

A PROTECÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS A BENEFÍCIOS SOCIAIS EM HONG KONG

Karen Kong

Professora, Faculdade de Direito, Universidade de Hong Kong, Hong Kong

I. Introdução

O Capítulo III da Lei Básica contém disposições que protegem os direitos fundamentais dos residentes de Hong Kong¹. Estas disposições incluem tanto os direitos civis e políticos como os direitos sócio-económicos. Relativamente aos direitos sócio-económicos, a concepção comum de que eram “aspiracionais” e “não justiciáveis” fez com que poucos fossem os progressos no seu campo até há bem pouco tempo². A dificuldade é acrescida do forte entendimento judicial de que o tribunal não pode ser usado como fórum para discussão de políticas sócio-económicas³. Muitas das questões em torno dos direitos sócio-económicos são mais facilmente objecto da atenção do tribunal se forem colocadas em termos de direitos civis e políticos tradicionais, por exemplo, o direito à igualdade perante a lei constante do artigo 25.º da Lei Básica⁴.

II. Casos relativos ao direito à Segurança Social em Hong Kong

O tribunal de Hong Kong decidiu em dois casos recentes a favor da

¹ Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong, Capítulo III.

² No caso *Chan Mei Yee vs. Director da Imigração* [2000] H.K.E.C. 788, Hon Cheung J afirmou que o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) era “promocional na sua natureza”. No caso subsequente *Chan To Foon vs. Director da Imigração* [2001] 3 H.K.L.R.D. 109, Hartmann J afirmou que o PIDESC era “promocional” e “progressivo” na sua natureza: “era um pacto aspiracional, não um que criasse obrigações absolutas”.

³ Ver o discurso do Chefe do Executivo na Abertura do Ano Judicial de 2009 e 2010, disponível em <http://www.info.gov.hk/gia/general/201001/11/P201001110174.htm>

⁴ Por exemplo, *Fok Chun Wa vs. Autoridade do Hospital* [2010] H.K.E.C. 713.

protecção constitucional do direito à segurança social. Ambos os casos estavam relacionados com os novos requisitos de residência para o sistema de Assistência Social Completa (ASC) em vigor a partir de 1 de Janeiro de 2004. No caso *Kong Yunming vs Director da Segurança Social* (2009)⁵, o demandante questionou o requisito de sete anos de residência para ser elegível para o sistema de ASC, enquanto que no caso *Yao Man Fai George vs Director da Segurança Social* (2010)⁶, a questão presente a tribunal foi a constitucionalidade do requisito de um ano “de residência contínua em Hong Kong” para a candidatura à ASC. Ambos os requisitos foram introduzidos pelo Departamento de Segurança Social à luz do Relatório do Grupo de Trabalho de Políticas Populacionais de 2003⁷. O relatório referiu o peso crescente do sistema de segurança social de Hong Kong como consequência de um envelhecimento da população e da entrada contínua de novos imigrantes, e recomendou a adopção de certas medidas para assegurar a sustentabilidade do fundo público a longo prazo. O Tribunal de Primeira Instância confirmou o requisito de sete anos no caso *Kong Yunming*, mas no caso *Yao Man Fai George* declarou que o requisito de um ano de residência contínua era inconstitucional.

Os dois casos demonstraram a abordagem do tribunal relativamente às políticas sociais e económicas, particularmente quando as suas decisões têm influência na distribuição dos recursos públicos. A intensidade da análise foi posta em causa e a visão do tribunal relativa à justificação dada pelo governo é responsável pela diferença de resultados entre os dois casos. Parece óbvio que o tribunal foi claramente influenciado pelas implicações políticas e económicas nas suas decisões. Da nossa parte, entendemos que o tribunal não deve ter constrangimentos em reconhecer os direitos sócio-económicos, e que há espaço para uma abordagem baseada em princípios quando se lida com os direitos sociais, especialmente no que toca ao processo de tomada de decisões por parte do governo, ao mesmo tempo que se respeita a liberdade de um governo democrático para determinar as suas próprias políticas.

III. Os dois casos: factos e decisão

No caso *Kong Yunming vs Director da Segurança Social*, o autor é uma mulher da China Continental que se estabeleceu em Hong Kong no ano de 2005. O marido faleceu mal ela chegou a Hong Kong. Tentou candidatar-se à assistência social mas o seu pedido foi indeferido uma vez que a demandante não satisfazia o requisito de sete anos de residência. Questionou a constitucionalidade do requisito

5 [2009] H.K.L.R.D. 382.

6 [2010] H.K.E.C. 962.

7 23 de Fevereiro de 2003, <http://www.info.gov.hk/info/population>.

de sete anos de residência com base, primeiro, no facto de a mudança do requisito de um ano para sete anos desde 1 de Janeiro de 2004, o que significa que ela precisaria de ser residente permanente de Hong Kong para estar elegível para ASC, constituir uma violação do disposto no artigo 36.º da Lei Básica relativo ao direito à segurança social para todos os “residentes de Hong Kong”⁸. Segundo, esta medida não “desenvolveu e melhorou” o sistema de segurança social anterior, como prevê o disposto no artigo 145.º, dada a sua natureza discriminatória⁹. Em terceiro lugar, seria discriminatório para residentes não-permanentes, constituindo assim uma violação do direito à igualdade constante do artigo 25.º da Lei Básica de HK¹⁰.

O tribunal baseou principalmente a sua análise na discriminação e no teste de justificação. Considerou que o diferente tratamento entre residentes permanentes e não-permanentes foi justificado. Como tal, esta política foi devidamente formulada ao abrigo do disposto no artigo 145.º como um “desenvolvimento e melhoria” do sistema de segurança social anterior. O direito à segurança social previsto no artigo 36.º não foi violado.

Seguinte, *Yao Man Fai George vs Director da Segurança Social*, o tribunal decidiu o oposto. Este caso diz respeito a um residente permanente de Hong Kong cujo emprego na China Continental acabou. Voltou para Hong Kong e procurou inscrever-se no ASC. O seu pedido foi indeferido por não satisfazer o requisito de um ano de residência contínua. Após contestação desta decisão, o tribunal decidiu que o requisito de um ano de residência contínua em Hong Kong para candidatura à ASC era inconstitucional, dado que violava as disposições do artigo 25.º (igualdade perante a lei) e do artigo 31.º (liberdade de circulação) da Lei Básica de HK¹¹.

Não tendo o governo conseguido provar que havia uma necessidade genuína para a imposição de um tal requisito, além do facto de somente uma pequena percentagem de candidatos à ASC caía no âmbito desta categoria (4.7% do total de candidaturas à ASC), dos quais a maioria viu o seu pedido recusado, o tribunal decidiu que a discriminação com base no período de ausência de Hong Kong não

8 Artigo 36.º da Lei Básica: “Os residentes de Hong Kong têm direito a segurança social em conformidade com a lei. Os benefícios sociais e reforma dos trabalhadores devem ser protegidos pela lei”.

9 Artigo 145.º da Lei Básica: “Com base no sistema anterior de segurança social, o Governo da Região Administrativa Especial de Hong Kong deve formular as suas próprias políticas relativas ao desenvolvimento e melhoria deste sistema à luz das condições económicas e necessidades sociais”.

10 Artigo 25.º da Lei Básica: “Todos os residentes de Hong Kong são iguais perante a lei”.

11 *Yao Man Fai George*, em [105], [125].

era justificável¹². O direito à igualdade contido no artigo 25.º foi assim violado.

Relativamente à liberdade de circulação, e tendo por base a mesma análise que foi feita para a discriminação, o tribunal decidiu que a restrição a viajar imposta pelo requisito de um ano de residência contínua não satisfazia o teste de proporcionalidade.

IV. Análise

1. Direito à Segurança Social

No caso *Kong Yunming vs Director da Segurança Social*, o tribunal explicou em detalhe a natureza e limitação do direito à segurança social contido no artigo 36.º da LBHK. Sublinhou que o direito à segurança social constante do artigo 36.º da Lei Básica não é um direito absoluto, estando por isso sujeito a limitações. O sistema de segurança social não é estático, está sujeito a mudanças que podem levar a um sistema mais generoso ou mais restritivo¹³. Relativamente à legitimidade das limitações ao direito à segurança social, o tribunal concluiu que¹⁴: “(...) fazendo uma interpretação adequada da Lei Básica, a resposta está, não num conceito alargado de “de acordo com a lei”, ou “previsto na lei” (expressões dos artigos 36.º e 39.º(2)) ou num conceito geral de proporcionalidade como tal, mas no próprio artigo 145.º”.

O artigo 145.º pode ser visto como uma cláusula de limitação interna do direito à segurança social na Lei Básica. O governo deve formular as suas próprias políticas relativas ao “desenvolvimento e melhoria” do “sistema de segurança social anterior”, “à luz das condições económicas e das necessidades sociais”¹⁵. A parte mais difícil está relacionada com a forma como o tribunal decide se uma política é ou não feita à luz de necessidades económicas e sociais. O tribunal foi cauteloso relativamente à sua própria falta de conhecimento nestas questões e preferiu averiguar as condições sócio-económicas somente à luz de outros direitos existentes na Lei Básica. Assim, sem qualquer violação de outros direitos constitucionais, por exemplo a discriminação, o tribunal não vai dizer que uma política não é uma mudança designada a desenvolver e melhorar o sistema de segurança social preexistente à luz de condições económicas e necessidades sociais¹⁶.

12 *Yao Man Fai George*, em [56].

13 *Kong Yunming*, em [48].

14 *Kong Yunming*, em [52].

15 *Kong Yunming*, em [49].

16 *Kong Yunming*, em [60-65].

O tribunal optou pelo artigo 145.º em lugar do teste de proporcionalidade geral ou “de acordo com a lei” para analisar o artigo 36.º. O artigo 145.º é uma forma mais fraca de revisão quando comparado com o teste de proporcionalidade. Dado o elevado grau de discricionariedade que o tribunal concede ao governo na determinação do que significa “desenvolvimento e melhoria” do “sistema de segurança social anterior”, “à luz das condições económicas e necessidades sociais”, o artigo 145.º só será violado quando outra disposição constitucional for violada. Uma vez que o artigo 36.º depende do artigo 145.º como limitação interna, será violado quando o artigo 145.º for também violado. Não é necessário que o tribunal desenvolva e interprete com mais detalhe qualquer conteúdo substantivo que o artigo 36.º possa encerrar em si mesmo. O receio aqui é o de que esta interpretação tenha de facto diminuído a natureza do artigo 36.º como um direito autónomo.

Na prática esta situação resultou no fenómeno de o artigo 36.º ter sido deixado à margem e não ter sido discutido de todo no caso *Yao Man Fai George vs Director da Segurança Social*. O tribunal indeferiu argumentos baseados no artigo 145.º dado que não acrescentavam qualquer conteúdo substantivo à análise de discriminação do artigo 25.º¹⁷. O objecto da contenda no caso *Yao Man Fai George* virou-se principalmente para o artigo 25.º. A implicação prática nos casos *Kong* e *Yao* é menos aparente dado que o teste de justificação do artigo 25.º se assemelha à análise de proporcionalidade.

No entanto, é de assinalar que o direito à igualdade e à não-discriminação constituem apenas uma parte do direito à segurança social. Nem todos os casos na alegada violação do artigo 36.º envolvem o artigo 25.º, por exemplo, nos casos em que o governo removeu todo um programa de assistência social, ou nos casos em que não cumpriu obrigações negativas de não interferência no acesso existente à segurança social para todos os elegíveis sem uma fundamentação adequada. Em tais casos, a possibilidade de uma alegada violação do conteúdo do artigo 36.º pode ser incontestável, dado que a prossecução do disposto no artigo 145.º vai fazer com que o tribunal se coíba de aprofundar a questão do conteúdo e limitação do artigo 36.º além do artigo 145.º. No entanto, do ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos, os direitos sócio-económicos têm um conteúdo substantivo¹⁸. Uma vez que os direitos contidos na Lei Básica têm de ser interpretados de forma liberal e em conformidade com os parâmetros dos direitos humanos internacionais, o tribunal pode querer estabelecer critérios para

17 *Yao Man Fai George*, em [130-131].

18 Ver, por exemplo, o Comité das Nações Unidas relativo aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral n.º 19, *The Right to Social Security*, U.N.Doc. E/C.12/GC/19 (4 de Fevereiro de 2008).

uma forma de revisão mais substantiva do que a abordagem altamente deferente (para com o governo) do artigo 145.º.

Em linha com outros direitos fundamentais civis e políticos contidos na Lei Básica, é importante para o tribunal interpretar o artigo 36.º de forma liberal ao reconhecer que o direito à segurança social só pode ser limitado nos casos em que seja “necessário numa sociedade democrática”, isto é, recorrendo ao teste de proporcionalidade¹⁹. Não deve haver qualquer excepção ao direito à segurança social quando o comparamos com outros direitos civis. Todos os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e estão inter-relacionados. A distinção entre direitos civis e políticos por um lado, e direitos sócio-económicos por outro, é só um resultado da divisão histórica dos direitos humanos em dois convénios primários internacionais de direitos humanos, o PIDESC e o PIDCP, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos. De facto, todos os direitos humanos têm a mesma importância e envolvem tanto obrigações positivas como negativas, bem como implicações ao nível dos recursos. A distinção artificial entre direitos civis e políticos e direitos sócio-económicos deve ser removida de forma a promover o seu desenvolvimento e protecção. No Capítulo III da Lei Básica, tanto os direitos civis e políticos como aos direitos sócio-económicos têm o estatuto de direitos fundamentais. Isto mais não faz do que apoiar ainda mais o argumento de que devem ser tratados de igual forma. Para rever a limitação do direito à segurança social o tribunal deve averiguar se determinada política é imposta para a prossecução de um fim legítimo e se os meios adoptados estão racionalmente ligados a esse fim, e que tal política não é mais do que o necessário para cumprir o mencionado objectivo. Desta forma, a precisão e o rigor são maiores do que simplesmente encarregar o governo da determinação das “necessidades sociais e económicas” mencionadas no artigo 145.º. Sem dúvida, quando o executivo estiver a trabalhar no desenvolvimento de políticas o tribunal deve respeitar as suas decisões na análise de proporcionalidade. Respeita-se assim a doutrina da separação de poderes e os respectivos papéis dos diferentes ramos do governo. A utilidade prática desta autonomia do governo vai ser desenvolvida nas secções seguintes. Mas é importante adoptar a proporcionalidade como um teste padrão para todos os direitos fundamentais da Lei Básica, provando assim que todos os direitos, independentemente do facto de serem civis e políticos ou sócio-económicos, recebem o mesmo grau de protecção ao abrigo da Lei Básica.

A proporcionalidade foi adoptada no julgamento de primeira instância do caso *Fok Chun Wa vs Autoridade do Hospital* relativamente ao direito à segurança social²⁰. Esta inconsistência relativamente à abordagem da protecção dos direitos

19 *Leung Kwok Hung vs. R.A.E.H.K.* [2005] 3 H.K.L.R.D. 164. em 182.

20 [2008] H.K.E.C. 2161.

sociais deve ser eliminada. Com isto não se quer dizer que o artigo 145.º não deve limitar o artigo 36.º mas que, em princípio, a proporcionalidade deve ser usada ao lado da cláusula de limitação interna contida na Lei Básica.

2. Direito à igualdade

Nos casos *Kong* e *Yao* a questão central reside no facto de haver ou não uma discriminação infundada com base no artigo 25.º da Lei Básica. A igualdade e a não-discriminação têm sido comumente usadas para contestar alegadas violações dos direitos sócio-económicos. Isto porque o direito à igualdade é considerado um direito civil e político e o tribunal tem normalmente lidado com ele. O Comité das Nações Unidas de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também lidaram com inúmeros casos relativos a questões sócio-económicas com base nas disposições de igualdade do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) respectivamente, que basicamente incidem sobre direitos civis e políticos. Parece ter sido nesta senda que os demandantes acederam ao tribunal em Hong Kong, dado que os princípios relativos ao direito à igualdade estão melhor estabelecidos em Hong Kong do que o conteúdo pouco certo dos direitos sócio-económicos, que estão ainda por elaborar pelos tribunais na jurisprudência.

O princípio geral do tratamento diferenciado está estabelecido na decisão do Tribunal de Última Instância no caso *Secretário para a Justiça vs Yau Yuk Lung*²¹: “Em geral, a lei deve normalmente conferir tratamento idêntico a situações comparáveis (...); no entanto, as diferenças no tratamento legal podem ser justificadas por boas razões. Para que as diferenças sejam justificadas, deve mostrar-se que:

1. A diferença no tratamento terá de ter como objectivo um fim legítimo. Para que um fim seja legítimo, tem de se provar a necessidade genuína na existência dessa mesma diferença.
2. A diferença no tratamento deve estar racionalmente ligada ao fim legítimo.
3. A diferença no tratamento não deverá constituir mais do que o necessário para atingir determinado fim legítimo”.

Na aplicação do teste de justificação para que pudesse ter havido um tratamento diferente, o tribunal tanto no caso *Kong* como no *Yao* baseou-se no caso *R (Carson) vs Secretário de Estado para o Trabalho e Pensões* (2006) para determinar o grau de intensidade da revisão²². A primeira análise baseada no sexo,

21 [2007] H.K.L.R.D. 903.

22 [2006] 1 A.C. 173. Ver *Kong Yunming*, em [81] e *Yao Man Fai George*, a [44].

orientação sexual, raça, visão política e religião incidem directamente sobre o indivíduo e por esse motivo atrai uma maior intensidade na análise; a segunda análise baseada na capacidade, educação, riqueza e ocupação, etc., requer somente uma justificação racional por parte do governo. Em ambos os casos a diferença de tratamento com base nos anos de residência é uma justificação que cai no âmbito da segunda categoria definida no caso *Carson*, que requer simplesmente uma justificação racional, sem necessidade de um escrutínio apertado.

Há mais para dizer relativamente aos factores que determinam a intensidade da revisão. Tirando as causas de justificação de um tratamento diferente, a intensidade da revisão vai também ser influenciada por outros factores, incluindo a natureza das mudanças operadas em determinada política e seus efeitos, que vão ser discutidos na próxima secção.

i. Reserva da administração e distribuição de recursos

Ao considerar várias questões no caso *Kong Yunming*, o tribunal sublinhou que, como proposição geral, as políticas sócio-económicas caem dentro da “área discricionária de julgamento” do executivo, pelo que o tribunal deve submeter-se às decisões do governo (com um elevado grau de autonomia para o governo quando nenhum dos motivos proibidos de discriminação estiver presente)²³. Isto porque as políticas sócio-económicas muitas vezes envolvem o equilíbrio de interesses públicos gerais e a distribuição de recursos que são limitados. Hon A Cheung J tornou isso claro²⁴: “Em suma, vemo-nos envolvidos numa área de interesses e direitos concorrentes. Por definição, tem de ser encontrado um equilíbrio. E mais uma vez por definição, atingir um tal equilíbrio é por natureza um trabalho político para o governo e para o legislador com o envolvimento da opinião pública. Em matérias como a presente, os tribunais têm de ser muito cuidadosos na sua interferência.”.

De acordo com o experiente juiz, questões que indaguem se uma determinada política social não é mais do que o necessário para cumprir o objectivo dessa política ao abrigo do teste de justificação de uma alegada discriminação, ou se uma política é um “desenvolvimento e melhoria” do sistema de segurança social preexistente ao abrigo do artigo 145.º, devem ser deixadas ao cuidado do executivo. É pouco provável que o tribunal conteste a decisão do legislador ou do executivo ao considerá-la inconstitucional. O tribunal não se considera constitucional e institucionalmente bem colocado e equipado para lidar com estas questões²⁵.

23 *Kong Yunming*, em [127], [129].

24 *Kong Yunming*, em [118].

25 *Kong Yunming*, em [57]. Ver Cora Chan, *Judicial Deference at Work: Some Reflections on Chan Kin Sum and Kong Yun Ming*, 40 H.K.L.J. 1 (2010).

Esta posição de não se interferir nas decisões do governo quando se trata de situações que envolvem políticas sociais ou económicas foi também afirmada no caso *Yao Man Fai George*²⁶. É curioso, mesmo quando o tribunal declarou que se deve aplicar o mesmo grau de não interferência na decisão do executivo sempre que não se esteja perante um motivo proibido de discriminação, demorou-se muito mais na análise das políticas no caso *Yao* que no caso *Kong*. Parece que o tribunal respeita a decisão da administração quando se trata das políticas sócio-económicas como tal, mas também quando se trata das implicações económicas de tais políticas. Quanto maior for o âmbito da distribuição de recursos, menor será a probabilidade de o tribunal interferir nas decisões do governo.

Esta não é uma prática recente. Nos últimos anos os tribunais das jurisdições de direito comum têm enfrentado questões mais delicadas associadas às políticas sócio-económicas e à distribuição de recursos financeiros limitados²⁷.

Podem ser vistos exemplos no caso sul-africano *Khosa vs Ministro de Desenvolvimento Social*²⁸. Este caso trata da exclusão de residentes permanentes sul-africanos da assistência social prevista nas disposições da Lei 59 de Assistência Social de 1992. O Tribunal Constitucional Sul-Africano decidiu que a exclusão era discriminatória e declarou que o custo de proporcionar assistência social a residentes permanentes seria uma pequena proporção do custo total dos apoios sociais, e que o governo não foi capaz de fornecer prova suficiente de que o apoio concedido a residentes permanentes acarretaria um peso financeiro excessivo para o governo. Quando estava a ponderar a limitação do direito à segurança social, o tribunal sublinhou o impacto da exclusão no sustento e dignidade humana dos residentes permanentes. Foi dado ao governo um baixo grau de discricionariedade.

Da mesma forma, no caso do Supremo Tribunal Canadano *Eldridge vs British Columbia (Procurador-Geral)*²⁹, o tribunal decidiu que o governo falhou ao não fornecer uma fundamentação razoável para negar serviços de interpretação nos hospitais para pacientes surdos, incorrendo assim numa violação do direito à igualdade do s.15(1) da Carta Canadana. O Supremo Tribunal Canadano tomou conhecimento de que o custo aproximado de proporcionar interpretação em língua gestual para a British Columbia era de \$150,000 por ano ou 0.0025% do orçamento da Província para cuidados de saúde àquele tempo³⁰. A decisão do governo não abrigava um equilíbrio razoável entre as necessidades sociais

26 *Yao Man Fai George*, em [45].

27 Ver, por exemplo, Varun Gauri e Daniel M. Brinks (Edições), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (2008).

28 2004 (6) S.A. 505 (C.C.).

29 [1997] 3 S.C.R. 624.

30 *Ibid*, em [87].

concorrentes da sociedade³¹.

Por outro lado, no caso *Newfoundland (Conselho do Tesouro) vs N.A.P.E.*³², o governo de Newfoundland e Labrador introduziu a Lei de Retenção do Sector Público que adiava o início dos pagamentos dos ajustes nos salários entre homens e mulheres; estes ajustes tinham o objectivo de atingir uma equidade salarial entre os dois sexos. O Supremo Tribunal Canadano decidiu que a restrição do direito à igualdade contido na Carta era justificada à luz da crise financeira que, sem precedentes, a Província enfrentava e que os \$24 milhões, que constituíam mais de 10% do défice orçamental projectado, podiam ser de facto poupados como consequência da entrada em vigor desta Lei.

Aparentemente o tribunal foi motivado pela implicação financeira da protecção dos direitos na determinação do nível de discricionariade devido ao executivo. Compreensivelmente, a distribuição de recursos é um dever do legislador e do executivo. No entanto, o facto de a garantia dos direitos envolver direitos sócio-económicos ou uma significativa implicação financeira, por si só, não pode constituir a única razão para que o tribunal não interfira na decisão do governo. Na obra *Weak Court, Strong Rights*, do Professor Mark Tushnet, falou-se da dificuldade da doutrina de que casos diferentes que são em princípio quase iguais possam ser tratados de forma diferente só por causa das suas implicações financeiras³³.

Esta situação é reconhecida no caso *Newfoundland*³⁴, no qual o Supremo Tribunal Canadano sublinhou que iria “continuar a olhar com um forte cepticismo para tentativas de justificação de violações da Carta de direitos com base em constrangimentos orçamentais³⁵”. A razão é a de que há sempre constrangimentos orçamentais e há sempre exigências governamentais prementes. Fazer o contrário seria desvalorizar a Carta. O tribunal vai procurar a existência de problemas financeiros urgentes na consideração das restrições de direitos que são justificadas. Nesse caso, o tribunal revê o processo de consulta e a consideração de medidas alternativas do governo³⁶.

Este é um tratamento mais favorável da reserva da administração. Aquando da decisão do grau de autonomia que vai dar ao governo, o tribunal deve colocar

31 *Ibid*, em [93].

32 [2004] 3 S.C.R. 381.

33 Mark Tushnet, *Weak Court, Strong Right: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* 247 (2008).

34 Nota 32 acima.

35 *Ibid*, em [72].

36 *Ibid*, em [89]-[92].

mais ênfase nas seguintes circunstâncias: se a questão envolve algum tipo de medida regressiva por parte do governo; a gravidade da violação de direitos humanos e dignidade humana; e o impacto da violação no grupo em desvantagem. A este respeito, o tribunal está institucionalmente equipado para olhar para os princípios de direitos humanos envolvidos no processo de tomada de decisões. É, de facto, uma questão complicada. Nesta área devia ter-se mais em conta uma distinção doutrinária do que meras consequências financeiras.

ii. Teste de Justificação

a. *Finalidade legítima*

No caso *Kong Yunming* o tribunal declarou que o requisito de sete anos de residência satisfazia as três fases do teste de justificação do artigo 25.º da Lei Básica para um tratamento diferente. A finalidade, tal como recomendava o Relatório do Grupo de Trabalho sobre População de 2003, era “adoptar um critério próprio para distribuição de recursos públicos limitados à luz de uma despesa social crescente para assegurar a sustentabilidade a longo prazo da concessão de apoios da segurança social à sociedade³⁷”. Este requisito foi tido como legítimo dado que houve prova bastante no Relatório para apoiar a necessidade de um tal requisito de residência.

Por oposição, no caso *Yao Man Fai George*, o tribunal não conseguiu encontrar prova suficiente no Relatório do Grupo de Trabalho ou noutros documentos governamentais para mostrar uma “necessidade genuína” de desencorajar pessoas que estiveram fora de Hong Kong durante algum tempo de contar com a ASC a partir do momento que voltam a Hong Kong³⁸. O tribunal analisou o Relatório do Grupo de Trabalho, as actas do debate do Conselho Legislativo e afirmações do governo, mas não encontrou qualquer discussão detalhada relativa às circunstâncias de os residentes permanentes de Hong Kong voltarem a Hong Kong vindos do exterior ou do Continente para ASC.

É de assinalar que o tribunal tenha pedido responsabilização pública e transparência no raciocínio do governo relativo às decisões políticas, e que a política possa ser justificada com uma base objectiva. No entanto, se o tribunal se apoiar somente na disponibilidade de dados governamentais para se satisfazer relativamente à genuinidade da necessidade de uma política pública, há o risco de o tribunal olhar meramente para a *quantidade* em vez dos aspectos *qualitativos* dos dados, estatísticas e análises. Percebe-se que os juízes sejam cautelosos em enveredar por operações de procura dos factos, particularmente em questões sócio-

37 *Kong Yunming*, em [123].

38 *Kong Yunming*, em [47]-[56].

económicas. Na verdade, uma finalidade legítima pode ser provada simplesmente por princípios constitucionais, com ou sem a necessidade de dados factuais.

Ainda assim, nos casos em que esteja envolvida uma análise factual, parece que se o tribunal estiver simplesmente a olhar para a existência de provas nos documentos governamentais, pode correr o risco de se tornar na boquilha do governo.

Ao optar por uma opção mais equilibrada, o tribunal, quando a outra parte apresenta provas periciais contraditórias relativamente à legitimidade do fim, ao dar a devida autonomia de decisão ao executivo, deve considerar tais provas mas intervir somente quando, perante tais documentos, deixar de ser despropositado para o governo negligenciar tais contra-provas relativas à necessidade genuína da política. Esta situação pode ser levada a cabo mediante a aceitação de provas periciais do demandante bem como de *amicus curiae*, que pode ser uma ONG especializada ou académicos com uma análise detalhada dos dados disponíveis relativos às ciências sociais. Esta abordagem está em consonância com o modelo de democracia deliberativa, através do qual as partes interessadas podem exprimir as suas preocupações e o tribunal pode ser um fórum para deliberação e aperfeiçoamento da democracia³⁹. Também alarga o papel do tribunal, ajustando-se assim à natureza policêntrica dos processos relativos a direitos sócio-económicos⁴⁰.

b. Racionalidade e proporcionalidade

No caso *Kong Yunming*, o tribunal decidiu que era aceitável a utilização de uma linha divisória para a elegibilidade para ASC⁴¹. Relativamente ao facto de a política não ser mais do que o necessário para atingir a finalidade legítima, o tribunal reconheceu que a mudança de política foi “substancial, se não drástica”, mas deixou esta matéria para apreciação discricionária do governo⁴².

No caso *Yao Man Fai George*, uma vez que a política não passou a primeira fase do teste de justificação, considerou-se desnecessário averiguar as duas fases remanescentes. Ainda assim o tribunal discutiu a segunda e terceira fases *in obiter*. A sua visão foi a de que o requisito de um ano de residência contínua não tem uma ligação entre racionalidade e finalidade legítima, dado que o requisito não

39 Sandra Fredman, *Justiciability and the Role of Courts in Human Rights Transformed*, Positive Rights and Positive Duties 100 (2008).

40 Ver Brian Ray, *Policentrism, Political Mobilization, and the Promise of Socioeconomic Rights*, 45 STAN. J. INT'L L. 151 (2001).

41 *Kong Yunming*, em [126].

42 *Kong Yunming*, em [129].

distinguiu aqueles que estiveram fora durante muito tempo daqueles que por pouco não preencheram este requisito de um ano. O tribunal deu exemplos em que a ausência de Hong Kong não seria objectável, por exemplo, funcionários públicos que se ausentam por pouco tempo mas durante vários meses, trabalhadores voluntários que se mantêm durante o período de um desastre natural num outro país, estudantes com mais de 18 anos que vão fazer intercâmbio, e pacientes que procuram tratamento médico no Continente durante vários meses, etc⁴³. O requisito de um ano de residência seria um entrave para todos estes candidatos que estão ausentes de Hong Kong a título temporário.

Além disso, o critério residual para renunciar ao requisito de um ano de residência contínua não foi capaz de fazer com que esta política não fosse para além do necessário para atingir o dado fim, dado que as linhas que orientavam o exercício da discricção não permitiam que o funcionário em causa olhasse para as razões e circunstâncias da ausência do candidato, salvo no caso de dificuldades genuínas.

Enquanto no caso *Yao Man Fai George* o tribunal se debruçou com mais detalhe sobre os diferentes cenários hipotéticos relativos ao requisito de um ano de residência contínua ao considerar o equilíbrio de direitos, acredita-se que o tribunal pode utilizar um conjunto de perguntas mais relacionado com os princípios ao referir-se aos parâmetros de direitos humanos internacionais e princípios de direito constitucional e administrativo. O Comité das Nações Unidas dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, na consideração das obrigações dos estados membros de empreenderem esforços com o máximo dos seus recursos disponíveis no sentido de progressivamente satisfazerem os direitos económicos, sociais e culturais do Protocolo Opcional ao Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PO-PIDECC)⁴⁴, vai averiguar, entre outras coisas, em que medida as decisões tomadas foram intencionais, concretas e direccionadas para o cumprimento dos direitos económicos, sociais e culturais; a moldura temporal em que tais medidas foram adoptadas; e se o Estado considerou opções alternativas que restrinjam menos os direitos do Pacto. O Comité vai também pedir uma atenção especial para as situações precárias de indivíduos ou grupos em desvantagem ou marginalizados⁴⁵.

Da mesma forma, no caso *Grootboom vs Governo da África do Sul*

43 *Yao Man Fai George*, em [79]-[82].

44 U.N.Doc. A/RES/63/117 (10 de Dezembro de 2008).

45 Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, *An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the "Maximum of Available Resources" under an Optional Protocol to the Covenant*, U.N.Doc. E/C.12/2007/1 (10 de Maio de 2007).

(2000)⁴⁶, o Tribunal Constitucional da África do Sul desenvolveu uma série de critérios para saber se uma política sócio-económica satisfazia o parâmetro de razoabilidade da Constituição Sul-Africana. Incluía, por exemplo, a questão de saber se o programa era equilibrado e flexível e se previa de forma adequada situações de necessidades a curto, médio e longo prazo; se o programa era estático ou se envolvia a sua contínua revisão; e se aqueles cujas necessidades eram mais prementes e cuja capacidade para gozar de todos os seus direitos estava, assim, mais em risco, eram tidos em consideração⁴⁷.

Estas considerações requerem que o governo integre os direitos sócio-económicos nas suas políticas. O benefício em adoptar os critérios acima mencionados é o de que o tribunal passa a ter um quadro de princípios de equilíbrio baseado nos direitos humanos e nos princípios constitucionais, algo que o tribunal está bem preparado para fazer. Os critérios não violam a liberdade do governo de fazer as suas escolhas políticas dado que se centram unicamente no cumprimento de direitos sócio-económicos e não fazem com que o tribunal passe por cima do governo no que toca a opções políticas. Respeitam a legitimidade democrática e competência institucional do poder executivo.

O dever constitucional do sistema judicial é defender o Estado de Direito e os princípios de direito constitucional e administrativo, incluindo a equidade, a responsabilização pública, igualdade e propriedade processual⁴⁸. Relativamente a políticas sociais e económicas, a fiscalização de decisões baseada nos referidos princípios constitucionais e de direitos humanos não deve sair das mãos dos juízes. O tribunal deve empenhar-se em se concentrar nos princípios do Estado de Direito que está habituado a salvaguardar e a cuja luz fiscaliza os problemas⁴⁹. A reserva da administração acontece por haver o entendimento de que há um leque de opções políticas disponíveis para o executivo.

A análise feita acima para o teste de justificação é igualmente aplicável à fiscalização geral da proporcionalidade da limitação dos direitos sociais dado que os testes são muito parecidos. Por exemplo, tanto no caso *Kong* como no *Yao*, quando o tribunal está a considerar se o requisito de residência não é mais do que o necessário para cumprir o objectivo de determinada política, pode fazer as seguintes perguntas:

46 2001 (1) S.A. 46 (C.C.).

47 Ver na generalidade, Sandra Liebenberg, *South Africa: Adjudicating Social Rights under a Transformative Constitution* in Malcolm Langford (edições), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, 75 (2008).

48 Sandra Fredman, nota *supra* 39.

49 T.R.S. Allan, *Human Rights and Judicial Review: A Critique of "Due Deference"*, 65 C.L.J. 671 (2006).

- se determinada política envolve medidas regressivas;
- se o governo fez uma avaliação da medida relativamente à conformidade desta com os direitos económicos, sociais e culturais;
- quão séria é a limitação dos direitos à segurança social na dignidade e no sustento dos grupos em desvantagem;
- se o governo tomou precauções especiais relativamente à situação precária daqueles que são mais fortemente afectados por tal política;
- quais são as implicações financeiras de tal política;
- se o governo considerou opções alternativas, por exemplo, dar passos graduais em vez de optar por uma abordagem imediata;
- se há um mecanismo para fiscalização periódica e acompanhamento do cumprimento do direito; e
- se há uma suficiente consulta pública respeitante a essa política.

Este teste é semelhante à fiscalização de direito administrativo, que olha para a relevância das considerações e equidade no processo decisório do governo. É uma forma de fiscalização baseada nos princípios e ainda assim dá a importância devida às escolhas de política do governo. Na opinião de Mark Tushnet, é uma fraca forma de fiscalização dado que como consequência da não consideração destas questões o tribunal pode emitir uma declaração pedindo ao governo que reconsidere a questão, dando assim a iniciativa de volta ao governo. Também assegura que políticas que tenham implicações nos direitos sócio-económicos apoiem os valores da “responsabilização pública, da igualdade e da democracia deliberativa”⁵⁰.

V. Conclusão

Tanto o caso *Kong* como o caso *Yao* estão relacionados com os problemas das camadas mais populares da sociedade em luta contra as desigualdades sociais existentes, tendo a estrutura da sociedade de Hong Kong se tornado cada vez mais desigual e o fosso entre ricos e pobres aumentado. Espera-se que mais casos baseados em justiça social apareçam dado que tanto nas frentes legislativa como executiva não se tem logrado um bom resultado. É um sinal positivo ver que o tribunal está a olhar de frente para este desafio e está a alargar o horizonte do nosso entendimento jurisprudencial relativamente aos direitos sócio-económicos. O tribunal tentou adoptar uma análise mais detalhada no caso *Yao* que no caso *Kong* para proteger o direito à igualdade e à segurança social. No entanto, para continuar com este vigor, é necessário desenvolver uma abordagem baseada em

⁵⁰ Sandra Fredman, nota *supra* 39, em 115.

princípios para proteger e fazer valer estes direitos.

Com o avanço da nossa economia e a crescente necessidade pública de melhorar o bem-estar sócio-económico da nossa sociedade, o papel do tribunal em assegurar equidade nas garantias de bem-estar social é indispensável.