

O núcleo essencial dos direitos sociais na
ordem jurídica internacional

The minimum core of social rights in the
international legal order

AFONSO BRÁS

VOL. 3 Nº 2 NOVEMBRO 2016

WWW.E-PUBLICA.PT

O NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS SOCIAIS NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

THE MINIMUM CORE OF SOCIAL RIGHTS IN THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER

AFONSO BRÁS^{1* 2*}

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade - Cidade Universitária

1649-014 Lisboa - Portugal

afonsocbras@gmail.com

Resumo: Os Direitos Sociais têm cada vez mais importância na ordem jurídica internacional. No entanto, a abordagem que deles se faz no plano internacional é substancialmente diferente daquela que é feita a nível interno pelos diversos Estados. Isso coloca diversos problemas ao nível da sua efetivação e garantia, o que, só por si, levanta várias questões: como podem ser efetivados e garantidos os direitos sociais na ordem jurídica internacional? Quais os instrumentos jurídicos relevantes e que soluções são aí consagradas? E qual é o entendimento a nível judicial, quer por tribunais internacionais, quer por tribunais internos?

Palavras-chave: direitos sociais; direito internacional; núcleo essencial; *minimum core*; razoabilidade.

Abstract: Social Rights are increasingly important in international law. However, the approach that is made at the international level is substantially different from that done internally by the States. Consequently, this poses several problems in terms of its execution and safeguard, which in itself raises several questions: how can social rights be hired and guaranteed in international law? What are the relevant legal instruments and their solutions? And what is the understanding of the international and domestic courts?

Key-words: social rights; international law; *minimum core*; reasonableness

Sumário: 1. Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Económicos, Sociais e Culturais; 1.1. Dicotomia ou igualdade estrutural?; 1.2. O regime das restrições; 2. O conceito de núcleo essencial dos direitos; 2.1. As teorias relativa, absoluta, objetiva e subjetiva; 3. O núcleo essencial dos direitos sociais

1. * Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas – Perfil: Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Assistente de investigação no Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Endereço eletrónico: afonsocbras@gmail.com

2. * O presente artigo consubstancia o relatório de mestrado apresentado na disciplina de Direito Internacional da Pessoa Humana, sob a regência do Professor Doutor Eduardo Correia Baptista, no ano letivo 2015/2016.

na ordem jurídica internacional; 3.1. Da consagração dos direitos sociais na ordem jurídica internacional...; 3.2. ...à incipiente tutela judicial efetiva; 4. O PIDESC, os Comentários Gerais e a doutrina do *minimum core*; 4.1. O PIDESC e os Comentários Gerais; 4.2. A doutrina do *minimum core*; 4.3. *Minimum core*: relatividade vs. absolutismo; 5. O Tribunal Constitucional Sul Africano, *Grootboom* e o teste da razoabilidade; 6. Conclusão.

1. Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Económicos, Sociais e Culturais

1.1. Dicotomia ou igualdade estrutural?

Quem analisa a doutrina de Direitos Fundamentais, rapidamente percebe que é tradicional a dicotomia (ou a separação) entre “Direitos, Liberdades e Garantias” e “Direitos Económicos, Sociais e Culturais”³. Como se disse, trata-se de uma separação (bem como de uma sistematização) tradicional, que, como sabemos, viria a ter consagração na nossa Constituição, nomeadamente nos Títulos II e III da sua Parte Primeira. Ora, de acordo com essa sistematização, encontramos tradicionalmente integrados nos Direitos, Liberdades e Garantias os direitos fundamentais que garantem, genericamente, o acesso individual a bens de liberdade individual, autonomia pessoal e participação política, enquanto nos Direitos Económicos, Sociais e Culturais se integram aqueles direitos fundamentais que garantem o acesso individual a bens económicos, sociais e culturais relacionados com o bem-estar e as condições materiais de vida⁴.

Desde cedo que a doutrina e a jurisprudência se ocuparam de trabalhar esta distinção, oferecendo múltiplos critérios para sustentar a ideia de que, apesar de estarmos perante direitos (e, nomeadamente, perante direitos com idêntica consagração constitucional), existe uma proteção diferenciada entre eles, sendo esta mais *especial* relativamente aos direitos, liberdades e garantias. Sem querer entrar na longa polémica inerente a esta discussão (e própria da disciplina de Direito Constitucional e não de Direito Internacional), podemos desde já dizer, de forma sumária, o seguinte: para os direitos, liberdades e garantias é tradicionalmente dispensado um elevado nível de proteção jurídica, protegendo estes direitos bens e esferas da autonomia da pessoa e, consequentemente, impondo ao Estado um *dever de omissão* (ou melhor, de não intervenção); diversamente, os direitos económicos, sociais e culturais seriam, sobretudo, fundamento de determinadas (pretensões a) prestações a conceder às pessoas, requerendo, ao invés, uma *intervenção positiva* do Estado - por outras palavras, enquanto o objeto imediato do direito, aqui, é uma *conduta positiva do Estado* traduzida numa prestação fáctica ou material, ali, e de forma diversa, esse objeto traduz-se numa *omissão de intervenção* ou numa pretensão de carácter negativo⁵.

3. Utilizamos aqui esta definição tal como ela se encontra estabelecida na Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP) (Títulos II e III da Parte Primeira, respetivamente), embora em Direito Internacional dos Direitos Humanos seja mais corrente falar-se em “Direitos Cíveis e Políticos” – cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, II, Coimbra, 2004, pp. 354 e 375. No entanto, trata-se de uma mera questão terminológica.

4. Cfr., entre outros, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2010, *passim*; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa*, Coimbra, 2012, *passim*; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, II Volumes, Coimbra, 2006, *passim*; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição Em Tempo de Crise do Estado Social*, II-2, 1.^a ed., Coimbra, 2014, pp. 553 e ss; EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, *passim*.

5. Cfr., JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 87 e ss.

Assim, por exemplo, entre a garantia da inviolabilidade do domicílio (artigo 34.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa – doravante, CRP) e o direito à habitação (artigo 65.º da CRP) não parece haver grande margem para dúvida quanto a estes aspetos nucleares: como dissemos, os primeiros (onde se inclui o direito do artigo 34º) protegem bens e esferas próprias das pessoas, vedando ao Estado quaisquer intervenções lesivas desses âmbitos imediatamente protegidos pela norma; os segundos (nomeadamente os do artigo 65.º), não assegurando, imediatamente, ao nível da norma, um conteúdo jusfundamental próprio e exequível, impõem ao Estado, pelo contrário, um conjunto de intervenções, não independentes de opções e recursos, tendentes à sua realização gradual⁶.

Simplificando: fruto deste último entendimento, os direitos económicos, sociais e culturais «são geralmente desconsiderados como faculdades garantidas em termos meramente programáticos: isto é, que decorrem de normas que estabelecem um mero programa para a ação do Estado que lhe deixa ampla discricionariedade para decidir se não o “se”, pelo menos o “quando”, o “como” e o “quanto” em que irá cumprir tais direitos»⁷. Portanto, e reforçando, direitos que pressupõem “não um mero respeito por parte do Estado, uma abstenção de interferir com estes” – o chamado *dever negativo de respeito* –, “mas um dever do Estado de levar a cabo uma ação de prestação que constitui o suporte de tal direito”⁸ – o *dever positivo de prestar*. No entanto, como também desde cedo se notou, vários dos direitos, liberdades e garantias são, também, direitos que contêm essa dimensão do *dever positivo de prestar*, sendo, por isso, estruturalmente positivos.

Como bem refere, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, pense-se no exemplo do direito à segurança ou do direito de acesso à justiça, que “dependem não só de intervenção legislativa, mas, e principalmente, de verdadeiras alterações físicas da realidade, na medida em que é necessário criar estruturas administrativas policiais e judiciais para os realizar (ou efetivar)”⁹. No fundo, e bem entendido, são necessárias estruturas semelhantes àquelas que se utilizam aquando da efetivação dos direitos sociais (como o direito à educação – artigo 73.º, n.º 1 da CRP). Por outro lado, e ao mesmo tempo, a esta circunstância acresce outra, que passa por reconhecer que também os direitos, económicos, sociais e culturais não são apenas “direitos positivos”, que reclamam (apenas) uma intervenção positiva por parte do Estado.

Com efeito, e como não é difícil de reconhecer, existem vários direitos fundamentais tipicamente “sociais” que também exigem uma abstenção por parte do Estado (no sentido da sua não intervenção), sob pena de, a acontecer, tal lesar o âmbito protegido da norma: por exemplo, é verdade que todos têm direito à saúde (artigo 64.º, n.º 1 da CRP), havendo aqui, tipicamente, uma direito positivo que reclama a intervenção do Estado para a sua efetivação (veja-se, a este propósito, o número 2 do referido artigo). Porém, uma vez efetivado (ou seja, uma vez esgotada – pelo menos até aí

6. Assim, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 1.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 780 e ss.

7. Cfr., EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, p. 376.

8. *Idem*, p. 375.

9. *Ibidem*, p. 376.

– a *dimensão positiva* desse direito), o Estado, a partir dessa altura, fica obrigado a não realizar nesse mesmo direito uma intervenção que possa pôr em causa o seu gozo por parte dos particulares – tem, portanto, um dever de omissão. Assim, e dito de outra maneira, é fácil perceber que *todos* os direitos, sejam eles sociais ou de liberdade, comportam, em si mesmo, uma dimensão positiva e negativa. Se assim é, então não podemos elevar este critério a fator de distinção determinante entre esses dois tipos de direitos ¹⁰.

Mas precisamente por isto, ou seja, porque parece que este critério diferenciador não é determinante, houve quem oferecesse um outro: falamos da chamada *determinabilidade*, fundando-se uma pretensa diferença entre os dois tipos de direitos na maior determinabilidade do conteúdo dos direitos de liberdade quando considerados e comparados com o dos direitos sociais no plano da sua positivação (ou efetivação). Por outras palavras, e como bem refere JORGE REIS NOVAIS, uma vez que, na sua dimensão principal – isto é, a da defesa da autonomia e da liberdade individual –, os direitos de liberdade são apenas afetados por uma *reserva geral imanente de ponderação* com os valores, bens ou interesses igualmente dignos de proteção jurídica e que, no caso concreto, apresentem maior peso, é possível à respetiva norma de garantia criar, ela mesma, “uma área juridicamente delimitada ou delimitável de livre acesso ou fruição de um bem ou interesse de liberdade protegido pelo direito, independentemente de esse acesso, assim abstratamente garantido, poder vir a ser comprimido ou restringido no caso concreto em função da ativação daquela reserva”¹¹.

Por sua vez, e quanto aos direitos sociais, eles estão afetados na sua dimensão principal, e em abstrato, – ou seja, aquela dimensão de que falamos, relativa à prestação fáctica, por parte do Estado, das condições materiais de acesso a esses bens sociais –, por uma *reserva do financeiramente possível*. Desta forma, a norma de garantia de um direito social, tal como já foi evidenciado, traduz-se, essencialmente, e ao contrário daquela dos direitos de liberdade, na imposição ao Estado de um *dever de prestar* cuja realização, todavia, por estar essencialmente dependente de pressupostos materiais, designadamente *financeiros*, não se encontra na inteira disponibilidade do Estado. Por esse facto, ou seja, por esse condicionamento material e financeiro inerente à prestação do Estado, a norma, em geral, não pode desde logo garantir, na esfera do seu titular, uma quantidade juridicamente determinada ou determinável de acesso ao bem protegido. E não o pode, reforce-se, porque essa concretização depende sempre de pressupostos que não estão na totalidade do controlo do Estado.

Recorrendo novamente a um exemplo, compare-se o direito (de liberdade) à integridade pessoal (artigo 25.º da CRP) com o direito à habitação (artigo 65.º da CRP): o primeiro, sendo de liberdade, permite que se recorte, na sua norma de garantia, uma área de livre acesso e fruição, *imediatamente* assegurada e não dependente de pressupostos materiais. Sabemos que em confronto com

10. Assim, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 123 e ss.

11. *Idem*, p. 142.

outro direito (como em situações de legítima defesa ou estado de necessidade), aquele pode ser comprimido: porém, na sua dimensão principal, de defesa da autonomia e da liberdade individual, ele pode ser imediatamente efetivado; se repararmos, e por oposição, o mesmo já não acontece com o direito à habitação: por se tratar de um direito social afetado por uma *reserva do financeiramente possível*, ele não pode, em termos imediatos, ser garantido, na medida em que depende de pressupostos (nomeadamente financeiros) que não se encontram na inteira disponibilidade do Estado. De facto, fruto de uma calamidade financeira, o Estado pode não ter condições para assegurar uma habitação condigna para os particulares necessitados, na medida em que, pura e simplesmente, não tem recursos suficientes para tal.

No entanto, e novamente seguindo REIS NOVAIS, não podemos concordar com este entendimento. Conforme refere este Professor, independentemente da identificação abstrata, e como um todo, de um direito como “de liberdade” ou “social”, o que conta para a identificação daquelas características diferenciadoras é a natureza estrutural do direito especial (ou seja, do direito individualmente caracterizado ou da faculdade específica) que surge na situação jurídica controversa, e não a natureza da categoria de direito que ele integra¹². Dito de outro modo, podemos ter um determinado direito que, no seu todo, é um direito de liberdade, mas que, quando visto individualmente (isto é, quando analisada a sua estrutura), e no caso concreto, para ser efetivado dependa de necessidades financeiras (veja-se, a título de exemplo, o direito ao voto – artigo 49º da CRP – que, apesar de, no todo, ser um direito de liberdade, necessita de recursos financeiros para ser gozado). Desta forma, não é despiciendo dizer que ambos os tipos de direitos se encontram limitados pela capacidade de facto do Estado para os realizar, sejam eles “de liberdade” ou “sociais”.

Assim, podemos concluir que, pelo menos a nível nacional, não existe um motivo determinante (e estrutural) para que possamos falar, necessariamente, de uma diferença de regime entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, apesar de se reconhecer que, em geral, os primeiros são tradicionalmente *negativos*, enquanto os segundos são *positivos*. Porém, é curioso notar que, a nível internacional, se é verdade que, à primeira vista, idênticas considerações podem (e devem) ser feitas, também não é menos verdade que esta conclusão se esbate, já que parece decorrer de vários instrumentos jurídicos internacionais que se adota (neles) um entendimento

12. *ibidem*, p. 148.

que passa por considerar os direitos sociais como direitos “meramente programáticos”^{13 14 15}

1.2. O regime das restrições

Feitas as conclusões anteriores, importa dizer, sumariamente, que qualquer direito, seja ele de liberdade ou social, pode ser objeto de uma restrição. Na verdade, muitas vezes o legislador tem de intervir no quadro dos direitos, restringindo-os, a fim de permitir a realização de outros direitos com igual dignidade, ou de defender valores comunitários, bem como quando direitos diferentes, entre si, entram em colisão. Quando assim é, essas mesmas restrições vão comprimir o direito, expurgando-o de aspetos que, em termos práticos, ainda eram “áreas protegidas”.

Seguindo o entendimento de JORGE REIS NOVAIS, podemos entender por restrição “a ação ou omissão estatal [portanto, do poder político] que afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental, seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o

13. Assim, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, p. 378.

14. A título de exemplo, é o que acontece com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) quando comparado com o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC): enquanto que o primeiro exige que cada Estado-Parte se “comprometa [a] adotar (...) as medidas (...) de ordem legislativa ou outra capazes de dar efeito aos direitos reconhecidos no presente Pacto (...)” (artigo 2º, n.º 2), o segundo fica-se com um mero compromisso de agir (“take steps), por parte do Estado, “no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto” (artigo 2º, n.º 1); já a Carta Social Europeia (CSE), por seu turno, considera a sua Parte I, que consagra os direitos (onde se incluem os sociais), como uma mera declaração de fins a ser prosseguida de acordo com os meios adequados; por seu turno, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), junto da lista de direitos de liberdade, tem um lista de direitos económicos, sociais e culturais, como o direito à segurança social (artigo 34º). Porém, não só o âmbito de aplicação da Carta é limitado (artigo 51º, n.º 1), como os direitos sociais são encarados como direitos de “segunda categoria”, na medida em que, no limite, eles apenas asseguram uma proteção negativa contra interferências: para este efeito, é interessante verificar o que se diz nas Anotações Relativas à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, no que concerne ao artigo da segurança social, afirma que “a referência aos serviços sociais visa os casos em que esses serviços tenham sido instituídos no intuito de assegurar determinadas prestações, mas não implica de modo algum que tais serviços devam ser instituídos quando não existirem” – cfr., *Anotações...*, de 14 de Dezembro de 2007 (2007/C 303/2), disponível aqui: <https://infoeuropa.eu/ocid.pt/files/database/000006001-000007000/000006824.pdf> (página 50).

15. No entanto, e mesmo assim, há quem entenda, a nível internacional, os direitos económicos, sociais e culturais têm um valor preceptivo idêntico ao dos direitos civis e políticos – cfr., PETER BAILEY, *The Right to an Adequate Standard of Living, New Issues For Australian Law*, *Australian Journal of Human Rights*, Vol. 4, No. 1, 1997, pp. 9-21.

Estado”¹⁶. Note-se que a restrição pode afetar tanto a dimensão objetiva (de proteção *lato sensu*) como a dimensão subjetiva (isto é, do sujeito em causa, titular daquele direito) do direito fundamental, mas, em qualquer dos casos, é o bem protegido, ou a relação que se estabelece entre o titular (real ou potencial) do direito fundamental e esse bem que, direta ou indiretamente, resultam desvantajosamente afetados. No fundo, e recuperando um pouco da definição de EDUARDO CORREIA BAPTISTA, há uma compressão discricionária e constitutiva do âmbito de proteção da norma que atribui um direito fundamental com conteúdo normativo¹⁷. Mas qual o regime inerente a estas restrições? Vejamos.

Normalmente (e isso acontece tanto a nível nacional como a nível internacional), consagra-se a restrição a direitos fundamentais de várias maneiras. Assim, podemos encontrar, por exemplo, uma cláusula geral de limitação ao exercício de direitos que, posteriormente, vai flexibilizar a intervenção dos poderes constituídos, ou, ao invés, uma consagração sob reserva de grande parte dos direitos fundamentais, seja através da aposição de limites expressos, seja através de remissões para leis ordinárias, regulamentadoras, conformadoras ou restritivas do exercício do conteúdo desses direitos:¹⁸ é o que acontece com a nossa Constituição, que, no seu artigo 18.º, n.º 2, dispõe que “[a] lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

A nível internacional, e a título de exemplo, veja-se o que dispõe a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante, CEDH), que consagra três grandes categorias de limitações e derrogações a direitos. Numa primeira categoria, há direitos sujeitos a expressas derrogações em áreas específicas e sujeitos a determinadas condições (como aqueles estabelecidos nos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º, relativos ao respeito pela vida privada e familiar; liberdade de pensamento, consciência e religião; liberdade de expressão; e liberdade de reunião e de associação); na segunda categoria, quase todos os direitos da Convenção e dos seus Protocolos são potencialmente sujeitos a derrogações em tempos de guerra ou noutras situações específicas de emergência, sempre dentro de determinadas condições, como estabelece o artigo 15º; por fim, na terceira categoria, há certos direitos que são, aparentemente, absolutos, na medida em que não estão sujeitos quer a limitações específicas, quer a limitações em tempo de emergência, de acordo com o já citado artigo 15.º.

16. Cfr., JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições*, p. 247. Entendemos recorrer a esta definição na medida em que nos parece a mais adequada. Para uma definição diferente, cfr., entre outros, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os Direitos de Reunião e de Manifestação no Direito Português*, Coimbra, 2006, pp. 167-168, que define restrição como “A) (...) uma compressão discricionária e constitutiva do âmbito de proteção da norma que atribui um direito fundamental; B) não imposta (expressa ou implicitamente) especificamente pela Constituição; C) com conteúdo normativo; D) introduzia por ato infraconstitucional”.

17. Cfr., EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os Direitos*, p. 168.

18. Assim, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições*, pp. 250 e ss.

Assim, e dito de outra maneira, há direitos fundamentais (sejam eles sociais ou de liberdade) consagrados *sem expressa autorização de restrição*, e direitos fundamentais *sob reserva*, em que essa restrição é imposta, expressa ou implicitamente. Assim sendo, quando existe aceitação da restrição do direito por parte do instrumento jurídico onde ele está consagrado, então essa mesma restrição deve respeitar os limites que esse mesmo instrumento consagra para essa restrição: entre nós, tais limites constam do número 3 do já citado artigo 18º da nossa Constituição: assim, “as leis restritivas (...) têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do *conteúdo essencial* dos preceitos constitucionais” (sublinhado e itálico nossos). A nível internacional, e a título de exemplo, veja-se também o que dispõe o artigo 52.º da CDFUE, que refere expressamente que as restrições aos direitos nela previstos devem ser previstas por lei “e respeitar o *conteúdo essencial* desses direitos e liberdades” (*idem*) (número 1), sendo que devem observar o princípio da proporcionalidade e só podem ser introduzidas “se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros” (número 2). Assim sendo, é a partir do instrumento jurídico em causa que se pode concluir pelo regime das restrições a operar aos direitos.

Mas o que é isto de “conteúdo essencial”? Pelo exposto, parece que quando um direito é restringido esse “conteúdo essencial” tem de ser sempre garantido, independentemente da restrição. Mas será mesmo assim? Eis o que importa ver.

2. O Conceito De “Núcleo Essencial” Dos Direitos

Tal como a dicotomia entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, também esta ideia de “núcleo essencial” dos direitos tem inspiração constitucional, nomeadamente com raízes na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (doravante, TCFA). Com efeito, desde cedo que este Tribunal entendeu que a Constituição Alemã, sendo uma Constituição sem direitos sociais, reconhecia determinadas garantias no campo socioeconómico, apesar de essas mesmas garantias não estarem expressamente reconhecidas no texto constitucional. Assim, começando a dar “os primeiros passos” logo na década de 50 do século passado, foi em 1975 que se inaugurou esta doutrina do “núcleo essencial”, entendido, aqui, como o direito social a um mínimo para uma existência condigna (*Existenzminimum*)¹⁹. Ora, dessa criação jurisprudencial “resulta a proposta de fazer acrescer ao elenco tradicional de direitos sociais (habitação, saúde, ensino, trabalho) um novo direito social com uma dimensão subjetiva autónoma, decorrente da dignidade da pessoa humana, mesmo quando tal não vem expressamente consagrado nas

19. Sobre a evolução deste conceito, cfr., INGRID LJTEN, The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity and The Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection, *German Law Journal*, Vol. 16, No. 01, 2015, pp. 27 e ss.

Constituições”²⁰. Dessa forma, e no que ao caso alemão especificamente diz respeito, apesar de a Constituição alemã não mencionar um direito à segurança social (porque, como se disse, não tem sequer um elenco de direitos sociais), o legislador, mesmo assim, tem a obrigação de proteger este mínimo, isto é, este núcleo²¹.

Ora, a partir daqui, esta teoria vai obter um eco generalizado noutras jurisdições nacionais, indo mesmo ao ponto de, em certos países, chegar a ter consagração constitucional expressa, como em Espanha (artigo 53.º, n.º 1 da Constituição Espanhola) e mesmo em Portugal (artigo 18º, n.º 3 da CRP, já citado). E diga-se também, para aquilo que nos interessa, que este eco generalizado também se manifestou a nível internacional, nomeadamente ao nível dos instrumentos jurídicos internacionais. Dito de uma forma clara e precisa, o núcleo essencial é entendido como “aquele núcleo indisponível pelo legislador e imune aos constrangimentos da reserva do financeiramente possível”²². É indisponível pelo legislador porque, mesmo quando a norma prevê e permite uma restrição ao direito, essa restrição não pode restringir (ou afetar) esse núcleo que, consequentemente, é intocável, tendo o núcleo uma intensidade valorativa tal que não permite que seja afetado, sob pena de o direito deixar realmente de existir; e é imune aos constrangimentos da reserva do financeiramente possível porque, e como vimos, apesar de o direito só poder ser efetivado quando tal for financeiramente possível, certo é que existe um núcleo que, sendo jusfundamental, tem de ser sempre efetivado, *independentemente desses mesmos constrangimentos*, sob pena de, se tal não vier a acontecer, a própria dignidade da pessoa humana vir a ser violada. Assim, esta figura constitui “uma garantia mínima de que as normas [atributivas de direitos fundamentais] não serão esvaziadas de facto de qualquer sentido útil, mesmo em colisão incontornável com normas que tutelem direitos mais valiosos”²³.

Esta é, portanto, a definição-base, sendo que é a partir dela que, tal como teremos oportunidade de demonstrar, o Direito Internacional (nomeadamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos) vai recolher inspiração, que, por sua vez, se irá traduzir na consagração expressa desta teoria em determinados instrumentos jurídicos internacionais.

2.1. As teorias relativa, absoluta, objetiva e subjetiva

Antes de entrarmos no capítulo referente a esse aspeto, é importante referir a divisão e a discussão que gira em torno desta ideia de núcleo essencial e que, como se perceberá, será determinante para a própria conclusão deste artigo. Falamos das teorias relativa, absoluta, objetiva e subjetiva. Assim:

20. Cfr., JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 198.

21. Assim, e a título de exemplo, veja-se a decisão, de 19 de Dezembro de 1951, do TCFA, Bundesverfassungsgericht, Case No. 1 BvR 220/51, em especial o parágrafo 104.

22. Cfr., JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 200. No mesmo sentido, KATHERINE YOUNG, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, 2012, p. 67.

23. Cfr., EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os Direitos*, p. 183, nota 386.

i) Para a teoria relativa, o núcleo essencial deveria ser determinado de forma relativa, isto é “considerando a medida da sua afetação concreta num contexto relacional e circunstancial, ponderando necessidades individuais e coletivas e disponibilidades financeiras”. No fundo, essa relatividade na determinação do núcleo seria feita, na verdade, através de um apelo a uma ideia de *razoabilidade*, “no sentido do que seria razoável exigir ao Estado (...) tendo em conta, nessa determinação, as disponibilidades financeiras do Estado, mas também as necessidades reais dos particulares, as suas situações de carência concretas e específicas, a premência da realização dos direitos sociais numa situação dada”²⁴;

ii) Já para a teoria absoluta do núcleo essencial, todas as circunstâncias tomadas em conta pela teoria relativa deixariam de ter importância já que, para quem propugna esta nova visão, haveria, independentemente dessas circunstâncias, “um mínimo absolutamente exigível e decorrente, em princípio, da necessária observância, em Estado de Direito, do mínimo vital exigido pelo respeito da dignidade da pessoa humana ou pelas meras e mais simples necessidades e interesses de sobrevivência”²⁵. No fundo, e por outras palavras, o Estado estaria sempre obrigado a prestar ao particular esse núcleo (ou mínimo) essencial, que, por sua vez, seria imune a apreciações e ponderações contextuais, próprias da teoria relativa;

iii) Já ao nível das teorias objetiva e subjetiva, a questão que as divide prende-se, essencialmente, com saber se o núcleo deve ser “conformado, respetivamente, ou no plano geral e abstrato da ordem jurídica, de forma objetiva e independente das suas aplicações concretas e pontuais, ou, ao invés, (...) determinado em função das necessidades e situação particulares do indivíduo que concretamente o invoca ou que está em causa na situação apreciada”²⁶. Dito de outra maneira, se enveredarmos pela teoria objetiva, então, e *a priori*, definiríamos um núcleo essencial de um direito que, consequentemente, seria garantido a todos, independentemente das necessidades poderem variar dentro desse mesmo grupo; por oposição, se recorreremos à teoria subjetiva, então também definiremos um determinado núcleo essencial, já não de um grupo, mas sim das várias pessoas que, individualmente consideradas, compõem esse mesmo grupo.

Tal como dissemos, esta querela em torno destas várias teorias vai mostrar-se essencial para o tema que dá azo a este artigo. Como iremos ver, a nível internacional a ideia de “núcleo essencial” é também encarada, por uns, de forma *relativa*, enquanto outros pretendem assegurá-la de maneira mais *absoluta*. Mas antes de entrarmos nesse domínio, vejamos de que maneira esta teoria tem sido acolhida nos instrumentos jurídicos internacionais.

24. Cfr., JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 201.

25. *Idem*.

26. *Ibidem*.

3. O Núcleo Essencial Dos Direitos Sociais Na Ordem Jurídica Internacional

3.1. Da consagração dos direitos sociais na ordem jurídica internacional...

Tal como dissemos, se é certo que o núcleo essencial dos direitos foi pioneiramente desenvolvido pelas jurisdições nacionais (especialmente a alemã), nem por isso deixou de haver uma “migração”²⁷ desta ideia para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ora, quando neste âmbito se fala de direitos sociais, rapidamente percebemos que não são muitos os instrumentos jurídicos onde aqueles estão consagrados. Entre aqueles que, no âmbito deste artigo, revestem importância nuclear, importa referir três: (1) a Carta Social Europeia (Revista)²⁸; (2) a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁹; e (3) o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais³⁰.

Relativamente à primeira, sabemos que, no âmbito do Conselho da Europa, trinta e três Estados decidiram assinar e ratificar a chamada Carta Social Europeia (doravante, CSE), revista em 1996 e abrangendo mais Estados. Este instrumento jurídico enumera trinta e um direitos económicos e sociais, como por exemplo o direito à proteção da saúde (artigo 11º), o direito à segurança social (artigo 12º) ou o direito à assistência social e médica (artigo 13º), ao mesmo tempo que promove a sua proteção através de um mecanismo de supervisão que garante o respeito da Carta pelos Estados Partes. Neste sentido, o Comité Europeu dos Direitos Sociais, composto por 15 peritos independentes, pronuncia-se sobre a observância das disposições da Carta pelos respetivos Estados. Esta tarefa de monitorização é baseada nos relatórios que os Estados, bianualmente, apresentam ao Comité, depois dos quais este órgão adota as devidas conclusões.

Por outras palavras, o Comité analisa esses relatórios e, posteriormente, decide se o Estado em causa está, ou não, a violar a CSE, sendo que, se o estiver, o Comité de Ministros do Conselho da Europa pode adotar uma recomendação, a enviar ao Estado incumpridor, pedindo que este cesse essa violação da Carta, nomeadamente através de uma modificação legal. Ao mesmo tempo, importa também referir o Protocolo Adicional à Carta Social Europeia prevendo um Sistema de Reclamações Coletivas, que estabelece a possibilidade de organizações nacionais e internacionais de empregadores e trabalhadores, bem como organizações não-governamentais dotadas de estatuto consultivo junto do Conselho da Europa, apresentarem uma reclamação ao Comité de Peritos Independentes, que elabora um relatório e apresenta as suas conclusões quanto a saber se a Parte Contratante posta em causa assegurou ou não, de forma satisfatória, a aplicação da disposição da Carta visada pela reclamação. Por sua vez, o Comité de Ministros, com base nesse mesmo relatório que constata uma

27. Utilizando-se aqui a expressão de KATHERINE YOUNG, *Constituting*, p. 79.

28. Disponível aqui: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidh-regionais/rar64A_2001.html

29. Disponível aqui: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

30. Disponível aqui: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidh-universais/cidh-dudh-psocial.html>

aplicação não satisfatória da Carta, adota uma recomendação, dirigida à Parte Contratante, que fica na obrigação de dar indicações sobre as medidas que tiver adotado para dar cumprimento àquela recomendação^{31 32}.

Já no âmbito do Direito da União Europeia, é imperioso referir a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante, CDFUE), adotada em Nice, em dezembro de 2000, e investida de efeito jurídico vinculativo, à semelhança dos Tratados, em dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa³³. Conforme já tivemos oportunidade de dizer, a CDFUE, junto da lista de direitos de liberdade, tem um lista de direitos económicos, sociais e culturais, como o direito à segurança social (artigo 34º). No entanto, não só o âmbito da Carta é limitado, na medida em que, de acordo com o seu artigo 51º, n.º 1, ela apenas tem por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, bem como os Estados-Membros (quando apliquem o direito da União), como parece que os direitos sociais são encarados como “direitos de segunda categoria”³⁴.

Por último, não nos podemos esquecer do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (doravante, PIDESC), adotado pela Assembleia Geral da ONU, em 1966, e entrado em vigor a 3 de janeiro de 1976. Ora, o PIDESC, também à semelhança dos outros instrumentos jurídicos aqui apresentados, consagra diversos direitos sociais, como o direito à segurança social, incluindo a assistência social, bem como o direito a um nível de vida suficiente (artigos 9.º e 11.º, respetivamente). Mas os direitos económicos, sociais e culturais constantes do Pacto devem ser lidos numa perspectiva de acordo com a qual os particulares “devem usufruir dos direitos, das liberdades e da justiça social de forma simultânea”, sendo que a proteção desses mesmos direitos é necessária na medida em que “o direito a uma vida condigna não pode ser

31. Cfr., artigos 1º, 8º, 9º e 10º do referido Protocolo, disponível aqui: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/8.htm>

32. Uma lista dos relatórios, bem como das várias recomendações, pode ser consultada no site do Comité Europeu dos Direitos Sociais: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ECSR/ECSRdefault_en.asp. É interessante notar, no entanto, que o Comité, recentemente, tem vindo a adotar decisões que impõem a tomada de medidas imediatas aos Estados Partes, com o objetivo de reparar a violação. Para esse efeito, cfr., a Complaint No. 90/2013, Conference of European Churches v. The Netherlands (25 de Outubro de 2013), disponível aqui: https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC90DecisionImmediateMeasures_en.pdf

33. Sobre a CDFUE, cfr., entre outros, GIACOMO DI FEDERICO (org.), *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Springer, 2001, todos os artigos; TAMARA HERVEY/JEFF KENNER (org.), *Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Oxford, 2003; STEVE PEERS/SACHA PRECHAL, *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing. Entre nós, cfr., entre outros, ALESSANDRA SILVEIRA/MARIANA CANOTILHO, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, 1.ª ed., 2013; ANA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, 1.ª ed., Coimbra, 2012, pp. 144-153; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 2.ª ed., Coimbra, 2013, pp. 200 e ss.

34. Cfr., supra, nota 11 e explicação aí constante. Também neste sentido, JEFF KENNER, *Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility*, in *Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Oxford, 2003, pp. 1 e ss.

atingido a não ser que as necessidades básicas da vida – trabalho, alimentação, habitação, saúde, educação e cultura – estejam, adequada e equitativamente, acessíveis a todos”³⁵.

Durante muitos anos, o PIDESC - ao contrário do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos (doravante, PIDCP) que, no seu Primeiro Protocolo Facultativo, estabelece o direito dos particulares enviarem uma comunicação ao Comité dos Direitos do Homem, constituído no âmbito da Parte IV do Pacto, sempre que se considerarem vítimas de uma violação, por um Estado Parte, de qualquer um dos direitos enunciados nesse Pacto³⁶ - não estabelecia um mecanismo que assegurasse aos Estados, bem como aos particulares, o direito de apresentar uma reclamação, junto de um órgão de recurso, relativa a possíveis violações de direitos constantes nesse mesmo Pacto. Foi por isso mesmo que, durante muito tempo, o PIDESC foi alvo de críticas pela falta deste “mecanismo de reclamação” sendo esta uma “diferença-chave relativamente ao PIDCP”³⁷, que, por sua vez, enfraquecia aqueloutro Pacto, criando “dificuldades significativas na possibilidade do Comité [dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais] desenvolver jurisprudência e, claro, limitando grandemente as possibilidades das vítimas de abusos do Pacto de obterem proteção internacional”³⁸. No entanto, esta situação reverteu-se quando, em dezembro de 2008, foi adotado o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que entrou em vigor em 5 de maio de 2013. Este Protocolo atribui competência ao Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais para receber e apreciar comunicações de indivíduos que aleguem ser vítimas de violações do Pacto (artigo 1º), através do desrespeito de um qualquer direito social nele contido. No entanto, o exame das comunicações é rodeado de grandes precauções: *i*) não podem ser anónimas (artigo 3.º, n.º 2, alínea g)); *ii*) a sua aceitação está subordinada ao esgotamento dos recursos internos e à ausência de exame paralelo por uma instância internacional de inquérito ou regulação (artigo 3.º, n.º 1 e n.º 2, alínea c)); *iii*) o Estado responsável é chamado a prestar esclarecimentos (artigo 11.º); *iv*) o Comité tem as suas sessões à porta fechada (artigo 8.º, n.º 2); e *v*) as suas conclusões não são publicadas, mas um resumo das suas atividades é incluído no relatório anual enviado à Assembleia Geral da ONU (artigo 15.º). No fundo, e sintetizando, o Comité “constata” (artigo 9.º) essas mesmas violações, sendo que, num prazo de 6 meses, ao Estado Parte é requerido que apresente ao Comité uma resposta escrita sobre essas mesmas constatações (artigo 9.º, n.º 2).

35. Cfr., pontos 1 e 2 da Fact Sheet No. 16 (Rev. 1), The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1991), disponível aqui: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16rev.1en.pdf>

36. Cfr., Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP, disponível aqui: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Primeiro%20Protocolo%20-%20PIDCP.pdf>

37. Cfr., MALCOM LANGFORD/JEFF A. KING, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in MALCOM LANGFORD (org.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, p. 514.

38. Cfr., Fact Sheet..., ponto 8.

3.2. ...à incipiente tutela judicial efetiva.

Sem dúvida que esta circunstância acaba de descrever constitui um avanço positivo relativamente à situação anterior. No entanto, e depois de explicitados, em termos gerais, os instrumentos jurídicos que aqui nos interessam, importa reter o seguinte:

a) É verdade que, no contexto da CSE, existe um mecanismo de defesa relativamente aos direitos por ela garantidos. No entanto, e conforme alguns alegam, é de notar que esse mesmo mecanismo é “bastante robusto”, o que pode contribuir (e, de certa forma, contribui) para o enfraquecimento da Carta, bem como para a sua completa implementação. Consequentemente, não será por acaso que alguns defendem, desde muito cedo, que deve ser instaurado um mecanismo que possibilite a existência de reclamações individuais, por parte dos particulares, para uma Comissão dos Direitos Sociais (agora no âmbito do Conselho da Europa), à semelhança do que já existe no PIDESC^{39 40};

b) Por sua vez, no que concerne à CDFUE, tínhamos dito que o seu âmbito de aplicação é limitado. Ora, não nos podemos esquecer que a esta circunstância acresce o facto de o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, no seu artigo 263.º, estabelecer um mecanismo de queixa ao Tribunal, a que os particulares podem recorrer (o chamado “recurso de anulação”) se, porventura, se sentirem lesados em alguns dos direitos constantes da Carta, onde obviamente se incluem os direitos sociais. No entanto, se é certo que isso é assim, também não deixa de ser verdade que os requisitos para que os particulares possam recorrer ao recurso de anulação são muitíssimo apertados: para que isso suceda, um particular tem de demonstrar que o ato violador do direito social em causa, de que é destinatário, lhe diz “direta e individualmente respeito”, sendo que quando basta demonstrar que o ato lhe diz “diretamente respeito”, isso serve apenas para os atos regulamentares, que não necessitam de medidas de execução, sendo que estes, por natureza, não têm grande suscetibilidade de serem violadores de direitos sociais⁴¹;

c) Por último, e já no âmbito do PIDESC, se é verdade que já existe um mecanismo de reclamação individual, também não deixa de ser verdade que “o escopo das reclamações é fortemente parentesado”, na medida em que é o “reflexo das discordâncias” sobre o rumo que esse mesmo Protocolo deveria tomar⁴². Além disso, se se pode afirmar que o Protocolo

39. Cfr., MARIO GOMEZ, Social Economic Rights and Human Rights Commission, *Human Rights Quarterly*, Volume 17 (1995), p. 155.

40. Cfr., também a este propósito, VIRGINIA MANTOUVALOU/PANAYOTIS VOYATZIS, The Council Of Europe and the Protection of Human Rights: A System In Need of Reform, in *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 326 e ss.

41. Cfr., MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, 1.ª ed., Coimbra, 2014, pp. 270 e ss.

42. Cfr., MALCOLM LANGFORD/JEFF. A KING, *Committee*, p. 515.

constitui um avanço, é importante notar que, até agora, apenas doze Estados o ratificaram.

Acresce a tudo isto o facto de não nos podermos esquecer de um aspeto central, que incide especialmente sobre o PIDESC e a CSE: é que, conforme vimos, quaisquer decisões finais que nesse âmbito se tomem traduzem-se em meras “recomendações” ou “constatações” – ou seja, não se tratam de decisões vinculativas, desde logo porque não estamos perante órgãos jurisdicionais, mas sim perante mecanismos autónomos (não-jurisdicionais) da ONU e do Conselho da Europa, respetivamente⁴³. Daí que possamos concluir que os direitos sociais, apesar de terem uma consagração ao nível do Direito Internacional dos Direitos Humanos, têm, contudo, pouca tutela judicial, fruto do que foi exposto⁴⁴.

Podemos perguntar: então e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante, CEDH)? Será que, por aqui, não podemos combater esta falta de tutela judicial, nomeadamente através do recurso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH)? É verdade que o TEDH é perentório quando afirma que “a Convenção não garante, enquanto tal, direitos económicos e sociais, incluindo o direito ao emprego, o direito a uma assistência médica gratuita, ou o direito de requerer, do Estado, assistência financeira para manter um determinado nível de vida”⁴⁵. Porém, é apenas *enquanto tal*: por outras palavras, se é certo que a CEDH não contém nenhuma alusão a direitos sociais, não deixa de ser verdade que, no prisma do Tribunal, a separação entre esses direitos e os direitos sociais, na prática, não é tão linear. Como mostra a jurisprudência deste Tribunal, é um facto que, na prolação dos seus acórdãos sobre as questões relativas aos direitos contidos na Carta (que, como se disse, não são sociais), essa instância, várias vezes, pronuncia-se sobre estes, na medida em que, no seu entendimento, “apesar de a Convenção dizer respeito, essencialmente, a direitos civis e políticos, certo é que muitos deles têm implicações económicas e sociais”⁴⁶. Assim, partindo desta premissa, já várias vezes o TEDH chegou mesmo a proteger (se bem que indiretamente e não de forma explícita) direitos sociais, como aqueles relacionados com a habitação e a saúde^{47 48}. No entanto, e

43. Cfr., EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito*, pp. 259-261. Sobre esta temática, cfr., entre outros, ALLAIN PELLET/NGUYEN QUOC DIHN/PATRICK DAILLIER, *Direito Internacional Público*, Lisboa, 2003, pp. 500 e ss.; MALCOLM N. SHAW, *International Law*, Cambridge, 2008, pp. 154 e ss.; MALCOM D. EVANS, *International Law*, Oxford, 2003, pp. 173-176.

44. Sobre a incipiente tutela judicial dos direitos sociais no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cfr., JOEL P. TRACHTMAN, *The Economic Structure of International Law*, Harvard, 2008, *passim*. Também quanto a este respeito, mas numa abordagem mais geral, cfr., MARTTI KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, 2011, *passim*, bem como CHRISTIAN REUS-SMIT, *The Politics of International Law*, Cambridge, 2004, *passim*.

45. Cfr., Acórdão do TEDH, *Pancenko v. Latvia*, App. No 40772/98, de 28 de outubro de 1999, parágrafo 2. Disponível aqui: http://droits-sociaux.u-paris10.fr/www.droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/Jurisprudence/D.Roman/Pancenko_v._Latvia.pdf

46. Cfr., Acórdão do TEDH, *Airey v. Ireland*, App. No 6289/73, de 9.10.1979, parágrafo 26. Disponível aqui: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420#{“itemid”: \[“001-57420”\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420#{“itemid”: [“001-57420”]})

47. É o caso, por exemplo, do Acórdão do TEDH, *Bah v. The United Kingdom*, App. No 56328/07, de 27 de setembro de 2011, ou do Acórdão do mesmo Tribunal, *Winterstein and Others v. France*, App. No 27013/07, de 17.10.2013.

48. A este propósito, EVA BREMS, *Indirect Protection of Social Rights by the European*

mesmo assim, importa não esquecer o facto central, que é o da Convenção não conter alusão a nenhum daqueles direitos e, consequentemente, o TEDH não ser um órgão jurisdicional apto, pelo menos em termos imediatos, a garanti-los.

Fruto de todo este entendimento, e conforme já avançamos, é cada vez mais corrente dizer-se que, a nível internacional, os direitos económicos e sociais têm poucas garantias a eles associadas, desde logo pela falta (ou incipiência) da sua tutela judicial. Se é assim, torna-se cada vez mais premente ter em conta a doutrina do “núcleo essencial” dos direitos sociais na ordem jurídica internacional, na medida em que esta parece oferecer uma verdadeira proteção a esses direitos: de facto, uma vez que se trata de um entendimento que é cada vez mais comum às várias jurisdições nacionais que compõem a ordem jurídica internacional, isso traduz-se, como já tivemos oportunidade de avançar, numa receção dessa mesma doutrina no PIDESC. Mas como é que isto acontece? De que forma é que essa doutrina é recebida pelo Pacto? E será que essa receção pode constituir um fator de garantia para os direitos sociais? Eis o que importa responder.

4. O Pidesc, Os Comentários Gerais E A Doutrina Do *Minimum Core*

4.1. O PIDESC e os Comentários Gerais

Quando olhamos para o PIDESC, é impossível não nos determos no seu artigo 2.º, n.º 1, que estipula o seguinte:

“Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos económico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas”.

Dissecando este artigo, começamos por verificar que os Estados Partes têm de se comprometer, “no máximo dos seus recursos disponíveis”, a “assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos” reconhecidos no Pacto. Uma primeira nota que podemos desde já evidenciar, prende-se, desde logo, com o facto de a realização destes direitos ter de ser feita de forma progressiva. Na verdade, e à primeira vista, parece que o Pacto também adota a visão de que os direitos sociais, ao contrário dos direitos civis e políticos (contidos no PIDCP), não podem ser efetivados de forma imediata⁴⁹, sendo que isto é confirmado,

Court of Human Rights, in *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, 2007, pp. 135 e ss. Também neste sentido, LUKE CLEMENTS/ALAN SIMMONS, European Court of Human Rights: Sympathetic Unease, in *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, pp. 409 e ss.

49. Na verdade, o artigo 2º, n.º 2 do PIDCP não contém esta referência a uma realização progressiva, apenas exigindo que cada Estado-Parte se “comprometa [a] adotar (...) as medidas (...) de ordem legislativa ou outra capazes de dar efeito aos direitos reconhecidos no

em certa medida, pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (doravante, “Comité”)⁵⁰ quando, no seu Comentário Geral n.º 3, refere que “[o] conceito de progressiva realização constitui um reconhecimento do facto de que a plena realização de direitos económicos, sociais e culturais não [ser] possível de ser alcançada num curto espaço de tempo.

Nesse sentido, a obrigação difere significativamente daquela contida no artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que inclui uma obrigação imediata de respeitar e assegurar todos os direitos relevantes⁵¹. No entanto, e conforme é notado pela doutrina, esse entendimento trata-se de um autêntico “mito persistente”⁵². Na verdade, esta pretensa dicotomia entre “obrigações progressivas” e “obrigações imediatas” tem sido, de certa forma, veiculada pelo Comité. Porém, a partir dos Comentários Gerais n.º 13, 14 e 15⁵³, o Comité usa várias vezes a expressão “obrigações imediatas”⁵⁴. Assim, e por outras palavras, se à partida pode haver dificuldades em compreender a forma como um Estado Parte deve garantir um determinado direito – a saber: se de forma progressiva ou imediata –, também não deixa de ser verdade que essas mesmas dificuldades são ultrapassadas. Com efeito, conjugando o Comentário Geral n.º 3 – que refere que “a expressão [“realização progressiva”] deve ser lida à luz do objetivo global, a verdadeira razão de ser do Pacto, que é estabelecer obrigações claras para os Estados-Parte no que diz respeito à plena realização dos direitos em questão, impondo uma obrigação de agir *tão rápida e efetivamente quanto possível* em direção àquela meta”⁵⁵ (itálico nosso) – com os posteriores Comentários do Comité que fazem uma alusão a obrigações imediatas, percebemos que os direitos reconhecidos no Pacto dão azo a ambos os tipos de obrigações, consoante a oportunidade de cada uma delas.

Desse modo, se o Estado estiver em condições de, em termos imediatos, implementar aquele direito, então deve agir dessa maneira; por oposição, se isso não suceder, então ele deve adotar um caminho de “progressiva realização”⁵⁶. E diga-se que esta conclusão é sufragada pelo próprio Conselho Económico e Social das Nações Unidas, que por várias vezes já teve oportunidade de evidenciar que

presente Pacto (...).”

50. Sobre o Comité cfr., entre tantos outros, FRANCISCO MARTIN/STEPHEN J. SCHANBLY/RICHARD J. WILSON/JONATHAN S. SIMON/MARK V. TUSHNET, *International Human Rights and Humanitarian Law. Treaties, Cases and Analysis*, Cambridge, 2006, *passim*.

51. Cfr., Comentário Geral n.º 3 (sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes), parágrafo 9.

52. Cfr., MALCOM LANGFORD/JEFF A. KING, *ob. cit.*, p. 486.

53. Cfr., Comentário Geral n.º 13 (sobre o direito à educação); Comentário Geral n.º 14 (sobre o direito ao melhor estado de saúde possível de atingir) e Comentário Geral n.º 15 (sobre o direito à água).

54. Sem esquecer o Comentário Geral n.º 9 (sobre a aplicação do Pacto a nível interno), que refere expressamente, no seu parágrafo 10, que “muitas das disposições do Pacto são aptas a serem realizadas de forma imediata”.

55. Cfr., Comentário Geral n.º 3, parágrafo 9.

56. Assim, MALCOM LANGFORD/JEFF A. KING, *ob. cit.*, p. 487. Também neste sentido, DAVID BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, 2007, pp. 183-184.

vários “direitos constantes do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais são entendidos como requerendo uma implementação imediata, independentemente do nível de recursos disponível no Estado. Por exemplo, a direito de todas as pessoas formarem sindicatos e o direito à greve (artigo 8.º) e o direito à proteção e à assistência das crianças e adolescentes (artigo 10.º, n.º 3)”⁵⁷. Mas, como bem salientam MALCOM LANGFORD/JEFF A. KING, “é o direito que é objeto de realização progressiva ou de realização imediata. Isto é, ao Estado é requerido que implemente o direito ou ao longo do tempo (e.g., a obrigação de promover o acesso a condições adequadas de saneamento) ou imediatamente (e.g., igual tratamento perante a lei), sendo que em nenhum caso o Estado tem o direito de não agir de todo”⁵⁸. Na verdade, esta conclusão é particularmente importante, já que esta pretensa dicotomia entre as obrigações pode dar azo a que os Estados acreditem que não necessitam de agir numa determinada maneira de forma imediata o que, como vimos, não é verdade⁵⁹.

Ainda de acordo com o Comentário Geral n.º 3, verificamos que esta realização progressiva deve ser feita de acordo com medidas “deliberadas, concretas e dirigidas às metas” estabelecidas no Pacto⁶⁰. Se é verdade que, relativamente aos meios para atingir essas metas (traduzidos nas referidas medidas), o Comité reconhece, à primeira vista, que “em muitos momentos a legislação é altamente desejável e em alguns casos pode ser até indispensável”⁶¹, também é certo que, posteriormente, acaba por admitir que esse desiderato também pode ser alcançado através de medidas legislativas e judiciais⁶², o que vem a ser confirmado pelos *Limburg Principles on the Implementation of the ICESCR*⁶³.

4.2. A doutrina do *minimum core*

Assente que está esta discussão, importa notar o aspeto fundamental que decorre deste artigo. Com efeito, e conforme dissemos agora mesmo, sabemos que os direitos contidos no PIDESC devem ser realizados de forma progressiva, à luz dos recursos de que dispõem os Estados. Isto significa, entre outras, que os Estados têm de evidenciar que estão a gastar os recursos disponíveis em “alguma coisa” que, de facto, ajude à concretização dos direitos económicos e sociais. Mas com o objetivo de ultrapassar o facto de que essas garantias, dadas pelos Estados,

57. Cfr., Economic and Social Council, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (25 de junho de 2007), E/2007/100, página 6. Disponível aqui: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/E_2007_82_en.pdf

58. Cfr., MALCOM LANGFORD/JEFF A. KING, *ob. cit.*, p. 487

59. No geral, sobre as obrigações do Estado relativas aos direitos sociais, cfr., MANISULI SSENYONJO, *Economic, Social and Cultural Rights: An Examination of State Obligations*, in *Research Handbook on International Human Rights Law*, 2010, pp. 36 e ss.

60. Cfr., Comentário Geral n.º 3, parágrafo 2.

61. *dem*, parágrafo 3.

62. *Idem*, parágrafos 5 e 7.

63. Cfr., parágrafos 16 e 17 dos *Limburg Principles*, disponíveis aqui: <https://www.escri-net.org/docs/i/425445>

possam consubstanciar-se numa verdadeira “mão cheia de nada”, o Comité tem desenvolvido, desde 1990, o conceito de *minimum core* nas obrigações estatais no domínio deste tipo de direitos⁶⁴. Como bem nota KATHERINE YOUNG, se é certo que os Estados têm de tomar medidas deliberadas e concretas, então o *minimum core* vai ajuda-los “a perceber a direção que essas mesmas medidas devem tomar e quando é que elas devem ser consideradas regressivas”⁶⁵. Assim, a partir dos vários comentários gerais, o Comité vai evidenciar a ideia de que “tendo embora em conta os constrangimentos financeiros que os afetam, os Estados estão vinculados, não apenas à realização progressiva e gradual dos direitos constantes do Pacto, mas também à realização de um *núcleo mínimo* [ou essencial] (*minimum core*) de obrigações em ordem à satisfação, pelo menos, de um nível essencial de cada um daqueles direitos, designadamente de alimentação, cuidados de saúde primários, habitação e educação básica”⁶⁶.

Na verdade, o Comité foi desde logo perentório, no já citado Comentário Geral n.º 3, ao afirmar que é da opinião de que “um núcleo mínimo de obrigações para assegurar a satisfação de níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos é incumbência de cada Estado-Parte. Assim, por exemplo, um Estado-Parte em que qualquer número significativo de indivíduos é privado de géneros alimentícios essenciais, de cuidados essenciais de saúde, de abrigo e habitação básicos ou das mais básicas formas de educação está, à primeira vista, a incumprir as suas obrigações em relação ao Pacto. Se o Pacto fosse interpretado no sentido de não estabelecer tal núcleo mínimo de obrigações, seria largamente privado da sua razão de ser”⁶⁷. Posteriormente, esta ideia vai ser desenvolvida em numerosos outros Comentários, que identificam aspetos dos direitos contidos no Pacto que são de importância *nuclear*⁶⁸. Destes Comentários decorre o entendimento de que o Comité tem interpretado este *minimum core* como (i) uma obrigação presuntiva; (ii) uma obrigação inderrogável; e (ii) fundamento de responsabilidade extraterritorial⁶⁹:

(i) Com efeito, os Estados-Parte são responsáveis por não realizarem um núcleo mínimo de obrigações a não ser que demonstrem que todos os esforços foram feitos, no sentido de “usar todos os recursos que estão à disposição num empenho para satisfazer, como matéria de prioridade, essas obrigações mínimas”;

64. Utilizamos aqui a expressão *minimum core*, na medida em que se trata da expressão original e da maneira como ela é entendida na ordem jurídica internacional. No entanto, ela corresponde, na sua tradução e nos seus efeitos, àquilo que temos vindo a designar de “núcleo essencial”.

65. Cfr., KATHERINE YOUNG, *Constituting*, p. 71. Um entendimento semelhante já podia ser seguido em KATHERINE YOUNG, *The Minimum Core of Economic, Social and Cultural Rights: A Concept in Search of Content*, *Yale Journal Of International Law*, No. 33, 2008, pp. 113 e ss.

66. Cfr., JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 203-204, nota 224.

67. Cfr., parágrafo 10 do referido Comentário.

68. É o caso, por exemplo, do Comentário Geral n.º 14 (parágrafo 43), bem como do Comentário Geral n.º 19 (direito à segurança social), parágrafo 59.

69. Neste sentido, KATHERINE YOUNG, *Constituting*, p. 70, cuja sistematização seguimos de perto.

(ii) Em segundo lugar, “um Estado-Parte não pode, em nenhuma circunstância, justificar o seu incumprimento com um núcleo mínimo de obrigações (...) que são inderrogáveis” e que “continuam a existir em situações de conflito, emergência e desastre natural”⁷⁰;

(iii) Por último, as obrigações decorrentes deste *minimum core* tornam particularmente responsáveis todos aqueles que, numa posição de assistir, podem fornecer “assistência internacional e cooperação, especialmente económica e técnica, para que os países em vias de desenvolvimento possam satisfazer o seu *minimum core*”. Assim, e de acordo com este entendimento, esta circunstância requer que o Estado prove, com o objetivo de não ser responsabilizado, que procurou, embora sem sucesso, a ajuda internacional para que aquele direito pudesse ter sido realizado⁷¹

⁷²

Relativamente ao que agora foi exposto, é desde logo importante notar duas coisas: em primeiro lugar, e conforme já deu para depreender, a doutrina do *minimum core* tem especial relevo nas obrigações dos Estados, isto é, nos seus *deveres*. Por outras palavras, se é certo que, a nível nacional, pode haver entendimentos de que o núcleo essencial pode, por vezes, referir-se ao direito em causa⁷³, isso já não acontece quando falamos de Direito Internacional dos Direitos Humanos, em que o *minimum core* se refere mais às obrigações estatais do que ao conteúdo do próprio direito. De facto, e conforme temos vindo a referir, não nos podemos esquecer que estamos perante direitos positivos, que, consequentemente, se refletem nas tarefas estatais de prestações positivas – nas obrigações (ou deveres) dos Estados. Daí que o *minimum core* seja referente a estes e não ao conteúdo do direito em causa⁷⁴.

Em segundo lugar, dissemos, no ponto (ii), que as obrigações decorrentes do *minimum core* continuam a existir mesmo em situações drásticas de emergência e de desastre natural. No entanto, nem sempre foi assim. Com efeito,

70. Cfr., Comentário Geral n.º 14, parágrafo 10.

71. Cfr., Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, U.N. Doc. No. E/C.12/2001/10 (10 de maio de 2001), parágrafos 16 e 18. Disponível aqui: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/statements/E.C.12.2001.10Poverty-2001.pdf>

72. Como termo de comparação, sobre a responsabilidade dos Estados, mas agora no âmbito do PIDCP, cfr., DOMINIC MCGOLDRICK, *State Responsibility and the International Covenant on Civil and Political Rights*, in *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions*, 2004, 161 e ss.

73. Apesar de a posição dominante ser a de que o núcleo (ou o conteúdo) essencial protege a norma atributiva dos direitos e não o próprio direito – cfr., GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 153; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, pp.306-308; JORGE REIS NOVAIS, *As restrições*, pp. 790-791.

74. Sendo que importa não esquecer que, ao nível do direito constitucional, esta teoria foi desenvolvida no âmbito dos direitos de liberdade que, como sabemos, são, por natureza, direitos negativos, não dependentes de prestações, pelo que é aí (ou seja, nesse lado negativo) que emerge o núcleo essencial.

logo no Comentário Geral n.º 3, o Comité considerava a indisponibilidade de recursos como uma defesa (ou desculpa) contra o incumprimento dos desideratos decorrentes do *minimum core*⁷⁵. No entanto, e como vimos, no Comentário Geral n.º 14 o Comité adota uma abordagem completamente distinta, na medida em que defende que “um Estado-Parte não pode, em nenhuma circunstância, justificar o seu incumprimento com um núcleo mínimo de obrigações (...) que são inderrogáveis” e que “continuam a existir em situações de conflito, emergência e desastre natural”. Posteriormente, este entendimento vai ser confirmado pelas *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights* (que são complementares aos *Limburg Principles* já citados) que, no seu parágrafo 9, estipulam que “Esse núcleo mínimo de obrigações é aplicável independentemente da disponibilidade dos recursos do Estado em questão ou de qualquer outro fator ou dificuldade”⁷⁶.

Desta forma, parece que decorre do entendimento do Comité que mesmo em estado de necessidade, traduzido em situações de emergência e de desastres naturais, a obrigação de assegurar um núcleo mínimo de obrigações, relativamente a certos direitos, ainda existe. De facto, dizemos “certos direitos” porque o Comité não afirma, nos seus Comentários Gerais, que a *todos* os direitos constantes do Pacto têm de ser asseguradas obrigações mínimas tendo em vista a sua efetivação. A título de exemplo, ainda no contexto do Comentário Geral n.º 14, decorre que, em vez de assegurar o “direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir” (artigo 12º, n.º 1 do PIDESC), os Estados estão obrigados a “*sempre* assegurar o direito de acesso a condições de saúde, bens ou serviços numa base não-discriminatória, especialmente para grupos vulneráveis e marginalizados”.

Mas se esta conclusão, segundo o Comité, vale para situações de estado de necessidade, o mesmo não se pode dizer quando falamos de situações de força maior. Com efeito, e como sabemos, nestas situações “os órgãos do Estado são forçados materialmente a agir de uma determinada forma, sem qualquer alternativa, por eventos completamente fora do seu controlo, que tornam fisicamente impossível atuar de outra forma ou, pelo menos, cumprir aquilo a que estão obrigados”, onde se inclui, evidentemente, as obrigações decorrentes do *minimum core*. Ora, se esses atos são praticados sem vontade, então não pode haver responsabilidade, para o Estado, pela prática de um ato ilícito, que é o mesmo que dizer que não existe ilicitude: “[n]ão existindo juridicamente um ato, não pode existir ilicitude, não sendo consequentemente necessária qualquer justificação”⁷⁷. Daí que o Estado, nestas situações, não possa ser responsabilizado por ter incumprido as obrigações decorrentes do *minimum core*.

75. Cfr., Comentário Geral n.º 3, parágrafo 11.

76. Cfr. o parágrafo respetivo das *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, disponíveis aqui: https://www1.umn.edu/humanrts/instree/Maastrichtguidelines_.html

77. Cfr., EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional*, p. 453.

4.3. *Minimum core: relatividade vs. absolutismo*

Se é verdade que a doutrina do *minimum core* tem como objetivo “estabelecer um núcleo mínimo para os direitos sociais no âmbito do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais”⁷⁸, nem por isso deixa de ser verdade que, desde cedo, esta doutrina também tem sido alvo de críticas. Com efeito, e sintetizando:

- a) Há quem entenda que reduzir esses direitos (ou melhor, as obrigações tendentes a efetiva-los) a um *minimum core* pode pôr em causa os próprios objetivos dos direitos económicos, sociais e culturais, ao mesmo tempo que se pretende uma determinação que não existe⁷⁹;
- b) Em segundo lugar, e como vimos, se é certo que esta doutrina cria obrigações que, em determinadas circunstâncias, são absolutas para os Estados, também não deixa de ser verdade que não podemos deixar de ter em conta o facto de, muitas vezes, as circunstâncias práticas (que não aquelas referidas *supra*) impossibilitarem, por completo, o cumprimento destas obrigações por parte dos Estados;
- c) Por último, é imperioso não esquecer outro aspeto: *quem* é que determina esse *minimum core*? E *como* é que ele pode ser determinado?

Estas críticas que são apontadas ao Comité são particularmente importantes para respondermos a uma questão que, por si só, reveste uma enorme importância: na verdade, qual é a abordagem que o Comité faz desta teoria do *minimum core*? Será que podemos falar numa “teoria absoluta” do *minimum core*, ou, ao invés, numa verdadeira “abordagem relativa”?

Em traços gerais, tínhamos dito que para a teoria absoluta (então do núcleo essencial), o Estado estaria sempre obrigado a prestar ao particular esse núcleo (ou mínimo) essencial, que, por sua vez, seria imune a apreciações e ponderações contextuais, próprias da teoria relativa; esta, por sua vez, afirma que essa mesma determinação deve ser feita tendo em conta a afetação concreta num contexto relacional e circunstancial, ponderando necessidades individuais e coletivas, bem como as disponibilidades financeiras do Estado. Ora, de tudo o que expusemos *supra*, parece que, à partida, o Comité adota uma abordagem mais “absoluta” quando se refere à doutrina do *minimum core*, na medida em que não tem em conta eventuais contextos que possam ser relevantes e que levem ao incumprimento do Estado-Parte, sendo que essa mesma *indiferença* se alastra inclusivamente aos casos de desastres naturais ou de emergência. É por isso mesmo que a doutrina do *minimum core* tem sido criticada pelo seu “absolutismo”⁸⁰, na medida em que, pelos vistos, parece insensível às

78. Cfr., KATHERINE YOUNG, *Constituting*, p. 67.

79. Cfr., BRIGIT TOEBES, The Right To Health, in *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2012, pp. 169 e 176.

80. Cfr., KATHERINE YOUNG, *Constituting*, pp. 69 e ss.; DAVID BILCHITZ, *ob. cit.*, pp. 197 e ss. e MALCOM LANGFORD/JEFF A. KING, *Poverty*, pp. 494-495.

circunstâncias específicas de cada Estado, já que propugna por um cumprimento independentemente de eventuais ponderações contextuais que tenham de ser feitas. De facto, como bem se questiona KATHERINE YOUNG, será que o *minimum core* do Mali é idêntico ao *minimum core* do Canadá?

Esta questão é particularmente importante na medida em que distingue aqueles que advogam uma abordagem relativa da doutrina do *minimum core*, daqueles que, ao invés, preferem continuar a entendê-la de maneira absoluta. Mas que abordagem relativa é essa? Vejamos.

5. O Tribunal Constitucional Sul Africano, *Grootboom* E O Teste Da Razoabilidade

O entendimento da doutrina do *minimum core* com base numa abordagem mais relativa não é, de todo, uma criação do Comité, embora, de certa maneira, ele vá acabar por receber as influências deste entendimento. Porém, quando entramos nesta abordagem, importa falar da instância jurisdicional por ela responsável: falamos do Tribunal Constitucional Sul Africano (doravante, TCSA).

Em primeiro lugar, importa notar que a Constituição Sul Africana (doravante, CSA) estabelece, no seu artigo 36º, uma obrigação jurídica que impende sobre o Estado na realização da dimensão positiva dos direitos sociais. Essa obrigação é estabelecida em termos semelhantes ao artigo 2º, n.º 1, do PIDESC, na medida em que a Constituição estatui que “*the state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of these rights*”. Há, portanto, uma semelhança com o PIDESC na medida em que tem de haver uma “realização progressiva” dos direitos sociais, embora também haja uma inovação, já que as medidas a serem tomadas para atingir essa realização têm de ser “razoáveis”. O Ora, como bem refere REIS NOVAIS, “a *razoabilidade* é uma exigência consensual na dogmática sul-africana, tanto mais que a Constituição para ela remete expressamente, seja como critério da constitucionalidade das medidas positivas de realização dos direitos sociais (vem expressamente mencionada como tal no corpo dos artigos 26º e 27º), seja como limite negativo geral que deve ser observado pelos limites dos direitos fundamentais (art. 36º)”⁸¹. Segundo esse critério de razoabilidade, entendido como tal pelo Tribunal, é sempre legítimo ao Estado realizar diferentes opções políticas, no âmbito de várias escolhas possíveis, todas elas cobertas pela Constituição. De facto, é isso que já decorre da *reserva geral do politicamente oportuno*⁸², que confere ao poder político uma ampla margem de apreciação na realização das várias opções que lhe são possíveis, reservando-se o poder judicial a tarefa de verificar se essas opções, que pelo poder político foram tomadas, podem ser consideradas *desrazoáveis*. Assim, “para a conformidade de uma dada escolha com o parâmetro constitucional da *razoabilidade*, basta que

81. Cfr., JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 212.

82. *Idem*, p. 132.

haja uma relação racionalmente sustentável entre meios e objetivos, que o plano ou programa governamental possam ser justificados racionalmente em função dos fins sociais a atingir, que a escolha governamental caí, portanto, dentro do *razoável*”⁸³

Ora, como tínhamos dito, é verdade que, relativamente ao aspeto da realização progressiva, existe uma semelhança entre a Constituição Sul Africana PIDESC. E é por isso mesmo que, desde cedo, o TCSA vai olhar para a doutrina do *minimum core*. No entanto, vai acabar por rejeitá-la, sendo que aqui é especialmente importante ter em conta o *leading case* nesta matéria: falamos do Caso *Grootboom*⁸⁴. *Grootboom* surgiu quando uma comunidade de centenas de famílias muito pobres, a viver em condições degradantes e na iminência de deterioração em época das chuvas, invadiu uma propriedade privada desocupada, destinada, segundo o plano de urbanização, a habitação social, e nela construiu habitações rudimentares. O proprietário obteve, entretanto, mandado judicial e execução coerciva do despejo, após o que a Sr.^a Grootboom e restante comunidade (900 queixosos, incluindo 500 crianças), confinados agora fisicamente em estruturas provisórias num campo de futebol, interpuseram ação judicial, reivindicando o direito constitucional à habitação⁸⁵.

Antes de ser chamado a decidir, os *amici curiae*, na argumentação que aduziram ao Tribunal, tentaram persuadi-lo a adotar a noção de *minimum core*, tal como desenvolvida pelo Comité no âmbito do PIDESC. No entanto, aquando da decisão, o Tribunal, na sua fundamentação, rejeitou esse modelo de relevância jurídica dos direitos sociais assente na delimitação de um *minimum core*, segundo o qual o Tribunal se deveria orientar para uma delimitação do conteúdo do direito (social) em causa, definindo, nesse plano, as obrigações imediata e incondicionalmente exigíveis ao Estado, e isto independentemente das circunstâncias. Com efeito, o TCSA vai apontar várias críticas relativas a esta doutrina, algumas das quais já aqui expostas⁸⁶:

i. Em primeiro lugar, refere que a definição deste *minimum core* é, desde logo, problemática, tendo em conta a “heterogeneidade das necessidades e circunstâncias sociais de cada grupo”⁸⁷;

ii. Além disso, e consequentemente, esta doutrina impõe “obrigações

83. *Ibidem*, p. 213.

84. Cfr., Acórdão do Tribunal Constitucional Sul Africanom, *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, de 4.10.2000, disponível aqui: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html> (doravante “Grootboom”).

85. Adotamos aqui a síntese explicativa que é feita por REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 216.

86. Cfr., SANDRA LIEBENBERG, South Africa, in *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, p. 83. Para uma análise desta decisão, cfr., entre outros, MAGNUS KILLANDER, African Human Rights Law in Theory and Practice, in *Research Handbook on International Human Rights Law*, 2010, pp. 388 e ss. Sobre decisões de jurisdições estrangeiras importantes neste contexto, cfr., DINAH SHELTON, *The Oxford Handbook Of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, *passim*.

87. Cfr., *Grootboom*, parágrafos 32-33.

irrealistas” para os Estados, na medida em que “é impossível garantir, a todos, a satisfação de um núcleo mínimo de obrigações de forma imediata”⁸⁸;

iii. Por último, o Tribunal refere que o *minimum core* é incompatível, ou inadequado, à luz do princípio da separação de poderes e do papel que, neste âmbito, deve ser desempenhado pelos tribunais. Assim, estes “não estão institucionalmente preparados para, num vasto leque de opções políticas, determinar o que se deve entender por *minimum core*”⁸⁹

Assim, e alternativamente, o Tribunal vai orientar-se para um escrutínio incidente sobre a *razoabilidade* das opções políticas tomadas pelo legislador. Mas o que alternativa é esta?

Em primeiro lugar, ao analisar as obrigações positivas que o Estado está obrigado a realizar, e que, por sua vez, decorrem dos direitos sociais, a questão central que o Tribunal pretende dar resposta consiste em saber se os meios escolhidos para aquela realização são *razoavelmente* capazes de facilitar essa mesma realização⁹⁰. No fundo, o Tribunal pergunta-se se aquela política que pelo Estado está a ser seguida pode, ou não, ser *justificada*, sendo que o será se estiver razoavelmente relacionada com o objetivo constitucional de promover o acesso aos direitos económicos e sociais. Neste aspeto, vale a pena citar o que é dito pelo TCSA:

“O Tribunal, quando considera a *razoabilidade*, não vai averiguar se outra medida, melhor do que aquela que está em análise, poderia ter sido escolhida, ou se o dinheiro público poderia ter sido melhor gasto. A questão reside em saber se as medidas escolhidas são, ou não, *razoáveis*. É forçoso reconhecer que um amplo leque de possíveis medidas poderia ter sido adotado pelo Estado com o objetivo de cumprir as suas obrigações. Muitas delas atingiriam o objetivo da *razoabilidade*. Ora, a partir do momento em que se demonstra que esse objetivo foi atingido, então cumpre-se o desiderato que se procura atingir” (parágrafo 41)

Assim, por outras palavras, e conforme já tivemos oportunidade de evidenciar, o Tribunal considera que, na observância da *razoabilidade*, é sempre legítimo ao Estado (*rectius*, ao poder político) tomar várias e diferentes medidas, num contexto alargado de opções políticas. Desta forma, ao mesmo tempo que o Tribunal atribui essa margem de apreciação ao poder político (como manda o princípio da separação de poderes), apenas se reserva na tarefa de verificar se a opção que pelo legislador foi tomada é, ou não, *desrazoável*. E quando é que há *razoabilidade*? Quando há “uma relação racionalmente sustentável entre meios e objetivos”, isto é, quando “o plano ou programa governamental possam ser justificados racionalmente em função dos fins sociais a atingir”⁹¹ – quando a

88. *Idem*, parágrafo 35.

89. *Ibidem*, parágrafo 37.

90. *Ibidem*, parágrafo 41.

91. Cfr., *Grootboom*, parágrafos 41 a 43.

escolha governamental caiba, dessa forma, dentro do *razoável*. Aqui, vários critérios são avançados:

1. Em primeiro lugar, o programa governamental deve ser coerente e coordenado⁹²;
2. De seguida, devem ser alocados a esse programa recursos humanos e financeiros suficientes⁹³;
3. O programa deve ser construído e pensado para situações de curto, médio e longo prazo⁹⁴;
4. E, por último, deve ser corretamente implementado⁹⁵.

Se é verdade que isto é assim, também é importante notar que o Tribunal não se fica por aqui. De facto, à primeira vista podemos pensar que é suficiente, para o cumprimento dos desideratos atinentes à razoabilidade, a justificação racional das medidas apresentadas pelo Governo, sendo que era dessa maneira que se processavam as coisas antes de *Grootboom*: na verdade, no famoso caso *Soobramoney*⁹⁶, que incidia sobre a queixa de um cidadão sul-africano que, tendo uma doença terminal, requeria que o Estado fosse obrigado a dar-lhe acesso aos tratamentos de diálise de que necessitava, o Tribunal considerou que o controlo que por ele deveria ser operado se bastava com um mero teste de *racionalidade*, que passava por verificar se as decisões do Estado eram, ou não, racionalmente justificáveis, tendo concluindo, neste caso, pela positiva. Assim, e do que foi exposto, parece que este também é o entendimento em *Grootboom*.

Mas esta afirmação não é inteiramente verdadeira. Por outras palavras, é um facto que, no teste da razoabilidade, também entram estas considerações relativas à racionalidade das medidas tomadas para efetivar os direitos sociais. Porém, em *Grootboom*, o TCSA vai (muito) mais longe do que foi em *Soobramoney*, não se bastando com a verificação da existência ou ausência de fundamentação racional das opções políticas definidas pelo Governo. Com efeito, mantendo todas as considerações que anteriormente foram expostas, o Tribunal vai ainda ter em conta a situação objetiva de desproteção em que ficam os afetados pelo eventual incumprimento por parte do Estado, dessa forma estendendo o controlo de razoabilidade não apenas às justificações governamentais, mas também, e principalmente, à situação objetiva em que a omissão de prestação concreta deixa aos particulares – nas palavras do Tribunal, “a racionalidade da fundamentação governamental é insuficiente se o Estado não atende aos que se encontram numa situação de perigo ou emergência e se essa omissão deixa os cidadãos afetados

92. *Idem*, parágrafos 39 e 40.

93. *Idem*.

94. *Idem*, parágrafo 43.

95. *Idem*.

96. Cfr., Acórdão do Tribunal Constitucional Sul Africano, *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)* (CCT32/97) [1997] ZACC 17; 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696, de 27.11.1997, doravante “*Soobramoney*”. Disponível aqui: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>

numa situação pessoal intolerável, desrazoável à luz dos padrões de um Estado de Direito”⁹⁷.

Na verdade, como bem nota BILCHITZ, se se mantivesse (apenas) aquilo que foi dito em *Soobramoney*, “não haveria como considerar inconstitucional a omissão estatal no domínio da habitação”⁹⁸, na medida em que a resolução estruturada programada do problema da habitação era, de facto, uma opção racional e com aptidão para melhorar a situação de carência. No entanto, e mesmo assim, esse programa era *desrazoável* já que, orientado para a realização progressiva no tempo do problema muito grave de habitação da África do Sul, não providenciava, no curto prazo, qualquer solução temporária aceitável aos cidadãos que se encontravam em situação crítica de emergência, como acontecia com a comunidade em questão que, despejada das anteriores habitações, se encontrava agora numa situação física intolerável e sem um fim à vista.

Mas antes de tecermos as nossas próprias considerações sobre esta abordagem, importa notar, como bem salienta STEINBERG⁹⁹, que, mesmo assim, o TCSA não abandona, de todo, as exigências do *minimum core* no seu teste de *razoabilidade*. Com efeito, o Tribunal reconhece que, em situações de extrema penúria é desrazoável o estabelecimento governamental de programas de realização de direitos sociais que deixem os mais desfavorecidos sem qualquer tipo de proteção¹⁰⁰, havendo aqui, de certa forma, uma aproximação ao carácter *imediato* de certas obrigações que decorrem para o Estado, tal como a doutrina do *minimum core* assim advoga. No entanto, há que ressaltar que, se é assim, também é verdade que o Tribunal afirma que tal só é possível se essas mesmas prestações forem financeiramente possíveis¹⁰¹, o que, como já se viu, constitui um fator de diferenciação relativamente àquela teoria.

O que pensar do que foi exposto? Em primeiro lugar, não podemos deixar de evidenciar que esta abordagem é, necessariamente, *relativa*: na verdade, pelo que foi analisado é facilmente verificável que o teste de racionalidade que pelo TCSA foi desenvolvido tem em conta as necessidades individuais, bem como as coletivas de cada grupo, ao mesmo tempo que não ignora as disponibilidades financeiras do Estado. Assim, respondendo à questão que há pouco foi feita, o *minimum core* do Mali não é igual ao *minimum core* do Canadá, precisamente porque se trata de países diferentes que, apesar de poderem ter direitos sociais semelhantes, certo é que as obrigações que para o Estado decorrem são amplamente distintas, dadas as circunstâncias (políticas, financeiras e outras) de cada um desses mesmos países. Mas a verdadeira questão está em saber se, efetivamente, esta teoria pode ou não ser recebida pela ordem jurídica internacional, de tal maneira que possa levar a uma interpretação diferente por parte do Comité.

No que a este aspeto diz respeito, a resposta não é tão clara quanto

97. Cfr., *Grootboom*, parágrafo 44.

98. Cfr., DAVID BILCHITZ, *Poverty*, p. 142.

99. Cfr., CAROL STEINBERG, Can Reasonableness Protect The Poor? A Review Of South Africa's Socio-Economic Rights Jurisprudence, *South African Law Journal*, 2006, p. 280.

100. Cfr., *Grootboom*, parágrafo 45.

101. *Idem*.

possa parecer. À primeira vista, e como bem nota SANDRA LIEBENBERG, esta teoria tem algumas “sinergias” com aquilo que o Comité, ao longo dos anos, tem vindo a referir. De facto, «o teste da razoabilidade aproxima-se das “obrigações de conduta” impostas pelos direitos económicos, sociais e culturais, e descritas nas *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*»¹⁰²: na verdade, estas últimas, no seu parágrafo 7, estabelecem que as obrigações de conduta “requerem ações razoavelmente calculadas com o objetivo de promover a fruição de um direito”. Além do mais, também não podemos deixar de notar certos “sinais” que o Comité tem dado, no sentido de relativizar uma abordagem que, à partida, e conforme dissemos, parece (apenas) absoluta: com efeito, não nos podemos esquecer, tal como já foi referido, que logo no Comentário Geral n.º 3, no seu parágrafo 10, o Comité deixa um espaço de justificação para aqueles Estados que incumpriram as suas obrigações, ao estabelecer que, para escapar à responsabilidade, têm de demonstrar que todos os esforços foram feitos com o objetivo de usar todos os recursos que têm (ou tinham) à sua disposição, em ordem a satisfazer aquelas obrigações mínimas. A isto acresce uma certa relativização na abordagem do Comité: nas suas *Concluding Observations*, parece que exige mais a países desenvolvidos (como é o caso do Canadá, em 2006¹⁰³) do que a países em vias de desenvolvimento (como é o caso do Senegal, em 2001¹⁰⁴) – no caso, o Comité espera um sistema de segurança social mais sofisticado por parte do primeiro do que do segundo.

No entanto, e ao mesmo tempo, isto parece constituir uma *exceção*, já que a *regra* parece a de continuar ser a adoção, a nível geral, de uma abordagem rígida e absoluta da doutrina do *minimum core*, esquecendo-se a alternância que pode constituir o teste da *razoabilidade*. Não só isso decorre dos diversos Comentários Gerais que temos vindo a citar, como também de outros instrumentos: um exemplo paradigmático desta situação encontra-se presente no *Relatório sobre as Medidas de Austeridade e os Direitos Económicos e Sociais*, do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos¹⁰⁵. Na verdade, num período de crise económica e financeira, torna-se importante ter em conta estes Relatórios, com as suas inerentes recomendações: ora, neste caso específico, o Alto Comissário, na análise que faz do impacto que as medidas de austeridade tiveram (e têm vindo a ter) nos direitos sociais, socorre-se, praticamente todas as vezes, do conceito de *minimum core*, tal como foi desenvolvido pelo Comité, citando a maioria dos seus Comentários Gerais, e, consequentemente, não fazendo nenhuma alusão à doutrina da *razoabilidade*. A isto acresce a Carta que a Presidente do Comité enviou aos Estados Partes, em 16 de maio de 2012, que

102. Cfr., SANDRA LIEBENBERG, South Africa, in *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, pp. 83-84, nota 69.

103. Cfr., UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Concluding Observations, Canada (22 de maio de 2006), disponível aqui: <http://www.refworld.org/publisher/CES-CR,CONCOBSERVATIONS,CAN,45377fa30,0.html>

104. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Concluding Observations: Senegal (24 de setembro de 2001), disponível aqui: <http://www.refworld.org/publisher/CES-CR,SEN,3cc7fcff4,0.html>

105. Disponível aqui: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RightsCrisis/E-2013-82_en.pdf

basicamente traduz tudo o que o se tem vindo a dizer sobre a abordagem absoluta do *minimum core*, exigindo aos Estados que protejam esse *core* “sempre e em todas as vezes”¹⁰⁶.

Mas também é importante salientar, para este efeito, Comunicações mais recentes que têm sido prolatadas pelo Comité e que confirmam esta abordagem. Com efeito, numa Comunicação de 2013, a propósito do direito à segurança social em Espanha, o Comité é perentório ao afirmar que os Estados-Partes têm a obrigação de satisfazer este direito “até aos limites mínimos em que este é enunciado na Convenção”, e que se traduzem em “cuidados de saúde, habitação, higiene e educação”, não chamando à colação quaisquer circunstâncias contextuais que possam suceder e que possam levar a uma relativização deste entendimento¹⁰⁷; na mesma linha, em 2014, e a propósito do direito a uma habitação condigna, o Comité afirma que este direito tem de ser assegurado “a todas as pessoas, independentemente dos seus recursos económicos”, sendo que os Estados-Partes “têm de tomar todas as medidas que sejam necessárias para que se haja um gozo efetivo deste direito”, continuando com o mesmo entendimento¹⁰⁸.

Além do mais, também não nos podemos esquecer de outro aspeto: com efeito, e tal como sabemos, estas medidas de austeridade foram tomadas no âmbito da União Europeia. Ora, quanto a esta situação, tínhamos dito que a CDFUE, no seu artigo 52.º, refere expressamente que as restrições aos direitos devem ser previstas por lei “e respeitar o conteúdo essencial [desses direitos e liberdades]” (itálico nosso). No entanto, não só o Tribunal de Justiça da União Europeia não adota nem uma abordagem deste conteúdo típica de *minimum core*, como também não faz sequer referencia ao teste da *razoabilidade*, o que se traduz num muito incipiente desenvolvimento deste conceito ao nível da União Europeia. Tal como decorre das Anotações Relativas à CDFUE, a fórmula utilizada pelo n.º 1 do artigo 52.º já decorre da jurisprudência do TJUE, nomeadamente do seu acórdão *Karlsson*¹⁰⁹. Diga-se, no entanto, que os vários elementos presentes nesta norma (a saber: *a*) a necessidade de respeitar o conteúdo essencial dos direitos; *b*) o princípio da proporcionalidade e *c*) o facto de as limitações terem de ser “necessárias” e “corresponderem aos objetivos de interesse geral da União) são difíceis de separar, na prática, pelo que o TJUE não faz qualquer tentativa para que isso aconteça, considerando-os em conjunto. Ora, da jurisprudência do TJUE, podemos concluir, em primeiro lugar, que o conteúdo essencial surge ligado, essencialmente, aos direitos civis e políticos, nomeadamente às liberdades fundamentais, o que se explica, em parte, pelo facto

106. Cfr., ARIRANGA G. PILLAY, Chairperson, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Letter to State Parties, 16 May 2012, disponível aqui: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/LetterCESCRtoSP16.05.12.pdf>

107. Cfr., Communication no. 1/2013 (Exercise of Covenant rights without discrimination; right to social security) (Spain), do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, parágrafo 10.3.

108. Cfr., Communication no. 2/2014 (Measures to achieve the full realization of the rights of the Covenant; right to adequate housing) (Spain), parágrafo 11.1.

109. Cfr., Acórdão do TJUE, de 13.04.2000, *Karlsson e outros*, Processo C-292/97, disponível aqui: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TEXT/HTML/?uri=CELEX:61997CJ0292&from=EN>

de o acesso dos particulares ao Tribunal ser difícil, tal como evidenciamos.

Assim, no caso *Scarlet Extended*¹¹⁰, sem mencionar expressamente o artigo 52.º, o Tribunal analisou o impacto de certas medidas destinadas a proteger o direito à propriedade intelectual, com o direito à privacidade, à liberdade de expressão e o direito a exercer livremente uma profissão. Uma vez que as medidas em causa, que estavam a ser analisadas, não eram limitadas no tempo e não distinguiam entre conteúdos suscetíveis de serem ameaçadores ou não, tal não consubstanciava um balanço adequado entre os direitos. Assim, utilizando a terminologia do artigo 52.º, o Tribunal concluiu que as medidas em causa eram desproporcionadas, sugerindo, ao mesmo tempo (se bem que indiretamente), que a essência dos direitos violados não estava a ser respeitada¹¹¹.

Similarmente, no caso *Test-Achats*¹¹², também sem fazer qualquer referencia ao artigo 52.º, o Tribunal concluiu que uma exceção indefinida ao direito à não-discriminação em razão da orientação sexual, prevista na legislação europeia, não podia ser justificada, na medida em que, a existir tal como existia, consubstanciava uma exceção indefinida, desproporcionada e/ou que não respeitava a essência do direito¹¹³.

Por último, e aqui no âmbito dos direitos sociais, no caso *Alemo-Herron*¹¹⁴, o Tribunal condenou uma legislação nacional que restringia o direito a exercer uma profissão, na medida em que essa legislação obrigava os (novos) sujeitos de contratos de emprego a ficarem vinculados a mudanças subsequentes nesses mesmo contratos, mudanças essas que tinham sido negociadas coletivamente (e não por eles). Na perspetiva do Tribunal, isto consubstanciava uma violação da essência daquele direito¹¹⁵.

De todos estes casos podemos concluir que o Tribunal dá uma especial ênfase ao princípio da proporcionalidade, em detrimento do conteúdo essencial. Como tínhamos dito, na medida em que o Tribunal não faz uma análise separada dos critérios estabelecidos pelo artigo 52º, isso faz com que o conteúdo essencial seja “absorvido” pelo princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, é mais facilmente infringido no caso de as medidas em análise serem ilimitadas, como a completa exclusão de um sector económico (caso *Test-Achats*) ou a completa invasão da privacidade (caso *Scarlet Extended*). Em oposição, uma restrição mais “moderada”, que limita o impacto nos direitos em casos particulares, tem

110. Cfr., Acórdão do TJUE, de 24.11.2011, *Scarlet Extended*, Processo C-70/10, disponível aqui: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=342231>

111. Cfr., parágrafos 43 e ss.

112. Cfr., Acórdão do TJUE, de 1.03.2011, *Test-Achats* e outros, Processo C-236/09, disponível aqui: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80019&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=342579>

113. Parágrafos 31 e ss.

114. Cfr., Acórdão do TJUE, de 18.07.2013, *Alemo-Herron* e outros, Processo C-426/11, disponível aqui: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139749&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=343354>

115. Cfr., parágrafos 20 e ss.

mais capacidade de satisfazer os requisitos daquele princípio¹¹⁶. No entanto, e mesmo assim, estas considerações nada trazem de novo ao nosso problema.

Assim sendo, o que concluir? Fará sentido uma abordagem internacional dos direitos sociais mais virada para a *razoabilidade*? Ou a doutrina do *minimum core*, mais absoluta por natureza, é suficiente? Eis o que importa responder nas conclusões deste artigo.

6. Conclusão

É do nosso entendimento que, ao nível da ordem jurídica internacional, as obrigações que decorrem para os Estados e que têm como objetivo garantir a efetivação dos direitos sociais, têm de ser entendidas num prisma de razoabilidade, e não segundo a rigidez do *minimum core*.

Com efeito:

1. Em primeiro lugar, as pessoas, bem como as suas necessidades, são, por natureza, heterogêneas, pelo que se torna praticamente impossível determinar um *minimum core* que seja comum a todas elas;
2. Além disso, esse caráter absoluto é naturalisticamente incompatível com aquelas ocasiões em que um Estado, por circunstâncias várias, se encontra numa impossibilidade fáctica de realizar as obrigações inerentes a este *minimum*;
3. Na verdade, a título de exemplo, se numa determinada situação de emergência económica e financeira o Estado estiver financeiramente impossibilitado de realizar estas prestações, é perfeitamente irrealista exigirmos que esse mesmo Estado assegure, de forma imediata, o direito a uma habitação condigna. E é irrealista porque, por mais exigentes que sejam, tal desiderato é faticamente impossível de atingir;
4. Daí que seja de abraçar o teste da razoabilidade que pelo Tribunal Constitucional Sul Africano foi desenvolvido, no caso *Grootboom*;
5. Com efeito, sendo uma teoria que, por natureza, é relativa, então já terá em conta as circunstâncias que rodeiam cada caso, procedendo, para esse efeito, a determinadas ponderações contextuais. É a razoabilidade assente no sentido do que é razoável exigir ao Estado tendo em conta as suas disponibilidades

116 No mesmo sentido, STEVE PEERS/SACHA PRECHAL, *ob. cit.*, pp. 1485-1486.

financeiras, mas também as necessidades reais dos particulares, as suas situações de carência concretas e específicas, bem como a premência da realização dos direitos sociais numa situação dada;

6. Desta forma, situações típicas a propósito da teoria absoluta traduzida no *minimum core*, já não acontecerão no âmbito da *razoabilidade*, precisamente porque, quando um Estado está faticamente impossibilitado de cumprir as suas obrigações, então não se lhe pode exigir aquilo que, pura e simplesmente, ele não pode cumprir;
7. Além do mais, enquanto no *minimum core* se advoga que os Tribunais podem ir ao ponto de definir o conteúdo das obrigações que para os Estados decorrem, no contexto da efetivação dos direitos sociais, podendo essa circunstância pôr em causa o princípio da separação de poderes (na medida em que é ao poder político que cabe essa tarefa), tal obstáculo não existe na *razoabilidade*, em que o Tribunal, conferindo ao poder político uma ampla margem de apreciação na realização das várias opções que lhe são possíveis, apenas se reserva na tarefa de verificar se essas opções, que pelo poder político foram tomadas, podem ser consideradas *desrazoáveis*, não definindo, contudo, *quais* as medidas que este deve tomar;
8. Daí que sejamos a favor de uma reinterpretação da forma como o Comité entende as obrigações que devem ser assumidas no contexto dos direitos sociais.
9. No entanto, reconhecemos que isto pode levantar uma dificuldade. Na verdade, não nos podemos esquecer que esta teoria da razoabilidade foi construída num ordenamento jurídico nacional (no caso, o sul africano), com um Tribunal Constitucional dotado de poderes para analisar a razoabilidade das medidas em causa;
10. Porém, semelhante instância não existe a nível internacional (ou supranacional), pelo que este entendimento pode sair frustrado quando concluímos que a única instância passível de desempenhar esse papel – v.g., o TEDH (embora este, como vimos, apenas se pronuncie indiretamente sobre os direitos sociais) – pode ir ao ponto de pôr em causa as políticas que pelos Estados são seguidas, desafiando escolhas democráticas que aos Estados incumbe fazer;
11. No entanto, a probabilidade de isto acontecer é muito maior no caso do *minimum core* (que, de acordo com o qual, os Tribunais podem determinar o conteúdo das obrigações) do que na *razoabilidade*. De facto, se adotarmos esta última abordagem, então o Tribunal nunca desafiaria as escolhas que pelos Estados foram feitas, apenas se limitando a perguntar a estes (e a verificar) se os atos ou omissões desses Estados são *desrazoáveis*, *arbitrários* ou, adotando a terminologia do TJUE, *desproporcionados* ¹¹⁷;

117. Neste sentido, INGRID LEIJTEN, The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity and The Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection, *German Law*

12. Assim, seria mais um papel *qualitativo* (isto é, averiguar da razoabilidade das medidas), do que *quantitativo* (definir o conteúdo das obrigações).

Desta forma, resta-nos concluir afirmando que, relativamente às obrigações internacionais de efetivação dos direitos sociais, defendemos a adoção de uma abordagem baseada na *razoabilidade*, tal como defendida pelo Tribunal Constitucional Sul Africano. No entanto, e conforme tivemos oportunidade de evidenciar, ainda tem de ser percorrido um longo caminho, na medida em que, pelos vistos, o Comité ainda prefere basear-se numa rigidez típica da doutrina do *minimum core*.

Journal, Vol. 16, No. 01, 2015, pp. 45 e ss., que, por sua vez, sugere que, a nível internacional, se adote uma abordagem semelhante àquela que tem vindo a ser adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Sugerindo uma outra via, mais focada no *minimum core*, cfr., DAVID BILCHITZ, *Poverty*, pp. 186 e ss.