PALESTINA E TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL:

RETORNO A UMA SAGA JUDICIAL

CATHERINE MAIA

Se tomarmos a declaração de independência do Estado de Israel de 1948 como ponto de partida da formalização do conflito israelo-palestino, deparamo-nos com um dos conflitos internacionais contínuos os mais antigos e os mais vivos[1], bem como o único conflito assimétrico que, após mais de meio século, não encontrou saída[2].

Numa altura em que o Tribunal Penal Internacional (TPI) sofre críticas por vezes duras quanto à sua imparcialidade, principalmente por causa do seu foco no continente Africano[3], a ação da Palestina aparece como um verdadeiro desafio para consolidar a credibilidade da justiça penal internacional e avançar rumo à universalização do Estatuto de Roma, bem como um marco decisivo para a evolução do conflito israelo-palestino,

[1] Ver M. EYNARD, «La relation juridique entre la Palestine et le Procureur de la Cour pénale internationale», *in* T. GARCIA (dir.), *La Palestine : d'un État non membre de l'Organisation des Nations Unies à un État souverain ?*, Paris, Pedone, 2016, p. 95.

[2] R. CHARVIN, «Droit international et conflit israélo-palestinien», comunicação apresentada no colóquio «Où en est la Palestine ?», organizado por R. PORTEILLA e P. ICARD, na Universidade de Bourgogne (França), em 18 de novembro de 2014.

[3] Ver C. MAIA, K. HAMA, «La Cour pénale internationale vue d'Afrique : organe juridictionnel ou organe politique ?», *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 32, 2012, pp. 75-98. Um novo limiar de insatisfação dos líderes africanos foi franqueado com os processos sucessivamente lançados pelo TPI contra o Presidente do Sudão, Omar al-Bashir, em 2009, e depois contra o Presidente do Quênia, Uhuru Kenyatta, e do líder líbio, Muammar Gaddafi, em 2011. Enquanto era encerrado o caso contra Muammar Gaddafi, em novembro de 2011, após a sua morte, e a Procuradora decidia, em dezembro de 2014, o abandono das acusações contra o Presidente queniano em exercício, por falta de provas suficientes num caso em que a cooperação do Quênia foi escassa, o Presidente sudanês, participou oficialmente, em junho de 2015, na 25ª cimeira da União Africana sem ser inquietado pelas autoridades anfitriãs sul-africanas. Este evento foi uma oportunidade para o Presidente da União Africana de ameaçar novamente a retirada do Estatuto do TPI pelo conjunto dos 34 países africanos que são atualmente partes, com vista à criação alternativa de um futuro Tribunal Africano de Justiça e direitos Humanos.

para o reconhecimento da Palestina como Estado na cena internacional[4] e, mais geralmente, para a paz no Médio Oriente. Na origem de duas declarações de aceitação da jurisdição do TPI[5] antes de se tornar membro em 1 de abril de 2015, tratar-se-á de analisar os efeitos das diferentes diligências da verdadeira saga judicial iniciada pela Palestina na perspetiva do julgamento dos autores dos crimes internacionais cometidos no seu território. Longe de se inscreverem na trama linear de um longo rio tranquilo, estas diligências refletem as hesitações de um Governo dividido, a braços com uma realidade complexa e tensa no terreno, perante a qual a exacerbação das tomadas de posição torna qualquer análise académica das mais delicadas[6].

1. A declaração de aceitação da jurisdição do TPI de 2009

Para aceitar a jurisdição do TPI, os Estados podem trilhar dois caminhos: quer o da ratificação do Estatuto de Roma de 1998, tornando-se partes; quer, mantendo-se terceiros, o de uma declaração *ad hoc* de aceitação da jurisdição do Tribunal, que pode ser emitida

[4] Sobre esta questão, ver, nomeadamente: C. MAIA, «Les positions politiques et les justifications juridiques des États au regard de la reconnaissance (ou non reconnaissance) de la qualité d'État de la Palestine», *in* T. GARCIA (dir.), *La Palestine : d'un État non membre de l'Organisation des Nations Unies à un État souverain ?*, Paris, Pedone, 2016, pp. 95-125; Y. RONEN, «Recognition of the State of Palestine: Still too Much too Soon?», *in* C. CHINKIN, F. BAETENS (eds.), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 229-247; R. BERMEJO GARCÍA, «¿Es Palestina un Estado? Reflexiones a la luz del derecho internacional y de la práctica europea sobre los acontecimientos recientes en torno al reconocimiento de un Estado palestino», *Revista de Estudios Europeos*, vol. 65, 2014, pp. 9-40.

[5] Ver M.M. EL ZEIDY, «*Ad hoc* Declarations of Acceptance of Jurisdiction: The Palestinian Situation under Scrutiny», *in* C. STAHN (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 179-209.

[6] Entre a abundante literatura alimentada por esta saga judicial, ver, nomeadamente: J. QUIGLEY, «Palestine is a State so the Consent Declaration is a Valid Basis for Investigation by the ICC», *in* R.H. STEINBERG (ed.), *Contemporary Issues facing the International Criminal Court*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2016, pp. 39-50; C. MELONI, G. TOGNONI (eds.), *Is There a Court for Gaza? A Test Bench for International Justice*, The Hague, TMC Asser Press, 2012; J. DUGARD, «Palestine and the International Criminal Court: Institutional Failure or Bias?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 563-570; A. ZIMMERMANN, «Palestine and the International Criminal Court *Quo Vadis*? Reach and Limits of Declarations Under Article 12(3)», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 303-329; M.C. KEARNEY, «Palestine and the International Criminal Court», *in Palestine and International Law: New Approaches. Proceedings of the Conference held in Birzeit University, on 24-26 September 2010*, Birzeit, Birzeit University, Institute of Law, 2011, pp. 137-148; W.T. WORSTER, «The Exercise of Jurisdiction by the International Criminal Court over Palestine», *The American University International Law Review*, vol. 26, 2011, pp. 1153-1209; D. BENOLIEL, R. PERRY, «Israel, Palestine, and the ICC», *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, 2010, pp. 73-127.

pelo ministro da Justiça ou dos Negócios Estrangeiros em exercício[7]. Esta segunda opção, pouco formal e de uma grande flexibilidade, tem por objetivo evitar que um Estado, no território do qual crimes da jurisdição do TPI foram cometidos, se encontre na incapacidade de recorrer ao mesmo devido a perturbações institucionais graves decorrentes de uma situação de conflito armado[8].

Em relação à Palestina, o recurso ao TPI é plural com uma primeira declaração aceitando a jurisdição deste Tribunal em 2009. Depois da operação israelense "Chumbo endurecido" em Gaza, entre dezembro de 2008 e janeiro de 2009, o ministro palestino da Justiça, Ali Khashan, veio entregar pessoalmente em Haia, em 22 de janeiro de 2009, uma declaração de aceitação da jurisdição do TPI "for an indeterminate duration", segundo a qual "the Government of Palestine hereby recognizes the jurisdiction of the Court for the purpose of identifying, prosecuting and judging the authors and accomplices of acts committed on the territory of Palestine since 1 July 2002"[9]. Na ausência de limitação temporal à aceitação da jurisdição do TPI pela Palestina, o Procurador será competente para investigar e processar os crimes cometidos no território palestino desde a data de entrada em vigor do Estatuto de Roma, ou seja, a 1 de julho de 2002[10]. Além disso, em consonância com o artigo 12-3 do Estatuto de Roma, segundo o qual a jurisdição do TPI pode ser estabelecida quando um Estado que aceitou a sua jurisdição dispõe, quer de um

[7] De acordo com o artigo 12-3 do Estatuto de Roma: "If the acceptance of a State which is not a Party to this Statute is required (…), that State may, by declaration lodged with the Registrar, accept the exercise of jurisdiction by the Court with respect to the crime in question. The accepting State shall cooperate with the Court without any delay or exception (…)".

[8] Além da Palestina, dois outros Estados não partes ao Estatuto de Roma optaram por apresentar junto do Secretário do TPI uma declaração *ad hoc*. Tal é o caso da Costa do Marfim que, por uma declaração datada de 18 de abril de 2003, aceitou o exercício da jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes alegadamente cometidos no seu território desde 19 de setembro de 2002. Tal é também o caso da Ucrânia que, por uma declaração datada de 25 de fevereiro de 2014, aceitou o exercício da jurisdição do Tribunal sobre crimes alegadamente cometidos no seu território entre 21 de novembro de 2013 e 22 de fevereiro de 2014.

[9] Governo da Palestina, «Declaration recognizing the jurisdiction of the International Criminal Court», 21 de janeiro de 2009.

[10] Tal como a declaração palestina de 2009, a declaração de aceitação da jurisdição do TPI, emitida em 2003 pelo Governo da República da Costa do Marfim por intermédio do seu Ministro dos Negócios Estrangeiros, foi feita por "an indefinite period". Esta declaração visava inicialmente a crise político-militar que se seguiu à tentativa de golpe de Estado de 19 de setembro de 2002 contra o então Presidente em exercício, Laurent Gbagbo. Após as eleições de 2010, foi confirmada pelo novo Presidente da República da Costa do Marfim, Alassane Ouattara, em 14 de dezembro de 2010 e depois em 3 de maio de 2011, fornecendo a base para o julgamento de Laurent Gbagbo pelo TPI por crimes cometidos em 2010 e 2011, antes de a Costa do Marfim decidir ratificar o Estatuto de Roma em 15 de fevereiro de 2013.

título territorial[11] quer de um título pessoal, o Tribunal poderá também exercer a sua jurisdição relativamente a crimes ou pessoas sob a jurisdição respetiva de Estados que não aceitaram nem ratificaram o seu Estatuto[12]. Tal é o caso de Israel, que assinou o Estatuto de Roma, em 31 de dezembro de 2000, antes de anunciar a sua vontade de não

[11] Neste caso, independentemente da questão de saber se, tal como é hoje reconhecido por uma grande maioria de países, a Palestina é de facto um Estado, é inegável que esta é a única a deter um título territorial no seu território e na sua população. É neste sentido que decidiu o TJCE no seu acórdão proferido em 25 de fevereiro de 2010, no caso *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen* (C-386/08), no qual afirmou que as autoridades aduaneiras palestinas são as únicas a poderem exercer sobre as mercadorias produzidas no seu território – incluindo as parcelas ocupadas – as competências previstas no Protocolo CE-OLP de 1997 e, portanto, que o artigo 83 do Acordo de Associação CE-Israel, que define o âmbito de aplicação territorial deste acordo, deve ser interpretado em conformidade com o princípio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*:

"46. (…) it is common ground that the European Communities concluded two Euro-Mediterranean Association Agreements, first with the State of Israel and then with the PLO for the benefit of the Palestinian Authority of the West Bank and the Gaza Strip.

47. Each of those two association agreements has its own territorial scope. Under Article 83 thereof, the EC-Israel Association Agreement applies to the 'territory of the State of Israel'. Under Article 73 thereof, the EC-PLO Association Agreement applies to the 'territories of the West Bank and the Gaza Strip'.

48. That being so, those two association agreements pursue an identical objective – referred to in Article 6(1) of the EC-Israel Association Agreement and Article 3 of the EC-PLO Association Agreement, respectively – which is to establish and/or reinforce a free trade area between the parties. They also have the same immediate purpose – defined, for industrial products, in Article 8 of the EC-Israel Association Agreement and in Articles 5 and 6 of the EC-PLO Association Agreement, respectively – which is to abolish customs duties, quantitative restrictions and other measures having equivalent effect in relation to trade between the parties to each of those agreements. (…)

51. It follows from the foregoing that the 'customs authorities of the exporting [State]', within the meaning of the two protocols mentioned above, have exclusive competence – within their territorial jurisdiction – to issue movement certificates EUR.1 or to approve exporters based in the territory under their administration.

52. Accordingly, to interpret Article 83 of the EC-Israel Association Agreement as meaning that the Israeli customs authorities enjoy competence in respect of products originating in the West Bank would be tantamount to imposing on the Palestinian customs authorities an obligation to refrain from exercising the competence conferred upon them by virtue of the abovementioned provisions of the EC-PLO Protocol. Such an interpretation, the effect of which would be to create an obligation for a third party without its consent, would thus be contrary to the principle of general international law, *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, as consolidated in Article 34 of the Vienna Convention".

[12] Ao contrário de algumas jurisdições, incluindo o TIJ, perante as quais a reciprocidade do consentimento é essencial, esta não é uma condição de exercício da jurisdição do TPI, como demonstrado pelo artigo 13-b do Estatuto de Roma que dá a possibilidade ao Conselho de Segurança, agindo ao abrigo do capítulo VII da Carta da ONU, submeter uma situação ao Procurador. Esta rejeição do princípio de reciprocidade é explicada pelo desejo dos autores do Estado de Roma de evitar que um Estado possa unilateralmente bloquear a jurisdição do TPI e, consequentemente, aumentar a eficácia da luta contra a impunidade.

se tornar parte em 28 de agosto de 2002[13]. Qualquer seletividade sendo de excluir, o TPI teria competência para investigar, processar e julgar todos os responsáveis por factos incriminados pelo seu Estatuto (princípio da personalidade ativa) e cometidos no território palestino (princípio da territorialidade). Concretamente, estão aqui em causa tanto cidadãos israelenses como palestinos, ou até de outras nacionalidades. Isto mostra o quanto a arma da justiça penal internacional pode ser de dois gumes.

Em 3 de abril de 2009, ou seja, apenas alguns meses após a entrega pela Palestina da sua declaração de aceitação da jurisdição do TPI, o Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas criou a Missão internacional independente de averiguação dos factos relativos ao conflito de Gaza. Liderada por Richard Goldstone[14], esta Missão foi investida com o mandato de "investigate all violations of international human rights law and international humanitarian law that might have been committed at any time in the context of the military operations that were conducted in Gaza during the period from 27 December 2008 and 18 January 2009, whether before, during or after" correspondentes à operação israelense "Chumbo endurecido". O relatório dessa Missão, tornado público em 25 de setembro de 2009, continha elementos de provas *prima facie* da prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade[15]. Recordando a obrigação dos Estados de investigar alegações de violações graves do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, também foi o primeiro relatório internacional a abordar a questão dos procedimentos nacionais iniciados na sequência de tais alegações e a constatar a sua falta de conformidade com as normas internacionais[16].

[13] Semelhante à abordagem adotada pelos Estados Unidos em 6 de maio de 2002, o Governo de Israel enviou, em 28 de agosto do mesmo ano, uma comunicação ao Secretário-geral da ONU, na sua qualidade de depositário, a fim de proclamar que "Israel does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, Israel has no legal obligations arising from its signature on 31 December 2000".

[14] Richard Goldstone, cujo nome ficou associado ao relatório apresentado em 2009 por esta Missão, foi juiz do Tribunal Constitucional da África do Sul e Procurador do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Em 1 de abril de 2011, num artigo que causou grande alvoroço no momento da sua publicação no *Washington Post*, «Reconsidering the Goldstone Report on Israel and War Crimes», ele retraiu-se sobre um ponto específico do relatório, afirmando que a comissão de inquérito que tinha presidido não tinha provas suficientes para afirmar com certeza que Israel tinha matado civis intencionalmente.

[15] Conselho dos Direitos Humanos, *Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, A/HRC/12/48, 25 de setembro de 2009 (ver, em particular, as conclusões, §§ 1874ss)

[16] A missão concluiu, por um lado, "that there are serious doubts about the willingness of Israel to carry out genuine investigations in an impartial, independent, prompt and effective way as required by international

Se a declaração palestina era destinada a fundamentar a jurisdição do TPI, ela não garantia, *per se*, que os alegados crimes sejam investigados e processados pelo Tribunal. Duas razões para isso, que marcam uma diferença nítida entre Estados partes e Estados não partes: por um lado, os Estados terceiros ao Estatuto de Roma não podem submeter uma situação ao Procurador[17]; por outro lado, no caso de o Procurador escolher não processar, os Estados terceiros estão privados da faculdade de solicitar à Câmara Preliminar que reconsidere tal decisão[18], do mesmo modo que a Câmara Preliminar não tem a possibilidade de convidar o Procurador a reconsiderar a sua decisão de abrir ou não uma investigação ou de processar ou não à luz de novos factos ou informações[19].

Uma vez recebida a declaração do Estado, o Gabinete do Procurador deve examinar todos os elementos destinados a estabelecer a jurisdição do TPI[20], nomeadamente se crimes da sua competência foram cometidos[21] e, em caso afirmativo, em conformidade

law" (*ibid*, § 1832) e, por outro lado, que ela "is unable to consider the measures taken by the Palestinian Authority as meaningful for holding to account perpetrators of serious violations of international law and believes that the responsibility for protecting the rights of the people inherent in the authority assumed by the Palestinian Authority must be fulfilled with greater commitment" (*ibid*, § 1848). Consciente da importância do princípio da complementaridade no funcionamento do TPI, Israel, após a publicação do Relatório Goldstone, criou a Comissão Turkel, em junho de 2010, para investigar as circunstâncias do apresamento da flotilha de Gaza no mês anterior. No seu relatório publicado em janeiro de 2011, a Comissão de inquérito concluiu que o exército israelita tinha considerado todos os parâmetros numa situação onde teve que lidar com uma violência extrema e inesperada. Além disso, num segundo relatório de fevereiro de 2013, a Comissão de inquérito constatou que os mecanismos de investigação israelitas estavam em conformidade com o direito internacional, apresentando, no entanto, 18 recomendações para melhorar o sistema judiciário nacional (The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010 – The Turkel Commission, *Second Report Israel's Mechanisms for Examining and Investigating Complaints and Claims of Violations of the Laws of Armed Conflict According to International Law*, « Chapter D: Do the Examination and Investigation Mechanisms in Israel Concerning Complaints and Claims of Violations of International Humanitarian Law Conform to Israel's Obligations Under International Law? », pp. 360ss).

[17] Estatuto de Roma, artigo 14, *a contrario*.

[18] Estatuto de Roma, artigo 53-3-a.

[19] Estatuto de Roma, artigo 53-4.

[20] Após a apresentação da primeira declaração palestina de 2009, o Gabinete do Procurador recebeu mais de 400 comunicações relativas a crimes alegadamente cometidos na Palestina. Além disso, examinou vários relatórios públicos e realizou uma mesa-redonda, em 20 de outubro de 2010, com vários especialistas e ONGs que vieram expor as suas observações na sede do TPI. A diversidade das personalidades e das ONGs que entraram em contato com o TPI nesta ocasião demonstra quanto as expetativas e esperanças eram então fortes.

[21] No plano da competência *ratione materiae* do TPI, o relatório Goldstone emitido em 2009 pela Missão de averiguação dos factos sobre o conflito em Gaza, entre outras fontes, permite estimar razoavelmente que crimes cumprindo os requisitos do artigo 5 do Estatuto de Roma foram cometidos por ambos os lados durante a operação "Chumbo endurecido" em 2009.

com o princípio da complementaridade, se processos penais foram iniciados a nível nacional para julgar os alegados crimes. Mais especificamente, ele deve examinar se a declaração de reconhecimento da jurisdição do TPI cumpre os requisitos do Estatuto de Roma, o qual só aceita declarações de aceitação por parte de Estados. Confrontado com esta questão da qualidade de Estado da Palestina – questão controversa que continua a dividir os próprios Estados como o demonstra a sua falta de reconhecimento unânime na cena internacional –, algum embaraço foi rapidamente percetível. Assim, o Secretário acusou receção da declaração palestina em 23 de janeiro de 2009, "without prejudice to a judicial determination on the applicability of Article 12 paragraph 3" do Estatuto Roma a esta declaração. Posteriormente, durante três anos, de janeiro de 2009 a abril de 2012, o Procurador do TPI, Luis Moreno Ocampo, instruiu a situação palestina, antes de suspender a sua análise preliminar em 12 de abril de 2012, tendo em conta que era duvidosa a qualidade de Estado da Palestina, então mera entidade observadora na ONU[22], e de remeter esta questão para os "competent organs of the United Nations or the Assembly of States Parties"[23].

Tal posição, vindo assim bloquear a iniciativa palestina, tem sido criticada na doutrina. Vários autores têm argumentado que não era necessário que o TPI se pronunciasse *in abstracto* sobre a natureza de Estado da entidade palestina e, portanto, que "reconhecesse" um Estado palestino. Esta qualificação é da competência de cada Estado nas suas relações bilaterais. No âmbito do TPI, uma "abordagem teleológica e funcional"[24] teria sido suficiente para lhe permitir determinar se as condições para o

[22] TPI, Gabinete do Procurador, «Situation in Palestine», comunicado de imprensa, 3 de abril de 2012, § 4.
[23] *Ibid*., § 6. É afirmado que a "competence for determining the term 'State' within the meaning of Article 12 rests, in the first instance, with the United Nations Secretary General who, in case of doubt, will defer to the guidance of General Assembly. The Assembly of States Parties of the Rome Statute could also in due course decide to address the matter in accordance with article 112(2)(g) of the Statute" (*ibid*, § 5).
[24] A. PELLET, «Les effets de la reconnaissance par la Palestine de la compétence de la Cour pénale internationale», *in Mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh. Droit, liberté, paix, développement*, Paris, Pedone, 2011, p. 328 (tradução nossa). Longe de ser marginal, uma tal abordagem funcional é prevalente em direito internacional, como evidenciado pelos numerosos instrumentos que, de acordo com uma fórmula habitual, definem os seus conceitos-chave para os efeitos da convenção em causa (*ibid*., pp. 329-330). Esta abordagem também é particularmente justificada aqui pelo facto de que, "par sa nature même, le Statut [de Rome] a pour objet la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble" (*ibid*., p. 342). Além disso, a própria definição do Estado não escapa completamente: "le droit international contemporain dessine l'État sous la forme d'une figure à géométrie variable, dont le tracé des contours dépend de la matière impliquée, et il le relègue au simple rang d'une 'notion' dont l'interprétation dépend de 'l'économie et de l'objectif des dispositions' au sein desquelles elle figure (...). Les confins de

exercício da sua competência, tal como previstas pelo Estatuto, estavam reunidas no presente caso. Por outras palavras, de acordo com o princípio geral do contencioso internacional da *kompetenz kompetenz*, como juiz da sua competência, o próprio Estatuto do TPI[25], no seu artigo 19-1, exige que este se pronuncie sobre a sua jurisdição. Cabia, portanto, ao Procurador decidir se a Palestina podia ser considerada como um Estado no sentido específico do artigo 12-3 do Estatuto, e não *in abstracto*, na aceção do direito internacional geral[26]. Na falta de decisão, o mesmo deveria ter solicitado as câmaras para permitir uma determinação judicial[27]. É interessante salientar que é precisamente neste sentido que se pronunciou o Secretário do Tribunal que, no momento em que acusou receção da declaração palestina de 2009, indicou que essa declaração palestina era registrada "without prejudice to a judicial determination on the applicability of Article 12 paragraph 3"[28]. Mais amplamente, considerar a declaração palestina como inválida significava consagrar os territórios ocupados por Israel como uma zona de impunidade já que, além da hipótese totalmente improvável de um encaminhamento da situação pelo Conselho de Segurança, nenhum Estado, parte ou declarante, poderia em seguida reconhecer a jurisdição do TPI sobre os crimes cometidos nesses territórios.

2. A declaração de aceitação da jurisdição do TPI de 2014

Um segundo recurso ao TPI ocorreu em 31 de dezembro de 2014, seguindo o mesmo caminho que o primeiro. Entre 2009 e 2014, um evento significativo sucedeu com a votação na Assembleia Geral, em 29 de novembro de 2012, a favor da adesão da

l'État n'en sont pas moins mouvants, son 'périmètre' n'a rien d'une frontière intangible et physiquement bornée. Le droit international appréhende l'État comme une entité qu'il peut lui-même modeler (…) et ce dernier est, dans le droit international contemporain, de plus en plus souvent appréhendé différemment selon la norme appliquée" (M. FORTEAU, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, vol. 4, 2007, pp. 762-763).

[25] Recorda-se que, entre o direito aplicável, o TPI aplica em primeiro lugar o Estatuto de Roma, de acordo com o seu artigo 21-1-a.

[26] É neste sentido que o TPI teve a oportunidade de proclamar que, "irrespective of the terms of Article 19(1) of the Statute, every international court has power to determine its own jurisdiction, even when there is no explicit provision to that effect" (*Situation in the Central African Republic, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo*, Câmara Preliminar III, ICC-01/05-01/08-14, 10 de junho de 2008, § 11).

[27] Estatuto de Roma, artigo 19-3: "The Prosecutor may seek a ruling from the Court regarding a question of jurisdiction or admissibility".

[28] TPI, Secretário, 2009/404/SA/LASS, 23 de janeiro de 2009.

Palestina à ONU não como Estado membro, como o desejava o Presidente Mahmoud Abbas, mas como Estado observador não-membro da ONU[29]. Tal estatuto afastava, portanto, qualquer dúvida quanto à natureza de Estado da Palestina e abria-lhe a porta para a ratificação de convenções internacionais, entre as quais o Estatuto de Roma. Em abril de 2014, a Palestina ratificou 22 tratados, incluindo as Convenções de Genebra de 1949, mas excluindo o Estatuto de Roma cuja ratificação foi adiada pelo Governo palestiniano, como se fosse uma "opção nuclear" de último recurso.

Desta vez é o próprio Presidente palestino, Mahmoud Abbas, que assinou a segunda declaração *ad hoc* pela qual a Palestina reconhecia a jurisdição do TPI "for the purpose of identifying, prosecuting and judging the authors and accomplices of crimes within the jurisdiction of the Court committed in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, since 13 June 2014"[30].

Se o novo encaminhamento ao TPI segue o mesmo caminho que o primeiro, ele difere em vários aspetos. *Ratione loci*, em vez do território da Palestina, é doravante o território palestino ocupado assim como Jerusalém Oriental que são objeto de uma referência explícita. *Ratione temporis*, se a segunda declaração, como a primeira, é válida por um período indefinido, o cursor do ponto de partida da jurisdição do TPI é avançado 12 anos mais tarde, para 13 de junho de 2014.

De muitas maneiras, a escolha desta nova data não é anódina. Pois, foi em 13 de junho de 2014, ou seja, no dia após o sequestro e depois o assassinato de três dos seus jovens cidadãos, que Israel lançou na Faixa de Gaza a operação militar "Barreira de proteção", apenas 11 dias depois de a Palestina conseguir formar um Governo de unidade nacional reunindo o Fatah e o Hamas. Esta nova operação militar, que durou o dobro do tempo que a de 2009, foi muito mais mortal e devastadora. Por conseguinte, sem esperar o fim das hostilidades, o Conselho dos Direitos Humanos da ONU decidiu criar, em 23 de julho de 2014, uma Comissão de inquérito internacional independente, fixando o dia 13 de junho como data de início do seu mandato. Os objetivos da Comissão eram "to investigate all violations of international humanitarian law and international human rights

[29] A Resolução 67/19 sobre o «O Estatuto da Palestina nas Nações Unidas» recebeu 138 votos a favor, 9 contra e 41 abstenções.

[30] Presidente do Estado de Palestina, «Declaration accepting the jurisdiction of the International Criminal Court», 31 de dezembro de 2014.

law in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, particularly in the occupied Gaza Strip, in the context of the military operations conducted since 13 June 2014, whether before, during or after, to establish the facts and circumstances of such violations and of the crimes perpetrated and to identify those responsible, to make recommendations, in particular on accountability measures, all with a view to avoiding and ending impunity and ensuring that those responsible are held accountable, and on ways and means to protect civilians against any further assaults"[31]. O relatório da Comissão, publicado em 24 de junho de 2015, destacou graves violações do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário cometidas por ambos os lados, incluindo possíveis crimes de guerra[32].

O destino da declaração de 2014 foi melhor que o da anterior declaração de 2009. Em 7 de janeiro de 2015, o Secretário do TPI enviou uma carta ao Governo da Palestina informando da aceitação desta declaração e da sua transmissão para exame à nova Procuradora, Fatou Bensouda[33]. Antes da sua recepção, esta última tinha-se mostrado favorável a uma tal abordagem. Assim, num artigo publicado a 29 de agosto de 2014 no jornal britânico *The Guardian*, ela desmentiu os rumores de que as pressões sobre o Tribunal teriam levado o anterior Procurador a rejeitar a declaração palestina de 2009. Comentando os motivos da rejeição, ela proclamou claramente que se a alteração do estatuto da Palestina na ONU, em novembro de 2012, – de entidade observadora para Estado observador não-membro – não poderia retroativamente validar a declaração de 2009, o caminho da ratificação do Estatuto de Roma ou de uma nova declaração era agora possível[34].

[31] Conselho dos Direitos Humanos, Resolução S-21/1, «Ensuring respect for international law in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem», 24 de julho de 2014, § 13. As expressões escolhidas para descrever o mandato da Comissão de inquérito – tal como "to identify those responsible", "with a view to avoiding and ending impunity and ensuring that those responsible are held accountable" – têm uma conotação penal que lembra a função do TPI.

[32] Conselho dos Direitos Humanos, *Report of the Independent Commission of Inquiry Established pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/1*, 24 de junho de 2015: "the commission was able to gather substantial information pointing to serious violations of international humanitarian law and international human rights law by Israel and by Palestinian armed groups. In some cases, these violations may amount to war crimes" (§ 74).

[33] Fatou Bensouda substituiu Luis Moreno Ocampo na função de Procurador do TPI em 15 de junho de 2012.

[34] F. BENSOUDA, «Fatou Bensouda: The Truth about the ICC and Gaza», *The Guardian*, 29 de agosto de 2014:

3. A adesão ao Estatuto de Roma em 2015

Ultimamente, foi dado um passo adicional com a adesão da Palestina ao Estatuto de Roma[35], em 1 de abril de 2015, elevando para 123 o número total de Estados Partes. Mais uma vez, a data não é anódina. Além do impasse sem fim do conflito israelo-palestino podendo fazer com que a justiça penal internacional apareça como uma arma de último recurso, a adesão palestina ocorreu após a rejeição do Conselho de Segurança de adotar uma resolução apelando à criação de um Estado palestino independente dentro de um ano[36].

Esta adesão, fortemente criticada pelas autoridades israelenses como um ato hostil, não equivale a um recurso por uma declaração *ad hoc*. *Ratione materiae*, ela abre o caminho para o encaminhamento ao TPI da "situação" palestina na sua totalidade, sem a possibilidade de restringi-la a factos específicos. *Ratione temporis*, ela torna o TPI competente a partir de 1 abril de 2015, sem a possibilidade de julgar retroactivemente atos praticados antes dessa data (mas depois de 1 de julho de 2002, data objetiva de

"In November 2012, Palestine's status was upgraded by the UN General Assembly to 'non-member observer State' through the adoption of Resolution 67/19. My office examined the legal implications of this development and concluded that while this change did not retroactively validate the previously invalid 2009 declaration, Palestine could now join the Rome Statute.

That Palestine has signed various other international treaties since obtaining this 'observer State' status confirms the correctness of this position. Nonetheless, to date, the statute is not one of the treaties that Palestine has decided to accede to, nor has it lodged a new declaration following the November 2012 General Assembly resolution. It is a matter of public record that Palestinian leaders are in the process of consulting internally on whether to do so; the decision is theirs alone and as ICC Prosecutor, I cannot make it for them".

[35] De acordo com o artigo 126-2 do Estatuto de Roma: "For each State ratifying, accepting, approving or acceding to this Statute after the deposit of the 60th instrument of ratification, acceptance, approval or accession, the Statute shall enter into force on the first day of the month after the 60th day following the deposit by such State of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession". A Palestina tendo aderido ao Estatuto de Roma em 2 de janeiro de 2015, o mesmo entrou em vigor em 1 de abril de 2015 para este Estado.

[36] Conselho de Segurança, projeto de Resolução S/2014/916, 30 de dezembro de 2014. Apenas 8 membros do Conselho de Segurança, em vez dos 9 necessários para constituir uma maioria, votaram a favor do texto palestino apresentado pela Jordânia (incluindo China, França e Rússia), 2 votaram contra (Austrália e EUA) e 5 abstiveram-se (Lituânia, Nigéria, República da Coreia, Reino Unido e Ruanda). Este projeto de resolução proclamava "the urgent need to attain, no later than 12 months after the adoption of this resolution, a just, lasting and comprehensive peaceful solution that brings an end to the Israeli occupation since 1967 and fulfills the vision of two independent, democratic and prosperous States, Israel and a sovereign, contiguous and viable State of Palestine living side by side in peace and security within mutually and internationally recognized borders" (§ 1).

entrada em vigor do Estatuto de Roma). Este limite em relação ao Estado declarante é, no entanto, compensado pelo benefício significativo para o Estado parte de poder recorrer à Câmara Preliminar, com vista a pedir ao Procurador para reconsiderar a sua eventual rejeição de não processar[37].

Com esta adesão, o objetivo declarado dos Palestinos é fazer julgar os líderes israelenses pelos seus crimes internacionais, ligados ou não com a ocupação, pelo TPI, ou seja, por um tribunal independente e permanente, que tem jurisdição sobre os indivíduos (e não os Estados) autores dos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional como um todo (genocídios, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressões).

A faculdade para a Palestina de encaminhar a sua situação ao TPI terá, sem dúvida, implicações diplomáticas consideráveis para as suas relações com Israel e as negociações que devem levar à criação de dois Estados[38]. Uma vez a máquina judicial lançada, nenhuma marcha atrás será possível, mesmo por considerações relacionadas com a paz. Isso mostra o quanto esta deve ser manuseada com extrema cautela, e o quanto o uso que os Palestinos farão permanece ainda incerto[39].

4. Do exame preliminar a um possível inquérito

Seja qual for o caminho seguido para recorrer ao TPI, o percurso que vai desde a abertura de um exame preliminar até ao inquérito, e depois ao julgamento, é muitas vezes longo e complexo.

[37] Estatuto de Roma, artigo 53-3-a: "At the request of the State making a referral under Article 14 or the Security Council under Article 13, paragraph (b), the Pre-Trial Chamber may review a decision of the Prosecutor (…) not to proceed and may request the Prosecutor to reconsider that decision".

[38] Algumas personalidades manifestaram a sua preocupação acerca da opção do TPI. Tal é o caso, nomeadamente, de Nabil Abuznaid, o embaixador da Palestina na Holanda: "if we realize the ICC option, what then? How would we go forward with the peace process? The day we sign, things will be different between us and the Israelis"; "This is not the Palestinian preferred choice because going to the ICC is the final divorce: one-way move, no way back" (C. LIPHSHIZ, «For Ramallah's Man in The Hague, ICC Drive is Reluctant Duty», *Jewish Telegraphic Agency*, 14 de outubro de 2014).

[39] Alguns salientaram a terrível eficácia desta "arma" : "La Cour pénale internationale est la seule menace que le Gouvernement israélien prenne au sérieux. Entre janvier 2009 et avril 2012, l'armée israélienne n'a mené aucune opération d'envergure à Gaza. Après avril 2012, avec l'éloignement des poursuites, elle a recommencé à agresser la population de Gaza dès novembre 2012" (G. DEVERS, C. OBERLIN, «Plainte du ministre de la Justice de Palestine et du Procureur général de la Cour de Gaza auprès de la CPI», *Médiapart*, 4 de agosto de 2014).

A abertura de um exame preliminar

De acordo com o artigo 53-1 do Estatuto de Roma, o Procurador decidirá abrir um exame preliminar depois de ter considerado cumulativamente os seguintes elementos: "(a) The information available to the Prosecutor provides a reasonable basis to believe that a crime within the jurisdiction of the Court has been or is being committed; (b) The case is or would be admissible under article 17 [complementarity and gravity]; and (c) Taking into account the gravity of the crime and the interests of victims, there are nonetheless substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice".

Assim, para além dos casos em que uma investigação seria suscetível de não servir os interesses da justiça[40] – hipótese que nunca se apresentou até agora – cabe ao Procurador verificar que duas condições estão preenchidas.

Em primeiro lugar, deve haver uma "base razoável" para acreditar que um crime da jurisdição do TPI foi ou está a ser cometido. Por outras palavras, "there must be a reasonable basis to believe that the information fulfils all jurisdictional requirements, namely, temporal, subject-matter, and either territorial or personal jurisdiction"[41].

Não sendo o exame preliminar um inquérito, não se trata de identificar ou localizar os autores de crimes no âmbito da jurisdição do TPI. Na verdade, os poderes do Procurador, nesta fase inicial, são muito mais limitados do que aqueles disponíveis para investigar, o que explica um limiar pouco exigente para a administração da prova. Trata-se apenas de examinar as informações disponíveis, com vista a determinar se existe uma base razoável para iniciar uma investigação ao abrigo dos critérios estabelecidos pelo

[40] Esta expressão aparece no Estatuto de Roma (artigos 53-1-c, 55-2-c, 65-4, 67-1-d), bem como nas Regras de Procedimento e Prova (regras 69, 73, 82, 100, 136, 185). O Procurador tem aqui uma completa liberdade de apreciação, mas o Estatuto o obriga a ter em conta a gravidade dos crimes processados e os interesses das vítimas, os quais funcionam como fatores de ponderação: "The interests of justice are only considered where the requirements of jurisdiction and admissibility are met. While jurisdiction and admissibility are positive requirements, the interests of justice under Article 53(1)(c) provide a potentially countervailing consideration that may give a reason not to proceed. As such, the Prosecutor is not required to establish that an investigation serves the interests of justice" (TPI, Gabinete do Procurador, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, 2013, § 67). Esta questão também é tratada em detalhe no *Policy Paper on the Interests of Justice*. Elaborado em 2007 pelo Gabinete do Procurador para favorecer a previsibilidade e a segurança jurídica, este documento confirma a presunção a favor da investigação e acusação uma vez que o TPI seja competente e o caso admissível (§ 3).

[41] TPI, Gabinete do Procurador, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, 2013, § 36.

Estatuto de Roma. Consequentemente, as informações na posse do Procurador não têm de ser "neither comprehensive nor conclusive"[42]. Além disso, elas têm "certainly need not point towards only one conclusion"[43]. Por outras palavras, o Procurador poderá concluir que existe uma base razoável para a jurisdição do Tribunal, mesmo em face de factos contraditórios.

Do ponto de vista temporal, devem ser diferenciados os diversos tipos de recursos: quando o recurso ao TPI é introduzido por um Estado parte, apenas os crimes cometidos em uma data posterior à entrada em vigor do Estatuto são da competência do TPI[44], ou seja a 1 de abril de 2015 para a Palestina; quando o recurso ao TPI é iniciado através de uma declaração de aceitação por um Estado não parte, ou através de um encaminhamento pelo Conselho de Segurança, o Estatuto pode ser aplicado retroativamente, sem poder ir antes da data de 1 de julho de 2002[45], critério respeitado por ambas as declarações de aceitação da jurisdição do TPI emitidas pela Palestina.

Do ponto de vista material, apenas os factos incriminados no Estatuto de Roma podem ser julgados pelo TPI, o que abrange atualmente os genocídios[46], os crimes de guerra[47], os crimes contra a humanidade[48] e, a prazo, agressões[49].

Do ponto de vista espacial ou pessoal, os alegados crimes devem ter sido cometidos quer no território quer por um nacional de um Estado parte ao Estatuto, por um Estado terceiro que tenha apresentado uma declaração *ad hoc* ou por um Estado cuja situação tenha sido encaminhada pelo Conselho de Segurança.

Tendo em conta as conclusões das várias missões de investigação sobre a Palestina, pode-se considerar que, destes diferentes pontos de vista, esta "base razoável" de competência existe efetivamente neste caso[50].

---

[42] TPI, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, Câmara Preliminar II, ICC-01/09, 31 de março de 2010, § 27.
[43] *Ibid*., § 34.
[44] Estatuto de Roma, artigo 53-1-a.
[45] Estatuto de Roma, artigo 11-1.
[46] Estatuto de Roma, artigo 5-1-a.
[47] Estatuto de Roma, artigo 5-1-c.
[48] Estatuto de Roma, artigo 5-1-b.
[49] Estatuto de Roma, artigo 5-1-d.
[50] Além dos relatórios das comissões de inquérito internacionais estabelecidas pelo Conselho dos Direitos Humanos mencionados acima, ver também, entre outros, ONU, Assembleia Geral: *Follow-Up to the Report*

Uma vez estabelecida a jurisdição do TPI, o Procurador deverá, numa segunda etapa, verificar a admissibilidade do caso. De acordo com o artigo 17-1 do Estatuto de Roma, "a case is inadmissible where: (a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution; (b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute; (c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3; (d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court".

Em virtude do princípio da complementaridade, que é a pedra angular do funcionamento do TPI, as autoridades nacionais têm a responsabilidade primária do julgamento dos autores de crimes internacionais. O TPI poderá declarar-se competente somente se o Estado em causa não tem vontade ou capacidade para realizar investigações ou processos, bem como se encerrou um processo por falta de vontade ou capacidade de processar. Por conseguinte, ele deverá previamente verificar se os crimes alegados são ou têm sido objeto de uma investigação ou de um processo. Se assim for, ele deverá, em seguida, verificar se existe uma eventual falta de vontade ou de capacidade para investigar e processar[51], o que inevitavelmente o levará a formular uma apreciação sobre os processos penais nacionais.

Para identificar uma possível falta de vontade do Estado num caso, o TPI poderá ter em conta vários fatores considerados relevantes, tanto objetivos quanto subjetivos[52]. Poderão ser considerados, entre muitos outros, como fatores objetivos, a ausência de uma legislação que incrimina os factos alegados, a existência de uma legislação de amnistia ou de prescrição, pressões ou ameaças a testemunhas ou funcionários judiciais, atrasos

of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, Doc. ONU A/64/651, 4 de fevereiro de 2010; *Second Follow-Up to the Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, Doc. ONU, A/64/890, 11 de agosto de 2010.

[51] Ver nomeadamente sobre este ponto: ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case*, Câmara de Recursos, ICC-01/04-01/07 OA 8, 25 de setembro de 2009, § 78.

[52] Estatuto de Roma, artigo 17-2.

injustificados ou uma falta de imparcialidade ou de independência dos procedimentos nacionais incompatível com a intenção de processar um acusado, e como fatores subjetivos, a política penal nacional cuja finalidade não deve ser a de subtrair o acusado à sua responsabilidade penal por crimes internacionais.

Para identificar uma possível falta de capacidade do Estado num caso, o TPI poderá também levar em conta outros fatores, muitas vezes ligados ao caos em situações de pós-conflito. Em particular, "the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings"[53].

Nesta fase, para distinguir as situações que justificam uma investigação das demais, o Gabinete do Procurador elaborou, de forma pormenorizada, um "processo de filtragem" dividido em quatro fases:

"78. Phase 1 consists of an initial assessment of all information on alleged crimes received under article 15 ('communications'). The purpose is to analyze and verify the seriousness of information received, filter out information on crimes that are outside the jurisdiction of the Court and identify those that appear to fall within the jurisdiction of the Court. (…)

80. Phase 2, which represents the formal commencement of a preliminary examination of a given situation, focuses on whether the preconditions to the exercise of jurisdiction under article 12 are satisfied and whether there is a reasonable basis to believe that the alleged crimes fall within the subject-matter jurisdiction of the Court. Phase 2-analysis is conducted in respect of all article 15 communications that were not rejected in Phase 1, as well as of information arising from referrals by a State party or the Security Council, declarations lodged pursuant to article 12(3), open source information, and testimony received at the seat of the Court.

81. Phase 2 analysis entails a thorough factual and legal assessment of the crimes allegedly committed in the situation at hand with a view to identifying the potential cases

[53] Estatuto de Roma, artigo 17-3. É interessante notar que o TPI teve ocasião de julgar que a falta de controlo das autoridades nacionais sobre um centro de detenção era suscetível de afetar diretamente o bom desenrolar do inquérito: TPI, *Situation in Libya, The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi*, Câmara Preliminar I, ICC-01/11-01/11, 31 de maio de 2013, § 209.

falling within the jurisdiction of the Court. The Office will pay particular consideration to crimes committed on a large scale, as part of a plan or pursuant to a policy. The Office may further gather information on relevant national proceedings if such information is available at this stage. Phase 2 leads to the submission of an 'Article 5 report' to the Prosecutor, in reference to the material jurisdiction of the Court as defined in article 5 of the Statute.

82. Phase 3 focuses on the admissibility of potential cases in terms of complementarity and gravity[54] pursuant to article 17. In this phase, the Office will also continue to collect information on subject-matter jurisdiction, in particular when new or ongoing crimes are alleged to have been committed within the situation. Phase 3 leads to the submission of an 'Article 17 report' to the Prosecutor, in reference to the admissibility issues as defined in article 17 of the Statute.

83. Phase 4 examines the interests of justice. It results in the production of an 'Article 53(1) report,' which provides the basis for the Prosecutor to determine whether to initiate an investigation in accordance with article 53(1).

[54] O elemento de gravidade, quando estão em causa crimes internacionais, não é uma mera cláusula de estilo, pois já resultou numa recusa de investigar no caso da flotilha de Gaza. Este caso tinha sido submetido ao Gabinete do Procurador, em 14 de maio de 2013, pelas Comores, Estado parte ao Estatuto de Roma e no qual o navio *Mavi Marmara* estava registrado. A Procuradora decidiu imediatamente iniciar um exame preliminar acerca do ataque israelense realizado em 31 de maio de 2010 sobre a *Gaza Freedom Flotilla*, uma flotilha de ajuda humanitária de oito navios que viajava em direção à Faixa de Gaza. No final deste exame preliminar, ela concluiu que era razoável pensar que os crimes de guerra da competência do TPI tinham sido cometidos sobre um dos navios em causa, o *Mavi Marmara*, quando as forças armadas israelenses intercetaram a flotilha em 31 de maio de 2010. Ela conclui, no entanto, em 6 de novembro de 2014, que este caso não apresentava um grau suficiente de gravidade: "after carefully assessing all relevant considerations, I have concluded that the potential case(s) likely arising from an investigation into this incident would not be of 'sufficient gravity' to justify further action by the ICC. The gravity requirement is an explicit legal criteria set by the Rome Statute. Without in any way minimizing the impact of the alleged crimes on the victims and their families, I have to be guided by the Rome Statute, in accordance with which, the ICC shall prioritize war crimes committed on a large scale or pursuant to a plan or policy" («Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on concluding the preliminary examination of the situation referred by the Union of Comoros», 4 de novembro de 2014). Em 16 de julho de 2015, depois das Comores terem interposto recurso, a Câmara Preliminar I pediu à Procuradora para reconsiderar a sua decisão de não abrir um inquérito, argumentando que esta havia cometido erros de facto quanto à possibilidade de processar indivíduos que podiam suportar a maior responsabilidade para os crimes identificados, mas também quanto à escala, natureza, procedimento e impacto dos crimes potenciais («TPI, Pre-Trial Chamber I requests Prosecutor to reconsider decision not to investigate situation referred by Union of Comoros», 16 de julho de 2015).

84. On the basis of the available information, and without prejudice to other possible crimes which may be identified in the course of an investigation, the 'Article 53(1) report' will indicate an initial legal characterization of the alleged crimes within the jurisdiction of the Court"[55].

De acordo com este processo de filtragem, é apenas uma vez estabelecida a jurisdição do TPI (fase 2) que é verificada a existência de processos nacionais em curso na fase de apreciação da admissibilidade do caso (fase 3).

Que tal no caso da Palestina? Depois de receber a primeira declaração de aceitação da jurisdição do TPI em 2009, o Procurador teve de verificar a existência de processos penais nacionais, tanto na Palestina como em Israel. No lado palestino, pôde constatar a intenção da Palestina de realizar investigações no seu território[56]; do lado israelense, recebeu um relatório segundo o qual processos haviam sido iniciados[57]. Esta abordagem parece demonstrar que o Procurador considerou competente o TPI neste caso. Paradoxalmente, no entanto, foi à conclusão oposta que chegou no comunicado de encerramento do exame preliminar da situação na Palestina[58].

Até à data, a Procuradora abriu, em 16 de janeiro de 2015, um exame preliminar da situação na Palestina com base na segunda declaração de 2014[59]. A situação palestina encontra-se na fase de avaliação da competência do TPI (fase 2), isto é, numa fase anterior à análise da admissibilidade e complementaridade (fase 3). Esta situação adiciona-se às outras para as quais o Gabinete do Procurador está a realizar exames preliminares: Afeganistão, Burundi, Colômbia, Gabão, Guiné, Iraque/Reino Unido, Navios de Cômoros, Grécia e Camboja, Nigéria, Ucrânia.

Três princípios deverão nortear o exame preliminar: a independência, a imparcialidade e a objetividade. Em primeiro lugar, a independência implica que o Procurador atue sem levar em conta influências exteriores[60]. A este respeito, várias críticas visaram a política penal do Procurador, cuja suposta parcialidade teria permitido

[55] Ver TPI, Gabinete do Procurador, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, 2013, § 77.
[56] TPI, Gabinete do Procurador, Letter from ICC Director, Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division to Deputy High Commissioner for Human Rights, UN High Commissioner for Human Rights, OPT/INCOM/PSE/OHCHR-1/JCCD-Ag, 12 de janeiro de 2010, § 19.
[57] *Ibid*., § 17.
[58] TPI, Gabinete do Procurador, «Situation in Palestine», comunicado de imprensa de 3 de abril de 2012.
[59] TPI, Gabinete do Procurador, «Situation in Palestine», comunicado de imprensa de 16 de janeiro de 2015.
[60] Estatuto de Roma, artigo 42.

abrir exames preliminares apenas no caso de Estados fracos ou, pelo menos, de situações que não envolvem nenhum Estado poderoso[61]. Os exames preliminares atualmente realizados no âmbito das situações no Afeganistão, Iraque, Ucrânia e Geórgia poderiam refutar essas críticas se ultrapassarem esta fase preliminar para conduzir a investigações envolvendo várias grandes potências[62].

Em seguida, a imparcialidade implica que o Procurador não leve em conta fatores como idade, sexo, língua, religião, fortuna, opiniões políticas, origem nacional, étnica ou social, situação geográfica ou equilíbrio regional[63]. Certamente, nas dez situações atualmente submetidas ao TPI, todas – com a exceção da Geórgia – estão localizadas no continente Africano. Todavia, seis resultam de um encaminhamento pelos próprios Estados Africanos[64], duas de um encaminhamento pelo Conselho de Segurança[65], e outras duas de um encaminhamento pelo Procurador[66].

Finalmente, a objetividade implica, por um lado, que o Procurador conduza exames preliminares tanto a nível da acusação como da defesa, por outro lado, que use métodos padronizados para avaliar a fiabilidade e coerência das informações recebidas[67]. É neste sentido que "to ensure that, in the interests of fairness, objectivity and thoroughness, all relevant parties are given the opportunity to provide information to the Office"[68].

[61] Ver W.A. SCHABAS, «The Banality of International Justice», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 545-551.

[62] Sobre este ponto, ver M. EYNARD, «La relation juridique entre la Palestine et le Procureur de la Cour pénale internationale», *op. cit.* No contexto da situação no Afeganistão, o exame preliminar, que visa os crimes cometidos no território do Afeganistão desde 1 de junho de 2006, poderia abranger os crimes cometidos pela Força internacional de assistência e de segurança, depois colocada sob o controlo da NATO. Neste caso, os cidadãos que podem ser processados viriam de vários Estados (Albânia, Alemanha, Austrália, Bélgica, Canadá, Croácia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Lituânia, Noruega, Nova Zelândia, Paquistão, Polónia, Portugal, Roménia, Reino Unido, Suécia, República Checa, Turquia). No contexto da situação no Iraque, o exame preliminar visa crimes que seriam atribuídos às forças armadas do Reino Unido presentes no território iraquiano entre 2003 e 2008. No contexto da situação na Ucrânia, o exame preliminar visa o conjunto dos crimes cometidos no território da Ucrânia entre 21 de novembro de 2013 e 22 de fevereiro de 2014. No contexto da situação na Geórgia, finalmente, o exame preliminar visa crimes cometidos em território georgiano desde 1 de dezembro de 2003.

[63] Estatuto de Roma, artigo 21-3.

[64] República Democrática do Congo, Uganda, República Centro-Africana (I e II), Costa do Marfim e Mali.

[65] Sudão e Líbia.

[66] Quênia e Geórgia.

[67] Estatuto de Roma, artigo 54-1-a.

[68] TPI, Gabinete do Procurador, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, 2013, § 33. Esta preocupação é particularmente visível no âmbito do exame preliminar da situação na Palestina para a qual, após a entrega da sua declaração *ad hoc* de 2009, o Procurador pediu numerosas peritagens junto de várias personalidades

A abertura de um inquérito

O exame preliminar deve estabelecer, numa fase inicial, se as condições estabelecidas pelo Estatuto do TPI autorizam a abertura de um inquérito. O seu encerramento pode levar a um processo, à ausência de um processo, ou mesmo, em alguns casos, a uma ausência de decisão.

A abertura de uma investigação é condicionada pela existência de uma base razoável para processar e varia de acordo com a modalidade pela qual se recorreu ao TPI. Quando um Estado terceiro ao Estatuto de Roma recorre ao TPI na base de uma declaração de aceitação da sua jurisdição, como o fez a Palestina em 2009 e em 2014, a iniciativa de uma investigação exige que o Procurador obtenha uma autorização da Câmara Preliminar. Esta autorização, que tem por objetivo fornecer garantias no exercício das prerrogativas do Procurador, não prejudica decisões ulteriores que virão a ser adotadas pelo Tribunal no que respeita à competência e à admissibilidade[69]. Por agora, com base na segunda declaração *ad hoc* palestina, a Procuradora não tomou a iniciativa de pedir à Câmara Preliminar a autorização para abrir um inquérito. Uma resposta negativa da Câmara Preliminar não impediria que a Procuradora apresentasse, mais tarde, "a further request based on new facts or evidence regarding the same situation"[70]. No entanto, quando o Conselho de Segurança ou um Estado parte ao Estatuto de Roma recorre ao TPI, o Procurador pode decidir sozinho a abertura de um inquérito, sem que seja necessário a autorização prévia da Câmara Preliminar. Assim, no futuro, se a Palestina viesse a escolher submeter a sua situação ao TPI como Estado parte, a Procuradora teria a possibilidade de abrir um inquérito *proprio moto*.

Quando, à luz das informações recolhidas, o Procurador considera que falta uma base razoável para processar, pode recusar-se a abrir uma investigação. Contrapartida da ampla margem de apreciação do Procurador no tocante à oportunidade de dar início a um processo, as suas decisões estão aqui sujeitas a um controlo judicial. Ele está vinculado pela obrigação de informar os motivos da sua recusa em relação à Câmara Preliminar em

e instituições (incluindo o Centro europeu para a justiça e o direito, a Liga dos Estados árabes e a Associação internacional dos juristas e advogados judeus).

[69] Estatuto de Roma, artigo 15-4.

[70] Estatuto de Roma, artigo 15-5.

todos os casos e, além disso, em relação ao Conselho de Segurança ou a um Estado parte no caso de a situação ter sido submetida por um ou outro. Nesta última hipótese, a pedido do Conselho de Segurança ou de um Estado parte, a Câmara Preliminar tem a oportunidade de solicitar ao Procurador que reconsidere parcial ou completamente a sua recusa[71]. Trata-se de um mero convite e não de uma obrigação para o Procurador que, enquanto responsável pela condução do processo, permanece o único mestre da oportunidade de passar da fase do exame preliminar para a fase do inquérito e, portanto, mais amplamente, da política penal do TPI[72]. Isto mostra o quanto "a Corte depende substancialmente da seleção, pelo Procurador, das investigações e dos processos"[73].

Até agora, o Procurador decidiu em quatro ocasiões no sentido de uma recusa de processar em situações relativas à Venezuela, Coreia, Navios de Cômoros, Grécia e Camboja, e Palestina. O Procurador apresentou, para cada uma destas situações, um relatório público onde foi mencionada explicitamente a ausência de base razoável para abrir um inquérito[74]. Sobre este ponto, a Palestina destaca-se como uma exceção notável. Na perspetiva da sua primeira declaração de 2009, continua a ser, de facto, o único caso de exame preliminar a ter sido concluído sem ser objeto de um relatório, embora a duração como a complexidade do conflito israelo-palestino tivessem certamente necessitado uma análise mais aprofundada[75]. Além disso, embora o relatório anual do Procurador[76] bem

[71] Estatuto de Roma, artigo 53-3-a. O Estatuto especifica, no artigo 53-3-b: "In addition, the Pre-Trial Chamber may, on its own initiative, review a decision of the Prosecutor not to proceed if it is based solely on paragraph 1(c) or 2(c) [when an investigation would not serve the interests of justice]. In such a case, the decision of the Prosecutor shall be effective only if confirmed by the Pre-Trial Chamber". É, portanto, a Câmara Preliminar e não o Procurador quem tem a última palavra aqui.

[72] Ver sobre este ponto: R. CRYER, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

[73] M. EYNARD, «La relation juridique entre la Palestine et le Procureur de la Cour pénale internationale», *op. cit.*, p. 115 (tradução nossa).

[74] Ver respetivamente: TPI, Gabinete do Procurador, Letter of the Prosecutor dated 9 February 2006, p. 6; TPI, Gabinete do Procurador, *Situation in the Republic of Korea, Article 5 Report*, junho de 2014, § 82; TPI, Gabinete do Procurador, *Article 53(1) Report on the Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia*, 6 de novembro de 2014, § 28.

[75] De acordo com o *Policy Paper on Preliminary Examinations* de 2013 do Gabinete do TPI: "Communications deemed to require further analysis will be the subject of a dedicated analytical report which will assess whether the alleged crimes appear to fall within the jurisdiction of the Court and therefore warrant proceeding to the next phase. Such communications shall be analyzed in combination with open source information such as reports from the United Nations, nongovernmental organizations and other reliable sources for corroboration purposes" (§ 79).

[76] TPI, Gabinete do Procurador, *Report on Preliminary Examination Activities 2012*, §§ 196-203.

como o site internet do TPI tenham, em 2012, classificada a Palestina entre os exames preliminares encerrados, o comunicado de imprensa do Tribunal de 3 de abril de 2012 relativo a esta situação não é explícito sobre este encerramento[77].

Depois da chegada, a 15 de junho de 2012, da nova Procuradora, Fatou Bensouda, a situação da Palestina desapareceu misteriosamente da lista dos exames preliminares encerrados no site internet do TPI. É como se a Procuradora tivesse querido apagar qualquer referência ao anterior encerramento realizado pelo seu antecessor com base na declaração de 2009, mas não formalizado num relatório público. Através de um comunicado de imprensa do TPI, ela anunciou, em 16 de janeiro de 2015, que abria um exame preliminar sobre a situação da Palestina com base na segunda declaração de 2014[78].

Desde a sua adesão ao Estatuto de Roma, em 1 de abril de 2015, a Palestina perdeu a faculdade de apresentar uma nova declaração de aceitação da jurisdição do TPI e, consequentemente, a possibilidade que os crimes cometidos no seu território antes da data de 13 de junho de 2014 possam cair dentro da jurisdição deste Tribunal. Na hipótese de uma recusa da Procuradora para processar com base na declaração *ad hoc* de 2014, a Palestina não poderia pedir à Câmara Preliminar para convidar o Procurador a "reconsider that decision"[79] de não abrir uma investigação. Este caminho sendo-lhe fechado, a única via possível seria então a de submeter a sua situação ao TPI como Estado parte ao Estatuto de Roma.

[77] TPI, Gabinete do Procurador, «Situation in Palestine», comunicado de imprensa de 3 de abril de 2012. Este comunicado de imprensa, publicado apenas dois meses antes da partida do Procurador Luis Moreno Ocampo, em 15 de junho de 2012, limita-se a afirmar: "The Office could in the future consider allegations of crimes committed in Palestine, should competent organs of the United Nations or eventually the Assembly of States Parties resolve the legal issue relevant to an assessment of Article 12 or should the Security Council, in accordance with Article 13(b), make a referral providing jurisdiction" (§ 8).

[78] TPI, Gabinete do Procurador, «The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine», comunicado de imprensa de 16 de janeiro de 2015. A este respeito, a nova Procuradora afirmou claramente que a Resolução 67/19 da Assembleia Geral, pela qual a Palestina aderiu, em 2012, ao estatuto de Estado não observador das Nações Unidas, "does not cure the legal invalidity of the 2009 declaration" (ICC, Gabinete do Procurador, *Report on the Preliminary Examination Activities of the Office of the Prosecutor in 2013*, § 238).

[79] Estatuto de Roma, artigo 53-3-a.

A ausência de decisão formal

O adjetivo "preliminar" pode sugerir que o exame preliminar tem por vocação ser necessariamente transitório. No entanto, o Estatuto de Roma não impõe qualquer prazo, na fase do exame preliminar, para que o Procurador tome uma decisão – positiva ou negativa – sobre a abertura de um inquérito. Dependendo das circunstâncias de cada caso, pode, portanto, decidir continuar indefinidamente a recolher informações.

Este ponto foi confirmado na jurisprudência do TPI. Em 2006, no âmbito da situação da República Centro-Africana, na qual o Procurador foi solicitado para fornecer informações sobre o estado de adiantamento dos seus exames preliminares, este tem negado à Câmara Preliminar III a faculdade de exercer um controlo jurisdicional, na ausência de uma recusa formal da sua parte para abrir um inquérito. O Procurador, "while committed to reaching decisions under Article 53(1) as expeditiously as possible, submits that no provision in the Statute or the Rules establishes a definitive time period for the purposes of the completion of the preliminary examination"; "this was a deliberate legislative decision that provides the required flexibility to adjust the parameters of the assessment or analysis phase to the specific features of each particular situation. That choice, and the discretion that it provides, should remain undisturbed"[80]. Esta argumentação foi seguida, neste caso, pela Câmara. No ano seguinte, em 2007, desta vez no âmbito da situação na República Democrática do Congo, a Câmara Preliminar I rejeitou os pedidos de vítimas para que ela analisasse a alegada decisão implícita do Procurador de não processar e que tome medidas de proteção das provas. Mais uma vez, esta rejeição foi baseada na ausência de decisão formal pelo Procurador[81].

Até agora, a prática do TPI tende a demostrar uma extrema variabilidade quanto à duração dos exames preliminares, indo de alguns dias até vários anos. Assim, em relação aos dois casos de recurso pelo Conselho de Segurança, o Procurador foi capaz de se determinar rapidamente. No caso de Darfur (Sudão), o exame preliminar durou 67 dias,

[80] TPI, Situation in the Central African Republic, *Prosecution's Report Pursuant to Pre-Trial Chamber III's 30 November 2006 Decision Requesting Information on the Status of the Preliminary Examination of the Situation in the Central African Republic*, Câmara Preliminar III, ICC-01/05, 15 de dezembro de 2006, § 10.

[81] TPI, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *Observations of the Legal Representative of VPRS 1 to VPRS 6 Following the Prosecution's Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber I's Decision on the Applications for Participation in Proceedings of VPRS 1 to 6*, ICC-01/04, 26 de septembro 2007.

isto é, pouco mais de dois meses entre a adoção da Resolução 1593 de 31 de março de 2005 e a decisão de abrir um inquérito em 6 junho de 2005. No caso da Líbia, o exame preliminar durou apenas cinco dias entre a adoção da Resolução 1970 de 26 de fevereiro de 2011 e a decisão de abrir um inquérito em 3 de março de 2011. Na outra extremidade da escala, há situações em que o exame preliminar se estende ao longo de vários anos. Tal é o caso, nomeadamente, da Colômbia, cujo exame preliminar começou em junho de 2004, continuando desde então durante mais de dez anos, sem que se possa ver ainda o desfecho. Um tal prazo, particularmente longo, só pode suscitar a perplexidade sobre a capacidade do Procurador para determinar simplesmente se existe uma base razoável para processar. Ademais, a ausência de formalização de qualquer decisão oferece ao Procurador uma escapatória fácil ao controlo jurisdicional das suas recusas de processar, o que certamente restringe a sua eficiência e se revela prejudicial em termos de preservação da prova. Essa é a razão pela qual, à luz do princípio do efeito útil consagrado pela jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ)[82], a doutrina propôs que a Câmara Preliminar possa impor ao Procurador um prazo na tomada de decisões, ou que possa deduzir das suas ações ou omissões uma decisão implícita[83].

O anterior Procurador do TPI tendo levado mais de três anos para concluir que não era capaz de decidir sobre a qualidade de Estado da Palestina, é possível prever que a atual Procuradora não chegará a uma decisão acerca da questão da oportunidade de abrir um inquérito antes de vários anos, ou até que não tomará qualquer decisão a este respeito, deixando o exame preliminar prolongar-se indefinidamente. A estas dificuldades já consideráveis, deve-se acrescentar, mesmo na hipótese de uma decisão favorável, a possibilidade para o Conselho de Segurança de impedir a abertura ou a continuação de

[82] Ver TIJ, *Corfu Channel*, acórdão de 9 de abril de 1949, *Reports 1949*, p. 24 ("It would indeed be incompatible with the generally accepted rules of interpretation to admit that a provision of this sort occurring in a special agreement should be devoid of purport or effect"). Ver também TPJI, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, despacho de 19 de agosto de 1929, *Série A*, n°22, p. 13 ("in case of doubt, the clauses of a special agreement by which a dispute is referred to the Court must, if it does not involve doing violence to their terms, be construed in a manner enabling the clauses themselves to have appropriate effects"). Todavia, o conceito de efeito útil não deve levar, sob pretexto de interpretação, a reescrever um tratado (TIJ, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase)*, parecer consultivo de 18 de julho de 1950, p. 230: o Tribunal não pode "excee[d] its judicial function on the pretext of remedying a default for the occurrence of which the treaties have made no provision").

[83] Ver G. BITTI, «Article 53 - Ouverture d'une enquête», *in* J. FERNANDEZ, X. PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, p. 1211.

uma investigação por um período de doze meses, renovável, por uma resolução adotada ao abrigo do capítulo VII da Carta da ONU[84].

De acordo com previsões mais otimistas, se a situação da Palestina passasse da fase do exame preliminar para a fase do inquérito, e depois para a fase do julgamento, o TPI teria então que se determinar sobre a culpabilidade dos alegados autores de crimes internacionais cometidos no território palestino, tal como o uso indiscriminado e desproporcionado da força armada, o deslocamento forçado de pessoas e a destruição de propriedades. O TPI teria certamente também, e mais amplamente, de se determinar sobre questões importantes e sensíveis conexas, em especial a ocupação dos territórios palestinos desde 1967[85], a qual poderia ser qualificada de crime de guerra[86], a construção de um muro israelita de separação na Cisjordânia, cuja ilegalidade já foi proclamada pelo TIJ em 2004[87], ou ainda o traçado – sempre incerto – das fronteiras delimitando o Estado palestino e o Estado israelense.

Além da dificuldade de tais questões, que estão ancoradas no contexto de um longo conflito velho de quase 70 anos, o TPI terá ainda de apreciar o igualmente delicado respeito do princípio da complementaridade. É possível que este princípio funcione contra a Palestina. De facto, enquanto Israel poderá prevalecer-se da qualidade das suas

[84] O Conselho de Segurança da ONU – cujos três membros permanentes, nomeadamente os Estados Unidos, China e Rússia, têm direito de veto enquanto são terceiros ao Estatuto de Roma – tem assim o poder de impedir qualquer investigação ou processo perante o TPI, mas também o de submeter qualquer situação no mundo a este Tribunal.

[85] Como o TIJ, que lembrou que Israel mantém a qualidade de "potência ocupante" em vários territórios (*Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parecer consultivo, 9 de julho de 2004, *Reports 2004*, § 78), o Procurador do TPI afirmou: "While Israel maintains that it is no longer occupying Gaza, the prevalent view within the international community is that Israel remains an occupying power under international law, based on the scope and degree of control that it has retained over the territory of Gaza following the 2005 disengagement. In accordance with the reasoning underlying this perspective, the Office has proceeded on the basis that the situation in Gaza can be considered within the framework of an international armed conflict in view of the continuing military occupation by Israel" (TPI, Gabinete do Procurador, *Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia, Article 53(1) Report*, 9 de novembro de 2014, § 16).

[86] De acordo com o artigo 8-2-b-viii do Estatuto de Roma, entende-se por "crimes de guerra": "The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies, or the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory".

[87] No seu parecer consultivo de 2004 sobre as *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, o TIJ concluiu que: "The construction of the wall being built by Israel, the occupying power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, and its associated régime, are contrary to international law" (§ 163).

infraestruturas jurisdicionais nacionais para levar a bom termo investigações e processos, tal não seria o caso da Palestina que sofre de uma certa fraqueza institucional. Os cidadãos palestinos ficariam então sob a jurisdição internacional do TPI, com exceção dos cidadãos israelitas[88]. E, mesmo se o TPI considerasse que o sistema judicial israelita carece da independência estrutural e institucional necessária para levar a cabo investigações e processos, como foi salientado no Relatório Goldstone de setembro de 2009, ele ainda teria de contar com a indispensável cooperação dos Estados envolvidos nos crimes julgados. Todos estes obstáculos pressagiam o quanto o resultado desta saga judicial iniciada pelas autoridades palestinas é, até à data, altamente incerto e o quanto este caso pode aparecer como a prova de fogo para o TPI.

[88] Os Estados têm a faculdade de informar a qualquer momento o TPI da abertura de inquéritos ou processos a nível nacional – os quais podem ser opacos e durar anos –, impondo então ao Procurador a suspensão do processo. Isto mostra quanto o princípio da complementaridade pode revelar-se particularmente protetor para os Estados com um sistema judicial eficiente. Na prática, várias precedentes realçam os riscos ligados a uma utilização instrumentalizada deste princípio: "Ainsi par exemple, la Haute Cour de justice israélienne a été saisie en 2002 en appel d'une décision de ne pas ouvrir d'enquête criminelle contre les responsables présumés de l'assassinat ciblé de Salah Shehadeh par le largage d'une bombe d'une tonne à minuit sur sa résidence, dans une zone densément peuplée. La Cour a renvoyé l'affaire à l'État, lequel a créé alors un comité 'indépendant' composé exclusivement d'anciens officiers militaires israéliens. Il a fallu huit ans pour finalement décider de ne pas enquêter. Bien que cette procédure intentionnellement longue ait débouché sur du vide en termes de responsabilités, elle a été efficace par ailleurs puisqu'elle a bloqué une investigation parallèle ouverte en Espagne sur la base de la compétence universelle inscrite dans son droit interne". Voltando mais especificamente à ofensiva israelense em Gaza no verão de 2014: "Israël a annoncé officiellement avoir ouvert treize enquêtes criminelles (militaires). Elles concernent la mort de 27 membres d'une même famille, dont 19 mineurs et deux femmes enceintes ; des cas de pillages ; le ciblage d'une école de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA) dans laquelle 15 civils ont été tués ; l'utilisation de boucliers humains et des tirs sur des ambulances. Une douzaine de dossiers ont été rapidement clos sans qu'aucune charge n'ait été retenue" (S. WEILL, «Ce que change l'adhésion de la Palestine à la Cour pénale internationale», *Orient XXI*, 15 de janeiro de 2015).