensidade (ILA, 2008, p. 24). Ainda, tais conflitos podem ser subdivididos em internos e internacionais.

O conflito intraestatal é definido como uma disputa violenta originária de fatores internos de cada país, onde a violência armada ocorre dentro das fronteiras de um único Estado (BROWN, 1996). Já o conflito interestatal é aquele que envolve o uso das forças armadas de um Estado frente a outro (CRYER, 2007), havendo a ocupação parcial ou total do território de um deles, com ou sem uma declaração formal de guerra.

Para que as hostilidades existentes entre dois Estados ou mesmo as no interior de um único país sejam consideradas um conflito armado, tais devem atingir um alto nível de intensidade e agressão, contando ainda com a utilização de meios militares de ambas as partes envolvidas (ZILLMANN, 1979; GOLDMAN, 2002). O uso da força tem que ser “suficientemente extensivo”, isto é, o emprego da força deve ser aplicado dentro de um território específico, por “um período prolongado de tempo”, havendo a vinculação de “operações militares maciças”, as quais impõem “extensiva destruição” (DINSTEIN, 2001, p. 15-17). Destarte, se esporádicas ou com um baixo nível de violência, tais situações não serão consideradas um conflito armado na modernidade.

Quanto ao quesito da internacionalidade das hostilidades em tela, se faz

necessária a análise das partes que estão envolvidas nesta situação, tendo em vista que um elemento essencial para a existência de um conflito armado internacional é que as partes do conflito sejam sujeitos de direito internacional, isto é, Estados. Grupos rebeldes ou grupos armados (beligerantes ou insurgentes), seja agindo em prol do Estado ou contra ele (CIJ, 1980, para. 74), só seriam considerados partes em conflitos internos, mesmo quando apresentando um mínimo de estrutura e organização e empregando atos com *animus belligerandi*, (BRIERLY, 1930, p. 308-319; BOULDEN e WEISS, 2004, p. 67).

Desta feita, é possível vislumbrar a evolução e a própria expansão das hostilidades com o passar dos anos, abrangendo os mais diversos tipos de conflitos, mesmo estando a sua proibição expressamente inscrita na Carta da ONU. Ocorre que, apesar dessa e de outras inúmeras tentativas de afastar o recurso às armas em Direito Internacional, demonstrações bélicas continuaram a surgir – denotando a constante violação dessa regra imperativa do Direito das Gentes (HENKIN, 1965, p. 173-185).

A partir desse entendimento é que sempre houve a “necessidade de impor limites legais à agressão militar”, como bem mencionado por Michael Byers (2007, p. 73), tendo em vista que dia após dia a crueldade e o sofrimento, a morte e a destruição que os conflitos causam, vêm extraordinariamente aumentando (KALSHOVEN e ZEGVELD, 2001, p. 11). Por isso, aplica-se o Direito Internacional Humanitário (DIH), uma vez que sua função é regulamentar o direito de guerra – o *jus in bello* – fazendo com que os “efeitos devastadores” de um conflito sejam minimizados pela criação de normas jurídicas que restrinjam a liberdade das partes envolvidas “em utilizar quaisquer meios e métodos de combate” (BORGES, 2006, p. 3-5).

O DIH como meio de “delimitar quando é legítimo às partes em usar força letal, como tais devem ser usadas e contra quem tais podem ser aplicadas” (RAYMOND, 2007, p. 1-20); todavia, não é novel. Apesar das violações ainda ocorrerem, impende dizer que esse ramo do Direito começou a ser desenvolvido na metade do século XIX, com um acordo bilateral chamado de Declaração de Paris de 1856, efetuado entre franceses e ingleses durante a Guerra da Criméia (1853-1856) harmonizando as suas regras de conduta no conflito (SCHABAS e BEAULAC, 2007, p. 228); mas adquiriu notoriedade, de fato, com o surgimento do Código Lieber em 1863, durante a Guerra Civil Americana (1861-1865), como anota Roullard (2004, p. 5).

Como resultado desta influência e também das atrocidades cometidas na batalha de Solferino (Itália), cria-se o Comitê Internacional da Cruz Vermelha em 1863 que tem papel fundamental para esse ramo do Direito Internacional, visto que, desde a sua origem, tem como principal objetivo desenvolver o DIH e a consequente proteção do ser humano em tempos de hostilidades, buscando a conscientização da comunidade internacional às táticas de guerra que devem ou não ser utilizadas nos conflitos (FORSYTHE e RIEFFER-FLANAGAN, 2007, p. 6).

Diversas conferências foram edificadas a partir de então com o objetivo de desenvolver tratados internacionais relacionados às leis da guerra, tais como a de 1864 em Genebra (SCHABAS, 2007, p. 228), a de 1868 em São Petersburgo (BORGES, 2006, p. 8) e a de 1874 de Bruxelas (DINSTEIN, 2004, p. 10) – muito embora esta não última não ter entrado em vigor. Ademais, como lembra Gabriela Mezzanotti (2007, p. 71), destaca-se igualmente a Conferência de 1899, em Haia, cujas discussões levam a criação das Convenções de Haia sobre as leis e costumes de guerra terrestre, incluindo a distinção entre combatentes e civis, o tratamento de prisioneiros e as “restrições sobre os meios e métodos para a condução da guerra”.

Desses encontros, outrossim, é que nascem as duas correntes histórico-didáticas de DIH (CIJ, 1996, para. 75): as 'Leis de Genebra' e as 'Leis de Haia'. Como

corroborando Leonardo E. Borges (2006, p. 10), nunca antes na história os Estados “se haviam colocado de acordo para limitar [...] seu próprio poder em benefício do indivíduo”, seja ela relacionada à conduta e aos meios de guerra permitidos (Haia) ou das condições de prisioneiros, militares e civis durante as hostilidades (Genebra).

Outros encontros diplomáticos tornaram a surgir com o propósito de discutir e aprimorar as leis de DIH em desenvolvimento nos anos de 1906, na Suíça, e 1907, na Holanda. Contudo, foi realmente após as Grandes Guerras que esse Direito evoluiu.

Após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), outros Acordos foram pactuados pela comunidade internacional com o intuito de tornar ilícito quaisquer meios capazes de causar mais sofrimentos à população, como o Protocolo de Genebra de 1925 e as duas Convenções de Genebra de 1929 (SOUZA, 2007, p. 53; MEZZANOTTI, 2007, p. 72).

Outrossim, após os eventos trágicos da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), houve uma vasta revisão das Convenções de Genebra que estavam em vigor, o que resultou na sua substituição pelas quatro famosas Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 – muito mais completas e abrangentes. Tais Convenções de Genebra ainda foram complementadas por dois Protocolos Adicionais em 1977, os quais expressam e atestam a unidade e a complexidade desse ramo do Direito.

Como aduzem Frits Kalshoven e Liesbeth Zegveld (2001, p. 28), essa “evolução” do DIH produziu outras duas grandes inovações: a primeira diz respeito à eficácia das normas estipuladas, cuja aplicação agora se dá em todo e qualquer conflito armado seja ele de caráter interno ou internacional, constante no artigo terceiro comum as quatro Convenções de Genebra de 1949; e a segunda refere-se à introdução de normas exigindo que as Altas Partes Contratantes tomem todas as medidas penais e disciplinares cabíveis quando uma grave violação das Convenções em tela ocorra.

Por conseguinte, é certo que a partir de então, as nações estariam preparadas para as várias onerosidades das guerras modernas. Afinal, um “conjunto de normas internacionais ou consuetudinárias, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais”, os quais limitam, “por razões humanitárias o direito das partes em conflito escolherem livremente os métodos e os meios utilizados na guerra ou que protege as pessoas e os bens afetados”, estava não só edificado (SWINARSKI, 1990, p. 31), mas igualmente em pleno vigor internacional, vez que aceito pelas mais diversas nações mundo afora (DINSTEIN, 2004, p. 11).

3. A TUTELA DOS BENS CULTURAIS EM MEIO A CONFLITOS ARMADOS

O DIH, por ser um conjunto que visa a tutela dos direitos inerentes ao homem em meio a hostilidades, por certo não poderia deixar de proteger os bens culturais. Afinal, os bens culturais dizem respeito a domínios “considerados relevantes na formação da civilização humana” (SILVA, 2005, p. 184), os quais “as comunidades e grupos atribuem valores segundo a importância histórica, afetiva e de identidade cultural” (ASSUNÇÃO, 2003, p. 13).

Quer isto dizer que a proteção de bens culturais está ligada com o contexto sociocultural de uma dada sociedade, seja ela local ou transnacional, aonde é possível vislumbrar não só as tradições e valores, como também a própria história, cultura e identidade de um determinado povo, grupo, classe ou raça, sem o qual estaria fadado a se perder no tempo. Como bem assevera Paulo de Assunção (2003, p. 13), “em muitos casos, a preservação dos bens culturais garante a manutenção da memória coletiva no decorrer dos séculos. É por meio da memória que a tradição lembra a todos as

experiências passadas para a conquista da liberdade”.

Os bens culturais possuem proteção em meio a conflitos armados desde os primórdios do DIH; entretanto, foi apenas após a Segunda Guerra Mundial que ele se tornou objeto de uma maior busca por tutela, dada a crescente ameaça ou efetiva destruição dos mais importantes sítios culturais da humanidade. Outrossim, impende salientar que o primeiro acordo internacional que concebia a proteção de prédios históricos durante ataques armados foi o anexo à Convenção de Haia de 1907, acerca do respeito das leis e dos costumes de guerra em terra.

É o Pacto de Washington (também conhecido como Pacto de Roerich, em homenagem ao seu mentor, o russo Nicholas Roerich), porém, o acordo mais notório sobre a tutela desses bens (também conhecidos como domínios de 'herança cultural'), firmado sobre os auspícios da Liga das Nações, em 1935. Isso, pois, ele se tornaria o acordo de referência para a constituição dos mais variados tratados multilaterais que seriam firmados sob a tutela da UNESCO (agência especializada da ONU para a Educação, Ciência e Cultura).

Dentre esses acordos firmados após a Segunda Guerra Mundial, podemos citar a Convenção de Haia de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado, o Primeiro e o Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949 (datados de 1977), e, até mesmo, a Convenção de Paris sobre Importação, Exportação e Transferência Ilícita de Bens Culturais de 1970, sem olvidar da importantíssima Convenção sobre o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972.

Essas codificações internacionais, portanto, de modo geral protegem os bens culturais dada a sua importância para a humanidade, não permitindo que os mesmos sejam alvo de ataques militares ou outra atividade que venha a danificá-los parcial ou totalmente (HAYASHI, 2010, p. 39-46; HENCKAERTS, 1999). Ademais, essas convenções igualmente determinam uma distância mínima entre os pontos almejados e os objetos, forte na sua proteção especial baseada na sua importância histórico e sociocultural, de valor local/regional/universal excepcional (MULINEN, 1991, p. 24 e 56; SCHINDLER e TOMAN, 1988, p. 8).

Desta feita, qualquer ataque, seja um bombardeamento ou até mesmo um saque/roubo de objetos culturais é considerado ilegal em Direito Internacional, devendo, inclusive, o violador, seja qual for a sua nacionalidade, receber uma sanção disciplinar dentro da sua respectiva jurisdição. Ao menos, esta é a previsão da Convenção sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado de 1954, inserida em seu artigo 28.

Entretanto, mister apontar algumas exceções à proteção desses bens, as quais podem ser consideradas novos desafios para o DIH no século XXI, vez que permitiria de certo modo a sua destruição, por mais que representem as raízes históricas de um local, “sendo pressuposto para o aperfeiçoamento intelectual, emocional, moral e espiritual do ser humano” que habita tal localidade e das suas futuras gerações (SILVA, 2005, p. 185). São as exceções: (a) quando os bens são utilizados com propósitos militares; e (b) na existência de uma necessidade militar.

A primeira, destarte, está relacionada à possibilidade de um bem cultural ser utilizado a fim de viabilizar propósitos militares em meio a um conflito, tal como a Convenção de Haia de 1907 permite em seu artigo 27. Nesse sentido, a Convenção de Haia de 1954 traz uma aceção do que venha a ser essa utilização em seu artigo oitavo, isto é, quando um local está sendo utilizado para (ou é muito próximo a uma área em que ocorra) o movimento de contingentes militares ou de materiais bélicos.

Além disso, a grande matriz dessa proteção (o Tratado de Washington de 1935) determina explicitamente no artigo quinto que os monumentos históricos perdem a sua

imunidade protetiva quando utilizados para fins militares, podendo ser usado enquanto base militar. Logo, é visível que em alguns momentos, um local historicamente reconhecido pela sua importância cultural poderia ser destruído, bastando que, para tanto, haja uma movimentação militar em suas proximidades.

No que compete a segunda exceção, os bens culturais poderiam sofrer abalos em sua estrutura na ocorrência de um imperativo militar, o qual consiste na necessidade de se recorrer a tais medidas quando consideradas indispensáveis para assegurar os fins (objetivos máximos) das hostilidades, sem que outra ação pudesse ser realizada em seu lugar com o mesmo grau de cumprimento (BEST, 1994, p. 242; DORMANN, 2003, p. 81). Outrossim, para que a medida de 'necessidade militar' seja considerada válida (e não arbitrária ou abusiva) pelo Direito das Gentes, ela deve estar de acordo com as regras modernas da guerra, isto é, ser proporcional e não gerar prejuízos excessivos ou sofrimento desnecessário à outra parte (DOWNEY JUNIOR, 1953, p. 253; GARDAM, 2004, p. 8-12).

Essa possibilidade é despreendida da leitura da Declaração acerca da Destruição Intencional de Herança Cultural da UNESCO de 2003. Tal como Ashlyn Milligan exprime (2008, p. 91-106), apesar de não ser um documento vinculante, essa declaração protege os bens culturais cuja importância é extrema para a humanidade de destruições intencionais, permitindo a destruição dos mesmos em casos de necessidade militar.

De certo modo, das linhas Convenção sobre o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da UNESCO de 1972 também se desprende o mesmo entendimento. Apesar de ela não prever nenhum tipo de exceção para a proteção do bem cultural (DOMINGUEZ MATÉS, 2005, p. 278), ela impõe aos países signatários, através de seus artigos quarto e sexto, um dever de tutela, fazendo com que estes ajam contra atos ofensivos deliberados que possam direta ou indiretamente atingir a herança cultural. Em outras palavras, ela exclui apenas os atos deliberados, não afastando a possibilidade de necessidade militar – direito assentado no próprio costume internacional que envolve os conflitos armados desde o *Caso Caroline* (JENNINGS, 1983, p. 82-99).

Ademais, a Convenção de Haia de 1954, em seu artigo sexto e décimo terceiro, defende a possibilidade de um bem cultural ser destruído por uma incursão militar quando um comandante de patente alta invocar a necessidade militar. Portanto, estando dentro das características de proporcionalidade e minimizando ao máximo o sofrimento dos envolvidos, como precedentes e a doutrina destacam enquanto indispensáveis (US SUPREME COURT, 1814; HENCKAERTS; DOSWALD-BECK, 2005, p. 48), quando em um situação não apresentar *outra* alternativa¹, os bens culturais podem ser alvos militares.

Desde modo, é evidente o choque de interesses: de um lado o patrimônio cultural, o qual não deixa de ser um direito intrínseco do ser humano, importante para

¹ Interessante ressaltar que esse elemento de último meio (*last resort*) para atingir os fins/objetivos almejados em um conflito, não comportaria a ideia de o bem ser usado enquanto proteção (*shield*) para que não hajam bombardeios. Na verdade, aquele que utiliza os bens culturais para sua proteção, estaria infringindo as próprias convenções de DIH sobre o tema – inclusive, autorizando a incursão militar adversária e a própria destruição do bem. Há certa discussão na doutrina a respeito da (i)legalidade dessa ação, de certo modo infrutífera, vez que tal localidade estaria sendo usada enquanto base militar por um lado, o que autorizaria a incursão armada do inimigo, apesar de ser um local teoricamente indisponível. Contudo, há quem advogue pela necessidade de, mesmo nestas situações, poupar tais locais (SCHMMIT, 2006, p. 174-175; FLECK, 1995, p. 3871).

seu desenvolvimento, e de outro as permissões oriundas do direito dos conflitos armados (DIH), o qual cria duas exceções, permitindo o próprio aniquilamento destes locais. Nessa esteira, questiona-se: será que mesmo nesses casos apontados, seria mesmo coerente a permissão da destruição de sítios culturais?

Como exemplo, recorda-se a destruição do *Buddha de Bamiyan*, construções datadas do século V-VI situadas no Afeganistão, destruídas pelo Talibã em 2001. Ou ainda, as destruições de inúmeros prédios de valor arqueológico que remontam a edificação da civilização moderna no Iraque por tropas americanas, como a Torre da Mesquita Sunita *Abu Hanifa Shrine*, em Bagdá no ano de 2003 e a Cúpula Dourada localizada em Samarra em 2006.

Será que a destruição de cidades históricas antigas na Europa, como Varsóvia (Polônia) durante a segunda Guerra Mundial não foi suficiente para alertar a comunidade dos perigos da destruição de bens culturais em conflitos armados para a herança histórica e sociocultural daquele local? Justamente por isso é que esse se torna um novo desafio ao DIH, vez que uma ponderação entre os bens jurídicos atingidos e os objetivos almejados com tal ato deveria ser feita de forma mais coerente e menos “mecânica”, como indica Yoram Disntein (2004, p. 163), considerando a própria importância que os bens culturais/espirituais possuem para o ser humano em si, isto é, na sua intimidade, e para a comunidade internacional como um todo.

4. A JURISPRUDÊNCIA DO TPIY: A APLICAÇÃO DO DIH EM CASOS REFERENTES À BENS CULTURAIS

No sentido de não tolerar mais nenhum desrespeito ou abuso das regras de DIH por parte de Slobodan Milošević e seus súditos na Ex-Iugoslávia, o Conselho de Segurança da ONU decidiu edificar, em 1993, por meio da resolução de n. 827, um Tribunal Penal *Ad Hoc* de caráter internacional, visando o julgamento de todos aqueles indivíduos que cometeram atrocidades durante o conflito armado iniciado em 1991 (CRYER, 2004, p. 97). Dentre os mais diversos crimes que os sérvios estavam sendo acusados estava justamente a destruição de bens culturais, permitindo uma análise da (in)aplicabilidade das regras humanitárias, bem como suas exceções anteriormente apontadas.

No que tange a aplicabilidade e a observância das normas de DIH, há dois casos excepcionais perante o Tribunal Penal Internacional para Ex-Iugoslávia (TPIY): o *Old Towns Dubrovnik* e o *Prosecutor vs. Kordic/Cerkez*.

O primeiro caso apontado é referente ao fato que ocorreu na cidade de *Dubrovnik*, uma cidade antiga e muito importante para o patrimônio cultural da humanidade, inserida na Lista do Patrimônio Mundial desde 1979, em que um complexo de seis prédios protegidos pelo DIH foram completamente destruídos, enquanto mais de 100 restaram danificados, por força de uma ofensiva militar dirigida pelo comandante Miodrag Jokić entre outubro e dezembro de 1991 (OLÁSOLO, 2008, p. 144-145; HOFFMAN, 2006, p. 36-37).

Embora o argumento da defesa tenha sido que os danos foram incidentais, dado fato que Croatas escondiam armas e aeronaves nas suas proximidades (*shielding*), bem como a existência de uma necessidade militar face a vantagem militar definitiva que eles ganhariam com tal ataque, esse caso é deveras marcante porque o TPIY julgou a ofensiva militar sérvia intencional, ignorando deliberadamente as marcações distintivas nas paredes e nas torres da cidade que lhes concedia proteção 'reforçada' enquanto bem cultural da humanidade (SOLIS, 2010, p. 570-571).

Já o segundo caso, *Prosecutor vs. Kordic/Cerkez*, é importante visto que aborda a questão de a destruição de um dado sítio protegido ligado a prática religiosa. Dito de outro modo, esse julgado examina a possibilidade de uma destruição patrimonial ser conectada à perseguição religiosa e, conseqüente, à uma determinada cultura.

O TPIY julgou que os ataques autorizados por Dario Kordić e Mario Cezek à vila de Ahmići, vitimando mais de 100 civis e destruíram inúmeros locais sagrados (como mesquitas e templos islâmicos), foram baseados na discriminação religiosa, além da própria intenção de destruir sinais religiosos ligados ao islamismo, os quais não poderiam ter sido perpetrados com base no DIH (FORREST, 2006-2007, p. 180; ONU, 1993a; ONU, 1993b, ONU, 1993c).

Impende notar, nenhuma exceção foi considerada válida pelo TPIY (especialmente a necessidade militar), afinal, os bens atingidos eram considerados objetos indisponíveis pelo Direito Internacional Consuetudinário (ASKAR, 2004, p. 170-171), sendo esse caso considerado um dos mais admiráveis por atestar a intenção de Milošević em realizar uma limpeza étnica (genocídio) na região, tendo como elementos constitutivos a própria destruição de bens culturais.

Nesse sentido, evidente o valor acentuado de tais julgado justamente pelo Tribunal *Ad Hoc* ter afastado as exceções à proteção cultural, dando um peso muito maior (e coerente) à cidade composta por inúmeros bens históricos e aos sítios religiosos, os quais também guardam uma importante parcela da cultura e da história social local. Entretanto, o TPIY não foi unânime em julgar procedente todos os casos contendo destruição ao patrimônio cultural da humanidade. Houve casos em que o bem cultural não foi tutelado justamente por terem sido apontadas as exceções supra-apontadas.

Desta feita, há outro caso que deve ser registrado justamente para corroborar a necessidade de uma maior observância do próprio espírito da lei constante nas normas de DIH: o *Prosecutor vs. Prlić et. al.* Esse precedente refere-se a um caso coletivo contra Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Corić e Bersilav Púzić, pela destruição de uma ponte chamada de *Stari Most* construída ainda na era Otomana (século XVI) na cidade de Mostar (situada na Bósnia e Herzegovina), em novembro de 1993 (NETTELFIELD, 2010, p. 75).

Os acusados foram inocentados pela destruição de tal ponte, pois a promotoria falhou em providenciar provas cabais da desnecessidade de destruição da ponte frente aos objetivos militares almejados. Todavia, esse caso é relevante não porque não houve a condenação dos acusados apesar da destruição de um local realmente importante para cultura e história, mas porque o Comitê para a Cultura e Educação do Conselho da Europa criou, a partir desse, caso uma graduação para a destruição de bens culturais, cuja pontuação varia de um a cinco (RIEDLMAYER, 2002, p. 7).

E é nesta interpretação posterior do julgado que recai a presente crítica: no momento em que houver uma gradação, uma destruição mínima qualquer a um bem tutelado pelo DIH e importante para a humanidade, a qual afete a estrutura do próprio sítio, poderia ensejar a não condenação de um indivíduo, mesmo quando ele não demonstrar, no julgamento, quaisquer das exceções mencionadas anteriormente— o que seria inconcebível.

5. CONCLUSÃO

Se o Direito das Gentes não consegue impedir a existência de conflitos armados, a aplicação dos princípios e regras humanitárias faz-se essencial, na tentativa de

diminuir os impactos das situações hostis aos envolvidos direta ou indiretamente. Com efeito, o Direito Internacional Humanitário é um conjunto normativo cuja importância é extremamente grandiosa, tendo em vista que seu objetivo maior é minimizar os horrores trazidos e criados pelos conflitos à pessoa humana.

Dado os inúmeros conflitos armados que ainda existem ao redor do globo, sejam eles internos ou internacionais, esse regramento faz com que a angústia dos indivíduos que se encontram em meio a uma situação belicosa seja menos árdua, vez que as leis internas do próprio Estado não consegue protegê-los, haja vista a situação de exceção em que se encontram. Contudo, a proteção do ser humano não se restringe ao indivíduo em si, também englobando a proteção dos bens culturais face a sua importância para o próprio homem enquanto preservador de cultura, folclore e tradições.

Desde a sua edificação, esse ramo do Direito Internacional já tutela os bens culturais, porém, o “urbanicídio” é recorrente em meio às hostilidades. Todos os grandes conflitos armados dos últimos anos envolveram uma enorme gama de destruição parcial ou total de maravilhosas igrejas, templos, mesquitas, castelos e palácios, sem olvidar de inúmeras outras edificações de variados estilos e origens, que restaram aniquiladas pela violência empregada. E um exemplo notório destas destruições gravosas ao patrimônio cultural da humanidade deu-se nos Balcãs entre os anos de 1991 e 1999, como abordado.

Nesse sentido, evidente que o Direito Internacional Humanitário está enfrentando um novo desafio que é a proteção destes bens culturais, visto que muitas vezes eles são os primeiros alvos de um conflito, os quais atingem intrinsecamente a todos os seres humanos. A existência de normas reguladoras que têm como fim inibir o uso desenfreado de violência nas atividades impetradas durante as hostilidades frente a esses sítios, buscando o mínimo de custo humanitário, não tem sido utilizadas de forma coerente para frear a sua devastação.

Na verdade, parece que tem ocorrido uma inadequação na ponderação entre os bens culturais e os objetivos militares durante os conflitos, de forma que o seu valor intrínseco é muitas vezes afastado ou, até mesmo, olvidado pelas partes envolvidas. Todavia, os precedentes do Tribunal *Ad Hoc* para a Ex-Iugoslávia demonstram que, em grande parte dos julgamentos, o direito humanitário relativo a esse tema deve ser sim respeitado, afastando, inclusive, as exceções.

Portanto, é certo que uma maior rigorosidade na aplicação do DIH na situação de conflito é imperiosa, no sentido de conseguir efetivamente tutelar esses locais importantes não só para o ser humano em si, como também para a comunidade internacional como um todo, durante as hostilidades – e não após o seu término. Afinal, esses locais representam as origens da própria humanidade, as quais merecem ser repassadas às gerações vindouras.

7. BIBLIOGRAFIA

ASKAR, Yusuf. **Implementing International Humanitarian Law**. London: Routledge, 2004.

ASSUNÇÃO, Paulo de. **Patrimônio**. São Paulo: Ed. Loyola, 2003.

BEST, Geoffrey F. **War and Law since 1945**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

BORGES, Leonardo Estrela. **O Direito Internacional Humanitário**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

Ed. Del Rey, 2006.

BOULDEN, Jane. WEISS, Thomas G. **Terrorism and the UN**. Indianapolis: Indiana University Press, 2004.

BRASIL. **Decreto nº 72.312**, 1973.

BRASIL. **Decreto nº 80.978**, 1977.

BRIERLY, J. International Law and Resort to Armed Force. **The Cambridge Law Journal**. v.4, n.3, 1930.

BROWN, Michael E. **The International Dimensions of internal conflict**. Cambridge: The MIT Press, 1996.

BYERS, Michael. **A lei da guerra**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007.

CASSESE, Antonio. **International Law**. New York: Oxford University Press, 2001.

CHAHAB, Martín. A Tendência dos Conflitos Armados. Tradução de Vera do Val. **Achegas. Revista de Ciência Política**. n. 29, mai./jun., 2006.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Caso Nicaragua vs. United States**. Julgamento – Méritos (27/06/1986).

_____. **Caso United States v. Iran**. Julgamento (24/05/1980).

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 213-224.

CRETELA NETO. **Terrorismo Internacional: Inimigo sem rosto, combatente sem pátria**. São Paulo: Ed. Millennium, 2008.

CRYER, Robert. **An introduction to international criminal law and procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

DINSTEIN, Yoram. **The conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____. **War, Aggression and Self-Defense**. 3ªed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2001.

DOMINGUEZ MATÉS, Rosario. **La Protección del Medio Ambiente en el Derecho Internacional Humanitario**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

DORMANN, Knut. **Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the ICC**. Cambridge: ICRC/Cambridge University Press, 2003.

DOWNEY JUNIOR, William G. The law of War and Military Necessity. **American Journal of International Law**. v. 47, pp. 251-262, 1953.

DYHR, Thomas Juul. **Just war in Iraq**. 2003. 64f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Copenhagen. Dinamarca. 2003.

FLECK, Dieter. **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts**. New York: Oxford University Press, 1995.

FORREST, C. The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts. **California Western International Law Journal**. v. 37, n. 3, pp. 177-220, 2006-2007.

FORSYTHE, David P. RIEFFER-FLANAGAN, Barbara Ann J. **The international Committee of the Red Cross**. London: Routledge, 2007.

GARDAM, Judith. **Necessity, Proportionality and the Use of Force by States**. New York: Cambridge University Press, 2004.

GENEBRA. **Protocolo Adicional I relativo a Proteção de Vitimas de Conflitos Armados Internacionais**. 1977.

GENEBRA. **Protocolo Adicional II relativo a Proteção de Vitimas de Conflitos Armados Internos**. 1977.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes Marcello Ovídio Lopes. **Tratamento penal do terrorismo**. São Paulo: Quarter Latin, 2007.

HAIA/ICCR. **Convenção IV**. 1907.

HAIA/ICCR. **Convenção sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado**. 1954.

HAYASHI, Nobuo. Requirements of military necessity in international humanitarian law and international criminal law. **Boston University International Law Journal**. Boston, v. 29, pp. 39-140, 2010.

HENCKAERTS, Jean-marie. New rules for the protection of cultural property in armed conflict. **International Review of the Red Cross**. Genebra, v. 81, n. 838, 1999.

HENCKAERTS; DOSWALD-BECK. **Customary International Humanitarian Law**. vol. I (rules). Oxford: Oxford University Press, 2005.

HENKIN, Louis. International Law and the Behavior of Nations. **Recueil des cours de l'académie de droit international**. v. 114, n. 1, 1965. p. 171-279.

HOFFMAN, Barbara T. **Art and Cultural Heritage**. New York: Cambridge University Press, 2006.

ICRC. **International humanitarian law and terrorism: questions and answers**. Maio, 2004.

ICRC. **The Geneva Conventions: the core of international humanitarian law**. Janeiro, 2009.

ILA. Comitê do Uso da Força. **Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law**. Rio de Janeiro, agosto, 2008.

JENNINGS, R. The Caroline and McLeold Cases. **American Journal of International Law**. v.32, n.1, pp. 82-99, jan.1983.

KALSHOVEN, Frits. ZEGVELD, Liesbeth. **On the waging of war: An Introduction to International Humanitarian Law**. Geneva: ICRC, 2001.

KING, Faiza Patel. GOLDMAN, Olivia Swaak. The applicability of international humanitarian law to the "war against terrorism". *In: HAIL. Hague yearbook of international law*. v.15. Hague, 2002.

KWAKWA, Edward K. **The International Law of Armed Conflict**. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

MACHADO, Maíra Rocha. **A Internacionalização do Direito Penal**. São Paulo: Ed. 34, 2004.

MEZZANOTTI, Gabriela. **Direito, Guerra e Terror**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MILLIGAN, Ashlyn. Targeting Cultural Property: the Role of International Law. **Journal of Public and International Affairs**. Princeton, v. 19, pp. 91-106, 2008.

MULINEN, F., **Manual sobre el derecho de la Guerra par alas fuerzas armadas**. Genebra: Cruz Roja, 1991.

MURPHY, Sean D. Terrorism and the Concept of “Armed Attack” in Article 51 of the U.N. Charter. **Harvard International Law Journal**. v. 43. n. 1. 2002.

NETTELFIELD, Lara J. **Courting Democracy in Bosnia and Herzegovina**. New York: Cambridge University Press, 2010.

OLÁSOLO, Héctor. **Unlawful Attacks in Combat Situations**. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

ONU. **Carta das Nações Unidas**. 1945.

_____. **Res. Conselho de Segurança n. 824**. 1993a. [Doc. S/RES/824/1993].

_____. **Res. Conselho de Segurança n. 829**. 1993b. [Doc. S/RES/829/1993].

_____. **Res. Conselho de Segurança n. 844**. 1993c. [Doc. S/RES/844/1993].

_____. **Res. Conselho de Segurança n. 827**. 1993d. [Doc. S/RES/827/1993].

PARIS/UNESCO. **Convenção Geral para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural**. 1972.

PARIS/UNESCO. **Declaração acerca da Destruição Intencional de Herança Cultural**. 2003.

RAYMOND, Gregory A. Military Necessity and the War Against Global Terrorism. *In*: HENSEL, Howard M. **The Law of Armed Conflict: Constraints on the Contemporary Use of Military Force**. Burlington: Ashgate Publishing Co., 2007.

REZEK, J. Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2005.

RIEDLMAYER, Andrés. **Destruction of Cultural Heritage on Bosnia-Herzegovina**. Cambridge, 2002.

ROUILLARD, Louis-Philippe F. **Precise of the Laws of Armed Conflicts**. Lincoln: iUniverse, Inc., 2004.

SCHINDLER, D; TOMAN, J. **The Laws of Armed Conflicts**. 3ªed. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

SCHMMIT, Michael N. Targeting and Humanitarian Law: Current Issues. *In*: JAQUES, Richard B. **Issues in International Law and Military Operations**. New Port: Naval War College, 2006.

SILVA, Fernando Fernandes da Diversidade Cultural e Desenvolvimento. *In*: AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Direito Internacional e Desenvolvimento**. Barueri: Manole, 2005.

SOLIS, Gary D. **The Law of the Armed Conflict**. New York: Cambridge University Press, 2010.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Juruá, 2007.

STAHN, Carsten. 'Jus ad bellum', 'jus in bello' ... 'jus post bellum'? – Rethinking the Conception of the Law of Armed Force. **European Journal of International Law**. v. 17, n. 05, 2006.

SWINARSKI, Christophe. **Direito Internacional Humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana: principais noções e institutos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

UHLER, Oscar. COURSIER, Henri. Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War: Commentary. *In*: ICRC. **Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949**. v. 4. Geneva, 1958.

US SUPREME COURT. **Brown v. United States**. 1814. 12 U.S (8 Cranch) 110.

VELLOSO, Ana Flávia. O terrorismo internacional e a legítima defesa. *In*: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Terrorismo e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 183-207.

WASHINGTON/ICCR. **Pacto de Roerich**. 1935.

WIDMER, Gloria Maria; PIRES, Mário Jorge. O turismo como fator de contribuição para a proteção e função social do patrimônio natural da humanidade. **Revista Hospitalidade**. São Paulo, a. 5, n. 2, pp. 52-64, jul./dez. 2008.

ZILLMANN, Dolf. **Hostility and aggression**. Philadelphia: Lawrence Erlbaum Associates Inc., 1979.

Recebido em 17/03/2013
Aprovado em 28/05/2013