



ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS: H.F. AND OTHERS V. FRANCE PERANTE O COMITÊ DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS DA ONU E PERANTE A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

*Carla Ribeiro Volpini Silva¹,
Fernanda Menezes dos Santos²*

RESUMO

A jurisdição extraterritorial é um elemento essencial para garantir a responsabilização de Estados por atos ou omissões em território internacional ou de outros Estados que aflijam os direitos dos indivíduos sob as normas internacionais de direitos humanos. Órgãos e Cortes de Direitos Humanos têm utilizado diversos critérios para determinar a aplicação ou não da jurisdição extraterritorial em casos concretos. Essa variedade de critérios gera uma certa discrepância entre tal aplicação nos diferentes órgãos, de maneira que interpretações às vezes mais amplas, às vezes mais restritivas, podem ser encontradas. Dentre as interpretações mais amplas, encontra-se o recente entendimento do Comitê dos Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas (ONU) de determinar a existência da jurisdição da França sobre crianças vivendo em campos em Rojava, na Síria, a partir de um critério de capacidade e nacionalidade. Por outro lado, sobre o mesmo caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos adotou um critério de controle efetivo sobre territórios e pessoas, decidindo pela não existência da jurisdição extraterritorial no caso. A partir disso, o presente trabalho tem por objetivo analisar extensivamente as decisões do CDC e da CtEDH sobre o caso H. F. and Others v. France e traçar conclusões comparativas. Trata-se de uma importante análise para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que os critérios utilizados pelos citados órgãos poderão gerar eventuais lacunas na proteção de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Modelo de capacidade da jurisdição; nacionalidade; jurisdição extraterritorial; Comitê dos Direitos das Crianças da ONU; Corte Europeia de Direitos Humanos.

Between progress and pushbacks: H.F. and Others v. France before the UN Committee on the Rights of the Child and before the European Court of Human Rights

ABSTRACT

Extraterritorial jurisdiction is an essential element in guaranteeing the accountability of States for acts or omissions in an international territory or of other States that affect the rights of individuals under international human rights norms. Human Rights Bodies and Courts have used

¹Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Internacional e Comunitário Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, especialização em Direito Processual pelo IEC/PUCMINAS, e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora Associada II do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

²Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) ; Bacharel em Relações Internacionais pela PUC-Minas ; Especialista em Direito Internacional e Direitos Humanos pela PUC-Minas . Advogada.

different criteria to determine the application or not of extraterritorial jurisdiction in concrete cases. This variety of criteria generates a certain discrepancy between such applications in different bodies, so that sometimes broader, sometimes more restrictive interpretations can be found. Among the broader interpretations, there is the recent understanding of the UN Committee on the Rights of the Child to determine the existence of French jurisdiction over children living in camps in Rojava, Syria, based on a criterion of capacity and nationality. On the other hand, on the same case, the European Court of Human Rights adopted a criterion of effective control over territories and people, deciding for the non-existence of extraterritorial jurisdiction in the case. Hence, the present paper aims to extensively analyze the decisions of the CRC and the ECtHR on the case *H. F. and Others v. France* and draw comparative conclusions. This is an important analysis for International Human Rights Law, since the criteria used by the bodies mentioned above may generate possible gaps in the protection of rights.

KEYWORDS: Capacity-model of jurisdiction; nationality; extraterritorial jurisdiction; UN Committee on the Rights of the Child; European Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

Jurisdição extraterritorial tem sido um dos temas mais discutidos em sede de Cortes Internacionais e órgãos da Organização das Nações Unidas (ONU), principalmente no que se refere às suas formas de aferição e aplicação. Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH ou a Corte) é reconhecidamente uma das Cortes que mais trata sobre a jurisdição extraterritorial, possuindo uma jurisprudência dissidente e mais restritiva acerca da aplicação do instituto (MALLORY, 2021). Por outro lado, órgãos da ONU, como o Comitê de Direitos Humanos (CDH) e o Comitê dos Direitos das Crianças (CDC ou o Comitê) têm aplicado a noção de jurisdição extraterritorial de modo muito mais amplo, baseando-se em modelos de aplicação que fogem daqueles comumente utilizados pela CtEDH (OLLINO, 2021). Esses modelos, portanto, têm sido estudados de modo mais atual, para que seja possível se averiguar um modelo de aplicação de jurisdição extraterritorial mais uniforme e de possível aplicação em casos concretos sem profundos desafios.

O presente artigo, à vista disso, traz uma nova perspectiva acerca dos critérios de aplicação da jurisdição extraterritorial, a partir da análise dos critérios aplicados pelo CDC e pela CtEDH em um recente caso. O caso tomou notoriedade por tratar-se de crianças vivendo em condições míseras, estando em campos de refugiados na Síria, e requerendo a repatriação por parte da França. Outro importante diferencial do caso é que o mesmo foi julgado, bem como, pela CtEDH, a qual decidiu pela não aferição de jurisdição extraterritorial. Trata-se, portanto, de dois órgãos de supervisão de Direitos Humanos decidindo o mesmo caso de maneira abruptamente divergente.

Utilizar-se do argumento da capacidade e da nacionalidade na garantia e violação de Direitos Humanos tem sido considerado uma maneira mais ampla de aplicar a jurisdição extraterritorial, fugindo do tradicional modelo de controle efetivo sobre território e sobre pessoas, comumente aplicado pela CtEDH e amplamente desafiado por casos concretos. Contudo, tem se percebido que esses casos exigem uma maior flexibilidade e ampliação da noção de jurisdição extraterritorial para que haja uma efetiva proteção de Direitos Humanos ou sua reparação, em casos de violação. À vista disso, o objetivo principal do presente trabalho é, portanto, analisar extensivamente as decisões

do CDC e da CtEDH sobre o caso H. F. and Others v. France e traçar conclusões comparativas.

Para tanto, primeiramente será feita uma breve conceituação e aprofundamento da jurisdição extraterritorial, a partir da sua elaboração e aplicação por órgãos e Cortes de Direitos Humanos. Essa conceituação é importante para se demarcar os principais elementos de tal instituto, auxiliando a contextualização de quais modelos têm sido aplicado pelos citados órgãos. Em seguida, será feita uma contextualização acerca do recente caso do CDC e quais foram os elementos utilizados para a aferição da jurisdição extraterritorial, como uma forma de estudo de caso, para que seja possível compreender no nível prático da sua aplicação, para além do meramente teórico. A quarta sessão tratará da decisão do mesmo caso por parte da CtEDH, compreendendo os argumentos utilizados para a não aferição da jurisdição extraterritorial, em contraponto à decisão do CDC. Por fim, será elaborada uma breve conclusão.

1. BREVE ANÁLISE DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL

Jurisdição extraterritorial tem sido um tema amplamente discutido em Cortes internacionais de Direitos Humanos e órgãos da ONU, principalmente no que diz respeito ao seu escopo e alcance. Assim, faz-se necessário compreender melhor o que diz respeito à jurisdição extraterritorial e as principais questões que a envolve.

A jurisdição extraterritorial concerne à aplicação de obrigações decorrentes de tratados internacionais em locais que estejam fora do território nacional do Estado. Logo, a partir do momento que um Estado atua de modo a impactar a vida de indivíduos fora do seu território nacional, ele está atuando de acordo com sua jurisdição extraterritorial, estando obrigado nos moldes dos tratados de que é signatário. Por exemplo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos garante os direitos tratados por ela a todos que estejam sob a jurisdição das Partes Contratantes, ao determinar que estas “reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades [...]” (CEDH, 1950). Na mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos determina que os Estados signatários se comprometem a respeitar os direitos e liberdades previstos na Convenção “[...] a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição [...]” (OEA, 1969). Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos determina que os Estados devem respeitar e garantir os direitos de “[...] todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição [...]” (ONU, 1966). Esses são só alguns exemplos dos inúmeros tratados de Direitos Humanos que possuem a cláusula da jurisdição.

A jurisdição é, pois, um critério preliminar para determinar as obrigações dos Estados quanto aos Direitos Humanos. Assim, as violações de Direitos Humanos contra indivíduos que estejam fora do território estatal podem ser atribuídas ao Estado quando este age de acordo com sua jurisdição extraterritorialmente. Em que pese a definição de jurisdição extraterritorial ser relativamente simples, esta tem sido objeto de um extenso imbróglio jurídico quanto a sua aplicação por órgãos internacionais de Direitos Humanos, uma vez que cada um interpreta a jurisdição extraterritorial, de acordo com seu respectivo tratado internacional, de modo divergente.

Uma das Cortes que mais tem discutido a matéria é a CtEDH, no que diz respeito à aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos fora do território dos Estados signatários. A CtEDH possui uma interpretação restritiva acerca da aplicação da jurisdição extraterritorial, em que pese ser demasiadamente complicado definir qual é a tendência da sua interpretação. Isto porque existe uma profunda divergência no âmbito interno da CtEDH, a qual, primordialmente a partir da década de 2000, alterou sua interpretação acerca do tema diversas vezes, tendo sido extremamente criticada por seu posicionamento restritivo de aplicação da jurisdição extraterritorial e sua jurisprudência considerada discrepante (BESSON, 2012). Mallory (2021) explica que até a década de 2000 a jurisprudência da CtEDH era linear e coerente, tendo sido desenvolvida de modo a ampliar a concepção de jurisdição da CEDH, cenário o qual foi abruptamente alterado com a decisão do caso *Bankovic v. Belgium et al.*, em 2001. Em *Bankovic*, a Corte entendeu que a jurisdição é primordialmente territorial e que sua extraterritorialidade deve ser considerada apenas em circunstâncias excepcionais (CtEDH, 2001).

A partir desse caso, a jurisprudência da Corte se alterou e vem se alterando substancialmente, em momentos sendo coerente e estável, e em outros sendo contraditória e até mesmo arbitrária (MALLORY, 2021). Como exemplo, tem-se o caso *Al Skeini v. United Kingdom* (2011), pelo qual a Corte procurou sistematizar o critério de aplicação da jurisdição extraterritorial, classificando-a como o total controle efetivo de uma área fora do território do Estado ou o controle efetivo pessoal em relação a indivíduos que se encontrem fora do território estatal, decidindo que o Reino Unido havia exercido o total controle efetivo pessoal, sendo, portanto, responsável por violações de Direitos Humanos no Iraque. Nos casos posteriores ao *Al Skeini*, a Corte conseguiu manter uma coerência de suas decisões, até mesmo ampliando, em certa medida, sua interpretação (MALLORY, 2021). Nos casos *Al Jeddah v. United Kingdom* (2011) e *Hassan v. United Kingdom* (2014), ambos nos quais iranianos haviam sido detidos por forças do Reino Unido, a Corte encontrou um nexo jurisdicional entre o Estado e os indivíduos, determinando que o Estado havia exercido o controle pessoal sobre eles. Ainda em outro caso, a Corte entendeu pela aplicação da jurisdição extraterritorial no caso de migrantes em botes no Mar Mediterrâneo, decidindo que a Itália havia exercido jurisdição sobre eles no caso *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (2012).

Contudo, a onda de coerência das decisões da Corte teve, mais uma vez, uma reviravolta, uma vez que as decisões passaram a ser tomadas de modo mais restritivo novamente. Por exemplo, em casos mais recentes, como no caso *M.N. v. Belgium* (2020), a CtEDH decidiu pela inadmissibilidade da questão, compreendendo que a Bélgica não havia exercido jurisdição sobre indivíduos que se encontravam em sua embaixada em Beirute, no Líbano. Bem como, a CtEDH entendeu pela não aplicação da jurisdição extraterritorial no caso *Georgia v. Russia* (2021), decidindo que a Rússia não havia exercido jurisdição sobre indivíduos durante um período de conflito ativo na Geórgia.

Mais do que decidir de modo abruptamente divergente de decisões anteriores, a Corte considerou diferentes elementos entre casos que já tinham sido previamente estabelecidos em outras decisões como critérios de aplicação e interpretação da jurisdição extraterritorial. Desta feita, para além da discrepância interna na jurisprudência da CtEDH nos diversos casos que abrangem a temática da jurisdição extraterritorial, tem-

se que a CtEDH é também divergente quanto à interpretação de outros importantes órgãos de proteção aos Direitos Humanos.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) nunca se manifestou sobre a questão da jurisdição extraterritorial por meio da sua competência contenciosa. Porém, já opinou pela sua aplicação quando um Estado exerce o controle ou autoridade fora de seu território, possuindo um entendimento amplo acerca da jurisdição extraterritorial. A Opinião Consultiva nº 23/2017 é um marco quanto à interpretação da CtIDH acerca da aplicação da jurisdição extraterritorial, tendo sido determinado que o Estado tem a obrigação de respeitar os Direitos Humanos de “[...] todas as pessoas que se encontram no território do Estado ou que de alguma forma estão sujeitas à sua autoridade, responsabilidade ou controle” (CtIDH, 2017).

A CtIDH considerou, primeiramente, que a jurisdição não estaria adstrita ao território nacional do Estado. Assim, concluiu que a jurisdição “signifies that it is not limited to the concept of national territory, but covers a broader concept that includes certain ways of exercising jurisdiction beyond the territory of the State in question” (CtIDH, 2017). A partir disso, a CtIDH traçou um caminho pelo qual afirmou que o controle efetivo sobre territórios ou pessoas, amplamente aplicado pela CtEDH, pode não ser suficiente para se definir o alcance da jurisdição extraterritorial. A CtIDH chegou a essa conclusão por meio do caso concreto em que opinava, qual seja de obrigações ambientais. No caso de obrigações ambientais, a CtIDH entendeu que o ideal para se compreender a jurisdição extraterritorial seria aplicar um modelo de causa e efeito. Assim, indivíduos cujos direitos foram afetados pelo Estado, por meio de danos ambientais transfronteiriços, estariam sob sua jurisdição:

Para os fins da Convenção Americana, quando ocorre um dano transfronteiriço que afete direitos decorrentes de tratados, entende-se que as pessoas cujos direitos foram violados estão sob a jurisdição do Estado de origem, se houver nexo de causalidade entre o fato que originada em seu território e a violação dos direitos humanos das pessoas fora de seu território (CtIDH, 2017, tradução nossa)³.

Bem como, aponta-se o entendimento amplo do CDH quanto à aplicação da jurisdição extraterritorial, utilizando-se como caso paradigma o *A.S. and Others v. Italy* (2019), no qual houve o entendimento de que a Itália havia exercido jurisdição extraterritorial quanto a migrantes em alto mar. Na decisão, a CDH considerou que os indivíduos estavam sob a jurisdição italiana, uma vez que “[...] foram diretamente afetados pelas decisões tomadas pelas autoridades italianas de uma forma que era razoavelmente previsível à luz das obrigações legais relevantes da Itália [...]” (CDH, 2019), concluindo que a Itália havia violado o PIDCP. Em relação ao semelhante *A.S. and Others v. Malta* (2019), o CDH decidiu na mesma linha. Em ambos os casos, é possível perceber a aplicação de um conceito de capacidade para se estabelecer a existência da jurisdição. Conforme explica Ollino (2021), o CDH entendeu que Malta tinha capacidade de evitar as mortes ocorridas, por ter aceitado atuar como coordenadora dos esforços de

³ For the purposes of the American Convention, when transboundary damage occurs that effects treaty-based rights, it is understood that the persons whose rights have been violated are under the jurisdiction of the State of origin, if there is a causal link between the act that originated in its territory and the infringement of the human rights of persons outside its territory.

salvamento. Por sua vez, a Itália, em que pese não atuar na coordenação do resgate, estabeleceu uma relação de dependência, haja vista ter sido o contato inicial das pessoas em alto mar e pela proximidade em que estava do ocorrido, tendo, por isso, a capacidade de ter intervindo.

Essas decisões não foram a primeira vez que o CDH recorreu a uma análise concernente à capacidade do Estado de impactar a vida de indivíduos para se definir a aplicação da jurisdição extraterritorial. O Comentário Geral nº 36 do CDH sobre o direito a vida determina que:

Os Estados Partes devem respeitar o direito à vida e têm o dever de abster-se de qualquer conduta que resulte em privação arbitrária da vida. Os Estados Partes também devem assegurar o direito à vida e exercer a devida diligência para proteger a vida dos indivíduos contra privações causadas por pessoas ou entidades, cuja conduta não seja imputável ao Estado. A obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o direito à vida se estende a ameaças razoavelmente previsíveis e situações de risco de vida que podem resultar em perda de vida (CDH, 2018, tradução nossa)⁴.

Como visto, tanto o CDH quanto a CtIDH possuem interpretações que fogem do convencional modelo de controle efetivo sobre territórios ou pessoas aplicado pela CtEDH. Nesse sentido, importante mencionar que outros órgãos da ONU seguem esse padrão de não aplicar o modelo convencional. Por exemplo, o CDC utilizou do modelo da capacidade, combinado com outros elementos, para definir que a França possuía jurisdição sobre crianças em campos de refugiados no norte de Rojava, na Síria. Dessa maneira, o CDC utilizou, para além da capacidade, a ideia de que a França tinha ciência da mísera situação vivida pelas crianças e o fato delas serem nacionais francesas como um critério tripartite para a definição da jurisdição extraterritorial.

2. O CASO H. F. AND OTHERS V. FRANCE

Em um recente caso julgado pelo CDC, decidiu-se que a França teria jurisdição sobre crianças vivendo em campos de refugiados na Síria, sendo condenada à repatriação delas (CDC, 2021). O mesmo caso foi julgado pela CtEDH posteriormente, e decidiu-se que não haveria a existência da jurisdição francesa sobre os indivíduos (CtEDH, 2022). Trata-se de dois casos comunicados em que crianças foram tiradas da França, ou já nasceram fora do território francês, por mães francesas para se juntarem ao *Islamic State in Iraq and Levant* (ISIL), em 2014 e 2015. Muitos desses indivíduos fugiram mais tarde, foram deslocados ou capturados e acabaram nos campos de Roj, Ain Issa e Al-Hol, na região de Rojava, no nordeste da Síria. Dezenas de milhares estão atualmente detidos nos campos, entre eles milhares de estrangeiros, incluindo cerca de algumas centenas de cidadãos franceses (DUFFY, 2021). Nesse sentido, os campos de Roj e Al-Hol contam com cerca de 60 mil indivíduos, sendo um quinto deles nacionais estrangeiros; a maioria desses indivíduos são crianças vivendo em condições de miserabilidade (RSI, 2021). De acordo com um relatório do *Rights and Security International* (RSI),

⁴ States parties must respect the right to life and have the duty to refrain from engaging in conduct resulting in arbitrary deprivation of life. States parties must also ensure the right to life and exercise due diligence to protect the lives of individuals against deprivations caused by persons or entities, whose conduct is not attributable to the State. The obligation of States parties to respect and ensure the right to life extends to reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result in loss of life.

cerca de cinco crianças morreram a cada semana durante os anos de 2019 e 2020 nesses campos (RSI, 2021).

A comunicação ao CRC, à vista disso, dizia respeito ao direito das crianças de serem repatriadas à França, por serem nacionais francesas e estarem vivendo em condições extremas de vulnerabilidade e miséria. De acordo com os autores das comunicações, o governo francês não teria tomado as medidas necessárias para a repatriação das crianças. Assim, estaria em violação à Convenção sobre o Direito das Crianças (ONU, 1989), mais precisamente uma violação do direito a não discriminação (Artigo 2), direito à vida e ao desenvolvimento (Artigo 6), direito ao melhor padrão de saúde e serviços destinados à saúde (Artigo 24), e o direito a não serem submetidas à tortura ou tratamento cruéis e desumanos (Artigo 37), entre outros. Por outro lado, a comunicação à CtEDH dizia respeito ao repatriamento não só das crianças, mas também das suas mães.

Nas comunicações dos casos, foi explicado que desde o início de 2018 vários nacionais franceses deixaram o ISIL e se renderam às forças curdas em Rojava, na tentativa de serem repatriados para a França. Conforme explica o relatório do RSI, as forças curdas atuam em Rojava de forma autônoma desde 2012, por meio da *Autonomous Administration of North and East Syria* (AANES), o qual não possui reconhecimento diplomático algum (RSI, 2021). Naquele momento, as forças curdas demonstraram sua intenção de ver os nacionais detidos em campos repatriados aos seus países de origem, de modo que eles não iriam agir de nenhuma forma contra esses indivíduos, por não haver responsabilidade criminal atribuída a eles (CDC, 2021).

Em que pese tais manifestações, o Estado francês, em particular, não tomou nenhuma medida para a efetiva repatriação de crianças e mulheres detidos arbitrariamente nos campos da região de Rojava. Vários pedidos foram feitos para que houvesse a repatriação, sem sucesso, esgotando os remédios domésticos (CDC, 2021). Contudo, torna-se importante mencionar que a França, entre os anos de 2019 e 2020, organizou a repatriação de cerca de 35 menores que estavam vivendo nos campos, mas recusou a repatriação de suas mães. Em um comunicado, o *Ministry for Europe and Foreign Affairs* manifestou:

A decisão foi tomada tendo em vista a situação dessas crianças muito pequenas e especialmente vulneráveis. Em relação aos franceses adultos que eram combatentes e jihadistas que seguiram o Daesh [o chamado ISIL] até o Levante, a posição da França não mudou: eles devem ser julgados no território onde cometeram seus crimes. É uma questão de justiça e segurança (FRANCE, 2019, tradução nossa)⁵.

Já em 5 de julho de 2022, o *Ministry for Europe and Foreign Affairs* comunicou que outras 35 crianças foram repatriadas à França, juntamente com 16 mães dos mesmos campos (FRANCE, 2022). Todavia, os indivíduos das comunicações dos casos ao CRC e à CtEDH não estavam entre esses repatriados (CtEDH, 2022). Assim, ainda vivendo nos campos, os indivíduos estariam vivendo em condições de extrema miserabilidade.

⁵ The decision was taken in view of the situation of these very young and especially vulnerable children. Regarding the adult French nationals who were fighters and jihadists who had followed Daesh [so-called ISIL] to the Levant, France's position has not changed: they must be tried on the territory where they committed their crimes. It is a matter of both justice and security.

Algumas crianças são menores de 6 anos de idade, tendo nascido até o ano de 2019. Segundo as comunicações, as crianças estariam sobrevivendo por pouco, vivendo em uma situação de risco iminente de morte (CDC, 2021). A situação nos campos, inclusive, foi considerada como apocalíptica (CtEDH, 2022). Considerando essas condições, as partes requereram a repatriação, argumentando que a França poderia exercer jurisdição extraterritorialmente para que seus pedidos fossem deferidos, perante o CDC e a CtEDH.

3. O CASO H.F. AND OTHERS V. FRANCE PERANTE O COMITÊ DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS

Na decisão de admissibilidade, o CRC concluiu que a França exerce jurisdição sobre as crianças (CDC, 2021). Contudo, o Comitê não elaborou um teste de jurisdição propriamente dito, utilizando o modelo de capacidade, combinado com outros elementos, para determinar a jurisdição da França sobre as crianças. Não foi utilizado, assim, o tradicional modelo de controle sobre pessoas ou sobre território. A própria decisão manifesta que o território não estaria sob o controle efetivo da França, nem as crianças estariam sob o seu controle efetivo, uma vez que a França não fez nada propriamente dito a elas, meramente tendo se recusado a repatriá-las (CDC, 2021).

O Comitê, portanto, utilizou de um critério não muito abordado por Cortes, mas utilizado por órgãos de supervisão da ONU (OLLINO, 2021). Nesse sentido, a ideia principal do modelo aplicado diz respeito à capacidade do Estado de proteger direitos humanos e a uma produção de efeitos em razão das suas ações. Logo, uma ação ou omissão do Estado produz efeitos fora do território nacional perante os tratados de Direitos Humanos, de maneira que, para o Comitê, "um Estado também pode ter jurisdição sobre atos praticados ou que produzam efeitos fora de suas fronteiras nacionais" (CDC, 2021, tradução nossa)⁶. Porém, a grande questão desses efeitos seria que "uma obrigação de proteger os direitos humanos não pode ser desencadeada por uma decisão de não protegê-los; o primeiro é logicamente anterior ao último", na visão de Milanovic (2020, tradução nossa)⁷.

Assim, foram utilizadas "considerações relevantes" para determinar a existência da jurisdição, o que, para Raible (2021), é problemático em razão de não ser possível se definir o que seria relevante sem antes determinar o que seria a jurisdição: "dizer que uma consideração fática é relevante pressupõe um conceito normativo de jurisdição que torna esse fato particular relevante" (RAIBLE, 2021, p. 11, tradução nossa)⁸. Essas considerações relevantes podem ser divididas em três: a informação de que as crianças estariam vivendo em condições miseráveis; a nacionalidade das crianças; e a capacidade do Estado francês de repatriá-las.

3.1 AS CONDIÇÕES VIVIDAS PELAS CRIANÇAS

Uma das considerações relevantes utilizadas pelo Comitê para determinar a existência da jurisdição francesa sobre as crianças é de que o Estado teria sido informado

⁶ A State may also have jurisdiction of acts that are performed, or that produce effects, outside its national borders.

⁷ [...] an obligation to protect human rights cannot be triggered by a decision not to protect them; the former is logically prior to the latter,

⁸ [...] saying that a factual consideration is relevant presupposes a normative concept of jurisdiction that makes this particular fact relevant.

pelo autores das comunicações da situação deplorável vivida por elas, durante sua detenção nos campos. Nesse sentido, a decisão do CDC manifestou:

No presente caso, o Comitê observa que é incontestável que o Estado parte foi informado pelos autores da situação de extrema vulnerabilidade das crianças, que foram detidas em campos de refugiados em uma zona de conflito. As condições de detenção foram relatadas internacionalmente como deploráveis e foram levadas ao conhecimento das autoridades do Estado-parte por meio de várias denúncias apresentadas pelos autores em nível nacional (CDC, 2021, tradução nossa)⁹.

Desta feita, a decisão alegou, a partir do que foi apresentado pelos autores, que as condições de detenção vividas pelas crianças estariam causando um risco iminente de um dano irreparável. Os autores alegaram que elas estariam vivendo uma zona de guerra, com condições sanitárias precárias e carência de necessidades básicas (CDC, 2021).

Na visão de Raible, a condição vivida pelas crianças seria um *factual background*, a qual teria sido usada pelo Comitê como uma motivação - "[...] diz respeito a indivíduos vulneráveis - crianças - em situação desesperadora" (RAIBLE, 2021, p. 14, tradução nossa)¹⁰. Contudo, aqui considera-se que a questão da condição dos campos para as crianças foi crucial para a determinação, pelo Comitê, de que a França teria jurisdição. Como visto acima, o Comitê utiliza desse elemento como argumento parte da sua decisão de admissibilidade, estando diretamente relacionada às outras duas considerações - nacionalidade e capacidade. Foi utilizado, assim, como uma condição essencial para a determinação da existência de jurisdição.

Conforme será discutido adiante, as considerações utilizadas pelo Comitê, sozinhas, poderiam não ser o suficiente para basear a existência da jurisdição francesa sobre as crianças. De acordo com Ollino (2021), o Comitê teria se baseado na nacionalidade das crianças e em fatos relevantes que apontariam para a capacidade do Estado em proteger seus direitos, de maneira que "o Comitê identificou tais fatos relevantes no conhecimento do Estado da situação de vulnerabilidade e proximidade da violação dos direitos da criança" (OLLINO, 2021, p. 86, tradução nossa)¹¹. Nota-se que não seria essencial, à essa vista, apenas as condições vividas, mas o conhecimento pleno e inescusável dessas condições pelo Estado francês.

Conforme aponta Duffy (2021), o que é aplicado pelo Comitê é uma abordagem flexível de fato que permite se levar em conta uma série de fatores para determinar se o nexos jurisdicional necessário entre os indivíduos e o Estado está estabelecido; no caso da presente decisão, os fatores contextuais relevantes seriam a iminência, urgência e vulnerabilidade da situação. Questiona-se, nesse sentido, até que ponto as Cortes e outros órgãos de supervisão devem utilizar dessa aplicação flexível, com padrões de

⁹ In the present case, the Committee notes that it 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 the various complaints filed by the authors at the national level.

¹⁰ [...] it concerns vulnerable individuals - children - in a desperate situation.

¹¹ [...] the Committee identified such relevant facts in knowledge of the State of the situation of vulnerability, and the proximity of the violation of children's rights.

critérios mais amplos, quando não podem delimitar quais serão as realidades futuras que assim demandarão (DUFFY, 2021).

Ao se recusar a utilizar de uma abordagem tradicional de controle efetivo sobre território e/ou pessoas, o Comitê se alça à utilização de uma abordagem mais factual, ao considerar que o vínculo jurisdicional entre um indivíduo e seu Estado pode ocorrer por meio de outros fatores que não controle. Contudo, Duffy (2021) aponta para uma importante percepção, de que a decisão do Comitê poderia ser vista como uma abordagem de controle efetivo sobre a situação das crianças, perfazendo, assim, o teste necessário que tanto se requer para determinar a existência da jurisdição. Nesse sentido:

Conforme observado, repensar o teste como foi concebido em alguns casos [...] provavelmente será essencial para permitir que a lei de direitos humanos acompanhe os desenvolvimentos, desde os direitos digitais até a mudança climática, que desafiam inerentemente as noções de controle físico ou pessoal (DUFFY, 2021, *s.p.*, tradução nossa)¹².

3.2 A NACIONALIDADE DAS CRIANÇAS

Sobre a questão da nacionalidade das crianças, o Comitê observou que a França teria jurisdição sobre elas, "como o Estado da nacionalidade das crianças" (CDC, 2021, tradução nossa)¹³. Na visão de Raible (2021), isso significa que a nacionalidade foi uma questão importante, mas não o suficiente para definir a aplicação da jurisdição francesa. Essa necessidade de se utilizar a nacionalidade como uma fonte que atribui jurisdição teria sido essencial para que o Comitê pudesse considerar a comunicação e decidir pela repatriação das crianças (RAIBLE, 2021). Seria essencial, bem como, considerando as condições vividas pelas crianças, no sentido de ser um elemento que permitiria a ajuda humanitária e as retiraria dessas condições.

Em que pese a importância da nacionalidade para permitir que o Comitê decidisse em favor das crianças, alguns autores fazem considerações que julgam ser necessárias no que diz respeito a questionabilidade desse critério sendo aplicado de modo geral. Nesse sentido, Milanovic (2020) explica que se as crianças não fossem francesas, a França não teria a obrigação de repatriá-las. Assim, o autor explica quatro principais problemas relacionados à utilização da nacionalidade em casos de jurisdição extraterritorial. O primeiro deles seria que a nacionalidade é determinada no momento do nascimento, sendo uma maneira superficial de se basear direitos não políticos. Significa dizer que a nacionalidade é um elemento político-jurídico que determina a relação de direitos e deveres entre o Estado e seus nacionais, não sendo o suficiente para cuidar de questões que fogem do padrão de direitos políticos.

Todavia, apesar da nacionalidade estar estritamente relacionada a ideia de direitos políticos, tem-se que essa é o vínculo que garante e determina a proteção do Estado em relação aos seus indivíduos, sendo a base de toda a sistemática dos Direitos Humanos. Nesse sentido, pode-se dizer que é a nacionalidade o vínculo que remete à obrigatoriedade do Estado em defender e respeitar Direitos Humanos, de modo que não

¹² As noted, rethinking the test as it has been conceived in some cases [...] is likely to prove essential to enable human rights law to keep pace with developments, from digital rights to climate change, which inherently defy notions of aerial or personal physical control.

¹³ [...] as the State of the children's nationality.

utilizar a nacionalidade como um critério para aferição de jurisdição extraterritorial é limitar a obrigatoriedade que o Estado tem em garantir os direitos de seus indivíduos. Aqui, remete-se à compreensão de Hannah Arendt (2012) de que a nacionalidade se trata do "direito a ter direitos". Não se pode, com isso, ignorar o vínculo existente entre o Estado e as crianças, que traça a responsabilidade deste em protegê-las.

Em segundo lugar, para Milanovic, a premissa de que o fator nacionalidade faz com que o Estado seja um ator único para proteger direitos humanos é falsa. Isso porque, uma vez que não exista o vínculo da nacionalidade entre o Estado e o indivíduo, não significa a impossibilidade de ser protegido por aquele Estado. Logo, a França poderia, por exemplo, proteger os direitos de outras crianças que não as francesas - não existe nenhum elemento impeditivo dessa proteção e, inclusive, as forças curdas ficariam satisfeitas em ver outras crianças sendo repatriadas, para além das francesas (MILANOVIC, 2021).

Em seguida, a nacionalidade estaria sendo utilizada como um *burden-shared* elemento para consertar uma situação que necessita de uma ação coletiva. Os campos têm inúmeros problemas políticos e morais, os quais precisam ser cuidados por diversos atores, de maneira que utilizar da nacionalidade como o vínculo que determina esse cuidado não condiz com a universalidade dos direitos humanos. Contudo, respeitosa-mente, permite-se discordar dessa noção. Em que pese a premissa de que a situação dos campos pode ser administrada por diversos atores, o que se tem de fato é que o ator principal a ser responsável pela existência das pessoas naqueles locais é do próprio Estado.

Isto porquê, conforme supra argumentado, o Estado possui uma obrigatoriedade de proteção e garantia de não violação de Direitos Humanos a partir do vínculo da nacionalidade, de modo que defender a vida dos indivíduos e suas condições básicas de sobrevivência trata-se de um dever do Estado. Para além disso, em uma visão mais prática, os outros atores que podem ser envolvidos nessa administração dos campos são, muitas vezes, formados pelos próprios Estados, como Organizações Internacionais. Inferir que outros atores são tão necessários quanto o Estado na atuação da administração dos campos de refugiados é dirimir a responsabilidade deste.

E, por fim, Milanovic (2021) considera a questão de que existem várias formas de se adquirir a nacionalidade, assim como de perdê-la. Utilizar esse fator como a relação jurisdicional entre o Estado e o indivíduo poderia gerar lacunas específicas para alguns grupos, por exemplo, os apátridas.

Ainda que, para alguns, a nacionalidade seja um fator questionável como critério para aplicação da jurisdição, no resultado do presente caso foi um fator fundamental para permitir a proteção das crianças, por meio da sua repatriação. Isso deve ser considerado na proteção dos direitos humanos, em que pese as considerações feitas sobre se basear na nacionalidade como critério em casos de jurisdição extraterritorial (MILANOVIC, 2021). Nesse sentido, é necessário refletir sobre vantagens e prejuízos de se utilizar a nacionalidade como um *threshold criterion* para a jurisdição. Para Raible (2021), não valeria a pena, mesmo quando amplia a proteção internacional dos direitos humanos. Milanovic (2021) também entende que não valeria a pena, entendendo que as crianças precisam sim de ajuda, mas depender da nacionalidade para adquirir tal ajuda poderia levar a um caminho perigoso.

3.3 A CAPACIDADE DO ESTADO

A terceira consideração utilizada pelo Comitê para determinar a jurisdição da França sobre as crianças na região da Síria é a capacidade do Estado de repatriá-las. Ao falar que o Estado francês tem "*capability and power*", o Comitê acaba por utilizar uma abordagem funcional, na visão de Milanovic (2020), que seria "[...] sustentando que a França tem o dever de proteger as crianças porque tem a capacidade de fazê-lo, com base em inúmeros fatores contextuais [...]" (MILANOVIC, 2020, s.p, tradução nossa)¹⁴. Uma abordagem funcional tem o poder de evitar a arbitrariedade, quando bem aplicada, uma vez que, ao ter a possibilidade de proteger direitos humanos, os Estados têm a obrigação de fazê-lo. Entretanto, para Milanovic (2020), tal abordagem não serviria como um *threshold criterion*, uma vez que, "a menos que o inquérito de capacidade seja aplicado com grande rigor, torna-se impossível argumentar de forma persuasiva que uma categoria de pessoas fora das fronteiras do estado merece proteção, enquanto outras não." (MILANOVIC, 2020, s.p, tradução nossa)¹⁵.

O modelo de capacidade da jurisdição, portanto, trata-se de uma abordagem funcional, a qual ajudaria a ampliar as obrigações de direitos humanos dos Estados, principalmente no que diz respeito aos Estados desenvolvidos (RAIBLE, 2021). Contudo, por si só, a capacidade não é o suficiente para determinar a existência da jurisdição, sendo necessária conectá-la a outras formas de aferição da jurisdição, como a devida diligência. De acordo com Raible (2021), "a devida diligência exige que um estado que esteja no controle de uma fonte ou risco de dano ao titular do direito tome medidas razoáveis de cuidado e evite que tal dano ou risco se torne realidade" (RAIBLE, 2021, p. 17, tradução nossa)¹⁶. Devida diligência pode ser, assim, dividido em dois fatores: previsibilidade razoável do dano e capacidade de intervir (RAIBLE, 2021). Entretanto, na decisão do CDC, não é utilizado a capacidade como um elemento da devida diligência e, sim, como um elemento suficiente para determinar a jurisdição do Estado sobre as crianças. Nesse sentido, Raible (2021) explica que a argumentação do CDC poderia ser resumida na seguinte sequência: primeiro, uma situação é descrita como danosa para um indivíduo; em seguida, tem-se um Estado em posição de agir para defender os interesses deste indivíduo; com isso, torna-se suficiente que o Estado tenha a obrigação de agir e de que essa ação do Estado torna-se direito do indivíduo.

Como se vê, o Comitê utiliza a capacidade como uma maneira suficiente para determinar a jurisdição da França sobre as crianças. Se há capacidade de proteger e repatriar as crianças, há jurisdição. Isto é evidentemente problemático, no sentido de que utilizar desse argumento de modo amplo traz questões importantes a serem verificadas. Primeiramente, tem-se que um Estado pode não ser capaz econômica e politicamente de agir, como no caso de Estados não desenvolvidos ou em desenvolvimento, abrindo-se uma lacuna na proteção dos direitos humanos. Em seguida, tem-se que o Estado se torna responsável pela obrigação de agir, isto é, atribui-se responsabilidade ao Estado, o que não condiz com o conceito de jurisdição, como um critério de

¹⁴ [...] holding that France has the duty to protect the children because it has the ability to do so, on the basis of numerous contextual factors.

¹⁵ [...] unless the capacity inquiry is applied with great stringency, it becomes impossible to persuasively argue that one category of people outside the state's borders deserve protection, whereas others do not.

¹⁶ [...] due diligence requires that a state that is in control of a source or risk of harm to the right-holder take reasonable measures of care and prevent said harm or risk from actualising.

admissibilidade. Nas palavras de Raible (2021), "*ought implies can*" torna-se "*can implies ought*" (RAIBLE, 2021, p. 19).

Ademais, para Ollino (2021), a utilização da capacidade pelo Comitê diria respeito à capacidade do Estado de afetar o destino das crianças, sob o argumento de que um Estado com jurisdição sobre um indivíduo tem a obrigação de responder pelos efeitos causados a ele. Contudo, "só porque um Estado tem poder *in abstracto* para influenciar os direitos de seus nacionais, isso não significa que o Estado tenha esse poder efetivamente nas circunstâncias do caso" (OLLINO, 2021, p. 85, tradução nossa)¹⁷. Essa seria a ideia defendida: se jurisdição, na visão do Comitê, diz respeito à capacidade de um Estado em afetar seus nacionais e proteger seus direitos, isso não necessariamente significa que o Estado é responsável por esses efeitos. Como se nota, o Comitê, ao avaliar a admissibilidade do caso no quesito jurisdição, abre margem para uma interpretação a qual já define, preliminarmente, a obrigação da França em repatriar as crianças. Isso causa uma confusão óbvia entre jurisdição, como critério de admissibilidade, e a responsabilidade do Estado francês de ter a obrigação positiva de repatriá-las.

Para se entender o que se quer dizer com atribuição de responsabilidade do Estado, é necessário se remeter aos *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (ARSIWA). Como uma norma secundária de Direito Internacional, o ARSIWA define que " todos os atos internacionalmente ilícitos de um Estado acarretam a responsabilidade internacional desse Estado" (International Law Commission, 2001, tradução nossa)¹⁸. Por sua vez, o ARSIWA determina que há um *internationally wrongful act* quando uma ação ou omissão é (1) atribuída ao Estado diante de uma norma internacional e (2) consiste em uma violação de uma obrigação internacional. Portanto, há a presença de dois elementos, de modo que um Estado é obrigado por uma norma internacional e sua violação gera sua responsabilidade internacional quando a conduta pode ser atribuída a ele. Essa atribuição de conduta é fundamental, desta feita, para se definir a responsabilidade do Estado. Apenas a obrigação gerada pela norma internacional e sua violação não são, por si só, suficientes para definir tal responsabilidade.

No caso perante o CDC, pode se interpretar que há uma responsabilidade por violação da norma internacional direcionada à França no momento da decisão de admissibilidade. Isso porque o Comitê decidiu que a omissão francesa poderia ser (1) atribuída a ela pelo fato dela ser o Estado de nacionalidade das crianças e porque a sua omissão (2) consistiria em uma violação da Convenção do Direito da Crianças por ela ter o *poder e a capacidade* de repatriá-las, estando ciente da sua situação de vida nos campos (CDC, 2021). Essa conclusão é, inclusive, retomada na decisão de mérito de forma contundente:

O Comitê toma nota do argumento do Estado-parte de que não teria capacidade para repatriar as crianças, uma repatriação que dependeria não apenas da vontade do Estado-parte, mas também do acordo das autoridades do nordeste da Síria e das mães das crianças e que seriam afetados por obstáculos à identificação das crianças e à segurança de tais operações. O Comitê reitera aqui sua conclusão sobre a admissibilidade no sentido de que o Estado Parte,

¹⁷ [...] just because a State has power in abstracto to influence the rights of its nationals, this does not mean that the State bears this power effectively in the circumstances of the case.

¹⁸ every internationally wrongful acts of a State entails the international responsibility of that State.

em virtude do vínculo de nacionalidade com as crianças detidas nos campos, das informações que possui sobre as crianças de nacionalidade francesa detidas nos campos, e sua relação com as autoridades sírias, tem capacidade e autoridade para proteger os direitos das crianças em questão, tomando medidas para repatriá-las ou outras medidas consulares. Essa capacidade se reflete no fato de que o Estado parte já repatriou com sucesso mais de trinta crianças francesas sem ter relatado nenhum incidente na execução dessas repatriações ou recusa de cooperação por parte das autoridades de Rojava (CDC, 2022, tradução nossa)¹⁹.

Conforme se vê, o Comitê reitera sua decisão de admissibilidade para confirmar a obrigação da França em repatriar as crianças. Pode-se entender, com isso, que a própria decisão de admissibilidade, preliminarmente, já contava com essa previsão de que a França estaria violando a Convenção por se abster de repatriá-las. Ainda, a França argumentou de que a Convenção não traria nenhuma disposição que conteria uma obrigação positiva de repatriação (CDC, 2022). Nesse sentido, o Comitê considerou que tal obrigação existiria, em razão daqueles mesmos critérios utilizados para se definir a admissibilidade da questão, qual seja o conhecimento da França quanto às condições vividas pelas crianças, e sua capacidade em intervir.

A partir da decisão de mérito, é possível estabelecer uma relação direta entre os elementos utilizados para se definir a admissibilidade do caso como os exatamente mesmos elementos para se determinar a obrigação francesa e, portanto, sua responsabilidade internacional. A existência da jurisdição é um *threshold criterion* para a existência da responsabilidade, de modo que esses conceitos não devem ser intercambiáveis. Porém, quanto a isso, Milanovic (2011) brilhantemente explica que, por vezes, a jurisdição e a atribuição da responsabilidade podem se atrelar de modo que a responsabilidade antecede à jurisdição, de maneira que "atribuição pode realmente ser um pré-requisito ou uma questão preliminar para a existência de jurisdição estatal" (MILANOVIC, 2011, p. 41, tradução nossa)²⁰. Essa confusão pode se dar, primordialmente, em relação a obrigações positivas, uma vez que "mesmo que o ato em questão não seja imputável ao Estado, sua responsabilidade também pode advir de seu descumprimento de obrigações positivas decorrentes de tratados de direitos humanos" (MILANOVIC, 2011, p. 42, tradução nossa)²¹.

¹⁹ Le Comité prend note de l'argument de l'État partie selon lequel il n'aurait pas la capacité de procéder au rapatriement des enfants, rapatriement qui ne dépendrait pas uniquement de la volonté de l'État partie, mais aussi de l'accord des autorités du nord-est syrien et des mères des enfants et qui serait affecté par des obstacles d'identification des enfants et de sécurité des telles opérations. Le Comité reprend ici son constat sur la recevabilité dans le sens où l'État partie, en vertu du lien de nationalité avec les enfants détenus dans les camps, de l'information dont il dispose sur les enfants de nationalité française retenus dans les camps, et de son rapport avec les autorités syriennes, *a la capacité et le pouvoir de protéger les droits des enfants en question, en prenant des mesures pour les rapatrier ou d'autres mesures consulaires*. Cette capacité se reflète dans le fait que l'État partie a procédé déjà au rapatriement avec succès de plus d'une trentaine d'enfants français sans avoir signalé d'incidents dans l'exécution de ces rapatriements ou d'un refus de coopération de la part des autorités du Rojava

²⁰ [...] attribution can actually be a prerequisite or a preliminary question for the existence of state jurisdiction.

²¹ [...] even if the act in question is not attributable to the State, its responsibility, may also arise for its failure to implement positive obligations under human rights treaties.

4. O CASO H. F. AND OTHERS V. FRANCE PERANTE A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, os indivíduos alegaram que vários artigos da Convenção Europeia e do seu Protocolo n. 4 foram violados. Assim, a recusa de repatriamento por parte da França fez com os indivíduos fossem expostos a tratamento desumano, violando seu direito de voltar ao país de origem, sem que nenhum mecanismo fosse disposto a eles para que esse direito estivesse garantido (CtEDH, 2022). À vista dessas alegações, a Corte analisou as comunicações a partir da ótica de jurisdição extraterritorial, no sentido de verificar se a França estaria exercendo jurisdição sobre esses indivíduos de modo que, conseqüente, a Convenção e seu Protocolo seriam aplicáveis.

Para verificar o exercício de jurisdição por parte da França, a Corte iniciou sua análise reafirmando a ideia de que a jurisdição se trata de um critério limiar - um *threshold criterion* -, de modo a ser necessária para que um Estado seja responsabilizado por violações da Convenção. Para a Corte, a noção de jurisdição deve ser compreendida a partir do Direito Internacional Público, de modo que ela é primordialmente territorial, sendo possível, em casos excepcionais, o reconhecimento da jurisdição extraterritorial (CtEDH, 2022). Nessa manifestação, a Corte traz a perspectiva da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, determinando que a "jurisdição" trazida pela Convenção Europeia deve ser interpretada a partir do propósito e contexto desta. Nesse sentido, jurisdição seria territorial e sua extraterritorialidade uma excepcionalidade (CtEDH, 2022).

É demasiado interessante observar que a Corte considera que o propósito e contexto da CtEDH diz respeito a uma ideia de jurisdição meramente territorial, uma vez que essa não dá suporte a uma maior ampliação da noção de Direitos Humanos e proteção de direitos. A extraterritorialidade é fundamental para que seja possível falar-se em garantia de direitos fora do território nacional dos Estados, estando eminentemente relacionada, inclusive, com a universalidade dos Direitos Humanos, em que pese, aqui, tratar-se de análise regionalizada por parte da Corte. Mais interessante ainda é observar que, para se reafirmar a primordialidade da territorialidade da jurisdição, a CtEDH confirma que é possível se falar em extraterritorialidade em casos em que há uma aquiescência, consentimento ou convite do Estado estrangeiro, ou quando a ação ou omissão é cometida por agentes diplomáticos ou consulares, ou ainda quando a ação ou omissão deriva de uma execução firmada em um tratado ou costume. Esses casos de extraterritorialidade citados pela Corte são interessantes porque remetem à decisão do caso *Bankovic*, o qual delimitou a territorialidade da jurisdição, admitindo-se a extraterritorialidade nesses casos específicos. Como se sabe, *Bankovic* foi a decisão que levou à virada de chave na jurisprudência da Corte, no sentido de adotar uma aplicação mais restritiva da jurisdição extraterritorial.

Para mais disso, em sua manifestação, a CtEDH admite que a extraterritorialidade pode ocorrer no caso de controle efetivo do território e/ou sobre pessoas por parte do Estado contratante. Esse controle seria exercido por meio das forças armadas ou por forças administrativas no território estrangeiro, de maneira que, ao violar os direitos previstos na Convenção, durante esse exercício, o Estado seria responsabilizado. Por fim, a Corte relembra que outro critério já foi utilizado na sua jurisprudência para determinar a existência de jurisdição extraterritorial - a interposição de um procedimento

civil perante um tribunal do Estado: "[...] uma vez que uma pessoa intente uma ação cível nos tribunais de um Estado, existe indiscutivelmente, sem prejuízo do resultado do processo, um "vínculo jurisdicional" para efeitos do artigo 1.º [...]" (CtEDH, 2022, p. 61, tradução nossa)²².

Uma vez delimitadas todas essas considerações, a Corte passou ao exame da possibilidade dos indivíduos do caso *H. F. and Others v. France* estarem sob a jurisdição francesa, enquanto estando no território sírio. Desta feita, a CtEDH examinou o caso a partir de três possibilidades de definição de jurisdição: por meio do critério de controle efetivo sobre território e/ou pessoas; por meio da interposição de procedimento judicial doméstico; e por meio da existência do vínculo de nacionalidade entre os indivíduos e o Estado. Foi realizado, com isso, um exame considerando os três elementos, mas, ao contrário da decisão do Comitê dos Direitos das Crianças, esses elementos não seriam concomitantes.

A Corte decidiu, primeiramente, que não haveria jurisdição sendo exercida pela França eis que essa não estaria exercendo controle efetivo sobre o território sírio enquanto os indivíduos lá estão vivendo. Essa consideração foi tomada a partir do fato de que a existência de forças militares francesas é mínima e, ainda, essas não estariam envolvidas na administração dos campos de refugiados. Com isso, a França também não estaria exercendo controle sobre as crianças e suas mães. Ademais, foi alegado pelos aplicantes que poderia ser reconhecido um nexo jurisdicional entre a França e os indivíduos uma vez que o Estado instalou procedimentos judiciais contra as mães em questão, sob a alegação de terrorismo. Contudo, a CtEDH entendeu que esse procedimento judicial e, conseqüentemente, sua alegação, não estariam relacionadas ao caso perante à Corte, de modo a não ensejar a jurisdição extraterritorial.

Por fim, a Corte analisou a questão da nacionalidade como um possível condutor de nexo jurisdicional entre o Estado e os indivíduos. Importante notar que foi a primeira vez, na vasta jurisprudência da Corte, que a questão da nacionalidade foi analisada sob esse prisma. Dessa forma, a Corte considerou, diferentemente da decisão do CDC, que a nacionalidade não seria um elemento suficiente para se determinar a existência da jurisdição, pois, novamente, um controle por parte do Estado não estaria sendo exercido. Segundo a decisão, não há nenhuma norma de Direito Internacional, doméstico, costumeiro ou resolutiva que determine que um Estado tem a obrigação de agir em nome de seus nacionais e repatriá-los: nenhuma norma "[...] exige que o Estado atue em nome de seus nacionais e os repatrie" (CtEDH, 2022, p. 65, tradução nossa)²³.

Por óbvio, o entendimento da Corte de que a nacionalidade não seria um elemento suficiente para determinar a existência da jurisdição extraterritorial é extremamente controverso e não encontra respaldo no presente trabalho. Conforme supra argumentado, a nacionalidade é o vínculo que determina a obrigação do Estado em proteger Direitos Humanos e garantir os direitos de seus nacionais, estando obrigado a não violação desses. A mera universalidade dos Direitos Humanos já é o suficiente para se determinar essas obrigações, não sendo necessária a aplicação (necessariamente) de

²² [...] once a person brings a civil action in the courts or tribunals of a State, there indisputably exists, without prejudice to the outcome of the proceedings, a "jurisdictional link" for the purposes of Article 1.

²³ [...] requires the State to act on behalf of its nationals and to repatriate them.

tratados regionais para que o Estado seja responsável pela defesa dos Direitos Humanos.

Para além disso, mostra-se controverso, bem como, a ideia de que não existem normas internacionais que exigem do Estado a obrigação de agir em nome de seus nacionais, haja vista a ideia básica de que o Estado existe propriamente para tanto. Aqui, é importante compreender que a universalidade dos Direitos Humanos se trata de costume internacional, ensejando a responsabilidade do Estado em protegê-los, para além das próprias normas internacionais e regionais de tratados e convenções que determinam o propósito fundamental dos Direitos Humanos: proteger pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta contribuição, foi promovida uma breve discussão acerca do *caso H. F. and Others v. France* perante o CDC e a CtEDH, no qual se debateu a utilização do modelo de capacidade e nacionalidade para se definir que a França tem jurisdição sobre crianças e mães francesas vivendo em campos na Síria. Nesse sentido, averiguou-se que o Comitê utilizou três elementos principais para se definir a existência jurisdição francesa. O primeiro desses elementos foi o conhecimento da França sobre as condições míseras e desumanas em que estariam vivendo as crianças nos campos. A partir disso, o Comitê avaliou que a França possuía conhecimento amplo acerca dessa situação, tendo sido informada por diversos meios. Ademais, o CDC entendeu que a França teria jurisdição sobre as crianças em razão do vínculo de nacionalidade existente entre o Estado francês e elas. Por fim, o Comitê entendeu que a França teria jurisdição por ter a capacidade e o poder de repatriar as crianças, utilizando, assim, o modelo de capacidade para determinar a existência da jurisdição. A combinação desses três elementos, portanto, é fundamental para se compreender de forma aprofundada a decisão do Comitê.

A decisão do Comitê, como visto, diz respeito à aplicação de um modelo pouco utilizado por Cortes Internacionais, mas presente em decisões de órgãos da ONU. Trata-se de parte de um modelo funcional de jurisdição extraterritorial, o qual, se aplicado corretamente, tem muito a contribuir para a proteção e defesa dos Direitos Humanos. Isso porquê é um modelo que utiliza de questões mais consequencialistas, sendo mais adaptável aos casos concretos, ao contrário do tradicional modelo de controle efetivo sobre territórios ou pessoas.

Em que pese seu potencial contributivo, o modelo nem sempre tem sido aplicado sem grandes dilemas. No caso analisado aqui, foram verificadas críticas acerca dos elementos utilizados para a aferição da jurisdição extraterritorial. Entre essas, ressalta-se as críticas acerca da utilização da nacionalidade como elemento de aferição da jurisdição extraterritorial, haja vista a volatilidade do instituto ao prestar esse papel. Contudo, compreende-se que valeria a pena, sim, basear-se na nacionalidade como um critério possível para aferição de jurisdição extraterritorial. De acordo com o que foi apresentado, pode-se entender que a nacionalidade é um elemento central que permite e obriga o Estado a proteger indivíduos, de maneira que ignorar esse vínculo é evitar a atuação do principal responsável pela garantia de Direitos Humanos. Para mais disso, faz-se necessário enxergar o caso concreto com olhos mais humanizados e universais,

de modo a se pensar que se existem elementos jurídicos suficientes para garantir a proteção de direitos, esses devem ser aplicados de maneira extensiva.

Todas essas questões são essenciais para a compreensão da decisão de maneira crítica e contributiva para a aplicação do modelo da capacidade por órgãos da ONU. Para além disso, é importante entender que o problema com a aplicação do modelo da forma que foi feita vai além dos seus elementos considerados como constitutivos da jurisdição. Um problema identificado por este trabalho trata-se, inclusive, de uma sobreposição existente entre a jurisdição e a ideia de responsabilidade. Como averiguado, o Comitê, na decisão de admissibilidade, constrói seu argumento de modo a permitir interpretações que conduzem a ideia da jurisdição de forma extremamente próxima à de atribuição de responsabilidade. Dessa maneira, ao invés de se ter a jurisdição como mero critério de admissibilidade, tem-se ela como elemento constitutivo da responsabilidade do Estado em repatriar as crianças, ultrapassando sua ideia de aplicação.

Por outro lado, a CtEDH adotou principalmente, como esperado, o critério de controle sobre pessoas e/ou território para definir se haveria um exercício de jurisdição extraterritorial por parte da França. Como visto, de fato não há o que se falar em um controle sendo exercido no território por parte do Estado francês. Todavia, a nacionalidade poderia ter sido utilizada como um critério suficiente para determinar a obrigação do Estado em repatriar as crianças e suas mães. Nesse sentido, faz-se precisa uma crítica mais contundente à atuação da Corte Europeia na sua vasta jurisprudência acerca da jurisdição extraterritorial, no sentido de que essa tem sido considerado de modo extremamente restritivo, indo na contramão dos entendimentos de outros sistemas regionais e do próprio sistema internacional.

O que se tem é que outros órgãos de supervisão de Direitos Humanos têm conseguido dialogar e promover uma ampliação da ideia de jurisdição extraterritorial, corrigindo eventuais lacunas existentes na proteção dos Direitos Humanos. Por sua vez, a CtEDH se distancia cada vez mais desses entendimentos e isola-se quanto à matéria, sendo necessária uma atuação mais incisiva e menos meramente declaratória. Deve-se lembrar que se trata do órgão central de um importante sistema de defesa dos Direitos Humanos, o qual não pode e não deve permanecer aquém dos mecanismos disponíveis para efetiva proteção e garantia de direitos.

REFERÊNCIAS

BESSON, 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, p. 857-884, 2012.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. Decision adopted by the Committee under the Option Protocol, concerning communication No. 3043/2017. *A. S. and Others v. Malta*, 28 de abr. 2021.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. **General comment No. 31 [80]: the nature of the general legal obligation imposed on State Parties to the Covenant**. CCPR/C/31/Rev.1/Add.13, 26 de mai. 2004.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. **General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life**. CCPR/C/GC/36, 30 de out. 2018.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 3042/2017. **A. S. and Others v. Italy**, 27 de jan. 2021.

COMITÊ DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. **Constatations adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant les communications nos 77/2019, 79/2019 et 109/2019**. CRC/C/89/D/77/2019, 23 de fev. 2022.

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 and No. 109/2019**. CRC/C/85/D/109/2019, 2 de nov. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos dos Homens**. Roma, 1950.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Al Jedda v. United Kingdom**. Estrasburgo, 7 de jul. 2011

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Al Skeini and Others v. United Kingdom**. Estrasburgo, 7 de jul. 2011

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Bankovic and Others v. Belgium and Others**. Estrasburgo, 12 de dez. 2001.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Cyprus v. Turkey**. Estrasburgo, 10 de mai. 1982.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Georgia v. Russia**. Estrasburgo, 21 de jan. 2021.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Hassan v. United Kingdom**. Estrasburgo, 16 de set. 2014.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of H. F. and Others v. France**. Estrasburgo, 14 de set. 2022.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy**. Estrasburgo, 23 de fev. 2012.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Loizidou and Others v. Turkey**. Estrasburgo, 28 de jul. 1998.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of M.N. and Others v. Belgium**. Estrasburgo, 5 de mai. 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**. OC 23/17, 15 de nov. 2017.

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 rights Observatory**, 2021. Disponível em: <https://www.childrensrightsobservatory.nl/case-notes/casenote2021-3>. Acesso em 30 de nov. 2022.

FRANCE. **Repatriation of children and mothers from North-East Syria**. **Ministry for Europe and Foreign Affairs of France**, 5 de jul. 2022. Disponível em:

<https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/syria/news/article/repatriation-of-children-and-mothers-from-north-east-syria-05-jul-2022>. Acesso em 30 de nov. 2022.

FRANCE. Syria - Communiqué by the Ministry for Europe and Foreign Affairs. **Ministry for Europe and Foreign Affairs of France**, 15 de mar. 2019. Disponível em: https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/syria/news/article/syria-communique-by-the-ministry-for-europe-and-foreign-affairs-15-03-19?page_courante=1#pagination_ssra. Acesso em 30 de nov. 2022.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Responsibility of States for International Wrongful Acts. **United Nations**, 2001.

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

MINALOVIC, Marko. **Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles and policy**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MILANOVIC, Marko. Repatriating the children of foreign terrorist fighters and the extraterritorial application of Human Rights. **EJIL!Talk**, 10 de nov. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/repatriating-the-children-of-foreign-terrorist-fighters-and-the-extraterritorial-application-of-human-rights/>. Acesso em 30 de nov. 2022.

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

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Genebra, 1989.

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

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José da Costa Rica, 1969.

PIJNENBURG, Annick. H. F. 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 30 de nov. 2022.

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

RIGHTS AND SECURITY INTERNATIONAL. **Abandoned to torture: dehumanising rights violations against children and women in Northeast Syria**, 2021. Disponível em: https://www.rightsandsecurity.org/assets/downloads/Abandoned_to_Torture_-_Final_Report.pdf. Acesso em 30 de nov. 2022.

RIGHTS AND SECURITY INTERNATIONAL. **Europe's Guantanamo: the indefinite detention of European women and children in North East Syria**, 2021. Disponível em: https://www.rightsandsecurity.org/assets/downloads/Europes-guantanamo-THE_REPORT.pdf. Acesso em 30 de nov. 2022.