

# A EFICÁCIA EXTRATERRITORIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A. Sofia Pinto Oliveira\*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.8>

## 1. Introdução

Todas as normas jurídicas conhecem limites quanto ao seu domínio de aplicabilidade – limites temporais e espaciais. Todo o direito é relativo. Vale para um determinado tempo e um determinado espaço.

A norma jurídica, *enquanto puro critério de valoração*, pode não conhecer “limites espaço-temporais ao seu âmbito de aplicabilidade”, porém, o seu conteúdo precativo, a sua capacidade de influir e conformar condutas tem um domínio limitado de *eficácia*, tanto temporal como espacial. Só os factos, as ações, os comportamentos situados na esfera de aplicação da norma podem ser apreciados e conformados por essa mesma norma<sup>1</sup>.

---

\* Professora Auxiliar com Agregação na Escola de Direito da Universidade do Minho. Contacto e-mail: [aspo@direito.uminho.pt](mailto:aspo@direito.uminho.pt). O artigo que aqui se publica corresponde a uma versão resumida do texto apresentado como base da lição que dei, como parte das provas de agregação, na Escola de Direito da Universidade do Minho, em 13 de maio de 2020. Nessas provas – como em muitos outros momentos da minha vida –, a Benedita ajudou-me muito. Incentivou-me, libertou-me de muitas tarefas para que me pudesse concentrar na preparação e foi uma das duas pessoas que leu antecipadamente tudo. Foi com quem mais conversei sobre o tema. Fica aqui este texto em memória agradecida de tempos bons e irrepetíveis.

<sup>1</sup> Valemo-nos aqui, fundamentalmente de João Baptista MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 3-19.

Nesta lição, ocupar-nos-emos dos limites espaciais ao âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais na ordem jurídica portuguesa<sup>2</sup>.

Não obstante a sua vocação universalizante, as normas de direitos fundamentais não escapam àquelas limitações.

O direito português, as normas de direitos fundamentais portuguesas, devem aplicar-se a factos que se encontrem no seu âmbito de aplicabilidade e este é definido, *prima facie*, pelo território nacional – definido no artigo 5º da Constituição e abrangendo quer o espaço aéreo, celeste, quer a faixa de mar correspondente às águas territoriais<sup>3</sup>.

O direito internacional, as normas de direito internacional dos direitos humanos, apesar da sua vocação universal, não são normas que superem uma certa compreensão “estadocêntrica”<sup>4</sup> do Direito. São normas que têm como destinatários os Estados, os “Estados Partes”, a que se referem os instrumentos adotados no quadro da Organização das Nações Unidas, as “Altas Partes Contratantes” a que se refere a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), ou os “Estados-Membros” a que se refere o Direito (primário) da União Europeia. Sempre os Estados – como destinatários principais dos deveres criados por tais normas. Os “direitos humanos”, tal como nós os conhecemos, apesar da sua vocação universalista, não teriam lugar num mundo

<sup>2</sup> O conceito de “direitos humanos” é, frequentemente, utilizado numa aceção mais internacionalista, referindo-se aos direitos presentes nos instrumentos de direito internacional de direitos humanos, adotados ao nível da Organização das Nações Unidas ou do Conselho da Europa, enquanto o conceito de “direitos fundamentais” é, muitas vezes, usado numa aceção restrita, pretendendo abranger apenas os direitos reconhecidos numa ordem constitucional concreta. Aqui usaremos um conceito amplo de direitos fundamentais, cobrindo todos aqueles que são protegidos por normas jurídicas de carácter vinculativo – sejam estas de nível internacional geral, europeu ou estadual. Não ignorando que há diferenças no contexto de partida e nos meios e princípios hermenêuticos aplicáveis, vemos uma linha de continuidade entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos fundamentais de fonte internacional. A Constituição suporta, aliás, em nosso entender, essa continuidade nos enunciados dos artigos 8º e 16º da Constituição Portuguesa.

<sup>3</sup> Jaime VALLE, “O território na Constituição portuguesa de 1976”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 43-57; e Miguel Prata ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2014, pp. 36-37, de onde consta a seguinte “noção contemporânea de ‘território’”: “qualquer parcela do globo terrestre, superficial ou subterrâneo, do espaço aéreo atmosférico ou do espaço celeste extra-atmosférico sobre a qual um Estado disponha de efetiva capacidade de exercício de poder de autoridade, desde que devidamente legitimada pelo Direito Internacional”.

<sup>4</sup> Usando aqui o mesmo termo usado por João Cardoso ROSAS, “O Cosmopolitismo de um Mundo Estadocêntrico”, in Patrícia Jerónimo (org.), *Temas de Investigação em Direitos Humanos para o Século XXI*, Braga, DH-CII, 2016, pp. 155-166, acesso aberto em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47269> [31.07.2022]. Como conclui o autor, “os direitos humanos são o cosmopolitismo de um mundo com estados. Eles não são o cosmopolitismo de um mundo cosmopolita nem simples acomodações dos estados num mundo estadocêntrico” (p. 166).

sem Estados. Eles são o cosmopolitismo possível de um mundo com Estados<sup>5</sup>. Por força das normas de direito internacional aplicável, cada Estado compromete-se a assegurar níveis mínimos de respeito pelos direitos das pessoas que se encontrem submetidas ao seu poder. As fronteiras dos Estados circunscrevem, primariamente, o espaço em que estes realizam as suas funções.

Constatamos, no entanto, hoje, que os Estados são atores cada vez mais móveis, em especial em domínios como o combate ao crime organizado, em particular, ao terrorismo (o terrorismo global), o controlo das fronteiras, a proteção e promoção do ambiente, entre outros. O recurso abundante à externalização da ação dos Estados, em domínios típicos de soberania estatal, que passa a exercer-se – muitas vezes, preferentemente – fora do território e não no interior das suas fronteiras obriga a repensar a vinculação dos Estados aos direitos fundamentais quando estes atuam além-fronteiras<sup>6</sup>.

Daqui decorre um desencontro entre o modo limitado de entender o âmbito de aplicabilidade das normas de direitos fundamentais e a expansão da ação dos poderes públicos<sup>7</sup>.

Como é possível articular tais circunstâncias com um âmbito de aplicabilidade dos direitos fundamentais ancorado num princípio de territorialidade do direito?

Poderá estender-se a aplicabilidade dos direitos fundamentais além das fronteiras territoriais, reconhecendo como possíveis titulares de direitos fundamentais pessoas que não têm aparentemente nenhum vínculo qualificado com o Estado português, desde logo porque não se encontram no respetivo território?

A hipótese de reconhecimento de eficácia extraterritorial aos direitos fundamentais tem vindo a ser equacionada por várias instâncias de controlo do respeito pelos direitos individuais a propósito de diversos - e muito

<sup>5</sup> João Cardoso ROSAS, “O Cosmopolitismo de um Mundo Estadocêntrico”, *op. cit.*, p. 166.

<sup>6</sup> Defendendo um “ajustamento dos termos em que a territorialidade era tradicionalmente concebida, colocando-a em franco diálogo com as situações que convocam pretensões de extraterritorialidade da ação pública”, Dulce LOPES, “A jurisdição extraterritorial dos Estados: entre a tradição e modernidade”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, volume I, Coimbra, Almedina, 2016, p. 1078.

<sup>7</sup> Desencontro explorado do ponto de vista da sociologia jurídica por Gunther TEUBNER, *Verfassungsfragmente - Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlim, Suhrkamp, 2012. Sobre a matéria ver, entre nós, Luís Heleno TERRINHA, *Direitos Fundamentais e Ordem Coletiva - Teorias Não Subjetivistas da Jusfundamentalidade*, Porto, Universidade Católica Editora, 2018, pp. 50-69, E-book acessível em <http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documents/UCEditora/PDF%20Livros/Porto/Direitos%20Fundamentais%20e%20Ordem%20Coletiva.pdf>.

distintos – problemas. O termo “extraterritorialidade” significa, neste contexto, a competência do Estado para criar, aplicar e impor normas de conduta a pessoas que se encontram fora do seu território<sup>8</sup>. Este conceito expansivo de “extraterritorialidade”, no que aos poderes estaduais diz respeito, contrasta com um conceito simétrico que identifica, dentro do território do Estado, espaços imunes (ou quasi-imunes) aos poderes deste, parcelas de território em que o Estado não exerce (plenamente) as suas competências – como sejam, por exemplo, missões diplomáticas estrangeiras sedeadas em Portugal, navios de pavilhão estrangeiros em águas territoriais nacionais<sup>9</sup>. Não é a este conceito de extraterritorialidade ou a esta realidade de contenção dos poderes do Estado territorial que aqui prestaremos atenção.

Trataremos a eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais, entendendo esta como a aplicação de normas de direitos fundamentais a pessoas não fisicamente presentes no território do Estado vinculado por tais normas.

O alcance prático deste tema, atualmente, é demonstrado pelo número crescente de decisões das mais diversas instâncias sobre o mesmo. Aqui teremos presente a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), que tem uma jurisprudência muito rica sobre o tema, motivada por uma multiplicidade de casos, relacionados com intervenções militares no estrangeiro, combate ao crime, operações de proteção de fronteiras realizadas a partir de espaços mais próximos do ponto de partida dos movimentos migratórios e outros<sup>10</sup>.

Esta jurisprudência foi “internalizada” em muitos Estados, sendo particularmente significativo o caso do Reino Unido<sup>11</sup>, em que os tribunais

---

<sup>8</sup> Baseamo-nos aqui na definição de Kamminga, nos termos da qual: “The terms ‘extraterritoriality’ and ‘extraterritorial jurisdiction’ refer to the competence of a State to make, apply and enforce rules of conduct in respect of persons, property or events beyond its territory. Such competence may be exercised by way of prescription, adjudication or enforcement. Prescriptive jurisdiction refers to a State’s authority to lay down legal norms. Adjudicative jurisdiction refers to a State’s authority to decide competing claims. Enforcement jurisdiction refers to a State’s authority to ensure compliance with its laws”. Cf. Menno T. KAMMINGA, “Extraterritoriality”, in Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, volume III, Oxford, Oxford University Press, 2012.

<sup>9</sup> Sobre este conceito e sobre o instituto do “asilos extraterritorial” que se manifesta nesses “enclaves territoriais”, A. Sofia Pinto OLIVEIRA, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de Proteção de um Direito Fundamental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 38-41 e 49-51.

<sup>10</sup> O TEDH publica informação da sua jurisprudência, agregada pelos tópicos mais relevantes e tem uma especificamente dedicada a este assunto: *Factsheet – Extra-territorial jurisdiction of States Parties*, de julho de 2018, disponível em [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Extra-territorial\\_jurisdiction\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_ENG.pdf).

<sup>11</sup> Como afirma Marko MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 6: “UK courts have dealt with the acts of UK armed forces in Iraq under the ECHR and

refletem muito as tendências do Tribunal de Estrasburgo e que foi confrontado com muitos processos relacionados com este problema<sup>12</sup>. Noutros Estados, existiram também casos em que, autonomamente, o problema da conformidade com as normas de direitos fundamentais de uma ação do Estado afetando um não-nacional, não-presente no território nacional foi suscitado<sup>13</sup>.

## 2. Quadro normativo relevante

Partindo do teor literal das Constituições, verificamos que na maioria destas os direitos fundamentais são reconhecidos aos nacionais, com a amplitude máxima, e, com menor abrangência aos não-nacionais, fisicamente presentes no território dos respetivos Estados<sup>14</sup>.

A única Constituição que até agora encontramos que tem um enunciado diferente, que omite a condição da territorialidade, é, curiosamente, a Constituição Polaca, que tem a seguinte formulação: “Qualquer pessoa,

---

the Human Rights Act 1998. In sum, human rights and their universalist premise have become internalized to such an extent that their extraterritorial application is no longer merely a theoretical issue”.

<sup>12</sup> Na sequência do envolvimento militar britânico no Iraque, entre 2003 e 2009, entraram nos tribunais britânicos, até setembro de 2016, 1282 ações, demandando às autoridades britânicas investigações por maus tratos, detenção ilegal e homicídios de cidadãos iraquianos por soldados britânicos, e 903 pedidos de indemnização. Dados retirados de uma decisão de um Tribunal de Recurso britânico (*Al-Saadoon & Ors v. Secretary of State for Defence* [2016] EWCA Civ 811]). “1. British military involvement in Iraq between 2003 and 2009 has given rise to a large number of civil claims before the courts of this jurisdiction, most involving allegations of ill-treatment, unlawful detention and, in some cases, unlawful killing of Iraqi civilians by British soldiers. 3. One group of claims consists of claims for judicial review in which the claimants seek orders requiring the Secretary of State for Defence (‘the Secretary of State’) to investigate alleged human rights violations (‘the public law claims’). There are currently 1,282 public law claims in which the claimants were represented at the time of the hearing before us by Public Interest Lawyers. In addition separate judicial review proceedings have been brought by Yunus Rahmatullah and Amanatullah Ali who are represented by Leigh Day. 4. A second group of claims consists of claims for compensation brought against the Ministry of Defence (‘the private law claims’). There are currently approximately 646 such claims pending, approximately 257 claims having been settled”.

<sup>13</sup> São os Estados Unidos da América que têm uma jurisprudência mais rica neste contexto. Na Alemanha, houve também um conjunto de casos relevantes, essencialmente suscitados na jurisdição administrativa, e envolvendo circunstâncias muito variadas; por exemplo um nacional da Somália, detido por um barco da marinha alemã e entregue às autoridades do Quênia numa operação de prevenção da pirataria, entendia que a detenção e a entrega tinham sido atos ilegais; um nacional do Líbano exigia uma atuação das autoridades alemãs por ataques com drones no território do seu país operados a partir da base militar americana em solo alemão de Ramstein. Sobre estes casos e o seu tratamento pelos tribunais, Timo SCHWANDER, *Extraterritoriale Wirkungen von Grundrechten im Mehrebenensystem*, Berlim, Duncker & Humblot, 2019, pp. 53-59.

<sup>14</sup> Para uma visão global quanto às soluções dos vários Estados no espaço europeu e no espaço lusófono, Maria José Rangel MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa: uma perspectiva constitucional*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 53-75.

sob autoridade do Estado polaco, deve gozar das liberdades e dos direitos garantidos pela Constituição”<sup>15</sup>.

No que à Constituição Portuguesa diz respeito, há um triângulo normativo que, aparentemente, circunscreve o âmbito de titularidade dos direitos fundamentais e que é composto pelos artigos 12º, 14º e 15º da Constituição.

O princípio da universalidade está consagrado no primeiro enunciado da Constituição dedicado aos Direitos e Deveres Fundamentais – artigo 12º, que reza assim: “Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”. É entendimento comum dos autores que este princípio tem uma vocação abrangente, pretendendo afirmar os direitos fundamentais como direitos de todos – e não apenas dos nacionais<sup>16</sup>.

Os artigos 14º e 15º concretizam a titularidade de direitos fundamentais, identificando dois grupos específicos: a titularidade de direitos por nacionais e por não-nacionais.

Nos termos do artigo 14º, os portugueses, mesmo estando fora do território nacional, “gozam da proteção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país”<sup>17</sup>. Portugal aderiu ao sistema da *lex patriae*. Tal significa que “Portugal mantém um vínculo jurídico fundamental com os seus nacionais expatriados, que ficaram sempre presos à pátria pela sua lei pessoal”<sup>18</sup>. A Constituição prefere aqui o elemento pessoal (a cidadania portuguesa) ao elemento

---

<sup>15</sup> Artigo 37º, nº 1, da Constituição da Polónia: tradução nossa, feita a partir da versão inglesa da Constituição, tal como disponibilizada na página do Parlamento: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> [31.07.2022]: “Anyone, being under the authority of the Polish State, shall enjoy the freedoms and rights ensured by the Constitution”.

<sup>16</sup> Neste sentido, entre outros, Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 408; Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 328; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 193; Jorge MIRANDA, “Anotação ao Artigo 12º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 155-156; Jorge Bacelar GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, volume II, Coimbra, Almedina, 2005, p. 1072; Gustavo Gramaxo ROZEIRA, “Universalidade”, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Lisboa, Quid Juris, 2013, pp. 385-386; Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, p. 124.

<sup>17</sup> Exprimindo-se criticamente sobre a redação do artigo 14º – críticas que não acompanhamos – Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, pp. 351-353.

<sup>18</sup> António Marques dos SANTOS, “Quem manda mais – A Residência ou a Nacionalidade?”, in AAVV, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 79-92 (citação da p. 81).

territorial<sup>19</sup>. Esta norma consagra um dever especial de proteção dos direitos fundamentais dos portugueses quando situados no estrangeiro, competindo ao Estado garantir o respeito pelos direitos dos nacionais não-presentes fisicamente no seu território<sup>20</sup>.

Nos termos do artigo 15º da Constituição da República Portuguesa, “os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português”. Esta norma refere-se, em particular, ao gozo de direitos fundamentais por não-nacionais e nela se verte um princípio de equiparação ou de (tendencial) igual tratamento<sup>21</sup>. Na enunciação deste princípio da equiparação, explicita-se uma condição de territorialidade para a invocação de iguais direitos por parte de não-nacionais.

Esta mesma condição foi desenvolvida num acórdão do Tribunal Constitucional, em que estava em causa a concessão de apoio judiciário a um cidadão angolano, que fora titular da nacionalidade portuguesa e servira o Estado Português, como funcionário da Administração Pública ultramarina, e que pretendia o acesso àquele sistema de apoio judiciário, por carência de meios económicos suficientes, de modo a poder suportar as despesas judiciais inerentes à efetivação da tutela jurisdicional do direito à aposentação<sup>22</sup> – nos seguintes termos: “O próprio texto constitucional, ao reconhecer aos estrangeiros e apátridas equiparação aos cidadãos nacionais no que se refere aos direitos que estes gozam e aos deveres a que se encontram sujeitos, subentende que se encontrem em Portugal ou no nosso País residam. Dir-se-á que para se obter o *tratamento nacional* de que falam Gomes Canotilho e Vital Moreira[,] isto é, ‘um tratamento pelo menos tão favorável como o concedido ao

<sup>19</sup> Situações que Miguel Prata Roque qualifica como sendo “manifestações de ‘*eficácia pessoal*’, que dispensam qualquer conexão direta com o território estadual”, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2014, p. 212. Jorge Pereira da SILVA identifica aqui um “princípio da pessoalidade dos direitos e dos deveres fundamentais dos portugueses”, em “Anotação ao Artigo 14º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 180.

<sup>20</sup> Seguimos aqui de perto Jorge Pereira da SILVA, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 135-139. Do mesmo autor, também sobre o artigo 14º e as obrigações decorrentes para o Estado, em particular, pela via da proteção diplomática, com críticas a acórdãos dos tribunais administrativos na matéria, “Anotação ao Artigo 14º”, *op. cit.*, pp. 192-193.

<sup>21</sup> Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, pp. 351-353; Jorge Pereira da SILVA, *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, p. 98.

<sup>22</sup> Sobre a sujeição a prazo de caducidade para o exercício de um tal direito à aposentação pronunciou-se o acórdão do Tribunal Constitucional nº 554/2003, de 12 de novembro.

cidadão do país, designadamente no que respeita a um certo número de direitos fundamentais’, se exige uma ligação, que não seja meramente esporádica ou fortuita, com o território e a comunidade nacionais” – acórdão do Tribunal Constitucional nº 365/2000, de 5 de julho.

Num outro acórdão do mesmo Tribunal, referente ao reconhecimento do estatuto de “deficiente das Forças Armadas”, há a mesma atenção perante aqueles cujo vínculo de nacionalidade com Portugal se tornou pretérito, no quadro da descolonização. Em todo o acórdão, discute-se a possibilidade de “estrangeiros residentes” poderem beneficiar de tal estatuto, mas nunca a possibilidade de “estrangeiros não-residentes” também dele poderem beneficiar. Aí se lê que: “[N]ão se pode deixar de considerar que, tendo em conta as condições em que se tornaram deficientes numa época em que possuíam a nacionalidade portuguesa e as circunstâncias em que perderam essa mesma nacionalidade, a discriminação dos estrangeiros residentes em Portugal operada pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 43/76, na medida em que reserva a cidadãos portugueses o gozo dos direitos a que se referem os artigos 4º, 5º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º (salvo no que se refere à preferência no provimento em funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico), 15º e 16º do mesmo diploma, se tem de considerar como colidente com o princípio de justiça inerente a um Estado de direito democrático, não justificada nem pela necessidade nem pela adequação, e, conseqüentemente, como arbitrária e desproporcionada, importando violação do princípio de equiparação constante do artigo 15º, nº 1, da Constituição” – acórdão do Tribunal Constitucional nº 423/2001, de 9 de outubro.

Na jurisprudência do mesmo Tribunal<sup>23</sup>, mais recente, sobre a prestação não-contributiva do Rendimento Social de Inserção e os requisitos para a sua obtenção por estrangeiros residentes, nomeadamente, no que se refere ao período de residência prévia exigido, esta questão não foi alargada (nem

---

<sup>23</sup> Muitos dos acórdãos do Tribunal Constitucional sobre o princípio da equiparação ligam-se, diretamente, a questões relacionadas com o acesso a determinadas profissões que estava regulado de modo restritivo, afastando a possibilidade de (alguns) não-nacionais poderem exercê-las. É o caso do acórdão nº 255/2002, de 12 de junho, sobre o exercício da atividade de segurança privada; do acórdão nº 345/2002, sobre a profissão de educador de infância e professor do ensino básico e secundário; e ainda do acórdão nº 96/2013, de 19 de fevereiro, sobre a profissão de marítimo.

poderia ter sido, dada a natureza do problema em causa) à titularidade de direitos fundamentais por estrangeiros não-residentes<sup>24</sup>.

Analisada a jurisprudência do Tribunal Constitucional<sup>25</sup>, verificamos que, em nenhum acórdão se tratou especificamente o problema da titularidade de direitos fundamentais face ao Estado português por estrangeiros que não se encontrem em território nacional, sendo que apenas no acórdão nº 365/2000 se passou tangencialmente por esta questão, ao interpretar a condição de territorialidade como a exigência de um mínimo de conexão necessário para ativar o princípio da equiparação.

Também relevante para a questão que tratamos é, a nosso ver, o artigo 18º, nº 1, da Constituição, na parte em que prevê a vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais como direitos de todos. Tendo adotado como perspetiva de análise a eficácia extraterritorial das normas de direitos fundamentais na atuação dos poderes estaduais, esta vinculação não pode deixar de se reconhecer como relevante. Sendo as entidades públicas as primeiras destinatárias das normas constitucionais nesta matéria, independentemente do modo e do lugar de atuação escolhido, esta vinculação impõe-se.

A Constituição é a âncora fundamental a partir da qual se impõe analisar a eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais, mas o problema da possibilidade de invocação de direitos fundamentais por não-nacionais ausentes do território nacional, pode também pôr-se (e tem-se posto) em relação aos direitos fundamentais a que o Estado se vinculou através de instrumentos supranacionais, como os Tratados internacionais de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) ou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

---

<sup>24</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional nº 296/2015, de 25 de maio, com destaque para a declaração de voto do Conselheiro Pedro Machete, onde se discute o princípio da equiparação e a margem de conformação legislativa que este consente, mas não se toca o problema da eventual titularidade de direitos por não-nacionais não-residentes.

<sup>25</sup> Sobre esta ver Ana Luísa PINTO e Mariana CANOTILHO, “O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 234 e ss., e também o Relatório do Tribunal Constitucional Português, da autoria de Pamplona de Oliveira, “A Jurisprudência constitucional sobre o cidadão estrangeiro”, 2008, acessível em [http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202\\_trilateral2008.pdf](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2008.pdf).

Tendo a Carta um âmbito de aplicação específico, nos termos do artigo 51º da mesma<sup>26</sup>, cumpre analisá-la separadamente. Para já trataremos das obrigações internacionais que decorrem das convenções internacionais<sup>27</sup>.

As obrigações de respeito pelos direitos que decorrem destas Convenções abrangem que pessoas?

A determinação do âmbito de titularidade das Convenções depende do sentido e alcance de cada um dos instrumentos.

Nos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, negociados e adotados no quadro das Nações Unidas e do Conselho da Europa, a determinação do respetivo âmbito de aplicação gira em torno do conceito de “jurisdição” – embora de modos ligeiramente diferentes.

Começando pela CEDH, de 1950, o respetivo âmbito de aplicação é definido no artigo 1º da Convenção nos seguintes termos: “As Altas Partes Contratantes reconhecem *a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição* os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção” (itálicos nossos)<sup>28</sup>. A interpretação desta fórmula, exclusivamente assente no conceito de jurisdição, e a relevância e conexão que ela apresenta com o território dos Estados tem sido objeto de uma fecunda jurisprudência do TEDH, que trataremos mais desenvolvidamente *infra*.

No Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no artigo 2º, pode ler-se que: “Cada um dos Estados-Signatários no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os *indivíduos que se encontrem no seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição*, os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem distinção alguma de raça, cor, sexo, língua, religião,

<sup>26</sup> Sobre este, em geral ver A. Sofia Pinto OLIVEIRA, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Âmbito de Aplicação: Direitos e Princípios*, Lisboa, Petrony, 2018, pp. 25-86.

<sup>27</sup> Omitiremos, neste contexto, a referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, porque não tendo esta, formalmente, força vinculativa, não dispõe de cláusulas que definam o seu próprio âmbito de aplicação. Na ordem jurídica portuguesa, a Declaração é parâmetro de interpretação e integração dos “preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais” (artigo 16º). Tal significa que o seu âmbito de aplicação se define por referência àqueles preceitos. Sobre a Declaração e o seu valor, Jorge Bacelar GOUVEIA, “A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa”, in AAVV, *Novos Estudos de Direito Público*, Lisboa, Âncora Editora, 2002, pp. 44 e ss.; e IDEM, *Manual de Direito Constitucional*, volume II, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 1082 e ss.; Paulo OTERO, “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, *O Direito*, 1990, pp. 603 e ss.

<sup>28</sup> Sobre as origens desta disposição, tem muito interesse ler os “Travaux Préparatoires de l'article 1er de la Convention européenne des Droits de l'Homme”, hoje acessíveis pela Internet através de [https://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_TravPrep\\_Table\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf) [31.07.2022].

opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social” (itálicos nossos). Sobre esta norma, o Comité dos Direitos Humanos pronunciou-se nos seus Comentários Gerais, tendo entendido que o conceito de jurisdição aparece ligado por uma partícula copulativa com o conceito de território, mas a presença no território e a sujeição a jurisdição devem entender-se como condições alternativas (e não cumulativas) de aplicabilidade do Pacto<sup>29</sup>. Ou seja, podem valer-se dos direitos previstos no Pacto tanto os indivíduos que se encontrem no território como ainda outros que, não se encontrando fisicamente no território, possam considerar-se sujeitos à respetiva jurisdição<sup>30</sup>.

No Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966, não encontramos qualquer referência ao âmbito de aplicação das respetivas normas, mas no Protocolo Facultativo ao Pacto, de 2008, que prevê o direito de queixa ao Comité, pode ler-se, no artigo 2º, que: “As comunicações podem ser submetidas *por ou em nome de indivíduos ou grupos de indivíduos, sob a jurisdição de um Estado Parte*, que aleguem serem vítimas de uma violação, por esse Estado, de qualquer um dos direitos económicos, sociais e culturais enunciados no Pacto”. Esta norma não visa delimitar o alcance das obrigações que decorrem para os Estados daquele Pacto, mas constitui mera condição de admissibilidade das queixas ou comunicações individuais.

Noutros instrumentos nucleares criados no quadro da Organização das Nações Unidas, por exemplo, na Convenção sobre os Direitos da Criança, lê-se que: “Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção *a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição*” (itálicos nossos), não se fazendo qualquer referência

<sup>29</sup> Comentário Geral nº 31 do Comité dos Direitos Humanos, *General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, acessível em <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html> [31.07.2022]. Leia-se especificamente o conteúdo do ponto 10: “States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party”.

<sup>30</sup> Na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias, de 1990, que Portugal não ratificou, segue-se de perto a formulação do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aplicando-se a “todos os trabalhadores migrantes e membros das suas famílias, *que se encontrem no seu território ou sujeitos à sua jurisdição*”, mas substituindo a conjunção copulativa do Pacto por uma disjuntiva: *ou*.

expressa ao território, solução semelhante à adotada no quadro da Convenção Europeia. O elemento territorial está presente, de modo especialmente marcado na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, no artigo 3º – onde pode ler-se: “Os Estados Partes condenam especialmente a segregação racial e o apartheid e obrigam-se a prevenir, a proibir e a eliminar, *nos territórios sob sua jurisdição*, todas as práticas desta natureza” (itálicos nosso). A Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Degradantes ou Desumanos (artigo 2º) determina o alcance das obrigações para os Estados Partes através de uma forma especialmente abrangente, estabelecendo-se no artigo 5º, uma pluralidade de elementos alternativos de conexão relevantes: (1) tratar-se de ação praticada “em qualquer território sob a sua jurisdição ou a bordo de uma nave ou navio registados nesse Estado”, (2) ser o autor da infração nacional do Estado-parte, (3) ser a vítima nacional do Estado-parte e entender este ser adequado chamar a si a competência para a apreciação dos factos<sup>31</sup>. Na linha do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, na Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres ou na Convenção para a Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, não há preceitos que delimitem o respetivo âmbito de aplicação, mas nos respetivos Protocolos Facultativos, que preveem o direito de queixa aos Comitês, encontram-se cláusulas de jurisdição<sup>32</sup>.

Podemos, pois, concluir, que, nos instrumentos de proteção de direitos humanos, o âmbito de aplicabilidade dessas normas – quando se define expressamente - se delimita através de fórmulas diferentes, umas mais abrangentes – de que é expoente máximo a Convenção contra a Tortura – outras de modo mais restrito.

Estas cláusulas das convenções internacionais para proteção de direitos humanos existem, primeiramente, com o propósito de delimitar as obrigações internacionais dos Estados que decorrem da sua vinculação a tais instrumentos e, em segunda linha, servem também o objetivo de conter a atividade dos

<sup>31</sup> Sobre estas, Manfred NOWAK e Elizabeth McARTHUR, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, 2008.

<sup>32</sup> Artigo 2º do Protocolo Adicional à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e artigo 1º do Protocolo Opcional à Convenção para a Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

órgãos a quem compete garantir o respeito por tais instrumentos ao estrito domínio de aplicabilidade de tais convenções internacionais.

Importa, no entanto, ter presente que, para o problema que aqui nos convoca – saber se as normas de direitos fundamentais têm eficácia extra-territorial na ordem jurídica portuguesa –, essas fórmulas não têm um valor determinante. Não pode perder-se de vista que, a partir do momento em que o Estado Português se vincula a uma convenção internacional, esta passa a vigorar na ordem jurídica interna, por força do artigo 8º da Constituição e passa também a integrar o domínio das normas de direitos fundamentais, por força do artigo 16º da Constituição<sup>33</sup>. Não teria sentido defender que os instrumentos internacionais de proteção pudessem ter um âmbito de aplicação mais restrito do que aquele que é garantido pelo princípio da universalidade no artigo 12º da Constituição.

No Direito da União Europeia, a abordagem ao problema é diferente. O instrumento especialmente vocacionado para a proteção de direitos fundamentais é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, embora esta não esgote as obrigações da União em matéria de direitos fundamentais. O *standard* de proteção de direitos fundamentais da União inclui, além da Carta, a CEDH e as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros<sup>34</sup>. A vinculação a normas de direitos fundamentais, *maxime*, à Carta, no quadro da União Europeia é o resultado de um processo em que o alargamento progressivo da ação da União, quer diretamente, quer sobretudo através dos Estados-membros, veio tornar premente essa necessidade<sup>35</sup>. Ora, esse

---

<sup>33</sup> A. Sofia Pinto OLIVEIRA, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de Proteção de um Direito Fundamental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 168-179; Ana Raquel MONIZ, *Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância – Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 217; Jónatas MACHADO, *Direito Internacional – Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 180.

<sup>34</sup> Artigo 6º do Tratado da União Europeia e artigo 53º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sobre esta última, ver Mariana CANOTILHO, “Comentário ao artigo 53º”, in Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 606-624.

<sup>35</sup> Ver, neste sentido, entre outros, Martin Borowsky, “progressivamente, foram sendo acrescentando sempre novos objetivos e novas competência à União Europeia, que foi ganhando novas atribuições e competências a cada revisão dos Tratados. Este processo dinâmico teve como consequência o aumento dos perigos para os direitos e as liberdades dos cidadãos, como sucede, por exemplo, em consequência da cooperação em matéria penal. Na prática, não existem ‘secteurs exclus’, nenhum domínio da vida está totalmente excluído dos poderes de Bruxelas. Este aumento de poder exige que se imponham limites” (tradução nossa). Martin BOROWSKY, “Die Grundrechtecharta als normatives Fundament der Europäischen Union”, in AAVV, *Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*, Verlag für Sozialwissenschaften, 2010, p. 148.

alargamento tem tido, ao longo do tempo, dimensões e direções diversas. Uma delas é a territorial. Há diversos domínios em que a União Europeia atua com pretensões de extraterritorialidade. São exemplos disso a área das pescas<sup>36</sup>, das alterações climáticas<sup>37</sup> ou mesmo da proteção de dados pessoais<sup>38</sup>. Sempre que, num dado domínio, o Direito da União Europeia se aplique extraterritorialmente, a Carta também se aplica<sup>39</sup>. A simplicidade desta afirmação é aparente. Como a jurisprudência do Tribunal de Justiça bem evidencia, é muito difícil determinar se e quando os Estados aplicam o Direito da União, logo, também o âmbito de aplicação da Carta permanece envolto em dúvidas.

No que à Carta diz respeito, o que importa reter é o seguinte: a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é aplicável ao Estado Português, bem como a todos os Estados-membros da União apenas quando – mas sempre que – estes apliquem o Direito da União Europeia. Sempre que haja aplicação extraterritorial do Direito da União Europeia, a Carta projetará também a vinculação da Carta no mesmo plano. As dificuldades inerentes à determinação do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – resultantes do artigo 51º da Carta e da interpretação errática que dele é feita pelo Tribunal de Justiça da União Europeia – não nos parece que assumam aqui assinaláveis diferenças. Sendo o elemento de conexão com a Carta o Direito da União Europeia, a dificuldade é – aqui como noutros casos – a identificação do domínio de aplicação do Direito da

<sup>36</sup> O Tribunal de Justiça, no caso *Kramer*, entendeu que “embora o artigo 5.º do Regulamento n.º 2141/70 apenas seja aplicável a uma zona de pesca geograficamente delimitada, resulta contudo do artigo 102.º do acto de adesão, do artigo 1.º do referido regulamento e, aliás, da própria natureza das coisas, que a competência regulamentar *ratione materiae* da Comunidade é igualmente extensiva — na medida em que uma competência análoga pertence aos Estados por força do direito internacional público — à pesca de alto mar”. Acórdão do Tribunal de Justiça *Kramer*, de 14 de junho de 1976, processos 3/76, 4/76 e 6/76, § 30.

<sup>37</sup> Nesta área, a legislação da União é bastante expansiva, aplicando-se, por exemplo, a legislação que limita a emissão de gases para a aviação civil em voos procedentes de fora da União e aterrando na União e vice-versa. Quando companhias aéreas americanas suscitaram o problema da eventual incompatibilidade de tais imposições à luz do direito internacional, a resposta do Tribunal de Justiça foi no sentido de afirmar a extraterritorialidade do direito da União. Acórdão do Tribunal de Justiça, *ATA*, de 21 de dezembro de 2011, processo C-366/10, §§ 124-129.

<sup>38</sup> Ver, sobre esta, a tese de doutoramento, apresentada na Universidade Nova de Lisboa, por Maria da Graça Canto MONIZ, *A Extraterritorialidade do Regime Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia: Manifestações e Limites*, 2018, policopiada.

<sup>39</sup> Violeta MORENO-LAX e Cathryn COSTELLO, “Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model”, in Steve Peers *et al.* (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford, Hart, 2014, pp. 1657-1683.

União. Uma vez assumido este, a Carta seguirá o Direito da União como sua sombra<sup>40</sup>. Nenhuma atividade extraterritorial regulada pelo Direito da União Europeia deverá escapar às obrigações que decorrem da Carta.

### 3. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

A jurisprudência do TEDH foi a que mais intensamente se ocupou com o problema da eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais<sup>41</sup> (sendo até, em muitos Estados, os casos surgidos em instâncias domésticas reflexos diretos de decisões do Tribunal de Estrasburgo<sup>42</sup>).

O primeiro conjunto de casos suscitados neste domínio referiram-se à violação de direitos previstos na Convenção por parte da Turquia no território do Norte do Chipre ocupado pelas autoridades turcas – ocupação não reconhecida do ponto de vista do Direito Internacional<sup>43</sup>. A Turquia usou sempre como argumento de defesa perante o Tribunal a circunstância de não haver competência *ratione loci* para apreciar eventuais violações de direitos humanos aí cometidas, porque não haviam sido cometidas em território nacional turco, pelo que entendia que não podia ser responsabilizada por atos aí praticados<sup>44</sup>. A posição do Tribunal sempre foi, no entanto, no sentido de entender que a Alta Parte Contratante (no caso, a Turquia) está obrigada a garantir os direitos previstos na Convenção “a toda a pessoa que

<sup>40</sup> Retomamos aqui a famosa expressão de Koen LENAERTS e José Antonio GUTIERREZ-FONS, nos termos da qual a Carta é a “shadow” of substantive EU rules”. Ver dos autores, “The constitutional allocation of powers and general principles of EU law”, *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, p. 1568.

<sup>41</sup> Para essa visão abrangente, leia-se Bernardette RAINEY *et al.*, *Jacob, White & Ovey, The European Convention on Human Rights*, 6ª edição, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 89-97 e, de forma mais sucinta, David HARRIS *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3ª edição, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 99-102.

<sup>42</sup> É especialmente notório a este respeito o caso do Reino Unido, que já referimos *supra*.

<sup>43</sup> Acórdãos *Loizidou contra a Turquia*, objeções preliminares, nº 15318/89, de 23 de março de 1995; *Chipre contra a Turquia*, [GC], nº 25781/95, 10 de maio de 2001; *Manitaras e Outros contra a Turquia*, (dec.), nº 54591, 3 de junho de 2008.

<sup>44</sup> Decisão da Comissão Europeia dos Direitos Humanos, no caso *Chipre contra a Turquia*, processo nº 25781/94, de 28 de junho de 1996. Usamos aqui a tradução feita por Maria da Assunção Vale PEREIRA, “Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, p. 287.

releve efetivamente da sua autoridade e da sua responsabilidade, quer essa autoridade se exerça no seu território quer no estrangeiro<sup>45</sup>.

O segundo conjunto de casos envolve ação militar fora do território nacional<sup>46</sup>.

O acórdão *Bankovic* é, normalmente, referido como um marco a este propósito. Em 1999, seis nacionais da República Federal da Jugoslávia apresentaram queixa contra a Bélgica, a República Checa, a Dinamarca, a França, a Alemanha, a Grécia, a Hungria, a Islândia, a Itália, o Luxemburgo, a Holanda, a Noruega, a Polónia, Portugal, Espanha, Turquia e Reino Unido – Estados que são, simultaneamente membros da NATO e partes na CEDH<sup>47</sup>. Os factos que motivaram esta ação junto do TEDH foram os seguintes. Na sequência da crise do Kosovo, a 23 de março de 1999, a NATO anunciou que iria lançar uma operação militar no território da antiga Jugoslávia. A 23 de abril de 1999, às duas da manhã, um míssil lançado a partir de um avião da NATO atingiu o edifício da Radiotelevisão sérvia, em Belgrado. O bombardeamento provocou dezasseis mortos e dezasseis feridos graves, tendo matado familiares diretos de cinco dos requerentes e ferido o sexto<sup>48</sup>.

A queixa fundava-se, pois, na violação dos artigos 2º (direito à vida), 10º (liberdade de expressão) e 13º (direito ao recurso efetivo), todos da CEDH. A grande questão que foi tratada neste acórdão prende-se com o artigo 1º da Convenção, no qual se basearam os Estados demandados, ou seja, invocaram que os requerentes e os seus familiares falecidos não se encontravam sob a jurisdição daqueles Estados. A Comissão veio a considerar, num acórdão de 12 de dezembro de 2001, que, em princípio, a competência, a “jurisdição” de um Estado, para este fim, se determina pelo respetivo território – “o artigo 1º da Convenção deve ser reconhecido como refletindo essa noção comum e essencialmente territorial de jurisdição, sendo outras bases de jurisdição

<sup>45</sup> Decisão da Comissão Europeia dos Direitos Humanos, no caso *Chipre contra a Turquia*, processo nº 25781/94, de 28 de junho de 1996. Usamos aqui a tradução feita por Maria da Assunção Vale PEREIRA, “Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário”, *op. cit.*, p. 287.

<sup>46</sup> A estes acórdãos se dedica extensamente Maria da Assunção Vale PEREIRA, “Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário”, *op. cit.*, pp. 289-308.

<sup>47</sup> Acórdão do TEDH, *Bankovic e Outros contra Bélgica e Outros* (dec) [GC], nº 52207/99, 12 dezembro 2001.

<sup>48</sup> Ver também, sobre esta decisão, entre nós, Dulce LOPES, “A jurisdição extraterritorial dos Estados: entre a tradição e modernidade”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, volume I, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 1089-1090.

excepcionais e exigindo especial justificação nas circunstâncias particulares de cada caso<sup>49</sup>. Na perspetiva da Comissão, só há exercício extraterritorial da competência de um Estado se houver controlo efetivo sobre um território situado além das fronteiras do Estado e sobre os seus habitantes, em situação de ocupação militar ou em virtude de consentimento dos governos locais<sup>50</sup>. A Comissão deu razão aos Estados e afirmou que não existia ligação relevante para efeitos de aplicação da Convenção entre as vítimas dos bombardeamentos e os Estados demandados<sup>51</sup>. Consequentemente, considerou a queixa inadmissível, não tendo procedido à análise do seu mérito. Esta decisão mereceu duras críticas<sup>52</sup>.

Mais tarde, o TEDH foi confrontado com várias queixas apresentadas na sequência da invasão do Iraque pelos Estados Unidos da América, em 2003, no âmbito da chamada Guerra Global contra o Terrorismo, lançada após o ataque às Torres Gémeas, em Nova Iorque, de 11 de setembro de 2001, e em que o Reino Unido também interveio militarmente. A Coligação que efetuou essa invasão destituiu o governo de Saddam Hussein e assumiu a administração provisória no território, dividindo-o em várias regiões e tendo o Reino Unido assumido a zona sul. No acórdão *Al-Skeini*, os autores da queixa ao TEDH<sup>53</sup> foram seis iraquianos, cujos familiares haviam sido mortos por militares britânicos - em circunstâncias que, no entender dos autores das queixas, familiares das vítimas, o Reino Unido não apurara devidamente - o que constituiria uma violação do artigo 2º da CEDH, onde o direito à vida se encontra previsto.

O Reino Unido defendeu-se desta queixa perante o TEDH, invocando a jurisprudência *Bankovic*, nos termos da qual o dever de os Estados

<sup>49</sup> Acórdão do TEDH, *Bankovic e Outros contra Bélgica e Outros* (dec) [GC], nº 52207/99, 12 dezembro 2001, § 61. Mais uma vez nos valem da tradução de Maria da Assunção Vale PEREIRA, “Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário”, *op. cit.*, p. 290.

<sup>50</sup> Acórdão do TEDH, *Bankovic e Outros contra Bélgica e Outros* (dec) [GC], nº 52207/99, 12 dezembro 2001, § 71.

<sup>51</sup> Acórdão do TEDH, *Bankovic e Outros contra Bélgica e Outros* (dec), § 82.

<sup>52</sup> Entre nós, Maria da Assunção Vale PEREIRA, “Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário”, *op. cit.*, pp. 290-292. Ver também Rick LAWSON, “Life after Banković: The extraterritorial application of the European Convention on Human Rights”, in Fons Coomans e Menno Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antuérpia, Intersentia, 2004, pp. 83-124. O autor defende que deve haver responsabilização do Estado por danos além-fronteira sempre que se consiga estabelecer uma relação de causalidade entre a ação do Estado e os danos sofridos por outrem - nacional ou estrangeiro - além-fronteiras.

<sup>53</sup> Acórdão do TEDH, *Al-Skeini e Outros contra o Reino Unido* [GC], nº 55721, 7 de julho de 2011.

garantirem os direitos previstos na CEDH se projeta, primariamente, no respetivo território e só excepcionalmente vai além deste<sup>54</sup>. Ora, segundo o Reino Unido, em nenhum momento foi exercido controlo pleno e exclusivo sobre nenhuma parte do território iraquiano<sup>55</sup>. O TEDH entendeu, porém, que, “após o derrube do regime baathista e até à instauração do governo interino, o Reino Unido assumiu no Iraque (juntamente com os Estados Unidos) certas prerrogativas de poder público que são normalmente as de um Estado soberano, em particular o poder e a responsabilidade da manutenção da segurança no sudeste do país”<sup>56</sup>. Consequentemente, exerceu poder e controlo sobre os familiares dos autores da queixa, vindo a concluir que o Reino Unido estava efetivamente obrigado pela Convenção a uma investigação completa e independente quanto às circunstâncias daquelas mortes – como o exige o artigo 2º da Convenção – e que, em relação a cinco dos seis queixosos, aquela não fora efetivamente feita<sup>57</sup>.

Num terceiro tipo de casos, temos situações em que a ação externa do Estado visa a prevenção e repressão de crimes. Assim sucedeu no caso que deu origem ao acórdão *Medvedyev e outros contra a França*<sup>58</sup>.

Em 2002, um grupo de nove pessoas de nacionalidades diferentes apresentou uma queixa junto do Tribunal de Estrasburgo contra a França. Os nove autores da queixa eram membros da tripulação de um barco registado no Cambodja e existia a suspeita de que o barco estava a ser usado para o transporte de grandes quantidades de droga, que teriam como destino a Europa. Depois de um conjunto de diligências diplomáticas, a França decidiu avançar com uma fragata da Marinha com o objetivo de interceptar e inspecionar o barco suspeito. A Marinha francesa encontrou a embarcação ao largo de Cabo Verde. Nesse momento dá-se um conjunto de peripécias - entre outras

<sup>54</sup> Acórdão do TEDH, *Al-Skeini e Outros contra o Reino Unido* [GC], nº 55721, 7 de julho de 2011§109.

<sup>55</sup> Na mesma linha, haviam decidido os tribunais britânicos previamente, conforme é relatado no próprio acórdão, §§ 72-87.

<sup>56</sup> Acórdão do TEDH, *Al-Skeini e Outros contra o Reino Unido* [GC], nº 55721, 7 de julho de 2011, § 149, tradução retirada de Maria da Assunção Vale PEREIRA, “Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário”, *op. cit.*, p. 293.

<sup>57</sup> Acórdão do TEDH, *Al-Skeini e Outros contra o Reino Unido* [GC], nº 55721, 7 de julho de 2011, § 177. Este acórdão e a jurisprudência nele firmada foi também seguida nos acórdãos *Al-Sadoon e Mufidhi contra o Reino Unido*, nº 61498/08, de 2 de março de 2010; *Al-Jedda contra o Reino Unido* [GC], nº 27021/08, 7 de julho de 2011, *Hassan contra o Reino Unido*[GC], nº 29750/09, 16 de setembro de 2014.

<sup>58</sup> Acórdão do TEDH, *Medvedyev e outros contra a França*, [GC], nº 3394/03, de 23 de março de 2010.

reações, a tripulação atira ao mar um conjunto de pacotes, um dos quais foi recuperado pela França e continha 100 quilos de cocaína – e a França consegue que a embarcação pare, consegue entrar a bordo e inspecioná-la. Usam armas de fogo para abrir portas cerradas e, perante a desobediência de um dos membros da tripulação, disparam um tiro de aviso para o chão, que faz ricochete e vem a ter como resultado a morte do tripulante. A tripulação foi depois obrigada pela Marinha francesa a recolher às cabines da embarcação suspeita e seguiu viagem até ao porto francês de Brest, sempre escoltada pela Marinha francesa. A viagem durou 13 dias. O TEDH considerou, unanimemente, que, durante esses treze dias que a viagem durou, os tripulantes estiveram detidos sob autoridade francesa. O Tribunal considerou também, por maioria, que essa detenção foi ilegal e contrária ao artigo 5º da CEDH – mas essa é uma questão que agora não nos ocupa. O importante é sublinhar que o acórdão do TEDH, fazendo apelo à decisão *Bankovic* e ao conceito de “full and exclusive control”, único capaz de justificar a aplicação extraterritorial das normas da Convenção, considerou que os tripulantes da embarcação suspeita estiveram, efetivamente, sob controlo completo e exclusivo das autoridades francesas.

Um quarto tipo de casos – que tem uma argumentação muito próxima deste, mas um alcance diferente, uma vez que envolve ação de controlo das fronteiras – surgiu, inicialmente, com a decisão histórica no acórdão *Hirsi Jamaa e Outros contra a Itália*<sup>59</sup>.

Onze somalis e treze eritreus, parte de um grupo de duzentos indivíduos saíram, em maio de 2009, da Líbia em direção à ilha de Lampedusa, em Itália, em três pequenas embarcações. Quando estavam a 35 milhas do seu destino, foram intercetados por barcos da Marinha italiana, foi feito o seu transbordo para os navios militares italianos e levados de volta a Trípoli. Durante a viagem, os seus pertences pessoais foram confiscados e nunca foram informados do destino da viagem. A viagem demorou dez horas. Em Trípoli foram forçados a abandonar os navios e foram entregues às autoridades líbias. Esta operação, designada operação de *push-back*, tinha como objetivo impedir movimentos de migração irregulares, para a Europa e resultaram de um Acordo de cooperação celebrado entre as autoridades líbias e italianas.

<sup>59</sup> Acórdão do TEDH, *Humanos Hirsi Jamaa e Outros contra a Itália* [GC], nº 27765/09, de 23 de fevereiro de 2012.

Os onze somalis e treze eritreus apresentaram queixa contra a Itália, considerando que esta violou alguns direitos previstos na CEDH: ao entregar as pessoas às autoridades líbias sem verificar a situação de cada um pode ter contribuído para sujeitar aquelas pessoas a tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, na Líbia ou mesmo na Eritreia ou na Somália, já que a Líbia poderia determinar a expulsão destes estrangeiros do seu território – esta situação poderia configurar uma violação do artigo 3º da CEDH –; ao entregar estas pessoas sem uma análise da situação pessoal de cada uma estaríamos ainda perante uma situação de expulsão coletiva de estrangeiros, proibida face ao artigo 4º do Protocolo Quarto à CEDH; o modo como a operação fora conduzida tinha inviabilizado o direito a um recurso efetivo, previsto ao artigo 13º da CEDH.

O Estado italiano defendeu-se, para o que aqui agora nos ocupa, com o seguinte argumento: as autoridades italianas limitaram-se a intervir para ajudar três embarcações em dificuldades e para garantir a segurança das pessoas a bordo. A intervenção durou 10 horas, não foi usada violência, força ou armas, não pode afirmar-se que as pessoas estivessem sob controlo das autoridades italianas, para se considerar aplicável a CEDH, nos termos do artigo 1º.

Assim não entendeu o Tribunal, que considerou que, apesar de os acontecimentos se terem passado em alto mar, aconteceram a bordo de navios militares italianos, cuja tripulação eram agentes militares italianos, pelo que os autores da queixa estavam, efetivamente, sob controlo exclusivo da Itália, *de iure e de facto*<sup>60</sup>. Esta decisão teve muitas e graves implicações e impõe limites à externalização de controlos migratórios<sup>61</sup>.

Em 5 de maio de 2020, o TEDH proferiu novo acórdão sobre matéria afim, sobre um caso em que uma família de Aleppo se dirige em agosto de 2016 à embaixada da Bélgica de Beirute para pedir a emissão de vistos que

---

<sup>60</sup> Acórdão do TEDH, *Hirsi Jamaa e Outros contra a Itália* [GC], nº 27765/09, de 23 de fevereiro de 2012, §§ 76-82.

<sup>61</sup> A isso mesmo se referiu o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque na declaração que após ao acórdão: “Thus the full range of conceivable immigration and border policies, including denial of entry to territorial waters, denial of visa, denial of pre-clearance embarkation or provision of funds, equipment or staff to immigration-control operations performed by other States or international organisations on behalf of the Contracting Party, remain subject to the Convention standard. They all constitute forms of exercise of the State function of border control and a manifestation of State jurisdiction, wherever they take place and whoever carries them out State jurisdiction over immigration and border control naturally implies State liability for any human rights violations occurring during the performance of this control”.

permitissem a esta família viajar de modo regular para a Europa, no caso para a Bélgica, de modo a conseguirem escapar aos riscos que a permanência em Aleppo implica<sup>62</sup>. Um caso em tudo semelhante ao que foi objeto de decisão, em sede de reenvio prejudicial, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Os vistos são recusados, em setembro de 2016, e a família, depois de discutida a questão nos tribunais belgas, tendo estes confirmado a decisão administrativa, apresenta queixa junto do TEDH por entender que tal recusa expõe a família a tratamentos contrários ao artigo 3º da CEDH e também por entender que não tiveram direito a um recurso efetivo, garantido pelo artigo 13º da CEDH<sup>63</sup>. Entendeu o TEDH que a circunstância de ir a uma embaixada pedir um visto não cria uma “ligação jurisdicional”<sup>64</sup>, pelo que não havia lugar à aplicação da CEDH a este caso, sendo a queixa inadmissível.

Há processos pendentes no TEDH que colocam novas questões neste domínio.

A jurisprudência do TEDH interpreta o artigo 1º da Convenção como significando que, em regra, a competência dos Estados só se exerce, de modo pleno, no respetivo território. Só circunstâncias excecionais (adjetivo introduzido neste contexto pelo caso *Bankovic*) permitem aplicar a Convenção a atos dos Estados praticados além-fronteiras, sendo para tal necessário provar que existia controlo efetivo sobre uma parcela de território estrangeiro (como nos casos cipriotas ou no caso *Al-Skeini*) ou que existia uma total sujeição pessoal a autoridades estaduais estrangeiras (como nos casos *Medvedeyed e Hirsi Jamaa*)<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Acórdão do TEDH, *M.N. e Outros contra a Bélgica* (dec.), nº 3599/18, de 5 de maio de 2020.

<sup>63</sup> Foi também invocado o artigo 6º da Convenção, tendo este sido afastado por não estar em causa uma questão cível. Acórdão do TEDH, *M.N. e Outros contra a Bélgica* (dec.), nº 3599/18, §§ 136-142

<sup>64</sup> Acórdão do TEDH, *M.N. e Outros contra a Bélgica* (dec.), nº 3599/18, §88.

<sup>65</sup> Desenvolvendo doutrinariamente os modelos de eficácia extraterritorial dos direitos humanos à luz da Convenção ver os estudos de Rick LAWSON, “Life after Banković: On the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights”, in Fons Coomans e Menno Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antuérpia, Intersentia, 2004; Marko MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011; e Violeta MORENO-LAX, “The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the ‘Operational Model’”, *German Law Journal*, 2020, pp. 385-416.

#### 4. Algumas reflexões em jeito de conclusão

Apresentado o problema e o quadro normativo relevante e feita esta incursão pela jurisprudência do TEDH – e pelos casos que revelam o alcance prático do tema –, é chegado o momento de ensaiar a apresentação de conclusões quanto à eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais na ordem jurídica portuguesa

A norma chave para apreciar a possível titularidade de direitos fundamentais por pessoas que não se encontram fisicamente no território português é o princípio da universalidade, previsto no artigo 12º da Constituição. Por força deste princípio, a Constituição, na interpretação que dele é feita pela generalidade dos autores e que atribui um sentido lato à expressão “todos os cidadãos”, abre-se à possibilidade de qualquer pessoa em qualquer lugar poder invocar direitos fundamentais perante o Estado Português. Para que tal seja possível, é necessário que existam elementos, factos ou circunstâncias que liguem essa pessoa ao Estado nacional, pois, também no domínio dos direitos fundamentais, qualquer norma é inaplicável aos factos que com ela não têm qualquer conexão<sup>66</sup>. Sendo o território ainda a referência fundamental na definição do âmbito de aplicabilidade, para que possa haver eficácia extraterritorial das normas de direitos fundamentais, tem de estabelecer-se aquela conexão através de outros elementos.

As obrigações de direitos fundamentais decorrentes dos instrumentos de direito internacional a que Portugal se vinculou – no quadro de diferentes organizações internacionais – também seguem a atuação do Estado português, onde quer que este se manifeste. Ainda que os órgãos que monitorizam o cumprimento dessas obrigações internacionais – como o TEDH ou os diferentes Comités das Nações Unidas – tenham decisões que limitam a aplicação extraterritorial das suas normas, do ponto de vista do Direito Português, as normas internacionais que reconhecem direitos fundamentais fazem, por força do artigo 8º da Constituição, parte do Direito Português e, dada a abertura do artigo 16º da Constituição, quer no seu nº 1, quer no nº 2, integram também o conjunto das normas de direitos fundamentais,

---

<sup>66</sup> João Baptista MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1998, p. 14.

devendo, por isso, o respetivo âmbito de aplicação respeitar o princípio da universalidade.

No artigo 14º da Constituição, que estende o âmbito de titularidade dos direitos fundamentais aos portugueses que se encontrem no estrangeiro, a Constituição tem um primeiro (e único) elemento textual de reconhecimento de extraterritorialidade aos direitos fundamentais. A Constituição prescinde da conexão territorial por considerar suficiente a conexão pessoal de um cidadão ao Estado da sua nacionalidade. E este vínculo pessoal é tão forte que o Estado português tem aqui não só obrigações de respeito pelos direitos dos Portugueses no estrangeiro, como tem também deveres de proteção em relação a tais cidadãos – excluindo-se apenas a possibilidade de exercício dos direitos que sejam incompatíveis com a ausência do país.

Pode haver situações em que o vínculo de nacionalidade não exista, mas, ainda assim, haja uma conexão pessoal relevante com o Estado Português que permita a invocação perante este de direitos fundamentais. A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem lidado já com situações em que a pertença à comunidade política portuguesa, a nacionalidade, é um vínculo pretérito, não atual, e ainda assim se reconhece que existe um mínimo de conexão que justifica a aplicação dos direitos fundamentais previstos na ordem jurídica portuguesa<sup>67</sup>. O vínculo pessoal pode, pois, subsistir mesmo após a perda da nacionalidade. Outras situações, como, por exemplo, relações de parentesco, permitem pensar que um não-nacional, filho, pai/mãe, cônjuge de cidadão, possa também invocar direitos fundamentais perante o Estado português, nomeadamente (mas não exclusivamente) os que se referem à proteção da família.

O artigo 15º da Constituição não deve ser interpretado como excluindo a possibilidade de estrangeiros não presentes fisicamente no Estado Português serem titulares de direitos fundamentais. O princípio da equiparação ou do tratamento nacional só pode ser aplicado, em toda a extensão que aquele artigo permite, aos estrangeiros que se encontrem em Portugal. Tal não significa que o Estado português não tenha deveres para com outros não-nacionais, não-residentes e não-presentes em território nacional. Pode haver elementos

---

<sup>67</sup> Neste sentido, em particular, os acórdãos do Tribunal Constitucional Português nº 365/2000, de 5 de julho, e nº 423/2001, de 9 de outubro.

de conexão relevantes que possam ser acionados perante circunstâncias concretas e que permitam a invocação de direitos fundamentais por parte de estrangeiros que não cumpram a condição de presença no território nacional.

O artigo 18º da Constituição vincula as entidades públicas aos “preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias”. Em face desta vinculação – ampla e incondicionada – não pode ser aceite uma interpretação das normas de direitos fundamentais que permita aos poderes estaduais portugueses perpetrar violações de direitos fundamentais fora do território português que não poderiam praticar no interior do território. Se os Estados são atores mais móveis, que projetam atos de execução das suas políticas públicas além-fronteiras, essa mobilidade deve ser acompanhada pelo reconhecimento da eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais.