Proteção penal do patrimônio cultural em caso de conflito armado: erro de fato em crime de guerra contra bens do patrimônio cultural

Luciano Pereira de Souza[1]; Washington Luiz Pereira Soares[1]; Carlos Alexandre Muniz Faorlin[1]; Maurício Fernando Rollemberg de Faro Melo[1]; Ligia Maria Comis Dutra[1]

[1]Universidade Santa Cecília – Faculdade de Direito

Resumo:
O objetivo do trabalho é avaliar o cabimento do erro sobre elemento constitutivo do tipo penal (erro de fato) no crime definido nas alíneas "b" e "e" do parágrafo 2º do artigo 8º do Estatuto de Roma. O crime exige para a sua configuração que o sujeito tenha atingido intencionalmente os bens culturais especialmente protegidos, consciente da qualidade desses bens. Poderia o sujeito ativo do crime eximir-se de responsabilidade penal alegando desconhecer o fato de que os objetos e locais atingidos pelo ataque constituem patrimônio cultural especialmente protegidos? Inicialmente, busca-se identificar na Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da UNESCO (1972), na Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Haia, 1954) e no Segundo Protocolo relativo à Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (Haia, 1977) os elementos para a formação de um sistema internacional de informações sobre bens do patrimônio cultural. Em seguida, busca-se evidenciar a obrigação do sujeito informar-se sobre as regras de proteção e sobre os próprios alvos contra os quais direciona um ataque, especialmente diante das precauções que deve adotar antes de realizar o ataque. Diante disso, conclui ser muito difícil o reconhecimento do erro de fato como excludente de responsabilidade criminal, em se tratando de ataque a bens do patrimônio cultural, especialmente aqueles protegidos pelas Convenções de Haia de 1954 e seus Protocolos, como também, pela Convenção da UNESCO de 1972.

Palavras-chave: patrimônio cultural, direito internacional, proteção penal, crime e erro de fato, Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Protection of cultural property under international criminal law in case of armed conflict: mistake of fact in war crimes against cultural property.

Abstract:
This paper evaluates the pertinence of the error (mistake of fact) in the crime defined in sub-paragraphs "b" and "e" of paragraph 2 of Article 8 of the Rome Statute. The crime requires for its configuration that the individual has intentionally hit the protected cultural property, aware of its special protection under the law. Could the author of the crime refrain from criminal responsibility by alleging ignorance about the fact that objects and places affected by the attack are especially protected under cultural international law? Initially, we try to identify within the UNESCO Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972), within the Convention for the Protection of Cultural Property in Event of Armed Conflict (The Hague, 1954) and in its Second Protocol (The Hague, 1977) the

existence of an international system for information on cultural heritage and property. Then, we try to highlight the obligation of the individual to find out about the protection rules and about the targets against which directs an attack, especially in the face of precautions that should be taken before making the attack. Therefore, we conclude that it is very hard to accept the mistake of fact to exclude criminal responsibility, when it comes to attack cultural property, especially those protected by the Hague Convention of 1954 and its Protocols, as well, by the UNESCO Convention of 1972.

Keywords: cultural heritage, international law, protection under criminal law, mistake of fact as criminal defense, the Rome Statute of the International Criminal Court.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é avaliar os limites jurídicos ao reconhecimento de erro sobre o elemento constitutivo do tipo penal que define como crime de guerra "**Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares"**, durante conflitos armados internacionais ou sem este caráter, conforme estabelece o art. 8º, parágrafo 2º, alínea *b*, número *ix* e alínea *e*, número *iv*, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

O crime em questão pressupõe, entre outros aspectos que fogem do escopo do trabalho, a consciência por parte do sujeito ativo, de que está lançando ataque intencional contra um bem do patrimônio cultural, devidamente protegido.

A alegação por parte do sujeito ativo do crime de que desconhecia a real condição de bem cultural do objeto atingido pelo ataque intencional poderia, em princípio, excluir a responsabilidade penal, por ausência do elemento subjetivo do injusto ou dolo. Como o erro dessa natureza exclui o dolo, então não haveria tipicidade na conduta do sujeito e, por consequência, não se poderia responsabilizá-lo criminalmente.

Entretanto, diante dos mecanismos de listas de bens protegidos, das obrigações de identificação dos bens protegidos por meio de emblemas, das obrigações de introduzir nos treinamentos militares o conhecimento das regras de proteção de bens culturais em caso de conflito, além de outras disposições de tratados internacionais, a alegação de erro de fato por desconhecimento da qualidade do bem cultural atingido torna-se praticamente inviável.

Partindo da convenção sobre o Patrimônio da Humanidade, Natural e Cultural, da Convenção sobre Proteção de Bens Culturais em caso de Conflito Armado e seus dois protocolos e dos Protocolos de 1977 adicionais às Convenções de Genebra que contêm dispositivos que protegem bens culturais, observamos que existe um dever especial do sujeito informar-se sobre a natureza do alvo do ataque, enquanto bem cultural protegido, em paralelo com um amplo e acessível sistema de informação sobre a existência, localização e identificação desses bens.

Reconhecido este dever especial de informar-se sobre a existência, localização e qualidade de bens culturais nos locais onde se desenvolve o conflito armado, a ponto de tornar praticamente inviável a alegação de desconhecimento como excludente de responsabilidade criminal, então se torna ainda mais reforçada a proteção do patrimônio cultural da humanidade pelo Direito Internacional Penal.

1. ELEMENTOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL: EMERGÊNCIA DE UM SISTEMA INTERNACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE BENS CULTURAIS

Procuraremos destacar e examinar nos textos internacionais selecionados os mecanismos, as obrigações e os deveres de identificação, informação e sinalização dos bens culturais protegidos pelo Direito Internacional.

Todos estes elementos de identificação e informação sobre a existência e localização dos bens culturais podem ser agrupados de forma a concebê-los como um sistema internacional de informação, quando agregados aos respectivos registros, listas, relatórios ou documentos relativos a cada um dos bens que compõem o acervo atualmente existente, provenientes das mais variadas fontes[1], muitos dos quais acessíveis na rede mundial de computadores.

Da **Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural**, aprovada pela assembleia geral da UNESCO (1972), destacamos os seguintes dispositivos:

O art. 3º do texto da Convenção estabelece a obrigação dos estados partes identificarem e delimitarem, entre outros, os diferentes bens que compõem o patrimônio cultural mundial.

No artigo 4º da Convenção, os estados reconhecem, entre outras, que a obrigação de identificar o patrimônio mundial cultural situado em seu território, lhes incumbe primordialmente.

Por meio do art. 5º os estados partes, dentro do possível e das suas respectivas condições, além de várias outras ações, procurarão tomar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras adequadas para a identificação dos bens culturais de que trata a Convenção de 1972.

No art. 6º, os estados partes reconhecem que toda a comunidade internacional tem o dever de cooperar para a proteção do patrimônio cultural universal e, por consequência, comprometem-se a prestar seu concurso para a identificação do patrimônio cultural de que trata a Convenção, caso seja solicitado pelo estado em cujo território se encontra o patrimônio a ser identificado e protegido.

[1] "**Lista do Patrimônio Mundial**" e "**Lista do Patrimônio Mundial em Perigo**" elaboradas e atualizadas pelo Comitê do Patrimônio Mundial (UNESCO, 1972); "**Registro Internacional dos Bens Culturais sob Proteção Especial**", previsto na Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Conferência de Haia de 1954); **"Lista de Bens Culturais sob Proteção Reforçada"**, prevista no Segundo Protocolo relativo à Convenção da Haia de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado e elaborada pelo Comitê para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Conferência de Haia, 1999).

De acordo com o art. 11, a Convenção institui um órgão denominado Comitê do Patrimônio Cultural, incumbido de organizar, manter em dia e publicar, uma lista dos bens do patrimônio cultural. Esta lista será elaborada com base nas informações prestadas pelos estados partes e será distribuída, devidamente atualizada, pelo menos uma vez a cada dois anos.

Para isso, o art. 11 estabelece que os estados partes da Convenção apresentarão inventário dos bens culturais localizados em seus territórios que possam ser incluídos na Lista do Patrimônio Mundial, contendo documentação sobre sua localização e interesse que apresentam, muito embora a Convenção reconheça que a inclusão de um bem na lista do patrimônio mundial não poderá ser feita sem o consentimento do estado interessado. Entretanto, em caso de urgência, poderá o Comitê, a qualquer tempo, incluir novos bens na Lista do Patrimônio Mundial e dar a tal inclusão uma difusão imediata. Além disso, nos termos do art. 29, os estados apresentarão relatórios à Conferência Geral da UNESCO, nas datas e na forma que esta determinar, sobre disposições legislativas e regulamentares e outras medidas que tiverem adotado para a aplicação da Convenção.

Importa mencionar que, partindo da Lista do Patrimônio Mundial, o Comitê organizará, manterá em dia e publicará, quando o exigirem as circunstâncias, uma segunda lista contendo os bens do patrimônio mundial em perigo. Esta lista identificará os bens para cuja salvaguarda sejam necessários grandes trabalhos e para os quais haja sido pedida assistência.

Dessa forma, os bens culturais do patrimônio mundial, estejam ou não em perigo, encontram-se devidamente localizados e identificados por meio de listas atualizadas, divulgadas e distribuídas pelo órgão competente da UNESCO, com base nas informações prestadas pelos estados partes da Convenção, de quem podem ser exigidos relatórios e que assumiram a obrigação de identificar e indicar estes bens de valor cultural para o órgão competente da Convenção elaborar as listas de bens protegidos.

Outrossim, o fato de algum bem não estar incluído numa dessas listas não significará que ele não tenha valor universal excepcional para fins distintos dos que resultam da inclusão nestas listas[2]. Isto seguramente significa que, para o fim de obter proteção por ocasião de conflitos armados, um bem cultural de valor universal excepcional não precisa estar incluído nas listas do Patrimônio Mundial. Até porque, o inventário dos bens do Patrimônio Mundial, não é exaustivo, conforme estabelece o art. 11 da Convenção.

Além disso, os estados comprometem-se a realizar programas educativos e informativos para conscientização e respeito ao patrimônio cultural, bem como, obrigam-se a informar amplamente o público sobre as ameaças que pesam sobre este patrimônio[3].

Isto, seguramente abrange a obrigação dos estados partes de informarem amplamente sobre as ameaças aos bens culturais nas situações de conflitos armados.

Na **Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado**, adotada pela Conferência de Haia de 1954 sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado, destacam-se os seguintes dispositivos:

[2] Artigo 12 da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (UNESCO, 1972).

[3] Artigo 27 da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (UNESCO, 1972).

O artigo 6º estabelece que os bens culturais podem ser munidos de um sinal distintivo de modo a facilitar a sua identificação. O artigo 8º, que prevê a proteção especial a certos refúgios destinados a abrigar bens culturais móveis de grande importância, concede tal proteção por meio da inscrição desses bens no denominado Registro Internacional dos Bens Culturais sob Proteção Especial. De acordo com o art. 10 da Convenção de Haia de 1954 sobre proteção de bens culturais em caso de conflito armado, os bens sob proteção especial devem ser munidos de um sinal distintivo, que está definido no art. 16 da Convenção.

Conforme o art. 12, o transporte de bens culturais pode ser efetuado sob proteção especial, com vigilância de caráter internacional e deve estar munido de um sinal distintivo definido no artigo 16.º da Convenção. Nas condições do art. 13, quando se tratar de transporte de urgência, os bens culturais transportados também estarão munidos do sinal distintivo da Convenção.

O artigo 16 descreve o sinal distintivo identificador dos bens protegidos e disciplina a sua utilização. O sinal é utilizado isoladamente em todos os bens culturais que não estejam sob proteção especial ou repetidamente três vezes em formação triangular, no caso de bens imóveis sob proteção especial, no transporte de bens sob proteção especial e nos refúgios improvisados, conforme disposições regulamentares do tratado. Além disso, durante os conflitos não podem ser utilizados sinais semelhantes ao da Convenção e que, portanto, possam confundir as pessoas. Além disso, o sinal somente pode ser afixado sobre um bem cultural juntamente com uma autorização datada e assinada por autoridade competente do Estado Parte da Convenção.

Além do sistema de lista e de sinalização previstos na Convenção de Haia (1954) as Partes também assumem a obrigação internacional de difundir a Convenção, suas regras e o seu regulamento, o mais amplamente possível, inclusive em tempos de paz. Em especial, as partes se obrigam a incorporar o estudo da Convenção na formação militar e, se possível, civil.

Dessa forma, a Convenção procura assegurar que os sujeitos destinatários das regras proibitivas de ataques a bens culturais tenham conhecimento das regras relativas à proteção desses bens em caso de conflito armado, tudo em conformidade com o artigo 25 da Convenção.

Em virtude da insuficiência da *proteção especial* concedida pela Convenção de 1954, foi aprovado em 26 de março de 1999, o **Segundo Protocolo relativo à Convenção da Haia de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado**, que instituiu, entre outras medidas, a proteção reforçada, para os bens que satisfaçam os requisitos do artigo 10 do Segundo Protocolo, sendo um deles o fato de tratar-se de um patrimônio cultural da maior importância para a humanidade.

Consequentemente, por meio desse dispositivo do artigo 10 pode-se estabelecer uma importante conexão com a Convenção da UNESCO de 1972 sobre o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural: ao que parece, os bens que figuram na lista do patrimônio cultural mundial da UNESCO são fortes candidatos à proteção reforçada do Segundo Protocolo da Convenção de Haia.

A inclusão de um bem cultural no regime de *proteção reforçada* depende de solicitação do Estado sob cuja jurisdição encontra-se o bem a ser protegido. De acordo com o

artigo 11 do Protocolo, as partes devem elaborar uma lista dos bens para os quais pretende tal proteção e submetê-la ao Comitê para a Proteção de Bens Culturais em caso de Conflito Armado, instituído pelo art. 24 do Protocolo. O Comitê pode sugerir às Partes a inclusão de certos bens sob sua jurisdição na lista dos bens sujeitos a proteção reforçada. Certas instituições reconhecidas no Protocolo também podem encaminhar ao Comitê sugestões de bens merecedores de proteção reforçada. Em caso de urgência a proteção pode ser concedida em caráter provisório.

A proteção é concedida pelo Comitê a partir do momento da inclusão do bem cultural na respectiva Lista. O Secretário Geral das Nações Unidas e todas as Partes do Protocolo serão notificados sem atraso sobre qualquer decisão do Comitê de incluir bens culturais na Lista.

No Segundo Protocolo, uma das medidas de salvaguarda dos bens culturais a ser adotada em tempos de paz é a elaboração de inventários de bens culturais, conforme estabelece o artigo 5º, ao lado de outras medidas preparatórias, como a designação das autoridades competentes e responsáveis pela salvaguarda desses bens.

Em relação à difusão do Protocolo e da mesma forma que dispõe a Convenção de 1954, as Partes, entre outras medidas previstas no artigo 30, devem difundir o Protocolo o mais amplamente possível. Além disso, as autoridades civis e militares que assumam responsabilidades que digam respeito à aplicação do Protocolo devem ter pleno conhecimento do seu texto. O Protocolo também estabelece que as partes deverão traduzir o seu texto para os respectivos idiomas oficiais e submeter ao Comitê para a Proteção de Bens Culturais em caso de Conflito Armado, a cada quatro anos, um relatório sobre a implementação do Protocolo.

As listas de bens protegidos, a identificação por meio de emblemas, as obrigações de difundir os instrumentos protetivos do patrimônio cultural no âmbito internacional, a apresentação de relatórios, a criação dos órgãos permanentes dos tratados, incumbidos da sua aplicação, e demais mecanismos de comunicação evidenciam que se constitui em nível global um sistema de informação sobe bens culturais internacionalmente protegidos, em tempos de paz ou de conflitos armados, de caráter internacional ou não. Mas ainda que não se tenha organizado um sistema de informações até o momento, os tratados internacionais ora examinados, sem prejuízo de outros textos internacionais relevantes[4], apresentam os elementos necessários para tanto.

2. FUNÇÃO DE TUTELA DO DIREITO PENAL, OBJETIVIDADE JURÍDICA E OBJETO MATERIAL DO CRIME DE GUERRA CONTRA O PATRIMÔNIO CULTURAL

[4] A título de exemplo, citamos o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados sem Caráter Internacional (Protocolo I), adotado em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados, cujo artigo 38 proíbe o uso indevido do emblema protetor dos bem culturais por ocasião de conflitos armados.

O Direito Penal, para muitos estudiosos, tem como função primordial proteger bens jurídicos, imprescindíveis para a vida em sociedade[5].

Além disso, a incorporação do bem jurídico na interpretação da norma penal[6] inaugura faceta metodológica própria desse ramo do direito no seio das ciências jurídicas, cumprindo importante função teleológica por condicionar o sentido da lei penal à sua finalidade de proteção ao bem jurídico[7].

O bem jurídico também cumpre função de garantia[8] ao lado do princípio da legalidade e preservando o postulado de que não pode haver norma penal incriminadora sem bem jurídico a ser protegido[9].

Entretanto, a definição do que são bens jurídicos não é uníssona[10]: ora referidos como valores ético-sociais ou valores da cultura, ora como interesses individuais ou coletivos, como

[5] Há opiniões diversas, entretanto; e uma destas, apenas para ilustrar, é defendida por Günther Jakobs, para quem a missão constitucional do Direito Penal é defender a validade das normas (Grecco, Luiz. Introdução à dogmática funcionalista do direito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Publicação Oficial do IBCCrim., São Paulo:RT, ano 8, n 32, out-dez., 2000, p. 140). Nesta perspectiva, o Direito Penal atua de forma comunicativa e funcional, reafirmando a vigência da norma penal violada mediante a aplicação da lei (=imposição da pena) ao infrator, de modo a atender as expectativas da sociedade quanto à vigência da norma penal. Portanto, para Jakobs, citado por L.F.Gomes e G. J. Yacobucci, "... a finalidade do Direito Penal é sustentar a configuração sociopolítica, através da garantia das expectativas sociais postas nas normas."(GOMES, Luiz Flávio e Yacobucci, Guillermo Jorge, *As grandes transformações do direito penal*, Série as Ciências Criminais no Século XXI, vol. 13, RT:São Paulo, 2005, p. 86). Cleber Masson aponta como principais funções do Direito Penal, além da proteção de bens jurídicos, a) instrumento de controle social, b) garantia (em face do poder punitivo estatal), c) função ético-social (vinculação com valores éticos fundamentais da sociedade), d) função simbólica (criação de uma ilusória sensação de segurança), e) função motivadora (motivação dos indivíduos a não violarem as regras sob ameaça da pena), f) função de redução da violência estatal (vide Silva Sanchez), g) função promocional (ferramenta de auxílio às transformações sociais). (MASSON, 2010, 9 a 11).

[6] Conforme Enrique G. Ordeig, *Conceito e Método da Ciência do Direito Penal*, RT:São Paulo, 2002, p. 78 e segs.

[7] Conforme Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro* – Parte Geral, 2ª ed., 2000, RT:São Paulo, p.83.

[8] Conforme Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro* – Parte Geral, 2ª ed., 2000, RT:São Paulo, p.83.

[9] Denominado princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos (Gomes, L. F e Yacobucci, G.J., op. cit., p. 71).

[10] Segundo a compilação do Professor Luiz Regis Prado, na sua obra *Bem Jurídico-penal e Constituição*, RT:São Paulo, 1996, p. 35-38, bem jurídico pode ser reconhecido como: *"um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente"*(Welzel *apud* Luiz Regis Prado, *op. et loc. cit.*); "*os pressupostos de que a pessoa necessita para sua auto-realização na vida social"* (Muñoz Conde *apud* Luiz Regis Prado, *op. et loc. cit.*); *"Bens e valores mais consistentes da ordem de convivência humana em condições de dignidade e progresso da pessoa em sociedade"*(Navarete *apud* Luiz Regis Prado, *op. et loc. cit.*); *"...pressupostos imprescindíveis para a existência em comum , que se caracterizam numa série de situações valiosas, como por exemplo a vida ..."* (Roxin *apud* Luiz Regis Prado, *op. et loc. cit.*); *"é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressadas com a tipificação dessas condutas"* (Zaffaroni *apud* Luiz Regis Prado, *op. et loc. cit.*); *"...são valores da vida individual ou coletiva, valores da cultura"* (Aníbal Bruno *apud* Luiz Regis Prado, *op. et loc. cit.*); *"...são valores ético-sociais que o direito seleciona , com o objetivo de assegurar a paz social e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas"* (Francisco de Assis Toledo *apud* Luiz Regis Prado, *op. et loc. cit.*); *...bem-interesse protegido pela norma penal* (Magalhães Noronha *apud* Luiz Regis Prado, *op. et loc. cit.*)*"*.

relações entre titulares e coisas, ora como pressupostos para a realização individual ou para a vida em sociedade, ora como coisas materiais ou imateriais que pela sua importância ou significado social são protegidas pelo direito.

A despeito dessa ausência de uniformidade, a intervenção do direito penal somente se legitima quando for absolutamente necessária para a proteção de um bem jurídico, como *ultima ratio regum*.

Portanto, mesmo não havendo consenso sobre a noção de bem jurídico penal, devemos reconhecer seu papel fundamentador da intervenção penal[11], vez que não deve haver crime sem lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico tutelado pela norma penal.

Como decorrência de um *processo de expansão* [12], o direito penal que tem estendido sua proteção a um rol cada vez mais amplo de interesses supraindividuais, notadamente o patrimônio cultural.

Fernando Fernandes da Silva (2012, p. 51 e segs), depois de descrever a evolução histórica e emergência da proteção internacional do patrimônio cultural, no âmbito interestatal, a partir das Convenções relativa às Leis e Usos da Guerra Terrestre (Haia, 1899 e 1907), Convenção Relativa ao Bombardeamento por Forças Navais em Tempo de Guerra (Haia, 1907), Convenção de Genebra relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra (Convenção IV – 1949) e seus dois Protocolos de 1977, o Pacto Roerich (1935) que também dispunha sobre a proteção de bens culturais em tempo de guerra, mapeia a proteção dos bens culturais no âmbito do chamado direito das organizações internacionais, examinado, entre outras, a Convenção de Haia de 1954 sobre a proteção de bens culturais em caso de conflitos armados e seus protocolos, bem como a Convenção da UNESCO sobre o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972).

Com bem pontua o autor: "A perda de um bem cultural acarreta a perda do conhecimento a ser transmitido para as futuras gerações" (2012, p. 43), afetando um interesse da coletividade.

A criminalização do ataque intencional ao patrimônio cultural está mais do que justificada diante do reconhecimento do elevado *status dignitatis* desse bem jurídico, cuja necessidade de proteção transcende os interesses tipicamente estatais e cujo titular é própria

[11] Gomes, L. F e Yacobucci, G.J., op. cit., p. 95

[12] Na *Era da Globalização* assistimos a um processo de *expansão do Direito Penal*, caracterizado pela inclusão de novos bens e interesses sob o "guarda-chuva" da proteção penal acompanhado do recrudescimento das penas, flexibilização das regras de imputação (responsabilização) penal, relativização das garantias do indivíduos em face do Poder Punitivo do Estado. Estas são algumas manifestações da chamada expansão do Direito Penal, que se fundamenta num consenso quase geral a respeito da utilização do Direito Penal como instrumento de proteção da sociedade pós-moderna, complexa, globalizada, caracterizada como uma sociedade do medo e do risco. (SÁNCHEZ, 2002, p. 21 entre outras)

coletividade humana, representada pela atual e pelas futuras gerações, não os estados e organizações deles derivadas, que atuam como meros depositários desses interesses[13].

Nesse sentido e consoante Ivoney Souza Trindade, o Caso Pavle Strugar julgado pelo Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia é um exemplo de como o indivíduo pode ser responsabilizado internacionalmente por atacar bem cultural assim definido pelo Direito Internacional.

> [...], entre 1991 e 1992, mais de 500 construções históricas das 824 presentes na cidade de Dubrovnik foram atingidas em decorrência de conflitos armados acontecidos na Iugoslávia, tendo o ataque comandado pelo general Pavle Strugar em 6 de dezembro de 1991 contribuído para tal estatística (TRINDADE, 2013, p. 19 s/n).
> [...] *omissis* [...]
> Esta ação resultou na morte de dois civis e em danos a 52 construções sendo que 6 delas foram completamente destruídas. Entre as propriedades que sofreram danificação, estão monastérios, igrejas, uma mesquita, uma sinagoga e alguns palácios (TRINDADE, 2013, p. 19 s/n).

Pavle Strugar foi acusado por assassinato, tratamento cruel, devastação não justificada pela necessidade militar, ataques ilegais a objetos civis, destruição ou danos intencionais a instituições dedicadas à religião, à caridade, à educação, às artes, às ciências, a monumentos históricos, a obras de arte e da ciência e acabou definitivamente condenado no ano de 2008 a pena de 7 anos e 6 meses, depois do julgamento em grau de recurso da Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (TRINDADE, 2013, p. 20 s/n).

Para prosseguirmos o estudo, consideramos útil fazer um breve exame dos elementos constitutivos do crime definido nas alíneas "b" e "e" do parágrafo 2º do artigo 8º do Estatuto de Roma.

O Estatuto de Roma, na alínea "b", do parágrafo 2º, do seu Artigo 8º define como Crime de Guerra, em caso de conflitos armados internacionais:

> [...] ix) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

Na alínea "e", o citado dispositivo define como crime, entre outras condutas, em caso de conflitos armados que não têm caráter internacional:

[13] Com efeito, o despertar relativamente recente da comunidade internacional para situações de risco ao sistema planetário e outras questões globais trouxe como consequência a compreensão de que o interesse comum da humanidade está acima e não corresponde necessariamente à soma dos interesses de cada um dos estados. Isto provocou também o deslocamento do foco do sistema internacional, até então centrado nos interesses dos estados, para os interesses comuns da humanidade como um todo. (KISS, 1992, p.332).

> [...] iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

A conduta do núcleo do tipo é bem clara "atacar" ou "dirigir ataques". Trata-se, portanto, de crime formal, não sendo necessário, para a consumação do crime, produzir o resultado material de dano ou destruição do bem atacado. Basta que o ataque ocorra e seja dirigido intencionalmente contra o objeto material definido no tipo penal.

O tipo penal possui elemento normativo, a saber, que os bens atacados não se tratem de objetivos militares. Foge ao escopo desse trabalho discutir o significado de objetivos militares, embora tal definição seja encontradiça no Segundo Protocolo relativo à Convenção da Haia de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado[14].

O elemento normativo do tipo incriminador exclui da incidência da lei penal a conduta de atacar bens culturais, quando esses bens tenham sido transformados em objetivo militar e não exista alternativa possível para obter uma vantagem militar equivalente; ademais, em tal hipótese, deve-se dar uma advertência prévia, sempre que possível, tudo em conformidade com o art. 6º do Segundo Protocolo relativo à Convenção da Haia de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado.[15]

Os objetos materiais identificados na definição legal do crime sob exame são os seguintes:

- "edifícios consagrados ao culto religioso" (igrejas, mesquitas, templos de todos os cultos, *v.g.*),

- "edifícios consagrados à educação" (escolas, universidades, centros de ensino, bibliotecas, *v.g.*),

[14] Artigo 1, alínea, f) "objetivo militar" significa um objeto que, pela sua natureza, sua localização, seu propósito ou sua utilização, traz uma contribuição efetiva para uma ação militar e cuja destruição total ou parcial, captura ou neutralização, nas circunstâncias vigentes no momento, oferece uma vantagem militar definida;

[15] Artigo 6 - Com o objetivo de assegurar o respeito aos bens culturais de acordo com o Artigo 4 da Convenção:

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

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

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

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

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

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

- “edifícios consagrados às artes” (museus e exposições de artes, *v.g.*),

- “edifícios consagrados às ciências” (centros de pesquisa, observatórios astronômicos, aceleradores de partículas, *v.g.*);

- “edifícios consagrados à beneficência”,

- “monumentos históricos” (podemos incluir, mas não exaustivamente, as “*obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de natureza arqueológica, inscrições, cavernas e grupos de elementos, que tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência”* – art. 1º da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da UNESCO de 1972),

g) “hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos”.

Como se vê, nem todos os bens acima listados podem ser considerados como bens do patrimônio cultural, os quais constituem objeto de interesse do presente trabalho. Para melhor identificação dos bens integrantes do patrimônio cultural que constituem objeto do delito acima descrito recorremos à definição contida no artigo 1º da Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Convenção da Haia, 1954):

> Para fins da presente Convenção são considerados como bens culturais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário:
>
> a) Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o património cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitectura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objectos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as colecções científicas e as importantes colecções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos;
>
> b) Os edifícios cujo objectivo principal e efectivo seja, de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a), como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a) em caso de conflito armado;
>
> c) Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a) e b), os chamados "centros monumentais".

Os bens culturais que podem ser objeto material do crime em exame são, portanto, monumentos, edificações, obras arquitetônicas, objetos de arte, livros e manuscritos, os prédios que abrigam estes objetos, com interesse histórico, artístico, arqueológico ou científico. Estes bens podem estar ou não reconhecidos e identificados no âmbito da Convenção sobre Proteção de Bens Culturais em caso de Conflitos Armados e seus Protocolos, como também podem ou não figurar na lista do patrimônio mundial cultural, da Convenção sobre o Patrimônio Mundial de 1972. Ademais, não há coincidência entre bens culturais da Convenção de Haia (1954) e da Convenção da UNESCO (1972). Esta discussão, entretanto, foge ao escopo do presente trabalho.

3. LIMITES AO RECONHECIMENTO DO ERRO DE FATO EM CRIME DE GUERRA CONTRA BENS DO PATRIMÔNIO CULTURAL

De acordo com o Artigo 32, §1º, do Estatuto de Roma, o erro de fato somente excluirá a responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime.

O dolo pode ser compreendido para os fins desse estudo como a consciência e vontade de percorrer o tipo penal, ou seja, de realizar a conduta descrita abstratamente na definição legal do crime.

O desconhecimento ou a falsa percepção de aspectos fáticos que correspondem a elementos da definição legal do crime pode afastar o dolo do sujeito (*v.g.*, o sujeito desconhecia que o alvo contra o qual dirigiu intencionalmente o ataque era um bem pertencente ao patrimônio cultural).

Assim, quando o sujeito equivoca-se a tal respeito, poderá haver tipicidade objetiva na sua conduta, mas não haverá tipicidade subjetiva na conduta do sujeito, por ausência de dolo.

Nessa hipótese, ausente o dolo por erro de fato, fica excluída a responsabilidade criminal do sujeito, no âmbito do Estatuto de Roma.

É preciso ressaltar, entretanto, que o Estatuto de Roma prevê outras excludentes de responsabilidade penal, inclusive o chamado erro de direito[16], ainda que excepcionalmente. Entretanto, não é escopo deste trabalho discutir as excludentes de responsabilidade, notadamente o erro de direito.

Vimos na seção anterior alguns elementos[17] constitutivos do crime definido nas alíneas "b" e "e" do parágrafo 2º do artigo 8º do Estatuto de Roma: a conduta nuclear, o elemento normativo, o objeto material e a objetividade jurídica. Deixamos o elemento subjetivo para esta seção por estar relacionado diretamente com o erro de fato, conforme acabamos de examinar.

O tipo penal em exame é bem claro quanto à exigência do elemento subjetivo do injusto ao utilizar as expressões "atacar *intencionalmente*" e "dirigir *intencionalmente* ataques". A conduta exige que o sujeito tenha consciência de que está dirigindo ataque a um daqueles bens indicados no tipo penal, notadamente um bem cultural. Ou seja, o bem não foi atingido acidentalmente, mas atacado intencionalmente.

[16] Art. 32, § 2º, do Estatuto de Roma: "2. O erro de direito sobre se determinado tipo de conduta constitui crime da competência do Tribunal não será considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal. No entanto, o erro de direito poderá ser considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime ou se decorrer do artigo 33 do presente Estatuto."

[17] Não examinamos o sujeito ativo do crime, muito embora o assunto mereça atenção, à luz do instituto do concurso de pessoas, da autoria mediata, enfim, de todas as formas e modalidades de imputação subjetiva no Direito Penal.

Ademais, considerando para os fins deste trabalho que o dolo abrange todos os elementos definidores da conduta típica, então o sujeito que comete o crime ataca intencionalmente os bens protegidos pelo Direito Internacional Penal consciente de que estes bens possuem a qualidade especial definida no tipo incriminador, que, para o nosso estudo seria, a qualidade de bens do patrimônio cultural, conforme visto na seção anterior.

Sendo assim, o elemento subjetivo do injusto consiste na consciência e vontade de atacar bens sabidamente pertencentes ao patrimônio cultural, indicados genericamente no tipo penal, que não constituem objetivos militares.

Este elemento subjetivo, ou dolo, estaria em tese afastado caso o sujeito dirigisse ataque a um alvo que ele não sabia corresponder a um daqueles bens do patrimônio cultural previstos genericamente no tipo penal.

O reconhecimento desse erro de fato que exclui o dolo, entretanto, encontra-se fortemente limitado diante do que já se disse na primeira seção a respeito da existência de um verdadeiro sistema internacional de informações sobre os bens culturais protegidos pelo Direito Internacional e diante do que foi dito na segunda seção sobre a relevância e titularidade dos bens culturais.

Torna-se praticamente inviável o reconhecimento do erro de fato, diante das *precauções no ataque* e, especialmente do dever do sujeito informar-se, depreendido do artigo 7º, alínea "a" do que assim dispõe:

> [...] **Sem prejuízo de outras precauções prescritas pelo direito internacional humanitário na condução de operações militares**, cada Parte no conflito deve:
>
> **a) fazer todo o possível para verificar que os objetivos a serem atacados não são bens culturais protegidos** pelo Artigo 4 da Convenção;" (negritamos).

A par das disposições dos artigos 3º, 4º 5º, 6º, 11 e 29 da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, da UNESCO (1972), bem como os artigos 6º, 8º, 10, 12, 16 da Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Haia, 1954) e os artigos 5º, 10, 11, 24, 30 do Segundo Protocolo relativo à Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (Haia, 1977) todos eles estabelecendo um verdadeiro sistema internacional de informações sobre bens do patrimônio cultural - examinado na primeira seção, existem medidas de precaução a serem adotadas nos ataques durante os conflitos armados, que, em conjunto com as obrigações internacionais de informar sobre os bens culturais, estabelecem um dever especial de informar-se, por parte do sujeito ativo do crime em estudo, tornando praticamente inviável o reconhecimento do erro de fato.

Vale transcrever trecho do percuciente estudo de Ivonei Trindade comentando a decisão da Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, sobre o caso do general Pavle Strugar, condenado por crime de dano ou destruição de bens culturais, entre outros crimes, por ocasião de ataque realizado em 1991, contra cidade de Dubrovnik:

> **Entre os erros de fato** e de direito apresentados à Câmara de Apelação, a defesa do general Pavle Strugar defendeu que ele não teve intenção direta de atacar a cidade de Dubrovnik, tendo em vista a inadequada direção dos bombardeios que causou uma intenção indireta de ataque não se encaixando, portanto, nos requisitos para a incidência do delito previsto no art 3, alínea d, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia109.
>
> **Não foi aceito pela Câmara de Apelação este argumento da defesa** do general Pavle Strugar, pois, além de corroborar com o que foi decidido em 2005 e de destacar que **o requisito *mens rea* para o delito** previsto no art. 3, alínea d, do Estatuto **é a intenção de destruir**, tal órgão salientou que **Dubrovnik era protegida pela UNESCO desde 1979, e que havia emblemas visíveis da UNESCO ao Exército Popular Iugoslavo durante o dia 6 de dezembro de 1991**. (TRINDADE, 2013, p.24 s/n - **negritamos**)

Como se vê da decisão do Tribunal para a Ex-Iugoslávia, não foi reconhecida a alegação de erro de fato no delito de dano ou destruição de bens culturais previsto no Estatuto daquela Corte Internacional, entre outros motivos, diante da existência de emblemas visíveis da UNESCO que sinalizavam a cidade atacada. Esta sinalização integra o sistema de informação internacional de bens culturais, como visto na primeira seção deste trabalho.

CONCLUSÃO

Os artigos 3º, 4º 5º, 6º, 11 e 29 da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, da UNESCO (1972), bem como os artigos 6º, 8º, 10, 12, 16 da Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Haia, 1954) e os artigos 5º, 10, 11, 24, 30 do Segundo Protocolo relativo à Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (Haia, 1977) estabelecem os elementos para a formação de um verdadeiro sistema internacional de informações sobre bens do patrimônio cultural.

Constituem elementos para a formação desse sistema de informações listas de bens protegidos, a identificação por meio de emblemas, obrigações de difundir os instrumentos protetivos do patrimônio cultural no âmbito internacional, a apresentação de relatórios, a criação dos órgãos permanentes dos tratados, incumbidos da sua aplicação, e demais mecanismos de comunicação e informação, previstos nos dispositivos e instrumentos convencionais retromencionados.

A criminalização do ataque intencional ao patrimônio cultural em caso de conflito armado está mais do que justificada diante do elevado *status dignitatis* desse bem jurídico, cujo titular é própria coletividade humana, representada pela atual e pelas futuras gerações, uma vez que a destruição de um bem cultural acarreta a perda de conhecimento a ser usufruído pela atual e transmitido para as futuras gerações.

O crime definido nas alíneas "b" e "e" do parágrafo 2º do artigo 8º do Estatuto de Roma, definido como atacar ou dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares exige para a sua configuração que o sujeito tenha atingido intencionalmente os bens especialmente protegidos, consciente da qualidade desses bens.

Em se tratando de bens do patrimônio cultural, especialmente aqueles protegidos pelas Convenções de Haia de 1954 e seus Protocolos, como também, pela Convenção da UNESCO de 1972, torna-se muito difícil o reconhecimento do erro de fato, ante a alegação por parte do sujeito ativo do crime, de que desconhecia a qualidade dos bens protegidos, em face do *sistema internacional de*

informações a respeito desses bens, bem como diante da obrigação do sujeito informar-se sobre as regras de proteção e os próprios alvos contra os quais direciona um ataque, especialmente diante das precauções para o ataque, que incluem o dever de fazer todo o possível para verificar que os objetivos a serem atacados não são bens culturais protegidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 44.851, de 11 de Novembro de 1958. Promulga a Convenção e Protocolo para a Proteção de Bens Culturais em caso de Conflito Armado, Haia, 1954.

_____. Decreto nº 5.760, de 24 de abril de 2006. Promulga o Segundo Protocolo relativo à Convenção da Haia de 1954 para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, Haia, 1999.

_____. Decreto nº 80.978, de 12 de Dezembro de 1977. Promulga a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972.

GOMES, Luiz Flávio e Yacobucci, Guillermo Jorge, *As grandes transformações do direito penal*, Série as Ciências Criminais no Século XXI, vol. 13, São Paulo: RT, 2005.

KISS, Alexandre. *The implications of global change for the international legal system.* In: WEISS, Edith Brown (ed.).Environmental change and international law: New challenges and dimensions. Toquio:United Nations University Press, 1992, p. 315-339, disponível em: http://archive.unu.edu/unupress/unupbooks/uu25ee/uu25ee0t.htm#10.

ORDEIG, Enrique G. *Conceito e Método da Ciência do Direito Penal*, São Paulo:RT, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição*, São Paulo:RT, 1996.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, Série as Ciências Criminais no Século XXI, vol. 11, (trad.) Luiz Otavio de Oliveira Rocha.São Paulo:RT, 2002.

SILVA, Fernando Fernandes da. *As Cidades Brasileiras e o Patrimônio Cultural da Humanidade*. São Paulo:Petrópolis:EDUSP, 2ª ed. 2012.

TRINDADE, Ivonei Souza. Caso Pavle Strugar: um estudo sobre a proteção de bens culturais em caso de conflito armado. Artigo extraído de Trabalho de Conclusão de Curso. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013, disponível em http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/ivonei_trindade.pdf.

UNESCO, Convenção para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural 1972, disponível em: http://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf.