

# Novas regras para a proteção de bens culturais em conflitos armados:

## A importância do Segundo Protocolo da Convenção de Haia de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado\*

**Jean-Marie Henckaerts\*\***

Jean-Marie Henckaerts é assessor jurídico da Divisão Jurídica do CICV. Ele acompanhou, em nome do CICV (que tem status de observador na Conferência diplomática em Haia), a negociação e a adoção do Segundo Protocolo.

*Alles van waarde is weerloos.*<sup>1</sup>

A Convenção de Haia de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Convenção de Haia de 1954) é o instrumento internacional proeminente para a proteção de bens culturais durante conflitos armados.<sup>2</sup> O

\* Este artigo foi originalmente publicado em 1999 como Jean-Marie Henckaerts, *New Rules for the protection of cultural property in armed conflict*, *International Review of the Red Cross* (1999), No. 835. Esta tradução foi realizada mediante a autorização do autor e da Revista Internacional da Cruz Vermelha.

\*\* Esse artigo reflete o pensamento do autor e não necessariamente o do CICV.

1 “*All things of value are defenceless.*” “Todas as coisas de valor são indefesas.” Uma famosa frase do poeta holandês Lucebert (tradução para o inglês do autor).

2 Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado, adotada em Haia, em 14 de maio de 1954, reimpressa em Dietrich Schindler & Jiri Toman (Eds.), *The laws of armed conflicts: A collection of conventions, resolutions and other documents*, 3rd ed., Martinus Nijhoff/Henry Dunant Institute, Dordrecht/ Genebra, 1988, pp. 745-759 [Convenção de Haia de 1954]

conceito de bens culturais inclui museus, bibliotecas, arquivos, sítios arqueológicos e monumentos de importância arquitetônica, artística e histórica, seja religioso ou secular. A Convenção de Haia de 1954 foi ratificada por 95 Estados até hoje<sup>3</sup>, mas os princípios básicos relativos ao respeito de bens culturais contidos no tratado atingiu status de direito consuetudinário. Um Primeiro Protocolo que trata principalmente da proteção de bens culturais localizados em territórios ocupados foi adotado na mesma ocasião que a Convenção e 79 Estados<sup>4</sup> são hoje parte do instrumento.<sup>5</sup> O conteúdo específico da Convenção será brevemente explicado nas seções seguintes deste artigo.

A efetividade da Convenção de Haia de 1954 tornou-se objeto de preocupação geral no início dos anos noventa, durante a segunda Guerra do Golfo e a guerra na antiga Iugoslávia. Como esse artigo demonstrará, essa efetividade, infelizmente, continua sendo testada nas guerras dos Balcãs.

Em 1991, o governo dos Países Baixos decidiu incluir uma revisão da Convenção de Haia de 1954 como parte da sua contribuição à *United Nations Decade of International Law*. Como resultado, os Países Baixos e a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) comissionaram e fundaram conjuntamente “uma revisão dos objetivos e operação da Convenção e do Protocolo com o intuito de identificar medidas para melhorar a sua aplicação e efetividade e para ver qualquer revisão da Convenção que seja necessária, talvez por meio de um Protocolo adicional”.<sup>6</sup> Essa revisão foi publicada em 1993 pelo professor Patrick Boylan.

Nos anos seguintes, o governo dos Países Baixos continuou sendo a força motriz por trás do processo de revisão e três reuniões de especialistas foram organizadas, tendo como resultado o documento “Lauswolt”, nome da cidade no qual foi elaborado. O documento de Lauswolt constitui um projeto de tratado que tomou como base a revisão do professor Boylan.

Em março de 1997, vinte especialistas de governos se encontraram na sede da UNESCO em Paris para revisar o documento de Lauswolt. Com base nestas discussões, o Secretário da UNESCO elaborou uma revisão desse documento, que foi submetida aos Estados-Partes da Convenção de Haia de 1954 em um encontro em Paris, em 13 de novembro de 1997. Foi decidido que um encontro preparatório final seria realizado para discutir mais algumas questões legais e a proposta dos Países Baixos de convocar uma conferência diplomática em 1999 para transformar o documento de Lauswolt em um tratado foi acolhida.

O encontro preparatório final foi realizado em Viena em maio de 1998 pelo governo austríaco. Esse encontro identificou cinco importantes pontos a serem discutidos no Segundo Protocolo:

3 NT: Até novembro de 2015, 126 Estados ratificaram a Convenção.

4 NT: até novembro de 2015, 103 Estados ratificaram o Primeiro Protocolo.

5 Protocolo à Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado, adotado em Haia, em 14 de maio de 1954, *ibid.*, pp. 777-782.

6 Patrick J. Boylan, *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention of 1954)*, UNESCO, Paris, 1993, p. 19.

- A exceção militar;
- Medidas de precaução;
- O sistema de proteção especial;
- Responsabilidade criminal do indivíduo;
- Aspectos institucionais.

Após o encontro, o Projeto Preliminar do Segundo Protocolo à Convenção de Haia de 1954 foi elaborado.<sup>7</sup> Estados e organizações relevantes foram convidados para submeter comentários ao Projeto, em particular aos cinco pontos mencionados acima.<sup>8</sup> Com base nesses comentários, o Secretariado da UNESCO e o governo dos Países Baixos elaboraram o projeto final do Segundo Protocolo.<sup>9</sup>

A Conferência diplomática do Segundo Protocolo à Convenção de Haia de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado foi realizada em Haia, entre os dias 15 e 26 de março de 1999. Em 26 de março de 1999, a Conferência adotou o Segundo Protocolo à Convenção de Haia de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Segundo Protocolo) sem votação.<sup>10</sup> Foi aberto para assinatura em Haia, no dia 17 de maio de 1999, durante as celebrações do centenário da Primeira Conferência Internacional para a Paz e assinado por 27 Estados nesta data.<sup>11</sup> Ele continuou aberto para assinaturas até dia 31 de dezembro de 1999.

O Segundo Protocolo é adicional à Convenção de Haia de 1954, que continua sendo o texto básico. O Estado só pode se tornar parte do Segundo Protocolo se este ratificou a Convenção de Haia de 1954. Durante todo o processo de revisão, quatro opções foram discutidas no que tange à técnica do tratado que seria usada para melhorar a Convenção de Haia de 1954. A primeira constituía alterar a Convenção de Haia de 1954; contudo, qualquer alteração necessitaria de uma adoção unânime por todos os Estados-Partes da Convenção.<sup>12</sup> Como isso seria praticamente impossível, essa opção foi descartada apesar de ter contado com o apoio de alguns Estados. A segunda opção consistia na adoção de uma nova Convenção. Esta requeria negociações substanciais e teria a desvantagem de criar dois sistemas separados. Por isso, nunca foi realmente considerada.

7 UNESCO Doc. HC/1999/1, 9 de outubro de 1998.

8 Ver *Synoptic report with its Addendum and Corrigendum of comments on the Preliminary Draft Second Protocol to the 1954 Hague Convention received from High Contracting Parties to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1954, other UNESCO Member States and international organizations*, UNESCO Docs. HC/1999/4, 15 de janeiro de 1999, HC/1999/4/Add.1, Março 1999, e HC/1999/4/Add.1/Corr.1, 18 de março de 1999. Aspectos militares e legais do projeto preliminar foram discutidos mais profundamente com base no direito humanitário moderno no Encontro de Especialistas para o aperfeiçoamento da Convenção de Haia de 1954, Leiden (Netherlands), 17-18 de dezembro de 1998.

9 Projeto do Segundo Protocolo da Convenção de Haia de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado, UNESCO Doc. HC/1999/1/rev.1, fevereiro de 1999.

10 Segundo Protocolo à Convenção de Haia de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado, adota em Haia em 17 de maio de 1999, UNESCO Doc. HC/1999/7, 26 de março de 1999 [Segundo Protocolo].

11 NT: até novembro de 2015, 68 Estados ratificaram o Segundo Protocolo.

12 Convenção de Haia de 1954, op. cit., artigo 39(5).

A terceira opção constituía a adoção do Protocolo com o objetivo de revisar a Convenção de Haia de 1954. Diversas delegações advogaram fortemente por esta opção, contudo, devido ao fato de que uma unanimidade seria novamente requerida, ela foi rejeitada pela maioria das delegações. No final, a quarta opção prevaleceu, a saber: o novo tratado seria um protocolo adicional que não alteraria a Convenção de Haia de 1954, mas a complementar e só seria aplicada aos Estados que o ratificassem. Os Protocolos Adicionais de 1977 às Convenções de Genebra de 1949 foram um precedente útil. Assim, todo o esforço foi feito para que cada disposição do Segundo Protocolo fosse realmente adicional à Convenção de Haia de 1954.

O objetivo deste artigo é destacar os maiores avanços contidos no Segundo Protocolo e mencionar alguns pontos de consenso que foram reconhecidos na Conferência diplomática, mas não foram refletidos como tais no texto do Protocolo no Ato Final da Conferência.

## Medidas em tempo de paz

Seguindo o artigo 3º da Convenção de Haia de 1954, os Estados se encarregam de preparar em tempos de paz a proteção de bens culturais contra efeitos previsíveis de um conflito armado “adotando as providências que julgarem necessárias”. Mas a Convenção não prevê medidas mais detalhadas sobre que ações devem ser tomadas.

O Segundo Protocolo tem como intenção orientar nesse sentido, já que cita exemplos concretos de medidas a serem tomadas em tempo de paz:<sup>13</sup>

- A preparação de inventários;
- Planejamento de medidas emergenciais para a proteção contra o período de incêndios ou desabamento;
- A preparação para a retirada de bens culturais móveis ou o oferta de proteção *in situ* adequada para tais bens;
- A designação de autoridades competentes responsáveis pela proteção dos bens culturais.

Essas medidas são de grande importância prática para a proteção de bens culturais no evento de um conflito armado.

Evidentemente, também requerem recursos financeiros e *know-how*. Como esses requerimentos em mente, o Segundo Protocolo prevê a alocação de um Fundo para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado.<sup>14</sup> Esse Fundo foi especificamente estabelecido para prestar assistência financeira ou de outra natureza para apoiar medidas preparatórias ou outras a serem realizadas em tempos de paz. O Fundo será administrado pelo Comitê para a Proteção de Bens Culturais em caso de conflito armado, que será instalado segundo as disposições do Segundo Protocolo.<sup>15</sup> Os recursos do Fundo constituirão de contribuições

13 Segundo Protocolo, op. cit., artigo 5.

14 *Ibid.*, artigo 29.

15 *Ibid.*, artigo 24

voluntárias feitas por Estados-Partes ao Protocolo.<sup>16</sup> Alguns Estados pediram a inclusão de uma contribuição compulsória, mas no final tal proposta foi rejeitada.

Ademais, o Segundo Protocolo expande a proteção um tanto geral no que tange à difusão incluída na Convenção de Haia de 1954.<sup>17</sup> Novamente, exemplos específicos de medidas de disseminação foram listados, especialmente para as autoridades militares e civis que assumem a responsabilidade de aplicar o Segundo Protocolo. Essas autoridades devem ter pleno conhecimento do seu texto e para isso os Estados-Partes devem, quando apropriado:<sup>18</sup>

- Incorporar procedimentos e instruções sobre a proteção de bens culturais nos seus regulamentos militares;
- Desenvolver e implementar, em cooperação com a UNESCO e as organizações governamentais e não governamentais competentes, programas educativos e de instrução em período de paz;
- Comunicar entre si, por intermédio do Diretor-Geral da UNESCO, informações sobre leis, disposições administrativas e medidas tomadas para a aplicação dos itens supramencionados;
- Comunicar entre si, com a maior brevidade, por intermédio do Diretor-Geral da UNESCO, as leis e disposições administrativas que poderão adotar a fim de assegurar a aplicação do Protocolo.

A experiência do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) prevê uma ampla evidência do papel essencial da difusão ao se tratar de assegurar o respeito ao Direito Internacional Humanitário (DIH).

## Respeito aos bens culturais

### A. Todos os bens culturais

O artigo 4º da Convenção de Haia de 1954 prevê que os bens culturais não devem estar sujeitos a nenhum ato de hostilidade, tampouco devem ser utilizados para fins que provavelmente os exporiam à destruição ou a danos em caso de conflito armado. Imediatamente adiciona, contudo, que ambas obrigações podem ser dispensadas em caso de “necessidade militar imperativa”. A revisão do professor Boylan identificou a falta de uma definição clara sobre essa exceção como uma importante fraqueza no que diz respeito ao princípio básico de proteção incluído na Convenção de Haia de 1954.<sup>19</sup>

Apesar das origens do princípio de necessidade militar venham do Lieber Code<sup>20</sup>, a restrição da necessidade militar imperativa foi codificada primeiramente

16 *Ibid.*, artigo 29(4).

17 Convenção de Haia de 1954, op. cit., artigo 25.

18 Segundo Protocolo, op. cit., artigo 30.

19 Boylan, op. cit., p.54-57.

20 Ver Burrus M. Carnahan, “Lincoln. Lieber and the laws of war: The origins and limits of the principle of military necessity”, *American Journal of International Law*, Vol. 92, 1998, 213; e Horace B. Robertson, Jr., “The principle of military objective in the law of armed conflict”, in Michael N. Schmitt (Ed.), *The Law of Military Operations — Liber Amicorum Professor Jack Grunawalt*, *International Law Studies*, Vol. 72, Naval War College Press, Newport, Rhode Island, 1998, p.197.

no Direito Internacional pelas Regulações de Haia de 1907, limitando a destruição ou a captura da propriedade do inimigo às necessidades da guerra.<sup>21</sup> A Convenção de Haia de 1954 empresta essa noção uma vez que poucos instrumentos estabeleciam limites aplicáveis na condução das hostilidades.<sup>22</sup>

Como o demonstrado no decorrer da história, o conceito de necessidade militar não limita a guerra de modo significativo. A Segunda Guerra Mundial, por exemplo, foi traçada dentro da restrição que nenhuma propriedade poderia ser destruída a não ser que uma necessidade militar imperativa demandasse. Contudo, cidades inteiras foram destruídas.

Aparentemente, a noção de necessidade militar é muito vaga para constituir uma limitação efetiva na guerra. Inclusive advogados militares na Conferência Diplomática admitiram que é difícil ensinar a suas tropas como interpretar e trabalhar com esse conceito. Em geral, assuntos que deixam cláusulas discricionárias com base na necessidade militar são aqueles que não podem ser regulados e assuntos não regulados propiciam um campo para o direito evoluir. Para isso, a filosofia militar por trás da máxima “Tenha confiança na sabedoria dos generais”<sup>23</sup> deve ser substituída por critérios objetivos que vinculam os militares. O objetivo da Conferência Diplomática era dar o conteúdo a essa noção de necessidade militar imperativa, de modo a reforçar o seu sentido e a sua eficácia.

## **Necessidade militar imperativa para cometer atos de hostilidades**

Limitar ataques aos objetivos militares atingiria em grande parte esse objetivo. Não se deve esquecer que a Convenção de Haia de 1954 foi adotada bem antes dos Protocolos de 1977 Adicionais às Convenções de Genebra de 1949. A Convenção foi elaborada no contexto da Segunda Guerra Mundial, em uma época que ainda era considerado aceitável que cidades inteiras fossem atacadas. No decorrer deste conflito, a Convenção de Haia de 1954 procurou proteger bens culturais valiosos.

Em 1977, o Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Primeiro Protocolo Adicional) afastou essa abordagem.<sup>24</sup> De aí em diante, somente

21 Regulações à Convenção (IV) relativa às leis e aos usos de guerra terrestre, adotada em Haia em 18 de outubro de 1907 artigo 23(g), *in* Schindler/ Toman, *op. cit.*, p.83.

22 Isso é devido, em parte, à falta de alguns documentos que identificaram esses limites em se tornar direito cogente. Ver, por exemplo, o artigo 24(1) das Regras de Haia relativas à guerra aérea, elaborado pela Comissão de Juristas em Haia, dez. 1922 – fev. 1923, *in* Schindler/Toman, *op. cit.*, p.210: “Bombardeios aéreos são legítimos somente quando direcionados a objetivos militares, isto é, um objetivo pelo qual a sua destruição ou dano constitua uma vantagem militar distinta para o beligerante.”

23 Yves Sandoz, Christophe Swinarski e Bruno Zimmerman (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC/Martinus Nijhoff, Dordrecht/ Geneva, 1987, p.395, citando Éric David, *La protection des populations civiles pendant les conflits armés*, International Institute for Human Rights, VIIIth Teaching Session, julho 1977, Strasbourg, p. 52.

24 Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais [Primeiro Protocolo Adicional], *in* Schindler/Toman, *op. cit.*, p.621-688.

objetivos militares — definidos de forma mais clara e escolhidos de maneira mais cuidadosa — deveriam ser objeto de ataques. Os civis e a sua respectiva propriedade não poderiam ser alvo de ataques diretos. Essa abordagem é um exemplo claro de como o Direito Humanitário equilibra as necessidades militares com as necessidades humanitárias: permite ataques que são necessários, mas estabelece limites humanitários estritos.

Portanto, era óbvio que qualquer avanço da Convenção de Haia de 1954 deveria refletir essa abordagem moderna: os bens culturais são geralmente propriedade civil e como tal não devem ser atacados; podem ser atacados somente se e quando se tornam um objetivo militar e pelo tempo que isso durar. Essa abordagem também tem a vantagem de oferecer uma resposta mais clara sobre a questão de quando os bens culturais podem ser atacados.

A definição de objetivo militar do artigo 52(2) do Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra foi uma das maiores conquistas da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados (CDDH), convocada pelo governo suíço em 1974, que adotou o Primeiro Protocolo Adicional em 8 de junho de 1977. Os Estados que não são partes do Primeiro Protocolo Adicional, como Estados Unidos da América, Turquia e Índia, confirmaram que este dispositivo reflete o direito consuetudinário durante a Conferência diplomática de 1999 que adotou o Segundo Protocolo à Convenção de Haia de 1954. Isto ilustra como a Conferência Diplomática também serviu para reafirmar algumas regras de Direito Humanitário, assim como desenvolver outras.

A definição de objetivo militar possui dois critérios que devem ser preenchidos cumulativamente antes da destruição, captura ou neutralização dos objetos. Esses critérios lidam com a natureza, a localização, o propósito e o uso desses objetos e com a vantagem militar a ser adquirida pela sua destruição, captura ou neutralização. A natureza, a localização, o propósito e o uso desses objetos devem ser constituídos de tal modo que realizam uma “contribuição efetiva à ação militar”. A vantagem militar deve ser “definida nas circunstâncias vigentes na época”. Esses critérios são o mais claro que foi permitido pelas negociações da CDDH e são razoavelmente estritos.

Como tal, a noção de objetivo militar incorpora a ideia de necessidade militar. Uma vez que o objeto se torna um objetivo militar, ele pode ser destruído, capturado ou neutralizado, condicionado a algumas exceções. Essa regra simples reconhece a necessidade militar de ataque a alguns objetos durante a guerra. Ao limitar esses objetos a aqueles que são objetivos militares, é incorporada a noção que a guerra possui limites. Assim, o conceito de objetivo militar incorpora interesses militares e preocupações humanitárias.

O requisito da Convenção de Haia de 1954 que a necessidade militar deve ser “imperativa” é suficientemente claro no artigo 4º do Segundo Protocolo, pela segunda condição, a saber: que não deve existir outra alternativa possível. A necessidade militar poderia, portanto, em teoria, nunca ser invocada para justificar um ataque a bens culturais que se encontrava no caminho de uma frota em avanço,

uma vez que quase sempre existem alternativas para contornar um objeto. Isso significa que quando houver uma possível escolha entre vários objetivos militares e um deles consiste em um bem cultural, o último não deve ser atacado. De fato, essa previsão adiciona os bens culturais aos objetivos militares que, sob a égide do artigo 57(3) do Primeiro Protocolo Adicional, não devem ser atacados.<sup>25</sup>

A proteção de bens culturais é reforçada nesse conceito de objetivo militar — tão amplamente reconhecido e utilizado que se tornou direito internacional consuetudinário — e utilizado para definir a exceção da necessidade militar. A regra que somente objetivos militares podem constituir alvos é parte de uma parcela de manuais militares e treinamento militares ao redor do mundo. Como vários delegados afirmaram na Conferência Diplomática, é importante conter um texto simples que pode ser facilmente utilizado e ensinado. O conceito de objetivo militar preenche esses requisitos bem melhor do que o vago conceito de necessidade militar.

O texto final do artigo 4º do Segundo Protocolo tem como base as propostas submetidas pela Áustria e pelo CICV. A proposta austríaca consistia em: “necessidade militar imperativa do artigo 4º, segundo parágrafo da Convenção, somente pode ser invocado quando não houver uma alternativa possível para concluir a missão e pelo tempo que essas razões de invocação existirem”. Já a proposta do CICV é: “objetos constituindo bens culturais perdem a sua proteção geral no momento em que se tornam objetivos militares, por exemplo quando são utilizados para fazer uma contribuição efetiva a uma ação militar e quando a sua destruição, total ou parcial, captura ou neutralização oferece uma vantagem militar definida nas circunstâncias vigentes no momento”.

O Grupo de Trabalho do Capítulo 2 foi criado sob a presidência da Áustria. O objetivo era combinar as duas propostas, na medida em que as delegações entenderam que ambas tinham mérito e eram complementares. A proposta austríaca pretendia definir o caráter “imperativo” da necessidade militar, enquanto a proposta do CICV pretendia utilizar o conceito de objetivo militar para dar conteúdo ao princípio da necessidade militar. Uma crítica à proposta do CICV era o destaque do uso de bens culturais que poderiam trazer uma contribuição efetiva para uma ação militar, enquanto o Artigo 52(2) do Primeiro Protocolo Adicional especifica que a natureza, a localização, o propósito ou o uso dos objetos que podem trazer uma contribuição efetiva para uma ação militar. Várias delegações e países, a maioria de países pertencentes a OTAN, observaram que qualquer definição de objetivo militar deveria corresponder exatamente à definição dada pelo Artigo 52(2) do Primeiro Protocolo.

Assim, o Grupo de Trabalho decidiu oferecer uma definição de objetivo militar no começo do Protocolo, enquanto o Artigo 4º limitaria os atos de hostilidades dirigidos aos bens culturais “que, pelo seu uso, se transformaram em um objetivo

25 *Ibid.*, artigo 57(3) que prevê “Quando é possível eleger entre vários objetivos militares para se obter uma vantagem militar equivalente, optar-se-á pelo objetivo cujo ataque, segundo seja de prever, apresente menor perigo para as pessoas civis e os bens de caráter civil, [que não são bens culturais]”. O texto adicionado demonstra como o artigo 57(3) deveria ser lido por Estados que são parte de ambos Primeiro e Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra.

militar”. Contudo, inclusive no Grupo de Trabalho, várias delegações expressaram a sua preocupação pela restrição de “pelo seu uso”, por meio da qual os bens culturais poderiam se tornar bens culturais somente pelo seu uso e não pela sua localização, por exemplo. Quando o projeto realizado pelo Grupo de Trabalho voltou para plenária da Conferência, a questão que se relaciona com o uso e a localização do bem foi bastante controvertida e o texto não foi aceito por um número significativo de delegações.

As delegações do Egito e da Grécia foram as maiores apoiadoras da restrição pela qual os bens culturais poderiam se tornar objetivos militares somente devido seu uso. O argumento era que os bens culturais que não são utilizados por uma ação militar nunca poderiam ser objeto de ataque. Se a mera localização poderia tornar um bem cultural em um objetivo militar, a proteção de bens culturais seria diminuída de forma significativa. Alguma ação positiva seria necessária do possuidor do bem antes que esse pudesse se tornar um objetivo militar. O CICV apoiou essa abordagem.

Como foi acordado que a natureza e o propósito dos bens culturais nunca poderiam torná-los objetivos militares, o debate concentrou na questão da localização. O Comentário do CICV ao Primeiro Protocolo de 1977 observou que o Grupo de Trabalho do Comitê III introduziu o critério de localização sem explicitar as razões.<sup>26</sup> O mesmo pode ser dito do Segundo Protocolo. Nenhuma razão real foi dada para o motivo pelo qual a localização deveria ser incluída.

Um exemplo comumente citado na Conferência diplomática foi das pontes históricas. Esse exemplo é equivocado, contudo, tendo em vista que é o uso dessas pontes que traz uma contribuição efetiva a uma ação militar.

A delegação canadense ofereceu outro exemplo específico: a retirada de tropas poderia ser bloqueada por uma parede histórica e poderia não existir um meio de contornar a parede, se esta estivesse localizada em um vale ou em uma passagem de montanha. Para contornar a parede seria gasto muito tempo e o comandante, portanto, ou sofreria baixas ou passaria pela parede. Neste caso, a parede militar não seria utilizada por uma ação militar, mas se tornaria um objetivo militar meramente pela sua localização. Esse exemplo não parece realista na medida em que essas paredes não são usualmente construídas em vales ou passagens em montanhas. A necessidade do critério da localização não foi suficientemente explicada, mesmo assim diversas delegações, a maioria de países pertencentes a OTAN, insistiram fortemente nele.

O Comentário do CICV ao Primeiro Protocolo Adicional contém os seguintes exemplos de bens que em virtude da sua localização podem trazer uma contribuição efetiva para uma ação militar: uma ponte ou outra construção ou um sítio que tem especial importância para operações militares tendo em vista a sua localização, seja porque deve ser apreendido, seja pela sua importância em não deixar que o inimigo o apreenda, ou ainda para obrigar o inimigo a se retirar do local.<sup>27</sup>

26 Comentário CICV, *op. cit.*, p. 636, para. 2021.

27 *Ibid.*, p. 636, para. 2021.

Como mencionado anteriormente no que tange às pontes históricas, é a função da construção ou do sítio que torna o bem em um objetivo militar. No que se refere aos locais que devem ser apreendidos por causa da sua localização, a questão foi levantada na CDDH, qual seria a situação se o beligerante na área de combate quiser prevenir as forças inimigas de se estabelecerem em uma determinada área ou passarem por esta área, por exemplo, pelo meio de barragem de fogo.<sup>28</sup> Há pouca dúvida, de acordo com o Comentário, que esta área seria considerada um objetivo militar e deveria ser tratada como tal.<sup>29</sup> Certamente, essa situação somente se aplica a áreas limitadas e não vastas porções do território. Aplica-se basicamente a passagens estreitas, pontes ou pontos estratégicos como passagens em colinas e montanhas.<sup>30</sup>

Nenhum desses exemplos constitui uma evidência da necessidade de tornar bens culturais alvos por causa de sua localização. Existe evidência legal convincente, por outro lado, para afirmar que o que torna bens culturais objetivos militares é, em última análise, a sua função. Em 1907, o artigo 27 das Regulações de Haia relativa às leis e aos usos de guerra terrestre estipulou que “em cercos e bombardeios, todas as medidas necessárias devem ser tomadas para poupar, sempre que possível, edifícios dedicados a religião, arte, ciência ou beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde os doentes e feridos são recolhidos, desde que não estejam sendo utilizados no momento para fins militares”. Esse texto confirma que o uso desses objetos que retira a sua proteção.

O Comentário do CICV do artigo 53 do Primeiro Protocolo Adicional confirma esse enfoque. O artigo 53 proíbe o uso de bens culturais para o apoio de esforços militares.<sup>31</sup> O Comentário observa que “se os objetos protegidos forem utilizados para o suporte de um esforço militar, isso constituiria obviamente uma violação do artigo 53 do Protocolo, embora não fosse necessariamente justificado atacá-los. Assim, é admitido o direito de fazê-lo no que tange os objetos de valor excepcional, se esses constituírem em um objetivo militar ou não, como o definido pelo artigo 52, parágrafo 2”.<sup>32</sup> Por exemplo, “não é permitido destruir objetos culturais cujo uso não traz nenhuma contribuição para ações militares, nem objetos culturais que temporariamente seriam como refúgio para combatentes, mas que não são mais utilizados como tal”.<sup>33</sup>

A solução foi substituir a frase “que, pelo seu uso, se transformar em um objetivo militar” pela frase “que, pela sua função, tiver sido transformado em um objetivo militar”. Isso representa uma dupla mudança. Primeiramente, a palavra

28 *Ibid.*, p. 621, para. 1955.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

31 Embora o artigo 53 lida somente com o uso de bens de valor excepcional, por exemplo bens culturais listados no Registro Internacional de Bens Culturais sob Proteção Especial ou a nova lista de Bens Culturais sob Proteção Reforçada, o autor argumentará posteriormente que não existe a necessidade de diferenciação entre a proteção especial ou reforçada e a proteção geral.

32 Comentário CICV, op. cit., p. 648, para. 2079.

33 *Ibid.* — Ver também Michael Bothe, Karl Josef Partsch, Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, Martinus Nijhoff, Haia/Boston/Londres, 1982, p.334, para. 2.6.

“uso” foi substituída por “função”, que não aparece na definição de objetivo militar. Além disso, “se transformar” foi substituído por “tiver sido transformado”.

No que se refere ao novo texto, é amplamente compreendido que “função” se refere a algo em funcionamento. Por exemplo, uma antiga fortificação que não funciona mais como tal não poderia ser considerada um objetivo militar. Ademais, o novo texto procura projetar o requisito de um papel ativo por parte do possuidor dos bens culturais em torná-los objetivos militares. Isso somente pode ser realizado mediante o uso.

Somente forçando a imaginação é que a função poderia cobrir também localização: o exemplo da parede histórica que bloqueia os soldados poderia ser encaixado no novo texto, no sentido que a parede, cuja função é bloquear os soldados em retirada, se tornaria um objetivo militar. Contudo, não é um problema enfrentado pelos bens culturais em caso de conflitos armados concretos. Nesses, o problema é que os bens culturais são atacados mesmo se não são utilizados por ações militares ou são atacados de forma indiscriminada. Nos conflitos armados reais a regra deveria ser simples: bens culturais que não são utilizados para trazer uma contribuição efetiva para uma ação militar e cuja destruição, captura, ou neutralização não oferece uma vantagem militar não podem ser alvo de ataques. É difícil imaginar como comandantes poderiam ensinar de outra forma.

É notável que advogados militares que pedem textos que sejam simples para ensinar e aplicar discutiram tão profundamente sobre diferenças mínimas que serão difíceis de aplicar e ensinar. A razão pela qual alguns delegados argumentavam fortemente pelo uso somente era clara. A mera localização das pirâmides do Egito ou templos nas ilhas gregas nunca deveriam servir de pretexto para atacar tais objetos. A insistência da mudança de uso para função é difícil de entender se o único exemplo que poderia ser dado é uma parede histórica que bloqueia a passagem. Esse exemplo pode facilmente ser trabalhado com a exceção da proibição de uso de bens culturais, portanto, deixando o sistema consistente, claro e simples. Espera-se que ele seja ensinado e aplicado deste modo.

## **Necessidade militar imperativa em usar bens culturais**

A Convenção de Haia de 1954 também permite o uso de bens culturais para ações militares se uma necessidade militar o requerer. O mesmo problema explicitado acima se aplica à exceção no que diz respeito ao uso de bens culturais: o conteúdo da exceção não é claro suficiente e a proteção de bens culturais poderia ser reforçada com maior precisão.

Uma proibição absoluta do uso de bens culturais para ações militares é difícil de ser concebida, pois realmente pode haver situações nas quais as forças militares necessitam valer-se de bens culturais por razões pertinentes. Um exemplo clássico é o caso de tropas em retirada que precisam se abrigar em bens culturais por razões de defesa. Como a exceção é limitada a casos de necessidade militar imperativa, esse uso só pode ser feito se não houver outro meio alternativo possível para se abrigar. Assim, o Segundo Protocolo prevê uma revogação amparada em

necessidade militar imperativa que só pode ser invocada para utilizar bens culturais para ações militares “quando e enquanto não houver nenhuma escolha possível entre tal utilização dos bens culturais e outro método praticamente possível de se obter uma vantagem militar equivalente”.<sup>34</sup>

Finalmente, deve ser observado que a decisão de atacar ou usar bens culturais amparada em necessidade militar explicada anteriormente só pode ser tomada pelo chefe de uma força militar igual ou superior em importância a de um batalhão, ou por uma força militar menor em tamanho quando as circunstâncias não permitirem agir diferentemente.<sup>35</sup>

## B. Bens culturais sob a proteção reforçada

A Convenção de Haia de 1954 estabelece um sistema especial de proteção. Esse sistema foi elaborado para limitar o número de refúgios com o objetivo de abrigar bens culturais móveis, centros que contêm monumentos e de outros bens culturais imóveis de grande importância.<sup>36</sup> A proteção especial é concedida mediante a entrada no Registro Internacional de Bens Culturais sob Proteção Especial.<sup>37</sup> O sistema de proteção pretende salvaguardar bens culturais como o Palácio de Versalhes na França ou Taj Mahal na Índia.

Infelizmente, o sucesso desse sistema foi limitado. Somente um centro contendo monumentos e oito refúgios para bens culturais foram listados no Registro.<sup>38</sup> Três refúgios foram retirados da lista em 1994, restando somente um centro e cinco refúgios. Existem inúmeras razões pelas quais tão poucos objetos foram listados. O primeiro é o requisito para a concessão da proteção de encontrar-se a uma distância apropriada de um grande centro industrial ou de um objetivo militar importante.<sup>39</sup> Em vários casos é quase impossível preencher essa condição, uma vez que a maioria dos bens culturais de maior importância encontram-se no coração das cidades, rodeados de potenciais objetivos militares. Ademais, não há um consenso no que consiste uma distância apropriada, sendo difícil a preparação de uma requisição para entrar no Registro ou de julgar tal pedido. Essa é outra indicação que a Convenção de Haia de 1954 foi adotada anteriormente aos desenvolvimentos do direito humanitário refletidos nos Protocolos Adicionais de 1977 e bem antes da evolução tecnológica que trouxe meios e métodos de se fazer guerra mais precisos para se atingir um alvo.

34 Segundo Protocolo, artigo 6(b). Deve ser notado que o protocolo fala de “revogação amparada em necessidade militar imperativa” porque esta é a linguagem utilizada no artigo 4(2) da Convenção de Haia de 1954. O Segundo Protocolo é adicional à Convenção de Haia de 1954.

35 *Ibid.*, artigo 6(c).

36 Convenção de Haia de 1954, op. cit., artigo 8(1).

37 *Ibid.*, artigo 8(6).

38 Eles são: a cidade do Vaticano (18 de janeiro de 1960), o refúgio de Alt-Aussee na Áustria (17 de novembro de 1967), seis refúgios nos Países Baixos (Zandvoort (2), Heemskerk (2), cancelado em 22 de setembro de 1994), Steenwijkerwold (cancelado em 22 de setembro de 1994), Maastricht (12 de maio de 1969) e o centro de refúgio Oberrieder Stollen refuge na Alemanha (22 de abril de 1978). Ver o Registro Internacional de Bens Culturais sob Proteção Especial, UNESCO Doc. CLT-97/WS/12, agosto 1997.

39 Convenção de 1954, artigo 8(1)(a).

Motivações políticas também impediram o registro de certos bens culturais. Estados podem objetar a entrada de um bem no Registro e essa prática foi empregada diversas vezes com base na ilegitimidade da autoridade demandante a entrada para representar o país em questão.<sup>40</sup>

Assim, o Segundo Protocolo dispensou o critério da distância e limitou o depósito de objeções. No novo sistema, três critérios devem ser observados para que o bem cultural possa ser listado na nova Lista internacional dos bens culturais sob proteção reforçada (a Lista):<sup>41</sup>

- Tratar-se de um patrimônio cultural da maior importância para a humanidade;
- Ser protegido por medidas internas, jurídicas e administrativas, adequadas, que reconhecem o seu valor histórico e cultural excepcional e asseguram-lhe o mais alto nível de proteção;
- Não ser utilizado para fins militares ou para proteger locais limitares, e a Parte que tenha controle sobre o bem cultural deve fazer uma declaração confirmando que o mesmo não será utilizado para esse fim.

A decisão de conceder ou denegar a proteção especial só pode ser feita com base nesses critérios. Ademais, objeções contra a concessão devem ser específicas e relacionadas com os fatos.<sup>42</sup> Essa é uma resposta clara às deficiências do sistema anterior.

O fato de a Lista de Patrimônio Mundial da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972 ser amplamente utilizada — 582 sítios listados<sup>43</sup> — constitui um incentivo para tentar fazer com que o Registro Internacional de Bens Culturais sob Proteção Especial funcione. Contudo, esforços passados mostram que isto só pode ser realizado se as condições e procedimentos forem ajustados para reparar deficiências passadas.<sup>44</sup> A utilidade de tais listas depende do seu reconhecimento internacional: a sua mera existência deveria constituir uma ferramenta efetiva para prevenção e proteção. A UNESCO relembriaria as partes em conflito da lista e assinalaria que qualquer uso militar ou ataque contra um bem listado constituiria um crime de guerra grave (ver a seguir). A realização de tais atos deveria também ter implicações políticas negativas. Quando não existia uma lista para tempos de guerra, como no caso dos ataques a Dubrovnik, a UNESCO utilizava a Lista de Patrimônio Mundial, que não fora necessariamente estabelecida para fins de tempos de guerra. Como resultado, Dubrovnik foi mais ou menos poupada. Esse exemplo fortaleceu a convicção de que poderia ser útil uma lista de bens culturais de valor excepcional para serem

40 Jiri Toman, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, Dartmouth/Unesco, Aldershot/Paris, 1996, p.108-109.

41 Segundo Protocolo, op. cit., artigo 10.

42 *Ibid.*, artigos 11(5) e 11(7).

43 NT: até novembro de 2015, 1031 sítios constam na Lista.

44 Ver Toman, op. cit., p. 108-111, para exemplos de bens culturais importantes que, por uma razão ou outra, não foram incluídos no Registro Internacional de Bens Culturais sob Proteção Especial.

protegidos em tempos de guerra. Essa convicção foi claramente articulada pelos Estados representados no Encontro Preparatório em Viena em maio de 1998.

Como o Segundo Protocolo é adicional à Convenção de Haia de 1954, e não a emenda, o sistema existente de proteção especial não podia ser modificado e um sistema novo precisou ser estabelecido. Como o sistema existente não obteve tanto sucesso, a intenção era claramente começar a utilizar o novo sistema. Os Estados que queriam registrar qualquer propriedade, deveriam começar a utilizar a nova Lista de Bens Culturais sob Proteção Reforçada estabelecida pelo Segundo Protocolo, e os Estados que possuíam bens listados no registro anterior deveriam pedir a transferência para a nova lista.

O fato de que um novo sistema precisou ser organizado também explica porque um novo nome deveria ser utilizado. O uso contínuo da designação “proteção especial” implicaria em uma emenda ao sistema existente de proteção especial. Como o Protocolo é claramente suplementar, um novo nome deveria ser utilizado e um sistema novo e separado deveria ser colocado em prática.

Segundo a Convenção de Haia de 1954, a proteção especial consiste em que a imunidade de tal propriedade só pode ser retirada “em casos extraordinários de necessidade militar imperativa”.<sup>45</sup> Os termos utilizados demonstram um padrão mais estrito do que para os demais bens culturais, no quais a proteção pode ser levantada em caso de “necessidade militar imperativa”. No entanto, na prática, não estava claro o que “casos extraordinários de necessidade militar imperativa” significava.

O Segundo Protocolo esclareceu a lei ao estabelecer critérios mais claros para quando os bens culturais sob proteção reforçada perdiam a sua proteção, isto é, “se, e enquanto, o bem tiver sido, pelo seu uso, transformado em um objetivo militar” e “o ataque é o único meio possível de pôr um fim à utilização do bem” que o transformou em objetivo militar.<sup>46</sup>

A perda da proteção reforçada é condicional ao uso de bens culturais de modo que o tornem objetivos militares. O termo “uso” não foi substituído por “função” como foi o caso para o sistema de proteção geral para todos os bens culturais, com base no argumento que o *quid pro quo* da proteção reforçada era o não uso em troca da proteção. Como indicado acima, uma das condições para a concessão da proteção é a abstenção de utilizar o bem para propósitos militares e uma declaração confirmando que ele não será utilizado para esse fim. O argumento que, uma vez que existe a promessa de não usá-lo, a proteção reforçada só pode ser perdida mediante o uso. Foi ainda argumentado que limitar a perda dessa proteção para somente o uso, é uma parte essencial do nível de “reforço” que a proteção oferecia pelo sistema estabelecido. Esse argumento, no entanto, é equivocado.

Um equívoco comum é a existência de uma diferença em níveis de proteção concedido aos bens culturais sob a proteção geral ou reforçada — e os nomes realmente sugerem que essa diferença existe. Contudo, não existe, de fato, um nível maior ou menor de proteção. A proteção básica é a mesma: o objeto não

45 Convenção de Haia de 1954, op. cit., artigo 11(2).

46 Segundo Protocolo, op. cit., artigo 13.

pode ser destruído, capturado ou neutralizado. Uma vez que a proteção é perdida, ambos podem ser destruídos: “*you use, you lose*”<sup>47</sup>. A diferença mínima consiste no nível de comando no qual o ataque deve ser ordenado, a advertência a ser dada e o requisito de um tempo razoável para as forças inimigas corrigirem a situação (ver abaixo), mas essas diferenças não mudam o básico para a perda da proteção.

Não existe diferença no nível de proteção e não há necessidade de diferenciar dois modos pelos quais os bens culturais se transformam em objetivos militares. O que existe de diferença entre a proteção reforçada e a proteção geral? A principal diferença consiste não nas obrigações daquele que ataca, mas nas obrigações daquele que controla o bem. No caso de proteção geral, aquele que controla o bem tem o direito, se necessário, de transformar o bem em objetivo militar, utilizando-se de uma ação militar. No caso da proteção reforçada, aquele que controla o bem não tem tal direito. O Registro na Lista portanto requer que o Estado-P leve seriamente em consideração o estudo de se haveria a necessidade desse bem para objetivos militares e a resposta deve ser negativa.

Usar bens presentes na Lista para propósitos militares consiste em uma violação grave do Segundo Protocolo e o indivíduo que comete tal ato pode ser responsabilizado por crime de guerra (ver abaixo). O termo “proteção reforçada”, nesse sentido, pode levar ao equívoco. A essência do sistema é que tem uma forma de proteção “registrada” ou “certificada”. Aquele que controla o bem registra ou certifica a sua promessa que aquele bem nunca será utilizado para propósitos militares. Como resultado, o bem nunca deve ser alvo de ataque. A vantagem de colocar o bem na lista é que o adversário ficará particularmente ciente de que qualquer ataque ao bem culminará em consequências graves para aquele que o comete (ver abaixo).

O registro de um objeto na Lista pode ser comparado com uma declaração internacional estabelecendo uma localidade não defendida<sup>48</sup>. É melhor realizar tal declaração em tempos de paz para garantir que a proteção seja executável se e quando um conflito armado se iniciar.

## Condições para ataque

### A. Todos os bens culturais

Uma vez que os bens culturais, pela sua função, se transformaram em um objetivo militar e não houver outro meio possível para adquirir a vantagem militar, o bem perde a sua proteção contra ataques. O Segundo Protocolo adiciona outra condição para o ataque, dando um nível extra de proteção para os bens culturais que se tornaram objetivos militares, além da proteção concedida a todos objetos civis. No caso de um ataque, uma advertência prévia e efetiva deve ser dada, se as condições o permitirem.<sup>49</sup> Esse dever não existe na Convenção de Haia de 1954. Esse dever advertir de maneira prévia e eficaz também existe para ataques contra a

47 Você usa, você perde.

48 Ver Protocolo Adicional I, artigo 59.

49 Segundo Protocolo, op. cit., artigo 6(d).

população civil.<sup>50</sup> Isso demonstra como a proteção de bens culturais se aproxima, em alguns aspectos, da proteção da população civil como tal e vai além da proteção concedida a objetos civis.

Ademais, um ataque só pode ser ordenado por um chefe de uma força militar igual ou superior em importância a um batalhão, ou por uma força militar menor em tamanho quando as circunstâncias não permitirem agir diferente.<sup>51</sup>

## B. Bens culturais sob proteção reforçada

Sob a Convenção de Haia de 1954, um ataque a bens culturais sob proteção especial só pode ser ordenado pelo “chefe de uma formação igual ou superior, em contingente, a uma divisão. Sempre que as condições permitirem, a decisão de suspender a imunidade será notificada à Parte contrária com uma razoável antecedência”.<sup>52</sup>

O Segundo Protocolo visa aperfeiçoar essas condições, mas um empenho para mudar o dever relativo de notificação para um dever absoluto e um esforço simultâneo, apoiado pela CICV, de mudar a decisão de atacar para o nível mais alto da hierarquia governamental não foi bem sucedido. Realmente, faria sentido colocar a decisão de um ataque dentro das prerrogativas daquele com um maior nível de hierarquia governamental, devido as suas implicações políticas. Diversos delegados, contudo, argumentaram contra tal proposta. Eles reconheceram que em alguns países a decisão provavelmente seria tomada por quem tivesse o nível mais alto de hierarquia governamental, por exemplo, se o Chefe de Estado fosse o Comandante Supremo das Forças Armadas, no entanto, entenderam que as estruturas políticas ao redor do mundo são muito diversas para que haja a imposição de tal obrigação. Nesse sentido, o Segundo Protocolo requer que o ataque seja ordenado por quem tiver o nível mais alto de comando operacional.

Ademais, a proposta de exigir que o ataque seja ordenado por um oficial neste nível, para que seja emitida uma advertência anterior ao ataque, e de conceder um tempo razoável para a parte inimiga possa corrigir a situação em obrigações absolutas, foi rejeitada. Diversas delegações argumentaram que se as tropas dos seus respectivos países fossem atacadas, sendo a origem deste ataque localizada em um bem cultural, seria excessivo demandar que tais obrigações fossem cumpridas antes de contra-atacar. Assim, as três obrigações são dispensadas se as circunstâncias não o permitem “em virtude de exigências de legítima defesa imediata”.<sup>53</sup> Apesar da limitação imposta, essas obrigações ainda representam um avanço referente à Convenção de Haia de 1954, na medida em que a patente que pode ordenar o ataque é bem superior que no caso vago estabelecido pela Convenção, e na medida em que a premissa vaga “em todos os casos que a circunstâncias o permitam” foi limitada. Além disso, o requisito de que um tempo razoável seja concedido às forças inimigas para corrigir a situação é novo e acrescenta um nível extra de proteção.

50 Primeiro Protocolo Adicional, op. cit., artigo 57(2)(c).

51 Segundo Protocolo, op. cit., artigo 6(c).

52 Convenção de Haia de 1954, op. cit., artigo 11(2).

53 Segundo Protocolo, op. cit., artigo 13(2)(c).

A proposta anterior do CICV, de aproximar a proteção de bens culturais sob proteção reforçada àquela concedida às unidades médicas, não foi considerada. No artigo 21 da Convenção de Genebra de 1949 para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos em Exércitos em Campanha, estipula-se que a proteção das unidades médicas não deve ser levantada a não ser “se forem usadas para cometer atos nocivos ao inimigo incompatíveis com os seus deveres humanitários. Todavia, a proteção só cessará após intimação que estabeleça, em todos os casos apropriados, um prazo razoável e depois que tal intimação tiver sido desrespeitada”. Foi entendido que os hospitais merecem um nível excepcional de proteção, maior do que aquele concedido a outros objetos civis.

### **Precaução no ataque**

Ao introduzir a noção de objetivos militares, outras regras na conduta das hostilidades presentes no Primeiro Protocolo Adicional de 1977 poderiam também ser incluídas no Segundo Protocolo da Convenção de Haia de 1954. O Segundo Protocolo, assim, incorporaria as regras presentes do artigo 57 do Protocolo Adicional I. De fato, o artigo 57 já incorpora a proteção de bens culturais, uma vez que ele trata de objetos civis e, em princípio, todos os bens culturais são objetos civis por natureza. Contudo, a reafirmação dessas regras pode ser considerada útil para esclarecer a sua aplicação aos bens culturais.

### **Precauções contra os efeitos das hostilidades**

O mesmo pode ser dito para o artigo 58 do Primeiro Protocolo Adicional, que lida com as precauções contra os efeitos dos ataques, as chamadas precauções passivas, a serem tomadas por aquele que se defende (em paralelo com as precauções ativas a serem tomadas por aquele que ataca). O artigo 8º do Segundo Protocolo aplica as regras contidas no artigo 58 do Protocolo Adicional de modo adequado para os bens culturais.

### **Responsabilidade criminal individual**

O artigo 28 da Convenção de Haia de 1954 obriga os Estados “a tomar, no marco do seu sistema de direito penal, todas as medidas necessárias para que sejam encontradas e aplicadas as sanções penais e disciplinares às pessoas, qualquer que seja a sua nacionalidade, que cometeram ou deram ordem para cometer uma infração à presente Convenção”.<sup>54</sup>

Essa regra continua constituindo um texto morto, principalmente devido à falta de lista das violações que requerem uma sanção criminal. A experiência do Serviço Consultivo em Direito Internacional Humanitário prova que essa lista é essencial para que um sistema completo e coerente de repressão criminal de crimes de guerra seja instituído globalmente.

54 Convenção de Haia de 1954, op. cit., artigo 28.

Essa é uma das principais áreas que o Segundo Protocolo esclarece e desenvolve o Direito Humanitário no que diz respeito aos bens culturais. O artigo 15, que se baseia no Primeiro Protocolo Adicional e no Estatuto de Roma, define cinco atos que constituem uma violação grave que requerem uma sanção criminal se cometidos intencionalmente e em violação da Convenção de Haia de 1954 ou do Segundo Protocolo:

- Fazer de um bem cultural sob proteção reforçada o objeto de um ataque;
- Utilizar um bem cultural sob proteção reforçada ou o seu entorno imediato em apoio a uma ação militar;
- Apropriar-se de ou destruir em grande escala os bens culturais protegidos pela Convenção e pelo Segundo Protocolo;
- Fazer de um bem cultural protegido pela Convenção e pelo Segundo Protocolo o objeto de ataque; e
- Roubar, pilhar ou apropriar-se indevidamente de bens culturais protegidos pela Convenção e praticar atos de vandalismo contra bens culturais protegidos pela Convenção.

Contudo, a definição de violações graves não é por si só suficiente para assegurar que as pessoas que cometam tais atos sejam punidas. Para alcançar este objetivo é necessário ainda um efetivo de aplicação em nível nacional. Para atingir um efetivo de aplicação em nível nacional é necessário a implementação de uma legislação que contenha os seguintes aspectos: (a) criminalização das violações e (b) estabelecimento de jurisdição para processar ou extraditar.

### **Criminalização das violações**

No que se refere à necessidade de criminalizar as violações dentro da legislação nacional, os Estados têm o dever específico, de acordo com o Segundo Protocolo, de adotar quaisquer medidas que sejam necessárias para estabelecer que as cinco violações supracitadas sejam listadas como crimes na legislação nacional e que sejam atribuídas sanções apropriadas. Essa legislação asseguraria que a proibição de cometer qualquer violação grave do Segundo Protocolo seja aplicada.

No que diz respeito aos crimes auxiliares (p. ex. auxílio e cumplicidade), responsabilidade do comando e defesas, a proposta original de explicitar tais regras foi descartada em favor de uma obrigação de cumprir com os princípios gerais do Direito e do Direito Internacional nesse sentido.<sup>55</sup> Essas regras foram assertivamente atualizadas no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e várias delegações sentiram que não existe a necessidade de repeti-las em um “mini código penal”.

55 Segundo Protocolo, op. cit., artigo 18(2).

## Jurisdição

A lista das violações graves teve como base as propostas submetidas pela Áustria e pelo CICV para o Grupo de Trabalho do Capítulo 4. Isso explica porque existem dois tipos de violações.

a) As primeiras três violações correspondem às “infrações graves” da Convenção de Genebra de 1949 e do Primeiro Protocolo Adicional e têm como base a proposta austríaca. Os Estados têm o dever de processar ou extraditar qualquer indivíduo indiciado por quaisquer dessas violações com base na jurisdição universal. Disposições específicas e detalhadas regulam o processo e a extradição dos réus. De acordo com o presidente do Grupo de Trabalho, do ponto de vista do Direito Penal Internacional, essas disposições constituem uma grande conquista considerando que todos os elementos para formar um sistema coerente de processo e extradição estão incluídos.<sup>56</sup>

No que diz respeito às violações específicas incluídas nessa categoria, é interessante observar que as duas primeiras violações se relacionam com os bens culturais sob proteção reforçada e que tanto o ataque quanto o uso desses bens são estabelecidos como uma violação grave. No Primeiro Protocolo Adicional de 1977, somente o ataque dessa propriedade está definido como uma infração grave e somente quando causar dano extenso.<sup>57</sup> O Segundo Protocolo estabelece um equilíbrio entre a responsabilidade criminal daquele que ataca e daquele que defende o bem em questão.

A proposta formulada pela delegação da China que proíbe o dano colateral aos bens culturais sob proteção reforçada não foi aderida. Essa regra teria constituído uma grande melhoria do sistema existente. Como o Segundo Protocolo requer que as partes do conflito se abstenham em usar esses bens e o seu entorno imediato para auxílio em ações militares, essa regra seria coerente com o instrumento.

A terceira violação grave lida com a destruição ou apropriação indevida de todos os bens culturais, mas a natureza extensiva desses atos os tornam violações graves em pé de igualdade com as infrações graves.

Os Estados devem estabelecer jurisdição universal dessas violações. Isso significa que eles devem estabelecer jurisdição não somente sob os atos cometidos no seu respectivo território ou quando o réu é dessa nacionalidade, mas também quando o ato é cometido fora do seu território por um estrangeiro.<sup>58</sup> Isso reflete o princípio da jurisdição universal obrigatória para as infrações graves, que estabelece que todos os Estados devem estabelecer jurisdição para processar ou extraditar estrangeiros que cometeram crimes de guerra fora do seu território e estão presentes no seu país.

56 Horst Fischer, “*Presentation of the Results of the Working Group on Chapter 4*”, UNESCO Doc. HC/1999/INF.5, 25 de março de 1999, p. 2.

57 Primeiro Protocolo Adicional, op. cit., artigo 85(4)(d).

58 Segundo Protocolo, artigo 16(1).

A pedido dos Estados Unidos, foi incluída uma disposição que exclui os cidadãos dos Estados que não são parte do Segundo Protocolo do regime de jurisdição universal obrigatória.<sup>59</sup> Isso significaria que os Estados não têm a obrigação de processar ou extraditar esses indivíduos. Contudo, a extensão dessa exceção é diminuída de forma significativa pelo reconhecimento de que os Estados podem estabelecer uma jurisdição que inclua esses indivíduos por meio da lei nacional aplicável ou do Direito Internacional, inclusive o direito internacional consuetudinário<sup>60</sup>, conforme o afirmado pelo presidente do Grupo de Trabalho do Capítulo 4, que observou que o Segundo Protocolo não limita a habilidade do Estado em legislar, criminalizar ou lidar de outra maneira com qualquer crime estabelecido pelo Segundo Protocolo<sup>61</sup>, pelo fato de que o regime de jurisdição não prejudica o artigo 28 da Convenção de Haia de 1954.<sup>62</sup>

O artigo 28 da Convenção de 1954 tem, de fato, a intenção de estabelecer uma jurisdição universal obrigatória. De acordo com Toman:

“[O] representante de um dos governos levantou a questão de se um Estado-Parte da Convenção era obrigado a processar e impor sanções penais aos indivíduos que cometeram infrações fora do território do Estado que tem jurisdição criminal. A resposta é sim, pois esse é o objetivo dessa disposição. É razoável assumir que o país conta com uma legislação geral referente à proteção dos seus bens culturais e que um ato criminoso realizado contra esses estaria amparado pelas suas disposições. O que resta a fazer – de acordo com o artigo 28 da Convenção – é processar aqueles que cometeram os atos criminosos fora da jurisdição territorial do Estado.”<sup>63</sup>

b) As últimas duas violações graves foram adicionadas à lista por sugestão do CICV. A razão para isso é que esses atos foram reconhecidos como crimes de guerra sujeitos a sanções penais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Como tais, não poderiam ser incluídos na provisão geral de “outras violações” que poderia requerer dos Estados somente suprimir tais atos sem especificar como isso deve ser realizado. Como indicado acima, a experiência do CICV mostra que “outras violações” torna muito difícil convencer os Estados que algumas dessas outras violações são crimes de guerra e devem ser penalizados por uma sanção penal da legislação nacional.

Essas duas violações graves são consideradas crimes de guerra, mas os Estados têm somente a obrigação de reprimi-las por meio de sanções penais utilizando o mais comum modo de jurisdição, a saber: quando o crime é cometido no território do Estado ou quando o réu é nacional do mesmo. Não existe a obrigação de estabelecer jurisdição sob casos onde o crime alegado foi cometido

59 Ibid., artigo 16(2)(b).

60 Ibid., artigo 16(2)(a).

61 Fischer, op. cit., p. 3.

62 Segundo Protocolo, artigo 16(2), caput.

63 Toman, op. cit., p. 294.

fora do seu território por um estrangeiro.<sup>64</sup> Isso reflete o princípio da jurisdição universal permissiva dos crimes de guerra, de acordo com o qual todos os Estados possuem jurisdição de processar estrangeiros por crimes de guerra cometidos fora do seu território mas não são considerados infrações graves. Isso é resultado do reconhecimento por parte dos Estados que eles podem estabelecer jurisdição sob esses indivíduos na sua legislação nacional ou pelo Direito Internacional, inclusive o direito internacional consuetudinário<sup>65</sup>, e pela declaração do presidente do Grupo de Trabalho do Capítulo 4, mencionado anteriormente, que observa que o Protocolo não limita a habilidade dos Estados de legislar, criminalizar ou lidar de qualquer outra maneira com as violações graves do Protocolo.<sup>66</sup>

### O âmbito de aplicação

O Segundo Protocolo é aplicado igualmente para conflitos armados de caráter internacional e não internacional.<sup>67</sup> A extensão da aplicação do Segundo Protocolo para conflitos armados internos é essencial. A maioria dos conflitos armados modernos são de caráter não internacional e a história nos mostra que a proteção dos bens culturais durante tais conflitos é problemática.

Ademais, os avanços desde a adoção da Convenção de Haia de 1954 não devem ser esquecidos. O Primeiro Protocolo Adicional estabelece um sistema coerente de repressão criminal, que é, no entanto, somente aplicado a conflitos armados internacionais. Assim, é de suma importância que o Segundo Protocolo seja aplicado em sua integralidade em caso de conflitos armados de caráter não internacional. Isso reflete, por exemplo, a tendência moderna da legislação de não distinguir entre conflitos armados de caráter internacional dos daqueles de caráter não internacional ao lidar com a repressão de violações do Direito Internacional Humanitário. Além disso, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional possui jurisdição sob crimes de guerra cometidos contra bens culturais em ambos os tipos de conflitos.

A pedido da China e da Índia, foi adicionada uma frase para ressaltar que o Protocolo não “atentará contra a prioridade de jurisdição” do Estado no qual o conflito armado ocorre, no que se refere às violações graves do Protocolo. Isso significa que o Estado em cujo território ocorre um conflito armado tem a responsabilidade primária em exercer a jurisdição sob tais violações: investigar, processar e punir os infratores. Isto implica, contudo, que se tal jurisdição não for exercida, outros Estados ou Tribunais Penais Internacionais que tenham competência para tanto, podem exercê-la.

Apesar do artigo 22 do Segundo Protocolo não incluir essa regra claramente, o Protocolo é aplicado a todas as partes do conflito armado de caráter não internacional, sejam forças governamentais, sejam insurgentes. Esta regra é

64 Segundo Protocolo, op. cit., artigo 16(2)(a).

65 *Ibid.*, artigo 16(2)(a).

66 Fischer, op. cit., p.3.

67 Segundo Protocolo, op. cit., artigos 3 e 22.

claramente reconhecida pela sessão plenária final. Uma dúvida surgiu devido à definição do artigo 1º do Protocolo, que define “Parte” como um Estado-Parte do Segundo Protocolo. Contudo, foi entendido que no decorrer do texto a palavra “Parte” dentro da frase “Partes envolvidas em um conflito” incluiria grupos rebeldes do Estado-Parte do Segundo Protocolo, mas não de Estados terceiros que não ratificaram o Protocolo.<sup>68</sup> O raciocínio era que forças não governamentais envolvidas em um conflito armado de caráter não internacional, que ocorre no território de um Estado Parte ao Protocolo, estão vinculados ao Protocolo pela ratificação do Estado concernente.<sup>69</sup>

## Conclusão

A adoção do Segundo Protocolo foi um importante passo para o desenvolvimento da proteção jurídica dos bens culturais em caso de conflito armado. O Protocolo aborda as fraquezas da Convenção de Haia de 1954 e oferece soluções adequadas. As suas principais conquistas são:

- Esclarece as obrigações de tomar medidas de precaução e difundir a Convenção e o Segundo Protocolo;
- Atualiza a Convenção de Haia de 1954 ao introduzir conceitos presentes do Primeiro Protocolo Adicional de 1977;
- Oferece a oportunidade de colocar em prática um regime efetivo de “proteção especial” ao substituí-lo por um sistema aperfeiçoado de “proteção reforçada”;
- Melhora os mecanismos de execução ao definir as violações graves que devem ser penalizadas com sanções criminais e ao impor o dever ao Estado de estabelecer jurisdição sob tais violações;
- Desenvolve o Direito Humanitário ao definir essas violações e ao estender o âmbito de aplicação aos conflitos armados de caráter não internacional.

Outro efeito benéfico do Segundo Protocolo é a maior atenção à Convenção de Haia de 1954. Como resultado, um número considerável de Estados ratificou a Convenção de Haia de 1954 desde o início do processo de revisão e um maior número durante o processo de ratificação. Muito resta a fazer, especialmente no que diz respeito à identificação dos bens culturais e à difusão dos instrumentos, mas, pelo menos, a consciência da existência dos problemas foi levantada.

Ao mesmo tempo em que a vida humana é ainda mais importante que os objetos, continua sendo essencial que existam regras que protegem os bens

68 Estados terceiros que não ratificaram o Segundo Protocolo são geralmente referidos como “Parte”.

69 É uma pena que o reconhecimento da potencial confusão da definição de “Parte” e do uso do termo “Partes envolvidas no conflito” tenha sido levantada somente nas últimas horas da Conferência Diplomática. Por isso, não houve discussões se esta compreensão geral do Segundo Protocolo se aplica às forças governamentais e aos grupos rebeldes em caso de conflitos armados internos também são válidas para o artigo 11(9). É difícil afirmar se essa era a intenção dos Estados e do Grupo de Trabalho do Capítulo 3 (Proteção Reforçada), uma vez que não foi discutida essa possibilidade.

culturais, objetos que constituem a memória coletiva da humanidade, exemplos das suas maiores conquistas e símbolos da vida humana em si. Se os bens culturais são destruídos, a vida dos civis também sofre de forma intensa.

*Tradução por Alice Lopes Fabris*