

A POSSIBILIDADE DE TIPIFICAÇÃO DO GENOCÍDIO CULTURAL COMO CRIME PELO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Flávio Emanuel Rangel de Oliveira (Faculdade Damas)

Resumo: No trabalho proposto, conjecturando-se possuir a cultura importância para a comunidade internacional que justifique sua tutela no Direito Penal, será levantada a provocação: a destruição de bens culturais em razão de nacionalidade, etnia, raça ou religião, pode ser classificada como crime autônomo ao genocídio físico, permitindo a tipificação do crime de genocídio cultural pelo Direito Penal Internacional? surgem então duas hipóteses a serem trabalhadas, primeiramente a defesa de que a ofensa a cultura é um indício e um dos meios utilizados para a prática do genocídio físico, negando o genocídio cultural como crime autônomo por falta de previsão legal. Por outro viés, ergue-se a hipótese a reconhecer o genocídio cultural por não apresentar, as condutas descritas no genocídio, natureza exclusiva de destruição física total ou parcial de grupos sociais. Levantar-se-á a tese de que a tipificação do genocídio cultural é possível. Uma vez que, na ofensa a bens culturais se faça presente o dolo específico da eliminação, no todo ou em parte, de um grupo social pelos motivos de raça, religião, nacionalidade ou etnia, adquire o pretense crime uma especificidade cujas condutas não se confundem com os atos previstos no crime de genocídio físico comumente descrito pela jurisdição internacional.

Palavras-chave: Genocídio cultural; Direito Penal Internacional; previsão legal; soberania; tutela penal da cultura.

Summary: In the proposed work, conjecturing owning culture importance for the international community to justify their protection in criminal law, the challenge will be lifted: the destruction of cultural goods on grounds of nationality, ethnicity, race or religion, can be classified as autonomous crime to physical genocide, allowing the characterization of cultural genocide by the International Criminal Law. Then come two hypotheses to be worked, first the defense that the offense culture is a clue and one of the means used for the practice of physical genocide, denying the cultural genocide as

an autonomous crime for lack of legal provision. For another perspective, there is the chance to recognize the cultural genocide not present, the conduct described in the genocide, exclusive nature of total or partial physical destruction of social groups. shall be raising the argument that the characterization of cultural genocide is possible. Since the offense to cultural goods being present the specific intent of eliminating, in whole or in part, of a social group for reasons of race, religion, nationality or ethnicity, acquires the alleged crime specificity whose behaviors are not confused with the acts provided for in the physical genocide commonly described by the international jurisdiction.

Keywords: cultural genocide; International Criminal Law; legal provision; sovereignty; criminal protection of culture.

Introdução: Cultura, um bem jurídico universal.

A cultura enquanto bem caro a qualquer que se seja o grupo humano, ao logo da história foi objeto de ataques sob a forma de pilhagens, destruição à título de vingança, demonstração de força ou indiferença e como a propagação do extermínio de sociedades. Esta última conduta, denominada genocídio cultural ou etnocídio, (tratados neste estudo como sinonímia) não é um fenômeno moderno, sendo tão antiga quanto os demais tipos de ataques a cultura, porém sendo proferida maior atenção a mesma com o surgimento da teoria do genocídio.

Os termos "genocídio cultural" e "etnocídio" já se encontram em demasia debatidos pelos cientistas dos mais diversos campos da ciência, dentre eles a sociologia, a etnologia, e o Direito Penal Internacional, sendo o enfoque desta ciência social aplicada, o ponto de partida para o presente estudo, utilizando-se entretanto, da interdisciplinaridade para um melhor entendimento do tema, o qual sobremaneira pretende-se esgotar, e discorrendo a temática em um espectro do geral em direção ao particular.

Com relação a tutela penal do patrimônio em sede de relações internacionais, no que se refere à repressão a destruição em conflitos armados e aos saques, a descrição destes crimes encontra-se devidamente positivadas nos estatutos penais, sendo ampla a

aceitação destes tipos penais pelos Estados e pela doutrina internacionalista. Quanto a incidência penal sobre o genocídio cultural entretanto, os posicionamentos são em grande parte antagônicos.

Os partidários da tipificação do genocídio cultural como um crime autônomo alegam essa possibilidade baseada na intenção última, livre e consciente do agente em cometer tal delito, movido por uma vontade em extinguir determinada cultura, considerada "indigna" ou "inferior". Em contrapartida, parte da doutrina nega esta tipificação, argumentando que o genocídio cultural estaria contido no genocídio em sentido estrito, sendo em algumas ocasiões consequência ou prenúncio dele, mas nunca se configurando como um delito autônomo.

A importância sobre a explanação deste tema se perfaz na constatação que o patrimônio cultural, seja material ou imaterial é para as sociedades e como um todo, para a humanidade, um bem inestimável. A conduta de poucos indivíduos, movidos por uma vontade genocida em destruir este patrimônio, pode ter o condão de privar por gerações ou mesmo definitivamente a comunidade internacional de importantes heranças culturais, o que deve-se procurar evitar, mesmo que às custas da aplicação da responsabilidade penal ante o Direito Internacional, devidamente respeitada a dignidade da pessoa humana, tanto das vítimas, quanto dos acusados.

1. O reconhecimento do valor da cultura perante a comunidade internacional.

O termo inglês "culture", foi primeiramente cunhado ao final do século XVIII por Edward Tylor (1832-1917). Ao sintetizar o vocábulo "kultur" de origem germânica, referente as expressões imateriais das comunidades, com o termo francês, "civilisation" que se reporta principalmente as expressões culturais palpáveis dos povos (LARAIA, 2001, p. 25). Tylor (1920, p. 01), definiu cultura sob o viés etnográfico como "todo o complexo que inclui os conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes, bem como outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem enquanto membro da sociedade"¹.

¹ It's that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society. (trad. livre).

Considera-se como marco histórico para a aplicação política da preservação de bens culturais a revolução francesa em que, além do desenvolvimento de técnicas de restauro, fomentou-se a proteção jurídica do patrimônio que representasse as virtudes da cultura a que pertenciam, para que os monumentos fossem resguardados à posteridade. Esta política difundiu-se dentre alguns Estados ocidentais, em princípio sob o postulado de fato histórico como grandes eventos pontuais, a justificar a preservação de objetos em que seu valor histórico ou artístico, representasse a evolução de determinada sociedade (ZANIRATO, 2006).

Hodiernamente, entre os bens jurídicos tutelados internacionalmente que revelam os valores cuja importância se irradie para além dos interesses internos dos Estados, destaca-se a cultura em que, uma vez considerada “patrimônio cultural da humanidade” requer uma proteção de toda a comunidade internacional. Define de acordo com este entendimento a UNESCO, na Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, os bens culturais materiais (UNESCO, 1972):

ARTIGO 1

Para os fins da presente Convenção, são considerados “patrimônio cultural”:

- os monumentos: obras arquitetônicas, esculturas ou pinturas monumentais, objetos ou estruturas arqueológicas, inscrições, grutas e conjuntos de valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência,
- os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas, que, por sua arquitetura, unidade ou integração à paisagem, têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência,
- os sítios: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como áreas, que incluem os sítios arqueológicos, de valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

Apesar do supracitado artigo não se referir ao patrimônio cultural imaterial, objeto da posterior Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (BRASIL, 2006), elenca, dito artigo 1º, obras ou conjunto de obras produzidas pelo homem exclusivamente ou em aporte a natureza. Remete-se em seus itens ao conceito de bens culturais materiais, fisicamente constatados, não mais na forma de monumentos de grande porte, de acordo com o entendimento anterior ao presente século, mas como bens passíveis de carregar uma valoração social significativa, conforme explicitado no terceiro item do artigo supracitado (TELLES, 2007, p.p. 45-46).

Abarca a tutela do Direito, a partir da década de 60 do século passado, além da proteção dos bens culturais assim considerados tradicionalmente em sua forma tangível, tais como monumentos históricos e obras de arte, as expressões culturais incorpóreas, *e.g.* língua, música, tendo a questão do reconhecimento das exteriorizações imateriais de cultura ganho maior vulto (EARLY; MANION, 2010, p. 04). São definidas estas exteriorizações culturais, não em razão estrita de sua abstração, mas no grau de independência aos objetos tangíveis que servem de suporte para uma expressão cultural de cunho imediatista, sempre dependente da performance de cada indivíduo envolvido, cuja repetição plena só é possível por meio de registro audiovisual (FONSECA, 2009, p. 68).

Em consonância com o exposto e preenchendo a lacuna deixada por sua anterior convenção protetiva de bens culturais, declarou a UNESCO, por meio da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial de 2003 (UNESCO, 2003), em seu artigo 2, o conceito de patrimônio cultural imaterial, nos seguintes termos:

Artigo 2: Definições

Para os fins da presente Convenção,

1. Entende-se por "patrimônio cultural imaterial" as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana [...].

Acresce ainda o supracitado artigo 2, a restrição ao reconhecimento destes bens, sob a condição do respeito as diferenças culturais e a proteção internacional dos Direitos Humanos em que “será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável”. Descreve, desta forma, a importância do patrimônio cultural imaterial como elemento essencial para a interação entre as comunidades no âmbito interno dos Estados e no cenário internacional.

2. Síntese sobre o tratamento legal do genocídio: do pós Segunda Guerra aos Tribunais Penais Internacionais

A designação de genocídio foi criada por Raphael Lemkin em 1944, como forma de expor a política nazista de extermínio seletivo de judeus, além de ciganos e alguns outros povos e etnias (OUTHWAIT; BOTTOMORE, 1996, p. 335), tendo o seu tratamento como marco histórico o Tribunal de Nuremberg, porém com as condutas características deste crime imputadas sob a vinculação aos crimes contra a humanidade e aos crimes de guerra, em razão de serem julgados apenas os fatos ocorridos durante o segundo conflito mundial.

Posteriormente, com o advento da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948 (BRASIL, 1952), pela leitura de seu artigo 2º, firmou-se o entendimento que a conduta genocida seria motivada em razão da nacionalidade, raça, religião ou etnia das vítimas. Pela leitura do artigo 1º da mesma Carta, nos termos em que “as Partes Contratantes confirmam que o genocídio quer cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, que elas se comprometem a prevenir e a punir”, firmou-se o entendimento de que a situação de guerra não seria determinante para a configuração do crime em tela (CANÊDO, 1999, p.p. 89-90).

No que se refere à jurisdição penal internacional mais recente, encontram-se os atos constitutivos do crime de genocídio positivados nos estatutos do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (art. 4º), Tribunal Penal Internacional para Ruanda (art. 2º) e Tribunal Penal Internacional (art. 6º), sendo unânime nos três estatutos a tipificação como uma conduta que vise especificamente “destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso” (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 p.p 145; 160; 178). Desta forma as vítimas individuais deste delito são atingidas de forma reflexa, em função de sua pertença a coletividade, cujo desaparecimento é visado pelos infratores “pois o bem jurídico protegido é o grupo como unidade social de todos os seus membros” (AMBOS, 2005, p.132).²

² pues el bien jurídico protegido es el grupo como unidad social de todos sus miembros (trad. livre).

3. Discursos contrários à tipificação do genocídio cultural.

O maior entrave para a jurisdicionalização dos Direitos Humanos (no que se pode incluir a tutela do patrimônio cultural da humanidade) se encontra na afirmação da soberania nas relações internacionais, notadamente em Estados recém independentes e com governo militar (FEFERBAUM, 2012, p. 73). Entendem-se como inerente ao Estado soberano, dois planos: o plano interno, que se refere ao autogoverno, administração e ordenamentos jurídicos próprios, devidamente reconhecidos pelos demais atores internacionais e o plano externo, caracterizado pela capacidade de interação com os demais sujeitos no cenário internacional. Quanto a esta segunda vertente, com relação a soberania como pressuposto nas relações internacionais (CASTRO, 2012, p.p. 109-110):

Em suma, o exercício pleno e efetivo de soberania estatal pressupõe o direito de decretar guerra e celebrar a paz com outros Estados, de representação diplomática e consular, de celebrar tratados, de solicitar prestação jurisdicional em tribunais internacionais e de representar e ser representado em instâncias multilaterais com exercício de voto, de voz e de agenda.

Em termos de Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, o discurso da não mitigação da soberania pode ser observado pela tripartição atual da Carta Internacional de Direitos Humanos. Formada pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, a referida Carta não foi constituída em um documento único, sob o argumento de que apenas os direitos civis e políticos seriam de aplicação imediata e jurisdicionáveis, enquanto que a aplicação dos direitos sociais e econômicos deveriam se apresentar progressivamente. (FEFERBAUM, 2012, p.p. 47-48).

Contra a tipificação do genocídio cultural discute-se ainda a questão da vagueza do que é de fato “cultura”, cujo conceito é objeto de estudo pelos mais variados ramos científicos, “que pode ser abordada sob o ponto de vista filosófico, antropológico,

histórico, etc.”, possibilitando uma intromissão ilegítima contra a soberania de um Estado sob a acusação de que nele foi cometido um genocídio cultural, sem que satisfatoriamente se demonstre se, e em que gravidade, a cultura foi lesada pela(s) conduta(s) genocida(s) (CÂNEDO, 1999, p.p. 98-99).

A separação do genocídio cultural ou etnocídio, do genocídio em sentido estrito autorizaria, desta forma, a individualização de diversos tipos de “genocídios”. Em função da diversidade de grupos que compõe o corpo social, caso se aplicasse o mesmo raciocínio para a caracterização do etnocídio, em igual medida autorizaria a classificação do “racicídio”, “nacionalicídio” e “religicídio” (SHAW, 2007, p. 65)³, separação esta desnecessária, quando o genocídio, enquanto gênero já engloba todas estas espécies de condutas.

Conforme encontra-se definido na Convenção para a Prevenção e a repressão do crime de genocídio (BRASIL, 1952):

ARTIGO II

Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Segundo Gil Gil (2002, p.p. 65-104), o genocídio apresenta-se apenas em dois sentidos: o físico, em que se o busca a erradicação pela perseguição homicida de determinado grupo e o biológico, em que o que se pretende é a extinção dos grupos, com a finalidade de interrupção total ou parcial da linhagem genética, “por ex. a

³ If we followed this logic we would also need "nationocid" "racicide" and "religicide"[...]. (trad. livre).

esterilização, o aborto forçado, a segregação por sexos, ou a proibição de matrimônios”⁴.

Apesar destas duas dimensões, o genocídio, ainda segundo autora, independe de que o dolo, ou seja, a conduta criminosa realizada com consciência e vontade seja voltada contra um bem jurídico específico (dolo específico em relação à destruição da cultura). Uma vez que a conduta do agente se dirige em destruir no todo ou em parte um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, a forma em que esta destruição se perfaça “com o propósito de destruir o grupo por motivos, econômicos, xenófobos, por vingança..., é irrelevante para a existência do delito”⁵.

Quanto ao entendimento doutrinário que defende a interpretação extensiva da Convenção sobre genocídio, a jurisprudência tem se posicionado contra, por respeito ao princípio da legalidade sem, contudo, desconhecer a relevância da teoria do genocídio cultural na aferição do genocídio físico e biológico, o que se pode aferir na leitura dos autos do Caso Krstic, julgado pelo Tribunal Internacional para a Antiga Iugoslávia, (Caso nº: IT-98-33-A – Promotoria vs Radislav Krstic) (WILL, 2016, p. 123):

Está estabelecido que a mera destruição da cultura de um grupo não é um genocídio: nenhum dos métodos listados no artigo 4 (2) do Estatuto⁶ precisa ser empregada. Mas há também a necessidade de cuidados. A destruição da cultura pode servir como evidência para confirmar a intenção, a ser recolhida a partir de outras circunstâncias, em destruir o grupo como tal. Neste caso, a demolição da mesquita principal confirma a intenção de destruir o grupo muçulmano bósnio de Srebrenica.⁷ (ONU, 2004, p.p. 105-106).

⁴ p. ej. la esterilización, el aborto forzoso, la segregación de sexos, o la prohibición de matrimônios. (trad. livre).

⁵ con el propósito de destruir el grupo por motivos políticos, económicos, xenófobos, por venganza...es irrelevante para la existencia del delito. (trad. livre).

⁶ Refere-se ao artigo 4º, 2 do Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, *verbis*: 2. Entende-se por genocídio qualquer um dos atos enumerados a seguir, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como: a) homicídio de membros do grupo; b) ofensa grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) sujeição intencional do grupo a condições de existência capazes de provocar sua destruição física, total ou parcial; d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) transferência forçada de crianças de um grupo para outro. (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 p. 145).

⁷ It is established that the mere destruction of the culture of a group is not genocide: none of the methods listed in article 4(2) of the Statute need be employed. But there is also need for care. The destruction of culture may serve evidentially to confirm an intent, to be gathered from other circumstances, to destroy the group as such. In this case, the razing of the principal mosque confirms an intent to destroy the Srebrenica part of the Bosnian Muslim group. (trad. livre).

Quanto esta interpretação hermenêutica, por mais grave que seja a agressão à cultura, o etnocídio ou genocídio cultural não teria o condão de destruir um grupo e se comparar ao genocídio propriamente físico, muito embora aquele possa ser o prenúncio deste, “uma vez que o genocídio cultural só pode ser a dimensão cultural do genocídio, algo que é parte integrante de cada ataque genocida⁸ (SHAW, 2007, p. 66). Quanto ao enfoque jurídico, parte da doutrina nega ainda a existência do etnocídio por ausência de previsão legal, em que, o genocídio cultural por esta lacuna não se encontraria afeito ao Direito e sim ao campo específico da sociologia (MINIUCI, 2010, p. 14).

4. Os argumentos doutrinários em prol da classificação penal do genocídio cultural.

Sobre o reconhecimento do genocídio cultural como crime autônomo, defende parte da doutrina tal possibilidade ante o fato de ser indissociável o fator cultura da sobrevivência dos diversos grupos em sociedade. A falta de vontade política e de cooperação internacional, com a finalidade de preencher a lacuna do não tratamento deste tipo de genocídio na Convenção sobre o tema de 1948 e nos posteriores diplomas internacionais, poderia se traduzir em impunidade ante crimes tão graves, que resultam na extinção de grupos e de seu tributo cultural para a humanidade (WILL, 2016, p.p. 127-128).

No século XVI, mesmo que dentro do contexto histórico das empreitadas colonialistas da Espanha e de Portugal no Novo Mundo, o teólogo basco Francisco de Vitória, considerado um dos fundadores do Direito Internacional, defendia a tutela da cultura dos povos indígenas e a proibição da conversão violenta ao cristianismo. Uma vez que os nativos desconheciam a fé cristã, eles não podiam ser molestados sob o argumento de serem infiéis, sendo lícito a eles negarem a religião ocidental, ao menos imediatamente (CANTARELLI, 2015).

A conduta genocida em relação à cultura, quando referentes ao extermínio de sociedades indígenas, geralmente é denominada etnocídio. O desaparecimento dos

⁸ since cultural genocide can only be the cultural dimension of genocide, something which is integral to every genocidal attack. (trad. livre).

traços culturais nativos imposto pelos colonizadores europeus, independente do desaparecimento físico dos aborígenes, é constantemente levantado pelos teóricos que defendem a criminalização autônoma do genocídio cultural no cenário internacional (KRIEKEN, 2008, p. 77). Não se confunde, entretanto, o etnocídio com a aculturação, em que a perda ou a absorção cultural se perfaz de forma consensual, ao contrário do que se verifica no genocídio cultural, sempre caracterizado pela imposição e violência (WILL, 2016, p.p. 114-115).

A prática etnocida, verificada em larga escala na América colonial, ilustraria a dicotomia genocídio-etnocídio nos termos de negação da diferença: Para o genocida, ao “Outro” é negado a condição de ser humano, que seria, portanto mau, não lhe restando opção que não o aniquilamento físico. Ao etnocida, o “Outro”, enquanto se comporte diferente da forma de ser a que se pretende impor o colonizador, é um animal, cuja maldade pode ser aplacada, ao negar seus costumes selvagens, e se amoldarem a um padrão cultural, sob o discurso de que “o etnocídio é praticado para o bem do selvagem”. (CLASTRES, 2004, p. 42).

Dentre as propostas para o reconhecimento do genocídio cultural destaca-se a tentativa de Lemkin em incluir no *rol* dos atos de genocídio, os crimes de barbárie e vandalismo, consistentes na destruição de patrimônio cultural, com a finalidade de eliminação de determinados grupos. Posteriormente foi discutida na elaboração da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime Genocídio, a inclusão do genocídio cultural, tendo como elementos materiais:

a transferência forçada de crianças, o exílio forçoso de representantes culturais, a proibição de língua própria, a destruição de livros ou proibição de publicações, bem como a destruição de obras religiosas, monumentos e objectos [*sic*] históricos ou religiosos (GOMES, 2015, p.p. 99-100)

Defende-se a necessidade de uma revisão na sexagenária Convenção sobre o Genocídio. A ampliação da interpretação sobre as condutas consideradas genocidas se faria necessária em face das complexidades com que as tentativas de aniquilação de grupos evoluem ao longo dos períodos históricos (FREELAND, 2005, p. 134). Tal revisão também se imporia como forma de corrigir as objeções impostas à época da elaboração da Convenção pelos interesses políticos, notadamente pelos Estados Unidos, em que resultou no fato em que “tudo o que restava de genocídio cultural da definição

original de Lemkin era uma disposição que proíbe a transferência forçada de crianças” (CURTHOYS; Docker, 2011, p. 12).

Apesar do conceito “genocídio cultural” não ser ponto pacífico perante a comunidade jurídica, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura-UNESCO, atualmente com 195 Estados membros e 10 membros associados (UNESCO, 2016 b), por diversas vezes levantou a dimensão material desta forma de genocídio, mesmo que com a nomenclatura de “limpeza cultural” para denunciar crimes contra o patrimônio cultural da humanidade, como se pode aferir pelo relatório da UNESCO (2014, p. 03) sobre o “Patrimônio e Diversidade Cultural em Risco no Iraque e na Síria”:

O termo limpeza cultural se refere a uma estratégia intencional que visa destruir a diversidade cultural através do ataque deliberado de indivíduos identificados com base na sua identidade cultural, étnica ou religiosa, combinado com ataques deliberados em seus locais de culto, memória e aprendizagem. A estratégia de limpeza cultural que pode ser testemunhado no Iraque e da Síria se reflete em ataques contra a herança cultural, tanto as manifestações físicas, tangíveis e construídas de cultura, tais como monumentos e edifícios, quanto contra as expressões intangíveis de cultura, como costumes, tradições e crenças.

Mesmo reconhecendo a falta de previsão legal para o genocídio cultural, a UNESCO trabalha os seus elementos, tais como o especial fim de agir do agente delituoso. Conforme declaração proferida pela Diretora Geral da UNESCO, Irina Bokova: “A destruição sistemática dos símbolos culturais que incorporam a diversidade cultural da Síria revela a verdadeira intenção de tais ataques, que é privar o povo sírio do seu conhecimento, a sua identidade e história” (UNESCO, 2016 a)⁹.

5. Sobre a necessidade da prevalência da tese de reconhecimento do tipo específico de genocídio cultural em norma penal internacional.

Quanto ao debate apresentado em sentido contra e a favor da tipificação do genocídio cultural, o discurso favorável a tese desta tipificação é a que apresenta mais

⁹ The systematic destruction of cultural symbols embodying Syrian cultural diversity reveals the true intent of such attacks, which is to deprive the Syrian people of its knowledge, its identity and history. (trad. livre).

consistências, no que pese a discussão ainda ser acalorada. Para tal afirmação, levantam-se os fundamentos apresentados pela doutrina que nega a tipificação do genocídio cultural, em termos dos seguintes argumentos: respeito à soberania na sociedade internacional; dificuldade em se estabelecer um parâmetro seguro do que vem a ser cultura; sobre o resultado final buscado pela agente delituoso, (destruição física ou biológica) e sobre o respeito ao princípio da legalidade em matéria penal.

No que se refere ao princípio da soberania, hodiernamente este princípio não é considerado absoluto como o era anteriormente à eclosão da Segunda Guerra Mundial e aos julgamentos de Nuremberg. O respeito à soberania, enquanto pressuposto de não hierarquia entre os sujeitos no cenário internacional e como garantia de não intromissão nos assuntos internos de cada Estado é válido, porém ela não pode ser oponível quando se trata de um Estado cuja política seja a perseguição e extermínio de grupos, tal como o ocorrido no regime nazista alemão.

A abstração e as variadas aplicações do que é a cultura nos diversos ramos do saber, em igual medida não impede que seja extraído um conceito jurídico de cultura como bem relevante detentor da tutela penal, notadamente no âmbito da eleição de bens jurídicos caros à humanidade. A doutrina já considerada histórica tratando sobre o tema, a vasta legislação protetiva em sede de tratados internacionais e a proliferação de órgãos supranacionais relacionados a conservação do patrimônio cultural, tendo como organização máxima a UNESCO, oferecem o arcabouço para que se realize o corte necessário ao estudo da cultura enquanto objeto do Direito Penal Internacional.

Defende-se ainda a impossibilidade de tipificação do genocídio cultural por falta de requisitos materiais em que, uma vez que a intenção final do agente seria a destruição física ou biológica do grupo, o ataque à cultura seria um dos meios necessários a consecução deste intento, servindo de indício, jamais objeto do genocídio. O requisito material do genocídio cultural pode, entretanto se verificar no dolo específico, ou, como hodiernamente denominado, elemento subjetivo do injusto.

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

do que a destruição do "corpo" o que se procura é a anulação da "alma" de um grupo social.

Dentre os quatro argumentos contrários apresentados que negam a possibilidade de reconhecimento do genocídio cultural como crime autônomo, o mais consistente se refere à impossibilidade pela falta de previsão legal deste tipo de genocídio. Esta lacuna poderia ser preenchida apenas por lei, seja em sentido de lei escrita ou consuetudinária, tal como ocorre com a agressão ao patrimônio cultural em um cenário de conflito armado.

Uma vez que o Direito Penal consagra o respeito ao princípio da legalidade, verdadeira garantia do indivíduo ante o poder punitivo dos Estados, sob o mandamento de que “apenas as leis podem indicar as penas de cada delito (BECCARIA, 2014, p. 18) e o genocídio cultural ainda não se encontra descrito em lei, não se pode imputar penalmente ao sujeito esta conduta à título de crime específico. Esta lacuna poderá ser preenchida entretanto, se aplicado o disposto no artigo 123 do Estatuto do Tribunal penal Internacional (BRASIL, 2002):

Artigo 123

Revisão do Estatuto

1. Sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocará uma Conferência de Revisão para examinar qualquer alteração ao presente Estatuto. A revisão poderá incidir nomeadamente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no artigo 5º. A Conferência estará aberta aos participantes na Assembléia dos Estados Partes, nas mesmas condições.

2. A todo o momento ulterior, a requerimento de um Estado Parte e para os fins enunciados no parágrafo 1º, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, mediante aprovação da maioria dos Estados Partes, convocará uma Conferência de Revisão.

3. A adoção e a entrada em vigor de qualquer alteração ao Estatuto examinada numa Conferência de Revisão serão reguladas pelas disposições do artigo 121, parágrafos 3º a 7.

Ressalvas entretanto, devem ser feitas em relação a se a transferência forçada de crianças de um grupo para outro grupo, prevista em vários diplomas penais se enquadraria no crime de genocídio em sentido estrito, como de praxe ocorre, ou seria uma verdadeira tipificação do genocídio cultural, em razão de que tal conduta se traduz

em impedimento do acesso destas crianças, forçosamente deslocadas, à cultura de seus povos. A resposta até o momento é negativa, em função da posição topográfica da descrição deste tipo penal, geralmente disposto na modalidade do genocídio em sua forma biológica.

Conclusão: Genocídio cultural, um crime plausível.

No âmbito da jurisdição penal internacional, a previsão de um crime com o *nomen juris* de genocídio cultural é possível. Para que se caracterize este crime como qualquer ato destinado a destruir, no todo ou em parte, a cultura de um grupo em razão de nacionalidade, etnia, raça ou religião, é necessária a constatação de seu aspecto material, consistente em uma conduta livre e consciente, dotada da especificidade de dano ao patrimônio cultural, material ou imaterial, pelas razões supracitadas, independente da destruição física ou biológica destes grupos, cujos efeitos deste danos sejam sentidos pela comunidade internacional e, somando-se obrigatoriamente ainda, o aspecto formal, qual seja, a previsão legal.

A história em demasia apresenta exemplos de materialidade deste tipo genocídio em que, além da perseguição, a destruição de construções ou artefatos vão além do prejuízo material empiricamente observado. O que o agressor objetiva é o desaparecimento e a negação da existência da identidade cultural de um grupo para que dele não se tenha mais registro algum, tal como, ainda no século XXI, se verifica nos países da África e do Oriente Médio dominados por grupos extremistas, fato corriqueiramente denunciado pelas entidades internacionais, porém não se aplicando a repressão adequada.

Mesmo que agasalhado o genocídio cultural em todo o sua dimensão material, é imprescindível o respeito à legalidade, princípio basilar do Direito Penal, por meio da previsão legal. Além de garantia de direitos fundamentais do indivíduo, serve o princípio da legalidade à segurança jurídica, a prevenção de crimes e a legitimação da incidência penal, fazendo-se necessário para a concretização deste intento, a vontade dos atores políticos, no cenário internacional.

Referências

AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática.** Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer; Oficina Uruguay, 2005.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional. Sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia.** São Paulo: Manole, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Martin Claret, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Decreto 5.753, de 12 de abril de 2006. Promulga a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5753.htm>. Acesso em 20 set. 2016.

_____. Decreto nº 30.822, de 06 de maio de 1952. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. **Disponível em:** <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 12 set. 2016.

_____. **Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 08 set. 2016.

CANÊDO, Carlos. **O genocídio como crime internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CANTARELLI, Margarida. **Princípios decorrentes do pensamento de Francisco de Vitória.** In: *Duc in Altum*. Cadernos de Direito. Vol. 07. nº 11. Faculdade Damas da

Instituição Cristã. 2015. Disponível em: <<http://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/42/41>>. Acesso em 12 out. 2016.

CASTRO, Thales. **Teoria das Relações Internacionais**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.

CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência. Pesquisas de antropologia política**. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

CURTHOYS, Ann; Docker, John. **Genocide: definitions, questions, settler-colonies**. In: Aboriginal History. Vol. 25. Australian National University. 2001. Disponível em <<http://press-files.anu.edu.au/downloads/press/p72971/pdf/book.pdf?referer=1063>> .Acesso em 20 out. 2016.

EARLY, James Counts; MANION, Ryan F. Patrimônio Cultural Imaterial. **Patrimônio Cultural Imaterial Um Novo Horizonte para a Democracia Cultural**. In: Um legado vivo. Preservação do patrimônio imaterial. E Journal USA. Departamento de Estado dos EUA Volume 15. Número 8. U.S. Department of State: Washington, DC, 2010. Disponível em: <http://photos.state.gov/libraries/praiia/231771/PDFs/um_legado_vido.pdf>. Acesso em 29 set. 2016.

FEFERBAUM, Marina. **Proteção internacional dos direitos humanos. Análise do sistema africano**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **Para além da pedra e cal: por uma concepção ampla de patrimônio cultural**. In: Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos. ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.

FREELAND, Steven. **Direitos Humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais**. In: Sur - revista internacional de direitos humanos [online]. 2005, vol.2, n.2, p.p.118-145. Disponível em : <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a06v2n2.pdf>>. Acesso em 13 out. 2016.

GIL GIL, Alícia. **Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el estatuto de la Corte Penal Internacional**. In: La nueva justicia penal supranacional : desarrollos post-Roma. coord. por Kai Ambos. p.p. 65-104, 2002. Disponível em:

<http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/2%20alicia%20gil.pdf>. Acesso em 18 out. 2016.

GOMES, Inês de Melo e Silva. **A Protecção Internacional do Património Cultural em Caso de Conflito Armado**. 124 fls. Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências JurídicoPolíticas/ Menção em Direito Internacional Público e Europeu, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e orientada pelo Doutor Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida. Coimbra, 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30151/1/A%20proteccao%20internacional%20do%20patrimonio%20cultural%20em%20caso%20de%20conflito%20armado.pdf>>. Acesso em 18 out. 2016.

KRIEKEN, Robert Van. **Cultural genocide reconsidered**. *In*: Australian Indigenous Law Review. Vol. 12, Special Edition. Australasian Legal Information Institute. 2008. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUIndigLawRw/2008/11.pdf>>. Acesso em 25 out. 2016.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: Um Conceito Antropológico**. 14 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 25.

MINIUCI, Geraldo. **O genocídio e o crime de genocídio**. *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim, 83. mar-abr. 2010. Disponível em: <<http://www.cebrap.org.br/v3/arquivos/artigos/o-genocidio-e-crime-de-genocidio-1241.pdf>>. Acesso em 27 set. 2016.

ONU. United Nations. **International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991**. PROSECUTOR v. RADISLAV KRSTIC. Case n° IT-98-33-A. 2004. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>>. Acesso em 04 out. 2016.

OUTHWAIT, William; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do Pensamento Social do Século XX**. Trad. Álvaro Cabral e Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

SAW, Martin. **What is genocide**. Cambridge; Malden: Polity, 2007.

TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. **O registro como forma de proteção do patrimônio cultural imaterial**. *In*: Revista CPC. São Paulo. nº 4, p. 40-71. mai./out. 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cpc/article/view/15606/17180>>. Acesso em 15 set. 2016.

TYLOR, Edward B. **Primitive Culture: Researches in the Delelopment of Mithology, Philosophy, Religion, Art and Custom. Vol. I.** 3. ed. Londres: Bradbury, Evans and Co, Printers Whitefriars, 1920.

UNESCO. **Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura, reunida em Paris, de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001333/133369por.pdf>>. Acesso em 08 mai. 2016.

_____. **Convenção Para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial**. 2003. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540por.pdf>>. Acesso em 15 set. 2016.

_____. **Director-General Irina Bokova firmly condemns the destruction of Palmyra's ancient temple of Baalshamin, Syria**. Disponível em: <<http://en.unesco.org/news/director-general-irina-bokova-firmly-condemns-destruction-palmyra-s-ancient-temple-baalshamin>> . Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Heritage and Cultural Diversity at Risk in Iraq and Syria. International Conference UNESCO Headquarters, Paris 3 December 2014 Room II 2.30 – 5.30 pm**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002325/232562e.pdf>>. Acesso em 18 out. 2016.

_____. **Members States**. Disponível em: <<http://en.unesco.org/countries/member-states>> . Acesso em 19 set. 2016.

WILL, Karhen Lola Porfírio. **Um retrato do genocídio cultural no campo jurídico internacional**. *In*: Revista dos Tribunais. Vol. 969. Ano 105. p. 111-130. São Paulo: Revista do Tribunais, jul. 2016.

ZANIRATO, Silvia Helena; RIBEIRO, Wagner Costa. **Patrimônio cultural: a percepção da natureza como um bem não renovável.** *In:* Revista Brasileira de História. Vol. 26. nº 51. São Paulo. jan/jun. 2006. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882006000100012&script=sci_arttext#back1>. Acesso em 01 set. 2016.