

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Fernanda Menezes dos Santos

JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL NOS ÓRGÃOS INTERNACIONAIS E REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: critérios, tendências e contribuições.

Belo Horizonte

2023

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Fernanda Menezes dos Santos

JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL NOS ÓRGÃOS INTERNACIONAIS E REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: critérios, tendências e contribuições.

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Dra. Carla Ribeiro Volpini Silva

Belo Horizonte

2023

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

S237j Santos, Fernanda Menezes dos
Jurisdição extraterritorial nos órgãos internacionais e regionais de direitos humanos [manuscrito]: critérios, tendências e contribuições / Fernanda Menezes dos Santos. - 2023.

101 f.

Orientadora: Carla Ribeiro Volpini Silva.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 95-101.

1. Direito internacional público - Teses. 2. Direitos humanos - Tratados - Teses. 3. Extraterritorialidade - Teses. 4. Jurisdição - Teses. I. Silva, Carla Ribeiro Volpini . II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 342.7



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA FERNANDA MENEZES DOS SANTOS

Realizou-se, no dia 14 de dezembro de 2023, às 09:00 horas, via plataforma virtual, pela Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL NOS ÓRGÃOS INTERNACIONAIS E REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: critérios, tendências e contribuições*, apresentada por FERNANDA MENEZES DOS SANTOS, número de registro 2022661790, graduada no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Profa. Dra. Carla Ribeiro Volpini Silva - Orientadora (UFMG), Profa. Dra. Maria de Lourdes Monteiro Albertini (Puc Minas), Profa. Dra. Amina Welten Guerra (UFMG).

A Comissão considerou a dissertação:

(x) Aprovada, tendo obtido a nota 100 (cem)

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.
Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2023.

Profa. Dra. Carla Ribeiro Volpini Silva - Nota: 100 (cem)

Profa. Dra. Maria de Lourdes Monteiro Albertini - Nota: 100 (cem)

AMINA WELTEN
GUERRA:07559659659

Assinado de forma digital por
AMINA WELTEN
GUERRA:07559659659
Dados: 2023.12.14 11:01:52 -03'00'

Profa. Dra. Amina Welten Guerra - Nota: 100 (cem)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, Professora Dra. Carla Ribeiro Volpini Silva, pela confiança e pela brilhante orientação e profissionalismo, e, sobretudo, pela ímpar sensibilidade e empatia.

Aos meus pais, Edson e Maria Aparecida, por todo apoio e motivação, e por serem meus exemplos de força, luta e persistência.

Ao meu irmão, Matheus, pela escuta atenta e pelo companheirismo que nos é comum.

Aos meus tios e tias, pela presença sempre cuidadosa e interessada.

Ao meu grande amigo, Matheus Zanetti, por ser sempre meu ponto de apoio e por ser uma das razões por eu estar completando mais essa etapa na minha carreira.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pelos ensinamentos e contribuições para minha carreira acadêmica.

Aos meus queridos amigos e amigas e a todos que de alguma forma contribuíram para essa conquista, minha mais sincera gratidão.

RESUMO

Como um tema amplamente discutido atualmente, a jurisdição extraterritorial tornou-se uma questão de difícil posicionamento para Cortes regionais e órgãos internacionais de direitos humanos. Diferentes critérios para se definir o exercício ou não de jurisdição pelo Estado fora do seu território têm sido empregados, revelando a necessidade de se analisar como essas instituições têm interpretado a jurisdição extraterritorial nos últimos anos. A essa vista, o presente trabalho tem por objetivo analisar a tendência de interpretação de Cortes regionais e órgãos internacionais relativa à jurisdição extraterritorial em matéria de direitos humanos. A análise se fundamenta nos critérios de aplicação da jurisdição extraterritorial, com especial enfoque para a Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Comitê dos Direitos da Criança da ONU. Para tanto, utilizar-se-á uma metodologia jurídico-exploratória, com estudo de casos múltiplos, por meio de análise documental e bibliográfica. A hipótese é que as Cortes e órgãos internacionais possuem suas próprias tendências, as quais estão em consonância, com exceção da Corte Europeia. Ao final do trabalho, concluir-se-á pela verificação da hipótese, ressaltando a interpretação mais extensiva da Corte Interamericana e do Comitê dos Direitos da Criança, ao contrário da Corte Europeia, a qual se mantém afastada, aplicando posicionamentos mais restritivos.

Palavras-chave: jurisdição extraterritorial; extraterritorialidade de tratados de direitos humanos; Cortes regionais de direitos humanos; órgãos internacionais de monitoramento da ONU.

ABSTRACT

As a widely discussed topic today, extraterritorial jurisdiction has become a difficult issue for regional courts and international human rights bodies. Different criteria to define whether or not the State exercises jurisdiction outside its territory have been used, revealing the need to analyze how these institutions have interpreted extraterritorial jurisdiction in recent years. The present work aims to analyze the trend of the interpretation of regional Courts and international bodies regarding extraterritorial jurisdiction in human rights. The analysis is based on the criteria for the application of extraterritorial jurisdiction, with special focus on the European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights and the UN Committee on the Rights of the Child. A legal-exploratory methodology will be used, with multiple case studies, through documentary and bibliographic analysis. The hypothesis is that the Courts and international bodies have their own trends, which are in line, with the exception of the European Court. At the end of the work, the hypothesis will be verified, highlighting the more extensive interpretation of the Inter-American Court and the Committee on the Rights of the Child, unlike the European Court, which remains distant, applying more restrictive positions.

Key words: extraterritorial jurisdiction; human rights treaties extraterritoriality; human rights regional Courts; UN international monitoring bodies.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CDC	Comitê dos Direitos da Criança
CDH	Comitê de Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia de Direitos dos Homens
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CmEDH	Comissão Europeia de Direitos Humanos
CmIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CoDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CtEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CtIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIP	Direito Internacional Público
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ILA	<i>International Law Association</i>
ISIL	<i>Islamic State in Iraq and Levant</i>
OC	Opinião Consultiva
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
OTAN	Organização do Tratado do Atlântico Norte
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos
RMT	República Moldova da Transnístria
TRNC	<i>Turkish Republic of Northern Cyprus</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	13
2.1 A noção de extraterritorialidade para o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a jurisdição extraterritorial	13
2.1.1 Construção do conceito de jurisdição para o Direito Internacional dos Direitos Humanos sob a perspectiva da extraterritorialidade	15
2.1.2 A jurisdição para o Direito Internacional Público e sua aplicação em casos de Direitos Humanos	21
2.2 Cláusulas de jurisdição: origens, sentidos e tratados correspondentes	24
3 O CRITÉRIO DE CONTROLE EFETIVO SOBRE TERRITÓRIO E/OU PESSOAS	31
3.1 Os processos de construção e desconstrução do critério de controle efetivo na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos	31
3.1.1 O entendimento europeu antes do caso <i>Bankovic and Others v. Belgium and Others</i>	31
3.1.2 O caso <i>Bankovic</i> : a jurisdição como eminentemente territorial e a teoria do <i>espace juridique</i>	34
3.1.3 Os efeitos imediatos da decisão <i>Bankovic</i> na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos	40
3.1.4 Em busca de conformidade: o caso <i>Al-Skeini and Others v. The United Kingdom</i> e a jurisprudência recente da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre jurisdição extraterritorial	45
4 A CAUSALIDADE E A DUE DILLIGENCE NA APLICAÇÃO DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL	55
4.1 Breves considerações sobre as concepções de causalidade e <i>due diligence</i> em matéria de direitos humanos	55
4.2 A construção dos critérios da causalidade e da <i>due diligence</i> em casos de danos ambientais transfronteiriços	59
4.2.1 A Opinião Consultiva nº 23/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos	59
4.2.2 O caso <i>Sacchi and Others v. Argentina and Others</i> perante o Comitê dos Direitos das Crianças	67
5 DESENVOLVIMENTOS RECENTES DO TEMA DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL E SEUS CRITÉRIOS	73
5.1 Nacionalidade e capacidade perante o Comitê dos Direitos das Crianças e a Corte Europeia de Direitos Humanos	73
5.2 Extraterritorialidade em tempos de guerra: o caso <i>Ukraine and The Netherlands v. Russia</i>	78
5.3 Jurisdição extraterritorial em matéria de mudanças climáticas	82

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	85
REFERÊNCIAS	87

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a jurisdição extraterritorial tem sido um dos temas mais discutidos em órgãos internacionais e Cortes regionais de direitos humanos. A matéria tornou-se um grande embaraço nas interpretações judiciais, ao definirem o alcance da aplicação de um tratado internacional ou regional de direitos humanos, partindo da jurisdição. Alguns desses tratados comumente trazem uma cláusula de jurisdição, isto é, uma disposição que determina que os direitos ali disciplinados são garantidos “a todos que estejam sob a jurisdição” dos Estados signatários. Nesse sentido, indivíduos passaram a exigir a garantia desses direitos quando violados fora do território do Estado signatário, ou, noutros termos, extraterritorialmente, sob a arguição de exercício de jurisdição desses nos locais estrangeiros.

À vista do argumento de que Estados estariam exercendo jurisdição extraterritorialmente, órgãos internacionais e Cortes regionais foram instados a definir a possibilidade de aplicação extraterritorial dos seus tratados respectivos, baseando-se nas cláusulas de jurisdição. Iniciou-se, assim, a construção de uma interpretação sobre a matéria, a qual, contudo, nem sempre se deu de forma harmoniosa.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) é a Corte que mais tratou a questão, possuindo uma interpretação conflitante e, para alguns, até mesmo arbitrária (Mallory, 2021). O entendimento da CtEDH começou a ser construído ainda no Século XX, momento no qual o posicionamento era de aplicar a extraterritorialidade de modo mais restritivo. Durante as décadas de 1970, 1980 e 1990, contudo, essa interpretação restritiva foi sendo mitigada, alcançando-se uma posição que começava a ser ampliada, admitindo diversas situações como exercício de jurisdição extraterritorial (Mallory, 2021). Todavia, isso restou vencido com o caso *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, no começo dos anos 2000, cuja decisão determinou a eminência da territorialidade da jurisdição, tornando-se o mais importante precedente da CtEDH sobre a tese até então.

Nos anos posteriores a *Bankovic*, houve uma tentativa de se retornar àquela interpretação que estava se ampliando, mas ainda se pautando a territorialidade definida no caso paradigma. Uma década depois da relevante decisão, um novo precedente se formou no caso *Al Skeini and Others v. The United Kingdom*, tendo sido apreciada a demanda de maneira a superar o entendimento de *Bankovic*. Não obstante, a jurisprudência da CtEDH nunca se recompôs totalmente, sendo, ainda hoje, às vezes extensiva, em outras vezes estreitada.

A jurisprudência da CtEDH, para além de sua discrepância interna, tampouco se aproxima da interpretação das demais Cortes regionais e órgãos internacionais de monitoramento da Organização das Nações Unidas (ONU). Ao contrário da CtEDH, Cortes e órgãos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) e o Comitê dos Direitos da Criança (CDC), vêm trazendo apreciações cada vez mais permissivas e extensivas, as quais, em que pese sua tentativa de efetivar a universalidade dos Direitos Humanos, por vezes são consideradas juridicamente descomedidas (Ollino, 2021).

No ponto, é de se notar a utilização de diferentes critérios por cada um desses órgãos e Cortes, sendo o mais célebre o critério de controle efetivo, formulado pela CtEDH. Ocorre que esse critério, do qual a CtEDH não se afasta, não tem sido aplicado em sua interpretação tradicional pela CtIDH e pelo CDC. Ambas as instituições têm adotado entendimentos extensivos, o que poderia demonstrar a formação de movimentos internacionais desconformes quanto à matéria.

Desta feita, a presente pesquisa tem por objetivo analisar as tendências dos órgãos internacionais e Cortes regionais na interpretação do alcance da aplicação da jurisdição extraterritorial em matéria de direitos humanos. Para tanto, essa averiguação será fundamentada no estudo dos critérios utilizados judicialmente (e *quasi* judicialmente) para determinar o exercício de jurisdição por um Estado, quando atuando fora do seu próprio território. A hipótese é de que tais Cortes e órgãos internacionais possuem tendências próprias, mas que têm convergido por utilizarem interpretações mais ampliadas, aumentando alcance de aplicação da jurisdição extraterritorial, com exceção da CtEDH.

A pesquisa é uma tese monográfica (Eco, 2008), de modo a ser empregada uma metodologia jurídico-exploratória (Gustin; Dias, 2002). Com vistas a esse esquema metodológico, aplicar-se-á como método de tratamento de dados o estudo de casos múltiplos (Yin, 2015), a partir de análise documental – decisões judiciais e *quasi* judiciais – e bibliográfica, eis que “a pesquisa de métodos mistos pode permitir que os pesquisadores abordem questões de pesquisa mais complicadas e colem uma série mais rica e mais forte de evidência do que poderiam obter por qualquer método único” (Yin, 2015, p. 69). Serão estudadas decisões concernentes à jurisdição extraterritorial de três instituições, a saber: a CtEDH, como a Corte que mais apreciou casos sobre a questão; a CtIDH, pela sua relevância regional para países americanos; e o CDC, por ser um órgão de monitoramento da ONU que decidiu casos paradigmáticos recentes.

Sendo assim, primeiramente, a jurisdição extraterritorial será tratada a partir de uma perspectiva teórica, analisando-a à luz do entendimento de notáveis juristas especialistas, como

Milanovic (2008; 2011); Raible (2020), Besson (2012) e Shany (2013). Ainda, serão feitas breves considerações sobre os *travaux préparatoires* de tratados de direitos humanos, no que concerne à cláusula de jurisdição. Adiante, será realizado um estudo acerca da construção jurisprudencial da CtEDH com base no critério de controle efetivo para a aplicação da jurisdição extraterritorial. Iniciar-se-á com uma averiguação da jurisprudência da Corte durante o Século XX, seguida de uma análise do caso *Bankovic* e, por fim, como restou o entendimento da CtEDH no pós-*Bankovic* até os dias atuais.

No capítulo posterior, será estudada a *due diligence* sob o prisma dos direitos humanos, como um elemento expressivo para aplicação da jurisdição extraterritorial que tem sido considerado nos recentes posicionamentos da CtIDH e do CDC, primordialmente em casos atinentes ao cenário ambiental e mudanças climáticas. De sua vez, o quinto capítulo tratará de desenvolvimentos recentes acerca do alcance da jurisdição extraterritorial, a partir de três casos que despertam temáticas atuais e demonstram a utilização dos critérios da jurisdição extraterritorial sob diferentes perspectivas. Os casos cuidam do repatriamento de pessoas vivendo em campos de refugiados; extraterritorialidade aplicada em conflitos armados; e, por fim, situações relativas às mudanças climáticas.

Ao final do trabalho, será verificada a hipótese. Será concluído que as Cortes regionais e órgãos internacionais seguem suas tendências próprias, mas que essas têm estado em consonância, pela adoção de uma interpretação mais extensiva da jurisdição extraterritorial. Por outro lado, a CtEDH se mantém isolada, em uma interpretação mais restritiva, evitando ampliar seu posicionamento. A mais, serão propostas duas perspectivas para análise da temática, a partir da ideia de que a jurisdição é um critério de admissibilidade para os casos serem apreciados e da importância da atuação de Cortes e órgãos internacionais de direitos humanos perante indivíduos.

2 JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

2.1 A noção de extraterritorialidade para o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a jurisdição extraterritorial

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) se manifesta na obrigatoriedade dos Estados em proteger indivíduos e, por conseguinte, seus direitos e garantias, principalmente no que diz respeito àqueles que estejam no território estatal (Costa, 2013). A partir disso, é possível compreender que o DIDH, em um primeiro momento, pode ser considerado como eminentemente territorial, por tratar-se de obrigações concernentes, primordialmente, aos nacionais do Estado ou, pelo menos, àqueles dentro do seu território. Todavia, tal concepção evoluiu, especialmente com o elemento da universalidade trazido pela Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), pelo qual Direitos Humanos são devidos a todos os indivíduos, indistintamente.

Sob essa perspectiva, em que pese o citado elemento da universalidade, há tratados de Direitos Humanos que possuem uma aplicação geográfica, sendo pertinentes aos indivíduos que estejam dentro do território estatal e/ou sob a jurisdição do Estado (Shany, 2020). Porém, questiona-se até que ponto essa aplicação geográfica limita a obrigação estatal de proteger pessoas e seus direitos. Isto é, até que ponto o Estado é obrigado a proteger indivíduos? A obrigação trazida por cada tratado de Direitos Humanos é devida apenas nas hipóteses que ocorrem no território estatal?

Como supramencionado, em um primeiro momento, a resposta para esses questionamentos seria que o Estado é obrigado de acordo com o limite geográfico de seu território. Ocorre que, conforme explica Shany (2020), o modelo estadocêntrico de Direitos Humanos tornou-se cada vez menos responsivo às necessidades e desafios da sociedade atual, tendo sido forçado a reavaliar a real aplicação da proteção dos Direitos Humanos. À vista disso, é possível se falar na sua extraterritorialidade, isto é, a proteção trazida pelo instituto para além do mero território estatal (Costa, 2013). De acordo com Marko Milanovic (2011), a extraterritorialidade diz respeito a:

Aplicação extraterritorial significa simplesmente que, no momento da alegada violação de seus direitos humanos, o indivíduo em questão não está fisicamente

localizado no território do Estado Parte em questão, uma área geográfica sobre a qual o Estado tem soberania ou título (Milanovic, 2011, p. 8, tradução nossa)¹.

A questão da extraterritorialidade começou a ser debatida de forma mais relevante com o advento da “Guerra ao Terror”, sob a administração do ex-presidente estadunidense George W. Bush, conforme aduzem Miller (2009) e Costa (2013). As diversas alegações de violações de Direitos Humanos ocorrendo em razão da guerra trouxeram à tona a discussão acerca da extraterritorialidade das obrigações dos Estados em respeitar os Direitos Humanos. Operações militares conduzidas no exterior eram repletas de violações dos direitos e garantias da sociedade civil e dos combatentes, principalmente daqueles detidos pelos governos que lideravam a “Guerra ao Terror”. Costa (2013) explica que esses governos advogavam no sentido de manter a obrigatoriedade de respeito aos Direitos Humanos em um sentido estritamente geográfico, de modo que a discussão permeava a tentativa de evasão da responsabilidade por violações, por um lado, e a necessidade dessa responsabilização, por outro.

A partir disso, iniciou-se de modo mais efetivo o debate acerca da obrigação do Estado em respeitar Direitos Humanos fora do seu território nacional. Em que pese a importância da “Guerra ao Terror” para a evolução da discussão, essa não surgiu com esse advento e muito menos deixou de existir com seu fim. Nesse sentido, a extraterritorialidade continua sendo um tema extremamente controverso e alvo de grandes dilemas por parte de doutrinadores, órgãos de monitoramento e Cortes de Direitos Humanos. O debate cinge-se, primordialmente, acerca da aplicação dos tratados de Direitos Humanos extraterritorialmente e sob qual interpretação, isto é, como, juridicamente, pode se considerar que Estados possuem a obrigação de não violar direitos fora do seu território (Costa, 2013).

Tal possibilidade jurídica é manifestada por “cláusulas de jurisdição” em tratados de Direitos Humanos. Em suma, a maioria destes possuem uma cláusula que determina que os Estados contratantes devem respeitar e assegurar os direitos envolvidos nos tratados a todos aqueles que estejam *sob sua jurisdição*. Para Milanovic (2008), “trata-se de um critério limiar [*threshold criterion*], o qual deve ser satisfeito para que as obrigações do tratado surjam em primeiro lugar” (Milanovic, 2008, p. 6, tradução nossa)². O autor explica que esse critério torna as obrigações exigíveis, sendo essencial para que elas existam de fato; no mesmo sentido de que é necessário haver um conflito armado para que o Direito Internacional Humanitário exista,

¹ Extraterritorial application simply means that at the moment of the alleged violation of his or her human rights the individual concerned is not physically located in the territory of the state party in question, a geographical area over which the state has sovereignty or title.

² It is a threshold criterion, which must be satisfied in order for treaty obligations to arise in first place.

é necessário haver um exercício de jurisdição para que obrigações de Direitos Humanos existam (Milanovic, 2008).

Contudo, sobre o que de fato a jurisdição concerne? Quais são seus elementos e hipóteses de aplicabilidade? Esses questionamentos derivam de um acalorado debate doutrinário e judicial (ou *quasi* judicial), uma vez que diferentes teorias procuram determinar a correta interpretação do que é a jurisdição e como essa deve ser aplicada.

2.1.1 Construção do conceito de jurisdição para o Direito Internacional dos Direitos Humanos sob a perspectiva da extraterritorialidade

Nenhum tratado de Direitos Humanos traz com precisão uma definição do que seria a jurisdição e como essa poderia ser aplicada extraterritorialmente (Milanovic, 2011). Nesse sentido, órgãos de monitoramento e Cortes internacionais prestaram um importante papel na construção dessa definição, mas não há o que se falar em um consenso na interpretação de como a jurisdição de fato é exercida. Dentre essa falta de consenso, tem-se que os doutrinadores, bem como, divergem acerca de como interpretar a jurisdição de acordo com o DIDH. Propõem, assim, teorias, na tentativa de encontrar uma hipótese de jurisdição que melhor se encaixe no contexto das violações de Direitos Humanos extraterritorialmente.

Nessa linha, a teoria de Milanovic (2011) procura definir jurisdição a partir da ideia de controle efetivo. Asseverando uma aproximação da sua teoria ao elemento da universalidade dos Direitos Humanos, Milanovic (2011) entende que jurisdição é uma questão factual, na qual o Estado exerce poder sobre o território e/ou sobre pessoas. O autor leva em conta que existem dois modelos de jurisdição: o modelo espacial (controle efetivo sobre território) e o modelo pessoal (controle efetivo sobre pessoas) (Milanovic, 2011). A partir desses modelos, ele oferece um terceiro, pelo qual a jurisdição deve ser verificada a partir da ocorrência de obrigações positivas e negativas:

Isto é, então, o que minha proposta de terceiro modelo significaria: a noção de jurisdição em tratados de direitos humanos seria concebida apenas territorialmente, como controle efetivo de fato de áreas e lugares. [...] Este limite, no entanto, se aplicaria apenas à obrigação do Estado de garantir ou assegurar os direitos humanos, mas não à sua obrigação de respeitar os direitos humanos, que seria territorialmente ilimitada (Milanovic, 2011, p. 210, tradução nossa)³.

³ This is then what my proposed third model would amount to: to the notion of jurisdiction in human rights treaties would be conceived of only territorially, as de facto effective control of areas and places. [...] This threshold would, however, apply only to the state's obligation to secure or ensure human rights, but not to its obligation to respect human rights, which would be territorially unbound.

As obrigações positivas diriam respeito ao Estado assegurar e garantir Direitos Humanos, a qual, por depender de ações serem tomadas, deveriam ensejar a necessidade da jurisdição para obrigar o Estado (Milanovic, 2011). Por outro lado, as obrigações negativas, isto é, de respeitar Direitos Humanos, não necessitam de uma ação propriamente dita a ser tomada – o Estado pode apenas se ater de violar direitos –, sendo, portanto, uma obrigação universal, que independe da jurisdição para ser cumprida (Milanovic, 2011).

Contudo, para o autor, nem todas as obrigações positivas deverão ensejar a aplicação da jurisdição como um *threshold criterion* (Milanovic, 2011). Isso porque algumas obrigações positivas possuem um caráter “profilático e processual”, no sentido de serem necessárias para determinar uma obrigação negativa do Estado. Por exemplo, no contexto do direito à vida, o Estado possui a obrigação negativa de não tirar uma vida injustamente; porém, também possui a obrigação positiva de, caso aconteça, promover investigações para determinar a responsabilidade de seus agentes. Sendo assim, para Milanovic (2011), as obrigações positivas de caráter “profilático e processual” não dependem, assim como obrigações negativas, de um critério liminar jurisdicional, sendo devida de modo universal. Nesse sentido:

Deixe-me enfatizar novamente que não estou defendendo uma separação estrita entre obrigações negativas e positivas. Em vez disso, estou defendendo uma separação entre as obrigações positivas que requerem controle sobre o território para serem efetivas, como a obrigação de prevenir tratamento desumano ou garantir direitos humanos em geral até mesmo de terceiros, e aquelas obrigações cuja efetividade depende apenas do controle do Estado sobre seus próprios agentes (Milanovic, 2011, p. 216, tradução nossa)⁴.

Milanovic (2011) considera que sua teoria é a maneira ideal de se ter Direitos Humanos universais de modo efetivo. Todavia, a tese não é isenta de críticas. Lea Raible (2020) considera que o grande problema da teoria de Milanovic é a dificuldade de se diferenciar obrigações positivas e negativas na prática. Para a autora:

A implicação é que a distinção entre obrigações negativas e positivas desloca o problema de traçar linhas para outro nível, em vez de resolvê-lo. [...] Em vez do significado de jurisdição traçar a linha entre obrigações negativas e positivas, torna-se o centro das atenções (Raible, 2020, p. 83, tradução nossa)⁵.

⁴ Let me again emphasize that I am not advocating a strict separation between negative and positive obligations. Rather, I am arguing for a separation between those positive obligations which require control over territory in order to be effective, such as the obligation to prevent inhuman treatment or secure human rights generally even from third parties, and those obligations whose effectiveness depends only on the state's control over its own agents.

⁵ The implication is that the distinction between negative and positive duties shifts the problem of drawing lines to another level instead of solving it. [...] Instead of the meaning of jurisdiction, drawing the line between negative and positive obligations becomes the centre of attention.

Para além disso, Raible (2020) considera que a teoria de Milanovic é ausente de um raciocínio teórico de Direitos Humanos, trazendo para si um elemento teleológico. Isso seria um problema, pois uma visão de Direitos Humanos focada em resultados não é suficiente para especificar obrigações correlatas, nem para definir quem são os portadores das obrigações (Raible, 2020). Por fim, uma terceira crítica traçada por Raible (2020) é que a ideia de jurisdição como controle efetivo está diretamente relacionada ao conceito de poder; haveria, assim, uma dificuldade em definir a existência de jurisdição *versus* decidir se houve uma violação de Direitos Humanos: “[...] a falta de uma definição de poder combinada com o foco em seu exercício, em oposição ao poder como potencial, torna muito difícil distinguir entre estabelecer jurisdição e decidir se houve violação de obrigações de direitos humanos” (Raible, 2020, p. 86, tradução nossa)⁶.

De sua vez, Shany (2013) também traz algumas considerações sobre a teoria de Milanovic, apesar de reconhecer sua coerência e sofisticação. Na mesma linha que Raible (2020), Shany (2013) aduz a dificuldade de se determinar, na prática, a diferença entre obrigações positivas e negativas, tornando a teoria eivada de arbitrariedade. Ademais, Shany (2013) compreende que a teoria de Milanovic, e o modelo comumente aplicado por Cortes internacionais, concernente à jurisdição como controle efetivo, de fato cobre violações que ocorrem sob o direto controle estatal sobre territórios e/ou pessoas. Contudo, questiona o autor, o que acontece com aqueles casos em que há danos causados às pessoas sem que haja um controle efetivo sendo exercido (Shany, 2013)? Se um Estado tem a capacidade de evitar um dano transfronteiriço e mesmo assim o causa, não deveria ser responsabilizado, em que pese a falta de exercício de controle efetivo? Sendo assim, Shany (2013) argumenta:

A insistência de Milanovic na localização das vítimas, e não na localização da atividade danosa e na capacidade funcional dos Estados para preveni-la, como os critérios decisivos de aplicação, parecem ser, nas circunstâncias do caso, arbitrários (Shany, 2013, p. 63, tradução nossa)⁷.

À vista destes questionamentos, Shany (2013) propõe sua própria teoria – o funcionalismo. O autor considera como o elemento central da sua teoria o universalismo de Direitos Humanos, propondo uma hipótese de jurisdição baseada na capacidade do Estado em prevenir violações e garantir direitos. De acordo com o autor, “[...] funcionalismo é

⁶ [...] the lack of a definition of power combined with the focus on its exercise, as opposed to power as a potential, makes it very difficult to distinguish between establishing jurisdiction and deciding whether there has been a violation of human rights obligations.

⁷ Milanovic's insistence on the victims' location, and not on the location of the harmful activity and functional capability of states to prevent it, as the decisive criteria for application appears to be, in the circumstances of the case, arbitrary.

universalismo. Ele postula que os Estados devem proteger os direitos humanos onde quer que operem no mundo, sempre que puderem razoavelmente fazê-lo” (Shany, 2013, p. 67, tradução nossa)⁸. Entretanto, o funcionalismo se mostra como uma teoria utópica, ao considerar que Estados estão obrigados universalmente a proteger Direitos Humanos e não os violar, sempre que o puder fazer.

De modo responsivo, Shany (2013) argui que existe uma limitação a essas obrigações: o impacto da ação ou omissão do Estado deve ser *direto, significante e previsível* em um contexto extraterritorial⁹. Logo, se ação ou omissão do Estado resultar em um dano transfronteiriço direto, significante e previsível, estará sob a sua jurisdição extraterritorial. Essa limitação “[...] é projetada para encontrar um equilíbrio entre o ideal universal e as expectativas razoáveis dos Estados referentes às consequências legais de suas políticas” (Shany, 2013, p. 69, tradução nossa)¹⁰.

Sob outra perspectiva, Samantha Besson (2012) traz uma nova teoria. Ela defende uma interpretação normativa da jurisdição, tratando essa como “autoridade legal e política”: “[...] isto é, autoridade prática política e legal que ainda não é legítima ou justificada, mas afirma ser ou, pelo menos, é considerada legítima por seus súditos (Besson, 2012, p. 864-865, tradução nossa)¹¹. A partir disso, para a autora, a jurisdição seria o controle normativo, efetivo e total (Besson, 2012). Logo, seria mais que um poder ou controle; estaria revestida de um aspecto normativo, o qual traria as razões para o agir e o apelo pelo seu cumprimento. A autora explica:

Em primeiro lugar, o poder do Estado deve ser efetivo e exercido, e não apenas reivindicado. Em segundo lugar, deve ser exercido sobre um grande número de participações interdependentes, e não apenas uma vez e sobre um único assunto. [...] Por fim, deve ser exercida de forma normativa de modo a fundamentar a ação, e não como mera coerção (Besson, 2012, p. 872, tradução nossa)¹².

Criticamente, na visão de Raible (2020), essa teoria acaba por estabelecer um limite muito alto para o reconhecimento da obrigação de Direitos Humanos, pois exige não apenas controle ou poder, mas que esse seja efetivo e total. Essa “totalidade”, ao depender de várias ocasiões para ser considerado (“*interdependent stakes*”), poderia tornar a aplicação da

⁸ To be clear, functionalism is universalism. It posits that states should protect human rights wherever in the world they may operate, whenever they may reasonably do so.

⁹ Essa limitação foi primeiro formulada por Orna Ben-Naftali e Yuval Shany (2003).

¹⁰ [...] is designed to strike a balance between the universal ideal and the reasonable expectations of states pertaining to the legal consequences of their policies.

¹¹ [...] that is to say, practical political and legal authority that is not yet legitimate or justified, but claims to be or, at least, is held to be legitimate by its subjects

¹² First of all, the state's power should be effective and exercised, and not merely claimed. Second, it should be exercised over a large number of interdependent stakes, and not one time only and over a single matter only. [...] Finally, it should be exercised in a normative fashion so as to give reasons for action, and not as mere coercion.

jurisdição muito restritiva ou, alternativamente, sem sentido. De acordo com Raible (2020), a aplicação seria restritiva por depender que o Estado controle muitas situações ou toda a área em questão, de forma que controles parciais ou pontuais estariam excluídos da interpretação. Por outro lado, a aplicação poderia também ser sem sentido, ao passo que:

A menos que confiemos no fato de que o controle é exercido por um agente do estado e poderia, pelo menos potencialmente, ser mais amplo do que sobre uma única pessoa, isso não é uma maneira significativa de estabelecer 'controle total' (Raible, 2020, p. 91, tradução nossa)¹³.

Para mais disso, Besson (2012) faz uma distinção entre jurisdição para o direito doméstico e para o direito internacional; para o direito doméstico, jurisdição seria aquela conceituada como autoridade legal e política de fato, enquanto a jurisdição para o direito internacional seria aquela em que o Estado possui o direito de prescrever, impor e julgar regras, primordialmente em seu território (Besson, 2012). A essa vista, para Besson (2012), a jurisdição trazida pelos tratados de Direitos Humanos seria aquela a par do direito doméstico, não do direito internacional.

Em que pese o esforço de trazer uma perspectiva normativa para a discussão, a proposta de Besson (2012) não entrega o que propõe, de acordo com Milanovic (2012b). Para o autor, Besson (2012) utiliza de uma fórmula conhecida para interpretar o conceito de jurisdição, distinguindo-o de outros conceitos relacionados, apontando elementos que podem ou não importar em sua aplicação e utilizando a jurisprudência da Corte Europeia para sustentar sua argumentação (Milanovic, 2012b). Embora a metodologia esteja em conformidade com as comumente utilizadas, as conclusões da autora surpreendem: ela discorda que a interpretação correta deveria considerar a jurisdição como factual, isto é, como o controle efetivo sobre o território e/ou pessoas, como sugere Milanovic (2012b). Assim, a autora propõe que a jurisdição trazida por tratados internacionais de Direitos Humanos seria referente à “jurisdição para o direito doméstico” (Besson, 2012). Milanovic (2012b) critica essa proposta, afirmando que não se trata de um conceito claro conceitualmente nem praticamente.

De forma simples, pode-se entender que a autora utiliza o termo “jurisdição para direito doméstico” significando, em suma, o que é a jurisdição para o DIDH. Apesar da tentativa de criar um conceito mais normativo para a jurisdição e destaca-lo daqueles já assentados, a autora resulta por cair, numa perspectiva prática, naquela mesma noção de jurisdição para o DIDH, tão defendido por Milanovic (2008). Para mais disso, Cedric Ryngaert (2012) aponta que a

¹³ Unless we rely on the fact that the control is exercised by a state agent and could thus at least potentially be wider than over a single person that is no meaningful way to establish "overall control".

noção de jurisdição pautada por um aspecto normativo abre lacunas de proteção de Direitos Humanos. Para Ryngaert (2012):

[...] qualquer indivíduo cujos direitos sejam comprometidos pelas ações de um Estado deve, em princípio, estar sob a jurisdição desse Estado, seja essa jurisdição fundamentada normativamente ou equivalente a mera coerção, desde que haja um forte nexu entre o indivíduo e esse Estado (Ryngaert, 2012, tradução nossa)¹⁴.

Por fim, após analisar as três teorias propostas por Milanovic (2011), Shany (2013) e Besson (2012), Raible (2020) propõe a sua própria teoria da extraterritorialidade dos Direitos Humanos. Segundo a autora, Estados devem obrigações extraterritoriais aos indivíduos, as quais são limitadas pela jurisdição no DIDH; à vista disso, é necessário se compreender, primeiro, o que são Direitos Humanos e quais são suas funções (Raible, 2020). A partir disso, ela entende que há uma necessidade de se formular uma teoria que justifique a alocação das obrigações de Direitos Humanos aos Estados, e essa teoria teria que pautar o seguinte:

Primeiro, nos daria um princípio para determinar qual Estado (ou Estados) tem (ou têm) o tipo certo de relacionamento com um indivíduo para acionar as obrigações de direitos humanos do referido Estado. Em segundo lugar, deve nos permitir distinguir atos fora do território de um Estado que desencadeiam obrigações de direitos humanos e atos que não o fazem. Em terceiro lugar, permitiria identificar o comportamento do Estado com impacto extraterritorial (em oposição a um ato extraterritorial) que desencadeia obrigações de direitos humanos em relação a indivíduos no exterior. Crucialmente, no entanto, uma teoria bem-sucedida vincula a noção de uma conexão entre um estado e um indivíduo ao peso normativo dos direitos humanos legais internacionais, em vez de suposições sobre o papel do território. Isso tem pelo menos duas vantagens. Evita confusão desnecessária em torno da redação diferente de diferentes tratados de direitos humanos e muda o foco dos aspectos técnicos para considerações normativas internas (Raible, 2020, p. 80, tradução nossa)¹⁵.

Considerando essas diretrizes, Raible (2020) nota que o conceito de *poder* é o elemento comum das três teses analisadas, em que pese nenhuma das três o definir. Assim, a autora entende que a jurisdição deveria ser considerada como “*poder político*”, a partir de dois valores dos Direitos Humanos: integridade e equidade (Raible, 2020). Ambos justificam a atribuição das obrigações de Direitos Humanos a instituições públicas; porém, a integridade o faz baseado

¹⁴ [...] any individual whose rights are compromised by a State’s actions should in principle fall within that State’s jurisdiction, whether this jurisdiction is normatively grounded or amounts to mere coercion, provided that there is a strong nexus between the individual and that State.

¹⁵ First, it would equip us with a principle to determine which state (or states) has (or have) the right kind of relationship with an individual to trigger human rights obligations of said state. Second, it should be enable us to distinguish acts outwith a state's territory that do trigger human rights obligations and acts that do not. Third, it would allow us to identify state behavior with an extraterritorial impact (as opposed to an extraterritorial act) that triggers human rights obligations towards individuals abroad. Crucially, however, a successful theory ties the notion of a connection between a state and an individual the normative weight of international legal human rights such as rather than to assumptions about the role of territory. This has at least two advantages. It avoids unnecessary confusion surrounding the different wording of different human rights treaties and it shifts the focus away from technicalities to internal normative considerations.

na legitimidade dessas instituições, e a equidade o faz a partir das condições dessas de garantir a igualdade aos indivíduos (Raible, 2020).

Destarte, pode-se dizer que todas as teorias trazem uma ideia de jurisdição que permeia os conceitos de poder, autoridade e controle, mesmo que nem todas procurem definir esses conceitos. É fundamental compreender, todavia, que essas teorias dizem respeito à jurisdição aplicada extraterritorialmente em um cenário de Direitos Humanos, não correspondendo à jurisdição para, por exemplo, o Direito Internacional Público (DIP). Conforme se verá adiante, a jurisdição para o DIP trata-se de uma noção completamente distinta, a qual possui sérias consequências ao ser aplicada no contexto de Direitos Humanos.

2.1.2 A jurisdição para o Direito Internacional Público e sua aplicação em casos de Direitos Humanos

Existe uma profunda discussão acerca da aplicação da ideia de jurisdição a partir do seu conceito para o DIP no contexto de violações de Direitos Humanos. Conforme explica Milanovic (2008), o conceito de jurisdição de acordo com o DIP não pode ser utilizado para interpretar tratados de Direitos Humanos, pois trata-se de uma perspectiva totalmente diferente daquela proposta por tais tratados. Apesar disso, Cortes já utilizaram do conceito de acordo com o DIP para decidir casos eminentemente de Direitos Humanos, definindo que a jurisdição trazida nos tratados de Direitos Humanos é a mesma daquela abordada no DIP (Milanovic, 2011). Necessário, pois, diferenciar a jurisdição de acordo com seu contexto de aplicação.

Primeiramente, há de se compreender o conceito de jurisdição para o DIP, na acepção de Milanovic (2008):

Jurisdição é a autoridade do Estado, baseada e limitada pelo direito internacional, para regular a conduta das pessoas, tanto físicas quanto jurídicas, por meio de seu próprio direito interno. Em essência, a jurisdição de um Estado é uma emanção ou um aspecto de sua soberania, seu direito de regular sua própria ordem pública (Milanovic, 2008, p. 10, tradução nossa)¹⁶.

No mesmo sentido, para Samantha Besson (2012), “de fato, a jurisdição sob o direito internacional é a competência de cada Estado para prescrever, executar e julgar, principalmente em seu território, mas também em casos excepcionais fora deste último [...]” (Besson, 2012, p.

¹⁶ Jurisdiction is the authority of the state, based in and limited by international law, to regulate the conduct of persons, both natural and legal, by means of its own domestic law. In essence, a state's jurisdiction is an emanation or an aspect of its sovereignty, its right to regulate its own public order.

869, tradução nossa)¹⁷. Tem-se, com isso, que a jurisdição para o DIP se trata de um conceito que corresponde ao poder do Estado em regular e impor regras, o que não se confunde com sua soberania (Miller, 2009).

A jurisdição para o DIP pode ser concentrada em três poderes do Estado, conforme explica Milanovic (2008): jurisdição para prescrever (*jurisdiction to prescribe*), para impor (*jurisdiction to enforce*) e para julgar (*adjudicatory jurisdiction*). Sendo assim, o Estado teria o poder de prescrever regras, impô-las e, em caso de violações, julgá-las, de acordo com esse próprio conjunto de regras. Um Estado não pode impor suas regras sobre outro Estado sem o consentimento deste, havendo, por essa razão, um aspecto territorial. Por sua vez, o poder de prescrever regras, apesar de também possuir um aspecto territorial, pode ser exercido no território de outro Estado, mesmo sem o seu consentimento. Havendo umnexo causal, o Estado pode regular normas no território estrangeiro, sendo esses nexos identificados por Milanovic (2008):

São eles: o princípio da nacionalidade (ou personalidade ativa), segundo o qual um Estado pode regular a conduta de seus nacionais, mesmo quando estes se encontram no exterior; o princípio da personalidade passiva, segundo o qual o Estado pode, dentro de certos limites, proibir condutas que prejudiquem diretamente seus nacionais, mesmo que o autor do dano não seja seu nacional e a conduta ocorra fora de seu território; o princípio protetor, segundo o qual um estado pode punir pessoas que buscam prejudicar seus interesses mais vitais - por exemplo, pessoas que conspiram para falsificar a moeda do estado; o princípio da universalidade, segundo o qual o Estado pode criminalizar condutas que prejudiquem a comunidade internacional como um todo, como pirataria e crimes contra o direito internacional (Milanovic, 2008, p. 11-12, tradução nossa)¹⁸.

A identificação desses nexos causais e da possibilidade de um Estado poder prescrever regras no exterior é crucial para se compreender os limites da territorialidade da jurisdição para o DIP. Mais essencial ainda é perceber que esses nexos foram citados e utilizados na decisão do caso *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, pela CtEDH. Em que pese a presente pesquisa pretender abordar o caso de forma aprofundada adiante, é necessário se referir a ele no momento para que seja possível analisar os efeitos da aplicação da jurisdição de acordo com o conceito do DIP, em uma decisão eminentemente de Direitos Humanos.

¹⁷ Indeed, jurisdiction under international law is the competence of each state to prescribe, enforce, and adjudicate, primarily on its territory, but also in exceptional cases outside the latter [...].

¹⁸ These are: the nationality (or active personality) principle, according to which a state may regulate the conduct of its nationals, even when they are abroad; the passive personality principle, according to which the state may, within certain limits, prohibit conduct which directly harms its nationals, even if the perpetrator of the harm is not its national and the conduct takes place outside its territory; the protective principle, according to which a state may punish persons who seek to harm its most vital interests - for example, persons plotting to forge the state's currency; the universality principle, according to which the state may criminalize conduct which harms the international community as a whole, such as piracy and crimes against international law.

Nessa acepção, ao ser instada a interpretar o Artigo 1 da Convenção Europeia de Direitos dos Homens (CEDH) no caso *Bankovic*, a CtEDH decidiu que os países da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) não haviam exercido jurisdição no episódio do bombardeiro de uma estação de TV em Belgrado, durante a guerra do Kosovo. O caso é extremamente instigante por diversos motivos, mas essencialmente por tratar-se de uma perspectiva de jurisdição que difere daquela aplicada comumente em casos de violação de Direitos Humanos, uma vez que sua decisão trouxe a interpretação da jurisdição como primordialmente territorial (CtEDH, 2001a). Segundo a Corte:

Quanto ao 'significado ordinário' do termo relevante no Artigo 1 da Convenção, a Corte está convencida de que, do ponto de vista do direito internacional público, a competência jurisdicional de um Estado é primordialmente territorial. Embora o direito internacional não exclua o exercício extraterritorial da jurisdição de um Estado, as bases sugeridas de tal jurisdição (incluindo nacionalidade, bandeira, relações diplomáticas e consulares, efeito, proteção, personalidade passiva e universalidade) são, como regra geral, definidas e limitadas pelos direitos territoriais soberanos dos outros Estados relevantes [...] (CtEDH, 2001a, p. 16, tradução nossa)¹⁹.

Conforme explica Milanovic (2008), o objetivo da jurisdição, para o DIP, é estabelecer a legitimidade da regulação de alguma conduta por um Estado. Assertivamente, para o DIP, os países da OTAN não exerceram jurisdição, uma vez que não impuseram suas normas sobre o território do bombardeiro.

Não obstante, para o DIDH, a jurisdição diz respeito ao *exercício de controle efetivo* sobre um território e “é essa noção de jurisdição – não a jurisdição para prescrever regras de direito interno e aplicá-las, mas o controle sobre um território e as pessoas dentro dele – que permeia os tratados internacionais de direitos humanos” (Milanovic, 2008, p. 19, tradução nossa)²⁰. Portanto, falar em *exercício de controle efetivo* se trata de um exercício *factuel* e de poder sobre um território, o que não se confunde com o poder de regular, impor e julgar condutas.

A respeito da distinção da jurisdição para DIP e para o DIDH, Miller (2009) infere que:

A jurisdição ao abrigo do artigo 1.º da Convenção Europeia tem um objetivo diferente da jurisdição ao abrigo do direito internacional público: regula a relação entre os

¹⁹ As to the 'ordinary meaning' of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State's exercise of jurisdiction extraterritorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States [...].

²⁰ It is this notion of jurisdiction - not the jurisdiction to prescribe rules of domestic law and to enforce them, but control over a territory and persons within it - that pervades international human rights treaties.

signatários da Convenção e a categoria de pessoas a quem o Estado deve conceder os direitos enumerados na Convenção (Miller, 2009, p. 1232, tradução nossa)²¹.

A CtEDH, na decisão de *Bankovic*, utiliza do conceito de jurisdição para o DIP para definir o sentido trazido pelo Artigo 1 da CEDH, concluindo por uma interpretação territorial dessa. Contudo, não considerar a proposta distinção do conceito de jurisdição para o DIP e para o DIDH, para Milanovic (2008), é o motivo do fracasso da decisão, resultando em um conceito limitado de jurisdição extraterritorial.

Esse fracasso perpassa outros elementos da decisão. Segundo Miller (2009), para além da confusa interpretação dada a CEDH, há que se falar também da necessidade de uma análise comparada com outros casos da CtEDH, os quais tratam da extraterritorialidade da jurisdição a partir dos conceitos do DIDH. A partir disso, a autora conclui:

A noção de que a análise da Corte Europeia da jurisdição extraterritorial corresponde a bases comumente aceitas de jurisdição extraterritorial no direito internacional público é insustentável. Como Marko Milanovic argumentou recentemente, as formas como a Corte interpretou a jurisdição extraterritorial [em outros casos] têm pouca semelhança com o significado do termo no direito internacional público (Miller, 2009, p. 1231, tradução nossa)²².

Portanto, o que se tem é uma interpretação da jurisdição para tratados internacionais de Direitos Humanos por meio de um conceito distante desse cenário, de modo a gerar uma falta de coerência nessa interpretação, principalmente no seio da jurisprudência da Corte.

2.2 Cláusulas de jurisdição: origens, sentidos e tratados correspondentes

Os primeiros tratados a possuírem uma cláusula de jurisdição propriamente dita são a CEDH e o PIDCP, conforme explica Milanovic (2008). Contudo, é possível se falar em jurisdição nos tratados internacionais, em um contexto de proteção dos direitos dos indivíduos, antes disso. Vários tratados de paz que puseram fim à Primeira Guerra Mundial estabeleceram um regime normativo para a proteção de minorias na Europa, mas não possuem nada próximo a uma cláusula de jurisdição (Milanovic, 2008). É interessante perceber que o

²¹ Jurisdiction under Article 1 of the European Convention serves a different purpose from jurisdiction under public international law: it regulates the relationship between signatories to the Convention and the category of persons to whom the state must provide the rights enumerated under the Convention.

²² The notion that the European Court's analysis of extraterritorial jurisdiction corresponds to commonly accepted bases of extraterritorial jurisdiction in public international law is unstable. As Marko Milanovic has recently argued, the ways in which the Court has interpreted extraterritorial jurisdiction bear little resemblance to the term's meaning in public international law.

Pacto da Liga das Nações também não possui uma cláusula de jurisdição, mas possui algo muito próximo disso. O Artigo 23(b) do Pacto estabelece que:

Artigo 23. Sujeito e de acordo com as disposições das convenções internacionais existentes ou a serem acordadas no futuro, os Membros da Liga:
[...]
(b) comprometem-se a garantir tratamento justo aos habitantes nativos dos *territórios sob seu controle* (Liga das Nações, 1919, tradução nossa)²³ (Grifos nossos).

Já no pós-Segunda Guerra Mundial, também não há o que se falar em tratados internacionais contendo cláusulas de jurisdição. Entretanto, o preâmbulo da DUDH se refere aos territórios sob jurisdição dos Estados, assim como seu Artigo 2 concerne ao status jurisdicional dos territórios (DUDH, 1948). Em que pese a ausência de disposição em tratados internacionais de Direitos Humanos, vários acordos de paz dispuseram cláusulas de jurisdição, tendo sido esses os pioneiros de seu uso:

Portanto, as cláusulas de jurisdição não foram inventadas nos primeiros tratados de direitos humanos a serem elaborados, a então Convenção Internacional única e a CEDH, mas têm um pedigree consideravelmente mais longo na prática dos tratados dos Estados e, mais importante, um significado distinto desse conceito de jurisdição dos estados que delimita as esferas de sua legislação doméstica (Milanovic, 2008, p. 24, tradução nossa)²⁴.

A CEDH foi, contudo, uma das primeiras convenções de Direitos Humanos a possuir o que se entende hoje como uma cláusula de jurisdição. Seu Artigo 1º reconhece que os Estados signatários estão obrigados a respeitar e garantir os direitos por ela tratados a todos que estejam "sob sua jurisdição". É interessante verificar que, de acordo com seus *travaux préparatoire*, primeiramente o artigo reconhecia tais direitos aos residentes do território estatal. Contudo, foi percebida a restrição que essa cláusula poderia trazer, tendo sido alterada a fim de provisionar uma cláusula de jurisdição. Nesse sentido:

O projeto da Assembleia estendeu os benefícios da Convenção a 'todas as pessoas residentes nos territórios dos Estados signatários'. Pareceu ao Comitê que o termo 'residente' poderia ser considerado muito restritivo. Considerou-se que havia boas razões para estender os benefícios da Convenção a todas as pessoas nos territórios dos Estados signatários, mesmo aquelas que não poderiam ser consideradas residentes no sentido legal da palavra. Ademais, essa palavra não tem o mesmo significado em todas as leis nacionais. O Comitê, portanto, substituiu o termo 'residente' pelas palavras 'sob

²³ Article 23. Subject to and in accordance with the provisions of international conventions existing or hereafter to be agreed upon, the Members of the League: [...] (b) undertake to secure just treatment of the native inhabitants of territories under their control.

²⁴ Therefore, jurisdiction clauses were not invented in the first human rights treaties to be drafted, the then single International Covenant and the ECHR, but have a considerably longer pedigree in the treaty practice of states, and more importantly a meaning distinct from that concept of jurisdiction of states which delimits the spheres of their municipal law.

sua jurisdição', que também são cunhadas no Artigo 2 do Projeto de Convenção da Comissão das Nações Unidas (Conselho da Europa, 1977, p. 40, tradução nossa)²⁵.

Três considerações podem ser deduzidas desse excerto (Milanovic, 2008). Primeiro, a razão para introdução de uma cláusula de jurisdição e, por conseguinte, a retirada do termo "dentro do seu território", diz respeito a uma tentativa de não excluir pessoas que estivessem temporariamente ou irregularmente no território do Estado (Milanovic, 2008). Ademais, pode-se concluir que "jurisdição" foi utilizado em um sentido amplo, não podendo ser interpretada como um sinônimo de "território". Por fim, conclui-se que o termo foi utilizado por que também estava previsto no *draft* da Convenção da ONU para Direitos Humanos, o que depois se tornaria o artigo 2 do PIDCP (Milanovic, 2008).

Por sua vez, Shany (2020), ao analisar a aplicação do Artigo 56 da CEDH, conclui que essa não foi elaborada com um intuito de uma aplicação universalista. Isso porque o Artigo 56 diz respeito à “cláusula colonial”, pela qual o Estado signatário poderia optar por ter a Convenção aplicada em seus territórios adjacentes:

Artigo 56. Aplicação territorial:

1. Qualquer Estado pode, no momento da ratificação ou em qualquer outro momento ulterior, declarar, em notificação dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, que a presente Convenção se aplicará, sob reserva do no nº 4 do presente artigo, a todos os territórios ou a quaisquer dos territórios cujas relações internacionais assegura.

[...] (Conselho da Europa, 1950).

A partir da leitura desse artigo, é possível concluir que os redatores da CEDH não possuíam a finalidade de vê-la sendo aplicada em uma escala global ou, ao menos, fora dos países do Conselho da Europa sem limitação, uma vez que ela não poderia ser aplicada a territórios coloniais de forma independente e automática. Shany (2020) propõe, sob essa perspectiva, que a proposta de adoção de uma “cláusula colonial” é incompatível com o elemento universalista dos Direitos Humanos.

Distintamente da CEDH, o PIDCP traz os dois elementos: jurisdição e território. Seu Artigo 2 dispõe:

Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de

²⁵ The Assembly draft had extended the benefits of the Convention to ‘all persons residing within the territories of the signatory States’. It seemed to the Committee that the term ‘residing’ might be considered too restrictive. It was felt that there were good grounds for extending the benefits of the Convention to all persons in the territories of the signatory States, even those could not be considered as residing there in the legal sense of the word. This word, moreover, has not the same meaning in all national laws. The Committee therefore replaced the term ‘residing’ by the words ‘within their jurisdiction’, which are also contained in Article 2 of the Draft Covenant of the United Nations Commission.

raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição (ONU, 1966).

Logo, o PIDCP determina que, para obrigar os Estados a respeitarem e garantirem os direitos previstos no Pacto, os indivíduos devem estar em seu território e sob sua jurisdição, trazendo mais restritividade do que a CEDH. De acordo com Shany (2020), "isso parece sugerir uma intenção dos redatores de estabelecer uma relação de 'conjunção copulativa' entre os dois termos, resultando em dois requisitos cumulativos" (Shany, 2020, p. 79, tradução nossa)²⁶. Contudo, pelos *travaux préparatoires* do Pacto, é possível se verificar que essa "soma" de requisitos foi questionada pelos representantes como sendo restritiva; de toda forma, as expressões foram mantidas:

Houve alguma discussão sobre a conveniência de manter as palavras "dentro de seu território". Pensava-se que um Estado não deveria ser isento de suas obrigações sob o Pacto para com pessoas que permaneceram sob sua jurisdição simplesmente porque não estavam em seu território [...]. Por exemplo, os Estados Partes teriam que reconhecer o direito de seus nacionais de se associarem em seus territórios mesmo quando estivessem no exterior [...]. Também pode haver uma contradição entre a obrigação estabelecida no parágrafo 1 e aquela estabelecida em alguns dos outros artigos, particularmente o artigo 12, parágrafo 2 (b), que estabelecia que qualquer um deveria ser livre para entrar em seu próprio país [...]. Por outro lado, argumentou-se que não era possível a um Estado proteger os direitos das pessoas sujeitas à sua jurisdição quando se encontravam fora de seu território; nesses casos, a ação só seria possível por meio de canais diplomáticos (Bossuyt, 1987, p. 54, tradução nossa)²⁷.

Alguns representantes expressaram dúvidas em relação às palavras 'dentro de seu território e'. Sugeriu-se que essas palavras fossem suprimidas e que o termo 'jurisdição' fosse qualificado para mostrar que a garantia se estende a todos os indivíduos sujeitos à jurisdição territorial e pessoal do Estado [...]. A retenção das palavras "dentro do seu território" poderia, segundo se considerou, restringir o exercício de certos direitos, como o direito de um indivíduo, independentemente da residência, de ter livre acesso aos tribunais do seu Estado de nacionalidade [...]. (Bossuyt, 1987, p. 54-55, tradução nossa)²⁸.

²⁶ This appears to suggest an intent by the drafters to establish a 'copulative conjunction' relationship between the two terms, resulting in two cumulative requirements.

²⁷ There was some discussion on the desirability of retaining the words 'within its territory'. It was thought that a State should not be relieved of its obligations under the covenant to persons who remained within its jurisdiction merely because they were not within its territory [...]. For example, States parties would have to recognize the right of their nationals to join associations within their territories even while they were abroad [...]. There might also be a contradiction between the obligation laid down in paragraph 1 and that laid down in some of the other articles, particularly article 12, paragraph 2 (b), which provided that anyone should be free to enter his own country [...]. On the other hand, it was contended that it was not possible for a State to protect the rights of persons subject to its jurisdiction when they were outside its territory; in such cases, action would be possible only through diplomatic channels.

²⁸ Some representatives expressed misgivings regarding the words 'within its territory and'. Suggestions were made that those words be deleted and that the term 'jurisdiction' be qualified to show that the guarantee extended to all individuals subject to the territorial and personal jurisdiction of the State [...]. The retention of the words 'within its territory' could, it was felt, restrict the exercise of certain rights, such as the right of an individual, regardless of residence, to have free access to the courts of his State of nationality.

Percebe-se por esses posicionamentos que os redatores tinham ciência da restrição que a soma das expressões traria ao texto do Pacto, mas ainda sim não se ponderava a possibilidade de um Estado exercer jurisdição extraterritorialmente. Nesse sentido, Costa (2013) conclui que “[...] o que parece fora de dúvida é que a mera possibilidade de aplicação de certos direitos pelo mundo traria problemas, situação que era temida por pelo menos alguns representantes dos Estados” (Costa, 2013, p. 24, tradução nossa)²⁹.

Em contrapartida, a Declaração Americana de Direitos Humanos não possui uma cláusula de jurisdição ou qualquer cláusula que explicita sua aplicação geográfica. Nos primeiros *drafts*, a Declaração possuía a cláusula de jurisdição, a qual estava relacionada com o princípio da igualdade; todavia, seu texto final resultou por ter essa cláusula retirada (Burbano-Herrera; Haeck, 2022). De acordo com Cerna (2004), a Declaração não tinha por finalidade ser aplicada como um tratado e, por isso, nenhuma consideração foi desenvolvida acerca de como aplicá-la aos Estados da OEA. Assim, a Declaração “[...] foi gerada pela mesma preocupação internacional predominante para a criação de um instrumento não vinculante que serviria como um padrão de realização, a nível regional” (Cerna, 2004, p. 2, tradução nossa)³⁰.

Em que pese a ausência da cláusula de jurisdição, a Comissão Interamericana não se abstém de decidir casos de aplicação extraterritorial com base na Declaração, a partir do princípio da universalidade e de uma cláusula de jurisdição implícita. Nessa esteira, explica Cerna (2004) que a necessidade de “forçar” uma análise de jurisdição extraterritorial por parte da Comissão se dá em razão da maioria dos seus casos serem referentes aos Estados Unidos da América, o qual não ratificou a Convenção Americana e, por isso, não estaria sujeito à jurisdição da Corte Interamericana:

Como o mandato da Comissão era promover e proteger os direitos humanos no hemisfério, o único instrumento de direitos humanos existente, no nível regional, era a Declaração Americana e, à força de empurrar o 'envelope jurisdicional', a Comissão começou a aplicar o Declaração a todos os Estados membros em 1965, quando foi outorgada autoridade, pelos órgãos políticos, para examinar e decidir petições individuais alegando violações de direitos humanos. Essa falta de alcance jurisdicional expresso é relevante, pois a maioria dos exemplos do sistema interamericano envolvendo a aplicação extraterritorial de seus instrumentos de direitos humanos diz respeito aos Estados Unidos, que não ratificou a Convenção Americana e que é considerado, em consequência, , sujeito à Declaração Americana (Cerna, 2004, p. 2, tradução nossa)³¹.

²⁹ [...] what seems to be beyond doubt is that the mere possibility of applying certain rights throughout the world would lead to problems, a situation which was feared by at least some state representatives.

³⁰ [...] was generated by the same prevailing international concern for creating a non-binding instrument that would serve as a standard of achievement, at the regional level.

³¹ Since the Commission's mandate was to promote and to protect human rights in the hemisphere, the only existing human rights instrument, at the regional level, was the American Declaration, and by dint of pushing the 'jurisdictional envelope', the Commission began to apply the Declaration to all the member States in 1965, when it was granted the authority, by the political bodies, to examine and decide individual petitions alleging violations

Por sua parte, a Convenção Americana possui uma explícita cláusula de jurisdição em seu Artigo 1(1), a qual se assemelha à cláusula do Artigo 2 da CEDH. O Artigo 1(1) da CADH determina ao Estado que respeite e assegure os direitos definidos pela Convenção a todos aqueles que estejam “*sujeitos a sua jurisdição*” (OEA, 1969b). Consoante os *travaux préparatoires* da Convenção, essa chegou a ter uma redação de acordo com aquela encontrada no PIDCP, com os termos “*em seu território*” e “*sujeitos a sua jurisdição*” (OEA, 1969a). O *draft* foi alterado para excluir a limitação territorial, primordialmente porque o Panamá tinha o intuito de proteger os direitos humanos daqueles vivendo na zona do Canal do Panamá, o qual era sujeito à jurisdição estadunidense, mas não era considerado seu território (Burbano-Herrera; Haeck, 2022).

Finalmente, a CDC possui, bem como, uma cláusula de jurisdição em seu Artigo 2(1), a qual não possui uma limitação meramente territorial, conforme as discussões supracitadas de outras Convenções. Nesse sentido, em um primeiro *draft* a CDC seguia o texto do PIDCP e continha a soma dos elementos da territorialidade e da jurisdição; todavia, posteriormente, optou-se apenas pelo elemento da jurisdição no texto, a fim de cobrir todas as situações possíveis (Sandelowski-Bosman; Liefaard, 2020). No entanto, Sandelowski-Bosman e Liefaard (2020) ressaltam: “a jurisdição não se destina a ser limitada às fronteiras do Estado Parte. Ao mesmo tempo, não está claro o que se entende por 'todas as situações possíveis' e é improvável que o escopo de aplicabilidade da UNCRC seja ilimitado” (p. 150, tradução nossa)³².

of human rights. This lack of an express of jurisdictional scope is relevant since most of the examples from the inter-American system involving the extraterritorial application of its human rights instruments concern the United States, which has not ratified the American Convention and which is considered, as a consequence, subject to the American Declaration.

³² Jurisdiction is therefore not intended to be limited to the borders of the State party. At the same time, is not clear what was meant by 'every possible situation' and it is unlikely that the UNCRC's scope of applicability is unlimited.

3 O CRITÉRIO DE CONTROLE EFETIVO SOBRE TERRITÓRIO E/OU PESSOAS

3.1 Os processos de construção e desconstrução do critério de controle efetivo na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

3.1.1 O entendimento europeu antes do caso *Bankovic and Others v. Belgium and Others*

O início do revés europeu acerca da jurisdição extraterritorial e seus critérios reside na divergência entre o entendimento jurisprudencial que estava ocorrendo até o começo do anos 2000 e a decisão do caso *Bankovic*. Conforme explica Mallory (2021), o entendimento vinha sendo construído por décadas em uma sequência de ampliação da concepção de extraterritorialidade da CEDH, quando foi abruptamente interrompido pelo o que se fixou em *Bankovic*, em 2001.

Durante as décadas de 1960 e 1970, a Comissão Europeia de Direitos Humanos entendia pela extraterritorialidade da Convenção. Em emblemático caso tocante ao exercício de jurisdição por meio de autoridades consulares e diplomáticas, a CmEDH sugeriu que essa não se confunde com as concepção de fronteiras. Nesse sentido, *X v. Federal Republic of Germany* (1965) dizia respeito a um nacional de Marrocos que foi expulso do país a pedido do governo alemão (CmEDH, 1965). No caso, a Comissão não reconheceu a satisfação do critério de admissibilidade *ratione personae*, mas definiu dois pontos importantes acerca da extraterritorialidade. O primeiro seria a hipótese de um nacional, vivendo no exterior, estar sob a jurisdição do seu país de origem. O segundo seria a ideia de que autoridades diplomáticas e consulares podem atrair a jurisdição extraterritorial de um Estado por meio dos seus atos oficiais.

Noutra perspectiva, em *Ilse Hess v. United Kingdom* (1975), um ex-Ministro do governo nazista estava detido em uma prisão em Berlim, quando a cidade estava sob a autoridade do Reino Unido. A prisão contava com a administração de quatro Estados, sendo que dois eram signatários da Convenção Europeia. O aplicante requereu à Comissão a sua liberação, em face do Reino Unido, uma vez que a França não aceitava reclamações individuais perante o sistema naquela oportunidade. A Comissão, primeiramente, resgatou o entendimento firmado em *X v. Federal Republic of Germany*, afirmando que “[...] não há, em princípio, do ponto de vista jurídico, nenhuma razão para que os atos das autoridades britânicas em Berlim não impliquem

a responsabilidade do Reino Unido nos termos da Convenção” (CmEDH, 1975, p. 73, tradução nossa)³³.

Todavia, em conclusão, a CmEDH não reconheceu que o Reino Unido havia exercido jurisdição no caso, uma vez que a administração da prisão era exercida conjuntamente pelos Estados. Tanto seria assim que o Reino Unido não poderia liberá-lo, diante da negativa da União Soviética. Ainda sim, a Comissão esclareceu que situações envolvendo prisões e detenções no exterior poderiam atrair a aplicação do Artigo 1 da Convenção Europeia, no futuro (Costa, 2013).

A construção do entendimento europeu continuou nas décadas de 1970 e 1980 com os julgamentos dos casos *Cyprus v. Turkey* ante a Comissão. O primeiro caso relativo à ocupação turca no Chipre, de 1975, é um marco na sua compreensão e, posteriormente, da CtEDH, acerca da jurisdição extraterritorial. Isso porque, naquela oportunidade, a CmEDH compreendeu que a jurisdição, nos termos do Artigo 1 da CEDH, não está restrita ao território nacional dos signatários. A partir dessa constatação e de uma aplicação literal e teológica do dispositivo (Costa, 2013), a Comissão concluiu que a CEDH é aplicável para garantir e proteger os direitos de todas aquelas pessoas que estejam sob a autoridade de um Estado signatário. A respeito:

A Comissão considera que este termo [“sob sua jurisdição”] não é, conforme apresentado pelo Governo demandado, equivalente ou limitado ao território nacional da Alta Parte Contratante em questão. Resulta claro da linguagem, em particular do texto francês, e do objeto deste artigo, e do propósito da Convenção como um todo, que as Altas Partes Contratantes são obrigadas a garantir os referidos direitos e liberdades a todas as pessoas sob sua real autoridade e responsabilidade, quer essa autoridade seja exercida dentro de seu próprio território ou no exterior (CmEDH, 1975, p. 136, tradução nossa)³⁴.

Dessa forma, concebeu-se o critério de controle pessoal, entendimento o qual foi ampliado pela Corte em seguimento ao trabalho da Comissão. Assente no que já havia sido interpretado, a CtEDH reconheceu a extraterritorialidade da Convenção, estabelecendo que a autoridade, isto é, o controle efetivo, poderia ser exercido não só relativamente a pessoas (controle pessoal), mas a todo um território (controle espacial).

O reconhecimento da possibilidade de exercício do controle efetivo espacial foi constatado, inicialmente, em *Loizidou v. Turkey* (1995). O caso era concernente a perda da

³³ [...] there is in principle, from a legal point of view, no reason why acts of the British authorities in Berlin should not entail the liability of the United Kingdom under the Convention.

³⁴ The Commission finds that this term [“within their jurisdiction”] is not, as submitted by the respondent Government, equivalent to or limited to the national territory of the High Contracting Party concerned. It is clear from the language, in particular of the French text, and the object of this Article, and from the purpose of the Convention as a whole, that the High Contracting Parties are bound to secure the said rights and freedoms to all persons under their actual authority and responsibility, whether that authority is exercised within their own territory or abroad.

propriedade da aplicante em razão da ocupação turca no Chipre, quando foi estabelecida a *Turkish Republic of Northern Cyprus* (TRNC). Em sede de objeção preliminares, a Corte afirmou que o Artigo 1 da CEDH não se limita a um critério meramente territorial dos Estados Contratantes e que a responsabilidade deles pode decorrer de atos de suas autoridades, produzindo efeitos fora do seu território. Ademais, a responsabilidade também poderia surgir em consequência de uma ação militar, mesmo que ilegal, havendo o exercício do controle efetivo de uma área fora do território nacional:

A obrigação de garantir, em tal área, os direitos e liberdades estabelecidos na Convenção deriva do fato de tal controle ser exercido diretamente, através das suas forças armadas, ou através de uma administração local subordinada (CtEDH, 1995, p. 16, tradução nossa)³⁵.

Já no julgamento de mérito, a Corte reafirmou que a jurisdição não é um conceito que se restringe ao território nacional. Desta feita, para a CtEDH, a Turquia exercia o controle efetivo sobre a área, primordialmente, em razão da expressiva quantidade de suas tropas atuando naquele local:

É óbvio, pelo grande número de tropas empenhadas em funções ativas no Norte de Chipre, que o seu exército exerce um controle total efetivo sobre aquela parte da ilha. Tal controle, de acordo com o critério pertinente e nas circunstâncias do caso, implica sua responsabilidade pelas políticas e ações do TRNC. As pessoas afetadas por tais políticas ou ações estão, portanto, dentro da “jurisdição” da Turquia para efeitos do Artigo 1 da Convenção. A sua obrigação de garantir à requerente os direitos e liberdades estabelecidos na Convenção estende-se, portanto, à parte norte de Chipre (CtEDH, 1996, p. 15, tradução nossa)³⁶.

Na mesma linha, em *Cyprus v. Turkey* (2001), a Corte aceitou a admissibilidade do caso, sob o fundamento de que não haveriam razões para definir que os atos cometidos pela Turquia no norte do Chipre não estariam de forma nenhuma sob a sua jurisdição, uma vez que restou demonstrado, ainda que de modo geral, o envolvimento direto ou indireto de autoridades turcas na região (CtEDH, 2001b). Repisou, assim, a noção de que a jurisdição não está restrita ao território nacional.

Por tudo isso, observa-se uma construção jurisprudencial europeia de décadas, a qual se estendeu para admitir a extraterritorialidade da CEDH. Fê-lo, inclusive, à vista da interpretação

³⁵ The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration.

³⁶ It is obvious from the large number of troops engaged in active duties in Northern Cyprus that her army exercises effective overall control over that part of the island. Such control, according to the relevant test and in the circumstances of the case, entails her responsibility for the policies and actions of the TRNC. Those affected by such policies or actions therefore come within the “jurisdiction” of Turkey for the purpose of Article 1 of the Convention. Her obligation to secure to the applicant the rights and freedoms set out in the Convention therefore extends to the northern part of Cyprus.

de uma Convenção mais garantidora dos direitos dos indivíduos por ela protegidos. Ocorre que todo esse desenvolvimento foi repentinamente revisto em 2001, com o julgamento do caso *Bankovic*, cuja contribuição foi a de deslocar o que antes estava sendo ampliado para uma interpretação absolutamente restritiva. Com isso, repaginou os rumos do pensamento da Corte Europeia pertinente a jurisdição extraterritorial.

3.1.2 O caso Bankovic: a jurisdição como eminentemente territorial e a teoria do espace juridique

O caso *Bankovic and Others v. Belgium and Others* (2001) trouxe no bojo da sua apreciação uma significativa ruptura com o entendimento que vinha sendo ampliado até então. O desenvolvimento europeu acerca da jurisdição extraterritorial até o início da década de 2000 demonstrou um importante avanço na matéria, essencialmente por admitir a aplicação extraterritorial da CEDH, por meio da ideia de controle efetivo espacial e pessoal. Não obstante, em 2001, a Corte decidiu que a Convenção Europeia teria aplicação eminentemente territorial (CtEDH, 2001a).

A situação fática que deu causa à *Bankovic* foi um ataque realizado pela Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) a uma estação de rádio em Belgrado, na Sérvia, no contexto da Guerra do Kosovo. O ataque aéreo pela Organização resultou na morte de 16 pessoas, além de outras que ficaram gravemente feridas. À vista disso, levou-se à Corte Europeia o litígio entre os familiares de vítimas e os Estados da OTAN que eram signatários da CEDH. A contenda concernia as vítimas estarem ou não sob a jurisdição desses Estados no momento do ataque, ensejando a sua responsabilização ante as obrigações da Convenção, mormente quanto aos Artigos 2 (direito à vida), 10 (liberdade de expressão) e 13 (direito a recursos efetivos).

Os aplicantes arguíram, sobretudo, que um Estado deve garantir e respeitar os direitos trazidos pela Convenção não só quando exercendo autoridade em seu território, mas quando o faz no exterior. Nessa acepção, “[...] as ações dos Estados demandados deveriam ser julgadas pelos mesmos padrões que aqueles que se aplicariam a uma situação análoga que ocorresse no próprio território de um Estado Contratante” (Roxstrom; Gibney; Enarsen, 2005, p. 58, tradução nossa)³⁷.

³⁷ [...] the actions of the respondent states should be judged by the same standards as those that would apply to an analogous situation occurring within a Contracting State’s own territory.

Desta feita, fundamentando-se no julgamento de *Loizidou*, aventaram a tese de que seria possível a adaptação do critério de controle efetivo espacial ao caso concreto, de forma que as obrigações positivas do Artigo 1 da Convenção seriam proporcionais a esse controle (CtEDH, 2001a). Almejavam, assim, o reconhecimento do controle efetivo sobre o espaço aéreo, no momento do ataque, pelos países em questão. Como o controle seria limitado ao espaço aéreo, as obrigações da Convenção também poderiam ser consideradas limitadas. A respeito, o argumento dos aplicantes:

Assim, quando, como nos julgamentos *Loizidou* acima mencionados (objeções preliminares e mérito), se descobriu que as forças turcas tinham o controle efetivo do norte do Chipre, era apropriado considerar a Turquia obrigada a reivindicar toda a gama de direitos da Convenção naquela área. No entanto, quando os Estados requeridos atacam um alvo fora do seu território, não são obrigados a fazer o impossível (garantir toda a gama de direitos da Convenção), mas são responsabilizados pelos direitos da Convenção sob o seu controle na situação em questão (CtEDH, 2001a, p. 13, tradução nossa)³⁸.

Por outro lado, os Estados demandados sustentaram que a jurisdição trazida pelo Artigo 1 da CEDH deveria ser analisada de acordo com seu “significado ordinário”, levando-se em consideração a interpretação do DIP. Sendo assim, alegaram que a jurisdição corresponderia a “[...] afirmação ou exercício de autoridade legal, real ou suposta, sobre pessoas que devem alguma forma de lealdade a esse Estado ou que foram colocadas sob o controle do Estado” (CtEDH, 2001a, p. 10, tradução nossa)³⁹. Nessa linha, as obrigações da Convenção seriam devidas a todos os indivíduos igualmente, desde que houvesse uma relação pré-existente entre esses e os Estados contratantes. Haja vista que essa relação não existia quanto aos aplicantes e os Estados demandados, o pleito seria inadmissível diante do critério *ratione personae*.

Conforme Roxstrom, Gibney e Einarsen (2005) e Shany (2020), o argumento sustentado pelos Estados lesa a universalidade dos Direitos Humanos. Ainda assim, a CtEDH decidiu de forma muito próxima ao raciocínio formulado por eles (Costa, 2013), porquanto firmou uma tese que viola tal princípio ao focar em uma aplicação territorial da Convenção, cujo intuito fundamental seria o de proteger indivíduos de toda e qualquer ação ou omissão estatal violadora de seus direitos, seja dentro ou fora do território nacional (Shany, 2020).

³⁸ Accordingly, when, as in the aboved-noted *Loizidou* judgments (preliminary objections and merits), the Turkish forces were found to have had effective control of the northern Cyprus, it was appropriate to consider Turkey obliged to vindicate the full range of the Convention rights in that area. However, when the respondent States strike a target outside its territory, they are not obliged to do the impossible (secure the full range of the Convention rights) but rather are held accountable for those Convention rights within their control in the situation in question.

³⁹ [...] assertion or exercise of legal authority, actual or purported, over persons owing some form of allegiance to that State or who have been brought within State’s control.

Perfazendo as alegações dos Estados demandados, a primeira questão adereçada na decisão foi a ausência de uma conexão pré-existente entre eles e os aplicantes. Na ocasião, a Corte ressaltou que “[...] a verdadeira conexão entre os requerentes e os Estados demandados é o ato impugnado que, o que quer que seja decidido, foi praticado, ou teve efeitos, fora do território desses Estados ('o ato extraterritorial')” (CtEDH, 2001a, p. 14, tradução nossa)⁴⁰. A partir dessa concepção, a Corte considera que o termo “jurisdição” estaria diretamente conectado a uma relação de poder e autoridade sendo exercida previamente à violação de direitos, sendo, bem como, uma relação independente dessa violação. Nessa linha, a jurisdição não poderia ser entendida como apta a conferir proteção a todo e qualquer indivíduo, mas apenas quanto àqueles inseridos em uma relação com um Estado (Shany, 2020).

A propósito, sob a visão de Shany (2020), é importante salientar o cuidado da Corte em não se aproximar de um critério causal de exercício de jurisdição extraterritorial. Em que pese evidenciar a necessidade de uma relação pré-existente entre as vítimas e os Estados, a CtEDH acentuou que a pretensão dos aplicantes beiraria a concepção de que qualquer indivíduo poderia se ver sob a jurisdição desses Estados em razão dos efeitos de um ato extraterritorial:

A Corte considera que a alegação dos aplicantes equivale a argumentar que qualquer pessoa prejudicada por um ato imputável a um Estado Contratante, em qualquer parte do mundo em que esse ato possa ter sido cometido ou as suas consequências possam ser sentidas, é assim colocada sob a jurisdição desse Estado para fins do Artigo 1 da Convenção (CtEDH, 2001a, p. 21, tradução nossa)⁴¹.

A Corte consignou, ademais, que a interpretação da CEDH e do seu Artigo 1 deveria ser realizada à luz da Convenção de Viena de 1969, para que fosse possível se chegar ao “significado ordinário” da expressão “sob sua jurisdição”. Para tanto, ressaltou a aplicação do Artigo 31 e 32 da Convenção de Viena, pelos quais devem ser considerados o objeto e propósito do texto, além de quaisquer normas de Direito Internacional pertinentes na interpretação de tratados.

Ocorre que, na esteira do que explicita Costa (2013), a CtEDH ignorou os dois principais elementos necessários para a interpretação de tratados, quais sejam o objeto e propósito dele. Esses elementos, no caso da CEDH, seriam perceptíveis por meio de um análise do seu preâmbulo, o qual, como visto, foi construído de acordo com a DUDH. À vista disso, seria

⁴⁰ [...] the real connection between the applicants and the respondent States is the impugned act which, wherever decided, was performed, or had effects, outside the territory of those States ('the extraterritorial act').

⁴¹ The Court considers that the applicant's submission is tantamount to arguing that anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention.

possível verificar uma intenção de dar reconhecimento internacional aos direitos humanos pela CEDH (Costa, 2013). De mais a mais, ao utilizar da interpretação do termo “jurisdição” como uma norma de Direito Internacional (Artigo 31, § 3º, “c” da Convenção de Viena), a Corte ignorou que essa confrontava diretamente a noção de proteção dos direitos humanos:

A interpretação dada pela Corte à jurisdição apenas de acordo com o direito internacional público, sem levar em conta o contexto e o objeto e finalidade do tratado, é profundamente problemática. A própria jurisprudência da Corte indica que ‘a Convenção deverá, na medida do possível, ser interpretada em harmonia com outras regras de direito internacional das quais faz parte’ e que ‘o princípio subjacente à Convenção não pode ser interpretado e aplicado num vácuo’, mas a Corte deve levar em conta quaisquer regras relevantes do direito internacional ao examinar as questões que lhe são colocadas. No entanto, isso não significa que a Corte esteja autorizada a desconsiderar um significado particular de jurisdição decorrente da Convenção, que pode corresponder ao significado do direito internacional público, mas talvez esse não seja o caso em todos os momentos, especialmente quando o resultado da aplicação de uma noção de jurisdição de direito internacional público colide com a proteção dos direitos humanos (Costa, 2013, p. 130, tradução nossa)⁴².

A decisão ainda acentuou a importância de se consultar os *travaux préparatoires* da CEDH para se analisar a questão. Atinente a esses, a Corte indicou que os redatores da Convenção não demonstraram qualquer intenção em admitir a sua extraterritorialidade, preocupando-se tão somente com a proteção de residentes e não-residentes dentro dos territórios estatais (CtEDH, 2001a). Seguro que essa perspectiva vai de encontro com universalidade da CEDH e, a mais, com o previsto no seu próprio Artigo 56, no que tange a aplicação da Convenção em outros territórios.

Outrossim, levou-se em conta a prática dos Estados contratantes quanto à extraterritorialidade da proteção dos direitos firmados na Convenção. Sobre isso, a decisão consignou que essa prática é “[...] indicativa da falta de qualquer apreensão por parte dos Estados Contratantes da sua responsabilidade extraterritorial em contextos semelhantes ao do presente caso” (CtEDH, 2001a, p. 17, tradução nossa)⁴³. Em suma, é dizer que são os próprios Estados que definem a extraterritorialidade de seus atos. Por óbvio, o posicionamento da Corte Europeia não condiz com a aplicação da Convenção com fins de proteger e garantir direitos

⁴² The interpretation given by the Court to jurisdiction according to public international law only, without taking any account of the context and the object and purpose of the treaty, is deeply problematic. The Court’s own jurisprudence indicates that ‘the Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part’, and that ‘the principle underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum’, but the Court must take into account any relevant rules of international law when examining questions posed to it. However, that does not mean that the Court is allowed to disregard a particular meaning of jurisdiction arising from the Convention, which may match the meaning in public international law but perhaps that will not be the case at all times, especially when the result of the application of a public international law notion of jurisdiction collides with the protection of human rights.

⁴³ [...] indicative of a lack of any apprehension on the part of the Contracting States of their extraterritorial responsibility in contexts similar to the present case.

humanos, haja vista serem os próprios Estados, isto é, os próprios violadores de direitos, a decidirem os limites de sua atuação e respectiva responsabilidade.

Noutro giro, a decisão não acatou o argumento dos aplicantes de se limitar as obrigações da Convenção proporcionalmente ao controle exercido pelos Estados. A ideia de adaptar essas obrigações de acordo com os atos extraterritoriais foi considerada como impraticável, à luz do texto da CEDH, cuja pretensão seria de sua aplicação integral. Sendo assim, decidiu pela aplicação “tudo ou nada” da Convenção – ou é totalmente aplicada diante do caso concreto ou não é aplicada de nenhuma forma (Roxstrom; Gibney; Einarsen, 2005). A respeito, a Corte entendeu que a tese dos aplicantes “[...] não explica a aplicação das palavras ‘dentro da sua jurisdição’ no Artigo 1 e chega mesmo a tornar essas palavras supérfluas e desprovidas de qualquer finalidade” (CtEDH, 2001a, p. 21, tradução nossa)⁴⁴.

Com vistas a todos esses elementos, a Corte decidiu pela territorialidade da CEDH. Assim dispôs a decisão:

[...] quanto ao ‘significado comum’ do termo relevante no artigo 1.º da Convenção, a Corte está convencida de que, do ponto de vista do direito internacional público, a competência jurisdicional de um Estado é primordialmente territorial. Embora o direito internacional não exclua o exercício extraterritorial da jurisdição de um Estado, as bases sugeridas para tal jurisdição (incluindo nacionalidade, bandeira, relações diplomáticas e consulares, efeito, proteção, personalidade passiva e universalidade) são, como regra geral, definidas e limitadas pelos direitos territoriais soberanos dos outros Estados relevantes [...] (CtEDH, 2001a, p. 16, tradução nossa)⁴⁵.

Observa-se, com isso, que a Corte minou as hipóteses de extraterritorialidade da CEDH que antes estavam sendo jurisprudencialmente construídas. Mais que isso, como apontam Roxstrom, Gibney e Einarsen (2005), a Corte falhou em interpretar os instrumentos normativos do Direito Internacional, além de algumas das suas próprias prévias decisões.

Isso porque a CtEDH analisou a jurisdição à luz do DIP, de maneira a admitir apenas determinadas hipóteses de extraterritorialidade. Entretanto, conforme já discutido, a aplicação do DIP no que tange a extraterritorialidade de um tratado de Direitos Humanos é descabida, haja vista que a jurisdição extraterritorial para a matéria diz respeito a um controle efetivo sobre um território ou sobre pessoas (Milanovic, 2011). Tal controle não se confunde, portanto, com

⁴⁴ [...] does not explain the application of the words ‘within their jurisdiction’ in Article 1 and it even goes so far as to render those words superfluous and devoid of any purpose.

⁴⁵ [...] as to the ‘ordinary meaning’ of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State’s exercise of jurisdiction extraterritorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States [...]

aquele de regular e impor condutas, nos termos do que se entende sob a perspectiva internacionalista.

Lado outro, pertinente a decisões anteriores à *Bankovic* que entenderam pela extraterritorialidade da Convenção, a Corte aduziu que essas só foram possíveis em razão dos Estados demandados estarem exercendo os poderes públicos normalmente a serem exercidos pelo governo local, em um efetivo exercício de controle sobre o território alheio (CtEDH, 2001). Fundamentou, ainda, que “a Corte deve estar convencida de que existem circunstâncias igualmente excepcionais no presente caso que poderiam equivaler ao exercício extraterritorial de jurisdição por um Contratante” (CtEDH, 2001a, p. 21, tradução nossa)⁴⁶.

Finalmente, a Corte reforçou a necessidade das obrigações da Convenção se aterem ao seu *espace juridique*, isto é, ao espaço jurídico em que os Estados podem ser obrigados por elas. Nesse sentido, consignou:

Em suma, a Convenção é um tratado de funcionamento multilateral, sujeito ao Artigo 56 da Convenção, num contexto essencialmente regional e, nomeadamente, no espaço jurídico (*espace juridique*) dos Estados Contratantes. A RFI claramente não se enquadra neste espaço jurídico. A Convenção não foi concebida para ser aplicada em todo o mundo, mesmo no que diz respeito à conduta dos Estados Contratantes (CtEDH, 2001a, p. 23, tradução nossa)⁴⁷.

No entanto, na esteira do que entende Shany (2020), a concepção do *espace juridique* é contrária à universalidade dos direitos humanos. Há uma tolerância das violações de direitos humanos cometidas no exterior, sendo que o mesmo não ocorreria caso fossem cometidas no território estatal, “[...] criando, assim, uma distinção moralmente indefensável entre os padrões normativos aplicáveis nas duas situações” (Shany, 2020, p. 62, tradução nossa)⁴⁸. Destarte, o que se tem com a concretização da teoria do *espace juridique* são lacunas de proteção de Direitos Humanos em territórios em que a CEDH deveria ser aplicada e não o é em razão de um regionalismo impertinente por parte da CtEDH.

Tais lacunas, como visto, estão presentes em todo o arcabouço argumentativo da decisão de *Bankovic*, resultando em um precedente que abriu portas para uma insegurança jurídica. Com o entendimento firmado, a Corte acabou por ir de encontro à sua própria jurisprudência, optando por uma aplicação excessivamente regionalizada da CEDH, em detrimento da natureza

⁴⁶ The Court must be satisfied that equally exceptional circumstances exist in the present case which could amount to the extra-territorial exercise of jurisdiction by a Contracting State.

⁴⁷ In short, the Convention is a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 of the Convention, in an essentially regional context and notably in the legal space (*espace juridique*) of the Contracting states. The FRY clearly does not fall within this legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of the Contracting states.

⁴⁸ [...] creating thereby a morally indefensible distinction between the normative standards applicable in the two situations.

universal dos Direitos Humanos. Nesse sentido, é evidente que acabou por se permitir brechas na interpretação da aplicabilidade da Convenção Europeia, as quais não foram dirimidas até o presente momento.

Na visão de Roxstrom, Gibney e Einarsen (2005):

Em vez de utilizar o caso para sublinhar o princípio da universalidade dos direitos humanos e para reforçar a ideia de que os direitos humanos são inerentes a todos os indivíduos (ou, nesse caso, simplesmente declarar a reivindicação injustificável), A Corte adotou a abordagem exatamente oposta. Introduziu a ideia perversa de que os direitos humanos podem de alguma forma ser limitados e repartidos dependendo da pertença a uma determinada classe de pessoas (Roxstrom; Gibney; Einarsen, 2005, p. 62, tradução nossa)⁴⁹.

Por sua vez, Shany argumenta que a decisão admite “[...] uma lacuna de proteção – um espaço no qual os Estados podem operar com impunidade *de facto* – e ilustra algumas das principais desvantagens normativas da rejeição da universalidade como princípio organizador do DIDH” (Shany, 2020, p. 62, tradução nossa)⁵⁰.

As consequências do julgamento têm ressoado na jurisprudência da Corte Europeia até desenvolvimentos recentes (Mallory, 2021). No entanto, em especial a primeira década pós-*Bankovic* foi marcada por uma volta à interpretação mais sóbria e mais expansiva de reconhecimento da jurisdição extraterritorial, o que vale ser analisado. Como aduz Shany (2020), não só a decisão de *Bankovic* destoou dos precedentes anteriores da CtEDH, como causou um efeito da prolação de uma série de decisões que adotaram a extraterritorialidade da Convenção, em que pese a eminência da territorialidade em *Bankovic*.

3.1.3 Os efeitos imediatos da decisão *Bankovic* na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

Após a decisão de *Bankovic*, a jurisprudência da Corte Europeia passou (e ainda passa) por uma confusão jurídica na interpretação da jurisdição extraterritorial e seus critérios (Shany, 2020). Nas palavras de Mallory (2021), a jurisprudência da Corte “em alguns pontos pareceu assentada, estável e quase inteligível. Em outros momentos, tem sido extremamente confusa, irritantemente contraditória e sem qualquer senso de direção” (p. 32, tradução nossa)⁵¹. Não

⁴⁹ Rather than using the case to underscore the principle of the universality of human rights and to strengthen the idea that human rights inhere in all individuals (or, for that matter, simply declaring the claim nonjusticiable), the Court took the exact opposite approach. It introduced the perverse idea that human rights can somehow be limited and parceled out depending on membership in a particular class of persons.

⁵⁰ [...] a protection gap – a space in which states can operate with *de facto* impunity – and illustrates some of the major normative drawbacks of rejecting universality as the organizing principle of IHL.

⁵¹ At points it has appeared settled, stable and almost intelligible. At others it has been hugely confusing, infuriatingly contradictory and lacking in any sense of direction.

obstante o que foi decidido em *Bankovic*, a Corte Europeia, no momento imediatamente posterior, se voltou a sua interpretação mais sólida e consistente da jurisdição extraterritorial (Mallory, 2021; Shany, 2020).

O caso *Öcalan v. Turkey* (2003) foi uma das primeiras ocasiões pós-*Bankovic* em que a Corte admitiu o reconhecimento de exercício de jurisdição extraterritorial fora do *espace juridique* da Convenção Europeia (Shany, 2020). O caso dizia respeito ao sequestro, por forças turcas, do líder do Partido Trabalhista do Curdistão – Abdullah Öcalan – no aeroporto de Nairóbi, Quênia. Inicialmente, a CtEDH fez uso das teses delineadas em *Bankovic*, admitindo a territorialidade da jurisdição e a excepcionalidade de sua aplicação extraterritorial (CtEDH, 2003). Todavia, a Corte fez uma diferenciação expressa entre *Öcalan* e *Bankovic*, ao sublinhar que o aplicante esteve sob autoridade e controle das forças turcas, de maneira, assim, a aplicar o critério de controle efetivo pessoal (Costa, 2013). Nesse sentido:

No presente caso, o aplicante foi detido por membros das forças de segurança turcas no interior de uma aeronave na zona internacional do Aeroporto de Nairóbi. Imediatamente após ter sido entregue pelos agentes quenianos aos agentes turcos, o aplicante ficou sob a autoridade efetiva turca e foi, portanto, colocado sob a ‘jurisdição’ desse Estado para efeitos do Artigo 1 da Convenção, embora neste caso a Turquia exercesse a sua autoridade fora do seu território. A Corte considera que as circunstâncias do presente caso são distinguíveis das do caso *Bankovic and Others* acima mencionado, notadamente porque o aplicante foi fisicamente forçado a regressar à Turquia por agentes turcos e foi sujeito à sua autoridade e controle após a sua prisão e regresso para a Turquia [...] (CtEDH, 2003, p. 27, tradução nossa)⁵².

Costa (2013) explica que uma das grandes contribuições do caso *Öcalan* foi ter sido aplicado o critério de controle efetivo pessoal delineado pela Comissão Europeia. Essa aplicação, inclusive, indicaria a existência de uma relação factual entre o aplicante e os agente estatais exercendo controle (Costa, 2013). Ademais, restou evidenciado na decisão o afastamento da teoria do *espace juridique* e das circunstâncias excepcionais admitidas por *Bankovic*, de modo a se perceber que essas não seriam absolutas para a Corte (Costa, 2013).

Outro caso de eminente importância, em *Ilascu and Others v. Moldova and Russia* (2004) os aplicantes foram acusados de manter postura “anti-soviética” e de promover o combate ao governo da República Moldava da Transnístria (RMT), tendo sido acusados e julgados por dois homicídios. Os aplicantes alegaram perante à Corte que a RMT seria

⁵² In the instant case, the applicant was arrested by members of the Turkish security forces inside an aircraft in the international zone of the Nairobi Airport. Directly after he had been handed over by the Kenyan officials to the Turkish officials the applicant was under effective Turkish authority and was therefore brought within the ‘jurisdiction’ of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory. The Court considers that the circumstances of the present case are distinguishable from those in the aforementioned *Bankovic and Others* case, notably in that the applicant was physically forced to return to Turkey by Turkish officials and was subject to their authority and control following his arrest and return to Turkey [...].

efetivamente controlada pela Rússia, não sendo um Estado internacionalmente reconhecido; a mais, a Moldávia seria seu governo legítimo, o qual, diante da sua perda de controle do território, falhou com as obrigações positivas de protegê-los (CtEDH, 2004a).

Mais uma vez, a Corte iniciou sua análise citando *Bankovic* e a territorialidade da jurisdição (CtEDH, 2004a). Nesse sentido, reafirmou a presunção de que a jurisdição seja exercida dentro do território estatal, reconhecendo, contudo, que essa presunção poderia ser limitada em situações excepcionais, mormente quando um Estado está impossibilitado de exercer controle sobre seu próprio território (CtEDH, 2004a). O interessante, conforme aponta Roxstrom, Gibney e Einarsen (2005), é que a Corte determinou que as obrigações positivas do Estado quanto aos indivíduos permanecem mesmo em circunstâncias em que ele não tem controle efetivo territorial. Para a Corte, “essas obrigações permanecem mesmo quando o exercício da autoridade do Estado é limitado em parte do seu território, de modo que este tem o dever de tomar todas as medidas adequadas que ainda esteja ao seu alcance” (CtEDH, 2004a, p. 73, tradução nossa)⁵³.

Sendo assim, a Corte indicou que a própria decisão de *Bankovic* reconhecia que a jurisdição não está necessariamente restrita ao território estatal, podendo ser admitida sua extraterritorialidade em circunstâncias excepcionais (CtEDH, 2004a). Com isso, evidenciou que ações militares podem dar ensejo a essa excepcionalidade, quando há o controle efetivo do território (Roxstrom; Gibney; Einarsen, 2005). A partir dessa concepção, a Corte reconheceu o exercício da jurisdição por parte dos dois Estados – Rússia e Moldávia.

Nessa acepção, Roxstrom, Gibney e Einarsen (2005) explanam que a decisão de *Ilascu* pode aparentar ser positiva, mas, em realidade, ela salienta a interpretação contraditória e errônea delineada em *Bankovic*. Para eles, “se há algo de positivo nesta decisão é que ela ilustra claramente quão incoerente é a atual jurisprudência da Corte” (Roxstrom; Gibney; Einarsen, 2005, p. 127, tradução nossa)⁵⁴. Na mesma linha, o Juiz Loucaides, em sua opinião dissidente, discorreu:

Na decisão de *Bankovic* (da qual pessoalmente discordo), a *Grand Chamber* da Corte concluiu que o bombardeamento de edifícios em Belgrado que resultou na morte de 16 civis foi um ato extraterritorial fora da “jurisdição” das Altas Partes Contratantes da Convenção responsáveis por tal atentado e por esse motivo a queixa pertinente dos familiares dos falecidos foi julgada inadmissível. Parece-me incompreensível e certamente muito estranho que uma Alta Parte Contratante escape à responsabilidade nos termos da Convenção, alegando que o lançamento de bombas dos seus aviões

⁵³ Those obligations remain even where the exercise of the State’s authority is limited in part of its territory, so that it has the duty to take all the appropriate measures which it is still within its power to take.

⁵⁴ If there is anything positive with this ruling it is that it clearly illustrates just how incoherent the Court’s present case law is.

sobre uma área habitada em qualquer parte do mundo não traz consigo as vítimas de tais bombardeamentos sob sua “jurisdição” (ou seja, autoridade), enquanto uma falha por parte de tal Parte “em tomar todas as medidas em [seu] poder, sejam medidas políticas, diplomáticas, econômicas, judiciais ou outras... para garantir os direitos garantidos pela Convenção àqueles formalmente [*de jure*] dentro de sua jurisdição”, mas na verdade, fora de sua autoridade efetiva, atribui jurisdição a esse Estado e impõe-lhe deveres positivos para com eles (CtEDH, 2004a, p. 141, tradução nossa)⁵⁵.

A tríade dos casos mais relevantes no imediato pós-*Bankovic* se completa com o caso *Issa and Others v. Turkey* (2004), no qual os aplicantes alegaram a mutilação e assassinato de seus familiares por autoridades turcas atuando no norte do Iraque.

Mais uma vez, é interessante analisar a preponderância da então incipiente decisão de *Bankovic* no caso. Dessa vez, sua influência deu azo à toda a discussão sobre a jurisdição exercida pela Turquia sobre o norte do Iraque, no momento das mortes, e sobre os familiares dos aplicantes. Isso porque o caso já havia sido admitido no ano de 2000, antes da decisão de *Bankovic*, não tendo a Turquia contestado a questão jurisdicional naquele momento (Roxstrom; Gibney; Einarsen, 2005). Após a prolação da decisão de *Bankovic*, a Turquia passou a arguir que não havia sido exercida a jurisdição sobre a região ou sobre as pessoas envolvidas (CtEDH, 2004b).

É de se notar, primeiro, que a Corte não considerou o argumento da Turquia precluso, considerando que a disputa sobre o exercício ou não da jurisdição se confundia com o mérito do caso. A Corte estabeleceu que “esta questão está indissociavelmente ligada ao fato subjacente às alegações. Como tal, deve considerar-se que foi implicitamente reservado à fase de mérito” (CtEDH, 2004b, p. 19, tradução nossa)⁵⁶.

Partindo disso, a decisão adentrou à questão da jurisdição, perfazendo todo o conhecido caminho de reconhecer a eminência de sua territorialidade e a excepcionalidade da sua admissão extraterritorial, fundamentado em *Bankovic* (CtEDH, 2004b). Não obstante, a Corte também entendeu que a extraterritorialidade pode ser considerada em situações excepcionais, que dizem respeito a um exercício de controle efetivo. Para a decisão de *Issa* (CtEDH, 2004b),

⁵⁵ In the *Bankovic* decision (which I personally disagree) the Grand Chamber of the Court found that the bombing of buildings in Belgrade resulting in the killing of 16 civilians was an extraterritorial act outside the “jurisdiction” of the High Contracting Parties to the Convention responsible for such bombing and for that reason the relevant complaint of the relatives of the deceased was dismissed as inadmissible. It seems to me incomprehensible and certainly very odd for a High Contracting Party to escape responsibility under the Convention on the ground that the throwing of bombs from its aeroplanes over an inhabited area in any part of the world does not bring the victims of such bombing within its “jurisdiction” (i.e. authority) while a failure on the part of such Party “to take all the measures in [its] power whether political diplomatic, economic, judicial or other measures... to secure the rights guaranteed by the Convention to those formally [*de jure*] within its jurisdiction” but in actual fact outside its effective authority ascribes jurisdiction to that State and imposes on it positive duties towards them.

⁵⁶ That issue is inextricably linked to the fact underlying the allegations. As such, it must be taken to have been implicitly reserved for the merits stage.

esse controle poderia ser exercido efetivamente sobre o território e sobre os indivíduos, admitindo, ainda, que poderia se tratar de um exercício temporário, conforme sublinham Roxstrom, Gibney e Einarsen (2005).

Desta feita, tem-se que a Corte aplicou todo seu arcabouço jurisprudencial fundado em *Bankovic* ao caso em apreço, mas reconheceu a possibilidade de reconhecimento da jurisdição extraterritorial baseada no controle efetivo territorial e pessoal, ainda que temporário. Sendo assim, a decisão de *Issa* abordou aspectos pertinentes e que fogem da restritividade de *Bankovic*, inclusive, por admitir a aplicação da Convenção fora do seu *espace juridique* (Roxstrom; Gibney; Einarsen, 2005). Todavia, a Corte não reconheceu o exercício de jurisdição pela Turquia, uma vez que, de acordo com a decisão, os aplicantes não teriam logrado em trazer provas contundentes o suficiente a demonstrar a presença incontestável de agentes militares turcos na região específica em que as mortes ocorreram (CtEDH, 2004b).

Assim se consignou:

A Corte não exclui a possibilidade de que, como consequência da ação militar, o Estado demandado possa ser considerado como tendo exercido, temporariamente, o controle geral efetivo de uma determinada porção do território do norte do Iraque. Por conseguinte, se existir uma base factual suficiente para afirmar que, no momento relevante, as vítimas se encontravam nessa área específica, seguir-se-ia logicamente que se encontravam sob a jurisdição da Turquia [...]. No entanto, apesar do grande número de tropas envolvidas nas operações militares acima mencionadas, não parece que a Turquia tenha exercido um controle geral efetivo de toda a área do norte do Iraque.

[...]

Com base em todo o material em sua posse, a Corte considera que não foi estabelecido com o nível de prova exigido que as forças armadas turcas conduziram operações na área em questão [...] (CtEDH, 2004b, p. 24-26, tradução nossa)⁵⁷.

Destarte, a análise dessas decisões permite perceber que a decisão de *Bankovic* se tratou de um precedente desconectado com o desenvolvimento jurisprudencial da Corte Europeia, tanto no que diz respeito à jurisprudência anterior quanto à imediatamente posterior à decisão. Nesse panorama, exsurtem importantes críticas à decisão, mormente quanto a sua desvinculação com uma aplicação universalista de Direitos Humanos, para além da questão da segurança jurídica. A propósito, o firme entendimento de Roxstrom; Gibney e Eirnarsen (2005):

⁵⁷ The Court does not exclude the possibility that, as consequence of the military action, the respondent State could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq. Accordingly, if there is a sufficient factual basis for holding that, at the relevant time, the victims were within that specific area, it would follow logically that they were within the jurisdiction of Turkey [...]. However, notwithstanding the large number of troops involved in the aforementioned military operations, it does not appear that Turkey exercised effective overall control of the entire area of the northern Iraq. [...] On the basis of all the material in its possession, the Court considers that it has not been established to the required standard of proof that the Turkish armed forces conducted operations in the area in question.

O problema com *Bankovic* e a sua descendência é que o caso defende a proposição de que os direitos humanos não são devidos aos seres humanos enquanto seres humanos e que as obrigações correspondentes não são, em última análise, devidas aos seres humanos enquanto seres humanos. Os danos causados por esta decisão não podem ser desfeitos através da expansão gradual da classe de pessoas consideradas como tendo um “vínculo jurisdicional” com os Estados Contratantes. Em vez disso, o dano só poderá ser desfeito se a Corte reconhecer explicitamente que cometeu um erro no caso *Bankovic* (p. 130, tradução nossa)⁵⁸.

Sem embargo, as decisões pós-*Bankovic* continuaram a vir sem um direcionamento consistente, suportando uma natureza diametralmente oposta em diferentes entendimentos. Mallory (2021) salienta que “o caso *Bankovic* era, então, em alguns pontos, uma anomalia, inconsistente com o resto da jurisprudência da Corte e algo a ser evitado, enquanto noutros momentos era uma autoridade, ainda invocada para impor uma noção restritiva de jurisdição” (p. 37, tradução nossa)⁵⁹. À vista disso, em 2011, sobreveio a decisão do caso *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, cuja principal contribuição foi a tentativa de trazer conformidade para o entendimento da Corte no que diz respeito ao critério de controle efetivo. Resta verificar, no entanto, se essa tentativa foi bem-sucedida nos ulteriores precedentes.

3.1.4 Em busca de conformidade: o caso *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom* e a jurisprudência recente da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre jurisdição extraterritorial

A decisão do caso *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom* (2011) é célebre por representar a tentativa da Corte Europeia de trazer conformidade para sua jurisprudência. Proferida uma década depois de *Bankovic*, a decisão foi pensada para se tornar o novo precedente de referência em matéria de extraterritorialidade da CEDH (Milanovic, 2012a). Nesse sentido, “a decisão representa uma tentativa consciente da Corte de codificar e harmonizar a sua jurisprudência sobre aplicação extraterritorial, com vista a introduzir maior clareza jurídica” (Shany, 2020, p. 67, tradução nossa)⁶⁰.

⁵⁸ The problem with *Bankovic* and its progeny is that the case stands for the proposition that human rights are not owed to human beings qua human beings and that the corresponding obligations are not ultimately owed to human beings qua human beings. The damage caused by this judgment cannot be undone by gradually expanding the class of persons deemed to have a “jurisdictional link” to the Contracting States. Instead, the damage can only be undone if the Court explicitly recognizes that it erred in *Bankovic*.

⁵⁹ The *Bankovic* judgment was then at points an anomaly, inconsistent with the rest of the Court’s jurisprudence and something to be avoided, while at other times it was an authority, still relied upon to enforce a restrictive notion of jurisdiction.

⁶⁰ The judgment represents a conscious attempt by the Court to codify and harmonize its jurisprudence on extraterritorial application with a view to introducing more legal clarity.

O contexto factual do caso diz respeito à ocupação britânica no Iraque, tendo os aplicantes demandando contra o Reino Unido ante a CtEDH sob a alegação de que o Estado foi responsável por mortes de civis durante o exercício militar, em 2003, inclusive, de seus familiares (CtEDH, 2011b). Todavia, anteriormente, o caso foi levado por alguns dos aplicantes à justiça britânica, sob o fundamento do *Human Rights Act* (1998), chegando até a Câmara dos Lordes (*House of Lords*)⁶¹. Em sua maioria, a Câmara decidiu que o *Human Rights Act* tinha por objetivo instrumentalizar os direitos garantidos pela CEDH dentro do Reino Unido, de maneira que deveria ser aplicado nos termos da Convenção, ou seja, de acordo com seu Artigo 1 (CtEDH, 2011).

À vista disso, para avaliar se os aplicantes estariam sob a jurisdição do Estado britânico, a Câmara dos Lordes aplicou, quase em sua integralidade, o entendimento sublinhado em *Bankovic*, decidindo, em suma, que o critério de controle efetivo sobre o território não se aplicaria fora do *espace juridique* da CEDH; ainda que se aplicasse, o Reino Unido não possuía controle sobre a região das mortes, haja vista o reduzido número de tropas (Reino Unido, 2007). Sendo assim, não tinha capacidade de garantir os direitos da CEDH, até porque esses não poderiam ser “divididos e adaptados”, tendo a Corte, em *Bankovic*, admitido a sua aplicação “tudo ou nada” (Reino Unido, 2007). Por fim, quanto ao critério de controle efetivo pessoal, *Bankovic* já teria delimitado que o mero ato de matar não seria suficiente para ensejar a jurisdição (Reino Unido, 2007).

Desta feita, a Câmara dos Lordes concluiu que o Reino Unido não havia exercido jurisdição sobre os aplicantes, no que diz respeito às mortes ocorridas em ruas e casas da região ocupada, uma vez que não havia controle efetivo sobre aquele território (Reino Unido, 2007). Nessa perspectiva, apenas sobre um dos aplicantes poderia ser reconhecida a jurisdição, em razão dele ter falecido em uma prisão dentro de uma base militar britânica, uma vez que as bases possuiriam um “tratamento diferenciado” sob o Direito Internacional (Reino Unido, 2007).

Já perante a Corte Europeia, o caso teve um desfecho completamente diferente. Na oportunidade, a Corte entendeu pela aplicabilidade da Convenção diante dos incidentes ocorridos em relação a todos os aplicantes. Para além disso, a decisão de *Al-Skeini* se tornou significativa por reavaliar as três questões mais turbulentas decididas por *Bankovic*: os critérios de controle efetivo como excepcionalidade à territorialidade da Convenção; a (in)divisibilidade dos direitos garantidos por ela; e a (ir)relevância do seu *espace juridique* (Cowan, 2012).

⁶¹ Atualmente, o órgão é a Suprema Corte do Reino Unido.

Apesar de iniciar sua análise partindo da principal tese de *Bankovic* – excepcionalidade do exercício extraterritorial da jurisdição e necessidade de uma justificativa internacionalista – (Milanovic, 2012a), a Corte admitiu que o exercício de controle efetivo sobre o território ou sobre pessoas são critérios válidos para o reconhecimento da jurisdição exercida fora do território estatal. Em uma busca pela dita conformidade, a Corte tratou de forma sistematizada sobre cada um desses pontos.

A respeito do critério de controle pessoal, tratado pela Corte sob o título de “autoridade e controle de agentes estatais”, a decisão lembrou uma série de situações em que a autoridade sobre um indivíduo já teria atraído o reconhecimento da jurisdição extraterritorial (CtEDH, 2011). Como exemplo, cita os atos de agentes diplomáticos e consulares, além do exercício de “poderes públicos” comumente exercido pelos governos locais, em casos de consentimento, convite ou aquiescência (CtEDH, 2011). Já a terceira situação evidenciada pela Corte seria o uso de força por um Estado em território estrangeiro, o que poderia resultar em controle sobre indivíduos; todavia, nesse ponto, a Corte faz questão de enfatizar que a jurisdição, em casos assim, “[...] resultou unicamente do controle exercido pelo Estado Contratante sobre os edifícios, aeronaves ou navios em que o indivíduo estava detido. O que é decisivo nestes casos é o exercício do poder físico e do controle sobre a pessoa em questão.” (CtEDH, 2011, p. 59, tradução nossa)⁶².

É interessante que, a propósito do critério de controle pessoal, a Corte admitiu a possibilidade dos direitos da Convenção serem “divisíveis e adaptáveis”, posicionando-se inteiramente contra o que havia sido decidido em *Bankovic*. A decisão assim se firmou:

É claro que, sempre que o Estado, através dos seus agentes, exerce controle e autoridade sobre um indivíduo e, portanto, jurisdição, o Estado tem a obrigação, nos termos do Artigo 1, de garantir a esse indivíduo os direitos e liberdades previstos na Secção I da Convenção que são relevantes para a situação do indivíduo. Neste sentido, portanto, os direitos da Convenção podem ser “divididos e adaptados” (CtEDH, 2011, p. 59, tradução nossa)⁶³.

Lado outro, de acordo com Shany (2020), por presunção, é possível compreender que a Corte não admitiu a divisibilidade da Convenção Europeia em casos de controle efetivo territorial.

⁶² “[...] arose solely from the control exercised by the Contracting State over the buildings, aircraft or ship in which the individual were held. What is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question.

⁶³ It is clear that, whenever the State, through its agents, exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section I of the Convention that are relevant to the situation of the individual. In this sense, therefore, the Convention rights can be ‘divided and tailored’.

Acerca desse, a decisão explica que ele se dá quando, “[...] como consequência de uma ação militar lícita ou ilícita, um Estado Contratante exerce o controle efetivo de uma área fora do território nacional” (CtEDH, 2011, p. 60, tradução nossa)⁶⁴. Esse controle ocorreria por meio das suas forças armadas ou pela subordinação da administração local (CtEDH, 2011). É explicado que o controle efetivo pelo uso das forças armadas seria atestado pela quantidade de tropas na região estrangeira, para além do nível de influência econômica, política e militar do Estado sobre a área; por outro lado, a questão da subordinação local seria verificada pelo nível de dependência dessa com relação ao Estado para sua sobrevivência (CtEDH, 2011).

A mais disso, a CtEDH aproveita a ocasião da decisão de *Al-Skeini* para decretar o fim da teoria do *espace juridique*. Com isso, enfatiza a importância de não se permitir uma “lacuna” de direitos humanos em locais e situações em que existe o exercício extraterritorial da jurisdição, na linha do que tantas doutrinas vinham denunciando sobre a referida teoria e o julgamento de *Bankovic*, como se mostrou (CtEDH, 2011). Para a Corte:

A Corte enfatizou que quando o território de um Estado da Convenção é ocupado pelas forças armadas de outro, o Estado ocupante deveria, em princípio, ser responsabilizado nos termos da Convenção pelas violações dos direitos humanos no território ocupado, porque defender o contrário seria privar a população desse território dos direitos e liberdades até então desfrutados e resultaria num “vácuo” de proteção dentro do “espaço jurídico da Convenção” [...]. Contudo, a importância de estabelecer a jurisdição do Estado ocupante em tais casos não implica, *a contrario*, que a jurisdição ao abrigo do Artigo 1 da Convenção nunca possa existir fora do território abrangido pelos Estados-Membros do Conselho da Europa (CtEDH, 2011b, p. 61, tradução nossa)⁶⁵.

Não obstante toda a argumentação levantada pela CtEDH, a conclusão a respeito do caso *Al-Skeini* em si não segue uma lógica esperada. Isso porque a decisão ignora totalmente a questão do exercício de controle territorial pelo Reino Unido sobre a região das mortes (Milanovic, 2012a). Ao contrário do que se preveria, a Corte acabou por decidir que, em realidade, o Reino Unido teria formalmente exercido “poderes públicos” durante sua ocupação, à luz de resoluções do Conselho de Segurança da ONU (CtEDH, 2011). Logo, a Corte entendeu que um controle efetivo sobre os *individuos* havia sido exercido pelo Reino Unido.

⁶⁴ [...] as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside the national territory.

⁶⁵ The Court has emphasized that where the territory of one Convention State is occupied by the armed forces of another, the occupying State should in principle be held accountable under the Convention for breaches of human rights within the occupied territory, because to hold otherwise would be to deprive the population of that territory of the rights and freedoms hitherto enjoyed and would result in a ‘vacuum’ of protection within the ‘Convention legal space’ [...]. However, the importance of establishing the occupying State’s jurisdiction in such cases does not imply, *a contrario*, that jurisdiction under Article 1 of the Convention can never exist outside the territory covered by the Council of Europe Member States.

A Corte, portanto, considerou que a jurisdição havia sido exercida sobre as circunstâncias de morte dos indivíduos porque o Reino Unido estava exercendo “poderes públicos” na área, o que, para Milanovic (2012a), corrobora, na prática, com o resultado alcançado por *Bankovic*. Matar pessoas não ensejaria a jurisdição de um Estado: “embora a capacidade de matar seja “autoridade e controle” sobre os indivíduos se o estado tiver poderes públicos, matar não é autoridade e controle se o estado estiver apenas disparando mísseis de uma aeronave” (Milanovic, 2012a, p. 130, tradução nossa)⁶⁶.

Para além de *Al-Skeini*, outras decisões de alta relevância para a matéria foram exaradas pela Corte na última década, em muito se baseando nesse entendimento como um esclarecedor de pontos essenciais do seu posicionamento (Mallory, 2021). Essas decisões concernem situações que abrangem as atuais temáticas internacionais, como conflitos armados, migração e ocupações militares.

Um desses casos diz respeito a *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (2012), o qual possui como contexto o acordo entabulado pela Itália e pela Líbia para evitar a imigração irregular vinda da Líbia para o país europeu (CtEDH, 2012). Os aplicantes eram imigrantes irregulares a bordo de uma embarcação que foi interceptada por autoridades italianas; eles foram colocados em embarcações de bandeira italiana e levados à Trípoli para serem devolvidos à Líbia (CtEDH, 2012). Segundo os aplicantes, teriam sido violados o Artigo 3 da Convenção (direito a não ser submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante) e o Artigo 4 do seu Protocolo nº 4 (proibição de expulsão coletiva de estrangeiros).

No que tange à jurisdição extraterritorial exercida pela Itália no caso, a Corte observou, de início, que “[...] um navio que navega em alto mar está sujeito à jurisdição exclusiva do Estado da bandeira que carrega” (CtEDH, 2012, p. 26, tradução nossa)⁶⁷. Partindo dessa consideração, primordialmente, a Corte decidiu que a Itália havia exercido jurisdição extraterritorial, por estar, então, no controle da embarcação que fez a transferência dos aplicantes para leva-los de volta à Líbia (CtEDH, 2012). Nesse sentido, a CtEDH (2012) anulou o argumento do governo italiano de que não haveria exercício de controle, e, logo, de jurisdição, por tratar-se apenas de uma operação de regaste em alto mar. Sendo assim, concluiu que “[...] no período entre o embarque nos navios das forças armadas italianas e a entrega às autoridades

⁶⁶ While the ability to kill is ‘authority and control’ over the individuals if the state has public powers, killing is not authority and control if the state is merely firing missiles from an aircraft.

⁶⁷ [...] a vessel sailing on the high seas is subject to the exclusive jurisdiction of the State of the flag it is flying.

líbrias, os requerentes estiveram sob o controle contínuo e exclusivo *de jure e de facto* das autoridades italianas” (CtEDH, 2012, p. 27, tradução nossa)⁶⁸.

Analisado sob outro contexto, o caso *Jaloud v. The Netherlands* (2014) também foi admitido pela Corte, com reconhecimento do exercício de jurisdição pelos Países Baixos. O filho do aplicante, em 2004, teria sido assassinado em um *checkpoint* militar por forças holandesas durante a ocupação no Iraque, alegando-se a violação do Artigo 2 da CEDH (direito à vida), em vista da insuficiência dos procedimentos investigatórios dispendidos (CtEDH, 2014b). De sua vez, o governo demandado alegou que não houve o exercício de jurisdição, requerendo à Corte que o caso fosse considerado distinto de *Al-Skeini*; de acordo com suas argumentações, os Países Baixos não ocupavam o Iraque nem teriam exercido “poderes públicos” no território (CtEDH, 2014b).

Desta feita, repisando o que foi definido em *Al-Skeini*, a Corte concluiu que os Países Baixos tinham jurisdição no caso, esclarecendo que o fato dos “poderes ocupantes”, nos termos das resoluções da ONU, serem os Estados Unidos da América e o Reino Unido, não seria suficiente para afastar o controle exercido pelos Países Baixos (CtEDH, 2014b). A propósito, a Corte evidenciou que “[...] o *status* de ‘poder ocupante’ na acepção do Artigo 42 do Regulamento de Haia, ou a falta dele, não é, por si só, determinante” (CtEDH, 2014b, p. 62 tradução nossa). Destarte, para a CtEDH (2014b), os Países Baixos exerceram autoridade e controle sobre o filho do aplicante no momento de sua morte, aplicando, pois, o critério de controle efetivo pessoal.

A decisão de *Jaloud*, para Mallory (2021), diz respeito a um dos primeiros casos em que a Corte teve que ir além do que foi definido em *Al-Skeini*, que já representaria uma ampliação de sua interpretação. A grande diferença entre *Jaloud* e *Al-Skeini* é que, em *Jaloud*, a vítima não foi detida, e sim assassinada ao passar por um *checkpoint*, de modo que a aplicação do critério de controle efetivo pessoal, como feito em *Al-Skeini*, não se adequaria (Mallory, 2021). Ao proceder à adaptação de sua jurisprudência ao caso de *Jaloud*, a Corte acabou por criar o que poderia ser considerado uma nova exceção à territorialidade da jurisdição, empregando a concepção de que os Países Baixos haviam exercido uma esfera de influência sobre a área (Mallory, 2021).

No mesmo ano de *Jaloud*, a Corte decidiu outro caso contextualizado na ocupação do Iraque. Em *Hassan v. The United Kingdom* (2014), o aplicante arguiu que seu irmão havia sido

⁶⁸ [...] in the period between boarding the ships of the Italian armed forces and being handed over to the Libyan authorities, the applicants were under the continuous and exclusive *de jure* and *de facto* control of the Italian authorities.

capturado por forças britânicas e levado para detenção; posteriormente, seu corpo foi encontrado com marcas que indicavam que ele havia sido submetido a tortura e execução (CtEDH, 2014a). Nota-se que o Reino Unido sustentou que a jurisdição não se aplicaria durante o momento ativo das hostilidades do conflito, inclusive, em razão daquela situação estar sob o Direito Internacional Humanitário (CtEDH, 2014a). O argumento foi rejeitado pela Corte, com base em *Al-Skeini* e na jurisprudência da CIJ, cujo entendimento é de que o DIDH e o Direito Internacional Humanitário podem ser aplicados de forma concorrente (CtEDH, 2014a). Por fim, a Corte decidiu que o irmão do aplicante esteve sob a jurisdição do Reino Unido desde o momento de sua captura até o momento em que ele foi liberado do ônibus que o levou do campo em que estava detido (CtEDH, 2014a).

Outro caso levado à Corte que trouxe um pronunciamento significativo foi *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* (2019). Os aplicantes alegaram que as autoridades do Chipre e da Turquia, inclusive as do TRNC, falharam em conduzir investigações sobre as mortes de seus familiares, violando o Artigo 2 da CEDH (CtEDH, 2019). As mortes ocorreram no Chipre, mas havia indicações de envolvimento do TRNC (CtEDH, 2019). Autoridades policiais do TRNC abriram investigações, inclusive detendo suspeitos, o que levou a Corte a decidir que a Turquia exerceu jurisdição (CtEDH, 2019). A Corte assim asseverou:

À luz da jurisprudência acima mencionada, aparenta-se que se as autoridades de investigação ou judiciais de um Estado Contratante instituírem a sua própria investigação ou processo criminal relativamente a uma morte ocorrida fora da jurisdição desse Estado, em virtude das suas leis domésticas (por exemplo, ao abrigo de disposições sobre jurisdição universal ou com base no princípio da personalidade ativa ou passiva), a instituição dessa investigação ou desse processo é suficiente para estabelecer um vínculo jurisdicional, para efeitos do Artigo 1, entre esse Estado e os familiares da vítima que posteriormente intentar uma ação na Corte [...] (CtEDH, 2019, p. 44, tradução nossa)⁶⁹.

Ademais disso, a Corte considerou que havia “circunstâncias especiais” relativas ao caso. Primeiro, a Corte notou que a ocupação turca no Chipre é reconhecida pela comunidade internacional, e que essa, bem como, não reconhece o TRNC como um Estado ante o DIP, além de que a CtEDH já havia decidido que a Turquia exerce controle efetivo sobre a região⁷⁰ (CtEDH, 2019). A segunda “circunstância especial” seria o fato de que os suspeitos das mortes fugiram para o TRNC, impedindo a continuação das investigações no Chipre; a mais, as

⁶⁹ In the light of the above-mentioned case-law, it appears that if the investigative or judicial authorities of a Contracting State institute their own criminal investigation or proceedings concerning a death which has occurred outside the jurisdiction of that State, by virtue of their domestic law (e.g. under provisions on universal jurisdiction or on the basis of the active or passive personality principle), the institution of that investigation or those proceedings is sufficient to establish a jurisdictional link for the purposes of Article 1 between that State and the victim’s relatives who later bring proceedings before the Court.

⁷⁰ *Cyprus v. Turkey* (2001).

autoridades turcas e do TRNC estavam cientes da presença dos suspeitos em seu território, de modo que elas os mantiveram sob detenção (CtEDH, 2019). Ainda de acordo com a CtEDH, essas considerações, por si só, seriam suficientes para estabelecer um vínculo de jurisdição entre as vítimas e a Turquia (CtEDH, 2019).

Retornando ao cenário da imigração irregular, em *N.D. and N.T. v. Spain* (2020), os aplicantes foram imediatamente devolvidos a Marrocos após tentarem entrar em território espanhol escalando a cerca existente no enclave espanhol de Melilla (CtEDH, 2020c). Arguiram, assim, a violação do Artigo 13 da CEDH e do Artigo 4 do seu Protocolo nº 4, isto é, que eles foram expulsos coletivamente, sem ter acesso ao direito a um recurso efetivo (CtEDH, 2020c). Quanto à questão da jurisdição, a Espanha alegou que, em pese as cercas ultrapassadas estarem em território espanhol, os aplicantes não chegaram a passar por todas elas e pela linha policial ali presente; requereu, assim, que fosse reconhecida uma exceção à jurisdição, pois apenas após a ultrapassagem de todas as cercas e a linha policial, seria a Espanha obrigada pela Convenção (CtEDH, 2020c).

Nesse sentido, a CtEDH (2020c) decidiu que a Espanha não comprovou uma impossibilidade de exercer controle sobre seu território, de modo que não haviam circunstâncias a limitar sua autoridade. Lado outro, a CtEDH reafirma que a jurisdição deve ser analisada sob o prisma do DIP, para definir que “nos termos da lei, a existência de uma cerca situada a alguma distância da fronteira não autoriza o Estado a excluir, alterar ou limitar unilateralmente a sua jurisdição territorial, que se inicia na linha que forma a fronteira” (CtEDH, 2020c, p. 63, tradução nossa)⁷¹. Desta forma, a Corte entendeu pelo exercício de jurisdição da Espanha no caso. Não obstante, no mérito, a Corte decidiu a ausência de um procedimento individualizado para a remoção dos aplicantes pela Espanha se deu em razão da própria conduta irregular deles, de maneira que o Estado não poderia ser considerado responsável por não prover soluções legais para eles se insurgirem contra a sua devolução (CtEDH, 2020c).

Já em *M.N. and Others v. Belgium* (2020), a Corte inadmitiu o caso por não haver o exercício de jurisdição. Os aplicantes aduziram a violação dos Artigos 3 e 13 da Convenção, ao terem seus pedidos de visto humanitário recusados pela Bélgica (CtEDH, 2020b). O pedido foi feito ante à Embaixada da Bélgica em Beirute, enquanto os aplicantes estariam em Aleppo, na Síria. A Corte considerou, em resumo, que o aplicantes não estavam em território belga nem em qualquer outro sob o qual a Bélgica exerceria autoridade e controle, tampouco tinham qualquer conexão familiar com o país (CtEDH, 2020b). A alegada submissão a tratamento

⁷¹ Under the law, the existence of a fence located some distance from the border does not authorize the State to unilaterally exclude, alter or limits its territorial jurisdiction, which begins at the line forming of the border.

desumano e degradante (Artigo 3) não teria sido efetivada pelos agentes da Embaixada belga, de modo que eles não exerceram qualquer controle (CtEDH, 2020b). Expressou a Corte:

A Corte admite que, ao decidir sobre os pedidos de visto dos requerentes, as autoridades belgas tomaram decisões relativas às condições de entrada no “território” belga e, ao fazê-lo, exerceram um poder público. No entanto, por si só, esta conclusão não é suficiente para colocar os requerentes sob a jurisdição “territorial” da Bélgica, na acepção do Artigo 1 da Convenção. O simples fato das decisões tomadas a nível nacional terem tido impacto na situação das pessoas residentes no estrangeiro também não é suscetível de estabelecer a jurisdição do Estado em causa sobre essas pessoas fora do seu território [...] (CtEDH, 2020b, p. 26, tradução nossa)⁷².

Finalmente, em *Hanan v. Germany* (2021), os aplicantes aduziram falha em conduzir procedimentos investigativos sobre as mortes causadas por um ataque aéreo no Afeganistão; ademais, teria sido violado o direito a um recurso efetivo (Artigo 2 da CEDH) por não ter havido qualquer recurso interno capaz de contestar a decisão do governo alemão de interromper as investigações (CtEDH, 2021b). Fazendo menção ao julgamento de *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* e suas “circunstâncias especiais”, a Corte considerou que os levantamentos feitos nele não seriam aplicáveis em *Hanan*, decidindo, assim, que não houve exercício de jurisdição. Levou-se em consideração que a Alemanha estaria obrigada pelo Direito Internacional Humanitário a conduzir a investigação, pois os fatos poderiam configurar crime de guerra (CtEDH, 2021b). As autoridades afegãs estariam impedidas de investigar as mortes, e a Alemanha também estava obrigada por sua lei doméstica a proceder à investigação. No entendimento da Corte, a aplicação da Convenção seria excessivamente ampliada “se o simples fato de instaurar uma investigação criminal nacional sobre qualquer morte ocorrida em qualquer parte do mundo fosse suficiente para estabelecer um vínculo jurisdicional, sem quaisquer requisitos adicionais [...]” (CtEDH, 2021b, p. 50, tradução nossa)⁷³.

Todos esses casos demonstram uma abertura (até certo ponto) da CtEDH para lidar com a jurisdição extraterritorial, tendo ido um pouco além da mera aplicação dos critérios de controle efetivo (Mallory, 2021). Contudo, existe um limite até o qual a Corte se arriscaria, como se viu, por exemplo, nos casos *M.N. and Others v. Belgium* e *Hanan v. Germany*. Esse limite possivelmente será novamente testado em casos futuros, principalmente considerando o avanço jurisprudencial dos últimos anos por outras Cortes regionais e órgãos de monitoramento

⁷² The Court accepts that in ruling on the applicants’ visa applications, the Belgian authorities took decisions concerning the conditions for entry to Belgian “territory” and, in so doing, exercised a public power. In itself, however, this finding is not sufficient to bring the applicants under the Belgium’s “territorial” jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention. The mere fact that decisions taken at national level had an impact on the situation of persons resident abroad is also not such as to establish the jurisdiction of the State concerned over those persons outside its territory.

⁷³ If the mere fact of instituting a domestic criminal investigation into any death which has occurred anywhere in the world were sufficient to establish a jurisdictional link, without any additional requirements [...].

da ONU, os quais conceberão novos critérios e testes de aplicação da jurisdição (Mallory, 2021).

4 A CAUSALIDADE E A DUE DILLIGENCE NA APLICAÇÃO DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL

4.1 Breves considerações sobre as concepções de causalidade e due diligence em matéria de direitos humanos

As concepções de causalidade e *due diligence* têm sido aventadas por Cortes regionais e órgãos de monitoramento de Direitos Humanos como fundamentos para o reconhecimento de jurisdição extraterritorial (Besson, 2020). Resumidamente, nos casos em que são aplicadas, se afere a pertinência da jurisdição extraterritorial do Estado pelo controle que ele exerce sobre a atividade que resultou no dano a ser reparado. Para determinar esse controle, se exige que haja um nexo causal entre a atividade danosa e a violação do direito do indivíduo, considerando, ainda, o dever estatal de preveni-lo, que se conecta às obrigações de *due diligence*. A aplicação das concepções de causalidade e *due diligence*, no entanto, são mais complexas do que aparentam, estando relacionadas a uma série de elementos que certificam sua pertinência.

As características que originam um link de causalidade são evidenciadas por Skogly (2013). Pelo elemento causal, em síntese, procura-se determinar uma conexão entre um ato ou omissão estatal com a violação de um direito, com vistas à responsabilização do Estado. Significa dizer que é necessário haver o ato/omissão; o evento danoso; a violação de um direito garantido pelo Direito Internacional; e a possibilidade de atribuição desse ato ao Estado em questão (Skogly, 2013).

A partir da existência desses elementos, tem-se que a causalidade meramente factual pode não ser suficiente em termos de responsabilização do Estado por violação de direitos humanos. Skogly (2013) explica que isso dá porque “trata-se não apenas de saber se um Estado estrangeiro estava obrigado a praticar ou evitar praticar um determinado ato, mas também de determinar a importância relevante do ato ou omissão desse Estado em relação ao resultado” (p. 237, tradução nossa)⁷⁴. Por isso, o Direito Internacional considera também a necessidade de que haja a proximidade e previsibilidade quanto ao ato ou omissão cometida:

Portanto, ao tentar determinar a responsabilidade de um Estado pela violação dos direitos humanos noutro Estado, é necessário verificar não apenas se o Estado estrangeiro teve uma ligação com o evento, mas também se os atos ou omissões (conduta) desse Estado foram suficientemente próximo ou significativo, ou que possa ter sido razoável esperar que o Estado estrangeiro pudesse prever os resultados (o

⁷⁴ It is a question not only of whether a foreign state was under an obligation to perform or avoid performing a particular act, but also of determining the relevant importance of that State's act or omission in relation to the outcome.

efeito negativo no gozo dos direitos humanos) (Skogly, 2013, p. 237, tradução nossa)⁷⁵.

A utilização da causalidade (factual) como um critério, por si só, a ensejar o reconhecimento do exercício de jurisdição extraterritorial tem sido evitada por algumas Cortes, especialmente a Corte Europeia (Skogly, 2013). Todavia, atrelada à *due diligence*, a causalidade torna-se uma possibilidade efetiva para outras Cortes e órgãos de monitoramento a aplicarem. Apesar de serem elementos complementares, existem algumas questões a se atentar (Besson, 2020).

Uma das primeiras ocasiões em que se ressaltou a essência do que seria *due diligence* se deu no julgamento do caso Canal de Corfu, pela Corte Internacional de Justiça (CIJ), cuja percepção foi de que “é obrigação de todo Estado não permitir conscientemente que seu território seja utilizado para atos contrários aos direitos de outros Estados” (CIJ, 1949, p. 22, tradução nossa).⁷⁶ Conforme explica Berkes (2021), inicialmente a concepção foi construída para proteger os direitos e interesses de um Estado dentro de outro. Todavia, em termos de DIDH, a *due diligence* é percebida como uma maneira de se proteger indivíduos de terceiros envolvidos, de modo que o Estado deve prevenir as violações de direitos cometidas por esses (Berkes, 2021). Sobre isso, a autora explica:

[...] o Estado obriga-se, na medida do possível, a prevenir os atos ilícitos cometidos por terceiros, ao passo que, no caso de pessoas cuja conduta é imputável ao Estado, a responsabilidade pela violação da *due diligence* não é aplicável, uma vez que o Estado é responsável pela violação cometida e não pela sua falha na prevenção. Em outras palavras, o Estado é automaticamente responsável pelas violações dos direitos humanos cometidas pelos seus órgãos, mesmo que tenha tomado todas as medidas apropriadas para prevenir essas violações (Berkes, 2021, p. 98, tradução nossa)⁷⁷.

Nesse sentido, para os DIDH, *due diligence* diz respeito a um padrão de conduta do Estado, esperando-se o cumprimento de determinada forma de atuação, atrelada a um “dever de cuidado” (Ollino, 2021). Desta feita, “a *due diligence* exige que o Estado que tem essa obrigação exerça cuidado (*duty of care*) e, portanto, também, inversamente, não cause danos

⁷⁵ Therefore, when trying to determine the responsibility of a State for human rights violation in another State, it is necessary to ascertain not only the foreign State had a link to the event, but also that the acts or omissions (conduct) of that State were sufficiently close or significant, or that it may have been reasonable to expect that the foreign State could foresee the outcomes (the negative effect on human rights enjoyment).

⁷⁶ It's every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.

⁷⁷ [...] the State is bound as far as possible to prevent the unlawful acts committed by third parties, whereas in the case of persons whose conduct is attributable to the State, the responsibility for the violation of due diligence is not applicable as the State is responsible for the violation committed and not for its failure to prevent. In other words, the State is automatically responsible for the human rights violation committed by its organs even if it took all appropriate measures to prevent these.

descuidadamente (*duty not to harm*)” (Besson, 2020, p. 4, tradução nossa)⁷⁸. Em outras palavras, “eles devem salvaguardar o direito humano em questão, prevenindo danos em primeiro lugar, e tomar medidas corretivas se, mesmo assim, ocorrerem danos” (Baade, 2021, p. 93, tradução nossa)⁷⁹. Nos termos da jurisprudência da Corte Europeia, a ideia de prevenir o dano configuraria o aspecto substantivo da obrigação de proteger, enquanto tomar as medidas necessárias para sua reparação trataria de um aspecto procedimental dessa obrigação (CtEDH, 2008).

Em que pese ser utilizada em diversos âmbitos do Direito Internacional, variando seus elementos de acordo com a área em que está sendo aplicada, a *due diligence* possui alguns aspectos que são comumente verificados para se determinar a responsabilidade estatal (Ollino, 2021). O primeiro deles seria uma obrigação de conduta propriamente dita, no sentido de que o Estado deve empregar esforços para se alcançar um resultado. Todavia, note-se que não se trata de atingir o resultado, e sim de utilizar de todos os meios possíveis para alcançá-lo. Nesse sentido, conforme explica Ollino (2021), caso a questão se resumisse ao resultado atingido, a responsabilidade do Estado seria imediata ao não alcançá-lo. Não obstante, ao se atentar ao esforços empregados, certo que a aferição de responsabilidade do Estado não se dá pelo alcance ou não do resultado, e sim de como ele empregou os meios necessários. Sendo assim, o Grupo de Estudos em *due diligence* da *International Law Association* (ILA) considera que “em qualquer caso, o Estado nunca será responsável pela violação em si, mas sim pela sua omissão, o delito separado” (ILA, 2014, p. 16, tradução nossa)⁸⁰.

O segundo aspecto está atrelado ao risco. A respeito, Violi (2021) explica que o risco é um elemento que conecta a tríade território, controle e jurisdição. Isso porque essa tríade não é conectada pelo Estado e o ato danoso cometido, como para a causalidade; em termos de *due diligence*, a conexão ocorre entre o Estado e o risco que o dano ocorra, somando-se, ainda, que esse risco seja previsível e cognoscível pelo Estado (Violi, 2021). Dado isso, Ollino (2021) aduz que esse é o segundo aspecto da *due diligence* a ser verificado, no sentido de que o Estado nem sempre vai alcançar o resultado desejado, razão pela qual a norma apenas requer que medidas sejam tomadas. Por isso, é construída “[...] como deveres de *due diligence*, pois baseiam-se na ideia de que o resultado fixado pela norma (ou seja, prevenção, proteção ou

⁷⁸ Due diligence requires the State that bears that obligation to exercise care (duty of care), and thus also, conversely, to do no harm carelessly (duty not to harm).

⁷⁹ They must safeguard the human right in question by preventing harm in the first place, and take remedial action if harm nonetheless occurs.

⁸⁰ In any case, the State will never be responsible for the violation itself, but rather for its failure to act, the separate delict.

alcance do objetivo) depende de condições fora do controle estrito do Estado” (Ollino, 2021, p. 91, tradução nossa)⁸¹.

Por fim, o último aspecto citado por Ollino (2021) cuida-se da flexibilidade das obrigações de *due diligence*, eis que essas podem variar de acordo com o tempo e as partes. A capacidade de um Estado de prever, conhecer e tomar medidas para evitar um risco ou um dano propriamente dito, é variável, haja vista pode ser diminuída ou aumentada de acordo com a situação em comento. Por essa razão, essas obrigações precisam ser avaliadas em conformidade com o caso concreto, de maneira que as normas podem trazer hipóteses mais implícitas ou explícitas (Ollino, 2021). Ainda que a hipótese normativa da obrigação seja implícita, há situações que, por si só, pressupõem a possibilidade do cumprimento do dever de *due diligence*: o conhecimento do risco pelo Estado; e casos em que existe o seu controle (Besson, 2020) ou poder (Ollino, 2021) sobre a fonte do risco. Esse controle ou poder é traduzido pela influência ou capacidade do Estado de intervir sobre a fonte (Ollino, 2021).

A hipótese de presunção da possibilidade de cumprimento da obrigação fundada no controle ou poder do Estado sobre a fonte do risco tem sido, como relatado, o fundamento que Cortes regionais e órgãos internacionais de monitoramento de Direitos Humanos têm usado para se aferir a existência de jurisdição extraterritorial. Isto é, havendo a capacidade de influência ou intervenção do Estado sobre a fonte do dano (poder/control), há jurisdição sendo exercida, desde que haja, bem como, um link causal. Sem embargo, Besson (2020) aponta alguns problemas que não estariam sendo observados na prolação das recentes decisões desses organismos quanto ao reconhecimento da jurisdição extraterritorial a partir da *due diligence*.

Primeiramente, haveria uma confusão normativa, à vista da diferença da noção de “controle”. Isso porque o a concepção de controle, para a *due diligence*, diz respeito ao seu exercício sobre o terceiro causador do dano e não sobre o indivíduo possuidor dos direitos violados. Em razão disso, existe uma relevante diferença entre o exercício de controle para a *due diligence* e para o reconhecimento da jurisdição extraterritorial, no que tange ao seu direcionamento. Essa diferença reside, bem como, na prescindibilidade de que ele seja “efetivo”, bastando, para a *due diligence*, que haja um link causal entre o Estado e o terceiro.

Por outro lado, Besson (2020) também discorda da aplicação das duas condições da *due diligence* – razoabilidade e capacidade – por essas Cortes e órgãos como maneira de se aferir o exercício de controle efetivo pelo Estado. Finalmente, a autora questiona a própria identificação desse controle efetivo “[...] para efeitos de atribuição da conduta de uma entidade empresarial

⁸¹ [...] as duties of due diligence since they premise upon the idea that the result set by the rule (ie prevention, protection or attainment of the goal) depends on conditions outside the State’s strict control.

privada a um Estado que cumpre deveres em matéria de direitos humanos e que dispõe de ‘controle efetivo’ sobre os próprios alegados titulares de direitos” (Besson, 2020, p. 7, tradução nossa)⁸².

Partindo dessas ponderações, Besson (2020) critica a aplicação da *due diligence* à luz da jurisdição extraterritorial:

Não há dúvida de que as obrigações de *due diligence* dos Estados podem e devem surgir ao abrigo do direito internacional no tipo de circunstâncias extraterritoriais discutidas nesta Reflexão. Contudo, para que essas obrigações sejam qualificadas como obrigações de *due diligence* em matéria de direitos humanos, elas precisam, em primeiro lugar, ser fundamentadas para que possam passar de interesses protegidos para deveres de direitos humanos *stricto sensu*. Para que este seja o caso, é necessário estabelecer uma relação de jurisdição entre o suposto Estado obrigado e o titular do direito. Isto exige garantir a existência de alguma forma de controle efetivo do Estado sobre o titular do direito, e não apenas de um nexo causal entre o Estado e a fonte do dano a essa pessoa. Reduzir a jurisdição a uma mera capacidade de promover dano corre o risco de diluir a especificidade relacional dos direitos humanos e dos seus deveres correlatos e, eventualmente, minar a capacidade do direito internacional dos direitos humanos em proteger (Besson, 2020, p. 7, tradução nossa)⁸³.

As críticas de Besson (2020) são expressivas e colocam as recentes decisões de cunho mais vanguardistas em xeque com uma percepção mais tradicional dos conceitos do DIP, mais precisamente o conceito de *due diligence*. Entretanto, conforme se verá, tais decisões trouxeram um arcabouço argumentativo capaz de desenvolver uma expansão desses conceitos, para que eles sejam aplicáveis à complexidade das situações hodiernas.

4.2 A construção dos critérios da causalidade e da *due diligence* em casos de danos ambientais transfronteiriços

4.2.1 A Opinião Consultiva nº 23/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O direito a um meio ambiente equilibrado não constituía um direito abrangido originalmente pela Convenção Americana como diretamente justiciável. Por isso, a Corte Interamericana nunca havia tratado diretamente a questão ambiental em seus pronunciamentos

82

⁸³ There is no question that States’ obligations of due diligence can and should arise under international law in the kind of extraterritorial circumstances discussed in this Reflection. For those obligations to qualify as human rights obligations of due diligence, however, they need to be grounded in the first place so than can move from protected interests to human rights duties *stricto sensu*. For this to be the case, a relation of jurisdiction between the alleged duty-bearing State and right-holder needs to be established. This requires securing the existence of some form of effective control of the State over the right-holder, and not merely of a causal connection between the State and the source of harm to that person. Reducing jurisdiction to a mere capacity to harm risks diluting the relational specificity of human rights and of their correlative duties, and eventually undermining international human rights law’s capacity to protect.

(Lima, 2022). Nessa linha, a primeira vez que a Corte reconheceu esse direito como justiciável foi na Opinião Consultiva nº 23/17 (OC nº 23/17), pela qual se entendeu que o direito a um meio ambiente equilibrado estaria presente no Artigo 26 da CADH, abarcado pela concepção de “desenvolvimento progressivo”.

Em 2016, a Colômbia apresentou consulta perante a Corte Interamericana sobre as obrigações dos Estados quanto ao meio ambiente, principalmente no que se relaciona ao direito à vida e a integridade pessoal. O contexto da consulta seria a realização de vultuosas obras de infraestrutura na região do Grande Caribe, resultando em uma expressiva degradação ambiental, afetando, assim, as populações ribeiras. A partir disso, o Estado solicitante fez o seguinte questionamento à Corte:

[...] como o Pacto de San José deve ser interpretado quando houver o risco de que a construção e o uso de novas grandes obras de infraestrutura afetem seriamente o ambiente marinho na Região do Grande Caribe e, conseqüentemente, o habitat direitos humanos essenciais para o pleno gozo e exercício de os direitos dos habitantes das costas e/ou ilhas de um Estado Parte do Pacto, à luz das normas ambientais consagradas nos tratados e no direito consuetudinário internacional aplicável entre os respectivos Estados (CtIDH, 2017, p. 4, tradução nossa)⁸⁴.

Partindo disso, a Colômbia fez três perguntas específicas à CtIDH, sendo uma delas acerca do alcance das obrigações estatais em caso de danos ambientais transfronteiriços, isto é, sobre a extraterritorialidade de sua jurisdição:

I - De acordo com o disposto no artigo 1.1 do Pacto de San José, deveria se considerar que uma pessoa, ainda que não se encontre no território de um Estado Parte, está sujeita à jurisdição desse Estado no caso concreto em que, cumulativamente, todas as quatro condições a seguir são atendidas?

1. que a pessoa resida ou esteja em área delimitada e protegida por um regime convencional de proteção do meio ambiente de que o referido Estado seja parte;
2. que este regime convencional prevê uma área de jurisdição funcional, como a prevista na Convenção para a Proteção e Desenvolvimento do Meio Ambiente Marinho na Região do Grande Caribe;
3. que nessa área de jurisdição funcional os Estados Partes têm a obrigação de prevenir, reduzir e controlar a poluição por meio de uma série de obrigações gerais e/ou específicas;
4. que, como consequência de dano ao meio ambiente ou risco de dano ambiental na área protegida pelo acordo em questão, e que seja atribuível a um Estado Parte do acordo e do Pacto de San José, os direitos humanos da pessoa em questão foram violados ou ameaçados? (CtIDH, 2017, p. 5-6, tradução nossa)⁸⁵.

⁸⁴ [...] de qué forma se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe y, en consecuencia, el hábitat humano esencial para el pleno goce y ejercicio de los derechos de los habitantes de las costas y/o islas de un Estado parte del Pacto, a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos.

⁸⁵ I- ¿De acuerdo con lo estipulado en el artículo 1.1 del Pacto de San José, debería considerarse que una persona, aunque no se encuentre en el territorio de un Estado parte, está sujeta a la jurisdicción de dicho Estado en el caso específico en el que, de forma acumulativa, se cumplan las cuatro condiciones que a continuación se enuncian? 1. que la persona resida o se encuentre en una zona delimitada y protegida por un régimen convencional de protección del medio ambiente del que dicho Estado sea parte; 2. que ese régimen convencional prevea un área de jurisdicción

Para responder o Estado consultante, a Corte ampliou o escopo da pergunta para tratar além do que foi questionado. Desse modo, a remodelou, nos seguintes termos:

De acordo com o estipulado no Artigo 1(1) do Pacto de San José, é possível considerar que uma pessoa, ainda que não se encontre no território de um Estado parte, poderia estar sujeita à jurisdição desse Estado no marco do cumprimento de obrigações ambientais? (CtIDH, 2017, p. 18, tradução nossa)⁸⁶.

Ao reformular a consulta, a CtIDH expandiu seu escopo geográfico, garantindo que a Opinião Consultiva se tornasse aplicável a toda a sua jurisdição como Corte, não delimitando, assim, um espaço específico para aplicação de seu entendimento (Albello-Galvis; Arevalo-Ramirez, 2019). Na visão de Lima (2022), a Corte expandiu sua jurisdição para tratar de um direito não originalmente previsto na CADH.

À vista do questionamento reformulado, a Corte iniciou sua análise valendo-se dos Artigos 31 e 32 da Convenção de Viena de 1969 para interpretar o Artigo 1(1) da CADH. Pautou, assim, a necessidade de se considerar o contexto e a boa-fé intrínsecos ao texto, além de ter feito menção aos *travaux préparatoires*. Quanto a esses, a CtIDH ressaltou que a adoção da expressão “sob sua jurisdição” ao invés de “em seu território e sujeito a sua jurisdição”, prevista no *draft* inicial da CADH, indicaria uma tentativa dos redatores de ampliar a margem de proteção disposta pelo tratado, admitindo sua aplicação para além do território estatal (CtIDH, 2017). A Corte assim entendeu:

Portanto, a margem de proteção foi ampliada aos direitos reconhecidos na Convenção Americana, na medida em que as obrigações dos Estados Partes não se restringem ao espaço geográfico correspondente ao seu território, mas abrangem aquelas situações em que, mesmo fora do território de um Estado, uma pessoa está sob sua jurisdição. Por outras palavras, os Estados poderiam não só tornar-se internacionalmente responsáveis pelos atos ou omissões que lhes fossem imputáveis dentro do seu território, mas também pelos atos ou omissões cometidos fora do seu território, mas sob a sua jurisdição (CtIDH, 2017, p. 35, tradução nossa)⁸⁷.

funcional, como por ejemplo el previsto en el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe; 3. que en esa área de jurisdicción funcional los Estados parte tengan la obligación de prevenir, reducir y controlar la polución por medio de una serie de obligaciones generales y/o específicas; y 4. que, como consecuencia de un daño al medio ambiente o de un riesgo de daño ambiental en la zona protegida por el convenio de que se trate, y que sea atribuible a un Estado Parte- del convenio y del Pacto de San José, los derechos humanos de la persona en cuestión hayan sido violados o se encuentren amenazados?

⁸⁶ ¿De acuerdo con lo estipulado en el artículo 1.1 del Pacto de San José, debería considerarse que una persona, aunque no se encuentre en el territorio de un Estado parte, podría estar sujeta a la jurisdicción de dicho Estado en el marco del cumplimiento de obligaciones en materia ambiental?

⁸⁷ Por tanto, se amplió el margen de protección a los derechos reconocidos en la Convención Americana, en la medida en que las obligaciones de los Estados Partes no están restringidas al espacio geográfico correspondiente a su territorio, sino que abarca aquellas situaciones donde, aún fuera del territorio de un Estado, una persona se encuentre abajo su jurisdicción. Em outras palavras, los Estados no solo podrían llegar a ser responsables internacionalmente por actos u omisiones que les fuesen atribuibles dentro de su territorio, sino también por aquellos actos u omisiones cometidos por fuera de su territorio, pero abajo su jurisdicción.

Considerando todo esse arcabouço interpretativo, a Corte assinalou que o sentido do termo “jurisdição” “[...] não está limitado ao conceito de território nacional, abarcando um conceito mais amplo que inclui certas formas de exercício da jurisdição fora do território do Estado em questão” (CtIDH, 2017, p. 34, tradução nossa)⁸⁸. Significa dizer que a Corte reconheceu a extraterritorialidade da CADH, em que pese também ter admitido a sua excepcionalidade e aplicação restritiva (CtIDH, 2017).

Assim, destacando o entendimento adotado pela Corte Europeia, Comitê de Direitos Humanos e Comissão Interamericana, admitiu que a jurisdição extraterritorial somente pode ser reconhecida em situações em que o Estado está em exercício de controle efetivo (CtIDH, 2017). Não obstante, a CtIDH enfatizou que a ideia de “controle” e “autoridade” comumente utilizada nesses órgãos – em casos de exercícios e ocupações militares – não diria respeito à situação abordada pela Opinião Consultiva, isto é, não seriam cabíveis em matéria ambiental (CtIDH, 2017). Sendo assim, acentuou que o exercício de jurisdição extraterritorial deve ser verificado de acordo com cada caso concreto.

Trazer à tona o posicionamento jurisprudencial de outros órgãos era esperado da CtIDH, haja vista as contribuições que essas interpretações trouxeram para a matéria, para mais do fato de que a Opinião Consultiva nº 23/17 seria o primeiro pronunciamento da Corte Interamericana sobre a questão. Ocorre que a Corte sublinhou esses entendimentos com vistas a abrir caminhos para a ampliação da noção de jurisdição extraterritorial. Isso porque, primeiramente, admitiu que existem duas hipóteses de exercício de jurisdição extraterritorial: o controle efetivo espacial e o pessoal. Não obstante, haveria ainda um terceiro critério de controle efetivo:

O termo jurisdição, para efeitos das obrigações de direitos humanos da Convenção Americana, ademais da conduta extraterritorial, também pode abarcar as atividades de um Estado que causem efeitos fora de seu território (CtIDH, 2017, p. 42, tradução nossa)⁸⁹.

Significa dizer que a CtIDH partiu da concepção mais sóbria e tradicional de jurisdição extraterritorial para admitir seu exercício por meio de um terceiro critério, pertinente ao controle efetivo sobre uma atividade. É evidente que essa perspectiva se adequa perfeitamente à situação de danos ambientais transfronteiriços, tendo sido a Corte perspicaz em conceber que danos ambientais não sempre correspondem aos casos em que há um controle efetivo sobre

⁸⁸ [...] no está limitado al concepto de território nacional, sino que abarca um concepto más amplio que incluye ciertas formas de ejercicio de la jurisdicción fuera del territorio del Estado em cuestión.

⁸⁹ El término jurisdicción, a efectos de las obligaciones de derechos humanos de la Convención Americana, además de las conductas extraterritoriales, también puede abarcar las actividades de um Estado que causan efectos fuera de su territorio.

peças ou sobre um território. Eventualmente, seria mitigar a proteção de direitos ambientais, permitindo-se lacunas na aplicação da Convenção Americana.

Ainda, mais interessante é verificar que a Corte baseou o reconhecimento desse terceiro critério fundamentando-o na causalidade:

Para efeitos da Convenção Americana, quando ocorre um dano transfronteiriço que afete direitos convencionais, se entende que as pessoas cujos direitos tenham sido violados se encontram sob a jurisdição do Estado de origem, se existe uma relação de causalidade entre o feito que se originou em seu território e a afetação dos direitos humanos de pessoas fora de seu território (CtIDH, 2017, p. 44, tradução nossa)⁹⁰.

A utilização da causalidade é particularmente notável porque, primeiramente, diz respeito à primeira vez que uma Corte regional de Direitos Humanos reconheceu a causalidade como fundamento para se aferir o exercício de jurisdição extraterritorial (Berkes, 2018). Contudo, é certo que esse entendimento vinha sendo utilizado e reforçado pelos órgãos de monitoramento da ONU, como se nota do Comentário Geral nº 16 do CDC (CDC, 2013) e do Comentário Geral nº 36 do CDH (CDH, 2019), de modo que a Corte se alinhou a essas compreensões, expandindo a percepção de jurisdição extraterritorial (Albello-Galvis; Arevalo-Ramirez, 2019).

Por outro lado, também se faz necessário considerar que a Corte Europeia procurou evitar o emprego da causalidade por entender que resultaria em uma aplicação indiscriminada da extraterritorialidade (Berkes, 2018). Em *Al Skeini*, a CtEDH reconheceu uma “produção de efeitos no exterior”, mas nunca entendeu pelo exercício da jurisdição extraterritorial sendo o nexó causal o único fundamento disponível (Berkes, 2018). Malgrado isso, a CtIDH burlou essa concepção, atrelando a causalidade ao exercício da *due diligence*:

O exercício da jurisdição do Estado de origem em relação aos danos transfronteiriços baseia-se no entendimento de que é o Estado, em cujo território ou sob cuja jurisdição essas atividades são realizadas, que tem controle efetivo sobre elas e está em condições de impedir sejam causados danos transfronteiriços que afetem o gozo dos direitos humanos de indivíduos fora do seu território. As possíveis vítimas das consequências negativas destas atividades estão sob a jurisdição do Estado de origem, para efeito da possível responsabilidade do Estado pelo descumprimento da sua obrigação de prevenir danos transfronteiriços.

[...]

Portanto, é possível concluir que a obrigação de prevenir danos ambientais transfronteiriços é uma obrigação reconfirmada pelo direito ambiental internacional, pela qual os Estados podem ser responsáveis por danos significativos causados a pessoas fora de suas fronteiras por atividades originadas em seu território ou sob sua

⁹⁰ A efectos de la Convención Americana, cuando ocurre un daño transfronterizo que afecte derechos convencionales, se entiende que las personas cuyos derechos han sido vulnerados se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen si existe una relación de causalidad entre el hecho que se originó en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio.

autoridade ou controle eficaz. É importante destacar que esta obrigação independe da natureza legal ou ilícita da conduta que gera o dano, uma vez que os Estados devem reparar de forma rápida, adequada e eficaz as pessoas e os Estados vítimas de danos transfronteiriços resultantes de atividades realizadas em seu território ou sob sua jurisdição, independentemente de a atividade que causou tais danos não ser proibida pelo direito internacional. Ora, em todos os casos, deve existir uma relação causal entre o dano causado e a ação ou omissão do Estado de origem relativamente às atividades no seu território ou sob a sua jurisdição ou controle (CtIDH, 2017, p. 44-45, tradução nossa)⁹¹.

Desta feita, conforme Berkes (2018), se uma empresa operando em um Estado A viola um direito de um indivíduo em um Estado B, o Estado A possui jurisdição sobre o indivíduo. “Isso faz sentido sob a *due diligence*, na medida em que o Estado A não tomou medidas razoáveis para proteger os indivíduos no estrangeiro contra violações dos direitos humanos, isto é, tinha a capacidade de proteger e o conhecimento do risco do ato ilícito” (Berkes, 2018, tradução nossa)⁹².

Nesse sentido, a CtIDH estipulou, em suma, três obrigações progressivas a serem cumpridas pelos Estados, à vista da *due diligence* (Albello-Galvis; Arevalo-Ramirez, 2019). Em primeiro lugar, os Estados deveriam garantir que seu território não seja utilizado de maneira a permitir possível dano ambiental por outro Estado, haja vista a proibição de danos transfronteiriços. Segundo, pautando-se no princípio da prevenção, os Estados devem tomar medidas para prevenir que suas atividades ou aquelas conduzidas em seu território causem danos ambientais, afetando os direitos de pessoas dentro ou fora dele. Por fim, a Corte reconhece a existência de um nexo causal entre um evento ambiental de responsabilidade do Estado e um direito de um indivíduo violado fora do território estatal, ensejando a jurisdição extraterritorial.

⁹¹ El ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado de origen frente a daños transfronterizos se basa en el entendimiento de que es el Estado, en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan estas actividades, quien tiene el control efectivo sobre las mismas y está en posición de impedir que se cause un daño transfronterizo que afecte el disfrute de los derechos humanos de individuos fuera de su territorio. Las posibles víctimas de las consecuencias negativas de esas actividades se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen, a efecto de la posible responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su obligación de prevenir daños transfronterizos. Ahora bien, no cualquier afectación activa esta responsabilidad. [...] Por tanto, es posible concluir que la obligación de prevenir daños ambientales transfronterizos es una obligación reconocida por el derecho internacional ambiental, por el cual los Estados pueden ser responsables por los daños significativos que se ocasionen a las personas fuera de sus fronteras por actividades originadas en su territorio o bajo su autoridad o control efectivo. Es importante destacar que esta obligación no depende del carácter lícito o ilícito de la conducta que genere el daño, pues los Estados deben reparar de forma pronta, adecuada y efectiva a las personas y Estados víctimas de un daño transfronterizo resultante de actividades desarrolladas en su territorio o bajo su jurisdicción, independientemente de que la actividad que causó dicho daño no esté prohibida por el derecho internacional. Ahora bien, en todo supuesto, debe existir una relación de causalidad entre el daño ocasionado y la acción u omisión del Estado de origen frente a actividades en su territorio o bajo su jurisdicción o control.

⁹² That makes sense under due diligence, as far as State A failed to take reasonable steps to protect individuals abroad from human rights violations, i.e. it had the capacity to protect and the knowledge on the risk of the wrongful act.

No que tange a última consideração, é importante perceber que a Corte não coloca a causalidade em si como um critério para reconhecimento da jurisdição extraterritorial. Em realidade, a Corte admite que, para além do critério de controle efetivo sobre território e sobre pessoas, essa autoridade pode ser exercida sobre uma atividade conduzida pelo Estado, sendo reconhecida caso haja um nexos causal entre a atividade e o direito violado do indivíduo que esteja fora do território nacional ou sob sua jurisdição (CtIDH, 2017).

Em que pese as contribuições progressistas da Corte quanto à extraterritorialidade, alguns autores assinalam a existência de pontos problemáticos na OC nº 23/17 que deveriam ser elucidados (Berkes, 2018; Lima, 2022). Por exemplo, Berkes (2018) traz três críticas à Opinião Consultiva, pautando a ausência de limites impostos pela Corte. Primeiramente, a autora pontua que não teria sido esclarecido qual a gravidade da violação de direitos necessária para atrair a jurisdição extraterritorial; para ela, deveria ter sido definido um critério básico para tanto (Berkes, 2018).

A mais, assevera que não fica claro se o entendimento da CtIDH diz respeito apenas aos direitos à vida e à integridade pessoal ou a todos os direitos protegidos pela CADH (Berkes, 2018). Nesse sentido, de fato a Corte parecer ter adotado a segunda alternativa, o que poderia ser um problema diante dos direitos econômicos, sociais e culturais, mormente quanto à aplicação do Artigo 26 da Convenção Americana.

Finalmente, Berkes (2018) ressalta que não restou sublinhada a proximidade necessária para atrair o nexos causal e, por conseguinte, a jurisdição extraterritorial. A autora sugere que apenas se valer da causalidade pode não ser o suficiente:

Referir-se apenas à ‘causalidade’ pode ser uma simplificação excessiva para descrever o vínculo factual muitas vezes complexo entre a omissão do Estado e suas consequências extraterritoriais, especialmente no caso de uma multiplicidade de Estados que contribuem para a violação dos direitos humanos (Berkes, 2018, tradução nossa)⁹³.

As críticas de Berkes (2018) são pertinentes e apropriadas ao contexto da Opinião Consultiva nº 23/17. Todavia, é necessário se atentar ao fato de que as proposições da Corte não foram tão vagas quanto explana a autora. Por exemplo, a respeito da gravidade da violação de direitos, ressaltou a CtIDH a necessidade de se ocorrer um dano “significativo”. Sobre isso, a decisão consignou:

⁹³ Referring merely to “causality” might be an oversimplification to describe the often complex factual link between the State’s omission and its extraterritorial consequences, especially in case of a multiplicity of States contributing to the human rights violation.

Deve ser entendido que “significativo” é mais do que apenas “detectável”, mas não precisa ser “grave” ou “substancial”. O dano deve levar a um efeito prejudicial real em questões como saúde humana, indústria, propriedade, meio ambiente ou agricultura em outros Estados. Tais efeitos prejudiciais devem poder ser medidos por padrões factuais e objetivos.

[...]

Para esta Corte, qualquer dano ao meio ambiente que possa implicar uma violação dos direitos à vida ou à integridade pessoal, de acordo com o conteúdo e alcance desses direitos previamente definidos (pars. 108 a 114 supra), deve ser considerado como danos significativos. A existência de danos significativos nestes termos é algo que deve ser apurado em cada caso concreto, com atenção às suas circunstâncias particulares (CtIDH, 2017, p. 57-58, tradução nossa)⁹⁴.

A mais, a Corte minuciou o que se espera do Estado em cumprimento de seu dever de *due diligence*, no sentido desses serem obrigados a tomarem medidas para que as atividades que ensejam sua jurisdição não causem danos ambientais transfronteiriços (CtIDH, 2017). Segundo a decisão, o dever de *due diligence* deve ser proporcional ao grau do risco do dano ambiental, sendo aplicável independentemente do nível de desenvolvimento do Estado (CtIDH, 2017). Ainda, explicitou a Corte que o dever de prevenção em matéria ambiental, assim como aquele de proteger direitos humanos, não é um dever finalístico em si (CtIDH, 2017).

À vista dessas considerações, a Corte definiu quais os deveres basilares componentes da *due diligence*:

Não é possível fazer uma lista detalhada de todas as medidas que poderiam ser adotadas para cumprir a sua obrigação de prevenção, pois variarão de acordo com o direito em questão e de acordo com as condições específicas de cada Estado Parte. No entanto, podem ser especificadas certas obrigações mínimas que os Estados devem adotar no âmbito da sua obrigação geral de tomar medidas adequadas para prevenir violações dos direitos humanos como consequência de danos ambientais.

Dentre essas obrigações específicas dos Estados estão os deveres de: i) regular; ii) supervisionar e fiscalizar; iii) exigir e aprovar estudos de impacto ambiental; iv) estabelecer plano de contingência; e v) mitigar nos casos de ocorrência de danos ambientais (CtIDH, 2017, p. 59-60, tradução nossa)⁹⁵.

⁹⁴ Se debe entender que “significativo” es algo más que “detectable” pero no es necesario que sea “grave” o “sustancial”. El daño debe conducir a un efecto perjudicial real en asuntos tales como salud humana, industria, propiedad, medio ambiente o agricultura en otros Estados. Tales efectos perjudiciales deben ser susceptibles de ser medidos por estándares fácticos y objetivos. [...] Para esta Corte, cualquier daño al medio ambiente que pueda conllevar una violación de los derechos a la vida o a la integridad personal, conforme al contenido y alcance de dichos derechos que fue definido previamente (supra párrs. 108 a 114), debe ser considerado como un daño significativo. La existencia de un daño significativo en estos términos es algo que deberá determinarse en cada caso concreto, con atención a las circunstancias particulares del mismo.

⁹⁵ No es posible hacer una enumeración detallada de todas las medidas que se podría adoptar a efectos de cumplir con su obligación de prevención, pues varirán según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. No obstante, se pueden precisar ciertas obligaciones mínimas que los Estados deben adoptar dentro de su obligación general de tomar las medidas apropiadas para prevenir violaciones de los derechos humanos como consecuencia de daños ambientales. Entre estas obligaciones específicas de los Estados se encuentran los deberes de: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer un plan de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.

Portanto, percebe-se que a Corte estabeleceu os limites essenciais para se definir qual tipo de violação de direitos e o nível do dano necessários a ensejar a aferição da jurisdição extraterritorial. A mais disso, em vista do que explica Lima (2022), a Opinião Consultiva nº 23/17 atraiu mais do que críticas, ensejando consequências práticas poucos anos depois da sua elaboração.

Em fevereiro de 2020, a CtIDH proferiu o julgamento do caso *Lhaka Honhat v. Argentina (Case of the Indigineous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina)*, aplicando, pela primeira vez, o entendimento exarado na Opinião Consultiva (CtIDH, 2020). Em que pese não haver uma menção direta a matéria extraterritorial, importa salientar que a Opinião Consultiva se mostrou demasiadamente relevante no julgamento do caso por ter permitido a justiciabilidade do direito a um meio ambiente saudável ante o Artigo 26 da CADH. Ademais, aplicou a concepção do dever de prevenção desenhado na OC nº 23/17, condenando o Estado argentino a tomar uma série de medidas para a prevenção de novas atividades danosas (Lima, 2022), além de declará-lo responsável pela violação dos direitos dos aplicantes a um meio ambiente saudável (CtIDH, 2020).

Considerando tudo isso, verifica-se que a Corte Interamericana consolidou uma Opinião Consultiva de alta relevância para a matéria, posicionando-se conforme o entendimento dos Órgãos de monitoramento da ONU no que diz respeito à jurisdição extraterritorial, em que pese não ter se afastado demasiadamente do pensamento tradicional da extraterritorialidade, marcado pela jurisprudência europeia. Nada obstante, essa relevância também faz surgir efeitos quanto ao direito internacional ambiental em si, como se viu no caso *Lhaka Honhat v. Argentina*, para além da compreensão de extraterritorialidade.

4.2.2 O caso *Sacchi and Others v. Argentina and Others* perante o Comitê dos Direitos das Crianças

O Comitê dos Direitos das Crianças apreciou, em 2021, o caso *Sacchi and Others v. Argentina and Others*, cujo objeto de debate era a falha em prevenir e mitigar as consequências da mudança climática pelos Estados demandados. Assim, os aplicantes argumentaram que seus direitos haviam sido violados, mormente quanto aos Artigos 6 (direito à vida), 24 (direito à saúde) e 30 (direito à cultura), os quais deveriam ser lidos à luz do Artigo 3 (princípio do melhor interesse da criança), todos da Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989). A alegação dos aplicantes seria de que:

[...] ao causar e perpetuar as alterações climáticas, o Estado Parte não tomou as medidas preventivas e cautelares necessárias para respeitar, proteger e cumprir os direitos dos autores à vida, à saúde e à cultura. Afirmam que a crise climática não é uma ameaça futura abstrata. O aumento de 1,1°C na temperatura média global está atualmente a causar ondas de calor devastadoras, incêndios florestais, padrões climáticos extremos, inundações e subida do nível do mar, e a promover a propagação de doenças infecciosas, violando os direitos humanos de milhões de pessoas em todo o mundo. Dado que as crianças estão entre os mais vulneráveis, fisiológica e mentalmente, a estes impactos que ameaçam a vida, suportarão um fardo muito mais pesado e durante muito mais tempo do que os adultos (CDC, 2021, p. 2, tradução nossa)⁹⁶.

Ao iniciar sua análise, o CDC indicou que a extraterritorialidade da jurisdição dos Estados deve ser interpretada restritivamente, na linha do entendimento dos demais órgãos e Cortes de Direitos Humanos (CDC, 2021). Assim, em que pese ressaltar a jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos e da Corte Europeia, evidenciou que tal construção não seria aplicável ao caso apreciado, uma vez que a pretensão seria uma novidade no que diz respeito à jurisdição extraterritorial em caso de danos transfronteiriços em razão da mudança climática (CDC, 2021).

À vista disso, o CDC fez menção à Opinião Consultiva nº 23/17, inspirando-se nos fundamentos da Corte Interamericana para a sua decisão (CDC, 2021). Assim, asseverou a adequação da OC nº 23/17 ao caso, reconhecendo o exercício de jurisdição extraterritorial pelos Estados (CDC, 2021). Na esteira da Opinião Consultiva, para além de pautar a necessidade da causalidade atrelada à *due diligence*, o Comitê destacou mais um elemento, qual seja a previsibilidade do dano (*foreseeability*):

O Comitê considera que, embora os elementos necessários para estabelecer a responsabilidade do Estado sejam uma questão de mérito, os alegados danos sofridos pelas vítimas devem ter sido razoavelmente previsíveis para o Estado Parte no momento das suas ações ou omissões, mesmo para o propósito de estabelecer jurisdição. [...] À luz das evidências científicas existentes que mostram o impacto do efeito cumulativo das emissões de carbono no gozo dos direitos humanos, incluindo os direitos previstos na Convenção, o Comitê considera que o dano potencial dos atos ou omissões do Estado parte em relação às emissões de carbono originadas no seu território eram razoavelmente previsíveis para o Estado Parte (CDC, 2021, p. 11-12, tradução nossa)⁹⁷.

⁹⁶ [...] by causing and perpetuating climate change, the State party has failed to take the necessary preventive and precautionary measures to respect, protect and fulfil the authors' rights to life, health and culture. They claim that the climate crisis is not an abstract future threat. The 1.1°C rise in global average temperature is currently causing devastating heatwaves, forest fires, extreme weather patterns, floods and sea level rise, and fostering the spread of infectious diseases, infringing on the human rights of millions of people globally. Given that children are among the most vulnerable, physiologically and mentally, to these life-threatening impacts, they will bear a far heavier burden and for far longer than adults.

⁹⁷ The Committee considers that, while the required elements to establish the responsibility of the State are a matter of merits, the alleged harm suffered by the victims need to have been reasonably foreseeable to the State party at the time of its actions or omissions even for the purpose of establishing jurisdiction. [...] In the light of existing scientific evidence showing the impact of the cumulative effect of carbon emissions on the enjoyment of human rights, including rights under the Convention, the Committee considers that the potential harm of the State party's

A respeito da previsibilidade, o CDC argumentou que é incontestável que os Estados estavam cientes dos efeitos que as emissões de carbono podem causar ao meio ambiente, inclusive por serem signatários da Convenção das Nações Unidas sobre Mudança Climática (1992) e do Acordo de Paris (2016). A decisão consignou que o dano potencial advindo das emissões de carbono seria “razoavelmente previsíveis”, “à luz das provas científicas existentes que mostram o impacto do efeito cumulativo das emissões de carbono no gozo dos direitos humanos, incluindo os direitos ao abrigo da Convenção [dos Direitos das Crianças] [...]” (CDC, 2021, p. 11-12, tradução nossa)⁹⁸.

Sendo assim, o Comitê aplicou a interpretação da Corte Interamericana referente ao reconhecimento de um terceiro critério de controle efetivo, qual seja o sobre a atividade danosa, admitindo a extraterritorialidade da CoDC:

Isto implica que, quando ocorrem danos transfronteiriços, as crianças estão sob a jurisdição do Estado em cujo território as emissões foram originadas para efeitos do artigo 5 (1) do Protocolo Opcional, se existir um nexo de causalidade entre os atos ou omissões do Estado em questão e o impacto negativo nos direitos das crianças localizadas fora do seu território, quando o Estado de origem exerce um controle efetivo sobre as fontes das emissões em questão. [...] O Comitê considera que, dada a sua capacidade de regular as atividades que são a fonte dessas emissões e de fazer cumprir tais regulamentações, o Estado parte tem controle efetivo sobre as emissões (CDC, 2021, p. 11, tradução nossa)⁹⁹.

Ao concluir que os Estados demandados exerciam controle efetivo sobre as emissões de carbono, atraindo a jurisdição extraterritorial, o CDC observou que nem todo impacto negativo ao meio ambiente atribui responsabilidade aos Estados. Isso porque, na esteira do que entendeu a CtIDH, o dano deve ser “significativo”, o que concerne um impacto detectável, mas que não necessariamente é substancial (CDC, 2021).

Apesar de conceber novos elementos à aferição da jurisdição extraterritorial em matéria ambiental, a decisão de *Sacchi* não foi considerada inovadora (Suedi, 2022). Para além de não haver novidades na interpretação do CDC, Suedi (2022) considera que essa não poderia ser outra, à vista de três considerações: o propósito e objeto da CoDC; a inclinação em reconhecer

acts or omissions regarding the carbon emissions originating in its territory was reasonable foreseeable to the State party.

⁹⁸ In light of existing scientific evidence showing the impact of cumulative effect of carbon emissions on the enjoyment of human rights, including rights under the Convention [...].

⁹⁹ This implies that when transboundary harm occurs, children are under the jurisdiction of the State on whose territory the emissions originated for the purposes of article 5 (1) of the Optional Protocol if there is a causal link between the acts or omissions of the State in question and the negative impact on the rights of children located outside its territory, when the State of origin exercises effective control over the sources of the emissions in question. [...] The Committee considers that, given its ability to regulate activities that are the source of these emissions and to enforce such regulations, the State party has effective control over the emissions.

a extraterritorialidade por parte dos órgãos de monitoramento da ONU; e a existência de indicações prévias desses órgãos de que as obrigações atinentes à mudança climática são extraterritoriais.

Conforme explica Suedi (2022), primeiramente, a existência de uma cláusula de jurisdição na CoDC – Artigo 2(1) –, por si só, já faz ser implícito a compreensão de que a Convenção não foi projetada para ter um limite territorial, ao ser interpretada sob o prisma do seu propósito e objeto. No que tange a esses, a autora observa que o próprio preâmbulo da CoDC evidencia a universalidade dos direitos ali dispostos (Suedi, 2022). Ademais, o próprio CDC já havia reconhecido a extraterritorialidade da Convenção, por exemplo, quanto às obrigações de assegurar os direitos das crianças em territórios palestinos ocupados (CDC, 2002).

Outrossim, há algum tempo os órgãos de monitoramento da ONU têm proposto a expansão da ideia de jurisdição, inclusive admitindo outros critérios que não o controle efetivo (Besson, 2020). Desse modo, na visão de Besson (2020, p. 2):

Essas novas interpretações expandem o âmbito extraterritorial dos direitos humanos internacionais para casos em que o Estado que tem o dever não exerce nenhum controle efetivo sobre o titular do direito, mas apenas tem controle sobre uma causa potencial de dano a essa pessoa (tradução nossa)¹⁰⁰.

Finalmente, Suedi (2022) argumenta que a decisão *Sacchi* já era presumida porque os órgãos de monitoramento da ONU possuem entendimento firmado de que as obrigações concernentes à mudança climática são extraterritoriais. A essa vista, em 2019, foi assinada por a Declaração Conjunta sobre Direitos Humanos e Mudança Climática por cinco órgãos, incluindo o CDC. A Declaração dispôs:

[...] os Estados Partes têm obrigações, incluindo obrigações extraterritoriais, de respeitar, proteger e cumprir todos os direitos humanos de todos os povos. A não adoção de medidas para prevenir danos previsíveis aos direitos humanos causados pelas alterações climáticas, ou para regulamentar atividades que contribuem para tais danos, pode constituir uma violação das obrigações dos Estados em matéria de direitos humanos (CDH, 2019, *s. p.* tradução nossa)¹⁰¹.

As considerações trazidas por Suedi (2022) são verossímeis e pertinentes à decisão do CDC. Todavia, é necessário levar em conta a força normativa característica de uma decisão apropriada à matéria, para além de meros indícios de um entendimento do Comitê. Nessa linha,

¹⁰⁰ Those new interpretations expand the extraterritorial scope of international human rights to cases where the duty-bearing State exercises no effective control over the right-holder, but only has control over a potential cause of harm to that person.

¹⁰¹ [...] State parties have obligations, including extra-territorial obligations, to respect, protect and fulfil all human rights of all peoples. Failure to take measures to prevent foreseeable human rights harm caused by climate change, or to regulate activities contributing to such harm, could constitute a violation of States' human rights obligations.

não seria prudente afastar a relevância do caso *Sacchi* para o desenvolvimento da concepção de extraterritorialidade, principalmente no que tange às obrigações estatais relativas à mudança climática.

5 DESENVOLVIMENTOS RECENTES DO TEMA DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL E SEUS CRITÉRIOS

5.1 Nacionalidade e capacidade perante o Comitê dos Direitos das Crianças e a Corte Europeia de Direitos Humanos

Recentes casos tratando a obrigação de Estados em repatriar indivíduos vivendo em campos de refugiados na Síria tornaram-se emblemáticos por terem sido discutidos tanto perante o Comitê dos Direitos da Criança quanto perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. O resultado jurisprudencial foi uma demonstração muito clara dos diferentes posicionamentos desses órgãos no tratamento da jurisdição extraterritorial.

Foram levadas duas comunicações ao CDC sobre crianças que foram retiradas da França, ou já nasceram no exterior, por mães francesas, para se juntarem ao *Islamic State in Iraq and Levant* (ISIL) (CDC, 2020). Essas crianças, juntamente com suas mães, fugiram do ISIL posteriormente, refugiando-se nos campos na região de Rojava, na Síria. Nas comunicações, relata-se condições extremamente precárias vividas por esses indivíduos, estando em uma área de combate, expostos ao risco de morte (CDC, 2020). Os aplicantes arguíram que a CoDC estaria sendo violada, essencialmente quanto à obrigação positiva de tomar todas as medidas para garantir os direitos convencionados (Artigo 2); observância do melhor interesse da criança (Artigo 3); direito à vida e ao desenvolvimento (Artigo 6); direito a proteção especial na ausência de um contexto familiar (Artigo 20); direito à saúde (Artigo 24); e, por fim, direito de não ser submetido a tratamentos cruéis e desumanos ou privação ilegal de liberdade (Artigo 37).

Partindo disso, de início, o Comitê definiu que a Convenção se aplica sobre aqueles que estejam sob a jurisdição do Estado, mas que essa não possui um limite territorial; logo, “um Estado também pode ter jurisdição em relação a atos praticados ou que produzam efeitos fora das suas fronteiras nacionais” (CDC, 2020, p. 13, tradução nossa)¹⁰². À luz dessa ponderação, o Comitê entendeu que a França teria exercido jurisdição sobre as crianças vivendo nos campos de refugiados na Síria.

A despeito disso, é de se observar que o CDC não aplicou os critérios tradicionais de reconhecimento da jurisdição extraterritorial, qual seja o controle efetivo territorial e pessoal. Em realidade, o Comitê notou que o controle efetivo sobre os campos estava sendo exercido

¹⁰² A State may also have jurisdiction in respect of acts that are performed, or that produce effects, outside its national borders.

por um ator não-estatal, o qual, inclusive, esclareceu que esperava que os países de nacionalidade dos indivíduos os repatriassem (CDC, 2020).

Em que pese não aplicar os critérios de controle efetivo, o Comitê ainda sim entendeu pelo exercício de jurisdição francesa, seguindo o posicionamento dos demais órgãos de monitoramento da ONU (Ollino, 2021), e o fez a partir de uma tríade de “considerações relevantes”. Todavia, para Raible (2021) essas considerações não poderiam ser consideradas relevantes antes de se estabelecer um teste jurisdicional aplicável, uma vez que “dizer que uma consideração factual é relevante pressupõe um conceito normativo de jurisdição que torne esse fato específico relevante” (p. 11, tradução nossa)¹⁰³. É dizer, então, que o CDC optou por não seguir a linha de entendimento tradicional de aplicação dos critérios de controle efetivo, utilizando de questões factuais para o reconhecimento da jurisdição francesa (Duffy, 2021).

A primeira consideração adotada pelo CDC foi que a França tinha conhecimento acerca da situação deplorável das crianças, sendo que, na visão de Raible (2021), essa seria uma contextualização factual das condições vividas pelas crianças, e não uma consideração em si. Logo, teria sido uma motivação para se entender pelo exercício de jurisdição da França como o Estado de nacionalidade em questão (Raible, 2021). A respeito, o CDC constatou que o Estado francês tinha sido suficientemente informado acerca das condições vividas pelas crianças:

[...] é incontestado que o Estado Parte foi informado pelos autores da situação de extrema vulnerabilidade das crianças, que estavam detidas em campos de refugiados numa zona de conflito. As condições de detenção foram relatadas internacionalmente como deploráveis e foram levadas ao conhecimento das autoridades do Estado Parte através de várias queixas apresentadas pelos autores a nível nacional (CDC, 2020, p. 13, tradução nossa)¹⁰⁴.

Adiante, a segunda consideração seria o vínculo de nacionalidade entre as crianças e a França. Inicialmente, é pertinente observar que a nacionalidade não foi colocada como um elemento suficiente a ensejar jurisdição, tendo sido cumulada com outras condições, em que pese ter sido essencial para se definir que a França tinha obrigações extraterritoriais no caso (Raible, 2021). No entanto, ainda que o resultado prático da decisão do Comitê tenha sido satisfatório, isto é, que o Estado francês tinha obrigações quanto às crianças, houve críticas

¹⁰³ Saying that a factual consideration is relevant presupposes a normative concept of jurisdiction that make this particular fact relevant.

¹⁰⁴ [...] is uncontested that the State party was informed by the authors of the situation of extreme vulnerability of the children, who were detained in refugee camps in a conflict zone. Detention conditions have been internationally reported as deplorable and have been brought to the attention of the State party's authorities through various complaints filed by the authors at the national level.

sobre fundamentar a aferição de jurisdição no vínculo de nacionalidade sob o risco da arbitrariedade.

Nessa linha, ao passo do que nota Milanovic (2020), mesmo que a nacionalidade tenha sido apenas uma das condições para se definir a jurisdição, é certo que a França não estaria obrigada a proteger as crianças se elas não tivessem esse vínculo em específico. Para o autor, isso pode ser problemático por quatro razões. A primeira seria que a nacionalidade é definida no momento do nascimento do indivíduo, sendo uma “[...] base normativa deficiente para direitos não políticos” (Milanovic, 2020, tradução nossa)¹⁰⁵. Em segundo lugar, a ideia de que o país de nacionalidade seria único para proteger os direitos envolvidos seria infundada, uma vez que qualquer país poderia proceder à repatriação, assim como a França poderia acolher qualquer outra criança vivendo nos campos (Milanovic, 2020). Ademais, a nacionalidade estaria sendo utilizada como elemento para compartilhar os encargos de garantia e proteção das crianças, quando na verdade a situação demanda ações coletivas para ser solucionada (Milanovic, 2020). Finalmente, Milanovic (2020) assinala que as formas de aquisição e perda da nacionalidade muda de acordo com o Estado.

Todos esses levantamentos remontam a ideia de uma certa fragilidade do vínculo de nacionalidade para o ensejo da jurisdição extraterritorial. De acordo com Raible (2021), adotá-la como condição para a jurisdição, nesses termos, diz respeito à adoção de um critério arbitrário, em detrimento do emprego de critérios baseados do DIDH. Tanto para Raible (2021) quanto para Milanovic (2020) não se demonstra vantajoso utilizar dessa fundamentação, ainda que se considere todo o contexto do caso.

Por fim, a última consideração relevante utilizada pelo Comitê foi de que a França, como Estado de nacionalidade das crianças, possuía *capacidade* e *poder* para garantir os seus direitos, mormente para repatriá-las ou proceder a outra solução consular (CDC, 2020):

Nas circunstâncias do presente caso, o Comitê observa que o Estado Parte, como o Estado da nacionalidade das crianças, tem a capacidade e o poder para proteger os direitos das crianças em questão, tomando medidas para repatriá-las ou fornecendo outras respostas consulares (CDC, 2020, p. 14, tradução nossa)¹⁰⁶.

Para Milanovic (2020), o Comitê fundou sua decisão em um critério funcional de jurisdição, reconhecendo que a França tinha o dever de proteger as crianças por ter a habilidade para tanto, uma vez que para além de ser o país de nacionalidade delas, as autoridades curdas,

¹⁰⁵ [...] poor normative foundation for non-political rights.

¹⁰⁶ In the circumstances of the present case, the Committee observes that the State party, as the State of the children’s nationality, has the capability and the power to protect the rights of the children in question by taking action to repatriate them or provide other consular responses.

responsáveis pelos campos de refugiados, se demonstraram abertas à cooperação. Por sua vez, Raible (2021) explica que a capacidade, quando utilizada corretamente, expandiria as obrigações de proteger e garantir Direitos Humanos a Estados mais desenvolvidos, o que significaria, bem como, que esses teriam obrigações positivas quanto aos indivíduos fora do território nacional.

A mais, observa Raible (2021) que entendimentos mais amplos acerca da jurisdição extraterritorial comumente estão atrelados à *due diligence*. Todavia, apesar desse caso representar uma ampliação da interpretação da jurisdição extraterritorial típico dos órgãos de monitoramento da ONU, não há menção a essa concepção. Como visto, a *due diligence* pressupõe uma capacidade do Estado de intervir para cumprir com a obrigação de Direitos Humanos; porém, nesse caso, a capacidade não foi utilizada nessa acepção, tratando-se um elemento essencial à tríade sistematizada pelo Comitê. Deveras, o CDC se aproxima de admitir a capacidade como um elemento suficiente para a aferição da jurisdição extraterritorial, o que pode ser problemático, pois basear-se somente na capacidade como critério para jurisdição “[...] vira de cabeça para baixo o princípio de ‘dever implica poder’ – que adverte contra atribuir a alguém deveres que não pode cumprir – e, em vez disso, pede-nos que aceitemos que ‘poder implica dever’” (Raible, 2021, p. 18-19, tradução nossa)¹⁰⁷.

Sem embargo do posicionamento adotado pelo Comitê, de sua vez, a Corte Europeia estabeleceu que a França não teria exercido jurisdição sobre indivíduos no caso *H. F. and Others v. France* (2022). Os aplicantes, incluindo as crianças e suas mães, recorreram à CtEDH sob o argumento de que diversos artigos da CEDH e de seu Protocolo nº 4 estariam sendo violados pela recusa de repatriamento por parte da França (CtEDH, 2022a). Todavia, ao contrário do CDC, a Corte Europeia manteve sua natureza mais restritiva sobre a matéria, entendendo pela ausência de jurisdição francesa no caso.

Partindo de sua convicção costumeira – excepcionalidade da extraterritorialidade e análise da jurisdição sob o prisma internacionalista –, a Corte analisou o caso à luz de três testes possíveis para o reconhecimento do exercício de jurisdição. Logo, ponderou se haveria controle efetivo territorial ou pessoal; se a interposição de procedimento judicial doméstico ensejaria a jurisdição; e se o vínculo de nacionalidade entre os aplicantes e o Estado seria o suficiente para esse reconhecimento (CtEDH, 2022a).

Para começar, a Corte entendeu que não haveria exercício de controle efetivo francês sobre o território ou sobre os indivíduos em questão, uma vez que a sua presença militar na

¹⁰⁷ [...] turns on its head the principle of ‘ought implies can’ – which warns against placing in someone duties they cannot fulfill – and instead asks us to accept that ‘can implies ought’.

região dos campos seria irrisória, assim como não haveria subordinação da administração local (CtEDH, 2022a). A decisão assinalou:

A Corte começaria por observar que a presença militar francesa no seio da coligação internacional é mínima [...] e não está estabelecido pelos documentos dos autos que soldados franceses estejam a conduzir operações nos campos de al-Hol ou Roj. Também não há qualquer indicação no processo de que a administração local, e em particular as SDF que controlam os campos, esteja subordinada às autoridades francesas por beneficiar de qualquer apoio militar francês decisivo ou outro apoio que possa implicar o exercício pela França de jurisdição extraterritorial sobre a região. Em segundo lugar, a Corte observa que, embora L., M. e os seus filhos estejam sob o controlo das FDS, até prova em contrário, o Estado francês, cuja embaixada na Síria está fechada desde 2012, não tomou qualquer ação em relação a eles através de agentes e pessoal militar presente em território sírio e, portanto, não exerce qualquer 'controle' sobre eles [...] (CtEDH, 2022a, p. 62-63, tradução nossa)¹⁰⁸.

Ademais, a partir da alegação dos aplicantes da existência de um nexu jurisdicional por ter havido um procedimento judicial doméstico, nos termos do que foi decidido em *M. N. and Others v. Belgium*, a Corte analisou se esse procedimento doméstico seria suficiente para ensejar a jurisdição francesa. Em suma, a CtEDH decidiu que essas questões procedimentais não atrairia a jurisdição extraterritorial, à vista de que as aplicantes foram processadas por atos de terrorismo na França, o que não estaria relacionado aos fatos do caso apreciado (CtEDH, 2022a).

Concluindo os três testes propostos, a Corte passou, então, pela primeira vez em sua jurisprudência, à análise do ensejo da jurisdição extraterritorial pelo vínculo de nacionalidade entre os aplicantes e o Estado. Partindo da constatação de ausência de controle efetivo pela França sobre o território sírio ou sobre os indivíduos, a CtEDH prontamente rejeitou o argumento dos aplicantes de que o vínculo da nacionalidade entre as partes seria suficiente para atrair a jurisdição (CtEDH, 2022a). Da mesma maneira, não acatou as alegações de que o Estado tinha capacidade para repatriar os indivíduos, entendendo que essa também não seria um elemento razoável para os fins pretendidos (CtEDH, 2022a). Além disso, a Corte ressaltou a inexistência de normas domésticas ou internacionais que garantem a repatriação, além da inaplicabilidade da CEDH, uma vez que não garante o direito a proteção diplomática ou consular (CtEDH, 2022a).

¹⁰⁸ The Court would begin by noting that the French military presence within the international coalition is minimal [...] and it is not established by the documents in the file that French soldiers are conducting operations in the camps of al-Hol or Roj. Nor is there any indication in the file that the local administration, and in particular the SDF which control the camps, is subordinate to the French authorities on account of benefiting from any decisive French military or other support that might entail the exercise by France of extraterritorial jurisdiction over the region. Secondly, the Court notes that whilst L.M. and their children are under the control of the SDF, until proven otherwise, the French State, whose embassy in Syria has been close since 2012, has not taken any action concerning them through agents and military personnel present on Syrian territory, and is therefore not exercising any 'control' over them [...].

A Corte concluiu, assim, que não seria possível validar o argumento de que “[...] a mera decisão das autoridades francesas de não repatriarem os seus familiares tem por efeito colocá-los sob o âmbito da sua jurisdição no que diz respeito aos maus-tratos a que são submetidos nos campos sírios sob controle curdo” (CtEDH, 2022a, p. 65-66, tradução nossa)¹⁰⁹. Com todo esse raciocínio, a CtEDH prolatou mais uma decisão reafirmando a aplicação dos critérios de controle efetivo espacial e pessoal, ficando demonstrado que eles não cobrem todas as situações possíveis de exercício de jurisdição extraterritorial (Pijnenburg, 2022). A mais, rejeitou de forma clara a aplicação do critério funcional, de maneira que “[...] embora a CtEDH pareça ir gradualmente além de um mero foco nos critérios pessoais e espaciais de jurisdição, continua relutante em adotar uma abordagem funcional” (Pijnenburg, 2022, tradução nossa)¹¹⁰.

5.2 Extraterritorialidade em tempos de guerra: o caso *Ukraine and The Netherlands v. Russia*

A Corte Europeia, há muito, tem lidado com casos pertinentes a conflitos militares, como visto. Mais recentemente, foi apreciado o caso *Georgia v. Russia* (2021), no qual a Corte definiu que a Rússia havia violado direitos humanos após o conflito, mas se recusou a analisar as violações ocorridas durante o contexto de “hostilidade ativas” do conflito por não ter havido exercício de jurisdição (CtEDH, 2021b).

Já em 2023, a Corte teve uma nova oportunidade de analisar um caso sob essa tese. A decisão de admissibilidade do caso *Ukraine and The Netherlands v. Russia* (2022) era altamente esperada após o que se estabeleceu em *Georgia v. Russia*. Apesar do precedente de inadmissibilidade, *Ukraine and The Netherlands v. Russia* foi admitido pela Corte, por uma decisão considerada, em muitos aspectos, positiva (Milanovic, 2023a). Dentre esses aspectos, destaca-se o que foi delimitado em matéria de jurisdição extraterritorial e, a mais, sobre sua relação com a concepção de atribuição de responsabilidade.

O caso diz respeito a três comunicações relativas ao conflito entre Rússia e Ucrânia. As duas primeiras foram movidas pela Ucrânia, sob alegações de violações de direitos humanos e sequestro de crianças (CtEDH, 2022b). A segunda comunicação foi levada à Corte pelos Países Baixos para tratar do abatimento da aeronave MH17 no território da Ucrânia (CtEDH, 2022b).

¹⁰⁹ [...] the mere decision of the French authorities not to repatriate their family members has the effect of bringing them within the scope of France’s jurisdiction as regards the ill-treatment to which they are subjected in Syrian camps under Kurdish control.

¹¹⁰ [...] while the ECtHR seems to gradually move beyond a mere focus on the personal and spatial models of jurisdiction, it remains reluctant to embrace a functional approach.

Conforme explica Milanovic (2023a), tendo sido ainda mais agravada pela expulsão da Rússia do Conselho da Europa, a complexidade desse caso perpassa uma série de questões sobre obrigações de direitos humanos no contexto de conflitos e, mais precisamente, sobre a jurisdição dos Estados nessas situações.

Nesse sentido, a Corte se posicionou mais uma vez acerca da sua interpretação da jurisdição extraterritorial e seus critérios, fazendo-o de maneira a considerar sua distinção com relação à atribuição de responsabilidade. Sendo assim, a CtEDH inicia seu raciocínio abordando os critérios de controle efetivo espacial e territorial, o que é feito de forma precisa (Milanovic, 2023a). No entanto, ao continuar, a Corte explicita que para se verificar a existência de jurisdição sob a CEDH é necessário que o Estado tenha exercido os dois tipos de controle:

Mesmo nos casos em que se estabeleça que as alegadas violações ocorreram numa área sob o controle efetivo do Estado requerido (e, portanto, dentro da sua jurisdição *ratione loci*), este último só será responsável pelas violações da Convenção se também tiver jurisdição *ratione personae*. Isto significa que os atos ou omissões impugnados devem ter sido cometidos por autoridades estatais ou ser de outra forma atribuíveis ao Estado requerido (CtEDH, 2022b, p. 112, tradução nossa)¹¹¹.

Para Milanovic (2023a) trata-se, de modo simples, de um erro. Esse erro, inclusive, alcança o ponto em que a Corte equaciona a jurisdição com a atribuição de responsabilidade. Sem embargo, a Corte continua sobre essa relação:

Assim, embora o teste para estabelecer a existência de jurisdição nos termos do Artigo 1 da Convenção não seja o mesmo que o teste para estabelecer a responsabilidade de um Estado por um ato internacionalmente ilícito ao abrigo do Direito Internacional, agora codificado no ARSIWA [...], pode haver algumas áreas que se sobrepõem na medida em que a Corte é convidada a examinar se quaisquer atos dos perpetradores devem ser atribuídos ao Estado no contexto da sua análise de jurisdição. Ao determinar se um indivíduo ou entidade pode ser considerado um agente do Estado, as regras estabelecidas na ARSIWA, tal como aplicadas pelos tribunais internacionais, são claramente relevantes e a jurisprudência da Corte mostra que são levadas em conta [...] (CtEDH, 2022b, p. 113, tradução nossa)¹¹².

A respeito, Milanovic (2023a) relembra que a jurisdição é um critério de aplicação do tratado, enquanto a atribuição de responsabilização diz respeito a atribuir ao Estado a ação ou

¹¹¹ Even in the cases where it is established that the alleged violations occurred in an area under the respondent State's effective control (and thus within its *ratione loci* jurisdiction), the latter will only be responsible for breaches of the Convention if it also has *ratione personae* jurisdiction. This means that the impugned acts or omissions must have been committed by State authorities or be otherwise attributable to the respondent State.

¹¹² Thus while the test for establishing the existence of jurisdiction under Article 1 of the Convention is not the same as the test for establishing a State's responsibility for an internationally wrongful act under international law, now codified in ARSIWA [...], there may be some areas that overlap in so far as the Court is invited to examine whether any acts of the perpetrators are to be attributed to the State in the context of its jurisdiction assessment. In determining whether an individual or entity may be considered a State agent, the rules set out in ARSIWA as applied by international courts and tribunal are clearly relevant and the Court's case-law show that they are taken into account.

omissão de um agente individual. Sendo assim, o que a Corte definiu está correto, uma vez que a conduta constitutiva da jurisdição pode ou não ser aquela da violação, de maneira que “o Estado deve exercer jurisdição através de seus próprios órgãos ou agentes [...], e para determinar se certos indivíduos o são, a Corte precisa aplicar os padrões de atribuição da lei de responsabilidade estatal [...]” (Milanovic, 2023a, tradução nossa)¹¹³.

A Corte segue na decisão tratando diferentes situações que têm o condão de ensejar a jurisdição extraterritorial de um Estado, chegando a se basear no caso *Georgia v. Russia*. Nesse ponto da sua fundamentação, a Corte reafirma o que foi decidido em *Georgia v. Russia*, mas conclui que esse julgamento não pode “[...] ser visto como autoridade para excluir inteiramente da jurisdição do Artigo 1 de um Estado uma fase temporal específica de um conflito armado internacional” (CtEDH, 2022b, p. 116, tradução nossa)¹¹⁴. Contradiz, assim, o que decidiu em *Georgia v. Russia*, pelo qual se utilizou a teoria do “contexto do caos” exatamente para se excluir uma fase temporal específica do conflito (Milanovic, 2023a).

Ainda tratando o aspecto da jurisdição de forma geral, a Corte articula os tradicionais critérios de controle efetivo. Nesse ponto, é notável que a Corte, literalmente, anula o entendimento firmado em *Bankovic* acerca da (in)divisibilidade dos direitos da CEDH:

Em todos os casos de autoridade e controle do agente estatal, qualquer jurisdição estabelecida é pessoal sobre a vítima. A extensão das obrigações do Estado nos termos do Artigo 1 da Convenção consiste em garantir a esse indivíduo os direitos e liberdades da Convenção que sejam relevantes para a sua situação. Neste sentido, portanto, os direitos da Convenção podem ser divididos e adaptados [...]; a rejeição dessa proposição no caso *Bankovic and Others* [...] não é mais, portanto, uma declaração precisa da abordagem da Corte nos termos do Artigo 1 da Convenção (CtEDH, 2022b, p. 119, tradução nossa)¹¹⁵.

Por outro lado, se a Corte finalmente pareceu superar a decisão de *Bankovic*, certo que ela criou uma nova linha de precedente, anulando o que foi entendido em *Al-Skeini*. Milanovic (2023b) vê esse movimento como a parte “feia” da decisão. Em resumo, a Corte revivesceu a teoria do *espace juridique* delimitada em *Bankovic*, a qual, como visto, havia sido rediscutido em *Al-Skeini* (CtEDH, 2022b). Assim, em *Ukraine and The Netherlands v. Russia*, assinalou

¹¹³ The State must exercise jurisdiction through its own organs or agents [...], and to established whether certain individuals are such the Court need to apply the attribution standards of the law of state responsibility.

¹¹⁴ [...] be seen as authority for excluding entirely from a State’s Article 1 jurisdiction a specific temporal phase of an international armed conflict.

¹¹⁵ In all cases of State agent authority and control, any jurisdiction established is a personal one over the victim. The extent of the State’s obligations under Article 1 of the Convention is to secure to that individual the Convention rights and freedoms that are relevant to his or her situation. In this sense, therefore, the Convention rights can be divided and tailored [...]; the rejection of that proposition in *Bankovic and Others* [...] is, therefore, no longer an accurate statement of the Court’s approach under Article 1 of the Convention.

que nunca teria havido uma decisão em que se admitia o controle efetivo territorial fora do espaço legal europeu:

A Corte concluiu, portanto, que existia jurisdição extraterritorial *ratione loci* em vários desses casos relativos a território dentro do espaço legal da Convenção [...]. Até a presente data, a Corte nunca concluiu que existisse jurisdição extraterritorial devido à jurisdição *ratione loci* sobre uma área fora do território soberano dos Estados membros do Conselho da Europa (CtEDH, 2022b, p. 117-118, tradução nossa)¹¹⁶.

Ocorre que nunca houve casos em que se decidiu pelo controle território fora do espaço legal europeu em razão de que nunca houveram casos litigados nesse sentido perante à Corte. Nessa linha, torna-se problemático pensar que a Corte poderá utilizar desse precedente em futuros casos, eis que, conforme já abordado, a adstrição da jurisdição ao *espace juridique* europeu significa uma verdadeira e perigosa lacuna de proteção aos direitos humanos. Para Milanovic (2023b), “é perigoso derivar desta jurisprudência um princípio que diz essencialmente que os Estados Partes da CEDH têm obrigações mais elevadas na Europa do que em qualquer outro lugar” (tradução nossa)¹¹⁷.

Considerando todos esses pormenores, a Corte avança na análise da jurisdição extraterritorial exercida pela Rússia no território ucraniano, pautando diferentes fatores de influência e controle potencialmente exercidos. Em conclusão, a Corte reconheceu que a Rússia estava efetivamente controlando regiões ucranianas que eram administradas por grupos separatistas (CtEDH, 2022b). Desta feita, restaram caracterizados os elementos necessários para se estabelecer um controle efetivo territorial e, a mais, a Corte deixou em aberto a possibilidade de se reconhecer o exercício de controle pessoal em fase de mérito (Milanovic, 2023a).

Bem como, relativo à terceira comunicação – abatimento do MH17 –, a Corte entendeu pelo exercício de jurisdição russa, à vista de que o míssil que provocou o abatimento ter sido lançado de um território controlado pela Rússia, somado ao fato de que o míssil atingiu a aeronave em espaço aéreo acima de território sob seu controle (CtEDH, 2022b). Também se aplicou, portanto, o critério de controle efetivo espacial.

¹¹⁶ The Court has accordingly concluded that extraterritorial *ratione loci* jurisdiction existed in a number of such cases concerning territory inside the Convention legal space [...]. To date, the Court has never found there to be extraterritorial jurisdiction on account of *ratione loci* jurisdiction over an area outside the sovereign territory of Council of Europe member States.

¹¹⁷ it is dangerous to derive from this jurisprudence a principle that essentially says that ECHR states parties have higher obligations in Europe than elsewhere.

5.3 Jurisdição extraterritorial em matéria de mudanças climáticas

O debate acerca da mudança climática alcançou o vértice das Cortes e órgãos internacionais, sendo, definitivamente, a grande questão da década a ser discutida (Raible, 2023). Demandas e solicitações de pronunciamentos sobre a matéria têm sido levantadas perante essas autoridades, como no caso da CIJ, CtIDH e CtEDH. Evidentemente, trazer essa discussão para o seio de Cortes regionais de Direitos Humanos implica se analisar a relação das obrigações concernentes à mudança climática com os Direitos Humanos. Essa relação, por consequência, atrai a análise da jurisdição extraterritorial, como o *threshold criterion* para a aplicação de distintos tratados de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a par da Opinião Consultiva nº 23/17, uma nova solicitação foi realizada pelo Chile e pela Colômbia perante a Corte Interamericana, referente a “Emergência Climática e Direitos Humanos”, em 2023. A solicitação, em suma, pede que a Corte Interamericana esclareça o alcance das obrigações estatais individuais e coletivas no que diz respeito às mudanças climáticas, sob o contexto do DIDH (CtIDH, 2023). A solicitação é dividida em seis questionamentos principais, cujo objeto são: obrigações de *due diligence*; direito à vida; direitos procedimentais; direitos das crianças; defensores do meio ambiente; e responsabilidades estatais compartilhadas, mas diferenciadas (CtIDH, 2023). Para Auz e Viveros-Uehara (2023), essa nova Opinião Consultiva pode significar inovações para o Direito Internacional e significativos impactos quanto à matéria ambiental, na esteira do que a OC nº 23/17 representou (e ainda representa).

Por sua vez, também em 2023, a CIJ foi instada a responder questionamentos sobre a mudança climática por uma solicitação de Opinião Consultiva de 105 Estados. O pedido, partindo de uma série de instrumentos internacionais, questiona a CIJ sobre as obrigações dos Estados em proteger o sistema climático e o meio ambiente de emissões de carbono, assim como sobre as consequências jurídicas dos que eventualmente falhem nessa proteção, causando danos significativos (ONU, 2023). Não obstante, é de se perceber que a pergunta sobre responsabilização internacional é endereçada, inclusive, aos danos causados aos indivíduos, significando, pois, que uma abordagem a partir do DIDH deve ser empregada pela CIJ. Por essa abordagem, a CIJ precisará se pronunciar, sobretudo, acerca da jurisdição dos Estados e seu potencial extraterritorial (Lima, 2023).

Importa trazer atenção também aos casos que têm sido levados à Corte Europeia no que diz respeito à obrigação dos Estados europeus ante a mudança climática, principalmente ao se considerar que a Corte ainda não se pronunciou efetivamente sobre a matéria. À vista disso,

atualmente, existem três casos relevantes comunicados que serão decididos pela CtEDH, a saber: *Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v. Suisse* (CtEDH, 2021d); *Carême v. France* (CtEDH, 2021a); e *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others* (CtEDH, 2020a).

Em março e setembro de 2023, a CtEDH realizou audiências públicas sobre os casos e a partir delas foi possível verificar quais os principais pontos controvertidos a serem analisados (Pedersen, 2023). A problemática da jurisdição é um deles, primordialmente no caso *Duarte Agostinho*, uma vez que o litígio foi proposto em face de 32 Estados para além de Portugal, sob o argumento de que todos eles possuem obrigações positivas relativas à mudança climática (CtEDH, 2020a). Contudo, para que a tese dos aplicantes prevaleça, a Corte deverá definir que se eles estão sob a jurisdição desses 33 Estados, o que pressupõe dois cenários: uma virada de chave na interpretação da Corte ou a inadmissibilidade do caso (Pedersen, 2023).

Sendo assim, vale se atentar para o que tange a aplicação da jurisdição extraterritorial nesses casos. Isso porque, para além de serem os primeiros pronunciamentos da Corte sobre a matéria, resta incerto se a Corte adotará critérios mais restritivos, em conformidade com sua jurisprudência, ou acompanhará os desenvolvimentos recentes da questão, pareando-se a Corte Interamericana e os órgãos de monitoramento da ONU, nos termos, por exemplo, do que foi definido na OC nº 23/17 e em *Sacchi v. Argentina* (Pedersen, 2023).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou verificar quais têm sido as tendências de Cortes regionais e órgãos internacionais de direitos humanos na interpretação da jurisdição extraterritorial, com enfoque para a CtEDH, CtIDH e o CDC. Dessa forma, foi trazida uma perspectiva mais contributiva para a matéria, ressaltando-se elementos essenciais para a compreensão da temática e sua relevância, assim como casos emblemáticos que exprimem a necessidade de visibilidade do tópico, eis seu condão de gerar lacunas importantes quando não corretamente tratado.

Estudou-se, assim, o debate teórico pertinente, para se entender como as diferentes teses sobre a jurisdição extraterritorial podem influir na sua apreciação perante Cortes e órgãos internacionais. Ademais, verificou-se que os tratados correspondentes aos cenários estudados possuem uma cláusula de jurisdição, determinando a garantia dos direitos dispostos no tratado a todos “sob jurisdição” do Estado signatário. Nesse ponto, compreende-se que as cláusulas jurisdição disciplinadas nos tratados abordados demonstram uma tentativa de incorporar o elemento da universalidade de direitos humanos, garantindo-os para além do regionalismo, em que pese determinadas interpretações.

Bem como, foi analisada o caso *Bankovic*, assim como decisões predecessoras e posteriores, até as mais recentes. O caso *Bankovic*, como se viu, é o marco jurisprudencial de todo o entendimento da CtEDH no Século XXI, ainda que no sentido de superação do precedente. Sobreleva notar que a vasta maioria dos casos estudados ao menos citam *Bankovic*, o que importa na relevância da decisão, cuja principal afirmação foi pela eminência da territorialidade, o que significa dizer que a extraterritorialidade seria excepcionalíssima. Em razão disso, por muito tempo a Corte Europeia adotou um entendimento altamente restritivo quanto à jurisdição extraterritorial, o qual tem sido revisado em casos mais recentes, mas sem se afastar do critério de controle efetivo.

A fim de demonstrar que essa tendência da CtEDH não é a única internacionalmente, foi estudada a aplicação da *due diligence* e da causalidade como elementos para se aferir o exercício de jurisdição extraterritorial. Na esteira do que se analisou, a utilização da *due diligence* e da causalidade estão comumente atrelados a um critério mais robusto, não sendo aplicados por si só. Nesse sentido, destacou-se o emprego desses elementos em decisões de matéria ambiental, as quais asseveraram a necessidade de se utilizar critérios mais amplos para

decidir casos que não ensejaria a aplicação do controle efetivo, fechando-se uma lacuna na proteção dos direitos humanos.

Com vistas a isso, analisou-se, ainda, casos recentes que demonstram como os critérios de aplicação da jurisdição extraterritorial tem se desenvolvido, a partir de casos em contextos de repatriamento, conflitos armados e mudanças climáticas. A partir desses, percebe-se uma tendência de se adotar interpretações mais extensivas, como já tem sido feito pela CtIDH e pelo CDC. Porém, é interessante sublinhar que, no caso das mudanças climáticas, existe uma possibilidade da Corte Europeia adotar um entendimento menos restritivo, admitindo elementos que fujam do critério de controle efetivo por si só. Seria certamente um relevante desenvolvimento para a matéria.

Considerando todos esses elementos, pode-se concluir que o presente trabalho alcançou a hipótese proposta. De fato, as Cortes e órgãos internacionais que tratam da jurisdição extraterritorial possuem tendências próprias, mas essas têm convergido de forma muito complementar nos últimos anos. A título de exemplo, ressalta-se o entendimento da CtIDH na Opinião Consultiva nº 23/17, a qual salientou jurisprudências de outras instituições, e foi adotada como um paradigma pelo CDC em *Sacchi v. Argentina*. Por outro lado, até o momento, a CtEDH se mantém isolada na aplicação tradicional do critério de controle efetivo, o que já não pode condizer com o cenário internacional atual e a demanda na proteção de direitos humanos.

A mais disso, necessário evidenciar a pertinência da presente temática, nos termos em que foi formulada essa pesquisa, para a proteção dos direitos humanos, a partir de duas perspectivas. Primeiramente, conforme mencionado, a jurisdição é um *threshold criterion*, isto é, faz parte do juízo de admissibilidade para que um caso seja apreciado por Cortes e órgãos internacionais. Por isso, advoga-se, aqui, por uma interpretação mais harmoniosa e um consenso mínimo a respeito da jurisdição e seu alcance extraterritorial, que esteja em conformidade com a universalidade dos direitos humanos, a fim de se evitar lacunas importantes na proteção desses direitos, da forma como acabou por se criar no passado.

Finalmente, salienta-se que a congruência dessas Cortes regionais e órgãos internacionais é primordial para que não haja um *fórum shopping* ou uma fuga de casos. Isso porque são essas instituições possuem mecanismos próprios para atuar perante o indivíduo, sujeitos do DIDH, determinando reparações e medidas preventivas para evitar brechas e violações. Sob essa luz, é imprescindível o aperfeiçoamento e desenvolvimento da temática de maneira a ser priorizar a proteção desses indivíduos.

REFERÊNCIAS

ABELLO-GALVIS, Ricardo; AREVALO-RAMIREZ, Walter. Inter American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: jurisdictional, procedural and substantive implications of human rights duties in the context of environmental protection.

RECIEL, v. 28, 2019, p. 217-222.

AUZ, Juan; VIVEROS-UEHARA, Thalia. Another Advisory Opinion on the Climate Emergency? The added value of the Inter-American Court of Human Rights.

EJIL!Talk, 2 de mar. 2023. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/another-advisory-opinion-on-the-climate-emergency-the-added-value-of-the-inter-american-court-of-human-rights/>. Acesso em 26 de out. 2023.

BAADE, Björnstjern. Due diligence and the duty to protect human rights. In:

KRIEGER, Heike; PETERS, Anne; KREUZER, Leonhard. (Eds.). **Due diligence in the international legal order**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 92-108.

BEN-NAFTALI, Orna; SHANY, Yuval. Living in denial: the application of Human Rights treaties in occupied territories. **Israel Law Review**, v. 37, n. 1, 2003, p. 17-118.

BERKES, Antal. A new extraterritorial jurisdictional link recognized by the IACtHR.

EJIL!Talk, 28 de mar. 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/a-new-extraterritorial-jurisdictional-link-recognised-by-the-iacthr/>. Acesso em 20 de out. 2022.

BERKES, Antal. **International Human Rights Law beyond state territorial control**.

Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

BESSION, Samantha. Due diligence and extraterritorial human rights obligations – mind the gap! **Esil Reflections**, v. 9, n. 1, abr. 2020.

BESSION, Samantha. The extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: why human rights depend on jurisdiction and what jurisdiction amounts to.

Leiden Journal of International Law, v. 25, n. 4, 2012, p. 857-844.

BOSSUYT, Marc J. **Guide to the “travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

BURBANO-HERRERA, Clara; HAECK, Yves. Extraterritorial obligations in the inter-American human rights system. In: GIBNEY, Mark *et al.* **The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations**. Nova York: Routledge, 2022, p. 110-124.

CERNA, Christina M. Extraterritorial application of Human Rights instruments of the inter-American system. In: COOMANS, Fons; KAMMINGA, Menno T.

Extraterritorial application of Human Rights treaties. Oxford: Intersentia, 2004.

COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Cyprus v. Turkey**. Estrasburgo, 26 de mai. 1975.

COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Ilse Hess v. The United Kingdom**. Estrasburgo, 28 de mar. 1975.

COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of X v. Federal Republic of Germany**. Estrasburgo, 25 de set. 1965.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. **Five UN human rights treaty bodies issue a joint statement on human rights and climate change**. 16 de set. 2019. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/statements/2019/09/five-un-human-rights-treaty-bodies-issue-joint-statement-human-rights-and>. Acesso em 04 de out. 2023.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. **General comment no. 36 on article 6: right to life**. Comentário Geral nº 36, 3 de set. 2019.

COMITÊ DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. **Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communications No. 79/2019 e No. 109/2019**. Caso L. H. and Others v. France, 2 de nov. 2020.

COMITÊ DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. **Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication no. 104/2019**. Caso Sacchi and Others v. Argentina and Others. Genebra, 11 nov. 2021.

COMITÊ DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. **General comment no. 16 (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights**. Comentário Geral nº 16, 17 de abr. 2013.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia para proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 29 de mar. 2023.

CONSELHO DA EUROPA. **Preparatory work on Article 1 of the European Convention on Human Rights**. Strasbourg, 31 de mar. 1977. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR\(77\)9-EN1290551.PDF](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR(77)9-EN1290551.PDF). Acesso em 27 de mar. 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Al-Skeini and Others v. The United Kingdom**. Application no. 55721/07. Estrasburgo, 7 de jul. 2011.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Bankovic and Others v. Belgium and Others**. Application no. 52207/99. Estrasburgo, 12 de dez. 2001a.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Carême v. France (Communication)**. Application no. 7189/21. Estrasburgo, 28 de jan. 2021a.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Cyprus v. Turkey**. Application no. 25781/94. Estrasburgo, 10 de mai. 2001b.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others (Communication)**. Application no. 39371/20. Estrasburgo, 30 de nov. 2020a.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Georgia v. Russia (II)**. Application no. 38263/08. Estrasburgo, 21 de jan. 2021b.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey**. Application no. 36925/07. Estrasburgo, 29 de jan. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Hanan v. Germany**. Application no. 4871/16. Estrasburgo, 16 de fev. 2021c.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Hassan v. The United Kingdom**. Application no. 29750/09. Estrasburgo, 16 de set. 2014a.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of H. F. and Others v. France**. Applications no. 24384/19 e 44234/20. Estrasburgo, 14 de set. 2022a.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy**. Application no. 27765/09. Estrasburgo, 23 de fev. 2012.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Ilascu and Others v. Moldova and Russia**. Application no. 48787/99. Estrasburgo, 8 de jul. 2004a.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Issa and Others v. Turkey**. Application no. 31821/96. Estrasburgo, 30 de mai. 2000.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Issa and Others v. Turkey (Merits)**. Application no. 31821/96. Estrasburgo, 16 de nov. 2004b.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Jaloud v. The Netherlands**. Application no. 47708/08. Estrasburgo, 20 de nov. 2014b.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Loizidou v. Turkey (Merits)**. Application no. 15318/89. Estrasburgo, 18 de dez. 1996.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)**. Application no. 15318/89. Estrasburgo, 23 de mar. 1995.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of M.N. and Others v. Belgium**. Application no. 3599/18. Estrasburgo, 05 de mar. 2020b.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of N.D. and N.T. v. Spain**. Applications no. 8675/15 e 8697/15. Estrasburgo, 13 de fev. 2020c.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Öcalan v. Turkey**. Application no. 46221/99. Estrasburgo, 12 de mar. 2003.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v. Suisse (Communication)**. Application no. 53600/20. Estrasburgo, 6 de abr. 2021d.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Ukraine and The Netherlands v. Russia**. Applications nos. 8019/16, 43800/14 e 28525/20. Estrasburgo, 30 de nov. 2022b.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina**. San Jose da Costa Rica, 6 de fev. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Parecer Consultivo OC 23/17. San Jose da Costa Rica, 15 de nov. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pedido de Parecer Consultivo da República da Colômbia e da República do Chile à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Emergência Climática e Direitos Humanos**. 9 de jan. 2023. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_pt.pdf/. Acesso em 26 de out. 2023.

CORTE INTERNATIONAL DE JUSTIÇA. **The Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)**. Haia, 9 de abr. 1949.

COSTA, Karen da. **The extraterritorial application of selected Human Rights treaties**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

COWAN, Anna. A new watershed? Re-evaluating Bankovic in light of Al-Skeini. **Cambridge Journal of International and Comparative Law**, v. 1, n. 1, 2012, p. 213-227.

DUFFY, Helen. Communications No. 79/2019 and 109/2019 L. H. et al v. France and 77/2019 F. B. et al v. France. **Leiden Children's Observatory**, 2021. Disponível em: <https://www.childrensrightsobservatory.nl/case-notes/casenote2021-3>. Acesso em 21 de out. 2023.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 21. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **First Report of ILA Study Group on due diligence in International Law**. Washington DC, 7 de mar. 2014.

LIGA DAS NAÇÕES. **The Peace Treaty of Versailles, Part I: the Covenant of the League of Nations**, 28 de jun. 1919. Disponível em: <https://www.ungeneva.org/en/library-archives/league-of-nations/covenant>. Acesso em 27 de mar. 2023.

LIMA, Lucas Carlos. O pedido de Opinião Consultiva sobre mudanças climáticas perante a Corte Internacional de Justiça. **International Law Agendas**, 01 de abr. 2023. Disponível em: <http://ila-brasil.org.br/blog/opiniaoclimacij/>. Acesso em 26 de out. 2023.

LIMA, Lucas Carlos. The protection of the environment before the Inter-American Court of Human Rights. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 21, 2022, p. 133-148.

MALLORY, Conall. A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights? **Questions of International Law**, v. 82, 2021, p. 31-51.

MILANOVIC, Marko. Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg. **The European Journal of International Law**, v. 23, n. 1, 2012a, p. 121-139.

MILANOVIC, Marko. **Extraterritorial application of Human Rights treaties: law, principles, and policy**. Nova York: Oxford University Press, 2011.

MILANOVIC, Marko. From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in Human Rights treaties. **Human Rights Law Review**, v. 8, 2008, p. 1-40.

MILANOVIC, Marko. LJIL Symposium: a comment on Samantha Besson's Article on the Extraterritorial Application of the ECHR. **Opinio Juris**, 21 de dez. 2012b. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2012/12/21/ljil-symposium-a-comment-on-samantha-bessons-article-on-the-extraterritorial-application-of-the-echr/>. Acesso em 20 de mar. 2023.

MILANOVIC, Marko. The European Court's admissibility decision in Ukraine and The Netherlands v. Russia: the good, the bad and the ugly – Part I. **EJIL!Talk**, 26 de jan. 2023a. Disponível em: ejiltalk.org/the-european-courts-admissibility-decision-in-ukraine-and-the-netherlands-v-russia-the-good-the-bad-and-the-ugly-part-i/. Acesso em 27 de out. 2023.

MILANOVIC, Marko. The European Court's admissibility decision in Ukraine and The Netherlands v. Russia: the good, the bad and the ugly – Part II. **EJIL!Talk**, 26 de jan. 2023b. Disponível em: ejiltalk.org/the-european-courts-admissibility-decision-in-ukraine-and-the-netherlands-v-russia-the-good-the-bad-and-the-ugly-part-ii/. Acesso em 27 de out. 2023.

MILLER, Sarah. Revisiting extraterritorial jurisdiction: a territorial justification for extraterritorial jurisdiction under the European Convention. **European Journal of International Law**, v. 20, n. 4, 2009, p. 1223-1246.

OLLINO, Alice. The 'capacity impact' model of jurisdiction and its implications for States' positive human rights obligations. **Questions of International Law**, v. 82, 2021, p. 81-100.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção dos Direitos da Criança**. Nova York, 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Paris, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Nova York, 1966.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the obligations of States in respect of climate change**. Resolution A/77/L.58, 1 de mar. 2023. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N23/063/82/PDF/N2306382.pdf?OpenElement/>. Acesso em 26 de out. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos**. San José, 1969a. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Actas-Conferencia-Interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf>. Acesso em 02 de abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José, 1969b. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencaoamericana.htm>. Acesso em 02 de abr. 2023.

PEDERSEN, Ole W. Climate change hearings and the ECtHR Round II. **EJIL!Talk**, 9 de out. 2023. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/climate-change-hearings-and-the-ecthr-round-ii/>. Acesso em 26 de out. 2023.

PIJNENBURG, Annick. HF and Others v. France: extraterritorial jurisdiction without duty to repatriate IS-Children and their mothers. **EJIL!Talk**, 14 de out. 2022. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/hf-and-others-v-france-extraterritorial-jurisdiction-without-duty-to-repatriate-is-children-and-their-mothers/>. Acesso em 21 de out. 2023.

RAIBLE, Lea. Extraterritoriality between a rock and hard place. **Questions of International Law**, v. 82, 2021, p. 7-29.

RAIBLE, Lea. **Human Rights unbound: a theory of extraterritoriality**. Nova York: Oxford University Press, 2020.

RAIBLE, Lea. Justifying extraterritorial Human Rights obligations and climate change as a counterexample. **EJIL!Talk**, 12 de jul. 2023. Disponível em: [ejiltalk.org/justifying-extraterritorial-human-rights-obligations-and-climate-change-as-a-counterexample/](https://www.ejiltalk.org/justifying-extraterritorial-human-rights-obligations-and-climate-change-as-a-counterexample/). Acesso em 26 de out. 2023.

REINO UNIDO. **R (on the application of Al-Skeini and Others) v. Secretary of State for Defence**. House of Lords, 13 de jun. 2007. Disponível em:

<https://publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070613/skeini-1.pdf>. Acesso em 20 de out. 2023.

ROXSTROM, Erik; GIBNEY, Mark; EINARSEN, Terse. The NATO bombing case (Bankovic et al. v. Belgium et. al) and the limits of western human rights protection. **Boston University International Law Journal**, v. 23, n. 55, 2005, p. 55-136.

RYANGAERT, Cedric. LJIL Symposium: response to Samantha Besson. **Opinio Juris**, 21 de dez. 2012. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2012/12/21/ljil-symposium-response-to-samantha-besson/>. Acesso em 20 de mar. 2023.

SANDELOWSKY-BOSMAN, Chrisje; LIEFAARD, Ton. Children trapped in Camps in Syria, Iraq and Turkey: reflections on jurisdiction and state obligations under the United Nations Convention on the Rights of the Child. **Nordic Journal of Human Rights**, v. 38, n. 2, 2020, p. 141-158.

SHANY, Yuval. Taking universality seriously: a functional approach to extraterritoriality in International Human Rights Law. **Law and Ethics of Human Rights**, v. 7, n. 1, 2013, p. 47-71.

SHANY, Yuval. The extraterritorial application of international human rights law. **Recueil des cours, Collected Courses**, 2020.

SKOGLY, Sigrun. Causality and extraterritorial human rights obligations. In: LANGFORD, Malcolm *et al* (Eds.). **Global Justice, State Duties: the extraterritorial scope of Economic, Social and Cultural rights in international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 233-258.

SUEDI, Yusra. Litigating climate change before the Committee of the Rights of the Child in *Sacchi v. Argentina et al.*: breaking new ground? **Nordic Journal of Human Rights**, v. 40, n. 4, 2022, p. 549-567.

VIOLI, Federica. The function of the triad ‘territory’, ‘jurisdiction’, and ‘control’ in due diligence obligations. In: KRIEGER, Heike; PETERS, Anne; KREUZER, Leonhard. (Eds.). **Due diligence in the international legal order**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 75-91.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.